

6. Gerichtsorganisation und Verfahrensrecht/ Organisation judiciaire et procédure

BGer 5A_714/2019: Qualifikation der Beschwerde in Zivilsachen gemäss BGG als ausserordentliches Rechtsmittel

Bundesgericht, II. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 5A_714/2019 vom 3. Juni 2020 (zur Publikation vorgesehen), A. gegen B., definitive Rechtsöffnung.



MARC RUSSENBERGER*



MARC WOHLGEMUTH**

Die Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht ist ein ausserordentliches Rechtsmittel. Der Beschwerde kommt damit – mit Ausnahme angefochtener Gestaltungsurteile – von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zu. Damit sind angefochtene Entscheide während eines laufenden Beschwerdeverfahrens vor Bundesgericht grundsätzlich vollstreckbar.

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

Mit Eheschutzentscheid des Zivilgerichts Basel-Stadt vom 8. Februar 2013 wurde der Ehemann A. verpflichtet, seiner Ehefrau B. ab 1. Februar 2013 einen monatlichen Unterhaltsbetrag von CHF 20'000 zu bezahlen. In der Folge wurde die Ehe mit Entscheid vom 25. Oktober 2017 geschieden. Das Gericht wies das Unterhaltsbegehren von B. ab und stellte fest, dass sich die Parteien gegenseitig keine nachehelichen Unterhaltsbeiträge schulden. Die von B. dagegen an das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt erhobene Berufung wurde mit Urteil vom 3. Juli 2018 abgewiesen. Gegen den Berufungsentscheid reichte B. sodann mit Eingabe vom 14. September 2018 Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht ein.¹

Nach Erlass des Berufungsentscheids vom 3. Juli 2018 stoppte Ehemann A. die im Eheschutzverfahren verfügten Unterhaltsbeiträge. Da die Zahlung des Unterhaltsbeitrages für den auf das Scheidungsurteil folgenden Monat August 2018 ausblieb, wurde A. mittels Zahlungsbefehl vom 21. August 2018 aufgefordert, den Unterhaltsbeitrag für den Monat August 2018 von CHF 20'000 nebst Zins zu begleichen. Als Forderungsurkunde nannte der Zahlungsbefehl – trotz vorliegendem zweitinstanzlichem Scheidungsurteil vom 3. Juli 2018 – den Eheschutzentscheid vom 8. Februar 2013. A. erhob Rechtsvorschlag.

Mit Rechtsöffnungsgesuch vom 27. September 2018 ersuchte B. um Erteilung der definitiven Rechtsöffnung. Mit Entscheid vom 30. Januar 2019 wies das Zivilgericht Basel-Stadt das Rechtsöffnungsgesuch ab. Die von B. gegen diesen Entscheid an das Appellationsgericht Basel-Stadt erhobene Beschwerde wurde weitgehend gutgeheissen und die definitive Rechtsöffnung für CHF 20'000 nebst Zins erteilt.

Mit Beschwerde in Zivilsachen vom 16. September 2019 gelangte A. (Beschwerdeführer) an das Bundesgericht und beantragte, der Entscheid des Appellationsgerichts sei aufzuheben und das Rechtsöffnungsgesuch von B. (Beschwerdegegnerin) abzuweisen.

II. Erwägungen des Bundesgerichts

Zunächst äusserte sich das Bundesgericht zur Zulässigkeit der Beschwerde. Der grundsätzlich erforderliche Streitwert von CHF 30'000 sei nicht erreicht, womit die Eintretensvoraussetzung von Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG nicht erfüllt und die Beschwerde in Zivilsachen nur zulässig sei, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stelle (Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG).

Eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung sei nur zurückhaltend anzunehmen. Sie liege vor, wenn ein allgemeines und dringendes Interesse daran bestehe, dass eine umstrittene Frage höchstrichterlich geklärt werde, um eine einheitliche Anwendung und Auslegung des Bundesrechts herbeizuführen und damit eine erhebliche Rechtsunsicherheit auszuräumen. Der Beschwerdeführer mache geltend, es stelle sich im Zusammenhang mit der Voraussetzung des Vorliegens eines definitiven Rechtsöffnungstitels die Rechtsfrage, ob die Rechtskraft eines beim Bundesgericht angefochtenen Entscheids der Berufungsinstanz grundsätzlich mit dem Entscheid der Berufungsinstanz oder erst mit dem Entscheid des Bundesgerichts eintrete. Dem Beschwerdeführer könne darin beigeplichtet werden, dass diesbezüglich nach wie vor eine Unsicherheit bestehe, weshalb das Vorliegen einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung zu bejahen sei. Entgegen der von der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin in ihren Vernehmlassungen

* MARC RUSSENBERGER, Dr. iur., Rechtsanwalt, RKR Rechtsanwälte.

