



ISBN 978-3-03916-008-2

Editions Weblaw
Bern 2020

Zitiervorschlag:

Matthias Rufibach, Der Suspensiveffekt bei Leistungs- und Feststellungsklagen
im höchstrichterlichen Rechtsmittelverfahren,
in: Magister, Editions Weblaw, Bern 2020

Masterarbeit

Der Suspensiveffekt bei Leistungs- und Feststellungsklagen im höchstrichterlichen Rechtsmittelverfahren

Eine rechtsvergleichende Untersuchung der Wirkung höchstrichterlicher Rechtsmittel in Zivilsachen auf die Rechtskraft und Vollstreckbarkeit angefochtener Entscheide

Eingereicht am 27. Dezember 2019

von:

Matthias Rufibach

matthias.rufibach@hotmail.com

bei:

Prof. Dr. Alexander R. Markus

Universität Bern

Rechtswissenschaftliche Fakultät

Institut für Internationales Privatrecht und Verfahrensrecht

Vorwort

Die vorliegende Publikation ist eine leicht überarbeitete Version der zwischen dem 13. September 2019 und 27. Dezember 2019 an der Universität Bern erstellten Masterarbeit. Literatur und Rechtsprechung wurden bis Ende Februar 2020 berücksichtigt.

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	III
Materialienverzeichnis	VII
Abkürzungsverzeichnis	VIII
A. Einleitung	1
I. Ausgangslage	1
II. Fragestellung.....	1
III. Eingrenzung des Themas	2
IV. Aufbau und Methode	3
B. Begriffsbestimmungen	3
I. Rechtskraft	3
1. Formelle Rechtskraft	4
2. Materielle Rechtskraft	5
II. Vollstreckbarkeit.....	5
III. Suspensiveffekt	6
IV. Ordentliche und ausserordentliche Rechtsmittel	9
C. Das schweizerische Recht	11
I. Eine Auslegung von Art. 103 BGG.....	11
1. Wortlaut.....	11
2. Systematisches Element.....	13
a) Systematik innerhalb der Norm.....	13
b) Stellung im BGG	13
c) Stellung im Zivilprozessrecht der Schweiz.....	14
aa) Die Beschwerde in Zivilsachen im zivilprozessualen Rechtsmittelsystem der Schweiz.....	14
bb) Der Begriff der aufschiebenden Wirkung in der ZPO	17
3. Historisches Element	19
4. Teleologisches Element	21
a) Sinn und Zweck des Suspensiveffektes	21
b) Sinn und Zweck von Art. 103 BGG.....	22
5. Gesamtbetrachtung.....	23
a) Eintritt der formellen Rechtskraft.....	24
b) Inhalt der richterlichen Anordnung nach Art. 103 Abs. 3 BGG	24
c) Zeitpunkt des Eintritts der formellen Rechtskraft	26
II. Ordentliches oder ausserordentliches Rechtsmittel? – Der Meinungsstreit um den Suspensiveffekt	29
1. Autoren, die sich gegen die Hemmung der Rechtskraft aussprechen	29
2. Autoren, die sich für die Hemmung der Rechtskraft aussprechen.....	30
3. Würdigung des Meinungsstreites.....	31

III. Die widersprüchliche Rechtsprechung des Bundesgerichtes	33
1. Entscheid, der den Eintritt der formellen Rechtskraft letztinstanzlicher kantonaler Urteile verneint?	33
2. Entscheide, die den Eintritt der formellen Rechtskraft letztinstanzlicher kantonaler Urteile bejahen	34
3. Entscheide, die den Eintritt der formellen Rechtskraft mit Ablauf der Frist für die Beschwerde in Zivilsachen festhalten	34
4. Die Praxis der öffentlich-rechtlichen Abteilungen.....	34
5. Würdigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung	35
IV. Fazit zum schweizerischen Recht.....	36
D. Rechtsvergleichende Betrachtung	37
I. Zu vergleichende Funktionen.....	37
II. Begrifflichkeiten	38
III. Das deutsche Recht.....	38
1. Die Rechtsmittel vor dem BGH	38
2. Die Hemmung der formellen Rechtskraft der vor dem BGH angefochtenen Entscheide.....	39
3. Die vorläufige Vollstreckung der vor dem BGH angefochtenen Entscheide	40
a) Bei Urteilen	40
b) Bei Beschlüssen	41
IV. Unterschiede und Gemeinsamkeiten zum Schweizer Recht.....	41
1. Hinsichtlich der Rechtsmittel	41
2. Hinsichtlich der formellen Rechtskraft.....	42
3. Hinsichtlich der Vollstreckbarkeit	42
V. Schlussfolgerungen aus dem Rechtsvergleich	43
1. Unterschiedliche Mechanismen – gleiches Resultat: die (vorläufige) Vollstreckbarkeit von Leistungsurteilen.....	43
2. Vorteile eines Suspensiveffekts?	44
3. Hinweise für die Auslegung von Art. 103 Abs. 1 BGG.....	46
VI. Fazit zum Rechtsvergleich.....	46
E. Schlussfazit	47
F. Schlusswort.....	48
Selbständigkeitserklärung	i
Anhang 1	ii
Anhang 2	iii

Literaturverzeichnis

Die im Literaturverzeichnis aufgeführten Werke werden, soweit nicht anders angegeben, in den Fussnoten mit den Nachnamen der Autoren und Autorinnen abgekürzt.

AUER CHRISTOPH: Der Rechtsweg in Zivilsachen, in: Ehrenzeller Bernhard/Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Die Reorganisation der Bundesrechtspflege – Neuerungen und Auswirkungen in der Praxis, St. Gallen 2006, S. 61 ff.

BAUMGARTNER SAMUEL et al.: Schweizerisches Zivilprozessrecht, 10. Aufl., Bern 2018 (zit. BAUMGARTNER et al.).

BERTI STEPHEN V.: Einführung in die schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2011.

BORK REINHARD/ROTH HERBERT (Hrsg.): Stein/Jonas. Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. 6 §§ 511–703d, 23. Aufl., Tübingen 2018 (zit. Stein/Jonas-BEARBEITER/IN, N XX zu § YY ZPO/DE).

BRUNNER ALEXANDER/GASSER DOMINIK/SCHWANDER IVO (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO). Kommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016 (zit. DIKE-Komm.-BEARBEITER/IN, N XX vor Art. YY ZPO).

CHEVALIER MARCO: Die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht (Diss. Basel 2008), Basel 2009.

CORBOZ BERNARD: Kommentierung zu Art. 103 BGG, in: Corboz Bernard et al. (Hrsg.), Commentaire de la LTF (Loi sur le Tribunal fédéral), 2. Aufl., Bern 2014 (zit. Commentaire LTF-CORBOZ, N XX zu Art. 103 BGG).

DONZALLAZ YVES: Loi sur le Tribunal fédéral. Commentaire, Bern 2008.

DROESE LORENZ: Res iudicata ius facit. Untersuchung über die objektiven und zeitlichen Grenzen von Rechtskraft im schweizerischen Zivilprozessrecht (Habil. Luzern), Bern 2015.

- EMMENEGGER SUSAN/TSCHECHTSCHER AXEL: Kommentierung zu Art. 1 ZGB, in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar. Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht. Einleitung, Art. 1-9 ZGB, Bern 2012 (zit. BK-EMMENEGGER/TSCHECHTSCHER, N XX zu Art. 1 ZGB).
- GÜNGERICH ANDREAS/COENDET THOMAS: Das Bundesgerichtsgesetz – erste Erfahrungen und offene Fragen, in: Fellmann Walter/Poledna Tomas (Hrsg.), Aktuelle Anwaltspraxis 2007, Bern 2007, S. 11 ff.
- GULDENER MAX: Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979.
- HAUSHEER HEINZ/WALTER HANS PETER (Hrsg.): Berner Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung. Bd. I. Artikel 1–149 ZPO, Bern 2012 (zit. BK-BEARBEITER/IN, N XX zu Art. YY ZPO).
- HOHL FABIENNE: Le recours en matière civile selon la Loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005, in: Foëx Bénédict/Hottelier Michel/Jeandin Nicolas (Hrsg.), Les recours au Tribunal fédéral, Genf/Zürich/Basel 2007, S. 71 ff.
- KISCHEL UWE: Rechtsvergleichung, München 2015.
- KRÜGER WOLFGANG/RAUSCHER THOMAS (Hrsg.): Münchner Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen. Bd. 2. §§ 355-945b, 5. Aufl., München 2016 (zit. MüKo-BEARBEITER/IN, N XX zu § YY ZPO/DE).
- LEUENBERGER CHRISTOPH/UFFER-TOBLER BEATRICE: Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Bern 2016.
- MARKUS ALEXANDER R./WUFFLI DANIEL: Rechtskraft und Vollstreckbarkeit: zwei Begriffe, ein Konzept?, in: ZBJV 2015 S. 75 ff.
- MEIER ISAAK/SOGO MIGUEL: Schweizerisches Zivilprozessrecht. eine kritische Darstellung aus der Sicht von Praxis und Lehre, Zürich/Basel/Genf 2010.
- MEYER ULRICH: Kommentierung zu Art. 103 BGG, in: Niggli Marcel Alexander/Uebersax Peter/Wieprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, Basel 2008 (zit. BSK-MEYER, N XX zu Art. 103 BGG).

- NIGGLI MARCEL et al (Hrsg.): Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, 3. Aufl., Basel 2018 (zit. BSK³-BEARBEITER/IN, N XX zu Art. 103 BGG).
- OETIKER CHRISTIAN/WEIBEL THOMAS (Hrsg.): Basler Kommentar zum Lugano-Übereinkommen, 2. Aufl., Basel 2016 (zit. BSK-BEARBEITER, N XX zu Art. YY LugÜ).
- PRÜTTING HANNS/GEHRLEIN MARKUS (Hrsg.): Zivilprozessordnung. Kommentar, 9. Aufl., Köln 2017 (zit. Prütting/Gehrlein-BEARBEITER/IN, N XX zu § YY ZPO/DE).
- ROSENBERG LEO/SCHWAB KARL HEINZ/GOTTWALD PETER: Zivilprozessrecht, 18. Aufl., München 2018.
- SEILER BENEDIKT: Die Berufung nach ZPO, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013.
- SEILER HANSJÖRG et al. (Hrsg.): Stämpflis Handkommentar (SHK). Bundesgerichtsgesetz (BGG), 2. Aufl., Bern 2015 (zit. SHK-BEARBEITER, N XX zu Art. YY BGG).
- SPÜHLER KARL/TENCHIO LUCA/INFANGER DOMINIK (Hrsg.): Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017 (zit. BSK-BEARBEITER, N XX zu Art. YY ZPO).
- STAEHELIN ADRIAN/STAEHELIN DANIEL/GROLIMUND PASCAL: Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019.
- STEINER JAKOB: Die Beschwerde nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung (Diss. Basel 2018), Zürich/St. Gallen 2019.
- SUTTER-SOMM THOMAS: Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2017.
- SUTTER-SOMM THOMAS/HASENBÖHLER FRANZ/LEUENBERGER CHRISTOPH (Hrsg.): Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016 (zit. ZPO Komm.-BEARBEITER/IN, N XX vor Art. YY ZPO).
- VON SALIS PETER: Probleme des Suspensiveffektes von Rechtsmitteln im Zivilprozess- und Schuldbetreibungs- und Konkursrecht (Diss. Zürich), Zürich 1980.

- WALTHER FRIDOLIN: Auswirkungen des BGG auf die Anwaltschaft/Parteivertretung, in: Ehrenzeller Bernhard/Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Die Reorganisation der Bundesrechtspflege – Neuerungen und Auswirkungen in der Praxis, St. Gallen 2006, S. 351 ff.
- WIECZOREK BERNHARD/SCHÜTZE ROLF A. (Hrsg.): Zivilprozessordnung und Nebengesetze. Grosskommentar, Bd. 7 §§ 511–591, 4. Aufl., Berlin/Boston 2014 (zit. GroKo-BEARBEITER/IN, N XX zu § YY ZPO/DE).
- DIES. (Hrsg.): Zivilprozessordnung und Nebengesetze. Grosskommentar, Bd. 8 §§ 592–723, 4. Aufl., Berlin/Boston 2013 (zit. GroKo-BEARBEITER/IN, N XX zu § YY ZPO/DE).
- ZIEGLER MARTIN, Zur Rechtsnatur der künftigen Einheitsbeschwerden – Lückenhaftes Bundesgesetz über das Bundesgericht (BGG), in: SJZ 2006, S. 56 f.
- ZOLLER ANNE SABINE: Vorläufige Vollstreckbarkeit im Schweizer Zivilprozessrecht. Unter Berücksichtigung des Deutschen, Englischen und Französischen Rechts (Diss. Zürich), Zürich/Basel/Genf 2008.
- ZWEIGERT KONRAD/KÖTZ HEIN: Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl., Tübingen 1996.

Materialienverzeichnis

Botschaft zum Bundesbeschluss über die Genehmigung und die Umsetzung des revidierten Übereinkommens von Lugano über die gerichtliche Zuständigkeit, die Anerkennung und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 18. Februar 2009, BBI 2009 1777 ff. (zit. Botschaft rev. LugÜ).

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

Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, [vom 26. Februar 2020, abrufbar unter: <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/gesetzgebung/aenderung-zpo.html>] (zit. Botschaft ZPO 2020).

Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001, BBI 2001 4202 ff. (zit. Botschaft BRP).

Entwurf [vom 26. Februar 2020] zur Änderung der Schweizerischen Zivilprozessordnung [abrufbar unter: <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/gesetzgebung/aenderung-zpo.html>] (zit. E-ZPO 2020).

Erläuternder Bericht zur Änderung der Zivilprozessordnung (Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung) vom 02. März 2018 [abrufbar unter: <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/gesetzgebung/aenderung-zpo.html>] (zit. Erläuternder Bericht VE-ZPO 2018).

Vorentwurf [vom 02. März 2018] zur Änderung der Schweizerischen Zivilprozessordnung [abrufbar unter: <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/gesetzgebung/aenderung-zpo.html>] (zit. VE-ZPO 2018).

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere(r) Auffassung
AppGer	Appellationsgericht
Aufl.	Auflage
BBl	Bundesblatt
Bd.	Band
BGBI.	Bundesgesetzblatt (Deutschland)
BGE	Entscheidungen des Bundesgerichts in der amtlichen Sammlung (zit. nach Band, Abteilung und Seitenzahl)
BGer	Schweizerisches Bundesgericht/nicht amtlich publizierter Entscheid des schweizerischen Bundesgerichtes
BGG	Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (SR 173.110), Stand am 01. Januar 2019
BGH	Bundesgerichtshof (Deutschland)
BK	Berner Kommentar
BRP	Bundesrechtspflege
BSK	Basler Kommentar
bspw.	beispielsweise
DE	Deutschland
d.h.	das heisst
dies.	dieselbe(n)
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung
e.c.	e contrario (im Umkehrschluss)
EGZPO/DE	Gesetz, betreffend die Einführung der Zivilprozeßordnung in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 310-2, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt

durch Artikel 1 des Gesetzes vom 21. Juni 2018 (BGBl. I S. 863) geändert worden ist

EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
f.	folgende (Seite/Ziffer)
ff.	fortfolgende (Seiten/Ziffern)
Fn.	Fussnote
gl.M.	gleicher Meinung
GroKo	Grosskommentare der Praxis
Habil.	Habilitationsschrift
h.L.	herrschende Lehre
i.d.R.	in der Regel
i.f.	in fine (am Ende)
insbes.	insbesondere
i.V.m.	in Verbindung mit
Komm.	Kommentar
lit.	littera (Buchstabe)
LugÜ	Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Lugano-Übereinkommen, LugÜ). Abgeschlossen in Lugano am 30. Oktober 2007. [...] In Kraft getreten für die Schweiz am 1. Januar 2011 (SR 0.275.12), Stand am 8. April 2016
m.E.	meines Erachtens
MüKo	Münchener Kommentar
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N	Note(n)
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege (Bundesrechtspflegegesetz, OG) vom 16. Dezember

1943 (SR 173.110), Stand am 01. Juli 2006, aufgehoben
am 01. Januar 2007

Pra.	Die Praxis des schweizerischen Bundesgerichts (Basel)
Rz	Randziffer(n)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
s.o.	siehe oben
s.u.	siehe unten
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
u.	und
v.	vom
v.a.	vor allem
vgl.	vergleiche
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (Bern)
zit.	zitiert
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210), Stand 01. Januar 2018
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (SR 272), Stand 01. Januar 2018
ZPO/DE	(Deutsche) Zivilprozessordnung in der Fassung der Be- kanntmachung vom 5. Dezember 2005 (BGBl. I S. 3202; 2006 I S. 431; 2007 I S. 1781), die zuletzt durch Artikel 5 Absatz 26 des Gesetzes vom 21. Juni 2019 (BGBl. I S. 846) geändert worden ist

A. Einleitung

I. Ausgangslage

Anregung zur Erstellung der vorliegenden Arbeit gab ein neueres Urteil des Appellationsgerichtes des Kantons Basel-Stadt.¹ Darin wurde die Frage aufgeworfen, wann ein kantonal letztinstanzliches Leistungs- oder Feststellungsurteil in Rechtskraft erwächst und damit eine Eheschutzmassnahme dahinfällt. Die Frage wurde damals offengelassen.² Die Neugierde beim Autor blieb. Kern des Problems ist der wenig aufschlussreiche Wortlaut von Art. 103 Abs. 1 BGG, der besagt, dass die Beschwerde i.d.R. keine aufschiebende Wirkung hat. Im Gegensatz zur ZPO wird daraus nicht ersichtlich, ob die Rechtskraft und (oder nur) die Vollstreckbarkeit nicht aufgeschoben wird.

Mittlerweile musste sich das Appellationsgericht dazu äussern. Diesem Urteil zufolge lässt die Beschwerde in Zivilsachen die Rechtskraft des angefochtenen Leistungs- oder Feststellungsurteils nicht eintreten.³ Die vorliegende Arbeit geht den dogmatischen Problemen nach, die sich bei der Beantwortung dieser Frage stellen.

II. Fragestellung

Die zentrale Frage der vorliegenden Arbeit ist, ob die Rechtskraft eines Leistungs- oder Feststellungsurteils eintritt, wenn der Entscheid der letzten kantonalen Instanz mit Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht weitergezogen wird. Es gilt damit zu klären, wie der Begriff „*aufschiebende Wirkung*“ zu verstehen ist. Damit stellt sich sogleich auch die Frage, was eine „*andere Anordnung*“ nach Art. 103 Abs. 3 BGG umfassen kann.⁴ Zum schweizerischen Recht lassen sich entsprechend folgende konkrete Fragen stellen:

(1) *Tritt bei Leistungs- und Feststellungsklagen die formelle Rechtskraft von Entscheiden letzter kantonalen Instanzen ein, wenn diese beim Bundesgericht angefochten werden?*

¹ AppGer Basel-Stadt, Urteil v. 13.11.2018 (BEZ.2018.44).

