bzw. überschuldeten Erbschaft der Gerichtspräsident am letzten Wohnsitz des Erblassers zuständig (Art. 570 ZGB i. V. m. § 72 EG ZGB; Art. 251 lit. a ZPO i. V. m. § 6 Abs. 1 lit. b EG ZPO). Seine diesbezüglichen Entscheide ergehen im summarischen Verfahren als Geschäfte der freiwilligen Gerichtsbarkeit (betreffend Protokollierung der Ausschlagungserklärung siehe oben Erw. 1; betreffend Anordnung der konkursamtlichen Erbschaftsliquidation: Art. 251 lit. a ZPO; BRUNNER/BOLLER, a. a. O., N. 13 f. zu Art. 193 SchKG). Solche Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit stehen Verwaltungsverfügungen nahe und erwachsen nur beschränkt in materielle Rechtskraft. Es kann auf sie zurückgekommen werden, wenn sich die tatsächlichen Verhältnisse nachträglich verändert haben. Sie können überdies aufgehoben oder abgeändert werden, wenn sie sich nachträglich als unrichtig erweisen, sofern nicht gesetzliche Vorschriften oder Gründe der Rechtssicherheit entgegenstehen (AGVE 1996 Nr. 3 S. 28 ff. Erw. 1b; BGE 136 III 178 Erw. 5.2; HABSCHEID, Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, Basel 1990, S. 80; GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979, S. 45). Kommt die Behörde, welche die Ausschlagungserklärungen protokolliert, aufgrund der ihr vorliegenden Akten zum Schluss, abgesehen von den ihr vorliegenden Ausschlagungserklärungen sei die Ausschlagung der übrigen Erben zu vermuten, hat sie darüber nach dem Gesagten das Konkursgericht zu benachrichtigen. Das setzt eine Feststellung der Protokollierungsbehörde voraus, ob diese Ausschlagung zu vermuten ist (anders noch: AGVE 2007 Nr. 1 S. 23 f.). Demgegenüber besteht keine gesetzliche Grundlage und kein Bedürfnis dafür, dass die Protokollierungsbehörde bei Gelegenheit der Protokollierung von Ausschlagungserklärungen bei Stillschweigen anderer Erben ausdrücklich deren vorbehaltlosen Erwerb der Erbschaft feststellt. Die Beschwerde ist somit insofern gutzuheissen, als Ziff. 2 des angefochtenen Entscheids, mit der eine solche Feststellung getroffen wurde, aufzuheben ist.

Entscheid des Obergerichts, 3. Zivilkammer, vom 20. August 2013 in Sachen A. M.-W. et al. (ZSU.2013.185)

Rechtskraft und Vollstreckbarkeit: zwei Begriffe, ein Konzept?*

Von Professor ALEXANDER R. MARKUS und DANIEL WUFFLI, Bern**

Inhalt

I. Einleitung

II. Begriffliches

A. Formelle Rechtskraft
1. Begriff
2. Zeitpunkt
a. Bei berufungs- und beschwerdefähigen Entscheiden
b. Begriff der «Eröffnung» bei beschwerdefähigen Entscheiden
c. Eröffnung als «Zustellung»

B. Materielle Rechtskraft
1. Begriff
2. Voraussetzungen und Zeitpunkt
3. Zum Zusammenspiel mit der Vollstreckbarkeit

C. Vollstreckbarkeit
1. Begriff
2. Voraussetzungen
3. Eintritt mit formeller Rechtskraft
4. Resolutiv bedingte Vollstreckbarkeit

III. Beständigkeit einer Entscheidung

A. Rechtsmittelsystem der ZPO
1. Terminologie
2. Übersicht

B. Anwendungsbereich von Berufung und Beschwerde

* Dieser Beitrag entspricht der erweiterten und überarbeiteten Fassung des von Prof. Dr. iur. ALEXANDER R. MARKUS am 20. Mai 2014 anlässlich der 8. Zürcher Tagung des Europa Instituts Zürich zum Zivilprozessrecht gehaltenen Referats.

** Prof. Dr. iur. ALEXANDER R. MARKUS, Rechtsanwalt, ist ordentlicher Professor und Co-Direktor des Instituts für IPR und Verfahrensrecht der Universität Bern; MLaw DANIEL WUFFLI, Rechtsanwalt, war wissenschaftlicher Assistent am Institut für IPR und Verfahrensrecht der Universität Bern und arbeitet als Gerichtsschreiber am Obergericht des Kantons Aargau.

C. Kognition/Beschwerdegründe
1. Bei der Berufung
2. Bei der Beschwerde
3. Bei der Revision
4. Erläuterung und Berichtigung
D. Zwischenfazit

IV. Zusammenspiel von Rechtskraft und Vollstreckbarkeit

A. Konzept der ZPO
1. Gleichlauf von formeller Rechtskraft und Vollstreckbarkeit als Grundsatz
2. Aufhebung des Gleichlaufs kraft richterlicher Anordnung
a. Vorzeitige Vollstreckbarkeit von berufungsfähigen Entscheidungen
b. Vollstreckungsaufschub von beschwerdefähigen Entscheidungen
3. Aufhebung des Gleichlaufs kraft Gesetz
a. Im Ansatz begrüssenswerte Differenzierungen des Gesetzgebers
b. Vollstreckbarkeit ohne oder vor Rechtskraft: vollstreckbare öffentliche Urkunde
c. Vollstreckbarkeit vor Rechtskraft: Anerkennung und Vollstreckbarerklärung eines ausländischen Urteils
d. Vollstreckbarkeit vor Rechtskraft: fehlende aufschiebende Wirkung bei vorsorglichen Massnahmeentscheiden
e. Vollstreckbarkeit vor Rechtskraft: superprovisorische Massnahmen
f. Vollstreckbarkeit nach Rechtskraft: provisorische Rechtsöffnung
B. Korrekturmöglichkeiten bei mangelhaftem Zusammenspiel von formeller Rechtskraft und Vollstreckbarkeit
1. Korrektur vor erfolgter Vollstreckung
a. Problem der Sicherung während der «Schwebefrist»
b. Lösung beim vorsorglichen Massnahmerecht?
c. Sicherung und Vollstreckung in Geld vom SchKG geregelt
d. Vorsorgliche Massnahme zugunsten des Beklagten?
e. Vorsorgliche Massnahme und Rechtshängigkeit der Hauptsache
f. Vorsorgliche Massnahme und Hauptsacheprognose
g. Ergebnis de lege lata oder de lege ferenda?
2. Korrektur während laufender Vollstreckung
3. Korrektur nach erfolgter Vollstreckung

V. Fazit und Schlussfolgerungen

I. Einleitung

Wird ein Gerichtsentscheid nicht freiwillig erfüllt, so muss die aus dem Urteilsdispositiv berechtigte Person die Zwangsvollstreckung

einleiten. Während sich die Vollstreckung von Ansprüchen auf Geld- und Sicherheitsleistung nach dem SchKG[1] richtet (Art. 335 Abs. 2 ZPO[2] i. V. m. Art. 38 Abs. 1 SchKG), wird die Zwangsvollstreckung von Realansprüchen in Art. 335 ff. ZPO geregelt.[3] Im Rahmen der Sicherung und Vollstreckung von gerichtlich festgesetzten Ansprüchen nimmt das Begriffspaar «Vollstreckbarkeit» und «Rechtskraft» einen grossen Platz ein. Sowohl die Vollstreckbarkeit wie auch die formelle und materielle Rechtskraft bezeichnen bestimmte Eigenschaften eines Gerichtsentscheides.[4] Sie weisen diverse Parallelen, jedoch auch gewichtige Unterschiede auf.[5]

Ist ein Entscheid vollstreckbar, so kann er zwangsweise durchgesetzt werden.[6] Die *Vollstreckbarkeit* hängt eng mit der Vollstreckung von Urteilen zusammen und ist für Leistungsurteile relevant, zumal Feststellungs- und Gestaltungsurteile eines vollstreckbaren Inhalts entbehren.[7] Die *formelle Rechtskraft* bezeichnet die rechtliche Qualität eines Entscheides[8] und beschlägt dessen Anfechtbarkeit, Verbindlichkeit, *Beständigkeit*.[9] Rechtskraft ist damit überwiegend «Gerichtskraft».[10] Sobald ein Urteil gefällt und ein Leistungsanspruch

1 Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1989 (SR 281.1).

2 Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (Zivilprozessordnung, SR 272).

3 Vgl. David Hofmann/Christian Lüscher, Le Code de procédure civile, 2009, 207; Isaak Meier, Schweizerisches Zivilprozessrecht, eine kritische Darstellung aus der Sicht von Praxis und Lehre, 2010, 431.

4 Ingrid Jent-Sørensen, Resolutiv bedingte Vollstreckbarkeit und vorläufige Vollstreckung – Abwehr und Rückforderungsmöglichkeiten, in: SJZ 110 (2014) 57 ff., 57.

5 Rechtskraft und Vollstreckbarkeit sind keine identischen Begriffe, vgl. statt vieler Thomas Sutter-Somm, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2012, Rz. 519 sowie 1516; BGer 5A_866/2012 vom 1. 2. 2013 E. 4.1: «(...) il y a par conséquent des décisions pour lesquelles force de chose jugée formelle (formelle Rechtskraft) et force exécutoire (Vollstreckbarkeit) ne coïncident pas [...].»

6 Sabine Kofmel Ehrenzeller, in: Paul Oberhammer/Tanja Domej/Ulrich Haas (Hrsg.), Kurzkommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2014, Art. 336 N. 1.

7 Max Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl. 1979, 211 sowie 213.

8 Daniel Willisegger, Grundstruktur des Zivilprozesses, 2012, 173.

9 Sutter-Somm (Fn. 5), Rz. 512.

10 Willisegger (Fn. 8), 173.

in das Stadium der Vollstreckung übergeht, ist die *gegensätzliche Interessenlage* von Kläger und Beklagtem vor Augen zu halten: Der Kläger möchte seine gerichtlich festgestellten Ansprüche möglichst rasch verwirklichen, wohingegen die unterlegene Partei an einer breiten Abwehr in Form eines ausgebauten und suspensiv wirkenden Instanzenzuges sowie einem grosszügigen Novenrecht interessiert ist.[11]

Diese Abhandlung zeigt die Unterschiede zwischen Vollstreckbarkeit und Rechtskraft sowie deren Zusammenwirken auf und weist anhand einiger Beispiele auf unbefriedigende Ergebnisse hin, die hauptsächlich darauf zurückzuführen sind, dass formell rechtskräftigen Entscheiden oft nur eine sehr eingeschränkte Beständigkeit zukommt. Vor diesem Hintergrund werden auch Lösungsansätze formuliert. Bei den nachstehenden Ausführungen stehen – gegenüber dem BGG[12] – die ZPO und das SchKG im Vordergrund.

II. Begriffliches

A. **Formelle Rechtskraft**

1. *Begriff*

Formelle Rechtskraft beschlägt die *Beständigkeit* des Entscheides und bedeutet, dass das Urteil mit keinem ordentlichen Rechtsmittel mehr angefochten werden kann.[13] Ist ein Entscheid nur mit Beschwerde anfechtbar, so erwächst er mit seiner Eröffnung trotzdem in formelle Rechtskraft.[14]

11 Anne Sabine Zoller, Vorläufige Vollstreckbarkeit im Schweizer Zivilprozessrecht, Unter Berücksichtigung des deutschen, englischen und französischen Rechts, Diss. Zürich 2008, Rz. 1 ff.

12 Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, SR 173.110).

13 Adrian Staehelin/Daniel Staehelin/Pascal Grolimund, Zivilprozessrecht, Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts, 2. Aufl. 2013, § 24 N. 2; Meier (Fn. 3), 239; Alexander Zürcher, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Zürcher Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2013, Art. 59 N 37.

14 Stephen V. Berti, Einführung in die Schweizerische Zivilprozessordnung, 2011, Rz. 466.

Die formelle Rechtskraft zieht vorab Rechtsfolgen im *Vollstreckungsrecht* nach sich.[15] Allerdings ist die formelle Rechtskraft auch in anderem Zusammenhang zu beachten, so nämlich als Vorbedingung für die *materielle Rechtskraft* oder als *Beendigung der Rechtshängigkeit*.[16]

Formelle Rechtskraft ist *keinesfalls* mit *Unabänderlichkeit* eines Entscheides gleichzusetzen:[17] Leidet ein formell rechtskräftiges Urteil an einem Mangel von gewisser Qualität oder Intensität,[18] so kann es auch mit einem ausserordentlichen Rechtsmittel noch abgeändert werden. Die Gutheissung eines ausserordentlichen Rechtsmittels bewirkt demnach den rückwirkenden Entzug der formellen Rechtskraft.[19] Nach Jent-Sørensen ist «die Endgültigkeit relativ und nicht sicher wirklich endgültig»[20], d. h., der formell rechtskräftige Entscheid ist im Hinblick auf das ausserordentliche Rechtsmittel der Beschwerde gerade nicht endgültig. Nach Berti führt die formelle Rechtskraft zwar stets zur Unabänderbarkeit des gerichtlichen Entscheides, jedoch sei die formelle Rechtskraft eines nicht berufungsfähigen Entscheides nur *relativer* Natur. Relativ bleibe die formelle Rechtskraft sogar so lange, bis der Entscheid nicht mehr durch das ausserordentliche Rechtsmittel der Revision aufgehoben werden könne. Erst wenn die Frist von Art. 329 Abs. 2 ZPO (zehn Jahre seit Eintritt der Rechtskraft des Entscheides) verstrichen sei, werde die formelle Rechtskraft *absolut*.[21]

Die Begriffsdefinition zeigt die nicht unproblematische Diskrepanz zwischen formeller Rechtskraft und Unabänderlichkeit auf: Die formelle Rechtskraft kokettiert einerseits zu einem gewissen Grad mit der Beständigkeit einer Entscheidung, lässt andererseits aber deren nachträgliche und rückwirkende Änderung dennoch zu.[22]

15 Vgl. z. B. den im 10. Titel der ZPO (Vollstreckung) angesiedelten Art. 336 Abs. 1 ZPO.

16 Vgl. Staehelin/Staehelin/Grolimund (Fn. 13), § 24 N. 6.

17 A. M. Berti (Fn. 14), Rz. 466: «Formelle Rechtskraft bedeutet der Zustand der Unabänderbarkeit eines gerichtlichen Entscheides [...].»

18 Zu der Beständigkeit von Gerichtsurteilen siehe Kap. III hinten.

19 Staehelin/Staehelin/Grolimund (Fn. 13), § 24 N. 2.

20 Jent-Sørensen (Fn. 4), 58.

21 Berti (Fn. 14), Rz. 466.

22 Zur Rückabwicklung bereits erfolgter Vollstreckungshandlungen siehe Kap. IV./B./3 hinten.

2. *Zeitpunkt*

a. *Bei berufungs- und beschwerdefähigen Entscheiden*

Die formelle Rechtskraft tritt grundsätzlich mit Ablauf der Frist im Hinblick auf ein allfälliges ordentliches Rechtsmittel ein, mithin[23]

- bei berufungsfähigen Entscheiden:
  - nach unbenutztem Ablauf der zehntägigen Frist zur Einreichung des Motivierungsbegehrens (Art. 239 Abs. 2 ZPO),
  - nach unbenutztem Ablauf der zehn- oder 30-tägigen Berufungsfrist (Art. 311 Abs. 1 bzw. Art. 314 Abs. 1 ZPO),
  - wenn beide Parteien auf die Berufung verzichtet haben, mit dem Verzicht, frühestens mit der Eröffnung,[24]
  - beim Rückzug der Berufung[25], Anerkennung, Vergleich oder bei Gegenstandslosigkeit analog Art. 242 ZPO auf der Rechtsmittelstufe,
  - mit Eröffnung des Berufungsentscheides,[26] vorbehaltlich einer Rückweisung an die Vorinstanz (Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO).
- bei beschwerdefähigen Entscheiden:
  - mit der Entscheideröffnung, wobei bereits die Eröffnung des Urteilsdispositivs (ohne Begründung) genügt.[27]

b. *Begriff der «Eröffnung» bei beschwerdefähigen Entscheiden*

Der nicht berufungsfähige Entscheid wird *mit seiner Eröffnung* rechtskräftig und vollstreckbar, und zwar selbst dann, wenn ohne schriftliche Begründung nur das Dispositiv eröffnet wurde (Art. 239

23 SUTTER-SOMM (Fn. 5), Rz. 513; HANS ULRICH WALDER-RICHLI/BÉATRICE GROB-ANDERMACHER, Zivilprozessrecht. Nach den Gesetzen des Bundes und des Kantons Zürich unter Berücksichtigung anderer Zivilprozessordnungen, 5. Aufl. 2009, § 26 N. 1; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (Fn. 13), § 24 N. 7.