** MARC WOHLGEMUTH, MLaw, Rechtsanwalt, Inhaber des Zürcher Notarpatents, RKR Rechtsanwälte.

¹ BGer, 5A_778/2018, 23.8.2019, publiziert als BGE 145 III 474.

vertretenen Auffassung hänge der Ausgang des vorliegenden Verfahrens sodann unmittelbar von der Beantwortung der aufgeworfenen Rechtsfrage ab. Zwar sei der Entscheid der oberen kantonalen Instanz betreffend die (verneinte) naheheliche Unterhaltspflicht vom Bundesgericht mit Urteil vom 23. August 2019 (BGE 145 III 474) aufgehoben und die Angelegenheit zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen worden, womit der die Unterhaltspflicht gemäss Eheschutzentscheid nach Auffassung des Beschwerdeführers beendende Berufungsentscheid vom 3. Juli 2018 formell nicht mehr existiere. Rechtsprechungsgemäss könne Rechtsöffnung jedoch nicht erteilt werden, wenn ein vollstreckbarer Titel im Sinne des Art. 80 SchKG nicht im Zeitpunkt der Fällung des Rechtsöffnungsentscheids (sondern erst im anschliessenden Rechtsmittelverfahren) vorliege. Damit erweise sich die Beschwerde in Zivilsachen als zulässig (E. 1).

Anlass zur Beschwerde gebe die Frage, ob gestützt auf den Eheschutzentscheid vom 8. Februar 2013 für den in Betreuung gesetzten Unterhaltsbeitrag des Monats August 2018 die definitive Rechtsöffnung habe erteilt werden dürfen oder nicht. Dies vor dem Hintergrund, dass das Appellationsgericht mit Berufungsentscheid vom 3. Juli 2018 erkannt habe, dass der Betreibenden kein Anspruch auf nahehelichen Ehegattenunterhalt zustehe. Strittig sei mithin, ob die Betreibende zum massgeblichen Zeitpunkt über einen vollstreckbaren Titel im Sinne von Art. 80 SchKG verfüge. Das Appellationsgericht habe dies mit der Begründung bejaht, dass der Entscheid vom 3. Juli 2018 aufgrund der von der Betreibenden dagegen erhobenen Beschwerde in Zivilsachen nicht in Rechtskraft erwachsen sei und der im Eheschutzentscheid angeordnete Ehegattenunterhalt daher während der Dauer des bundesgerichtlichen Verfahrens fortgegolten habe. Demgegenüber habe sich der Beschwerdeführer mit der Erstinstanz auf den Standpunkt gestellt, der Entscheid vom 3. Juli 2018 sei spätestens mit dessen Eröffnung in Rechtskraft erwachsen; gleichzeitig sei damit der im Eheschutzentscheid angeordnete Ehegattenunterhalt mit Wirkung ex nunc dahingefallen (E. 2).

Das Rechtsöffnungsgericht habe von Amtes wegen zu prüfen, ob ein vollstreckbarer Entscheid vorliege (Art. 80 Abs. 1 und Art. 81 Abs. 1 SchKG). Das Urteil müsse vor der Ausfällung des Rechtsöffnungsentscheids vollstreckbar sein (E. 2.1).

Eheschutzmassnahmen oder vorsorgliche Massnahmen, die im Rahmen eines Scheidungsverfahrens angeordnet worden seien, gälten als resolutiv bedingt. Als Grundsatz gelte, dass der mit Eheschutz- oder vorsorglichem Massnahmeentscheid festgesetzte Ehegattenunterhalt dahinfalle und durch eine allfällige Scheidungsrente ersetzt werde, so-

bald das Scheidungsurteil bezüglich der Unterhaltsregelung formell rechtskräftig werde (E. 2.2).