² Ebenda, E. 4.2.

³ AppGer Basel-Stadt, Urteil v. 07.08.2019 (BEZ.2019.32) E. 5.2.8.

⁴ S.u. C.I.1., S. 11 f.

(2) *Was kann der Instruktionsrichter oder die Instruktionsrichterin nach Art. 103 Abs. 3 BGG anordnen?*

Die Arbeit soll jedoch nicht auf das schweizerische Recht fixiert bleiben. Durch einen Vergleich mit den deutschen Regelungen soll das Verständnis des heimischen Rechts vertieft und der Blick für den Umgang mit der Frage der Rechtskraft und Vollstreckbarkeit höchstgerichtlich angefochtener Entscheidungen geöffnet werden. Für den rechtsvergleichenden Teil lassen sich zwei weitere Fragen formulieren:

(3) *Welche Wirkung hat der Weiterzug an den deutschen BGH auf die Rechtskraft und die Vollstreckbarkeit der angefochtenen Leistungs- und Feststellungsentscheide?*

(4) *Was sind die Vor- und Nachteile eines Suspensiveffektes bei höchstrichterlichen Verfahren?*

III. Eingrenzung des Themas

Wie der Titel bereits sagt, beschränkt sich der Gegenstand dieser Arbeit auf die Wirkungen der höchstrichterlichen Rechtsmittel in Zivilsachen bei Leistungs- und Feststellungsklagen. Damit sind einerseits die Gestaltungsklagen ausgeklammert, da eine vertiefte Auseinandersetzung mit diesen den Rahmen der Arbeit sprengen würde. Andererseits sind auch die Wirkungen der Rechtsmittel, die sich nicht an das höchste Gericht wenden, nicht Untersuchungsgegenstand. Dies auch, wenn es im Rahmen der dogmatischen Überlegungen und der systematischen Auslegung unumgänglich ist, das gesamte zivilprozessuale Rechtsmittelsystem der Schweiz ins Auge zu fassen. Weiter wird der Untersuchungsgegenstand auf devolutive Rechtsmittel beschränkt. Rechtsmittel, die in der Schweiz als Revision bekannt sind sowie deren Wirkungen auf die angefochtenen Entscheide, werden insbes. im Rechtsvergleich nicht näher betrachtet. Im schweizerischen Recht liegt der Fokus auf der Beschwerde in Zivilsachen, wobei deren Wirkungen auf angefochtene Schiedsentscheide nicht untersucht werden. Ebenfalls nicht untersucht werden die Voraussetzungen, unter denen nach Art. 103 Abs. 3 BGG andere Anordnungen bezüglich der aufschiebenden Wirkung getroffen werden können.

IV. Aufbau und Methode

Zur Beantwortung der vier gestellten Fragen folgt die Arbeit grundsätzlich einem zweigliedrigen Aufbau. In einem ersten Hauptteil (C.) sollen die beiden Fragen zum schweizerischen Recht einer Lösung zugeführt werden. Davon ausgehend widmet sich der zweite Hauptteil (D.) dem Rechtsvergleich. Dabei wird vorwiegend mit der funktionellen Methode gearbeitet, soweit möglich werden aber auch kontextuelle Aspekte einbezogen.⁵ Die Wahl der zu vergleichenden Rechtsordnung ist auf Deutschland gefallen. Ausschlaggebend ist v.a. der Umstand, dass in Deutschland eine gesetzliche Regelung hinsichtlich des Eintritts der formellen Rechtskraft und der ordentlichen Rechtsmittel besteht. Zudem besteht – so viel vorweggenommen – in der deutschen Rechtsordnung ein Kontrast zu den Ergebnissen, die im nationalen Recht gewonnen werden. Um die Überlegungen der beiden Hauptteile nicht mit Begriffsbestimmungen zu überfrachten, werden die wichtigsten Begriffe im Folgenden (B.) vorgängig definiert.

B. Begriffsbestimmungen

I. Rechtskraft

Damit das Ziel des Zivilprozesses, die Wiederherstellung des Rechtsfriedens, erreicht werden kann, muss das Urteil endgültig und verbindlich sein, es muss in Rechtskraft erwachsen. Dabei kann die formelle (Endgültigkeit) von der materiellen (Verbindlichkeit) Rechtskraft unterschieden werden.⁶ Die ZPO kennt keine Bestimmungen, welche die Rechtskraft definieren. Das BGG sieht in Art. 61 einzig vor, dass die Entscheide des Bundesgerichtes mit der Ausfällung in Rechtskraft erwachsen. Aus dem Rechtsmittelsystem, dem Vollstreckungsrecht und der Lehre und Rechtsprechung ergeben sich für das schweizerische Recht folgenden Definitionen.⁷

⁵ ZWEIGERT/KÖTZ, S. 31 ff.; zur Kritik an der funktionellen Methode: KISCHEL, § 3 Rz 6 ff. zur kontextuellen Rechtsvergleichung, die den grundsätzlichen Gedanken der funktionellen Methode umschliesst: ebenda § 3 Rz 199 ff.

⁶ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 24 Rz 1; BAUMGARTNER et al., § 36 Rz 197; SUTTERSOMM, Rz 512.

⁷ BAUMGARTNER et al., § 36 Rz 198.

1. Formelle Rechtskraft

Nach der gängigen Definition bedeutet die formelle Rechtskraft, dass ein Urteil nicht oder nicht mehr mit einem ordentlichen Rechtsmittel angefochten werden kann.⁸ Da sich herkömmlicherweise die Definition des ordentlichen Rechtsmittels darauf bezieht, dass es sich gegen einen formell *nicht* rechtskräftigen Entscheid richtet, führt dies zu einem Zirkelschluss.⁹ Die neuere Lehre definiert das ordentliche Rechtsmittel über den ihm gesetzlich zukommenden Suspensiveffekt.¹⁰ Bereits VON SALIS sowie in der neueren Lehre DROESE und LEUENBERGER/UFFER-TOBLER verzichten bei der Definition der formellen Rechtskraft hingegen ganz auf den Begriff des ordentlichen Rechtsmittels und machen diese direkt vom *gesetzlichen* Suspensiveffekt¹¹ des Rechtsmittels abhängig. Die formelle Rechtskraft tritt demnach unmittelbar ein, wenn kein Rechtsmittel gegeben ist, das von Gesetzes wegen den Eintritt der formellen Rechtskraft hemmt.¹² Es wird hier der letzteren Auffassung gefolgt, da sich die Wirkungen der Rechtsmittel heute aus dem Gesetz ergeben.¹³ Dass es hinsichtlich des Zeitpunktes des Eintritts der formellen Rechtskraft allenfalls Gründe gibt, die Grundsätzlichkeit der Abhängigkeit von der fehlenden Möglichkeit der Ergreifung eines suspensiven Rechtsmittels zur Bestimmung des Zeitpunktes des Eintritts der formellen Rechtskraft zu hinterfragen, soll in den Ausführungen zu Art. 103 BGG gezeigt werden.¹⁴

Wird das Wesen der formellen Rechtskraft betrachtet, so zeigt sich, dass sie einen Zustand des Entscheides beschreibt und nicht eine eigentliche Wirkung darstellt. Formelle Rechtskraft bedeutet nämlich, dass der Entscheid in einen Zustand der *relativen* Bestandessicherheit getreten ist.¹⁵ Relativ ist die Bestandessicherheit, weil formelle Rechtskraft eines Entscheides nicht automatisch dessen absolute Unabänderbarkeit bedeutet.¹⁶ So wird die formelle Rechtskraft aufgehoben, wenn bei Gutheissung eines nicht suspensiven

⁸ BGE 139 III 486 E. 3.

⁹ VON SALIS, S. 7 f.; GÜNGERICH/COENDET, S. 25.

¹⁰ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 25 Rz 3 f.; BAUMGARTNER et al., § 55 Rz 19 f.; SUTTERSOMM, Rz 1296; MARKUS/WUFFLI, S. 87.

¹¹ S.u. B.III., S. 6 ff.

¹² VON SALIS, S. 9 ff.; DROESE, S. 124; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Rz 7.43.

¹³ DROESE, S. 124.

¹⁴ S.u. C.I.5.c., S. 26 ff.

¹⁵ DROESE, S. 118 ff.; BERTI, Rz 466; VON SALIS, S. 11.

¹⁶ MARKUS/WUFFLI, S. 79 f.

Rechtsmittels der Entscheidung zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen wird.¹⁷ Auch wenn der Entscheid an Mängeln leidet, die eine Revision (Art. 328 ff. ZPO bzw. Art. 121 ff. BGG) rechtfertigen, wird die Rechtskraft des angefochtenen Entscheids aufgehoben und die Rechtshängigkeit tritt wieder ein, bis ein neuer Entscheid in der Sache gefällt wird.¹⁸ Erst, wenn die Fristen von Art. 329 ZPO bzw. Art. 124 BGG abgelaufen sind, ist die formelle Rechtskraft *beständig*.¹⁹ Der Zustand der formellen Rechtskraft bleibt jedoch nicht ohne Folgen. An ihn werden Wirkungen des Urteils geknüpft, so etwa der Eintritt der materiellen Rechtskraft oder die Beendigung der Rechtshängigkeit. Feststellungs- sowie Gestaltungsurteile werden mit dem Eintritt der formellen Rechtskraft wirksam und Leistungsurteile vollstreckbar, sofern die Vollstreckbarkeit nicht aufgeschoben wurde.²⁰

2. Materielle Rechtskraft

Die materielle Rechtskraft ist für die vorliegende Arbeit weniger zentral. Sie bedeutet die Massgeblichkeit eines formell rechtskräftigen Entscheides für zukünftige Prozesse zwischen den gleichen Parteien bzw. deren Rechtsnachfolger.²¹ Dies heisst einerseits, dass mit Folgefragen befasste Rechtspflegeinstanzen an die Feststellungen im Urteilsdispositiv gebunden sind (positive Wirkung). Andererseits, dass ein später angerufenes Gericht nicht auf eine Klage mit einem identischen Streitgegenstand eintreten darf (negative Wirkung).²²

II. Vollstreckbarkeit

Auch die Vollstreckbarkeit ist ein Zustand und bedeutet, dass der durch das Urteilsdispositiv Berechtigte seine Ansprüche zwangsweise durchsetzen kann.²³ Auch wenn die formelle Rechtskraft i.d.R. Voraussetzung für die Voll-

¹⁷ SUTTER-SOMM, Rz 522; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Rz 7.45.

¹⁸ BSK-HERZOG, N 1 zu Art. 333 ZPO; BSK³-ESCHER N 1 zu Art. 128 BGG.

¹⁹ BERTI, Rz 466; MARKUS/WUFFLI, S. 79; „beständig“ scheint angesichts der Möglichkeit bei Einwirkung auf das Urteil durch strafrechtlich relevante Handlungen (Art. 328 Abs. 1 lit. b ZPO bzw. Art. 123 Abs. 1 BGG) auch nach der zehnjährigen Frist eine Revision zu verlangen (Art. 329 Abs. 2 i.f. ZPO u. Art. 124 Abs. 2 lit. b BGG), passender als „*absolut*“.

²⁰ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 24 Rz 6 ff.; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Rz 7.45; DROESE, S. 119 f.

²¹ LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Rz 7.49.

²² BGE 139 III 126, E. 3.1; BERTI, Rz 469.

²³ MARKUS/WUFFLI, S. 85; VON SALIS, S. 11 ff.

streckbarkeit ist, sind die beiden Rechtsinstitute bzw. Zustände der Rechtskraft und Vollstreckbarkeit auseinanderzuhalten.²⁴ Die Rechtsmittelinstanz kann auch bei Entscheiden, bei denen mangels Suspensiveffektes des Rechtsmittels die formelle Rechtskraft eingetreten ist, die Vollstreckbarkeit aufschieben (z.B. Art. 325 Abs. 2 ZPO bzw. Art. 331 Abs. 2 ZPO). Umgekehrt kann sie jedoch auch bei noch nicht rechtskräftigen Entscheiden die vorzeitige Vollstreckung bewilligen (z.B. Art. 315 Abs. 2 ZPO).²⁵

III. Suspensiveffekt

Der Begriff „Suspensiveffekt“ bzw. dessen Synonym „aufschiebende Wirkung“ wird in der Literatur uneinheitlich verwendet. Teilweise betrifft er die Vollstreckbarkeit²⁶, teilweise die Rechtskraft *und/oder* Vollstreckbarkeit²⁷, teilweise die formelle Rechtskraft²⁸ und teilweise allgemein die Urteilstwirkungen.²⁹

VON SALIS definiert den Suspensiveffekt wie folgt: *„Der Suspensiveffekt ist [...] eine Eigenschaft, die Rechtsmitteln im materiellen Sinne vom Gesetz beigelegt werden kann und die darin besteht, dass durch die Einlegung des Rechtsmittels der Eintritt der Wirkungen des angefochtenen Entscheides gehemmt wird.“*³⁰ Daraus folgen drei wesentliche Merkmale: (1) der Suspensiveffekt ist eine Rechtsmitteleigenschaft; (2) er kann nur einem eingelegten Rechtsmittel zukommen und (3) er hemmt den Eintritt der Wirkungen des angefochtenen Entscheides.³¹ In den ersten beiden Merkmalen ist VON SALIS zuzustimmen. Das dritte Merkmal ist m.E. zu präzisieren. VON SALIS sieht den Bezug des Suspensiveffektes auf die Rechtskraft und/oder Vollstreckung als zu eng an.³²

²⁴ VON SALIS, S. 87 a.A. MEIER/SOGO, S. 513 f.

²⁵ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 24 Rz 3; SUTTER-SOMM, Rz 519; MARKUS/WUFFLI, S. 77 u. 85 ff.; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Rz 7.47 u. 13.4.

²⁶ BSK-MEYER, N 6 f. zu Art. 103 BGG; BSK³-DORMANN, N 6 f. zu Art. 103 BGG, GÜNGERICH/COENDET, S. 26; BERTI, Rz 420; AUER, S. 77; missverständlich: SPÜHLER KARL/VOCK DOMINIK: Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011, S. 105 f.

²⁷ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 25 Rz 5; BAUMGARTNER et al., § 55 Rz 19 ff.; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Rz 12.4; ZPO Komm.-REETZ, N 13 vor Art. 308–318 ZPO; DROESE, S. 133.

²⁸ SUTTER-SOMM, Rz 517 u. 1296; SEILER, Rz 944; MEIER/SOGO, S. 512 f.; CHEVALIER, Rz 440; KUMMER MAX: Grundriss des Zivilprozessrechts. Nach den Prozessordnungen des Kantons Bern und des Bundes, 4. Aufl., Bern 1984, S.189; HABSCHIED WALTER J.: Droit Judiciaire Privé Suisse, 2. Aufl., Genf 1981, S. 474; GULDENER, S. 392 Fn. 126 anders S. 486 f.

²⁹ DIKE-Komm.-BLICKENSTORFER, N 29 f. vor Art. 308–334 ZPO; VON SALIS, S. 11.

³⁰ VON SALIS, S. 3.

³¹ VON SALIS, S. 2 f.

³² VON SALIS, S. 3.

Dies, weil Entscheide nach ihm auch Wirkungen haben können, die nicht von der Rechtskraft abhängen; so etwa der damalige Beweisaufgabebeschluss (heutige Beweisverfügung nach Art. 154 ZPO).³³ Prozessleitende Verfügungen können auch heute i.d.R. bis zum Erlass des Endentscheids abgeändert werden.³⁴ Entsprechend sind sie nach der wohl h.L. der formellen Rechtskraft nur beschränkt zugänglich.³⁵ Es könnte damit also auch heute noch sein, dass Entscheide Wirkungen haben, die nicht an die formelle Rechtskraft anknüpfen. Wird die formelle Rechtskraft als Zustand der relativen Bestandessicherheit verstanden, scheint die Ansicht, dass prozessleitende Verfügungen der formellen Rechtskraft nur beschränkt zugänglich sind, jedoch unzutreffend. Meines Erachtens treten prozessleitende Verfügungen ebenfalls in einen Zustand der relativen Bestandessicherheit, auch wenn diese durch die Möglichkeit der Abänderbarkeit geringer ausfällt. Schliesslich dürfen aus Gründen der Rechtssicherheit prozessleitende Verfügungen grundsätzlich nicht leichthin zuungunsten der Parteien abgeändert werden.³⁶ Es macht entsprechend keinen Sinn, teilweise den prozessleitenden Verfügungen einen Zustand der formellen Rechtskraft abzusprechen und ihre Wirkungsentfaltung nicht von einem solchen abhängig zu machen.³⁷ Dass sie nur teilweise selbständig anfechtbar sind (Art. 319 lit. b ZPO und Art. 92 bzw. 93 Abs. 1 BGG), steht dieser Ansicht nicht entgegen. Denn, wo prozessleitende Verfügungen erst mit dem Endentscheid angefochten werden können, tritt deren formelle Rechtskraft mit deren Eröffnung ein,³⁸ weil in diesen Fällen in formeller Hinsicht gar kein Rechtsmittel gegen die prozessleitende Verfügung zur Verfügung steht (vgl. Art. 93 Abs. 3 BGG). Anfechtungsobjekt ist hier erst der Endentscheid.³⁹ Entsprechend ist

³³ VON SALIS, S. 95 f., nach ihm aber auch bei Gestaltungsklagen, ebenda S. 88.

³⁴ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 17 Rz 20; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Rz 8.25.

³⁵ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 24 Rz 4; BAUMGARTNER et al., § 36 Rz 205; SUTTER-SOMM, Rz 518; DROESE, S. 149; BERTI, Rz 467.

³⁶ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 17 Rz 20; BAUMGARTNER et al., § 40 Rz 60.

³⁷ G.L.M. JENT-SØRESØN INGRID: Materielle Rechtskraft und materielle Gerechtigkeit. Das Spannungsfeld zwischen Verbindlichkeit und Abänderbarkeit, in: SJZ 2004, S. 533 ff., S. 535; für die formelle Rechtskraft der verwaltungsrechtlichen Verfügung: TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH/MÜLLER MARKUS: Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014, § 31 Rz 5 ff.

³⁸ A.A. VON SALIS, S. 95.