24 Unter der Dispositionsmaxime können die Parteien auf ordentliche Rechtsmittel bereits im Voraus verzichten. Bei schweren Verfahrensmängeln ist ein Verzicht auf die Beschwerde unbeachtlich. Nicht möglich ist ferner ein Rechtsmittelverzicht im Bereich der Offizialmaxime, vgl. STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (Fn. 13), § 25 N. 13 ff. m. w. H.

25 Massgebend ist der Zeitpunkt des Eintreffens der Rückzugserklärung beim Gericht, STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (Fn. 13), § 24 N. 7.

26 Art. 103 Abs. 1 BGG.

27 STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (Fn. 13), § 24 N. 7.

Abs. 1 ZPO).[28] Die Entscheideröffnung kann durch Zustellung des schriftlichen Dispositivs (Art. 239 Abs. 1 lit. b ZPO), durch Übergabe des Dispositivs anlässlich der Hauptverhandlung (Art. 239 Abs. 1 lit. a ZPO) oder durch Zustellung eines schriftlich begründeten Entscheids erfolgen.

Der Begriff der «Eröffnung» ist schillernd. Im Zusammenhang mit dem übergangsrechtlichen Art. 405 ZPO hat das BGer entschieden, dass mit «Eröffnung des Entscheides» das *Datum des Versands des Dokuments durch das Gericht* gemeint ist und nicht erst dessen Zustellung an die Parteien.[29] Für den Eintritt der Rechtskraft ist u. E. aber nicht etwa der Versand des Dokuments durch das Gericht relevant, sondern das *späteste Datum der Zustellung an eine Partei,* die eine Rechtsmittelbeschwer trägt.[30] Die Begründungs- resp. Rechtsmittelfristen beginnen für die Parteien nämlich erst ab Zustellung zu laufen,[31] wobei sich Art. 321 ZPO sogar ausdrücklich auf Art. 239 ZPO, der ja immerhin die Marginalie «Eröffnung» trägt, bezieht. Für diese Lösung spricht auch, dass die entsprechenden Begriffe der «Eröffnung» etwa in den Art. 60 und 112 BGG sowie Art. 190 IPRG offensichtlich im hier befürworteten Sinne verstanden werden.[32] Zudem macht Art. 239 Abs. 2 ZPO, der ausdrücklich von der «Eröffnung» spricht, keinen Sinn, wenn auf das Datum des Versands abgestellt würde. Denn diesfalls hätte die Partei, an welche das Urteil versandt wurde, u. U. nur eine sehr kurze Frist für die Einreichung des Ersuchens um Entscheidbegründung. Es gibt also – leider – zwei verschiedene Begriffe der «Eröffnung».

28 STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (Fn. 13), § 24 N. 7; BGE 127 III 569 E. 4a.

29 BGE 137 III 130 E. 2 (= Pra 100 [2011] Nr. 66).

30 In diesem Sinne auch DANIEL STECK, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2013, Art. 239 N. 7.

31 Art. 311, 321 i. V. m. Art. 138 ZPO.

32 STEFAN HEIMGARTNER/HANS WIPRÄCHTIGER, in: Marcel Alexander Niggli/Peter Uebersax/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 2. Aufl. 2011, Art. 60 N. 11; STEFANIE PFISTERER, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Anton K. Schnyder/Stephen V. Berti (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 3. Aufl. 2013, Art. 190 N. 6.

c. *Eröffnung als «Zustellung»*

Für die Einhaltung der Rechtsmittelfrist wie für den Eintritt der hier interessierenden Rechtskraft[33] ist also die *Zustellung der Entscheidung* relevant.[34] Was diesen Zeitpunkt betrifft, so sei hier nur auf einige praktische Schwierigkeiten hingewiesen. Der exakte Zustellungszeitpunkt ist meist auf der Gerichtsurkunde vermerkt. Problematisch sind Konstellationen, in denen die Zustellung lediglich fingiert werden kann: Wenn der Postbote den Adressaten bzw. Zustellempfänger nicht antrifft, so legt er ihm eine Abholungseinladung in den Briefkasten. Der Empfänger wird aufgefordert, die Sendung innert sieben Tagen abzuholen. Sofern er dieser Aufforderung nachkommt, gilt der Tag der Abholung als Zustellungszeitpunkt. Wird die Sendung aber nicht abgeholt, stellt die ZPO eine Fiktion auf: Nach Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO gilt eine Zustellung bei einer eingeschriebenen Postsendung als am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als erfolgt, sofern der Adressat *mit einer Zustellung rechnen musste*.[35] In diesem Zusammenhang ist Rechtsprechung des BGer zu verzeichnen, wonach stets ein hängiges Prozessrechtsverhältnis zum Zustellungsadressaten vorausgesetzt wird, wobei der letzte Kontakt mit dem Gericht nicht längere Zeit, mithin über ein Jahr, zurückliegen darf.[36] Der Adressat muss gehalten sein, sich nach Treu und Glauben zu verhalten, d. h., er hat dafür zu sorgen, dass ihm Entscheide, welche das Verfahren betreffen, auch zugestellt werden können.[37] Das Bundesgericht hat die Anwendbarkeit der Zustellfiktion sowohl für die *Anzeige der Konkursverhandlung* wie auch für die Zustellung des *Rechtsöffnungsbegehrens* abgelehnt: Das Rechtsöffnungsverfahren sei ein neues Verfahren, mit welchem der Schuldner nach Erhalt des Zahlungsbefehls und Erhebung des Rechtsvorschlages nicht rechnen müsse.[38] Diese Rechtsprechung wird in der Lehre z. T.

33 Siehe Kap. II./A./2 vorne.

34 Vgl. den Wortlaut von Art. 311 Abs. 1 sowie Art. 321 Abs. 1 ZPO.

35 Vgl. zum Ganzen ROGER WEBER, in: Paul Oberhammer/Tanja Domej/Ulrich Haas (Hrsg.), Kurzkommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2014, Art. 138 N. 2 f.

36 ADRIAN STAEHELIN, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Zürcher Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2013, Art. 138 N. 9 m. w. H.

37 BGE 130 III 396 E. 1.2.3.

38 BGer 5A_710/2010 vom 28. 1. 2011 E. 3.1.

kritisiert, weil sie zu formalistisch und schuldnerfreundlich sei.[39] Es ist in der Tat nicht von der Hand zu weisen, dass der Schuldner mit dieser Rechtsprechung das Verfahren erheblich verzögern bzw. sogar eine Ediktalzustellung erzwingen kann.

In der Praxis stellt sich im Zusammenhang mit der Zustellfiktion noch ein zweites Problem, wenn der Adressat die Post mit der Verlängerung der siebentägigen Abholfrist beauftragt. Nach Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO beginnt die Frist trotz eines solchen *Rückbehaltungsauftrages* am siebten Tag seit der Avisierung durch die Post zu laufen. Dieses Ergebnis ist aber dann stossend, wenn die gerichtliche Sendung dem Adressaten zu einem späteren Zeitpunkt ausgehändigt wird und der Empfänger eine Frist zur Kenntnis nimmt, welche gemäss der richterlichen Verfügung bzw. Entscheidung «ab Zustellung» zu laufen beginnt. Die Gerichte sind deshalb gut beraten, bei Sendungen mit fristauslösenden Entscheiden einen Vermerk auf dem Couvert anzubringen, wonach die Sendung am siebten Tag sofort zu retournieren und eine längere Postlagerung verboten sei. Wird eine Gerichtssendung dennoch länger gelagert und erst nach dem siebten Tag dem Adressaten zugestellt, so widerspräche es Treu und Glauben, die Zustellung i. S. v. Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO zu fingieren.[40] Bei bereits bestehenden Rückbehaltungsaufträgen sollte die Post die Gerichtsurkunde nicht umgehend retournieren, sondern zunächst den Empfänger avisieren und die Urkunde erst nach sieben Tagen retournieren.[41]

B. Materielle Rechtskraft

1. *Begriff*

Die materielle Rechtskraft betrifft nicht die Beständigkeit der Entscheidung, sondern deren übrigen Wirkungen neben der Vollstreckbarkeit. Vorab ist die Bindungswirkung zu nennen. Ein materiell rechtskräftiger Entscheid stellt verbindlich fest, welche Ansprüche bestehen bzw. nicht bestehen. Dieselbe Streitigkeit soll in einem spä-

39 DANIEL HUNKELER/INGA LEONOVA, Neuere Entwicklungen des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts (Teil II), in: Anwaltsrevue 2013, 419 ff., 420.

40 BGer 5A_211/2012 vom 25. 6. 2012 E. 1.3; Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 11. Juni 2013 (NP130014-O/U) E. 2.1.

41 OGer ZH II. ZK 25. 8. 2014 PS140194-O/U E. 3.2.

teren Prozess nicht nochmals entfacht werden können.[42] Im Unterschied zur formellen Rechtskraft betrifft sie nicht die Voraussetzungen der Beständigkeit, sondern nur deren Wirkungen. Die materielle Rechtskraft beschlägt zudem eine *unterschiedliche Art der Beständigkeit,* nämlich deren Wirkung auf weitere Verfahren in derselben Sache zwischen denselben Parteien, und nicht deren Unabänderlichkeit wie die formelle Rechtskraft. In positiver Hinsicht besteht die Wirkung der materiellen Rechtskraft in einer *normativen Bindung* der Gerichte in zukünftigen Verfahren (Präjudizwirkung). In negativer Hinsicht ist die abweichende sachliche Prüfung des rechtskräftigen Entscheides ausgeschlossen, d. h., der Entscheid ist eine *res iudicata.*[43] Ziel der materiellen Rechtskraft ist damit die Schaffung von Rechtsfrieden und Rechtssicherheit[44] sowie die Vermeidung von widersprüchlichen Urteilen.[45]

2. *Voraussetzungen und Zeitpunkt*

Voraussetzung für die materielle Rechtskraft ist stets die *formelle Rechtskraft.* Die materielle Rechtskraft hängt damit unmittelbar mit dem – relativen oder absoluten – Bestand der formellen Rechtskraft zusammen. Wird z. B. ein formell rechtskräftiger Entscheid erfolgreich mit Beschwerde angefochten, so entfällt neben der formellen auch die materielle Rechtskraft.[46]

3. *Zum Zusammenspiel mit der Vollstreckbarkeit*

Die materielle Rechtskraft geht immer mit der formellen einher und kann sich daher inkongruent zur Vollstreckbarkeit verhalten. Das eröffnet Fragen des Zusammenspiels, auf welche hier aber nur am Rande hingewiesen sei. Die Vollstreckbarkeit kann eintreten, obwohl neue Verfahren zwischen denselben Parteien mit demselben Streitgegenstand eingeleitet werden können und damit Urteile ermöglicht werden, die in Widerspruch mit einer bereits vollzogenen Vollstreckung stehen können (i. S. einer qualifizierten Urteilswidersprüchlichkeit). Das «hängige» Rechtsmittelverfahren schafft nämlich keine neue lis pendens, welche ein neues Verfahren in der Sache blockieren würde.[47] In der Folge konzentriert sich dieser Aufsatz jedoch auf das Zusammenspiel zwischen Vollstreckbarkeit und formeller Rechtskraft.

42 Staehelin/Staehelin/Grolimund (Fn. 13), § 24 N. 8; Sutter-Somm (Fn. 5), Rz. 520.

43 Berti (Fn. 14), Rz. 469.

44 Staehelin/Staehelin/Grolimund (Fn. 13), § 24 N. 8; Sutter-Somm (Fn. 5), Rz. 520 Berti (Fn. 14), Rz. 469.

45 Vgl. Miguel Sogo, Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile des materiellen Rechts und ihre Auswirkungen auf das Verfahren, Diss. Zürich 2007, 219; Daniel Summermatter/Alexia Sidiropoulos, Rechtskraft und Rechtsschutzinteresse bei Teilklage und negativer Feststellungswiderklage, in: HAVE 2013, 221 ff., 228.

46 Berti (Fn. 14), Rz. 469; Sutter-Somm (Fn. 5), Rz. 522.

C. Vollstreckbarkeit

1. *Begriff*

In den zivilprozessualen Rechtstexten wird der Begriff «Vollstreckbarkeit» häufig verwendet:

- ZPO (Art. 315, 325, 327a, 331, 335, 336, 338, 341, 344, 347, 348, 349, 356, 386, 387);
- BGG (Art. 112);
- SchKG (Art. 79, 80, 81, 271, 279, 308);
- IPRG[48] (Art. 28, 166, 193);
- LugÜ[49] (Art. 38, 41, 42, 43, 45, 47, 48, 49, 52, 53, 57, 58).

Wird ein Gerichtsentscheid als vollstreckbar bzw. exécutoire bzw. esecutiva bezeichnet, so ist er *der Zwangsvollstreckung zugänglich,* d. h., der aus dem Urteilsdispositiv Berechtigte kann seine Ansprüche zwangsweise durchsetzen.[50] Daneben ist die Vollstreckbarkeit auch für den Erlass von *Sicherungsmassnahmen* nach SchKG und ZPO massgeblich: Der Gläubiger kann einen Arrest legen lassen, wenn er über einen definitiven Rechtsöffnungstitel verfügt (Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG). Ein solcher liegt vor, wenn die Forderung auf einem

47 Isabelle Berger-Steiner, in: Heinz Hausheer/Hans Peter Walter (Hrsg.), Berner Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Band II, Art. 150–352 ZPO sowie Art. 400–406 ZPO, 2012, Art. 62 N. 43 mit Hinweis auf Guldener (Fn. 7), 485.

48 Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (SR 291).

49 Übereinkommen vom 30. Oktober 2007 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, in Kraft getreten für die Schweiz am 1. Januar 2011 (SR 0.275.12).

50 Vgl. Zoller (Fn. 11), Rz. 8; Kofmel Ehrenzeller (Fn. 6), Art. 336 N. 1.

vollstreckbaren gerichtlichen Entscheid beruht (Art. 80 Abs. 1 SchKG). Eines Gefährdungstatbestandes des Arrestrechts bedarf es diesfalls nicht, die stark erhöhte Wahrscheinlichkeit, dass der Verfügungsanspruch besteht, reicht dafür aus. Nach Art. 340 ZPO kann zudem das Vollstreckungsgericht Sicherungsmassnahmen im Rahmen einer Vollstreckung anordnen, wenn der Gesuchsteller glaubhaft macht, dass er über ein vollstreckbares Urteil verfügt. Auch hier wird kein Gefährdungstatbestand vorausgesetzt.[51]

2. *Voraussetzungen*

Die Voraussetzungen der Vollstreckbarkeit werden in Art. 336 ZPO geregelt: Ein Entscheid ist vollstreckbar, wenn er rechtskräftig ist und das Gericht die Vollstreckung nicht aufgeschoben hat (Art. 336 Abs. 1 lit. a ZPO) oder wenn er noch nicht rechtskräftig ist, jedoch die vorzeitige Vollstreckung bewilligt worden ist (Art. 336 Abs. 1 lit. b ZPO). Bereits die Legaldefinition von Art. 336 ZPO macht klar, dass Vollstreckbarkeit und Rechtskraft zu *unterschiedlichen Zeitpunkten* eintreten können.[52]

3. *Eintritt mit formeller Rechtskraft*

Bei Leistungsurteilen mit einem vollstreckungsfähigen Inhalt tritt die Vollstreckbarkeit grundsätzlich *gleichzeitig mit der formellen Rechtskraft* ein bzw. wird von dieser ausgelöst (Art. 336 Abs. 1 ZPO; siehe bereits Kap. II./C./1 vorne).[53] Formelle Rechtskraft und Vollstreckbarkeit können jedoch auseinanderfallen. Auf die damit verbundenen Fragen und Konsequenzen wird hinten näher eingegangen (siehe Kap. IV./A./2 sowie IV./A./3).