Entscheide erlangten nach der klassischen Terminologie die formelle Rechtskraft, wenn gegen sie kein ordentliches Rechtsmittel mehr zur Verfügung stehe. Als ordentlich würden herkömmlicherweise diejenigen Rechtsmittel bezeichnet, die sich gegen noch nicht formell rechtskräftige Entscheide richteten, während ausserordentliche Rechtsmittel gegen rechtskräftige Entscheide ergriffen werden könnten, um deren formelle Rechtskraft zu beseitigen. In der Lehre werde mitunter darauf hingewiesen, dass hier letztlich ein Zirkelschluss vorliege und die klassischen Definitionen insofern nicht zielführend seien. Es sei jedoch Aufgabe des Gesetzgebers, den Eintritt der Rechtskraft festzulegen und damit zu bestimmen, welche Urteile mit ihrer Ausfällung bzw. Eröffnung rechtskräftig würden und welche nicht. Gestützt auf diesen gesetzgeberischen Entscheid sei dann auch die vorerwähnte Definition ordentlicher Rechtsmittel eindeutig (E. 2.3.1).

Das BGG enthalte keine Legaldefinition der ordentlichen Rechtsmittel. Die Bezeichnung der Beschwerde in Zivilsachen als «ordentliche Beschwerde» in Art. 119 BGG diene nach allgemeiner Auffassung nur der Abgrenzung zur subsidiären Verfassungsbeschwerde und sei daher kein Anhaltspunkt für die Qualifikation der Beschwerde in Zivilsachen als ordentliches bzw. ausserordentliches Rechtsmittel (E. 2.3.2).

In erster Linie habe die Vorinstanz die Qualifikation der Beschwerde in Zivilsachen als ordentliches Rechtsmittel aus einer Gesamtbetrachtung der Eigenschaften des Rechtsmittels abzuleiten versucht. Aufgrund der sehr weiten Beschwerdegründe, insbesondere Verletzung des gesamten Bundesrechts, sowie der reformatorischen Kompetenz des Bundesgerichts sei die Beschwerde in Zivilsachen trotz des grundsätzlich fehlenden Suspensiveffekts auch betreffend Leistungs- und Feststellungsklagen als ordentliches – d. h. den Eintritt der Rechtskraft hemmendes – Rechtsmittel einzustufen. Auch in der Lehre² werde die Beschwerde in Zivilsachen teilweise unabhängig davon, ob sie sich gegen

² FRANZ KELLERHALS, in: Andreas Güngerich (Koord.), *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung*, Bern 2012, Art. 336 ZPO N 3; SABINE ZOLLER, *Vorläufige Vollstreckbarkeit im Schweizer Zivilprozessrecht*, Zürich 2008, § 3 N 138 ff.; ANDREAS GÜNGERICH/THOMAS COENDET, *Das Bundesgerichtsgesetz – erste Erfahrungen und offene Fragen*, in: Walter Fellmann/Tomas Poledna (Hrsg.), *Aktuelle Anwaltspraxis* 2007, 11 ff., 26 f.; PETER REETZ/SARAH HILBER, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), *Kommentar zur schweizerischen Zivilprozessordnung*, 3. A., Zürich 2016 (zit. ZPO Komm.-Bearbeiter/in), Art. 315 N 22 f.; BSK BGG-DORMANN, Art. 103 N 5, in: Marcel Alexander Niggli/Peter Uebersax/Hans Wiprächtiger/Lorenz Kneubühler (Hrsg.), *Bundesgerichtsgesetz*, Bas-

ein Gestaltungs-, Leistungs- oder Feststellungsurteil richte, generell als ordentliches Rechtsmittel bezeichnet (E. 2.3.3).