³⁹ Vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.4; die Rüge der fehlerhaften prozessleitenden Verfügung stellt dann die Rüge eines *error in procedendo* dar, vgl. HURNI CHRISTOPH: Zum Rechtsmittelgegenstand im Schweizerischen Zivilprozessrecht (Habil. Luzern 2017), Bern 2018, Rz 441 ff. u. 475.

m.E. der Bezug des Suspensiveffektes auf die Rechtskraft und/oder Vollstreckbarkeit nicht zu eng.

Der Bezug auf die Hemmung der formellen Rechtskraft und/oder Vollstreckbarkeit führt allerdings nicht zu eindeutigen Resultaten. Wie gezeigt, sind die formelle Rechtskraft und Vollstreckbarkeit zwei verschiedene Rechtsinstitute.⁴⁰ Die Hemmung der formellen Rechtskraft und der Aufschub der Vollstreckbarkeit sollten daher auseinandergehalten werden.⁴¹ Eine klare Trennung wird erreicht, wenn der Suspensiveffekt als Hemmung der formellen Rechtskraft verstanden wird. Dies führt zwar im Regelfall dazu, dass die Vollstreckbarkeit *mittelbar* aufgeschoben wird,⁴² da die formelle Rechtskraft i.d.R. Voraussetzung für die Vollstreckbarkeit ist (Art. 336 Abs. 1 lit. a ZPO).⁴³ Allerdings ist der Aufschub der Vollstreckbarkeit nicht zwingend die Folge eines Aufschubs der formellen Rechtskraft durch den Suspensiveffekt,⁴⁴ sondern kann auch auf eine spezielle Anordnung des Gerichtes hinsichtlich der Vollstreckbarkeit (z.B. nach Art. 325 Abs. 2 ZPO) zurückgehen.

Es macht aber auch angesichts der Vielzahl von Urteilswirkungen, die gehemmt werden können, Sinn, den Suspensiveffekt an deren gemeinsamen Anknüpfungspunkt⁴⁵ – der formellen Rechtskraft – anzusetzen. Es wird daher hier der Ansicht gefolgt, dass der Suspensiveffekt einzig die formelle Rechtskraft des angefochtenen Urteils beschlägt und damit i.d.R. die Vollstreckbarkeit und Wirkungen des angefochtenen Entscheides mittelbar gehemmt werden. Um Klarheit zu schaffen, ist, wo die *vorzeitige Vollstreckung* bewilligt wird (z.B. nach Art. 315 Abs. 2 ZPO), diese als solche zu bezeichnen und nicht etwa als Entzug des Suspensiveffektes bzw. der aufschiebenden Wirkung.⁴⁶

⁴⁰ S.o. B.II., S. 5 f.

⁴¹ SUTTER-SOMM, Rz 519.

⁴² Eine Ausnahme von der Regel besteht nach BGE 139 III 486 E. 3 etwa bei Entscheiden über das Gegendarstellungsrecht bzw. vorsorglichen Massnahmen (Art. 315 Abs. 4 ZPO), da diese auch ohne Rechtskraft vollstreckbar sind; vgl. STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 24 Rz 7c; MARKUS/WUFFLI, S. 100 ff.

⁴³ SEILER, Rz 944 ff.

⁴⁴ Nach STEINER, Rz 728, SUTTER-SOMM, Rz 1296 u. 1475 und SEILER, Rz 946 ist eine gerichtliche Anordnung hinsichtlich der formellen Rechtskraft nicht möglich. Vgl. zu dieser Frage unten C.I.5.b, S. 24 ff.

⁴⁵ DROESE, S. 118 ff., insbes. Fn. 609.

⁴⁶ SUTTER-SOMM, Rz 1296.

Gleiches gilt für den *Aufschub der Vollstreckbarkeit*, denn dies ist ebenfalls nicht zwingend eine nachträgliche Gewährung des Suspensiveffektes.

IV. Ordentliche und ausserordentliche Rechtsmittel

Auch in puncto Definition des Begriffspaares ordentliches/ausserordentliches Rechtsmittel besteht in der Lehre eine gewisse Kontroverse.⁴⁷ Gemäss MEIER/SOGO ist zunächst zwischen dem internationalen und dem nationalen Recht zu unterscheiden.⁴⁸ Nach der vertragsautonomen und im Zweifelsfall weiten Auslegung von Art. 37 Abs. 1 LugÜ ist ein ordentliches Rechtsmittel jeder Rechtsbehelf, „[...] *der zur Aufhebung oder Abänderung der dem Anerkennungs- oder Klauselerteilungsverfahren nach dem Übereinkommen zugrunde liegenden Entscheidung führen kann und für dessen Einlegung im Urteilsstaat eine gesetzliche Frist bestimmt ist, die durch die Entscheidung selbst in Lauf gesetzt wird.*“⁴⁹

Dagegen richten sich im schweizerischen Recht gemäss der herkömmlichen Auffassung ordentliche Rechtsmittel gegen formell nicht rechtskräftige Entscheide.⁵⁰ Wie bereits ausgeführt, liegt der herkömmlichen Definition ein Zirkelchluss zu Grunde.⁵¹ Nach der neueren Lehre wird die Unterscheidung danach gemacht, ob dem Rechtsmittel ein gesetzlicher Suspensiveffekt zukommt (ordentliches Rechtsmittel) oder nicht (ausserordentliches Rechtsmittel).⁵²

Für MEIER/SOGO macht es hingegen keinen Sinn, die Unterscheidung einzig auf das Kriterium des Suspensiveffektes zu reduzieren, sie plädieren für eine Gesamtbetrachtung. So sollen bei der Beantwortung der Frage, ob ein ordentliches oder ausserordentliches Rechtsmittel vorliegt, sämtliche Unterscheidungskriterien einbezogen werden. Dabei soll den Kriterien besonderes Gewicht beigegeben werden, „[...] *von deren Ausgestaltung die Wahrscheinlichkeit einer Abänderung des vorinstanzlichen Entscheides am stärksten abhängt. Es handelt*

⁴⁷ DIKE-Komm.-BLICKENSTORFER, N 25 vor Art. 308–334 ZPO.

⁴⁸ MEIER/SOGO, S.455; a.A. BERTI, Rz 416.

⁴⁹ EuGH Urteil v. 22.11.1977, C-43/77, *Industrial Diamond Supplies vs. Riva*, Nr. 42; vgl. dazu auch: BSK-SCHULER/MARUGG, N 6 f. zu Art. 37 LugÜ.

⁵⁰ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 25 Rz 3; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Rz 12.5; GÜNGERICH/COENDET, S. 25.

⁵¹ S.o. B.I.1, S. 4.

⁵² STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 25 Rz 4; BAUMGARTNER et al., § 55 Rz 19 f.; SUTTER-SOMM, Rz 1296; MARKUS/WUFFLI, S. 87.

sich dabei um die Kognition und das Novenrecht.⁵³ Auch GÜNGERICH/COENDET gehen von einer Gesamtbetrachtung aus.⁵⁴ Der Zirkelschluss wird hier durch die Definition des ordentlichen bzw. ausserordentlichen Rechtsmittels in der Gesamtbetrachtung umgangen.

LEUENBERGER/UFFER-TOBLER kritisieren den Einbezug der Art und des Umfangs der Überprüfung in die Definition und schlagen einen Verzicht auf die Verwendung der Begriffe ordentliches bzw. ausserordentliches Rechtsmittel vor. Nach ihnen ist es besser, von suspensiven und nicht suspensiven Rechtsmitteln zu sprechen.⁵⁵

Meines Erachtens sollte, wenn überhaupt an der Kategorisierung ordentliches/ausserordentliches Rechtsmittel festgehalten wird, die Unterscheidung rein deskriptiv verwendet werden.⁵⁶ Letztlich kann es damit heute nur noch darum gehen, entweder den speziellen Charakter der Revision gegenüber den übrigen Rechtsmitteln auszuweisen oder kurz und prägnant darauf hinzuweisen, dass ein Rechtsmittel sich gegen einen rechtskräftigen Entscheid richtet. Für Ersteres ist die Definition des EuGH zu Art. 37 Abs. 1 LugÜ⁵⁷ besser geeignet eindeutige Unterscheidungen zu treffen als eine Gesamtbetrachtung. Für Letzteres drängt sich die Definition mittels Suspensiveffekt auf. Die Wirkungen der Rechtsmittel auf die angefochtenen Entscheide sind heute grundsätzlich, wenn im Fall von Art. 103 BGG oder Art. 315 Abs. 4 ZPO⁵⁸ auch nicht unbedingt klar und verständlich, im Gesetz verankert.⁵⁹ Aus der Einteilung in die eine oder andere Kategorie sollte daher nicht auf die Wirkung der Rechtsmittel geschlossen werden. Schliesslich ist der Entscheid über die Wirkungen und insbes., ob ein gesetzlicher Suspensiveffekt angebracht ist, ein solcher, der vom Gesetzgeber nach einer Interessensabwägung getroffen werden muss.⁶⁰ In der vorliegenden Arbeit wird daher grundsätzlich auf die Verwendung der Begriffe ordentliches/ausserordentliches Rechtsmittel verzichtet. Bei

⁵³ MEIER/SOGO, S.456.

⁵⁴ GÜNGERICH/COENDET, S. 25 f.

⁵⁵ LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Rz 12.5; vgl. auch VON SALIS, S. 11 u. DROESE, S. 124.

⁵⁶ Zur deskriptiven Verwendung in der Gesetzgebung vgl. AUER, S. 76 Fn. 37.

⁵⁷ S.o. B.IV., S. 9 bei Fn. 49.

⁵⁸ SUTTER-SOMM, Rz 1364; BGE 139 III 486 E. 3.

⁵⁹ DROESE, S. 124.

⁶⁰ Vgl. ZOLLER, Rz 3.

der Diskussion der Lehre wird, wenn nichts anderes vermerkt ist, von der Definition des ordentlichen Rechtsmittels als solches mit Suspensiveffekt ausgegangen.

C. Das schweizerische Recht

I. Eine Auslegung von Art. 103 BGG

Zur Herausarbeitung des Kernproblems der vorliegenden Arbeit soll nun eine Auslegung der zentral dafür verantwortlichen Norm folgen. Vor diesem Hintergrund folgt in einem zweiten Schritt eine Darstellung der dazu ergangenen Lehre. Darauf aufbauend wird die bundesgerichtliche Rechtsprechung analysiert.

1. Wortlaut

Art. 103 BGG unter der Sachüberschrift „*Aufschiebende Wirkung*“ lautet in der heute geltenden Fassung wie folgt:

„¹Die Beschwerde hat in der Regel keine aufschiebende Wirkung.

²Die Beschwerde hat im Umfang der Begehren aufschiebende Wirkung:

a. in Zivilsachen, wenn sie sich gegen ein Gestaltungsurteil richtet;

[...]⁶¹

³Der Instruktionsrichter oder die Instruktionsrichterin kann über die aufschiebende Wirkung von Amtes wegen oder auf Antrag einer Partei eine andere Anordnung treffen.“

Aus dem Wortlaut von Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 lit. a lässt sich somit zunächst erschliessen, dass der Beschwerde in Zivilsachen i.d.R. bei Leistungs- und Feststellungsurteilen keine aufschiebende Wirkung zukommt, da diese nur für Gestaltungsurteile gewährt wird. Ein erstes Problem ergibt sich in der Verwendung des Begriffs der aufschiebenden Wirkung. Wie in den Ausführungen zum

⁶¹ Es folgen die Ausnahmen auf den Gebieten des Strafrechts (lit. b), der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen (lit. c) und internationalen Amtshilfe in Steuersachen (lit. d).

Suspensiveeffekt gezeigt, bestehen in der Lehre unterschiedliche Auffassungen, was von der aufschiebenden Wirkung beschlagen wird.⁶² Das BGG sieht auch in keiner anderen Bestimmung eine Definition für den Begriff vor.⁶³ Die französische („*effet suspensif*“) sowie die italienische („*effetto sospensivo*“) Fassung schaffen ebenfalls keine Abhilfe.

Das Problem akzentuiert sich, wenn man Abs. 3 in die Betrachtung einbezieht. Denn folgt man, wie es hier getan wird, der Auffassung, dass die aufschiebende Wirkung einzig die formelle Rechtskraft beschlägt,⁶⁴ so kann nach dem Wortlaut von Abs. 3 nur die formelle Rechtskraft aufgeschoben werden. Die Vollstreckbarkeit würde als mittelbare Folge davon gehemmt. Es stellt sich damit die Frage, ob der Begriff der aufschiebenden Wirkung in Abs. 1 und 2 allenfalls anders zu verstehen ist als in Abs. 3 und neben der formellen Rechtskraft auch nur die Vollstreckbarkeit oder einzelne Urteilswirkungen einer anderen Anordnung zugeführt werden können.

Der Wortlaut birgt noch einen weiteren Punkt, der zur Diskussion Anlass geben kann. Es stellt sich nämlich die Frage, ob die Begrifflichkeit „*in der Regel*“ in Abs. 1 als Handlungsrichtlinie an den Instruktionsrichter bzw. die Instruktionsrichterin anzusehen ist, wonach die aufschiebende Wirkung nur unter besonderen Voraussetzungen erteilt werden soll.⁶⁵ Aufgrund der Eingrenzung des Untersuchungsgegenstands wird auf diese Frage im Folgenden nicht weiter eingegangen.⁶⁶

Es haben sich somit für diese Arbeit zwei Hauptprobleme aus dem Wortlaut von Art. 103 BGG herauskristallisiert, die nun im Folgenden – sofern möglich – anhand der übrigen Auslegungselemente einer Lösung zugeführt werden sollen:

- (1) Der Begriff der aufschiebenden Wirkung ist unklar und bedarf der Klärung.
- (2) Es ist zu klären, ob der Begriff der aufschiebenden Wirkung in Abs. 3 gleich zu verstehen ist wie in den Abs. 1 und 2.

⁶² S.o. B.III., S. 6.

⁶³ Commentaire LTF-CORBOZ, N 10 zu Art. 103 BGG.

⁶⁴ S.o. B.III., S. 8 f.

⁶⁵ BSK³-DORMANN, N 12 zu Art. 103 BGG.

⁶⁶ S.o. A.III., S. 2

2. Systematisches Element

Das systematische Element scheint mir prima vista besonders geeignet, um Lösungsvorschläge für die zwei hier interessierenden Probleme, die sich aus dem Wortlaut ergeben, zu finden. Seit der Einführung der schweizerischen ZPO besteht ein einheitliches Rechtsmittelsystem im schweizerischen Zivilprozessrecht. Daraus können eventuell Hinweise für das Verständnis des Begriffs der aufschiebenden Wirkung durch den Gesetzgeber gefunden werden.⁶⁷ Zunächst ist aber die systematische Stellung von Art. 103 BGG im Bundesgerichtsgesetz sowie die Systematik innerhalb der Norm näher zu betrachten.

a) Systematik innerhalb der Norm

Art. 103 BGG ist in drei Absätze gegliedert, wobei der zweite Absatz vier Unterabsätze umfasst (lit. a–d). Der erste Absatz statuiert dabei eine Grundregel, wonach die Beschwerde keine aufschiebende Wirkung hat. Abs. 2 enthält demgegenüber gesetzliche Ausnahmen, bei denen der Beschwerde an das Bundesgericht aufschiebende Wirkung zukommt. Abs. 3 sieht eine Ermächtigung des Instruktionsrichters bzw. der Instruktionsrichterin vor, abweichende Anordnungen über die aufschiebende Wirkung zu treffen.⁶⁸ Aus der Systematik innerhalb der Norm alleine lässt sich m.E. noch nichts zur Frage ableiten, ob der Begriff „*aufschiebende Wirkung*“ in Abs. 3 gleich zu verstehen ist wie in den Abs. 1 und 2. Auch zum Begriff der aufschiebenden Wirkung selber lassen sich daraus keine Rückschlüsse ziehen.

b) Stellung im BGG

Art. 103 BGG findet sich im 4. Kapitel (Beschwerdeverfahren) im 5. Abschnitt unter den „Weiteren Verfahrensbestimmungen“. Gemeinsam mit Art. 104 BGG („Andere vorsorgliche Massnahmen“) bildet er den vorläufigen Rechtsschutz.⁶⁹ Zusammen mit den anderen Bestimmungen des 4. Kapitels gilt Art. 103 BGG für sämtliche Beschwerdeverfahren, in denen das Bundesgericht ordentliche Beschwerdeinstanz ist (3. Kapitel), d.h. er gilt sowohl für die Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 ff. BGG) als auch die Beschwerde in Strafsachen (Art. 78 ff. BGG) und die Beschwerde in öffentlich Rechtlichen

⁶⁷ Vgl. dazu auch DROESE, S. 141 ff.; STEINER, Rz 724.

⁶⁸ Botschaft BRP, S. 4343; Commentaire LTF-CORBOZ, N 6 f. zu Art. 103 BGG.

⁶⁹ Botschaft BRP, S. 4343; BSK³-DORMANN, N 3 zu Art. 103 BGG.

Angelegenheiten (Art. 82 ff. BGG).⁷⁰ Über den Verweis in Art. 117 BGG entfalten die Abs. 1 und 3 auch für die subsidiäre Verfassungsbeschwerde Wirkung.

c) Stellung im Zivilprozessrecht der Schweiz

Auch wenn sich die Bestimmungen zu den kantonalen Rechtsmittelverfahren in einem anderen Gesetz finden, sollen die drei⁷¹ Instanzen ein einheitliches System der Zivilrechtspflege bilden.⁷² Dies umso mehr, als mit der Einführung der schweizerischen ZPO die Prozessordnungen der unteren Instanzen der Zivilrechtspflege durch ein Bundesgesetz vereinheitlicht wurden.⁷³ Es drängt sich damit in systematischer Hinsicht auf, die Beschwerde in Zivilsachen in ein gesamtheitliches Rechtsmittelsystem der Schweiz einzuordnen und Art. 103 BGG in diesem Lichte zu betrachten.⁷⁴

aa) Die Beschwerde in Zivilsachen im zivilprozessualen Rechtsmittelsystem der Schweiz

Auf kantonaler Ebene ist die Berufung nach Art. 308 ff. ZPO das primäre Rechtsmittel gegen die Entscheide der ersten Instanz. Sie ist ein devolutes und vollkommenes Rechtsmittel.⁷⁵ Das Urteil der ersten Instanz wird also an das kantonale Obergericht als Rechtsmittelinstanz (vgl. Art. 75 Abs. 2 BGG) weitergezogen und hat eine weite Kognition (es kann die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes gerügt werden, Art. 310 ZPO). Die Entscheide hinsichtlich einer Berufung können, wenn das Urteil der Vorinstanz nicht bestätigt wird, sowohl reformatorisch als auch kasuatorisch sein (Art. 318 Abs. 1 ZPO). Die Berufung schiebt die Rechtskraft und Vollstreckbarkeit im Umfang der Anträge auf (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Sie ist also ein suspensives Rechtsmittel.⁷⁶

Die Beschwerde nach Art. 319 ff. ZPO ist das zweite Hauptrechtsmittel gegen Entscheide erster Instanzen auf kantonaler Ebene. Sie kommt in den Fällen

⁷⁰ Botschaft BRP, S. 4342; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 27 Rz 1.