4. *Resolutiv bedingte Vollstreckbarkeit*

Ein vollstreckbarer Entscheid ist nicht schlechthin unabänderlich: Ein beschwerdefähiger Entscheid ist in der Regel mit seiner Er-

51 FRANZ KELLERHALS, in: Heinz Hausheer/Hans Peter Walter (Hrsg.), Berner Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Band II, Art. 150–352 ZPO sowie Art. 400–406 ZPO, 2012, Art. 400 N. 7.

52 KELLERHALS (Fn. 51), Art. 336 N. 3; SUTTER-SOMM (Fn. 5), Rz. 1516; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (Fn. 13), § 24 N. 3; *kritisch* hierzu MEIER (Fn. 3), 513.

53 BERTI (Fn. 14), Rz. 494.

öffnung rechtskräftig und vollstreckbar (Art. 325 Abs. 1 ZPO), kann jedoch von der Beschwerdeinstanz aufgehoben (Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO) oder abgeändert (Art. 327 Abs. 3 lit. b ZPO) werden. Die Vollstreckbarkeit von noch abänderbaren Entscheiden ist *damit resolutiv bedingt,*[54] was Fragen in Bezug auf allfällig im Nachhinein ungerechtfertigt gewordene Vollstreckungshandlungen hervorruft.[55] Auf diese Fragen wird hinten (Kap. IV./B) eingegangen.

III. Beständigkeit einer Entscheidung

A. **Rechtsmittelsystem der ZPO**

1. *Terminologie*

Ein *vollkommenes* Rechtsmittel zeichnet sich durch eine volle Überprüfungskognition aus, d. h., die Rechtsmittelinstanz kann den angefochtenen Entscheid unbeschränkt überprüfen. Es können mithin alle Mängel in der Rechtsanwendung wie auch in der Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden. Demgegenüber schränkt ein *unvollkommenes* Rechtsmittel die Kognition ein. So können etwa nur offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellungen moniert oder auch nur bestimmte rechtliche Rügen angebracht werden.

Ein Rechtsmittel wird dann als *ordentlich* qualifiziert, wenn es ex lege den Eintritt von formeller Rechtskraft und Vollstreckbarkeit verhindert. Demgegenüber zeitigen *ausserordentliche* Rechtsmittel keine aufschiebende Wirkung. Massgebendes Abgrenzungskriterium zwischen ordentlichen und ausserordentlichen Rechtsmitteln ist somit der gesetzliche Suspensiveffekt.[56]

2. *Übersicht*

Die ZPO sieht in Art. 308–327a ZPO die beiden Hauptrechtsmittel gegen erstinstanzliche Entscheide vor: die Berufung (Art. 308 ff.

54 JENT-SØRENSEN (Fn. 4), 59; BERTI (Fn. 14), Rz. 494 spricht diesbezüglich vom Eintritt der *relativen* formellen Rechtskraft.

55 Solche Fragen werden eingehend bei JENT-SØRENSEN (Fn. 4), 63 ff. behandelt.

56 STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (Fn. 13), § 25 N. 4; zu den Rechtsmitteln siehe Kap. III hinten.

ZPO) sowie die Beschwerde (Art. 319 ff. ZPO). Während die Berufung ein primäres, vollkommenes und ordentliches Rechtsmittel darstellt, ist die Beschwerde als subsidiär, beschränkt und ausserordentlich zu qualifizieren.[57] Diese beiden Hauptrechtsmittel werden durch die Revision (Art. 328 ff. ZPO) sowie die Erläuterung und Berichtigung (Art. 334 ZPO) ergänzt, wobei es sich bei letzteren Instituten nicht um Rechtsmittel i. e. S. handelt.[58] Die Revision ist gegenüber der Berufung stets und gegenüber der Beschwerde in der Regel subsidiär.[59] Erläuterung und Berichtigung können unabhängig vom in der betreffenden Sache anwendbaren Hauptrechtsmittel geltend gemacht werden. Die Gutheissung der Erläuterung bzw. Berichtigung führt zur nochmaligen Eröffnung des (berichtigten bzw. erläuterten) Entscheides und setzt eine neue Frist für das Hauptrechtsmittel in Gang.[60]

Was die Wirkung anbelangt, so unterscheiden sich Berufung und Beschwerde ganz erheblich. Während die Berufung als ordentliches Rechtsmittel Rechtskraft und Vollstreckbarkeit des angefochtenen Entscheides grundsätzlich hemmt (Art. 315 Abs. 1 ZPO), entbehrt die Beschwerde als ausserordentliches Rechtsmittel einer solchen Suspensivwirkung (Art. 325 Abs. 1 ZPO).[61] Ob diese fundamental unterschiedliche Wirkungsweise von Berufung und Beschwerde gerechtfertigt ist, hängt eng mit dem Anwendungsbereich und den zulässigen Rügegründen dieser beiden Rechtsmittel zusammen.

B. Anwendungsbereich von Berufung und Beschwerde

Nach Art. 308 ZPO sind erstinstanzliche End- und Zwischenentscheide sowie erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen mit Berufung anfechtbar. In vermögensrechtlichen Angelegenheiten hat der Streitwert mindestens CHF 10 000.– zu betragen.

57 Oliver M. Kunz, in: Oliver M. Kunz/Urs H. Hoffmann-Nowotny/Demian Stauber (Hrsg.), ZPO-Rechtsmittel Berufung und Beschwerde, Kommentar zu den Art. 308–327a ZPO, 2013, Vor Art. 308 ff. N. 34.

58 Martin H. Sterchi, in: Heinz Hausheer/Hans Peter Walter (Hrsg.), Berner Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Band II, Art. 150–352 ZPO sowie Art. 400–406 ZPO, 2012, Vorbemerkungen zu Art. 308 N. 9.

59 Sterchi (Fn. 58), Vorbemerkungen zu Art. 308 N. 12 f.

60 Sterchi (Fn. 58), Vorbemerkungen zu Art. 308 N. 14.

61 Vgl. Kunz (Fn. 57), Vor Art. 308 ff. N. 26.

Insbes. gegen Entscheide des Vollstreckungsgerichts sowie in gewissen Angelegenheiten des SchKG ist die Berufung ausgeschlossen (Art. 309 ZPO).

Die Abgrenzung des Anwendungsbereichs zwischen Berufung und Beschwerde wird aufgrund des Anfechtungsobjekts vorgenommen. Nicht relevant ist die Verfahrensart, aus welcher die Entscheidungen hervorgegangen sind: Auch Summarentscheide sind u. U. berufungsfähig.[62]

Die Beschwerde ist gegen nicht berufungsfähige erstinstanzliche End- und Zwischenentscheide, nicht berufungsfähige Entscheide über vorsorgliche Massnahmen anwendbar. Hauptsächlich unter der verschärften Voraussetzung des nicht wiedergutzumachenden Nachteils sind darüber hinaus auch andere erstinstanzliche Entscheide und prozessleitende Verfügungen mit Beschwerde anfechtbar (Art. 319 ZPO). Die ZPO statuiert damit die Berufung als das primäre Rechtsmittel, wohingegen die Beschwerde meist nur subsidiär zur Anwendung gelangt, d. h., wenn die Berufung nicht zulässig ist.

C. Kognition/Beschwerdegründe

1. *Bei der Berufung*

Gemäss Art. 310 ZPO kann mit der Berufung die unrichtige Rechtsanwendung sowie die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden. Damit ist die Berufung als vollkommenes Rechtsmittel ausgestaltet, d. h., der erstinstanzliche Entscheid kann einer vollumfänglichen Überprüfung unterzogen werden.[63] Insbes. in Bezug auf Sachverhaltsrügen hat die Berufungsinstanz freie Kognition: Ging das erstinstanzliche Gericht fälschlicherweise vom Vorhandensein bzw. Nichtvorhandensein einer Tatsache aus, liegt eine «unrichtige Feststellung des Sachverhalts» i. S. v. Art. 310 lit. b ZPO vor.[64] Von einer unrichtigen Feststellung des Sachverhalts ist insbes. auch dann auszugehen, wenn die Beweiswürdigung unzutreffend vor-

62 Vgl. Kunz (Fn. 57), Vor Art. 308 ff. N. 32 f.

63 Demian Stauber, in: Oliver M. Kunz/Urs H. Hoffmann-Nowotny/Demian Stauber (Hrsg.), ZPO-Rechtsmittel Berufung und Beschwerde, Kommentar zu den Art. 308–327a ZPO, 2013, Art. 310 N. 2.

64 Stauber (Fn. 63), Art. 310 N. 13.

genommen wurde. Obgleich es sich bei der Beweiswürdigung um eine Ermessensfrage handelt, verfügt die Berufungsinstanz hier über eine Kognition.[65]

2. *Bei der Beschwerde*

Art. 320 ZPO sieht als Beschwerdegründe die unrichtige Rechtsanwendung sowie die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts vor. Anders als die Berufung dient die Beschwerde nicht der Fortführung des erstinstanzlichen Verfahrens, sondern (nur) der richtigen Rechtsanwendung.[66] In Bezug auf Sachverhaltsrügen ist die Kognition der Beschwerdeinstanz im Gegensatz zur Berufung auf *offensichtlich* unrichtige Feststellungen des Sachverhalts begrenzt.[67] Weil Art. 320 ZPO die Kognition der Beschwerdeinstanz in Bezug auf Rechtsanwendungsfragen und Sachverhaltsrügen unterschiedlich gestaltet, ist im Bereich der Beschwerde zwischen Tat- und Rechtsfragen zu unterscheiden.[68]

Eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts ist im Rahmen der Beschwerde nur dann angreifbar, wenn die Unrichtigkeit gleichzeitig eine Rechtsverletzung darstellt (z. B. Verletzung der Verhandlungsmaxime) oder wenn der Sachverhalt geradezu willkürlich ermittelt wurde.[69] Damit ist die Kognition der Beschwerdeinstanz in Bezug auf Sachverhaltsrügen geringer. Allerdings darf der Unterschied nicht überschätzt werden. Aktenwidrige Sachverhaltsannahmen sind bereits im Bereich der offensichtlichen (willkürlichen) Sachverhaltsfeststellung anzusiedeln. Im Kern reduziert sich der Unterschied auf die Beweiswürdigung: Eine unqualifiziert falsche Beweiswürdigung kann nur mit Berufung, nicht aber mit Beschwerde gerügt werden. Rechtsverletzungen können ohnehin sowohl von der Beschwerde- wie auch

65 STERCHI (Fn. 58), Art. 310 N. 13.

66 STAUBER (Fn. 63), Art. 320 N. 1.

67 Anders verhält es sich bei Entscheiden betreffend Anerkennung und Vollstreckung nach LugÜ sowie bei SchK-Aufsichtsbeschwerden: Hier kommt der Beschwerdeinstanz auch bezüglich Sachverhaltsrügen volle Kognition zu (vgl. Art. 327a ZPO sowie Art. 20a SchKG); vgl. STAUBER (Fn. 63), Art. 320 N. 18–20.

68 Vgl. STAUBER (Fn. 63), Art. 320 N. 8 f. m. w. H.

69 Eine *offensichtlich unrichtige* Feststellung des Sachverhalts ist gemäss BGer dasselbe wie eine *willkürliche* Sachverhaltsermittlung, BGE 138 III 232 E. 4.1.2; vgl. zum Ganzen STAUBER (Fn. 63), Art. 320 N. 4 ff.

der Berufungsinstanz mit unbeschränkter Kognition geprüft werden (Art. 310 lit. a sowie 320 lit. a ZPO sind identisch).

3. *Bei der Revision*

Die Revision (Art. 328 ff. ZPO) beseitigt bei erheblichen Mängeln die formelle Rechtskraft eines Entscheides, ermöglicht dadurch einen neuen Entscheid und dient damit letztlich dem Interessenausgleich zwischen Rechtssicherheit und Gerechtigkeit.[70] Die in Art. 328 ZPO genannten Revisionsgründe sind abschliessend. Einfache Verfahrensfehler genügen nicht als Revisionsgrund, da solche mit den Hauptrechtsmitteln geltend zu machen sind.[71] Die ZPO hat sich in Art. 328 auf die klassischen Revisionsgründe beschränkt: Das nachträgliche Auftauchen von entscheiderheblichen und neuen Tatsachen oder Beweismitteln sowie die Einwirkung auf die Urteilsfindung durch eine strafbare Handlung können zu einer Revision des rechtskräftigen Entscheides führen. Ferner ist die Revision der wohl einzige zulässige Rechtsbehelf gegenüber prozessualen Dispositionsakten.[72]

4. *Erläuterung und Berichtigung*

Eine Entscheidung ist der Erläuterung bzw. Berichtigung dann zugänglich, wenn ihr Dispositiv unklar, widersprüchlich oder unvollständig ist oder wenn das Dispositiv mit der Begründung im Wider-

70 DIETER FREIBURGHAUS/SUSANNE AFHELDT, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Zürcher Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2013, Art. 328 N. 4.

71 FREIBURGHAUS/AFHELDT (Fn. 70), Art. 328 N. 12.

72 BGE 139 III 133 E. 1.3; STERCHI (Fn. 58), Art. 328 N. 1 f.; *a. M.* die II. Zivilkammer des Obergerichts Zürich, welche sich in E. 2 ihres Entscheids vom 20. März 2014 (NP130033) gegen das Bundesgericht stellte: «[...] Das Problem anderer Rügen hat das Bundesgericht nicht angesprochen, seinen Leitsatz und seine Erwägungen aber gleichwohl absolut formuliert (BGE 139 III 133). Wäre das richtig, könnte auf das Rechtsmittel im vorliegenden Fall von vorneherein nicht eingetreten werden. Die Auffassung der Kammer hat aber mittlerweile auch in der Literatur Zustimmung erfahren (MARKUS KRIECH, Dike-Kommentar ZPO [Online-Stand 20. Oktober 2013] Art. 241 N. 129 ff.). Es besteht daher für die Kammer einstweilen kein Grund, ihre Praxis aufzugeben – im Gegenteil ist der vorliegende Streit um die Wirksamkeit des Widerrufs eines Vergleiches geradezu ein Musterbeispiel dafür, dass die Revision nicht der geeignete Behelf wäre.»

spruch steht. Erläuterung und Berichtigung verhelfen damit bei Irrtümern dem effektiven Willen des Gerichts zum Durchbruch.[73]

D. Zwischenfazit

Während die Revision sowie die Erläuterung und Berichtigung einen rechtskräftigen Entscheid nur selten abzuändern vermögen, verhält es sich bei der Beschwerde nach Art. 319 ff. ZPO anders.