Demgegenüber habe sich das Bundesgericht in zahlreichen Entscheiden auf den Standpunkt gestellt, dass die Beschwerde in Zivilsachen, sofern sie sich nicht gegen ein Gestaltungsurteil richte (Art. 103 Abs. 2 lit. a BGG), die formelle Rechtskraft eines angefochtenen Beschwerde- oder Berufungsentscheidens von Gesetzes wegen nicht hemme.³ Freilich könne das Bundesgericht neben der Vollstreckbarkeit auch die (formelle) Rechtskraft eines kantonalen Leistungsurteils von Amtes wegen oder auf Antrag einer Partei hin aufschieben (vgl. Art. 103 Abs. 3 BGG). Solange dies nicht geschehen sei, bleibe das kantonale Urteil jedoch rechtskräftig und vollstreckbar. Diese Rechtsprechung werde von einem bedeutenden Teil der Lehre als massgeblich erachtet (E. 2.3.4).⁴

Ausgehend von der Prämisse, dass das Rechtsmittelsystem des schweizerischen Zivilprozesses (einschliesslich der Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht) ein stimmiges Ganzes ergeben solle, bestehe kein Anlass, von der vorstehend dargelegten Praxis abzurücken. So knüpfe auch die Botschaft vom 28. Juni 2006 zur schweizerischen Zivilprozessordnung für die Unterscheidung zwischen ordentlichen und ausserordentlichen Rechtsmitteln bei der Frage an, ob von Gesetzes wegen Suspensiveffekt (aufschiebende Wirkung) gegeben sei oder nicht. Die Berufung werde darin deshalb ausdrücklich der Kategorie der ordentlichen Rechtsmittel zugeordnet, weil sie grundsätzlich aufschiebende Wirkung habe.⁵ Demgegenüber werde die Beschwerde nach Art. 319 ff. ZPO, welche gemäss Art. 325 ZPO von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung habe, in der

Botschaft als ausserordentliches Rechtsmittel bezeichnet,⁶ was denn auch der in der Lehre vorherrschenden Auffassung entspreche. Weil nun die Beschwerde gemäss Art. 319 ff. ZPO und die gegen Leistungs- oder Feststellungsurteile ergriffene Beschwerde in Zivilsachen gemäss BGG hinsichtlich ihrer Eigenschaften sehr ähnlich seien, erscheine die vorinstanzliche Argumentation als nicht stichhaltig. Zu denken sei dabei neben der nicht von Gesetzes wegen bestehenden aufschiebenden Wirkung (Art. 325 Abs. 1 ZPO bzw. Art. 103 Abs. 1 BGG) nämlich gerade auch an die weitgehend identische Prüfungsbefugnis (vgl. Art. 320 lit. a ZPO bzw. Art. 95 BGG betreffend Rechtsfragen und Art. 320 lit. b ZPO bzw. Art. 97 Abs. 1 BGG betreffend Tatfragen) und die sowohl im Rahmen der Beschwerde nach Art. 319 ff. ZPO als auch im Rahmen der Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht bestehende Befugnis des Gerichts, (auch) reformatorisch zu entscheiden (Art. 327 Abs. 3 ZPO bzw. Art. 107 Abs. 2 BGG). Ausserdem sei darauf hinzuweisen, dass eine ganze Reihe erstinstanzlicher Entscheide streitwertunabhängig ausschliesslich mit der Beschwerde nach Art. 319 ff. ZPO anfechtbar seien (vgl. Liste in Art. 309 lit. a und b ZPO); dazu gehörten insbesondere die Rechtsöffnung, das Konkurserkennnis und der Arrest. Solche nicht mit Berufung anfechtbaren Entscheide würden bereits dann rechtskräftig, wenn erstinstanzlich entschieden worden sei (Art. 325 Abs. 1 ZPO). Es wäre von der Rechtsmittelsystematik her nicht logisch, wenn zweitinstanzlich lediglich ein ausserordentliches, im Verfahren vor Bundesgericht dann aber plötzlich ein ordentliches Rechtsmittel gegeben wäre (E. 2.3.5).

Aus den dargelegten Gründen bleibe festzuhalten, dass die Verpflichtung zur Zahlung von Unterhalt gemäss Eheschutzentscheid vom 8. Februar 2013 mit dem bereits der Erstinstanz vorgelegten Entscheid des Appellationsgerichts vom 3. Juli 2018 dahingefallen sei. Für den gestützt auf den Eheschutzentscheid in Betreuung gesetzten Unterhalt betreffend August 2018 sei im massgeblichen Zeitpunkt daher kein vollstreckbarer Titel im Sinne des Art. 80 SchKG vorgelegen. Dass das Appellationsgericht die Rechtsöffnung auf Beschwerde der Betreibenden hin gleichwohl erteilt habe, halte vor Bundesrecht nicht stand (E. 2.4).