⁷¹ In den Fällen von Art. 75 Abs. 2 lit. a–c BGG zwei Instanzen, vgl. STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 26 Rz 3.

⁷² Vgl. BK-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, N 245 zu Art. 1 ZGB.

⁷³ SUTTER-SOMM, Rz 1293 ff.

⁷⁴ Vgl. DROESE, S. 141 f.

⁷⁵ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 26 Rz 5; SUTTER-SOMM, Rz 1341.

⁷⁶ Zum Ganzen: LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Rz 12.36.

zum Zug, in denen die Berufung nicht möglich bzw. vorgesehen ist (Art. 319 ZPO). Auch sie ist ein devolutives Rechtsmittel, jedoch ein unvollkommenes, da die Kognition des Obergerichtes als Rechtsmittelinstanz auf die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtliche unrichtige Feststellung des Sachverhaltes beschränkt ist (Art. 320 ZPO).⁷⁷ Die Entscheide hinsichtlich der Beschwerde können, wenn der Entscheid der ersten Instanz nicht bestätigt wird, sowohl reformatorisch oder kassatorisch sein (Art. 327 Abs. 3 ZPO). Die Beschwerde hemmt die Rechtskraft und Vollstreckbarkeit des angefochtenen Entscheides nicht (Art. 325 Abs. 1 ZPO). Sie ist also ein *nicht* suspensives Rechtsmittel.⁷⁸

Neben der Berufung und der Beschwerde ist die Revision nach Art. 328 ff. ZPO das dritte Rechtsmittel, welches die ZPO auf kantonaler Ebene vorsieht. Sie ist ein unvollkommenes und nicht devolutives Rechtsmittel.⁷⁹ Sie ist zur Berufung immer und zur Beschwerde meistens subsidiär.⁸⁰

Die Rechtsbehelfe der Erläuterung und Berichtigung (Art. 334 ZPO) sind keine eigentlichen Rechtsmittel und daher zusammen mit dem entsprechenden Rechtsbehelfen auf Bundesebene (Art. 129 BGG) für die Bearbeitung des Themas nicht näher interessant.⁸¹ Gleiches gilt grundsätzlich auch für die Revision, die in Art. 121 ff. BGG auch für Entscheide des Bundesgerichts eine Entsprechung findet.

Setzt man die beiden devolutiven Rechtsmittel auf Bundesebene in Bezug zu den beiden devolutiven Rechtsmitteln auf kantonaler Ebene, so zeigt sich, dass die Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 ff. BGG) der Beschwerde nach Art. 319 ff. ZPO gleicht.⁸² Dies fängt schon bei der Bezeichnung als *Beschwerde* – und nicht etwa Appellation oder Berufung – in Zivilsachen an.⁸³

⁷⁷ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 26 Rz 29; SUTTER-SOMM, Rz 1385.

⁷⁸ Zum Ganzen: LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Rz 12.61.

⁷⁹ Statt aller: STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 26 Rz 48.

⁸⁰ STERCHI MARTIN H.: Vorbemerkungen zu Art. 308, in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung. Bd. II. Artikel 150–352 ZPO und Artikel 400–406 ZPO, Bern 2012, N 13.

⁸¹ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 27 Rz 54; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Rz 12.96.

⁸² STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 27 Rz 3.

⁸³ Vgl. demgegenüber die früheren Bezeichnungen Berufung bzw. Nichtigkeits*beschwerde* bei Rechtsmitteln an das Bundesgericht und die damit verbundene Ausgestaltung des Suspensiveffektes (Art. 43 i.V.m. Art. 54 Abs. 2 OG bzw. Art. 68 Abs. 1 u. Art. 70 OG), vgl.

Sie ist sodann ebenfalls devolutes und unvollkommenes Rechtsmittel (vgl. Art. 95 ff. BGG). Zudem soll ihr – hier zunächst nur den Wortlaut von Art. 103 Abs. 1 BGG und die Sachüberschrift von Art. 325 ZPO betrachtet – ebenfalls grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung zukommen. Auch das restriktive Novenrecht zeigt die Ähnlichkeit der Ausgestaltung der Beschwerde nach ZPO und der Beschwerde in Zivilsachen (vgl. Art. 326 ZPO mit Art. 99 BGG). Es scheint also gute Gründe zu geben, Art. 103 BGG im Lichte der Bestimmungen der ZPO und v.a der Bestimmungen zur Beschwerde auszulegen und damit den Begriff der aufschiebenden Wirkung gleich zu verstehen.

Weiter weist auch die subsidiäre Verfassungsbeschwerde (Art. 113 ff. BGG), das zweite, zur Beschwerde in Zivilsachen subsidiäre, Rechtsmittel (Art. 113 BGG) auf Bundesebene, Ähnlichkeit mit der Beschwerde nach ZPO auf. Dies v.a. durch den Verweis auf das Verfahren bei der Einheitsbeschwerde in Art. 117 BGG, wenn auch die Kognition noch einmal wesentlich enger ist (vgl. Art. 116 BGG). Interessant ist m.E. insbes., dass der Verweis von Art. 117 BGG nur auf Art. 103 Abs. 1 und 3 BGG gerichtet ist. Die subsidiäre Verfassungsbeschwerde hat also bei Gestaltungsclagen keine Aufschiebende Wirkung ex lege. Damit hat sie hinsichtlich der aufschiebenden Wirkung eine noch stärkere Ähnlichkeit zur Beschwerde nach ZPO als die Beschwerde in Zivilsachen, da auch bei der ZPO-Beschwerde nach dem Wortlaut keine aufschiebende Wirkung bei Gestaltungsurteilen ersichtlich ist (vgl. Art. 117 i.V.m. Art. 103 Abs. 1 und 3 BGG mit Art. 325 ZPO).⁸⁴ Durch die Ähnlichkeit der Beschwerde in Zivilsachen, aber auch der subsidiären Verfassungsbeschwerde (wenn diese in Zivilsachen erhoben wird) mit der Beschwerde nach ZPO verdichten sich die Hinweise, dass die ZPO als neuerer Erlass zur Konkretisierung von Art. 103 BGG herangezogen werden könnte.⁸⁵ Gegen eine Auslegung im Lichte der ZPO kann m.E. vorgebracht werden, dass die Beschwerde in Zivilsachen als Teil der Einheitsbeschwerde konzipiert wurde und Art. 103 BGG grundsätzlich für sämtliche der drei Unterarten der Einheitsbeschwerde

auch VON SALIS, S. 24 f.; zur erhöhten Relevanz der systematisch-teleologischen Auslegung bei gleichlautenden Begriffen: BK-EMMENEGGER/TSCHECHTSCHER, N 257 zu Art. 1 ZGB.

⁸⁴ SHK-SEILER, N 12 zu Art. 117 BGG; ZOLLER, Rz 74; SEILER, Rz 1682 a.A. zur Beschwerde nach ZPO, DROESE, S. 138 ff.

⁸⁵ Vgl. DROESE, S. 141 ff.

Geltung findet. Die Bestimmung müsste daher für alle Beschwerden gleich ausgelegt werden.⁸⁶ Es würde sich daher hier aufdrängen, die anderen beiden Teilrechtsgebiete (Verwaltungsrechts- bzw. Strafrechtspflege) einer gleichen Analyse zu unterziehen, um festzustellen, welche Argumente für oder gegen eine teilrechtsgebiet-bezogene Auslegung sprechen.⁸⁷ Dies ist hier aufgrund des Umfangs leider nicht möglich. Auf die Rechtsprechung der öffentlich-rechtlichen Abteilungen des Bundesgerichts wird weiter unten kurz eingegangen.⁸⁸ Im Folgenden sind nun jedoch zunächst die Bestimmungen der ZPO zur aufschiebenden Wirkung näher zu betrachten.

bb) Der Begriff der aufschiebenden Wirkung in der ZPO

Die ZPO verwendet den Begriff der aufschiebenden Wirkung bei allen drei Rechtsmitteln in der Sachüberschrift. Aus dem Wortlaut der jeweils ersten Absätze der Bestimmungen bei der Berufung, Beschwerde und der Revision kann zunächst geschlossen werden, dass der Begriff der aufschiebenden Wirkung die Rechtskraft *und* die Vollstreckbarkeit beschlagen soll (vgl. Art. 315 Abs. 1, Art. 325 Abs. 1 bzw. Art. 331 Abs. 1 ZPO).⁸⁹ Die Vollstreckbarkeit kann durch das Rechtsmittelgericht allerdings isoliert von der Rechtskraft einer anderen Regelung zugeführt werden. So kann bei der Berufung, die nach Art. 315 Abs. 1 ZPO die Rechtskraft und Vollstreckbarkeit im Umfang der Anträge hemmt, die vorzeitige Vollstreckbarkeit bewilligt werden (Art. 315 Abs. 2 ZPO). Bei der Beschwerde, welche nach Art. 325 Abs. 1 ZPO die Rechtskraft und Vollstreckbarkeit des angefochtenen Entscheides nicht hemmt, kann die Vollstreckbarkeit aufgeschoben werden (Art. 325 Abs. 2 ZPO).

Interessant ist Art. 315 Abs. 3 ZPO, der besagt, dass die *aufschiebende Wirkung* bei Gestaltungsurteilen nicht entzogen werden kann. Gestaltungsurteile bedürfen keiner Vollstreckung, sie entfalten ihre Gestaltungswirkung mit dem Eintritt der formellen Rechtskraft.⁹⁰ Daraus kann geschlossen werden, dass der Begriff der aufschiebenden Wirkung hier einzig die formelle Rechtskraft beschlägt und Letztere bei Gestaltungsurteilen nicht entzogen werden kann.

⁸⁶ AppGer Basel-Stadt, Urteil v. 07.08.2019 (BEZ.2019.32) E. 5.2.6.

⁸⁷ BK-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, N 246 ff. zu Art. 1 ZGB.

⁸⁸ S.u. C.III.4. f., S. 34 ff.

⁸⁹ Botschaft ZPO, S. 7374.

⁹⁰ BK-MARKUS N 22 zu Art. 87 ZPO; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Rz 13.1; SUTTER-SOMM, Rz 1552 f.; BAUMGARTNER et al., § 29 Rz 30 u. § 58 Rz 2.

Verallgemeinert kann dies als Hinweis gesehen werden, dass grundsätzlich die formelle Rechtskraft gehemmt und i.d.R. die Vollstreckbarkeit als mittelbare Folge davon aufgeschoben wird.⁹¹ Die ausdrückliche Erwähnung der Vollstreckbarkeit in Art. 315 Abs. 1 ZPO ist dann einzig eine Verdeutlichung dieses Grundsatzes. Denn die formelle Rechtskraft ist hinreichende, nicht aber zwingende Voraussetzung für die Vollstreckbarkeit (Art. 336 Abs. 1 ZPO).⁹² Diese Auffassung kollidiert allerdings mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 315 Abs. 4 ZPO, welcher ebenfalls „nur“ von *aufschiebender Wirkung* spricht. Nach dem Bundesgericht beschlägt der Begriff der aufschiebenden Wirkung hier lediglich die Vollstreckbarkeit. Die formelle Rechtskraft bleibt aufgeschoben, auch wenn die Vollstreckbarkeit nicht gehemmt wird.⁹³ Es ist hier anzumerken, dass das Bundesgericht festgehalten hat, dass das Verhältnis von Art. 315 Abs. 4 und 5 ZPO allenfalls auch als Abgrenzung aufgefasst werden könne.⁹⁴ So verstanden würde die formelle Rechtskraft bei Entscheiden über das Gegendarstellungsrecht bzw. vorsorgliche Massnahmen eintreten und als Folge davon – was gerade der Sinn der Bestimmung ist – auch die Vollstreckbarkeit. Wenn ein nicht wiedergutzumachender Nachteil droht, könnte einzig die Vollstreckbarkeit der vorsorglichen Massnahmen als Gegen Ausnahme aufgeschoben werden (Art. 315 Abs. 5 ZPO). Interessant ist, dass in dieser Entscheidung auch die unzutreffende Vorstellung der Botschaft hinsichtlich der „Vollstreckbarkeit“ von Gestaltungsklagen unbesehen übernommen wird.⁹⁵ Inwieweit der Entscheid aber aus anderen Überlegungen zu begrüssen ist, muss hier aufgrund der Entfernung vom Untersuchungsgegenstand und des zur Verfügung stehenden Platzes offen gelassen werden.⁹⁶ Art. 315 ZPO zeigt jedoch, dass in der ZPO der Begriff der aufschiebenden Wirkung offenbar nicht einheitlich verwendet wird.⁹⁷ Dies wird auch aus der Verwendung des Begriffes *aufschiebende Wirkung* in Art. 327a Abs. 2 ZPO

⁹¹ S.o. B.III., S. 8; SEILER, Rz 944; SUTTER-SOMM, Rz 517 u. 519.

⁹² Vgl. GÜNGERICH/COENDET, S. 27 f.

⁹³ BGE 139 III 486 E. 3; SUTTER-SOMM, Rz 1364.

⁹⁴ BGE 139 III 486 E. 3 S. 489.

⁹⁵ Vgl. Botschaft ZPO, S. 7374 mit BGE 139 III 486 E. 3 S. 489 f.

⁹⁶ Vgl. dazu MARKUS/WUFFLI, S. 101 f.

⁹⁷ SEILER, Rz 946; Der E-ZPO 2020 stellt nun Art. 315 Abs. 3 ZPO klar (vgl. Art. 315 Abs. 3 E-ZPO 2020 und Botschaft ZPO 2020, S. 76). Hinsichtlich von Art. 315 Abs. 4 ZPO wäre eine Klarstellung und Übernahme der Rechtsprechung von BGE 139 III 486 etwa durch die Formulierung „Sofort vollstreckbar sind Entscheide über:“ anstelle von „Keine aufschiebende Wirkung hat die Berufung gegen Entscheide über:“ zu begrüssen.

ersichtlich. Die Botschaft dazu spricht von einem Aufschub der *Vollstreckbarkeit* des Exequaturentscheides.⁹⁸ Um der Forderung von Art. 47 Abs. 3 LugÜ gerecht zu werden, bedarf es jedoch eines Aufschubs der formellen Rechtskraft, denn die Anerkennung der Vollstreckbarkeit eines ausländischen Entscheides ist ein positives Feststellungsurteil, womit der Entscheid über die Anerkennbarkeit (Exequaturentscheid) an sich keiner Vollstreckung bedarf,⁹⁹ sondern mit dem Eintritt der formellen Rechtskraft Wirksamkeit entfaltet.¹⁰⁰

Trotz der uneinheitlichen Verwendung des Begriffes „*aufschiebende Wirkung*“ in der ZPO können daraus folgende Erkenntnisse gezogen werden: (1) Wo der Gesetzgeber Grundregeln aufstellt, betrifft die aufschiebende Wirkung in der ZPO *immer* die formelle Rechtskraft und Vollstreckbarkeit.¹⁰¹ (2) Die Rechtsmittelinstanz kann nach der ZPO grundsätzlich nur betreffend der Vollstreckbarkeit andere Anordnungen treffen.¹⁰² Umgemünzt auf die Beschwerde in Zivilsachen ergeben die Erkenntnisse aus der ZPO zum Begriff der aufschiebenden Wirkung in Art. 103 BGG folgenden Zwischenschluss: (1) Art. 103 Abs. 1 BGG ist dahingehend zu verstehen, dass weder die formelle Rechtskraft noch die Vollstreckbarkeit aufgeschoben werden. (2) Der Instruktionsrichter darf nach Art. 103 Abs. 3 einzig den Aufschub der Vollstreckbarkeit anordnen, womit die Bestimmung einzig bei Leistungsklagen Anwendung findet. Es ist nun im Weiteren zu prüfen, wie sich diese Auffassungen mit den anderen Auslegungselementen vertragen.

3. Historisches Element

Durch das BGG wurde das früher v.a. in Zivilsachen komplizierte Rechtsmittelsystem auf Bundesebene vereinfacht.¹⁰³ Dies hatte auch zur Folge, dass die früher unterschiedlichen Regelungen zum Suspensiveffekt einheitlich in Art. 103 BGG geregelt wurden.¹⁰⁴ Früher kannte das OG in Zivilsachen bei der

⁹⁸ Botschaft rev. LugÜ, S. 1826.

⁹⁹ Feststellungsklagen bedürfen wie Gestaltungsklagen keine Vollstreckung: BK-MARKUS N 6 zu Art. 88 ZPO; GULDENER, S. 211.

¹⁰⁰ BSK-SCHULER/MARUGG, N 20 ff. zu Art. 33 LugÜ; BSK-HOFMANN/KUNZ, N 225 zu Art. 47 LugÜ; DROESE, S. 371.

¹⁰¹ Vgl. Art. 315 Abs. 1, Art. 325 Abs. 1 bzw. Art. 331 Abs. 1 ZPO.

¹⁰² Vgl. Art. 315 Abs. 2 u. 5, Art. 325 Abs. 2 bzw. Art. 331 Abs. 2 ZPO, vgl. MARKUS/WUFFLI, S. 94.

¹⁰³ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 27 Rz 1.

¹⁰⁴ Botschaft BRP, S. 4342; DONZALLAZ, N 4148 zu Art. 103 BGG.