In Bezug auf Sachverhaltsrügen ist die *Kognition* der Beschwerdeinstanz zwar auf Willkür beschränkt, und die Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz sind nur unter qualifizierten Bedingungen anfechtbar, indes vermögen Rechtsanwendungsfehler die Beständigkeit des rechtskräftigen Entscheides relativ leicht zu erschüttern; die gerichtliche Kognition ist diesbezüglich nicht eingeschränkt, sondern gleich weit gefasst wie bei der Berufung. Ein Kognitionsunterschied zwischen der Beschwerde und der Berufung besteht nur in Bezug auf Sachverhaltsrügen, nicht hingegen auf Rechtsanwendungsfehler. Dieser Unterschied verringert sich einerseits dadurch, dass sich zweitinstanzliche Gerichte auch bei der Berufung eine gewisse Zurückhaltung bei der Überprüfung von Ermessensentscheiden auferlegen. Andererseits erweitert sich die Kognition bei der Beschwerde dadurch, dass unrichtige Sachverhaltsfeststellungen zugleich auch Rechtsverletzungen darstellen können, etwa bei Verletzung der Verhandlungsmaxime (Analogie zu Art. 97 BGG). Was die Beständigkeit von beschwerdefähigen Entscheidungen betrifft, so ist der Unterschied zu berufungsfähigen Entscheidungen nicht sehr erheblich.

Die Beschwerde ist bezüglich der Anfechtungsobjekte weiter gefasst als die Berufung. Vom System her ist dies zu begrüssen, da bei gewichtigen Fehlern auch «kleinere» Entscheidungen abänderbar sein sollen. Weil jedoch die Unterschiede bei der Kognition nur klein sind, führt dies zu einem gewissen Ungleichgewicht: «Kleinere» Entscheidungen sind auch bei weniger gewichtigen Fehlern korrigierbar.

Die bis zum 31. Dezember 2010 in Kraft gestandene Bernische ZPO sah als ordentliches Rechtsmittel die Appellation (Art. 333 ff.

73 Sterchi (Fn. 58), Art. 334 N. 2.

ZPO/BE[74]) und als ausserordentliches Rechtsmittel die Nichtigkeitsklage (Art. 359 ff. ZPO/BE) vor. Die Nichtigkeitsgründe (Art. 359 ZPO/BE) waren ungleich strenger und restriktiver gefasst als die Beschwerdegründe nach ZPO (Art. 320 ZPO).[75]

Vor diesem Hintergrund kann man sich fragen, ob die vom Konzept her stark *unterschiedlichen Wirkungen* der berufungsfähigen und der beschwerdefähigen Entscheidung unter allen Umständen gerechtfertigt sind (siehe Kapitel IV hinten).

IV. Zusammenspiel von Rechtskraft und Vollstreckbarkeit

A. Konzept der ZPO

1. *Gleichlauf von formeller Rechtskraft und Vollstreckbarkeit als Grundsatz*

Es ist ein Gebot gleichermassen der Rechtssicherheit wie der Effizienz der Rechtspflege, dass die Vollstreckbarkeit erst eintritt, wenn die Beständigkeit der Entscheidung bis zu einem gewissen Grad gesichert ist. Der *Gleichlauf* von formeller Rechtskraft und Vollstreckbarkeit ist deshalb der gesetzliche Normalfall (Art. 315 Abs. 1, Art. 325 Abs. 1 ZPO). Ein Urteil sollte nur dann der Zwangsvollstreckung zugänglich sein, wenn es auch ein Mindestmass an Beständigkeit aufweist. Die verbleibende Unsicherheit, ob ein ausserordentliches Rechtsmittel (insbes. die Beschwerde, zumal die Hürde – wie gezeigt – relativ niedrig liegt) gegen einen formell rechtskräftigen Entscheid ergriffen wird, führt zu gewissen (z. T. unvermeidbaren) Problemen.

Gleichzeitig gibt es auch Situationen, die trotz fehlender formeller Rechtskraft eine *vorzeitige Vollstreckbarkeit* erfordern oder umgekehrt den *Aufschub der Vollstreckbarkeit* eines formell rechtskräftigen Entscheides notwendig machen. Diesem Bedürfnis nach Flexibilität trägt die ZPO an verschiedenen Orten Rechnung.

74 Gesetz betreffend die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern vom 7. Juli 1918, BSG 271.1.

75 Vgl. Georg Leuch/Omar Marbach/Franz Kellerhals/Martin Sterchi, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, Kommentar samt einem Anhang zugehöriger Erlasse, 5. Aufl., 2000, Bem. vor Art. 333 N. 4.

2. *Aufhebung des Gleichlaufs kraft richterlicher Anordnung*

Rechtskraft und Vollstreckbarkeit können durch richterliche Anordnung voneinander getrennt werden. Diese richterliche Flexibilität erweist sich recht oft als sehr hilfreich. Wie zu zeigen ist, bietet das Gesetz hierzu sogar noch weniger Möglichkeiten als eigentlich wünschbar wären.

Von der gerichtlichen Anordnung ist grundsätzlich nur die Vollstreckbarkeit betroffen, nicht aber die Rechtskraft. Insofern kann der kantonale Richter mit dem Instrument der Rechtskraft nicht spielen. Dies im Gegensatz zum Bundesgericht, das aufschiebende Wirkung sowohl im Sinne einer Aufschiebung der Vollstreckbarkeit wie auch der Rechtskraft erteilen kann.[76]

a. *Vorzeitige Vollstreckbarkeit von berufungsfähigen Entscheidungen*

Während laufender Berufungsfrist und des Berufungsverfahrens ist ein Entscheid weder vollstreckbar noch rechtskräftig (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Art. 315 Abs. 2 ZPO eröffnet der Berufungsinstanz indes die Möglichkeit, zugunsten des Klägers die vorzeitige Vollstreckung des erstinstanzlichen Entscheides zu bewilligen und nötigenfalls sichernde Massnahmen oder die Leistung einer Sicherheit anzuordnen. Vom Entzug der aufschiebenden Wirkung ist nur die Vollstreckbarkeit, nicht hingegen die Rechtskraft betroffen, d. h., der erstinstanzliche Entscheid wird trotz sofortiger Vollstreckbarkeit nicht etwa rechtskräftig. Grundsätzlich wird durch die Anordnung der vorzeitigen Vollstreckbarkeit nur die aufschiebende Wirkung hinsichtlich der Vollstreckbarkeit entzogen, m. a. W. wird der erstinstanzliche Entscheid zwar sofort vollstreckbar, für eine eigentliche Vollstreckung muss aber noch der Vollstreckungs- bzw. Rechtsöffnungsrichter angerufen werden. Eine direkte vorzeitige Vollstreckung durch entsprechende Anordnung der Berufungsinstanz ist nur in Ausnahmefällen und bei einer besonders grossen Gefährdungslage zulässig.[77] Bei Verfahren, die der Offizialmaxime unterliegen, kann die Berufungsinstanz die vorzeitige Vollstreckbarkeit von Amtes wegen bewilligen, wohingegen erstinstanzliche Urteile, deren Streitgegenstände in der Disposition der Parteien stehen, einen entsprechenden Antrag voraussetzen.[78] Die Bewilligung der vorzeitigen Vollstreckbarkeit liegt im Ermessen des Berufungsrichters, wobei eine *umfassende Interessenabwägung* vorzunehmen ist und im Interesse der Rechtssicherheit die vorzeitige Vollstreckbarkeit nur *zurückhaltend* zu bewilligen ist.[79] Vorausgesetzt ist zumindest, dass im Rahmen einer ersten Beurteilung durch die Berufungsinstanz eine Bestätigung des erstinstanzlichen Entscheides als sehr wahrscheinlich erscheint. Auch einem erstinstanzlichen Urteil, das auf eine Geldzahlung lautet, kann die vorzeitige Vollstreckbarkeit attestiert werden, womit dieses zu einem definitiven Rechtsöffnungstitel im Sinne des Art. 80 SchKG wird.[80]

Die Interessenabwägung hat auch unter dem Gesichtspunkt zu erfolgen, ob *vorsorgliche Massnahmen* zugunsten des Klägers als das mildere Mittel möglich sind. Solange die Berufungsfrist läuft bzw. während des Berufungsverfahrens dürften vorsorgliche Massnahmen der oberen Instanz nach den Art. 261 ff. ZPO zulässig sein, weil die Rechtshängigkeit nicht beendet wurde. Umgekehrt ist ein Titelarrest nach Art. 271 Abs. 2 Ziff. 6 SchKG nicht möglich, zumal während laufender Berufungsfrist und laufendem Berufungsverfahren keine vollstreckbare Entscheidung und damit auch kein definitiver Rechtsöffnungstitel vorliegt. Somit ist, wenn kein anderer Arrestgrund gegeben ist, bei einem Bedürfnis, das Vollstreckungssubstrat zu sichern, das Instrument der vorzeitigen Vollstreckbarkeit die alleinige Möglichkeit.

Die beschriebenen Korrekturmöglichkeiten bei berufungsfähigen Entscheidungen – vorsorglicher Rechtschutz und Anordnung vorzeitiger Vollstreckbarkeit – bieten insgesamt ein differenziertes Instrumentarium für Kläger und Gericht. Die vorliegenden Korrektiva greifen allerdings erst ab dem Zeitpunkt, in dem die Berufungsinstanz

76 Art. 103 Abs. 3 BGG; BGer 5A_866/2012 vom 1. 2. 2013 E. 4.1.

77 Peter Reetz/Sarah Hilber, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Zürcher Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2013, Art. 315 N. 23; *a. M.* Sterchi (Fn. 58), Art. 315 N. 18, wonach der Berufungsrichter die vorzeitige Vollstreckung als solche nicht anordnen darf.

78 Reetz/Hilber (Fn. 77), Art. 315 N. 27 f.; *a. M.* wohl Sterchi (Fn. 58), Art. 315 N. 18.

79 Vgl. Karl Spühler, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2013, Art. 315 N. 2.

80 Reetz/Hilber (Fn. 77), Art. 315 N. 24–26; Sterchi (Fn. 58), Art. 315 N. 20.

mit dem Rechtsmittel befasst ist. Ob und wie weit dies problematisch ist, wird hinten (Kap. IV./B./1) näher untersucht.

b. *Vollstreckungsaufschub von beschwerdefähigen Entscheidungen*

Anders als die Berufung hemmt die *Beschwerde* die Rechtskraft und die Vollstreckbarkeit des angefochtenen Entscheides nicht (Art. 325 Abs. 1 ZPO). Die Beschwerdeinstanz kann aber *zugunsten des Beklagten und Beschwerdeführers* die Vollstreckung aufschieben und nötigenfalls sichernde Massnahmen oder die Leistung einer Sicherheit anordnen (Art. 325 Abs. 2 ZPO). Der Vollstreckungsaufschub wirkt ex tunc und bedarf zumindest bei Verfahren unter der Dispositionsmaxime eines entsprechenden Antrags.[81] Dem Aufschub der Vollstreckbarkeit hat eine einzelfallgerechte Interessenabwägung vorauszugehen. Die Nachteile, die dem Beschwerdeführer bei einer sofortigen Vollstreckung entstehen, sind den Nachteilen eines allfälligen Vollstreckungsaufschubes gegenüberzustellen. Auch die Erfolgschancen des Rechtsmittels dürften bei der Entscheidfindung über den Vollstreckungsaufschub miteinbezogen werden. Letztlich liegt der Entscheid über den Aufschub der Vollstreckbarkeit im Ermessen der Beschwerdeinstanz.[82]

Den Interessen des Beklagten und Beschwerdeführers kann alternativ *nicht* etwa mit *vorsorglichen Massnahmen* gerecht werden, zumal diese nur dem Kläger, der einen Verfügungsanspruch behauptet, zugesprochen werden können. Das unterstreicht die Wichtigkeit des Instruments des Vollstreckungsaufschubs.

Dass den Interessen des Klägers und Beschwerdegegners an einer sofortigen Vollstreckbarkeit mit vorsorglichen Massnahmen Rechnung getragen werden kann (Art. 325 Abs. 2 ZPO), ist in die Interessenabwägung einzubeziehen. Zwar ist im Nichtgeldbereich die Zulassung vorsorglicher Massnahmen auf der Ebene der Beschwerdeinstanz dogmatisch infrage gestellt, zumal die Rechtshängigkeit, die eine Voraussetzung der Massnahmebefugnis darstellt (Art. 263 ZPO e contrario, Art. 268 Abs. 2 ZPO), mit der rechtskräftigen erstinstanzlichen Entscheidung beendet ist. Und die Sicherung im Geldbereich mittels Titelarrest ist grundsätzlich nicht möglich, da bei gewährtem Vollstreckungsaufschub kein vollstreckbares Urteil und damit kein definitiver Rechtsöffnungstitel vorliegt. Angesichts der ausdrücklichen Regelung des Art. 325 Abs. 2 ZPO sind die ersteren Bedenken ausgeräumt. Ob darauf gestützt auch der Arrestgrund des Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG gedehnt werden kann, scheint hingegen mehr als fraglich.

Auch diese Korrektiva greifen erst nach Befassung der Beschwerdeinstanz. Wie hinten (Kap. IV./B./1) gezeigt wird, stellt dieser Umstand Probleme, zumal die «Schwebefrist» bis zur Ergreifung des Rechtsmittels lange andauern kann.

81 Freiburghaus/Afheldt (Fn. 70), Art. 325 N. 4 f.; Staehelin/Staehelin/Grolimund (Fn. 13), § 26 N. 43.

82 Sterchi (Fn. 58), Art. 325 N. 5–8; Freiburghaus/Afheldt (Fn. 70), Art. 325 N. 6.

3. *Aufhebung des Gleichlaufs kraft Gesetz*

a. *Im Ansatz begrüssenswerte Differenzierungen des Gesetzgebers*

Das Auseinanderfallen von Rechtskraft und Vollstreckbarkeit kann nicht nur durch richterliche Anordnung, sondern auch *ex lege* erfolgen. Der Gesetzgeber hat gewisse Probleme vorausgesehen und ihnen – in notgedrungen schematischer Weise – Rechnung getragen.

Bei der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde sowie bei der Anerkennung ausländischer Urteile lässt *der Gesetzgeber* die *Vollstreckbarkeit unabhängig von einer – allenfalls später gerichtlich entschiedenen – Rechtskraft* eintreten. Dahingegen tritt die «Vollstreckbarkeit» bei der provisorischen Rechtsöffnung erst in einem Stadium nach der formellen Rechtskraft ein. In all diesen Konstellationen, welche sogleich näher umschrieben werden (Kap. IV./A./3./b bis IV./A./3./d), ist die gesetzlich vorgesehene Divergenz von Rechtskraft und Vollstreckbarkeit zu begrüssen.

Daneben sind vereinzelt aber auch Konstellationen des gesetzlich vorgesehenen Auseinanderfallens von Rechtskraft und Vollstreckbarkeit auszumachen, die nicht ganz überzeugen (siehe Kap. IV./A./3./e). Hier können nur Flexibilität und Rücksichtnahme auf den konkreten Fall durch richterliche Verfügung Abhilfe schaffen. Der notwendige Rahmen dafür ist in der ZPO zwar vorgesehen, indes zu eng geraten.

b. *Vollstreckbarkeit ohne oder vor Rechtskraft: vollstreckbare öffentliche Urkunde*

Ein Paradebeispiel für das Auseinanderfallen von Vollstreckbarkeit und Rechtskraft bildet die vollstreckbare öffentliche Urkunde:

Diese erwächst als solche weder in materielle noch in formelle Rechtskraft, weshalb die (rechtskräftige) gerichtliche Beurteilung der geschuldeten Leistung in jedem Fall vorbehalten ist (Art. 352 ZPO).[83] Art. 352 ZPO behält insbes. die folgenden materiell-rechtlichen Klagen vor:[84]

- Klage der berechtigten Partei:
  - Art. 79 SchKG, falls das Rechtsöffnungsgesuch abgewiesen wurde;
  - Leistungsklage nach Art. 84 ZPO.
- Klage der verpflichteten Partei:
  - Rückforderungsklage nach Art. 86 SchKG, falls die Nichtschuld bereits bezahlt wurde;
  - Feststellungsklage der Nichtschuld nach Art. 85a SchKG, falls hängige Betreibung und Zahlungsbefehl rechtskräftig;
  - Falls Voraussetzungen von Art. 85a SchKG nicht erfüllt: Feststellungsklage nach Art. 88 ZPO;
  - Allenfalls Leistungsklage nach Art. 84 ZPO, falls bereits (nicht auf Betreibungsweg) bezahlt und nun Rückforderung.