Das Bundesgericht hiess die Beschwerde gut und bestätigte den erstinstanzlichen Entscheid, womit das Rechtsöffnungsgesuch abgewiesen wurde.

ler Kommentar, 3. A., Basel 2018; implizit gl. M. BGE 139 III 466 E. 3.4.

³ Vgl. BGE 142 III 738 E. 5.5.4; BGer, 5A_841/2018, 12.2.2020, E. 2.2.2; 5A_866/2012, 1.2.2013, E. 4.1; 5A_217/2012, 9.7.2012, E. 5.2, nicht publ. in: BGE 138 III 583; 5A_346/2011, 1.9.2011, E. 3.1; 5A_3/2009, 13.2.2009, E. 2.3.

⁴ DANIEL STAHELIN, in: Adrian Staehelin/Daniel Staehelin/Pascal Grolimund, Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 2019, § 24 N 7d; SAMUEL BAUMGARTNER/ANNETTE DOLGE/ALEXANDER M. MARKUS/KARL SPÜHLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 10. A., Bern 2018, § 36 N 199; CHRISTOPH LEUENBERGER/BEATRICE UFFER-TOBLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. A., Bern 2016, N 12.132; ZPO Komm.-FREIBURGH/AU/HELDT (FN 2), Art. 328 N 5; BSK ZPO-DROESE, Art. 336 N 10, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar, 3. A., Basel 2017; FABIENNE HOHL, Procédure civile, Bd. II, 2. A., Bern 2010, N 2641; BENEDIKT SEILER, Die Berufung nach ZPO, Zürich 2013, § 18 N 1684; MARCO CHEVALIER, Die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht, Basel 2009, N 460 ff.

⁵ Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), BBl 2006 7221 ff. (zit. Botschaft ZPO), 7374.

⁶ Botschaft ZPO (FN 5), 7370 oben.

III. Bemerkungen

Vorab ist zu begrüssen, dass das Bundesgericht trotz nicht erreichter Streitwertgrenze erkannte, dass vorliegend die Gelegenheit zu ergreifen sei, eine grundsätzliche Frage zu klären. Dies insbesondere auch vor dem Hintergrund, dass die Formulierung in Art. 119 BGG («ordentliche Beschwerde») zur Verwirrung beitrug. Nun steht fest: Bei der Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht handelt es sich um ein ausserordentliches Rechtsmittel. Demnach kommt dieser – ausser bei angefochtenen Gestaltungsurteilen – ex lege keine aufschiebende Wirkung zu. Folglich sind zweitinstanzliche Urteile grundsätzlich vollstreckbar.

Die vom Bundesgericht getroffene Entscheidung in der Qualifikation der Beschwerde ist konsequent. Damit verhinderte es auch eine weitere Benachteiligung im eurointernationalen Vergleich, hätten dann doch Arrestlegungen gemäss Art. 271 Ziff. 6 SchKG erst nach Eintritt der materiellen Rechtskraft beantragt werden können. Andere Nationen, beispielsweise Deutschland, urteilen bei entsprechend gutgeheissenem Antrag bereits im erstinstanzlichen Urteil über die Vollstreckung(sklause).⁷

Es bleibt offen, ob diese klare Haltung des Bundesgerichts auch Auswirkungen bei der Gutheissung von beantragten aufschiebenden Wirkungen hat. Neuzeitlich war festzustellen, dass solche Anträge – selbst bei angefochtenen Entscheiden über Geldforderungen – meist gutgeheissen wurden, was eine Erosion des Grundprinzips der formellen Rechtskraft auslöste. Es wäre zu begrüssen, wenn das Bundesgericht mit diesem Leiterteil auch seine bisherige Praxis zur aufschiebenden Wirkung der Beschwerde überdenken bzw. in einem Leitentscheid klare Kriterien festlegen würde.

⁷ §§ 704 ff. ZPO/DE; CHRISTOPH G. PAULUS, Zivilprozessrecht, 6. A., Berlin 2017, N 689.