Berufung aufschiebende Wirkung (Art. 54 Abs. 2 OG). Dagegen war bei der Nichtigkeitsbeschwerde kein Suspensiveffekt vorgesehen (Art. 70 OG). Aus den Materialien geht nicht ohne weiteres hervor, was der Suspensiveffekt in Art. 103 BGG beschlagen soll.¹⁰⁵ Bei den Ausnahmen, spricht die Botschaft davon, dass „[...] die Beschwerde nur dann von Gesetzes wegen suspensiv [wirkt], wenn bei einer Zivilsache ein Gestaltungsurteil angefochten wird [...]“.¹⁰⁶ Daraus, und dass nach dem Willen der Botschaft bei Art. 103 Abs. 3 BGG der Entzug der aufschiebenden Wirkung bei den Gestaltungsklagen möglich sein soll,¹⁰⁷ kann geschlossen werden, dass der Gesetzgeber auch die formelle Rechtskraft im Auge hatte, als er den Suspensiveffekt bzw. dessen Fehlen für die Einheitsbeschwerde festlegte. Dafür spricht m.E., dass Art. 70 Abs. 1 OG bei der Nichtigkeitsbeschwerde ausdrücklich statuierte, dass die formelle Rechtskraft nicht gehemmt wird. Der historische Gesetzgeber musste also an diese Regelung gedacht haben, als er sagte: „[...] **grundsätzlich** besteht somit **kein** Suspensiveffekt (Abs. 1), [...] [d]amit beschreitet der Entwurf in der Zivilrechtspflege [...] teilweise Neuland.“¹⁰⁸ Denn in Art. 54 Abs. 2 OG kannte die Berufung in Zivilsachen an das Bundesgericht ja gerade einen Suspensiveffekt, der nach dem deutschen Wortlaut ausdrücklich den Eintritt der *Rechtskraft* im Umfang der Anträge hemmte.¹⁰⁹ Somit bilden Leistungs- und Feststellungsklagen, die früher der Berufung und damit dem Suspensiveffekt unterlagen, unter der Beschwerde in Zivilsachen „Neuland“.

Was die zweite, aus dem Wortlaut aufgeworfene Frage, angeht, so zeigt v.a. die Botschaft in die Richtung, dass das Bundesgericht auch den Eintritt der formellen Rechtskraft anordnen bzw. diesen aufschieben könnte. Denn die Botschaft spricht davon, dass „[d]er Instruktionsrichter [...] in den Fällen von Absatz 2 die aufschiebende Wirkung entziehen bzw. sie in den übrigen Fällen auf Antrag einer Partei oder sogar von Amtes wegen verfügen (Abs. 3) [...]“

¹⁰⁵ Botschaft BRP, S. 4342 f. Es wird nur von *Suspensiveffekt* bzw. *aufschiebender Wirkung* gesprochen.

¹⁰⁶ Botschaft BRP, S. 4342 [Hervorhebungen unterdrückt].

¹⁰⁷ Botschaft BRP, S. 4343.

¹⁰⁸ Botschaft BRP, S. 4342 [Hervorhebungen im Original].

¹⁰⁹ ZOLLER, Rz 64; zur Problematik der Unterschiede im Wortlaut der deutschen, französischen und italienischen Fassung von Art. 54 Abs. 2 OG, vgl. ZOLLER, Rz 36.

kann.¹¹⁰ Wie bereits ausgeführt, kann gerade hinsichtlich der Gestaltungsurteile nur die formelle Rechtskraft gemeint sein, denn mit dieser treten auch die Gestaltungswirkungen ein, sie bedürfen dagegen keiner Vollstreckung. Gleiches gilt bei Feststellungsurteilen, auch diese sind keiner Vollstreckung zugänglich.¹¹¹ Will der Gesetzgeber also „jedem Einzelfall“ gerecht werden, kann damit nur gemeint sein, dass auch die formelle Rechtskraft durch den Instruktionsrichter einer von der gesetzlichen Grundregelung abweichenden Regelung zugeführt werden kann.¹¹² Mit dieser Auffassung gleicht Art. 103 Abs. 3 BGG dann auch der altrechtlichen Regelung von Art. 94 OG, die dem Bundesgericht bei der staatsrechtlichen Beschwerde einen weiten Spielraum liess.¹¹³ Weitergedacht müsste es dem Bundesgericht, um wirklich jedem Einzelfall gerecht zu werden, aber auch möglich sein, neben dem an die formelle Rechtskraft knüpfenden Zustand der Vollstreckbarkeit auch nur einzelne Urteilswirkungen einer anderen Anordnung zuzuführen.¹¹⁴ Die Erkenntnis aus dem historischen Element weist bezüglich dieser Frage damit in die diametral entgegengesetzte Richtung als jene aus dem systematischen.

4. Teleologisches Element

a) Sinn und Zweck des Suspensiveffektes

Nach GULDENER macht es legislatorisch Sinn, ein Rechtsmittel mit Suspensiveffekt auszugestalten, wenn das Rechtsmittel innert einer relativ kurzen Frist eingereicht werden kann. Es sei dann wenig sinnvoll, die Entscheidung auf die Gefahr hin zu vollstrecken, dass diese im Rechtsmittelverfahren wieder abgeändert oder aufgehoben wird. Dem steht ihm zufolge einzig das Bedenken entgegen, dass die beklagte Partei es dann in der Hand habe, mit der Einreichung eines völlig unbegründeten Rechtsmittels die Vollstreckung des Urteils hinauszuzögern.¹¹⁵ Da Feststellungs- und Gestaltungsurteile grundsätzlich der Vollstreckung nicht zugänglich sind, macht es hier Sinn, in einer funktionellen Betrachtungsweise zu sagen, der Suspensiveffekt bezwecke die

¹¹⁰ Botschaft BRP, S. 4343 [Hervorhebungen unterdrückt].

¹¹¹ LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Rz 13.1.

¹¹² Botschaft BRP, S. 4343; so auch die Rechtsprechung: BGer 5A_217/2012 v. 09.07.2012 E. 5.2; BGer 5A_866/2012 v. 01.02.2013, E. 4.1.; DROESE, S. 141 ff., insbes. auch Fn. 743; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Rz 12.132; MARKUS/WUFFLI, S. 94.

¹¹³ DROESE, 140.

¹¹⁴ Vgl. STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 24 Rz 3.

¹¹⁵ GULDENER, S. 486 f.

Wirkungen eines Urteils zu hemmen,¹¹⁶ bis das Rechtsmittelgericht einen Entscheid über das angefochtene Urteil gefällt hat. Mit dem Suspensiveffekt können also die Nachteile einer Partei gemindert werden, die ihr entstehen, wenn das angefochtene Urteil Wirkungen entfalten würde, die mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit durch das Rechtsmittelgericht wieder abgeändert werden. Er dient damit der Überbrückung der Rechtsunsicherheit in der Zeitspanne, in der eine erhöhte Unsicherheit über den Bestand des Urteils besteht.¹¹⁷ Unter diesen Vorzeichen ist nun der Sinn und Zweck von Art. 103 BGG zu ergründen.

b) Sinn und Zweck von Art. 103 BGG

Nach der Botschaft ist es die Hauptaufgabe des Bundesgerichtes, für eine einheitliche Rechtsanwendung, die Rechtsfortbildung sowie die Wahrung der verfassungsmässigen Ordnung zu sorgen.¹¹⁸ Demgegenüber sei es nicht „[...] letzte Appellationsinstanz, die von den Parteien mit vollkommenen Rechtsmitteln angerufen werden [könne].“¹¹⁹ Gerade aus dem letzten Satz wird m.E. ersichtlich, in welche Richtung der Gesetzgeber den Suspensiveffekt definieren wollte. Denn die Kognition ist ein entscheidendes Merkmal, wenn es darum geht, zu beurteilen, wie hoch die Wahrscheinlichkeit ist, dass ein Entscheid vom Rechtsmittelgericht umgestossen wird.¹²⁰ Die Kognition des Bundesgerichtes ist vorwiegend auf die Überprüfung der Rechtsanwendung beschränkt, einzig in den engen Schranken von Art. 97 BGG kann eine fehlerhafte Sachverhaltsfeststellung noch gerügt werden.¹²¹ Dass durch die enge Kognition die Gutheissung einer Beschwerde, also der Umstoss des vorinstanzlichen Entscheides, weniger wahrscheinlich wird, zeigt ein Blick auf die Statistiken in den Geschäftsberichten des Bundesgerichtes der letzten fünf Jahre. Die Beschwerde in Zivilsachen wird nur in etwa 12% der Fälle, bei denen das Verfahren mit einem Entscheid (inkl. Nichteintreten) endet, gutgeheissen.¹²² Auch wenn man die Statistiken zur Zeit der Erstellung der Botschaft betrachtet, zeigt

¹¹⁶ Dies geschieht nach der hier vertretenen Auffassung gerade dadurch, dass der Suspensiveffekt die formelle Rechtskraft beschlägt, welche Anknüpfungspunkt der Urteilswirkungen ist, s.o. B.III., S. 8.

¹¹⁷ Vgl. zum Ganzen auch VON SALIS, S. 24 f.

¹¹⁸ Botschaft BRP, S. 4342.

¹¹⁹ Ebenda.

¹²⁰ MEIER/SOGO, S. 456; GÜNGERICH/COENDET, S. 26; VON SALIS, S. 25.

¹²¹ BSK³-SCHOTT, N 12 u. 27 zu Art. 95 BGG.

¹²² Vgl. Anhang 1.

sich, dass der historische Gesetzgeber erkannt haben muss, dass ein vor dem Bundesgericht angefochtener Entscheid nicht leicht umgestossen wird.¹²³ Schliesslich hatte das Bundesgericht bei der Berufung in Zivilsachen nach OG eine ähnliche Kognition wie heute unter der Beschwerde in Zivilsachen (vgl. Art. 43 f. OG mit Art. 95 ff. BGG). Es ist also naheliegend, dass der Gesetzgeber es für vertretbar hielt, den Entscheid der Vorinstanz i.d.R. in formelle Rechtskraft treten zu lassen und diese allenfalls wieder aufzuheben. Dies nicht zuletzt auch, um „[...] einer falschen Attraktivität des Rechtsmittels [zu] wehr[en]“.¹²⁴

Wird nach dem Zweck von Art. 103 Abs. 3 BGG gefragt, so zeigt die Botschaft deutlich, was die Intension des Gesetzgebers war. Mit der von der gesetzlichen Regel von Art. 103 Abs. 1 bzw. Abs. 2 BGG abweichenden Anordnung soll es dem Instruktionsrichter ermöglicht werden, eine Vorgehensweise zu wählen, die dem Einzelfall gerecht wird.¹²⁵ Damit zeigt das teleologische Element ebenfalls in die Richtung, dass der Instruktionsrichter die formelle Rechtskraft bzw. allenfalls einzelne Urteilswirkungen und nicht nur die Vollstreckbarkeit einer anderen als der gesetzlich vorgesehenen Regelung zuführen kann. Dies, weil insbes. nur abweichende Anordnungen bezüglich der formellen Rechtskraft bei Gestaltungs- aber auch bei Feststellungsurteilen Sinn machen, da diese ja gerade keiner Vollstreckung bedürfen.¹²⁶

5. Gesamtbetrachtung

Nach dem Bundesgericht ist das Ziel der Auslegung, eine sachgerechte Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der ratio legis, zu erhalten. Dabei folgt es einem pragmatischen Methodenpluralismus, d.h. die einzelnen Auslegungselemente unterstehen grundsätzlich keiner hierarchischen Prioritätsordnung.¹²⁷

¹²³ Vgl. Anhang 2.

¹²⁴ Botschaft BRP, S. 4342.

¹²⁵ Botschaft BRP, S. 4343.

¹²⁶ S.o. C.I.3., S. 20 f.

¹²⁷ BGE 145 III 65 E. 2.1; 141 III 195 E. 2.4; 140 III 206 E. 3.5.4; BK-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, N 108 ff. u. 194 ff. zu Art. 1 ZGB.

a) Eintritt der formellen Rechtskraft

Betrachtet man die Ergebnisse der einzelnen Auslegungsinstrumente zu Art. 103 Abs. 1 BGG, so hat die Auslegung im Lichte der ZPO ergeben, dass dort, wo der Gesetzgeber eine Grundregel aufstellt, immer die formelle Rechtskraft und Vollstreckbarkeit gemeint sind, wenn von aufschiebender Wirkung gesprochen wird.¹²⁸ Auch die Ähnlichkeit der Beschwerde nach ZPO und der Beschwerde in Zivilsachen – die sich bereits in der Bezeichnung zeigt – sprechen dafür, dass der Gesetzgeber den Begriff der aufschiebenden Wirkung in Art. 103 Abs. 1 BGG in diesem Sinne verstanden haben will.¹²⁹ In historischer Sicht spricht für diese Auslegung dann v.a., dass der Gesetzgeber im Bereich der Zivilrechtspflege bewusst teilweise „*Neuland*“ betrat, als er der Einheitsbeschwerde *keinen* Suspensiveffekt zugestand.¹³⁰ Der Zweck des Suspensiveffektes ist, die Wirkungen des angefochtenen Urteils zu hemmen, um zu verhindern, dass ein Urteil bereits wirksam wird, das mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit im Rechtsmittelverfahren noch umgestossen wird.¹³¹ Angesichts dieses Zwecks ist die Ausstattung der Beschwerde in Zivilsachen mit Suspensiveffekt nicht zwingend, da sie eine relativ geringe Chance bietet (ca. 12%), das angefochtene Urteil noch umzustossen.¹³² Damit komme ich zum Schluss, dass der Begriff der „aufschiebenden Wirkung“ in Art. 103 Abs. 1 BGG dahingehend zu verstehen ist, dass die formelle Rechtskraft der angefochtenen Entscheide *nicht* aufgeschoben wird. Als Folge des fehlenden Aufschubs der formellen Rechtskraft wird bei Leistungsurteilen auch die Vollstreckbarkeit nicht gehemmt. Feststellungserkenntnisse entfalten Wirkung.

b) Inhalt der richterlichen Anordnung nach Art. 103 Abs. 3 BGG

Hinsichtlich der Frage, wie der Begriff der aufschiebenden Wirkung in Art. 103 Abs. 3 BGG zu verstehen ist und damit, was der Instruktionsrichter oder die Instruktionsrichterin als andere Anordnung treffen kann, zeigen die Auslegungselemente in verschiedene Richtungen. So steht das systematische Element den Erkenntnissen aus dem historischen und teleologischen Element diametral entgegen. Denn im Lichte der ZPO ausgelegt, wäre die Anordnung

¹²⁸ S.o. C.I.2.c.bb., S. 17 ff.

¹²⁹ S.o. C.I.2.c.aa., S. 14 ff.

¹³⁰ Botschaft BRP, S. 4342; s.o. C.I.3., S. 19 f.

¹³¹ S.o. C.I.4.a., S. 21 f.

¹³² S.o. C.I.4.b., S. 22 f.

nach Art. 103 Abs. 3 auf die Vollstreckbarkeit einzuschränken.¹³³ Dagegen ist aus dem historischen Element zu schliessen, dass der Begriff der „aufschiebenden Wirkung“ in Abs. 3 auch die formelle Rechtskraft umfassen muss, da ansonsten eine abweichende Regelung bei Feststellungs- bzw. Gestaltungsurteilen gar nicht möglich wäre.¹³⁴ Der Sinn von Art. 103 Abs. 3 BGG ist, ein dem Einzelfall gerecht werdendes Vorgehen zu ermöglichen, was entsprechend auch die Möglichkeit eines Aufschubs der formellen Rechtskraft voraussetzt.¹³⁵ DROESE befasst sich ausführlich mit der Frage und kommt zum Schluss, dass es angesichts des Regelfalls – d.h. dass der angefochtene Entscheid Ergebnis einer Berufung nach ZPO war – im Lichte der Interessen der Entscheidungssicherheit und -konsistenz angebracht ist, dass auch die formelle Rechtskraft von der Gewährung der aufschiebenden Wirkung erfasst ist. Da die Rechtskrafthemmung nicht von Gesetzes wegen eintritt, wird die Verzögerungsgefahr durch die summarische Prüfung der Voraussetzungen der Anordnung der aufschiebenden Wirkung gemindert.¹³⁶ Den Überlegungen von DROESE ist zuzustimmen.¹³⁷ Weitergedacht müsste das Bundesgericht, um den Zweck von Art. 103 Abs. 3 BGG zu erreichen, auch einzelne Urteilswirkungen unabhängig von der Rechtskraft einer anderen Regelung zufügen können.¹³⁸ Um Klarheit zu schaffen, was von der anderen Anordnung nach Art. 103 Abs. 3 BGG erfasst ist, sollte das Bundesgericht, wenn es einzig die Vollstreckbarkeit oder allenfalls einzelne Wirkungen des Entscheids einer anderen Anordnung zuführt, dies ausdrücklich in seinem Entscheid über die aufschiebende Wirkung festhalten.¹³⁹ Es kann also zur zweiten aus dem Wortlaut aufgeworfenen Frage geantwortet werden, dass die richterliche Anordnung der aufschiebenden Wirkung grundsätzlich die formelle Rechtskraft erfasst. Das Bundesgericht kann aber auch einzig die Vollstreckbarkeit oder allenfalls einzelne Wirkungen aufschieben, dies hat jedoch ausdrücklich zu erfolgen. So ist die nötige

¹³³ S.o. C.I.2.c.bb., S. 17 ff.

¹³⁴ S.o. C.I.3., S. 20 f.

¹³⁵ S.o. C.I.4.b., S. 23.

¹³⁶ DROESE, S. 141 ff. insbes. 142 f.

¹³⁷ In diesem Sinne: BGer 5A_268/2010 v. 30.04.2010 E. 4.2; 5A_3/2009 v. 13.02.2009 E. 2.3; vgl. auch MARKUS/WUFFLI, S. 94; ablehnend: STEINER, Rz 728; SUTTER-SOMM, Rz 1296 u. 1475.

¹³⁸ Vgl. STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 24 Rz 3.

¹³⁹ S.o. B.III., S. 8 f.; vgl. auch ZOLLER Rz 99 u. 173; in diesem Sinne: BGer 5A_613/2007 v. 29.11.2007 E. 3; 5A_495/2015 v. 26.08.2015 E. 3.1; anders: BGer 5A_217/2012 v. 09.07.2012 E. 5.2; 5A_3/2009 v. 13.2.2009 E. 2.3; HOHL, S. 77.