Trotz der fehlenden Rechtskraft ist die Urkunde, nomen est omen, *vollstreckbar:* Urkunden über eine Geldleistung gelten als definitive Rechtsöffnungstitel nach Art. 80 SchKG (Art. 349 ZPO) und vermögen einen allfällig erhobenen Rechtsvorschlag im Betreibungsverfahren mehr oder weniger problemlos zu entkräften.[85] Beinhaltet die Urkunde eine andere Leistung als eine Geldzahlung, so ist für das Verfahren die Realvollstreckung nach Art. 350 f. ZPO massgebend: Im Anschluss an ein kurzes Einleitungsverfahren ist das Vollstreckungsverfahren zu durchlaufen.[86]

Die Urkunde ist also der Vollstreckung zugänglich, obwohl ihre Beständigkeit noch höchst fragwürdig ist. Dies wurde vom Gesetzgeber absichtlich so vorgesehen und widerspiegelt das Wesen der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde. Der Gesetzgeber hat der fehlenden Beständigkeit der Urkunde bereits im Vollstreckungsverfahren

83 Kofmel Ehrenzeller (Fn. 6), Art. 352 ZPO N. 2.

84 Kofmel Ehrenzeller (Fn. 6), Art. 352 ZPO N. 3 ff.

85 Vgl. Kofmel Ehrenzeller (Fn. 6), Art. 349 ZPO N. 2 sowie N. 3 betreffend die etwas geringere Durchschlagskraft im Vergleich zu einem im Erkenntnisverfahren ergangenen Entscheid.

86 Vgl. Kofmel Ehrenzeller (Fn. 6), Art. 351 N. 1 ff. sowie 352 N. 1 ff.

Rechnung getragen. In Art. 81 SchKG sowie Art. 351 ZPO wurde die Position des Schuldners gegenüber einer gerichtlichen Sachentscheidung massiv verstärkt, eine vom Vollstreckungsverfahren unabhängige gerichtliche Beurteilung des Anspruchs bleibt offen. Die Vollstreckbarkeit ist zwar gegeben, jedoch korrigierbar. Das Konzept ist insofern konsistent.

c. *Vollstreckbarkeit vor Rechtskraft: Anerkennung und Vollstreckbarerklärung eines ausländischen Urteils*

Für die Vollstreckbarerklärung einer LugÜ-Entscheidung wird lediglich deren Vollstreckbarkeit im Ursprungsstaat verlangt (Art. 38 Abs. 1 LugÜ). Je nach Ursprungsland ist dies (provisorisch) auch schon bei nicht rechtskräftigen Entscheiden möglich, wobei in diesen Fällen die Zwangsvollstreckung von einer Sicherheitsleistung abhängig gemacht (Art. 46 Abs. 3 LugÜ) oder das Verfahren bis zur Entscheidung über das Rechtsmittel ausgesetzt werden kann (Art. 46 Abs. 1 LugÜ).[87]

Die ausländische Entscheidung, welche nach IPRG anzuerkennen und zu vollstrecken ist, muss endgültig sein, oder es darf gegen sie kein ordentliches Rechtsmittel mehr geltend gemacht werden können (Art. 25 lit. b IPRG). Die Unanfechtbarkeit und die Endgültigkeit stehen in einem alternativen Verhältnis zueinander. Der Begriff *«Endgültigkeit»* ist auf Entscheidungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit ausgerichtet, da in diesem Bereich nicht vom selben Begriff der «Rechtskraft» ausgegangen wird wie in der streitigen Gerichtsbarkeit (vgl. Art. 256 Abs. 2 ZPO). Aus dem Erfordernis der «Endgültigkeit» wird zugleich abgeleitet, dass die Anerkennung von vorsorglichen Massnahmen nach IPRG grundsätzlich nicht möglich ist (anders aber nach LugÜ).[88]

Das LugÜ ermöglicht also im Gegensatz zum IPRG die Vollstreckbarerklärung von noch nicht rechtskräftigen Entscheiden. Die Entscheidung darüber ist jedoch dem Ermessen der Exequaturbehörde überlassen, die damit den konkreten Umständen Rechnung tragen

87 Alexander R. Markus, Internationales Zivilprozessrecht, Bern 2014, Rz. 1455 ff.; Karl Spühler/Rodrigo Rodriguez, Internationales Zivilprozessrecht, 2. Aufl., 2013, Rz. 379; Mathias Plutschow, in: Anton K. Schnyder (Hrsg.), Lugano-Übereinkommen zum internationalen Zivilverfahrensrecht, Kommentar, 2011, Art. 38 N. 28 f.

88 Markus (Fn. 87), Rz. 1373 f.; Spühler/Rodriguez (Fn. 87), Rz. 341 ff.

kann. Ein Interessenausgleich kann zudem dadurch geschaffen werden, dass das Exequatur von einer Sicherheitsleistung (Art. 46 Abs. 3 LugÜ) abhängig gemacht wird. Der unsicheren Beständigkeit des vollstreckbaren Entscheides wird damit meist genügend Rechnung getragen.

Indes vermögen auch die Korrekturbehelfe des LugÜ unerwünschte Resultate nicht immer zu verhindern. Ein portugiesischer Entscheid, der in Portugal mit einem Rechtsmittel angefochten wurde, ist in der Schweiz im Rahmen eines Arrestes für vollstreckbar erklärt worden. Die dagegen erhobene Beschwerde des Schuldners wies das Obergericht Zug im Juli 2012 ab. Das portugiesische Berufungsgericht hatte bereits im Mai 2012 die von der ersten Instanz zugesprochene Summe reduziert. Indes versuchte der Schuldner die Reduktion der Forderung vergeblich im bundesgerichtlichen Beschwerdeverfahren einzubringen. Das Bundesgericht taxierte den Umstand der Forderungsreduktion durch das portugiesische Gericht als (unzulässiges) unechtes Novum, welches – auch bei abgeschlossenem Schriftenwechsel – noch vor Erlass des obergerichtlichen Entscheides hätte vorgebracht werden müssen.[89]

d. *Vollstreckbarkeit vor Rechtskraft: fehlende aufschiebende Wirkung bei vorsorglichen Massnahmeentscheiden*

Nach Art. 315 Abs. 4 ZPO hat die Berufung keine aufschiebende Wirkung beim Gegendarstellungsrecht und bei vorsorglichen Massnahmen. Der Grund dafür liegt auf der Hand: In beiden Fällen ist sofortige Wirksamkeit notwendig, um zu verhindern, dass die vorsorgliche Massnahme nicht durch ein fait accompli – also z. B. die Publikation des diffamierenden Textes – wirkungslos wird. Das Interesse an sofortiger Justizgewährung geht dem Rechtsschutz des Massnahmegegners vor.

Unklar war bisher, ob sich der Entzug der aufschiebenden Wirkung i. S. v. *Art. 315 Abs. 4 ZPO nur auf die Vollstreckbarkeit* oder auch auf die formelle Rechtskraft bezieht. Die Lehre war bzw. ist bezüglich der Auslegung von Art. 315 Abs. 4 ZPO gespalten: Der eine Teil vertritt die Ansicht, dass sich die fehlende aufschiebende Wirkung i. S. v. Art. 315 Abs. 4 ZPO sowohl auf die Vollstreckbarkeit

89 Vgl. BGer 5A_568/2012 vom 24. Januar 2013.

wie auch die (formelle) Rechtskraft des Entscheides beziehe. Dies führe dazu, dass die Berufung bei vorsorglichen Massnahmen zu einem eigentlichen ausserordentlichen Rechtsmittel werde, und der Entscheid über das Gegendarstellungsrecht bzw. eine vorsorgliche Massnahme sofort rechtskräftig sei.[90] Der andere Teil der Lehre versteht Art. 315 Abs. 4 ZPO dahin gehend, dass ein Entscheid über das Gegendarstellungsrecht bzw. eine vorsorgliche Massnahme zwar sofort vollstreckbar, nicht aber auch rechtskräftig werde.[91] Dieser letzteren Auffassung ist nun das Bundesgericht in BGE 139 III 486 gefolgt: Es hat entschieden, dass bei Ansetzung der Prosequierungsfrist i. S. v. Art. 263 ZPO auf den Zeitpunkt der Rechtskraft diese von Art. 315 Abs. 4 ZPO nicht berührt wird. Insbes. gebiete die Prozessökonomie, zu verhindern, dass Hauptprozess und Rechtsmittelverfahren gegen den Massnahmenentscheid parallel laufen, zumal der Hauptprozess je nach Ausgang des Rechtsmittelverfahrens gegenstandslos werde.[92] Der Gesuchsteller soll mit der Einreichung der Klage zuwarten können, bis das Rechtsmittelverfahren betr. die vorsorgliche Massnahme abgeschlossen sei.

Aus der Sicht von Wortlaut und Systematik wäre dem Bundesgericht entgegenzuhalten, dass Art. 315 ZPO die aufschiebende Wirkung insgesamt in beiderlei Hinsicht regelt, nämlich betreffend Rechtskraft *und* Vollstreckbarkeit. Das ergibt sich ohne Weiteres aus Art. 315 Abs. 1 ZPO, der eine Hemmung sowohl der Rechtskraft als auch der Vollstreckbarkeit vorsieht. Der Begriff «aufschiebende Wirkung» bezieht sich hier auf beide Aspekte. Art. 315 Abs. 2 ZPO schränkt demgegenüber seinen Anwendungsbereich explizit auf die Vollstreckbarkeit ein. Dasselbe gilt für Art. 325 Abs. 2 ZPO. Wenn in den Abs. 3 und 4 des Art. 315 ZPO, ohne zu differenzieren, von «aufschiebender Wirkung» die Rede ist, so liegt der Schluss nahe, dass – wie bei Abs. 1 von Art. 315 ZPO – beide Aspekte gemeint sind. Diese Analyse relativiert sich allerdings bis zu einem gewissen Mass dadurch, dass in Abs. 3 auch pauschal von «aufschiebender Wirkung»

90 SUTTER-SOMM (Fn. 5), RZ. 1299; MEIER (Fn. 3), 513; BENEDIKT SEILER, Die Berufung nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2011, RZ. 966 und 1644; MICHAEL GRABER, Die Berufung in der Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2011, 180.

91 STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (Fn. 13), § 24 N. 7; REETZ/HILBER (Fn. 77), Art. 315 N. 23.

92 BGE 139 III 486 E. 3.

die Rede ist, obwohl den dort geregelten Gestaltungsentscheiden nur Rechtskraft, nicht aber Vollstreckbarkeit zukommen kann.[93] Im vorliegenden Zusammenhang ist dem Bundesgericht ohnehin aus teleologischer Sicht beizupflichten. Wäre es in BGE 139 III 486 dem anderen Teil der Lehre gefolgt, so hätte dies dazu geführt, dass der Kläger in solchen Fällen eine (begründete) Klage in der Hauptsache einreichen muss, obwohl noch in der Schwebe steht, ob er mit seinem Massnahmebegehren definitiv durchdringt oder ob die Rechtsmittelinstanz den erstinstanzlichen Entscheid allenfalls noch aufhebt. In der Tat wäre eine solche Konstellation unerwünscht und mit dem Gedanken der Prozessökonomie nicht vereinbar. Gegen die nun vom Bundesgericht beschlossene Lösung könnte zwar angeführt werden, dass dadurch der Schwebezustand und damit eine Periode der Unsicherheit für den Beklagten ausgedehnt wird. Diesem Umstand kann jedoch mit analoger Anwendung der Behelfe von Art. 264 ZPO Rechnung getragen werden.[94] Trotzdem ist die Tragweite dieser teleologischen Überlegungen unklar, zumal der Richter im zu beurteilenden Fall die Prosequierungsfrist nicht zwingend (abstrakt) an die Rechtskraft des Massnahmeentscheides hätte anknüpfen müssen, sondern auch eine konkrete Frist hätte bestimmen können.

Die höchstrichterliche Erwägung, wonach eine Parallelität von Hauptprozess und Rechtsmittelverfahren gegen den Massnahmenentscheid möglichst zu verhindern sei, ist verallgemeinerungsfähig: Werden (Prosequierungs-)Fristen oder Sicherungsmittel von der Rechtskraft eines Entscheides abhängig gemacht, muss stets bedacht werden, dass wegen des weit gefassten Korrekturbehelfs der Beschwerde – die in BGE 139 III 486 zwar nicht einschlägig, aber als Rechtsmittel gegen Massnahmeentscheide dennoch möglich wäre[95] – eine Abänderung des rechtskräftigen Entscheides nicht gänzlich unwahrscheinlich ist. Es wäre u. E. sinnvoller, wenn solche Fristen erst dann zu laufen beginnen, wenn der Entscheid auch endgültig ist bzw. zumindest nicht mehr mit Beschwerde und/oder Berufung angefochten werden kann.

93 ALEXANDER R. MARKUS, in: Heinz Hausheer/Hans Peter Walter (Hrsg.), Berner Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Band II, Art. 150–352 ZPO sowie Art. 400–406 ZPO, 2012, Art. 87 N. 22.

94 Vgl. STERCHI (Fn. 58), Art. 315 N.21.

95 STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (Fn. 13), § 22 N. 34.

e. *Vollstreckbarkeit vor Rechtskraft: superprovisorische Massnahmen*

Die Prosequierung von superprovisorischen Verboten (z. B. Publikationsverbot oder Registersperre) kann zu heiklen Abgrenzungsschwierigkeiten führen.

Beispiel: Ein Gesuchsteller hat ein superprovisorisches Publikationsverbot betreffend einen diffamierenden Text erwirkt, der im Internet publiziert werden soll. Im anschliessenden Massnahmeverfahren (Bestätigungsverfahren) wird das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen, z. B. wegen fehlenden Verfügungsgrunds oder Verfügungsanspruchs, abgewiesen. Erhebt nun der Gesuchsteller dagegen Berufung, so ist er während des Rechtsmittelverfahrens schutzlos. Dies obwohl das vollkommene Rechtsmittel der Berufung bei einer nicht vermögensrechtlichen Klage wie der vorliegenden gegeben und keine Rechtskraft eingetreten ist. Können dem schutzlosen Gesuchsteller in diesem Fall allenfalls Art. 315 Abs. 4 lit. b bzw. Art. 315 Abs. 5 ZPO weiterhelfen?