Flexibilität gewahrt und es kann dem Einzelfall gerecht werden. Der Eintritt des richterlich erteilten Suspensiveffektes ist auf den Zeitpunkt des Eintritt der formellen Rechtskraft zurückzubeziehen, da der Prozess vor dem Bundesgericht an den vorangehenden anknüpft und auf diesem aufbaut – auch wenn das Bundesgericht nicht mehr volle Kognition hat.¹⁴⁰ Damit leben die mit der formellen Rechtskraft dahingefallenen vorsorglichen Massnahmen wieder auf.¹⁴¹ Folgeprozesse werden prozessökonomisch sinnvollerweise zumindest bis zum Entscheid über die aufschiebende Wirkung sistiert. Sollte vor dem Entscheid über die aufschiebende Wirkung bereits die definitive Rechtsöffnung erteilt worden sein, ist nicht restlos klar, wie sich der Schuldner gegen eine Fortsetzung der Vollstreckungshandlungen zu wehren hat.¹⁴² Der Umfang lässt hier eine Vertiefung dieses Problems aber leider nicht zu.

c) Zeitpunkt des Eintritts der formellen Rechtskraft

Es ist hier nun die Frage aufzuwerfen, wann genau die formelle Rechtskraft eintritt. Dies kann aus Art. 103 BGG allein nicht beantwortet werden. Die Botschaft und h.L. geht bei der Beschwerde nach ZPO davon aus, dass die formelle Rechtskraft bei *Eröffnung* des der Beschwerde unterliegenden Entscheides eintritt.¹⁴³ Meines Erachtens müsste dasselbe für die Beschwerde in Zivilsachen als nicht suspensives Rechtsmittel gelten. Die Rechtskraft würde damit mit der vollständigen Eröffnung des Entscheides der letzten kantonalen Instanz eintreten.¹⁴⁴ Problematisch ist jedoch, dass damit eine Lücke zwischen der Eröffnung des Entscheides und der Anordnung der aufschiebenden Wirkung entsteht, in der *faits accomplis* geschaffen werden können. Denn mit dem

¹⁴⁰ ZOLLER, Rz 166 ff.; WEGMANN PAUL: Gedanken zur Bedeutung der aufschiebenden Wirkung in Zivilsachen, in: Lieber Viktor et al. (Hrsg.), Rechtsschutz. Festschrift zum 70. Geburtstag von Guido von Castelberg, Zürich 1997, S. 281 ff., S. 294 ff.; vgl. auch BGE 130 III 657 E. 2.2.1; 127 III 569 E. 4.b zu kantonalen Rechtsmitteln; a.A. VON SALIS, S. 100 ff.

¹⁴¹ ZOLLER, Rz 176 f.; a.A. VON SALIS, S. 101 ff.

¹⁴² Vgl. MARKUS/WUFFLI, S. 114 ff.; JENT-SØRENSEN INGRID: Resolutiv bedingte Vollstreckbarkeit und vorläufige Vollstreckung – Abwehr und Rückforderungsmöglichkeiten, in: SJZ 2014 S. 57 ff., S. 64 ff.; ZOLLER, Rz 180.

¹⁴³ Botschaft ZPO, S. 7378 f.; BSK-DROESE, N 8 zu Art. 336 ZPO; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 24 Rz 7a; SUTTER-SOMM, Rz 514; MARKUS/WUFFLI, S. 80; BERTI, Rz 466.

¹⁴⁴ Angesichts der sogleich zu erörternden Problematik scheint der Eintritt der formellen Rechtskraft mit der Eröffnung des unbegründeten Dispositivs nicht gerechtfertigt, da der Rechtsmittelkläger ohne Begründung keinen Antrag auf aufschiebende Wirkung stellen kann, BGE 142 III 695 E. 4.2.1.

Eintritt der formellen Rechtskraft fallen auch die vorsorglichen Massnahmen dahin (Art. 268 Abs. 2 ZPO).¹⁴⁵

ZOLLER schlägt daher vor, dass die Vorinstanz die Weitergeltung der vorsorglichen Massnahmen, zumindest bis zum Entscheid über die aufschiebende Wirkung durch das Bundesgericht, prüfen und allenfalls anordnen sollte (heute Art. 268 Abs. 2 Satz 2 ZPO).¹⁴⁶ Dies wäre angesichts der Arbeitsbelastung des Bundesgerichtes wohl die zweckdienlichste und einfachste Lösung, um die Lücke zu schliessen. Sie scheitert m.E. aber am Wortlaut von Art. 268 Abs. 2 Satz 2 ZPO, der verlangt, dass die Weitergeltung der Vollstreckung dient – was gerade nicht der Fall ist, wenn eine Vollstreckung vorläufig noch nicht stattfinden soll.¹⁴⁷ Auch die Art. 340 f. ZPO helfen dem Schuldner in dieser Situation nicht.¹⁴⁸ Dem könnte wohl einzig *de lege ferenda* Abhilfe geschaffen werden.¹⁴⁹ ZOLLER geht aber auch davon aus, dass ein superprovisorischer Antrag auf aufschiebende Wirkung ohne Anhängigmachung der Beschwerde in Zivilsachen möglich sein sollte.¹⁵⁰ Das Bundesgericht geht allerdings zumindest bei der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten explizit davon aus, dass es der Einreichung der Beschwerde bedarf.¹⁵¹

Da die formelle Rechtskraft die Rechtshängigkeit beendet,¹⁵² ist es theoretisch denkbar, dass im Hinblick auf das Rechtsmittelverfahren ein selbständiges Massnahmegesuch allenfalls beim iudex ad quo oder gar beim erstinstanzlichen Massnahmegericht eingereicht werden könnte (Art. 263 ZPO analog). Abgesehen von der im Zusammenhang mit dem Devolutiveffekt *de lege lata* schwierigen Kompetenzbegründung der unteren Instanzen erscheinen die zahlreichen Analogiehürden für ein solches Gesuch aber kaum überwindbar.¹⁵³

DROESE hingegen geht davon aus, dass bei der Beschwerde in Zivilsachen die Rechtskraft des angefochtenen Urteils erst eintritt, wenn die Rechtsmittelfrist

¹⁴⁵ ZOLLER, Rz 85 S. 49; vgl. zur Problematik ferner auch MARKUS/WUFFLI, S. 107 f. bzw. 110 f.

¹⁴⁶ ZOLLER, Rz 87; so auch DIKE-Komm.-ZÜRCHER, N 16 zu Art. 268 ZPO.

¹⁴⁷ Vgl. die Beispiele bei ZPO Komm.-HUBER, N 13 zu Art. 268 ZPO.

¹⁴⁸ Vgl. MARKUS/WUFFLI, S. 111 f.

¹⁴⁹ Vgl. den geplanten Abs. 4 zu Art. 236 ZPO: Art. 236 Abs. 4 VE-ZPO 2018 bzw. Art. 236 Abs. 4 E-ZPO 2020.

¹⁵⁰ ZOLLER, Rz 86.

¹⁵¹ BGer 2C_1080/2017 v. 28.12.2017, E. 2.3; auch BSK³-DORMANN, N 28 zu Art. 103 BGG; SHK-VON WERDT, N 15 zu Art. 103 BGG.

¹⁵² LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Rz 7.45; GULDENER, S. 240.

¹⁵³ Vgl. MARKUS/WUFFLI, S. 109 ff.

abgelaufen ist bzw. ein Antrag auf aufschiebende Wirkung abgelehnt wurde.¹⁵⁴ Weil ein Antrag auf aufschiebende Wirkung bis zum Entscheid des Bundesgerichtes gestellt werden kann,¹⁵⁵ scheint es wenig sinnvoll, den Eintritt der formellen Rechtskraft generell, d.h. ohne Limitierung mittels Rechtsmittelfrist, an den Entscheid über die aufschiebende Wirkung zu knüpfen. Ansonsten läge der Eintritt der formellen Rechtskraft in der Hand der vor Bundesgericht beschwerdeführenden Partei.¹⁵⁶ Da nach VON WERDT die Möglichkeit besteht, den Antrag mit einer – unter dem Vorbehalt der Ergänzung – summarisch begründeten Beschwerde einzureichen,¹⁵⁷ bietet die Rechtsmittelfrist genügend Zeit, um den Antrag auf aufschiebende Wirkung – eventuell zunächst supervisorisch – zu beurteilen.¹⁵⁸ Die von DROESE vorgeschlagene Lösung macht allerdings eine Erweiterung der dogmatischen Überlegungen zum Zeitpunkt des Rechtskrafteintritts bei den nicht suspensiven Rechtsmitteln notwendig. Der „normale“ Zeitpunkt müsste grundsätzlich durch den Ablauf der Rechtsmittelfrist festgelegt werden.¹⁵⁹ Er wäre damit nicht mehr von der von Anfang an fehlende Möglichkeit der Ergreifung eines Rechtsmittels mit gesetzlichem Suspensiveffekt abhängig. Bei Entscheiden, die einer schnellen Vollziehung bedürfen (v.a. vorsorgliche Massnahmen), müsste die Vollstreckung vor dem „normalen“ Zeitpunkt der Rechtskraft möglich sein (Art. 336 Abs. 1 lit. b ZPO). Ob der Wortlaut von Art. 325 Abs. 1 ZPO eine solche Annahme zulässt, kann hier nicht abschliessend beurteilt werden. Ob es daher möglich ist, die Überlegungen *de lege lata* zu verallgemeinern, kann entsprechend angezweifelt werden. Entgegen der Annahme des Gesetzgebers ist jedoch der Zeitpunkt des Eintritts der formellen Rechtskraft nicht ohne weiteres aus dem Rechtsmittelsystem erkennbar.¹⁶⁰ Das Interesse an der Entscheidungssicherheit

¹⁵⁴ DROESE, S. 131 f.

¹⁵⁵ BSK³-DORMANN, N 28 zu Art. 103 BGG; ZOLLER, Rz 88; a.A. wohl SHK-VON WERDT, N 15 zu Art. 103 BGG.

¹⁵⁶ Zur Interessenslage vgl. ZOLLER, Rz 168.

¹⁵⁷ SHK-VON WERDT, N 15 zu Art. 103 BGG; vgl. auch BSK³-MERZ, N 43 zu Art. 42 BGG; BGer 5A_344/2016, E. 1.1.

¹⁵⁸ Der Entscheid kann durchaus einen Moment in Anspruch nehmen, vgl. etwa BGE 139 III 491 Sachverhalt B.; 134 III 273 Sachverhalt D.

¹⁵⁹ Vgl. VON SALIS, S. 3 u. 85.

¹⁶⁰ Vgl. DROESE, S. 121.

und -konsistenz legitimiert nach DROESE bei der Beschwerde in Zivilsachen eine Asynchronität zur ZPO-Beschwerde.¹⁶¹

Da im Gegensatz zu den von ZOLLER vorgeschlagenen Lösungen, bzw. der analogen Anwendung von Art. 263 ZPO, bei DROESE gar keine Lücke bis zur Möglichkeit eines Antrages entsteht, ist dieser trotz allfälliger dogmatischer Bedenken zu bevorzugen. Dies gerade angesichts der Tatsache, dass die mit Beschwerde in Zivilsachen angefochtenen Entscheide i.d.R. das Resultat einer Berufung sind.¹⁶² Es ist also angesichts der ohnehin fortgeschrittenen Dauer des Verfahrens der obsiegenden Partei wohl eher zuzumuten die Rechtsmittelfrist vor der Vollstreckung noch abzuwarten, als dass der unterliegenden Partei die Gefahr aufzuerlegen ist, allenfalls aufgrund eines *fait accompli* nicht mehr zu ihrem Anspruch zu kommen.

II. Ordentliches oder ausserordentliches Rechtsmittel? – Der Meinungsstreit um den Suspensiveffekt

Die soeben erfolgte Auslegung, dass trotz eingeleiteter Beschwerde in Zivilsachen die formelle Rechtskraft des angefochtenen kantonalen Entscheids eintritt, ist nicht unumstritten. Dies hängt vorwiegend mit den unterschiedlichen Auffassungen der ordentlichen bzw. ausserordentlichen Rechtsmittel zusammen. Im Folgenden wird ein kurzer Überblick über den Meinungsstreit gegeben.

1. Autoren, die sich gegen die Hemmung der Rechtskraft aussprechen

Ein Teil der Lehre stellt sich auf den Standpunkt, dass die Beschwerde in Zivilsachen ein ausserordentliches Rechtsmittel ist, sich die Beschwerde in Zivilsachen also gegen rechtskräftige Entscheide richtet. Es wird dabei vorwiegend das historisch-teleologische Argument vorgebracht. So etwa explizit DONZALLAZ¹⁶³, SPÜHLER¹⁶⁴ und HOHL¹⁶⁵, implizit auch WALTHER¹⁶⁶. ZIEGLER bezieht sich ebenfalls auf die Botschaft, bringt jedoch vor, dass diese nicht einen ein-

¹⁶¹ DROESE, S. 131 f. u. 143.

¹⁶² Vgl. Art. 74 Abs. 1 BGG und Art. 308 Abs. 2 ZPO; DROESE, S. 142.

¹⁶³ DONZALLAZ, N 4152 zu Art. 103 BGG.

¹⁶⁴ SPÜHLER KARL: Kommentierung zu Art. 103, in: Spühler Karl et al. (Hrsg.): Bundesgerichtsgesetz. Praxiskommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013, N 1 f. zu Art. 103 BGG.

¹⁶⁵ HOHL, S. 77.

¹⁶⁶ WALTHER S. 367.

deutigen Schluss zulasse. Er kommt dennoch zum Schluss, dass die Beschwerde grundsätzlich ausserordentliches Rechtsmittel sei, die Art. 103 Abs. 2 und 3 BGG beziehen sich nach ihm einzig aber auf die Vollstreckbarkeit.¹⁶⁷

Bei STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, und BAUMGARTNER et al. ist aus ihrem Verständnis der ausserordentlichen Rechtsmittel und dem Suspensiveffekt ohne weiteres zu entnehmen, dass die formelle Rechtskraft der kantonal letztinstanzlichen Leistungs- und Feststellungsentscheide eintritt.¹⁶⁸ Dies gilt auch für LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, die jedoch auf eine Unterscheidung zwischen ordentlichem und ausserordentlichem Rechtsmittel verzichten.¹⁶⁹ Auch DROESE verzichtet auf die Unterscheidung, da sich die Frage des Eintrittes der formellen Rechtskraft nunmehr im Gesetz finde.¹⁷⁰

MEIER/SOGO gehen nach einer Gesamtbetrachtung zwar davon aus, dass es sich bei der Beschwerde in Zivilsachen um ein ordentliches Rechtsmittel handle, der fehlende Suspensiveffekt lässt jedoch die formelle Rechtskraft des angefochtenen Entscheides eintreten.¹⁷¹

CHEVALIER, SEILER und SUTTER-SOMM gehen hinsichtlich der Qualifikation von einer Doppelnatur aus. Bei Leistungs- und Feststellungsklagen soll die Beschwerde in Zivilsachen ein ausserordentliches Rechtsmittel sein und die Rechtskraft des angefochtenen kantonalen Entscheides eintreten.¹⁷²

2. Autoren, die sich für die Hemmung der Rechtskraft aussprechen

AUER geht davon aus, dass die Beschwerde in Zivilsachen eher ein ordentliches Rechtsmittel darstelle. Dies, weil eine Rechtsfrage noch nicht abschliessend geklärt sei. So umfasst nach ihm die aufschiebende Wirkung nur die Vollstreckbarkeit.¹⁷³ CORBOZ argumentiert ähnlich. Nach ihm tritt die Rechtskraft eines Entscheides erst ein, wenn dieser nicht mehr vor einer höheren Instanz angefochten werden könne, die den Entscheid aufheben oder abändern kann.¹⁷⁴

¹⁶⁷ ZIEGLER, S. 56 f. so auch WALTHER, S. 367.

¹⁶⁸ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 24 Rz 7d, § 25 Rz 4 f. u. § 27 Rz 3; BAUMGARTNER et al., § 36 Rz 203, § 55 Rz 19 ff. u. § 57 Rz 135.

¹⁶⁹ LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Rz 7.45 f., 12.5 u. 12.132.

¹⁷⁰ DROESE, S. 124 und 131 f.

¹⁷¹ MEIER/SOGO, S. 456 f., S. 512 f.

¹⁷² SUTTER-SOMM, Rz 1297; SEILER, Rz 1680; CHEVALIER, Rz 463.

¹⁷³ AUER, S. 77.

¹⁷⁴ Commentaire LTF-CORBOZ, N 13 zu Art. 103 BGG.

MEYER sowie DORMANN, die seine Ausführungen auch in der neuesten Auflage des BSK übernimmt, gehen davon aus, dass die Einheitsbeschwerde, vorbehaltlich der spät im Gesetzgebungsverfahren eingeführten subsidiären Verfassungsbeschwerde, einziger Rechtsbehelf der letztinstanzlichen Bundesrechtspflege sei. Damit sei sie ein ordentliches Rechtsmittel und hemme den Eintritt der formellen Rechtskraft des angefochtenen Entscheides.¹⁷⁵

GÜNGERICH/COEDET kommen nach einer Gesamtbeurteilung der Einheitsbeschwerde zum Schluss, dass diese ein ordentliches Rechtsmittel sei und die Rechtskraft damit gehemmt werde.¹⁷⁶ ZOLLER hält nach einer Abwägung der Argumente aus der Lehre aufgrund der Ausgestaltung der Beschwerde in Zivilsachen fest, dass diese ein ordentliches Rechtsmittel sei und damit die formelle Rechtskraft des angefochtenen Entscheides gehemmt werde.¹⁷⁷

3. Würdigung des Meinungsstreites

Die aufgeführten Autoren und Autorinnen, die sich für den Aufschub der formellen Rechtskraft aussprechen, haben bis auf CORBOZ gemeinsam, dass sie aus der Qualifikation als ordentliches Rechtsmittel Schlüsse auf die formelle Rechtskraft ziehen. Dass MEIER/SOGO und GÜNGERICH/COEDET hinsichtlich der Qualifikation zum gleichen Schluss kommen, jedoch die Wirkung auf die formelle Rechtskraft unterschiedlich beurteilen, zeigt, wie untauglich die Unterscheidung zwischen ordentlichen und ausserordentlichen Rechtsmitteln ist, um die Rechtsmittelwirkungen zu bestimmen. Die Rechtsmittelwirkungen müssen sich aus dem Gesetz ergeben, da es Aufgabe des Gesetzgebers ist, eine Interessensabwägung zwischen den divergierenden Parteiinteressen vorzunehmen.¹⁷⁸ Abzulehnen ist dann auch die Auffassung von MEYER und DORMANN, die offenbar aufgrund der Bezeichnung des Bundesgerichts als ordentliche Beschwerdeinstanz (vgl. Überschrift des 3. Kapitel, vor Art. 72 ff. BGG) davon ausgehen, dass die Einheitsbeschwerde ein ordentliches Rechtsmittel sein soll. Mit dieser Bezeichnung wird einzig auf das Verhältnis von Einheitsbeschwerde zur subsidiären Verfassungsbeschwerde aufmerksam gemacht.¹⁷⁹ Auch wenn die

¹⁷⁵ BSK-MEYER, N 5 zu Art. 103 BGG; BSK³-DORMANN, N 5 zu Art. 103 BGG.

¹⁷⁶ GÜNGERICH/COEDET, S. 25 f.;

¹⁷⁷ ZOLLER, Rz 140.

¹⁷⁸ Vgl. ZOLLER, Rz 3.

¹⁷⁹ ZIEGLER, S. 56; AUER, S. 76 Fn. 36.

Einheitsbeschwerde einziger Rechtsbehelf der letztinstanzlichen Bundesrechtspflege wäre, könnte daraus nicht auf eine zwingende Ausgestaltung mit Suspensiveffekt geschlossen werden.¹⁸⁰

Darin, dass eine Rechtsfrage, die beim Bundesgericht anhängig gemacht wird, noch nicht endgültig geklärt ist, ist AUER grundsätzlich zuzustimmen. Es gilt aber zu bedenken, dass der Gesetzgeber es den kantonalen Vorinstanzen auferlegt hat, für einen umfassenden Rechtsschutz zu sorgen. Das Bundesgericht soll dagegen die einheitliche Rechtsanwendung, die Wahrung der verfassungsmässigen Ordnung und die Rechtsfortbildung sicherstellen.¹⁸¹ Dies ist durchaus möglich, auch wenn der angefochtene Entscheid bereits in Rechtskraft erwachsen und allenfalls bereits vollstreckt worden ist. Der Gesetzgeber hat diese Auswirkungen angesichts der altrechtlichen Bestimmungen wohl bewusst in Kauf genommen.¹⁸²

Das Argument von CORBOZ vermag spätestens seit der Einführung der Beschwerde nach ZPO und deren Ausgestaltung der aufschiebenden Wirkung nicht mehr zu verfangen, denn auch das kantonale Rechtsmittelgericht, welches über eine Beschwerde entscheidet, kann dies kassatorisch oder reformatorisch tun (Art. 327 Abs. 3 ZPO). ZOLLER ist schliesslich zu entgegnen, dass die Ausgestaltung der Beschwerde in Zivilsachen gerade den umgekehrten Schluss aufdrängt.¹⁸³

Ein Argument, das für einen Aufschub der formellen Rechtskraft sprechen könnte, ist, dass damit die Lücke, in der *faits accomplis* geschaffen werden können, vermieden würde, da angeordnete vorsorgliche Massnahmen weitergelten würden (Art. 268 Abs. 2 ZPO e.c.). Es fragt sich damit, ob eine Ausnahmelücke besteht, die eine teleologische Reduktion des Begriffes der aufschiebenden Wirkung auf die Vollstreckbarkeit rechtfertigen würde.¹⁸⁴ Für eine planwidrige Unvollständigkeit sprechen jedenfalls die Revisionsbemühungen

¹⁸⁰ S.o. C.I.4., S. 21 ff.

¹⁸¹ Botschaft BRP, S. 4342.

¹⁸² S.o. C.I.3., S. 19 f.

¹⁸³ S.o. C.I.2.c.aa., S. 14 ff.

¹⁸⁴ BK-EMMENEGGER/TSCHECHER, N 352 zu Art. 1 ZGB.

in der ZPO,¹⁸⁵ dies auch wenn ein qualifiziertes Schweigen, um der Attraktivität der Rechtsmittel vor Bundesgericht zu wehren, nicht ganz ausgeschlossen werden kann.¹⁸⁶ Wird die Reduktion und damit die Hemmung der formellen Rechtskraft allerdings nur in den Fällen, in denen die Schaffung eines *fait accompli* tatsächlich droht, angenommen, führt dies zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit. Wird die Hemmung der formellen Rechtskraft grundsätzlich bejaht, führt dies zu einem erheblichen Eingriff in die Interessen der vorinstanzlich obsiegenden Partei, was dem Willen des Gesetzgebers zuwiderläuft. Der Eingriff würde zwar durch die vorzeitige Vollstreckbarkeit abgeschwächt. Die Wahrscheinlichkeit, dass eine eingelegte Beschwerde gutgeheissen wird, liegt bei ca. 12%. Es scheint damit nicht nötig, dass bei einem Grossteil der Beschwerden auch die Rechtskraft gehemmt wird.¹⁸⁷ Es macht aber Sinn, dass das Bundesgericht nötigenfalls über die formelle Rechtskraft Anordnungen treffen kann. Indem mit DROESE der Rechtskrafteintritt erst mit Ablauf der Beschwerdefrist bzw. der früheren Abweisung des Antrags auf aufschiebende Wirkung angenommen wird, kann dem Problem der drohenden Schaffung von *faits accomplis* begegnet werden, ohne dass die Interessen der in der Vorinstanz obsiegenden Partei zu stark beschnitten werden.¹⁸⁸

III. Die widersprüchliche Rechtsprechung des Bundesgerichtes

Die kontroversen Auffassungen der Lehre zum Suspensiveffekt spiegeln sich zu einem gewissen Grad auch in der Rechtsprechung des Bundesgerichtes wider. Im Folgenden wird diese kurz dargelegt und besprochen.

1. Entscheid, der den Eintritt der formellen Rechtskraft letztinstanzlicher kantonaler Urteile verneint?

In BGE 139 III 120¹⁸⁹ befasste sich das Bundesgericht mit dem Verhältnis der Revision nach ZPO und der Beschwerde in Zivilsachen. Es kommt in E. 3.1.1 zum Schluss, dass nach Art. 328 Abs. 1 ZPO nur die Revision eines

¹⁸⁵ Der Gesetzgeber hat die sich dort gleichsam stellende Problematik aufgenommen: vgl. Erläuternder Bericht VE-ZPO 2018, S. 71 bzw. Botschaft ZPO 2020, S. 65.

¹⁸⁶ Vgl. Botschaft BRP, S. 4342.

¹⁸⁷ Vgl. Anhang 1.

¹⁸⁸ Vgl. DROESE, S. 143 u. 132.

¹⁸⁹ = Pra. 102 (2013) Nr. 97.

rechtskräftigen Entscheides infrage komme. Im Umkehrschluss folgert es daraus, dass wenn ein Revisionsgrund nach Abschluss des Verfahrens aber vor Ablauf der Rechtsmittelfrist entdeckt wird, dieser mit der Beschwerde in Zivilsachen geltend zu machen sei. Es kann aus diesem Entscheid somit geschlossen werden, dass die Rechtskraft des kantonalen letztinstanzlichen Entscheides frühestens mit dem Ablauf der Frist für die Einreichung der Beschwerde in Zivilsachen eintritt. Der Entscheid lässt aber auch den impliziten Schluss zu, dass die formelle Rechtskraft während dem bundesgerichtlichen Verfahren gehemmt wird.¹⁹⁰

2. Entscheide, die den Eintritt der formellen Rechtskraft letztinstanzlicher kantonalen Urteile bejahen

In BGE 142 III 738, in dem eine Befristung einer Bankgarantie, die vom Eintritt der Rechtskraft eines Urteils abhing, zu beurteilen war, hat das Bundesgericht in E. 5.5.4 festgehalten: *„Beschwerden an das Bundesgericht gegen Leistungsurteile haben von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung (Art 103 Abs. 1 BGG), so dass das kantonale Urteil mit seiner Ausfällung in Rechtskraft erwächst und vollstreckbar ist.“* Die II. zivilrechtliche Abteilung hat in mehreren Entscheiden in diesem Sinne entschieden.¹⁹¹

3. Entscheide, die den Eintritt der formellen Rechtskraft mit Ablauf der Frist für die Beschwerde in Zivilsachen festhalten

In BGE 142 III 695 E. 4.2.1¹⁹² hat das Bundesgericht nach einer Auslegung von Art. 112 Abs. 2 BGG ausdrücklich festgehalten, dass die formelle Rechtskraft frühestens mit dem Ablauf der Frist für die Beschwerde in Zivilsachen eintritt. Gleich wurde im Urteil 5A_453/2011 vom 9. Dezember 2011 entschieden (E. 3.5 i.V.m. Ziff. 2 des Dispositivs).

4. Die Praxis der öffentlich-rechtlichen Abteilungen

Bei der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geht das Bundesgericht von einem Aufschub der formellen Rechtskraft aus, wenn diese

¹⁹⁰ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 24 Rz 7d Fn. 9; AppGer Basel-Stadt, Urteil v. 07.08.2019 (BEZ.2019.32) E. 5.2.5.

¹⁹¹ BGE 5A_841/2018, 5A_843/2018 v. 12.02.2020 E. 2.2.2; 5A_495/2015 v. 26.08.2015 E. 3.1 m.w.H.; 5A_863/2013 v. 18.03.2014 E. 1; 5A_866/2012 v. 01.02.2013 E. 4.1; 5A_217/2012 v. 09.07.2012 E. 5.2; 5A_346/2011 v. 01.09.2011 E. 3.1; 5A_3/2009 v. 13.02.2009 E. 2.3.

¹⁹² = Pra. 107 (2018) Nr. 17, S. 157.

eingelegt wird. Die fehlende aufschiebende Wirkung bedeutet demnach nur, dass das angefochtene Urteil bereits vollstreckbar ist.¹⁹³

5. Würdigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung

Nach den dargelegten Entscheiden bestehen auf zwei Ebenen Widersprüche. Einerseits besteht ein offensichtlicher Widerspruch zwischen der Rechtsprechung der II. zivilrechtlichen Abteilung und II. öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes.¹⁹⁴ Andererseits innerhalb der II. zivilrechtlichen Abteilung. Da aus BGE 139 III 120 E. 3.3.1 der Schluss gezogen werden kann, dass die Beschwerde in Zivilsachen den Eintritt der formellen Rechtskraft hemmt, dagegen in BGE 142 III 738 E. 5.5.4 ausdrücklich der Eintritt der formellen Rechtskraft mit der Ausfällung des kantonalen Entscheides festgehalten wird. BGE 139 III 120 lässt m.E. aber offen, ob die Beschwerde in Zivilsachen die formelle Rechtskraft über die Rechtsmittelfrist hinaus hemmt oder nicht.¹⁹⁵ Dass aus diesem Entscheid dennoch implizit der Schluss gezogen wird, dass die Beschwerde in Zivilsachen die formelle Rechtskraft auch während der Dauer des Verfahrens hemme, scheint mir gewagt. Schliesslich wurde in diesem Verfahren die aufschiebende Wirkung erteilt.¹⁹⁶ Angesichts der Mehrzahl der Entscheide, die sich im Sinne von BGE 142 III 738 aussprechen, ist der zweite Widerspruch innerhalb der II. zivilrechtlichen Abteilung interessant. Denn in BGE 142 III 695 wurde festgehalten, dass die formelle Rechtskraft mit dem Ablauf der Frist für die Beschwerde in Zivilsachen eintritt (E. 4.2.1). Drei Wochen später nimmt die gleiche zivilrechtliche Abteilung in BGE 142 III 738 jedoch an, dass die formelle Rechtskraft mit der Ausfällung des angefochtenen Entscheides eintritt. Während in BGE 142 III 738 der h.L. zum Eintritt der formellen Rechtskraft, wenn lediglich ein *nicht suspensives* Rechtsmittel zur Verfügung steht, gefolgt wird, setzt sich die II. zivilrechtliche Abteilung in BGE 142 III 695 auch mit der Problematik der Schaffung von *faits accomplis* während der Zeit, in der die Begründung ausgearbeitet wird, auseinander und

¹⁹³ BGE 141 II 14 E. 1.3; 138 II 169 E. 3.3.

¹⁹⁴ Ob auch zwischen der I. und II. zivilrechtlichen Abteilung ein Widerspruch besteht, kann aufgrund von BGer 4A_431/2011 v. 06.02.2012 E. 1.1 nicht abschliessend gesagt werden.

¹⁹⁵ Im in E. 3.1.1 zitierten Entscheid BGer 4A_733/2011 v. 16.07.2012 E. 1.2 wurde die Frage explizit offengelassen.

¹⁹⁶ BGer 4A_425/2012 v. 26.02.2013 Sachverhalt C (nicht publiziert in BGE 139 III 120).

scheint diese weiterzudenken.¹⁹⁷ Auf die Vorteile, aber auch die Problematik der Asynchronität zur ZPO-Beschwerde der in BGE 142 III 695 E. 4.2.1 vertretenen Auffassung wurde weiter oben bereits eingegangen.¹⁹⁸

Schwierig gestaltet sich die Erklärung des Widerspruches zwischen der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung und der II. zivilrechtlichen Abteilung. Gerade das teleologisch-historische Element spricht m.E. dafür, dass die Rechtskraft des angefochtenen Entscheides auch bei der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten eintreten sollte. Denn auch bei der Verwaltungsrechtspflege betrat der Gesetzgeber bewusst „[...] teilweise Neuland“ im Vergleich zu Art. 111 OG, der bei Verfügungen, die zu einer Geldleistung verpflichten, aufschiebende Wirkung kannte.¹⁹⁹ Eine abschliessende Beurteilung ist hier aber aufgrund des Umfangs leider nicht möglich. Eine solche würde eine vertiefte Auseinandersetzung mit dem Suspensiveffekt im öffentlich-rechtlichen Verfahren erfordern.

IV. Fazit zum schweizerischen Recht

Im Lichte der vorgenommenen Auslegung und der Rechtsprechung des Bundesgerichtes wird hier die Auffassung vertreten, dass unter Vorbehalt einer anderen Anordnung nach Art. 103 Abs. 3 BGG die Rechtskraft des mit Beschwerde in Zivilsachen angefochtenen letztinstanzlichen kantonalen Leistungs- oder Feststellungsentscheides eintritt. Leistungsurteile werden damit vorbehältlich einer anderen Anordnung vollstreckbar. Feststellungserkenntnisse entfalten Wirkung.

Die Argumente, die von einem Teil der Lehre gegen den Eintritt der formellen Rechtskraft vorgebracht werden, scheinen angesichts des gesetzgeberischen Willens und des heutigen Rechtsmittelsystems nicht haltbar. Gerade die Abstützung auf die Unterscheidung zwischen ordentlichen und ausserordentli-

¹⁹⁷ Vgl. die zitierten Urteile des Obergerichts Zürich, v. 19.12.2013 (PS130222) u. v. 11.06.2012 (RT120039).

¹⁹⁸ S.o. C.I.5.c, S. 26 ff.

¹⁹⁹ Botschaft-BRP, S. 4342 f.

chen Rechtsmitteln sollte aufgegeben werden, da der gesetzgeberische Entscheid über die Rechtsmittelwirkungen nicht durch eine dogmatische Einteilung in die eine oder andere Kategorie umgangen werden sollte.²⁰⁰

Ob die formelle Rechtskraft letztlich mit der Eröffnung des vorinstanzlichen Urteils oder erst mit dem Ablauf der Frist für die Beschwerde eintritt, kann angesichts der widersprüchlichen Rechtsprechung des Bundesgerichtes nicht abschliessend beantwortet werden. Der Gefahr der Schaffung von faits accomplis ist mit letzterer Auffassung m.E. jedenfalls effizienter zu begegnen, auch wenn sie zu einer Asynchronität zur Beschwerde nach ZPO führt.

D. Rechtsvergleichende Betrachtung

I. Zu vergleichende Funktionen

Am Anfang der Rechtsvergleichung hat die Identifizierung der Funktionen zu stehen, die das heimische Recht erfüllt. Erst wenn diese bekannt sind, kann in der zu vergleichenden Rechtsordnung nach Normen gesucht werden, die die gleiche oder ähnliche Funktion erfüllen.²⁰¹ Es gilt damit die Erkenntnisse aus dem nationalen Recht zu abstrahieren und nach den dahinterliegenden Funktionen zu fragen. Nach den bisherigen Ausführungen lässt sich der schweizerische Rechtskomplex um Art. 103 Abs. 1 und 3 BGG m.E. in drei Funktionen aufteilen:

- (1) Wirkungsentfaltung des angefochtenen Entscheides;
- (2) Durchsetzbarkeit der angefochtenen Entscheidung;
- (3) Möglichkeit zur Suspendierung der Wirkungsentfaltung und/oder Durchsetzbarkeit.

Aus diesen Funktionen lassen sich drei Fragen ableiten:

- (1) Entfalten die vor dem höchsten Gericht angefochtenen Entscheide Wirkung?

²⁰⁰ Vgl. ZOLLER, Rz 3.

²⁰¹ ZWEIGERT/KÖTZ, S. 33.

- (2) Sind die vor dem höchsten Gericht angefochtenen Entscheide durchsetzbar?
- (3) Wie wird allenfalls der Schuldner geschützt, gegen den eine Entscheidung durchgesetzt wird, die einer allfälligen Abänderung unterliegt?

Mit diesen Fragen gilt es nun das deutsche Recht zu analysieren.

II. Begrifflichkeiten

Aufgrund der grossen Ähnlichkeit des deutschen mit dem schweizerischen Recht gelten die unter B. definierten Begriffe mit wenigen Einschränkungen auch für das deutsche Recht.²⁰² Dies gilt insbes. für die formelle und materielle Rechtskraft sowie Vollstreckbarkeit.²⁰³ Wobei der Eintritt der formellen Rechtskraft in Deutschland von der fehlenden Möglichkeit zur Ergreifung von ordentlichen Rechtsmitteln abhängt.²⁰⁴ In Deutschland findet sich für den Begriff des ordentlichen Rechtsmittels aber eine ausdrückliche gesetzliche Definition.²⁰⁵ Bezüglich des Suspensiveffektes ist anzufügen, dass der Begriff *aufschiebende Wirkung* nicht synonym zum Begriff *Suspensiveffekt* verwendet wird.²⁰⁶ Während sich der Suspensiveffekt – wie hier vertreten – auf die formelle Rechtskraft bezieht, bedeutet die aufschiebende Wirkung in Deutschland Hemmung der Wirkungen, die *nicht* an die formellen Rechtskraft geknüpft sind und damit insbes. die Vollstreckbarkeit.²⁰⁷

III. Das deutsche Recht

1. Die Rechtsmittel vor dem BGH

Für den Gang zum deutschen BGH steht je nach Anfechtungsobjekt entweder die Revision (§ 542 ff. ZPO/DE) oder die Rechtsbeschwerde (§ 574 ff. ZPO/DE) zur Verfügung. Die Revision richtet sich gegen Urteile und unterliegt grundsätzlich der Zulassung, sei es durch das Berufungsgericht in seinem Ur-

²⁰² Vgl. KISCHEL, § 7 Rz 2.

²⁰³ ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 150 Rz 1 ff.

²⁰⁴ § 19 Abs. 1 EGZPO/DE.

²⁰⁵ § 19 Abs. 2 EGZPO/DE.

²⁰⁶ ZOLLER, Rz 14.