In der Lehre wird z. T. vertreten, dass eine vorgängig angeordnete superprovisorische Massnahme mit der Abweisung der vorsorglichen Massnahme nur dann dahinfalle, wenn der Berufung nicht aufschiebende Wirkung zuerkannt werde.[96] Die Aufrechterhaltung des Superprovisoriums soll durch eine Reduktion von Art. 315 Abs. 4 lit. b ZPO oder durch eine analoge Anwendung von Art. 315 Abs. 5 ZPO zugunsten des Gesuchstellers bewerkstelligt werden.[97] Teilweise wird in der Lehre davon ausgegangen, dass die superprovisorische Massnahme für die Dauer des Rechtsmittelverfahrens wieder auflebe, wenn der das Superprovisorium aufhebende Massnahmeentscheid rechtsmittelweise angefochten werde.[98]

Es wird gleichzeitig vorgeschlagen, dass der Berufungskläger (allenfalls sogar der Beschwerdeführer) die Möglichkeit haben sollte, die Berufungsinstanz *bereits während der Begründungs- bzw. Rechtsmittelfrist* um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ersuchen zu können, um damit das Superprovisorium (als einmal erlangte Rechtsposition) bestehen zu lassen. Die *Weitergeltung* des superprovisorisch

96 THOMAS SPRECHER, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2013, Art. 265 N. 46.

97 STERCHI (Fn. 58), Art. 315 N. 15 f.

98 ANDREAS GÜNGERICH, in: Heinz Hausheer/Hans Peter Walter (Hrsg.), Berner Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Band II, Art. 150–352 ZPO sowie Art. 400–406 ZPO, 2012, Art. 265 N. 20.

angeordneten und provisorisch an sich aufgehobenen Verbots sollte nach dieser Meinung nur *restriktiv* zugelassen werden und bei drohendem nicht leicht wiedergutzumachendem Nachteil und glaubhaft gemachter Dringlichkeit oder bei offensichtlichen Fehlentscheiden der Vorinstanz infrage kommen.[99]

Obwohl sich im vorliegenden Bereich ein praktisches Bedürfnis erkennen lässt, sind die Beurteilungen dieser Autoren aus rechtssystematischer Sicht in Zweifel zu ziehen. Art. 315 Abs. 4 lit. b und Abs. 5 ZPO sind nicht auf das Superprovisorium zugeschnitten. Superprovisorium und Provisorium sind ein untrennbares Duo und zu einem einzigen Verfahren verschmolzen. Im Provisorium wurde nichts angeordnet, womit auch kein Raum für die Erteilung bzw. den Entzug von aufschiebender Wirkung bleibt. Gegen das Superprovisorium gibt es kein Rechtsmittel. Das Bestätigungsverfahren ist nicht einmal dessen funktionaler Ersatz, sondern lediglich eine verbessernde Ergänzung des Superprovisoriums unter Einbezug der Gegenpartei und mit entsprechend erweiterter Kognition des Gerichts. Vor diesem Hintergrund ist bei abgewiesenem Provisorium in jedem Fall von einem «Nichts» auszugehen, das nicht mit einer aufschiebenden Wirkung behoben werden kann.

Die einzige Möglichkeit für die «Aufrechterhaltung» des Superprovisoriums bestünde darin, um originäre, vom Superprovisorium unabhängige *vorsorgliche Massnahmen bei der oberen Instanz* nachzusuchen. Genau genommen ersucht der Gesuchsteller damit um eine vorsorgliche Massnahme (Publikationsverbot) im Hinblick auf ein Berufungsverfahren gegen eine soeben abgewiesene vorsorgliche Massnahme (abgewiesenes Publikationsverbot). Da vorsorgliche Massnahmen ansonsten im Hinblick auf Hauptsache-(Berufungs-) Verfahren ersucht werden (Art. 263 ZPO), erscheint dieses Vorgehen systematisch fragwürdig. Vorsorgliche Massnahmen könnten theoretisch aber auch vor der ersten Instanz erneut beantragt werden, zumal vorsorgliche Massnahmeentscheide nicht in materielle Rechtskraft

99 Vgl. DANIEL STAEHELIN/EVA BACHOFNER, Vollstreckung im Niemandsland, in: Jusletter 16. April 2012, Rz. 17. Zwar dürfte das Rechtsschutzinteresse in dem Zeitpunkt, in welchem das superprovisorisch verfügte Publikationsverbot aufgehoben und der diffamierende Text tatsächlich publiziert wird, erloschen sein. Immerhin müsste die Möglichkeit gewährt werden, das Begehren dahin gehend zu präzisieren, dass nicht das Verbot der Publikation, sondern andere Behelfe des Persönlichkeitsschutzes angestrebt werden.

erwachsen und keine res iudicata entgegenstünde. Die Chancen auf Erfolg sind aber bei diesem Vorgehen noch geringer als beim Massnahmeantrag im Rahmen des Berufungsverfahrens.

f. *Vollstreckbarkeit nach Rechtskraft: provisorische Rechtsöffnung*

Da gegen den erstinstanzlichen Rechtsöffnungsentscheid die Berufung nicht zulässig ist (Art. 309 lit. b Ziff. 3 ZPO), wird er *mit seiner Eröffnung (Art. 239 ZPO) formell rechtskräftig.*[100] Materielle Rechtskraft erlangt er in keinem Zeitpunkt.[101] Der Entscheid wird auch nicht auf gewohntem Weg vollstreckbar,[102] da sich dessen Vollstreckbarkeit nicht nach den allgemeinen Regeln für ein Geldurteil (Art. 80 Abs. 1 ZPO), das der definitiven Rechtsöffnung zugänglich ist, richtet: Obwohl vorfrageweise ein materiellrechtlicher Streitgegenstand zu beurteilen ist, ist die provisorische Rechtsöffnung vielmehr selber ein integrierter *Bestandteil des Einleitungsverfahrens SchKG.* Der provisorische Rechtsöffnungsentscheid ist kein definitiver Rechtsöffnungstitel: Die Vollstreckbarkeit eines Rechtsöffnungsentscheides richtet sich nach dem besonderen Mechanismus des Einleitungsverfahrens, wonach die provisorische Rechtsöffnung unter bestimmten Voraussetzungen definitiv wird. Die provisorische Rechtsöffnung wird erst nach Ablauf der Frist für die Anhebung einer Aberkennungsklage oder bei abgewiesener Aberkennungsklage definitiv (Art. 83 Abs. 3 SchKG), der Zahlungsbefehl rechtskräftig. Zumal der Weg für das Fortsetzungsbegehren damit geöffnet ist, erlangt die provisorische Rechtsöffnung erst in diesem Moment die Qualität eines vollstreckbaren Entscheids.[103] Ein Umweg über Art. 336 ZPO und über Art. 80 Abs. 1 SchKG ist weder nötig noch angebracht. Entscheidend ist allein das Zusammenspiel zwischen provisorischer Rechtsöffnung und Aberkennung.

Die Aberkennungsklage ist innert 20 Tagen nach der Rechtsöffnung einzuleiten (Art. 83 Abs. 2 SchKG). Die 20-tägige Frist beginnt

100 Vgl. PETER VOLKART, in: Ivo Schwander/Dominik Gasser/Alexander Brunner (Hrsg.), ZPO-Kommentar, 2011, Art. 325 N. 3.

101 PETER STÜCHELI, Die Rechtsöffnung, Diss. Zürich 2000, 160; DOMINIK VOCK, in: Daniel Hunkeler (Hrsg.), Kurzkommentar SchKG, 2. Aufl. 2014, Art. 84 N. 27.

102 Vgl. OGer ZH II. ZK 19.6.2013 PS130094-O/U.

103 Vgl. KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl., 2013, § 19 N. 89; vgl. BGer 5A_543/2013.

mit der Eröffnung des Rechtsöffnungsentscheides zu laufen. Wird die Rechtsöffnung im Dispositiv eröffnet, so ist dessen Zustellung für die Fristauslösung massgebend und nicht erst die nachträgliche Begründung nach Art. 239 Abs. 2 ZPO.[104] Mithin ist die formelle Rechtskraft für die Auslösung der Aberkennungsfrist massgeblich. Wird aber gegen den Rechtsöffnungsentscheid die Beschwerde erhoben und dieser aufschiebende Wirkung (Art. 325 Abs. 2 ZPO) erteilt, so beginnt die 20-Tages-Frist gemäss Literatur erst mit Zustellung des Beschwerdeentscheides zu laufen.[105] Genau genommen wird hier angesichts des besonderen Vollstreckbarkeitskonzepts der provisorischen Rechtsöffnung nicht etwa eine ansonsten unmittelbar eintretende Vollstreckbarkeit aufgeschoben, sondern diese nur ein weiteres Stück in die Ferne gerückt. Die Vollstreckbarkeit kann ja – auch bei unterlassener Beschwerde – erst 20 Tage nach der Eröffnung des Rechtsöffnungsentscheids überhaupt eintreten. Vom Ergebnis her betrachtet ist ein Konzept, das auf die aufgeschobene Vollstreckbarkeit abstellt, jedoch zu begrüssen, zumal es zu vermeiden gilt, dass das Rechtsmittel gegen die provisorische Rechtsöffnung und die Aberkennungsklage parallel laufen.

Die provisorische Rechtsöffnung allein beseitigt den Rechtsvorschlag erst provisorisch und berechtigt deshalb noch nicht zu eigentlichen Vollstreckungsmassnahmen. Immerhin kann der Gläubiger, der im Besitz eines rechtskräftigen Rechtsöffnungsurteils ist, nach Ablauf der Zahlungsfrist die provisorische Pfändung bzw. das Güterverzeichnis verlangen. Das SchKG verleiht mithin der Entscheidung lediglich eine Art provisorische Vollstreckbarkeit, die funktional eine Sicherungsmassnahme darstellt.

Zusammenfassend ist es für die Vollstreckbarkeit nur mittelbar relevant, ob und wann ein provisorischer Rechtsöffnungsentscheid formell rechtskräftig wird. Die üblichen Differenzierungen der ZPO über das Auseinanderfallen von Rechtskraft und Vollstreckbarkeit sind bei der provisorischen Rechtsöffnung nicht massgebend. Die gesetzliche Konzeption überzeugt: Der Gesetzgeber war sich über die nur bedingte Tragweite des provisorischen Rechtsöffnungsurteils angesichts der möglichen Aberkennung im Klaren, weshalb er der rechtskräftigen provisorischen Rechtsöffnung vorerst nur beschränkte Wirkungen zuerkennt.

104 Daniel Staehelin, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin, Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, 2. Aufl. 2010, Art. 1–158 SchKG, Art. 83 N. 23, Dominik Vock/Danièle Müller, SchKG-Klagen nach der Schweizerischen ZPO, 2012, 146.

105 Amonn/Walther (Fn. 103), § 19 N. 99; Staehelin (Fn. 104), Art. 83 N. 25; Vock/Müller (Fn. 104), 146.

B. Korrekturmöglichkeiten bei mangelhaftem Zusammenspiel von formeller Rechtskraft und Vollstreckbarkeit

Wie vorstehend erwähnt, sollte ein Urteil nur dann der Zwangsvollstreckung zugänglich sein, wenn es auch ein Mindestmass an Beständigkeit aufweist. Die verbleibende Unsicherheit, ob gegen einen formell rechtskräftigen und vollstreckbaren Entscheid ein ausserordentliches Rechtsmittel (insbes. die *Beschwerde,* zumal die Hürde – wie gezeigt – relativ niedrig liegt) ergriffen wird, führt zum Begriff der resolutiv bedingten Vollstreckbarkeit und damit einhergehenden *Korrekturen.*

1. *Korrektur vor erfolgter Vollstreckung*

a. *Problem der Sicherung während der «Schwebefrist»*

Wird ein Entscheid angefochten, gegen den nur ein Rechtsmittel ohne aufschiebende Wirkung zur Verfügung steht, so ist dieser *sofort vollstreckbar,* auch wenn eine u. U. 30-tägige Beschwerdefrist noch läuft. Bei Geldurteilen verfügt der obsiegende Kläger zudem über den Arrestgrund des definitiven Rechtsöffnungstitels nach Art. 271 Abs. 2 Ziff. 6 SchKG, im Nichtgeldbereich über dessen Analogon, die sichernde Massnahme nach Art. 340 ZPO. Besonders sensibel ist diesbezüglich die Situation bei einer *unbegründeten beschwerdefähigen Entscheidung.* Die Entscheidung ist auch dann sofort vollstreckbar, wenn sie ohne Begründung nur im Dispositiv eröffnet wurde. Der Antrag für eine begründete Ausfertigung hemmt den Eintritt der Vollstreckbarkeit nicht.[106] Wird eine solche verlangt, so ist mit einer *langen «Schwebefrist»* zu rechnen, während welcher die Ergreifung eines Rechtsmittels im Raum steht, die Klägerseite jedoch

106 BGE 127 III 569 E. 4a; Staehelin (Fn. 104), Art. 83 N. 23; Vock/Müller (Fn. 104), 146.

bereits zur Vollstreckung schreiten und damit ein *fait accompli* schaffen kann.

Umgekehrt stellt sich eine spiegelbildliche Frage bei berufungsfähigen Entscheiden: Heisst die 1. Instanz die Klage gut, eröffnet den Entscheid aber nur im Dispositiv, so kann der Kläger noch keine vorzeitige Vollstreckbarkeit i. S. v. Art. 315 Abs. 2 ZPO beantragen. Im Nichtgeldbereich kann er zur Sicherung seiner Ansprüche ohne Weiteres eine vorsorgliche Massnahme gegen den unterliegenden Beklagten nach ZPO anstrengen, zumal das Verfahren in der Schwebezeit während der Redaktion der Urteilsbegründung nach wie vor rechtshängig ist. Im Geldbereich hat er indes keine entsprechende Schutzmöglichkeit. Er bleibt auf die schematischen Gefährdungstatbestände des Arrestrechts verwiesen. Eine Arrestlegung nach Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG fällt mangels Vollstreckbarkeit des erstinstanzlichen Urteilsdispositivs noch ausser Betracht. Dies ist aus systematischer Sicht jedoch nicht zu beanstanden. Denn es ist davon auszugehen, dass die Gläubigersicherungswertungen des SchK-Gesetzgebers ohne Weiteres in die «Schwebefrist» hineinreichen, ist doch in dieser Phase gegenüber dem erstinstanzlichen Verfahren kein markant erhöhter Sicherungsbedarf des Gläubigers zu erkennen.[107]

Damit steht die *Beschwerde als Problembereich* im Vordergrund. Eine Lösung ist weder dem *Rechtsmittelrecht* der ZPO noch dem *Vollstreckungsrecht* der ZPO bzw. des SchKG ohne Weiteres zu entnehmen. Beide Rechtsbereiche stellen zwar Instrumente zur Verfügung, um in schwebenden Situationen der Partei zu helfen, deren Interesse durch eine unmittelbare Vollstreckung oder eine ausbleibende Vollstreckung verletzt sein könnten. Gemeinsam ist diesen Instrumenten der Bezug zum *vorsorglichen Massnahmerecht*. Entweder sind sie als vorsorgliche Massnahmen (im Hinblick auf die Vollstreckung) ausgestaltet oder lehnen doch funktional und instrumental an das vorsorgliche Massnahmerecht an. Sie bieten jedoch insbesondere dem Beklagten und Beschwerdeführer in der genannten Schwebefrist keinen Schutz.

Art. 325 Abs. 2 ZPO sieht einen Antrag auf aufschiebende Wirkung der Beschwerde erst *anlässlich der Einreichung* dieses Rechtsmittels vor. Art. 112 Abs. 2 BGG bietet zwar auf Ebene des Bundesgerichts eine Lösung, indem er die Vollstreckbarkeit während der Frist

107 Im Berufungsverfahren gilt der Weiterführungsgrundsatz.

für das Einverlangen der Begründung hemmt. Für eine analoge Heranziehung von Art. 112 Abs. 2 Satz 3 BGG bleibt aber in der ZPO kein Raum, zumal Art. 315 Abs. 1 ZPO mit aller Deutlichkeit nur der Berufung, nicht aber der Beschwerde aufschiebende Wirkung erteilt.[108] Auch verträgt sich eine analoge Anwendung des BGG nicht mit Art. 336 Abs. 1 ZPO.[109] Insofern ist davon auszugehen, dass ein unbegründet eröffneter beschwerdefähiger Entscheid *sofort vollstreckbar* ist.

Die sichernden Massnahmen des Art. 340 ZPO sind allein auf den Vollstreckungsgesuchsteller zugeschnitten, die Einreden des Art. 341 Abs. 3 ZPO beschlagen nur neue Tatsachen seit Entscheideröffnung. Das Rechtsschutzbedürfnis des Vollstreckungsgegners ist ausgeprägter als in der vorne (Kap. IV./A./3./e) beschriebenen Situation, in welcher ein Superprovisorium nicht bestätigt wurde, zumal der beschwerdefähige Entscheid die Situation des Beklagten und Beschwerdeführers während der Schwebefrist nachhaltig zu seinen Ungunsten verändern kann, sofern er sich vor den oberen Instanzen als falsch erweist.

b. *Lösung beim vorsorglichen Massnahmerecht?*

In der Praxis besteht für die unterliegende Partei deshalb das Bedürfnis, sich gegen die drohende Vollstreckung in der Schwebephase («im Niemandsland»[110] bzw. im «Zwischen»[111]) bis zur Beschwerdeeinreichung zur Wehr zu setzen. STAEHELIN/BACHOFNER gelangen diesbezüglich zum Ergebnis, dass es der unterliegenden Partei möglich sein müsse, den Aufschub der Vollstreckbarkeit bereits vor Einreichen der Beschwerde vorsorglich bei der Beschwerdeinstanz

108 *A. M.* Entscheid der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 11. Juni 2012 (RT120039), E. 3.9. Das Zürcher Obergericht vertritt die Ansicht, dass Art. 112 BGG analog heranzuziehen sei und ein beschwerdefähiger Entscheid erst vollstreckt werden könne, wenn die zehntägige Begründungsfrist (Art. 239 Abs. 2 ZPO) unbenützt abgelaufen oder die begründete Ausfertigung des Entscheids eröffnet worden sei.

109 DANIEL STAEHELIN, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Zürcher Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2013, Art. 239 N. 35.

110 DANIEL STAEHELIN/EVA BACHOFNER, Vollstreckung im Niemandsland, in: Jusletter 16. April 2012.

111 JENT-SØRENSEN (Fn. 4), 60.

zu beantragen. Die aufschiebende Wirkung bei der Berufung (Art. 315 Abs. 1 ZPO) stelle eine *Eigenschaft des Rechtsmittels* dar, wohingegen die Anordnung der aufschiebenden Wirkung nach Art. 325 Abs. 2 bzw. Art. 315 Abs. 5 ZPO *vorsorgliche Massnahmen sui generis* seien. Es rechtfertige sich deshalb eine analoge Anwendung der Art. 261 ff. ZPO.[112] Sachlich zuständig für den Erlass dieser *vorsorglichen Massnahme sui generis* sei die Rechtsmittelinstanz, denn die Kompetenz des erstinstanzlichen Gerichts ende mit der Entscheideröffnung (Devolutiveffekt).[113] Auch für JENT-SØRENSEN ist eine drohende Zwangsvollstreckung mit dem Aufschub der Vollstreckbarkeit abzuwenden. Dass die Zuständigkeit der Rechtsmittelinstanz infrage gestellt sei, weil der Gesuchsteller noch gar kein Rechtsmittel ergriffen habe, wird von JENT-SØRENSEN zwar anerkannt, jedoch mit dem Hinweis auf die ansonsten bestehende Rechtsschutzlücke entkräftet.[114]

JENT-SØRENSEN propagiert zudem eine Konversion der Betreibung auf eine Betreibung *auf Sicherheitsleistung* nach Art. 38 Abs. 1 SchKG: Bei resolutiv bedingter Vollstreckbarkeit sollte die Vollstreckung nie über eine Sicherheitsleistung hinausgehen.[115] Damit würde ein fait accompli ohne Weiteres verhindert, ohne dass der unterliegende Beklagte (und Rechtsmittelkläger) vorsorglicher Massnahmen ergreifen müsste. Im Ergebnis schlägt die Autorin damit vor, das Vollstreckungsgesuch in ein Gesuch um sichernde Massnahmen zu konvertieren. Diese Lösung wäre jedoch nur de lege ferenda zu erreichen, wie die Autorin selber einräumt.[116]

Den genannten Autoren ist in der Problemanalyse beizupflichten: Wird ein beschwerdefähiger, die Klage gutheissender Entscheid im Dispositiv eröffnet, so sollte die beklagte Partei und Beschwerdeführerin bei der oberen kantonalen Instanz (oder evtl. beim iudex a quo) um Abhilfe ersuchen dürfen, wenn andernfalls ein u. U. irreparabler Schaden droht. Darüber hinaus müsste ein solcher Schutz sogar im (seltenen) Fall einer begründeten Entscheidung zulässig sein, um ggf. die 30-tägige Rechtsmittelfrist zu überbrücken. Löst man sich

112 In diesem Sinne auch das KGer BL 19. 6. 2012, 41012182/LIA, besprochen in iusfocus 2013/4, 22.

113 STAEHELIN/BACHOFNER (Fn. 99), Rz. 14 f.

114 JENT-SØRENSEN (Fn. 4), 60.

115 JENT-SØRENSEN (Fn. 4), 62.

116 JENT-SØRENSEN (Fn. 4), 62 m. w. H.

von der analogen Anwendung des Art. 112 Abs. 2 BGG, so ist nicht einzusehen, warum dieser Fall grundsätzlich anders beurteilt werden sollte. Angesichts der kürzeren Dauer der Frist würden lediglich die Anforderungen an Nachteil und Dringlichkeit vergleichsweise erhöht. Der beklagten Partei und Beschwerdeführerin ist jedenfalls im Prinzip ein *deutliches Rechtsschutzbedürfnis* zuzuerkennen.

Wie sind die vorgeschlagenen Problemlösungen zu beurteilen, soweit sie mit dem Konzept der vorsorglichen Massnahme sui generis arbeiten? Sie müssen gleich mehrere, z. T. hohe Analogiehürden nehmen, was im Prozessrecht, das der Rechtssicherheit und Voraussehbarkeit eng verpflichtet ist, vergleichsweise schwieriger fällt als im materiellen Recht.

c. *Sicherung und Vollstreckung in Geld vom SchKG geregelt*

Der Schweizer Zivilprozess weist das Recht der Sicherungsmassnahmen in Geldsachen wie das Vollstreckungsrecht in Geldsachen schlechthin dem SchKG zu. *Art. 269 ZPO* schliesst denn auch vorsorgliche Massnahmen zugunsten des – für den Schuldner ohnehin nicht zielführenden – Arrestrechts des SchKG aus. Das spricht gegen die analoge Anwendung des vorsorglichen Massnahmerechts der ZPO. Dafür spricht nur, aber immerhin, dass die Rechtsmittel und damit verbundene Fragen von der ZPO geregelt werden. Eine erhebliche systematische Unsicherheit verbleibt jedoch.

d. *Vorsorgliche Massnahme zugunsten des Beklagten?*

Die Analogie mit der vorsorglichen Massnahme wird dadurch strapaziert, dass der Vollstreckungsaufschub – fürs Massnahmerecht untypisch – *zugunsten des Beklagten* angeordnet wird. Wie erwähnt, sind vorsorgliche Massnahmen grundsätzlich nur zugunsten der Klägerschaft möglich, die einen Massnahmeanspruch behauptet. Gewiss ist der Beklagte zugleich Beschwerdeführer, insofern Angreifer und damit – im Hinblick auf das bevorstehende Rechtsmittelverfahren – die den bestehenden Rechtszustand zu verändern suchende Partei. Die Distanz zur Parteirolle, wie sie vom Massnahmerecht klar vorgegeben ist, scheint jedoch beträchtlich.[117] Überhaupt nicht hilfreich ist in die-

117 Eine solch massgebende Abweichung vom System ist nur möglich, wenn sie das Gesetz ausdrücklich vorsieht, wie dies in Art. 315 Abs. 2 ZPO der Fall sein dürfte.

sem Zusammenhang die Anrufung von Art. 340 ZPO, zumal diese sichernden Massnahmen (die parallel zu Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG zu verstehen sind) wie erwähnt ganz offensichtlich allein dem Vollstreckungsgesuchsteller vorbehalten sind.

Gewiss geht der massnahmeähnliche Aufschub der Vollstreckbarkeit, wie er in Art. 325 Abs. 2 ZPO geregelt ist, zugunsten des Beklagten/Beschwerdeführers. Aber ob eine «Vorstufe» analog dem Massnahmerecht möglich sein soll, ist ja gerade die Frage, welche mit einer Analogie zum allgemeinen Massnahmerecht gelöst werden soll. Deshalb bleiben erhebliche Zweifel, ob eine solche Lückenfüllung zulässig ist.

Die flankierenden Massnahmen zugunsten des Verfügungsgegners, wie sie in Art. 264 ZPO, 325 Abs. 2 ZPO oder Art. 273 Abs. 1 SchKG vorgesehen sind, sind im Prinzip auch im vorliegenden Rechtsmittelzusammenhang beachtlich. Die analoge Anwendung dieses Instrumentariums wird zu Recht in der Situation befürwortet, in welcher nach Art. 315 Abs. 2 ZPO eine vorzeitige Vollstreckung eines berufungsfähigen Entscheids bewilligt worden ist.[118] Dort erfolgt sie – parteirollengerecht – zugunsten des Beklagten und «Massnahmegegners», der Berufung erklärt.

Flankierende Massnahmen zugunsten des Beschwerdeführers wären in der vorliegenden Situation zwar parteirollengerecht. Sie sind jedoch nicht systemgerecht, zumal sie dazu vorgesehen sind, die konkrete vorsorgliche Massnahme des Gerichts im Sinne eines Interessenausgleichs abzufedern. Eine vorsorgliche Massnahme liegt in den vorliegenden Situationen nicht vor, die nicht suspensive Wirkung der Beschwerde ist ja ex lege gegeben. Gegenüber dieser systematisch verqueren Lösung wäre – bei allen verbleibenden Zweifeln – die Konzession an die Parteirollenverteilung noch zu bevorzugen.

e. *Vorsorgliche Massnahme und Rechtshängigkeit der Hauptsache*

Weiter wird die Analogie zur vorsorglichen Massnahme dadurch strapaziert, dass diese – wie vorne erwähnt – eine aktuelle oder zukünftige *Rechtshängigkeit* der Hauptsache voraussetzt, welcher vorliegend mit dem rechtskräftigen Entscheid bereits ein Ende gesetzt wurde. Dies relativiert sich allerdings insofern, als immerhin eine

118 Vgl. STERCHI (Fn. 58), Art. 315 N. 21. Vorne Kap. IV./B./1./b.

«Rechtsmittelhängigkeit» zu erwarten ist: Sie begründet zwar keine Rechtshängigkeit im technischen Sinne, dürfte aber für eine analoge Anwendung von Art. 263 ZPO ausreichend sein.

f. *Vorsorgliche Massnahme und Hauptsacheprognose*

Einem Begehren um Vollstreckungsaufschub i. S. einer vorsorglichen Massnahme ist die Schwierigkeit inhärent, dass die *Hauptsacheprognose* nur schwer möglich ist. Diese Prognose ist ja die Beurteilung der Rechtsmittelchancen des Beklagten und nicht der klägerischen Prozessaussichten. Sie ist angesichts der noch fehlenden Begründung des erstinstanzlichen Urteils i. d. R. nur schwer zu bewerkstelligen.

g. *Ergebnis de lege lata oder de lege ferenda?*

Bei der Schwebefrist bis zur vorzeitigen Vollstreckung nach Art. 315 Abs. 2 ZPO *(Berufung)* bestehen de lege lata keine grösseren Bedenken: Wie vorne (Kap. IV./B./1./b) erwähnt, bietet hier das vorsorgliche Massnahmerecht der ZPO ein sachgerechtes Instrumentarium, während im Geldbereich die schematischen Wertungen des SchKG-Arrestrechts aus systematischen Gründen hinzunehmen sind.

Bei der *Beschwerde* lassen sich aber die vorstehend genannten systematischen Probleme nicht von der Hand weisen, weshalb das Konzept der vorsorglichen Massnahme sui generis bei der Rechtsmittelinstanz allein kraft Lückenfüllung de lege lata infrage zu stellen ist.

Die vorgeschlagene Konversion eines Geldvollstreckungsgesuchs in ein Gesuch um Leistung von Sicherheit stösst zudem de lege lata an den Dispositionsgrundsatz.[119] Aber auch de lege ferenda bleiben systematische Zweifel, zumal der Zweck der Betreibung auf Sicherheitsleistung nicht die Sicherstellung einer gerichtlich festgestellten Geldforderung, sondern die Erfüllung eines materiellen Anspruchs auf Sicherheitsleistung ist.[120] Insofern wäre es systematisch befriedigender, den Gläubiger (ab gutgeheissenem Gesuch des Beschwerde-

119 JENT-SØRENSEN (Fn. 4), 62.

120 DOMENICO ACCOCELLA, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, 2. Aufl. 2010, Art. 1–158 SchKG, Art. 38 N. 19.

führers) statt auf die Vollstreckung auf den Arrest zu verweisen, wobei aber der Arrest zu erleichtern und insbesondere von der Obliegenheit zu befreien wäre, die Vermögensgegenstände zu bezeichnen. Aber auch diese Lösung schränkt die Rechte des Gläubigers, der immerhin einen rechtskräftigen Titel in Händen gehalten hat, u. E. noch zu sehr ein.

Eine Umsetzung von Art. 112 Abs. 2 Satz 3 BGG auf Stufe der ZPO ginge einerseits zu weit, zumal damit die Vollstreckung ohne richterliche Differenzierungsmöglichkeiten in zahlreichen Fällen unverhältnismässig stark verzögert würde. Andererseits bietet diese Bestimmung während der vorliegend problematisierten Schwebephase keinen vollständigen Schutz.

Wohl sachgerechter wäre eine Regelung im Rechtsmittelrecht der ZPO und im Bereich von dessen Art. 325, wonach die Rechtsmittelinstanz auf begründetes Gesuch hin bereits vor Einreichung des Rechtsmittels die Vollstreckung aufschieben kann, mit gleichzeitigen sichernden Massnahmen zugunsten des Klägers und Beschwerdegegners. Trotz der beschriebenen Lücken im Rechtsschutz soll die Aufweichung der formellen Rechtskraft die Ausnahme sein, nicht die Regel.

2. *Korrektur während laufender Vollstreckung*

Wird während laufender Geldvollstreckung ein Entscheid durch die obere Instanz zugunsten des Beklagten und Beschwerdeführers aufgehoben, bieten sich nach JENT-SØRENSEN die folgenden Korrekturbehelfe an:[121]

- *Aufhebung des Entscheids vor Beseitigung des Rechtsvorschlags:* Es liegt kein vollstreckbarer Titel i. S. v. Art. 80 SchKG mehr vor, welcher zur definitiven Rechtsöffnung berechtigen würde.
- *Aufhebung des Entscheids nach Beseitigung des Rechtsvorschlags:*
  - Eine Revision der Rechtsöffnung ist nicht möglich, da die nachträgliche Abänderung des vollstreckbaren Urteils ein (unzulässiges) echtes Novum darstellt.

121 JENT-SØRENSEN (Fn. 4), 64 ff.

  - Unstrittig dürfte jedoch sein, dass die bereits vorgenommenen Betreibungshandlungen zufolge des nachträglichen Wegfalls der Vollstreckbarkeit unrechtmässig waren und deshalb aufzuheben sind. Es ist dabei eine Bescheinigung des Wegfalls der Vollstreckbarkeit durch das Gericht (analog Art. 336 Abs. 2 ZPO) zu erlassen und gestützt darauf die Aufhebung des Fortsetzungsverfahrens durch das Betreibungsamt anzuordnen. JENT-SØRENSEN spricht sich dabei ausdrücklich für die folgende Modalität aus: Der Betriebene könne beim Betreibungsamt einen Antrag auf Aufhebung der bereits vorgenommenen Betreibungshandlungen bzw. auf Ungültigerklärung des Fortsetzungsbegehrens stellen, wobei er seinem Gesuch eine Bescheinigung der Rechtsmittelinstanz über den Wegfall der Vollstreckbarkeit beilegen könne. Der Entscheid des Betreibungsamtes über die Aufhebung der bisherigen Betreibungshandlungen sei alsdann mit Beschwerde nach Art. 17 SchKG bei der Aufsichtsbehörde anfechtbar. Einer gerichtlichen Anordnung bedürfe es nicht, da die Fortsetzung der Betreibung trotz nicht beseitigtem Rechtsvorschlag ein Fall der Nichtigkeit (Art. 22 SchKG) sei.[122]
- Die Klage nach Art. 85 SchKG passt vom Wortlaut her nicht, zumal von Tilgung und Stundung gesprochen wird. Eine (direkte oder analoge) Anwendung, wie sie etwa JENT-SØRENSEN vorschlägt,[123] liegt nicht unmittelbar auf der Hand: Die Klage ist auf (echte) tatsächliche Noven i. S. von rechtsvernichtenden Einreden ausgerichtet, die nach dem Urteil eintreten, während der gutheissende Beschwerdeentscheid rechtshindernd mit Wirkung ex tunc in Erscheinung tritt. Dennoch lässt sich auch u. E. vertreten, dass die gerichtliche Feststellung, es liege eine Nichtschuld vor, gegenüber der Tilgung ein Mehr darstellt und deshalb vom Verfahren nach Art. 85 SchKG erfasst sein könnte.
- Das Verfahren nach Art. 85a SchKG ist ohne Weiteres denkbar[124], aber als einlässliches Verfahren für den Schuldner zu wenig griffig.

122 JENT-SØRENSEN (Fn. 4), 65.
123 JENT-SØRENSEN (Fn. 4), 65, m. w. H.; STAEHELIN (Fn. 104), Art. 80 N 8a.
124 JENT-SØRENSEN (Fn. 4), 65 m. w. H.

– Eine direkte Anweisung des Sachgerichts (Rechtsmittelinstanz) an das Betreibungsamt ist mit Blick auf die den Aufsichtsbehörden vorbehaltene Weisungsbefugnis abzulehnen.[125]

U. E. steht mit JENT-SØRENSEN das Konzept im Vordergrund, das sich auf die «Nichtvollstreckbarkeits-Bescheinigung» stützt. Die Vollstreckbarkeit der gerichtlichen Entscheidung ist das Rückgrat des Vollstreckungsverfahrens, bei deren Wegfall das Verfahren jede Berechtigung verliert und in sich zusammenbricht. Deshalb wird sie denn auch von Amtes wegen geprüft.[126] Analog Art. 336 Abs. 2 ZPO kann sich also der Betriebene bei der Beschwerdeinstanz den Wegfall der (ursprünglichen) Vollstreckbarkeit bescheinigen lassen. Mit Vorlage dieser Bescheinigung kann er das Betreibungsverfahren ohne Weiteres stoppen. Im Nichtgeldbereich ist der Wegfall der Vollstreckbarkeit ebenfalls von der Rechtsmittelinstanz zu bescheinigen (Art. 336 Abs. 2 ZPO). Alsdann kann der Rechtsmittelkläger und Vollstreckungsgegner ein Gesuch um Einstellung der Vollstreckung nach Art. 337 Abs. 2 einreichen bzw. eine Einwendung analog Art. 341 Abs. 3 ZPO erheben. Dies muss auch noch während bereits laufender Realvollstreckung möglich sein.

3. *Korrektur nach erfolgter Vollstreckung*

Die Modalitäten einer «Rückabwicklung» von retrospektiv unberechtigten Vollstreckungshandlungen sind nicht ausdrücklich geregelt und dementsprechend umstritten. ZOLLER untersucht in ihrer Dissertation diverse mögliche Anspruchsgrundlagen wie die Bereicherungsklage (Art. 62 OR), Schadenersatz (Art. 41 OR), Gewinnherausgabe (Art. 423 Abs. 1 OR) sowie betreibungsrechtliche (Rückforderungs-)Ansprüche (Art. 85, 85a sowie 86 und 187 SchKG).[127] Bei abweisenden Geldleistungsurteilen oberer Instanz plädiert JENT-SØRENSEN dafür, dass der Rechtsmittelentscheid bereits als Rechtsöffnungstitel genüge und zur Rückforderung legitimiere. Es seien keine besonderen Vorkehren zur Rückabwicklung erforderlich; vielmehr genüge die Feststellung der Rechtsmittelinstanz, dass die eingeklagte Forderung nicht bestehe. In Analogie zu BGE 134 III 656, in welchem

125 Vgl. ZOLLER (Fn. 11), Rz. 180; JENT-SØRENSEN (Fn. 4), 65.
126 Art. 341 Abs. 1 ZPO.
127 Vgl. ZOLLER (Fn. 11), Rz. 207 ff.

ein den Anspruch abweisendes Aberkennungsurteil in einer nachfolgenden Zwangsvollstreckung als definitiver Rechtsöffnungstitel zugelassen wurde,[128] soll auch eine Kombination von Zahlungsbeleg und Rechtsmittelentscheid als definitiver Rechtsöffnungstitel genügen.[129] Dem ist entgegenzuhalten, dass ein Rechtsöffnungstitel i. S. v. Art. 80 SchKG ein Leistungsurteil voraussetzt. Im genannten BGE wurde im Ergebnis denn auch zu Recht auf den Rechtsöffnungsentscheid und das damit verbundene *Leistungsbegehren* abgestellt, wobei der abgewiesene Aberkennungsentscheid dieses Leistungsbegehren lediglich bestätigt und bekräftigt (E. 5.4). Diese Betrachtung ist im Gesamtkontext des Einleitungsverfahrens absolut korrekt, denn sie baut auf der engen Verbindung zwischen provisorischem Rechtsöffnungs- und Aberkennungsverfahren auf, die als eigentliche Doppelverfahren zu verstehen sind. Ausserhalb dieses Kontexts enthält der abweisende Entscheid der Rechtsmittelinstanz einzig die Feststellung, dass die eingeklagte (und bereits vollstreckte) Forderung nicht bestehe. Nach Dispositionsmaxime bilden die Rechtsbegehren des Beklagten hier eine Schranke, zumal sie nur Klageabweisung beantragt haben.

REETZ und HILBER fordern, dass die Rechtsmittelinstanz die Rückabwicklung der bereits vorgenommenen Vollstreckung im Urteilsdispositiv anordnet.[130] Auch dieses Vorgehen ist indes mit der Dispositionsmaxime unvereinbar und deshalb abzulehnen.[131]

Für eine Rückforderung kommt die Widerklage nicht in Betracht, zumal sie nur bis zur erstinstanzlichen Klageantwort zulässig ist.[132] Auch eine analoge Anwendung des Art. 227 ZPO über die Klageänderung auf den Beklagten liegt nicht auf der Hand, zumal eine Klageänderung nur in der Berufung, nicht aber in der Beschwerde möglich ist.[133] U. E. ist der im Rechtsmittelverfahren obsiegende Beklagte daher auf den *ordentlichen Prozessweg* zu verweisen, d. h., er hat eine Bereicherungsklage oder eine betreibungsrechtliche Rückforderungsklage nach Art. 86 SchKG einzuleiten.[134] Letztere Klage ist nicht nur nach Leistung des Schuldners unter Betreibungszwang zu-

128 BGE 134 III 656 E. 5.4.
129 JENT-SØRENSEN (Fn. 4), 64.
130 REETZ/HILBER (Fn. 77), Art. 315 N. 42.
131 So auch JENT-SØRENSEN (Fn. 4), 63 f.
132 Art. 224 Abs. 1 ZPO.
133 Art. 317 Abs. 2 ZPO.
134 Vgl. auch ZOLLER (Fn. 11), Rz. 257 ff.; 446.

lässig, sondern auch nach einer eigentlichen Vollstreckung unter dem SchKG.[135] Eine solche Lösung mag zwar aus Sicht des Beklagten und Rechtsmittelklägers nicht voll zu befriedigen, ist aber ohne erhebliche dogmatische Konzessionen unvermeidbar. Die Entreicherungseinrede dürfte mangels Gutgläubigkeit des Gläubigers, der ja um die Relativität der Vollstreckbarkeit im Bild ist, kaum erfolgreich sein,[136] bei der betreibungsrechtlichen Rückforderungsklage ist sie ohnehin ausgeschlossen.[137] Dem Gläubiger muss einerseits die Berufung auf die Entreicherungseinrede verwehrt, andererseits soll der Anspruch des Schuldners auf das bereits Geleistete beschränkt sein.[138] Und immerhin dürfte für diese Klagen i. d. R. der *Rechtsschutz in klaren Fällen* (Art. 257 ZPO) zur Verfügung stehen, weshalb dieser Lösungsansatz trotz allem einigermassen zumutbar erscheint.[139] Im internationalen Verhältnis ist allerdings zu beachten, dass diese Verfahren als materielle Erkenntnisverfahren einzustufen sind, weshalb der Rückforderungskläger u. U. an einen ausländischen Gerichtsstand verwiesen ist.[140]

In *Deutschland* kann der Vollstreckungsschuldner seine Ersatzansprüche aus der erfolgten Vollstreckung in einem separaten Prozess einklagen, eine Widerklage erheben oder durch einen Inzidenzantrag im Hauptverfahren die Beurteilung seiner Ansprüche verlangen.[141] In *England* kann der Schuldner seine Ansprüche auf Rückerstattung im hängigen Berufungsverfahren fordern. Die Einreichung einer neuen Klage ist damit nicht nötig, aber möglich.[142] In *Frankreich* entsteht der Rückerstattungsanspruch des Schuldners bereits im Zeitpunkt der Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils. Durch die Aufhebung des erstinstanzlichen (die Leistungspflicht bejahenden) Entscheides wird selbst dann automatisch ein Entscheid über die Rückerstattungspflicht getroffen, wenn diese im Urteil nicht ausdrücklich angeordnet wurde.[143]

135 BGE 132 III 539 E. 3.3; BGE 131 III 586 E. 2.1; BERNHARD BODMER/JAN BANGERT, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Kommentar SchKG, 2. Aufl. 2010, Art. 86 N. 12.

136 Vgl. ZOLLER (Fn. 11), Rz. 201.

137 BODMER/BANGERT (Fn. 135), Art. 86 N. 9.

138 ZOLLER (Fn. 11), Rz. 446 f.

139 Kritisch hingegen JENT-SØRENSEN (Fn. 4), 63.

140 Vgl. MARKUS (Fn. 87), Rz. 719.

141 Vgl. ZOLLER (Fn. 11), Rz. 310 f.

142 Vgl. ZOLLER (Fn. 11), Rz. 395.

143 Vgl. ZOLLER (Fn. 11), Rz. 371.

V. Fazit und Schlussfolgerungen

Die Beispiele der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde, der provisorischen Rechtsöffnung sowie der Anerkennung eines ausländischen Entscheides haben aufgezeigt, dass der teilweise Verzicht auf einen Gleichlauf von Vollstreckbarkeit und Rechtskraft grundsätzlich zu begrüssen und gar notwendig ist.

Gleichlauf zwischen Rechtskraft und Vollstreckung, wie ihn das Gesetz im Regelfall anordnet, ist nicht immer befriedigend. Das ist auf drei Punkte zurückzuführen:

(1) Die Beständigkeit der rechtskräftigen (beschwerdefähigen) Entscheidung ist relativ gering;
(2) die Schutzbehelfe zur Prävention ungerechtfertigter Vollstreckung werden als ungenügend empfunden;
(3) die Korrekturbehelfe bei ungerechtfertigter Vollstreckung befriedigen nicht voll.

Im Ausgangspunkt steht die Rechtsmittelordnung der ZPO: Die Kognition von Berufung und Beschwerde unterscheidet sich nur wenig, die Unterschiede zwischen den ordentlichen und den ausserordentlichen Rechtsmitteln sind hingegen erheblich, was die Entscheidwirkungen betrifft. Trotz sehr relativer Beständigkeit der beschwerdefähigen Entscheidung zeitigt diese grundsätzlich die Wirkung der Vollstreckbarkeit mit ihrer Eröffnung. Damit besteht die Gefahr, dass «faits accomplis» für den Beklagten und Beschwerdeführer geschaffen werden und Korrekturmechanismen eingesetzt werden müssen.

Dieses Problem liesse sich in der Theorie durch eine Modifikation des Rechtsmittelsystems in der ZPO beheben, wonach die Beschwerde trotz ihrer eingeschränkten Kognition im Grundsatz als suspensives Rechtsmittel ausgestaltet würde. Allerdings hätte dies zur Folge, dass der Anwendungsbereich dieses Rechtsmittels zu beschränken wäre und ein zusätzliches Rechtsmittel mit enger Kognition (etwa gegen prozessleitende Verfügungen) geschaffen werden müsste. Damit würde das kompakte und übersichtliche Rechtmittelsystem der ZPO, das insofern einen ganz erheblichen Fortschritt gegenüber vielen vormaligen Lösungen des kantonalen Rechts darstellt, wesentlich komplexer, was entschieden abzulehnen ist.

Deshalb wäre bei den richterlichen Korrekturbehelfen anzusetzen. Die «Schwebephase» vor Einreichung der Beschwerde wäre in qualifizierten Fällen und auf Antrag des Beschwerdeführers zu schützen. Das bereits bestehende Korrekturinstrumentarium zum Aufschub der Vollstreckbarkeit wäre insofern mit zusätzlicher Flexibilität auszustatten. Gleichzeitig wäre daran zu denken, die Rückforderung von Leistungen, die aufgrund einer sich nachträglich als ungerechtfertigt erweisenden Vollstreckung erbracht wurden, gesetzlich zu erleichtern. Dass mit diesen Änderungen gewisse Einschränkungen bei Effizienz und Rechtssicherheit in der zweiten kantonalen Instanz verbunden wären, ist unbestreitbar. Ausserdem ist beim noch neuen Gesetz ganz allgemein Zurückhaltung angebracht, was gesetzgeberische Korrekturen betrifft. Sollte jedoch die Praxis die aufgezeigten ernstlichen Probleme nicht überwinden können, so stellte sich die Frage, ob eine punktuelle Gesetzesänderung nicht doch ein angemessener Preis wäre, der für das vereinfachte Rechtsmittelsystem zu zahlen ist.

Die wirtschaftsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2012/2013: Gesellschaftsrecht sowie Finanzmarktrecht

Von Professor PETER V. KUNZ[1], Bern

Inhaltsübersicht

I. Einleitung

1. Richterpublikum
2. Inhaltliches sowie Dank

II. Ausgewählte Bundesgerichtsentscheide

1. Gesellschaftsrecht
   a) BGE 4A_619/2011 vom 20. März 2012
   b) BGE 4A_155/2011 vom 10. Januar 2012
   c) BGE 138 III 246 (Urteil 4A_554/2011 vom 10. Februar 2012)
   d) BGE 138 III 252 (Urteil 4A_648/2011 vom 4. April 2012)
   e) BGE 4A_10/2012 vom 2. Oktober 2012
   f) BGE 4A_630/2012 vom 19. März 2013
   g) BGE 138 III 166 (Urteil 4A_630/2011 vom 7. März 2012)
   h) BGE 138 III 294 (Urteil 4A_412/2011 vom 4. Mai 2012)
   i) BGE 4A_522/2011 vom 13. Januar 2012
   j) BGE 138 III 204 (Urteil 4A_288/2011/4A_290/2011 vom 13. Februar 2012)
   k) BGE 4A_324/2011 vom 16. Januar 2012
   l) BGE 139 III 24 (Urteil 4A_375/2012 vom 20. November 2012)
   m) BGE 4A_381/2012 vom 8. November 2012
   n) BGE 4A_74/2012 vom 18. Juni 2012
   o) BGE 4A_248/2012 vom 7. Januar 2013
   p) BGE 4A_15/2013 vom 11. Juli 2013
   q) BGE 138 III 213 (Urteil 4A_527/2011 vom 5. März 2012)
   r) BGE 139 III 449 (Urteil 4A_206/2013 vom 5. September 2013)
   s) BGE 138 III 407 (Urteil 4A_729/2011 vom 25. Mai 2012)

1 Univ.-Prof. Dr. iur. PETER V. KUNZ, Rechtsanwalt, L.L.M. (Georgetown University Law Center), ist Ordinarius für Wirtschaftsrecht sowie für Rechtsvergleichung und amtet als Vizedekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern; er ist Geschäftsführender Direktor des Instituts für nationales und internationales Wirtschaftsrecht (www.iwr.unibe.ch); der Beitrag wurde *Mitte August 2014* abgeschlossen.