²⁰⁷ ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 148 Rz 24; GroKo-JÄNICH, N 6 zu § 570 ZPO/DE.

teil (§ 543 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO/DE) oder durch den BGH auf Nichtzulassungsbeschwerde bzw. Antrag hin (§ 543 Abs. 1 Ziff. 2 bzw. § 566 Abs. 1 Ziff. 2 ZPO/DE [Sprungrevision]).²⁰⁸ Die deutsche Revision ist ein devolutes Rechtsmittel und darf daher von der Nomenklatur her nicht mit der schweizerischen Revision verwechselt werden.²⁰⁹ Die Kognition des BGH umfasst bei der Revision einzig Rechtsverletzungen (§ 545 ZPO/DE).

Die Rechtsbeschwerde richtet sich gegen Beschlüsse²¹⁰, auch sie bedarf der Zulassung durch die Vorinstanz, wenn die Rechtsbeschwerde nicht vom Gesetz ausdrücklich vorgesehen ist (§ 574 Abs. 1 ZPO/DE). In jedem Fall ist die Rechtsbeschwerde nur zulässig, wenn die Rechtsfrage grundsätzliche Bedeutung hat oder die Rechtsfortbildung oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des BGH erfordert (§ 574 Abs. 2 bzw. 3 ZPO/DE).²¹¹ Auch die Rechtsbeschwerde hat einen Devolutiveffekt und der BGH hat eine gleich enge Kognition wie bei der Revision (§ 576 ZPO/DE).

2. Die Hemmung der formellen Rechtskraft der vor dem BGH angefochtenen Entscheide

Nach § 19 Abs. 1 EGZPO/DE tritt die formelle Rechtskraft ein, wenn ein Endurteil nicht mehr mit einem ordentlichen Rechtsmittel angefochten werden kann. Abs. 2 von § 19 EGZPO/DE definiert ordentliche Rechtsmittel als solche, die an eine Notfrist gebunden sind.²¹² Entsprechend spricht § 705 Satz 2 ZPO/DE davon, dass der Eintritt der formellen Rechtskraft durch das rechtzeitige Einlegen eines Rechtsmittels oder Einspruchs gehemmt wird. Da sowohl die Revision als auch die Rechtsbeschwerde an eine Notfrist gebunden sind,²¹³ werden diese als ordentliche Rechtsmittel qualifiziert und hemmen entsprechend den Eintritt der formellen Rechtskraft.²¹⁴ Die Hemmung der Rechtskraft erstreckt sich sodann auf den gesamten angefochtenen Entscheid, da eine Erweiterung des Rechtsmittels auf die nicht angefochtenen

²⁰⁸ Die Zulassungsfreie Revision ist nur im Falle eines zweiten Versäumnisurteils möglich, ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 142, Rz 39.

²⁰⁹ Auch zum Folgenden MÜKO-RIMMELSPACHER, N 1 u. 6 vor § 511 ZPO/DE.

²¹⁰ Entscheidungen, die nicht in der Form eines Urteiles ergehen und meistens prozessleitender Natur sind, ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 58, Rz 4.

²¹¹ ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 149, Rz 9.

²¹² Zum Begriff der Notfrist: ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 71, Rz 4 ff.

²¹³ § 544 Abs. 1, § 548, § 566 Abs. 2 i.V.m. § 548, § 575 Abs. 1 ZPO/DE.

²¹⁴ ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 134 Rz 4 u. 14; MÜKO-RIMMELSPACHER, N 1 vor § 511 ZPO/DE; GroKo-HESS, N 1 zu § 705 ZPO/DE.

Teile des Entscheides möglich ist. Eine Teilrechtskraft kann damit einzig eintreten, wenn die Teilanfechtung einen Teilverzicht auf das Rechtsmittel darstellt.²¹⁵

3. Die vorläufige Vollstreckung der vor dem BGH angefochtenen Entscheide

a) Bei Urteilen

Gemäss § 708 Ziff. 10 ZPO/DE sind Berufungsurteile in vermögensrechtlichen Angelegenheiten von Amtes wegen für unbedingt vorläufig vollstreckbar zu erklären.²¹⁶ Bei den übrigen Urteilen, soweit sie nicht einer Vollstreckung entbehren oder diese unmöglich ist, erfolgt die Erklärung der vorläufigen Vollstreckbarkeit gegen Sicherheitsleistung (§ 709 ZPO/DE).²¹⁷ Nach § 711 ZPO/DE ist jedoch in den Fällen von § 708 Ziff. 10 ZPO/DE, d.h. bei Berufungsurteilen in vermögensrechtlichen Streitigkeiten, die Abwendungsbefugnis durch das Gericht – ebenfalls von Amtes wegen – auszusprechen.²¹⁸ Der Schuldner erhält damit die Möglichkeit, die Vollstreckung durch Hinterlegung oder Leistung einer Sicherheit abzuwenden. Der Gläubiger kann durch eine Sicherheitsleistung für eine allfällige Rückzahlung bzw. Vollstreckungsschäden die Abwendung überwinden und zur Vollstreckung schreiten.²¹⁹ Die Überwindung der Abwendungsbefugnis ist allerdings dann nicht möglich, wenn der Schuldner nach § 712 i.V.m. § 714 ZPO/DE rechtzeitig einen Schutzantrag gestellt hat.²²⁰ Die vorläufige Vollstreckung ist also auch in beiden letztgenannten Fällen nur eine bedingte.²²¹ § 558 ZPO/DE erlaubt es dem Gläubiger, sei er Revisionskläger oder -beklagter, die nicht mit Revision angefochtenen Teile des Urteils *unbedingt* vollstreckbar zu erklären.²²² Für die *vorläufig* vollstreck-

²¹⁵ MüKo-GÖTZ, N 11 f. zu § 705 ZPO/DE GroKo-Hess, N 14 f. zu § 705 ZPO/DE; Prütting/Gehrlein-KROPPENBERG, N 8 zu § 705 ZPO/DE; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 151 Rz 1 ff.

²¹⁶ Stein/Jonas-JACOBS, N 2 zu § 558 ZPO/DE; MüKo-GÖTZ, N 3 zu § 708 ZPO/DE.

²¹⁷ Prütting/Gehrlein-KROPPENBERG, N 1 zu § 709 ZPO/DE; MüKo-GÖTZ, N 1 zu § 709 ZPO/DE.

²¹⁸ MüKo-GÖTZ, N 2 zu § 711 ZPO/DE.

²¹⁹ MüKo-GÖTZ, N 1 zu § 711 ZPO/DE.

²²⁰ MüKo-GÖTZ, N 1 f. zu § 712 u. N 2 f. zu § 714 ZPO/DE.

²²¹ MüKo-KRÜGER, N 2 zu § 558 ZPO/DE; GroKo-PRÜTTING, N 5 zu § 558 ZPO/DE.

²²² Stein/Jonas-JACOBS, N 2 f. zu § 558 ZPO/DE; GroKo-PRÜTTING, N 9 ff. zu § 558 ZPO/DE.

bar erklärten Teile des Urteils kann der Schuldner, wenn ihm ein nicht zu ersetzender Schaden droht, nach § 719 Abs. 2 ZPO/DE allenfalls noch die Einstellung der Zwangsvollstreckung verlangen.²²³

b) Bei Beschlüssen

Bei der Rechtsbeschwerde verweist § 575 Abs. 5 auf § 570 Abs. 1 und 3 ZPO/DE. Damit hat die Rechtsbeschwerde keine aufschiebende Wirkung, wenn sie sich nicht gegen die Festsetzung eines Ordnungs- oder Zwangsmittels richtet. Da die Rechtsbeschwerde den Eintritt der formellen Rechtskraft hemmt, bezieht sich die aufschiebende Wirkung in Deutschland auf die Wirkungen des Entscheides, die nicht von der formellen Rechtskraft abhängen so insbes. die Vollstreckbarkeit.²²⁴ Die mit Rechtsbeschwerde anfechtbaren Entscheide werden damit i.d.R. sofort vollziehbar. Der BGH kann aber nach § 575 Abs. 5 i.V.m. § 570 Abs. 3 ZPO/DE zum Schutz des Schuldners einstweilige Anordnungen treffen und insbes. die Vollziehung der angefochtenen Entscheidung aussetzen.²²⁵

IV. Unterschiede und Gemeinsamkeiten zum Schweizer Recht

1. Hinsichtlich der Rechtsmittel

Die Rechtsmittel an den BGH unterscheiden sich zu denen vor dem BGer einerseits dadurch, dass Erstere im Vergleich zur Beschwerde in Zivilsachen eine engere Kognition haben (keine Möglichkeit zur Sachverhaltsrüge). Wobei die subsidiäre Verfassungsbeschwerde, wenn sie in Zivilsachen erhoben wird, mit der Beschränkung auf verfassungsmässige Rechte (Art. 116 BGG) eine noch engere Kognition hat als die Rechtsmittel vor dem BGH. Andererseits besteht auch ein wesentlicher Unterschied im Zugang zum obersten Gericht. Während in Deutschland die Rechtsmittel an den BGH primär von der Zulassung durch die Gerichte aus Gründen, die den Allgemeininteressen dienen, abhängt,²²⁶ ist in der Schweiz der Zugang primär vom Streitwert abhängig.²²⁷

²²³ Prütting/Gehrlein-KROPFENBERG, N 1 f. u. 6 ff. zu § 719 ZPO/DE.

²²⁴ GroKo-JÄNICH, N 6 zu § 570 ZPO/DE; Stein/Jonas-JACOBS, N 2 zu § 570 ZPO/DE.

²²⁵ MüKo-LIPP, N 8 zu § 570 u. N 20 zu § 575 ZPO/DE; GroKo-JÄNICH, N 11 zu § 570 ZPO/DE.

²²⁶ GroKo-PRÜTTING, N 7 zu § 542 ZPO/DE.

²²⁷ ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 142 Rz 1, §149 Rz 1 ff.; SUTTER-SOMM, Rz 1453.

2. Hinsichtlich der formellen Rechtskraft

In Deutschland wird der Eintritt der formellen Rechtskraft gesetzlich zumindest negativ definiert.²²⁸ Der Schweizer Gesetzgeber hat dagegen auf eine gesetzliche Definition der formellen Rechtskraft ganz verzichtet, da sich diese aus dem Rechtsmittelsystem ergebe.²²⁹ Ebenso gibt es in der Schweiz im Gegensatz zu Deutschland keine ausdrückliche Definition des ordentlichen Rechtsmittels.²³⁰ Der gewichtigste Unterschied ist – nach der hier vertretenen Ansicht – aber, dass die Rechtsmittel in Deutschland im Gegensatz zur Schweiz die formelle Rechtskraft der angefochtenen Entscheidungen hemmen. Die Hemmung der Rechtskraft erstreckt sich in Deutschland sodann auf das ganze angefochtene Urteil, soweit nicht ein ausdrücklicher Teilrechtsmittelverzicht vorliegt. Ein richterlicher Eingriff in die formelle Rechtskraft, wie dies – nach der hier vertretenen Auffassung²³¹ – in der Schweiz gemäss Art. 103 Abs. 3 BGG möglich ist, kennt das deutsche Recht soweit ersichtlich nicht. Schliesslich erlaubt § 575 Abs. 5 i.V.m. § 570 Abs. 3 ZPO/DE bei der Rechtsbeschwerde nur Anordnungen in Bezug auf die Vollstreckbarkeit.²³²

3. Hinsichtlich der Vollstreckbarkeit

Gemeinsam ist beiden Rechtsordnungen, dass Leistungsentscheide, die vor dem höchsten Gericht angefochten werden, i.d.R. vollstreckbar sind.²³³ Unterschiede bestehen aber v.a. im Schuldnerschutz. So kann nach § 558 ZPO/DE die bedingte vorläufige Vollstreckung nur für den Teil, der nicht durch die Revision angefochten ist, in eine unbedingte vorläufige Vollstreckung umgewandelt werden.²³⁴ Für die der Revision unterliegenden Teile des Urteils kann der Schuldner durch Hinterlegung oder Sicherheitsleistung die Zwangsvollstreckung abwenden, wenn nicht der Gläubiger seinerseits vor der

²²⁸ MüKo-GÖTZ, N 1 u. 4 zu § 705 ZPO/DE.

²²⁹ Botschaft ZPO, S. 7345.

²³⁰ AUER, S. 76 Fn. 37.

²³¹ S.o. C.I.5.b., S. 24 ff.

²³² MüKo-LIPP, N 8 zu § 570 ZPO/DE; Prütting/Gehrlein-LOHMANN, N 5 zu § 570 ZPO/DE.

²³³ Vgl. D.III.3., S. 40 f. mit C.IV., S. 36 f.

²³⁴ GroKo-PRÜTTING, N 9 f. zu § 558 ZPO/DE.

Zwangsvollstreckung Sicherheit leistet bzw. gewichtige Interessen des Letzteren dagegen sprechen.²³⁵ In der Schweiz kann der Schuldner dagegen fröhstens mit Einreichung der Beschwerde in Zivilsachen um aufschiebende Wirkung und damit einen Aufschub der Vollstreckbarkeit ersuchen (Art. 103 Abs. 3 BGG) oder mittels einer vorsorglichen Massnahme eine Sicherheitsleistung des Gläubigers verlangen (Art. 104 BGG).²³⁶ Darin gleicht der Mechanismus in der Schweiz demjenigen von § 575 Abs. 5 i.V.m. § 570 Abs. 3 ZPO/DE bei der Rechtsbeschwerde.

V. Schlussfolgerungen aus dem Rechtsvergleich

1. Unterschiedliche Mechanismen – gleiches Resultat: die (vorläufige) Vollstreckbarkeit von Leistungsurteilen

In Deutschland und der Schweiz stehen sich – nach der hier vertretenen Auffassung – zwei verschiedene Konzeptionen hinsichtlich der Rechtskraft der vor dem höchsten Gericht in Zivilsachen angefochtenen Entscheide gegenüber. Dies wirkt sich insbes. auf die angefochtenen Feststellungsentscheide aus. In der Schweiz sind diese während dem höchstrichterlichen Verfahren wirksam, in Deutschland dagegen nicht.²³⁷ Die angefochtenen Leistungsentscheide sind dagegen i.d.R. beidenorts zumindest vorläufig vollstreckbar. Es wird damit deutlich, dass der Einlegung des Rechtsmittels beim höchsten Gericht einzig aus dem Grund, Zeit zu gewinnen und die Vollstreckbarkeit zu verzögern, entgegen gewirkt werden soll.²³⁸ Das Interesse des Gläubigers, ein Leistungsurteil zu vollstrecken, wird damit grundsätzlich höher gewertet als dasjenige des Schuldners, den Status quo bis zur definitiven Entscheidung aufrechtzuerhalten. Der Mechanismus, der zur Vollstreckbarkeit des Leistungsurteils führt, unterscheidet sich allerdings. In Deutschland ordnet die Vorinstanz die vorläufige Vollstreckung an; gleichzeitig nimmt sie von Amtes wegen auch die Abwendungsbefugnis in ihr Urteil auf und stellt damit den Schutz der Schuldnerinteressen sicher.²³⁹ In der Schweiz sind dagegen Leistungsurteile aufgrund des Eintritts der

²³⁵ S.o. D.III.3.a., S. 40 f.

²³⁶ S.o. C.I.5.c., S. 26 ff.; BSK³-DORMANN, N 5 f. bzw. 11 zu Art. 104 BGG; ZOLLER, Rz 442.

²³⁷ Vgl. GroKo-HESS, N 6 zu § 705 ZPO/DE.

²³⁸ MüKo-GÖTZ, N 2 zu § 708 ZPO/DE; Botschaft BRP, S. 4342.

²³⁹ S.o. D.III.3.a., S. 40 f.

formellen Rechtskraft vollstreckbar. Der Schuldner hat dem Bundesgericht einen Antrag nach Art. 103 Abs. 3 BGG auf aufschiebende Wirkung, allenfalls verbunden mit einem Antrag nach Art. 104 BGG, zu stellen, wenn er die Zwangsvollstreckung abwenden will.²⁴⁰ In Deutschland ist durch die Kompetenz zur Anordnung der Abwendungsbefugnis bei der Vorinstanz, trotz der vorläufigen Vollstreckbarkeit, ein lückenloser Schutz der Schuldnerinteressen möglich. In der Schweiz besteht dagegen aufgrund der Kompetenzordnung die Gefahr einer Lücke im Schutz der Schuldnerinteressen, wenn die formelle Rechtskraft und damit die Vollstreckbarkeit eintritt (Art. 336 Abs. 1 lit. a ZPO), bevor der Schuldner beim Rechtsmittelgericht die Möglichkeit hat, einen Antrag zur Wahrung seiner Interessen zu stellen.

2. Vorteile eines Suspensiveffekts?

Da die Vollstreckbarkeit ein von der formellen Rechtskraft verschiedener Zustand ist,²⁴¹ auch wenn in der Schweiz beide Zustände i.d.R. gemeinsam eintreten, hat der Suspensiveffekt hinsichtlich der Vollstreckbarkeit keine Vorteile. Denn solange die Mechanismen und Kompetenzen zum Schuldnerschutz bzw. zur Verhinderung von *faits accomplis* sinnvoll ausgestaltet sind – insbes. so, dass der Schuldner zur Wahrung seiner berechtigten Interessen lückenlos die Möglichkeit hat, die nötigen Massnahmen zu beantragen – besteht hinsichtlich der Vollstreckbarkeit kein Unterschied zwischen einem suspensiven Rechtsmittel, bei dem die Vollstreckbarkeit i.d.R. bewilligt wird, und einem nicht suspensiven Rechtsmittel, das die Vollstreckbarkeit i.d.R. eintreten lässt. Wird dagegen ein Rechtsmittel mit Suspensiveffekt und fehlender Möglichkeit zur vorzeitigen Vollstreckung ausgestattet, tritt der Nachteil des Missbrauchspotenzials hervor, da der Schuldner ein einfaches Mittel in der Hand hat, die Vollstreckung zu blockieren.²⁴²

Die Vorteile des Suspensiveffektes können sich aber bei den Wirkungen des Entscheides, die eng mit der formellen Rechtskraft verbunden sind, zeigen (v.a. bei der Feststellungs- bzw. Gestaltungswirkung und der materiellen Rechtskraft). Insbes. bei Gestaltungsklagen hat der Suspensiveffekt einen spürbaren

²⁴⁰ Vgl. ZOLLER, Rz 442.

²⁴¹ S.o. B.II., S. 5 f.

²⁴² Vgl. ZOLLER, Rz 2; GULDENER, S. 487.

Vorteil. Hier kann der Richter, so lange die Rechtskraft gehemmt ist, frei über das streitgegenständliche Recht bzw. Rechtsverhältnis entscheiden, ohne dass durch den rechtskräftigen Entscheid der Vorinstanz bereits Rechtslagen geschaffen werden, die einer solch freien Entscheidung zuwiderlaufen bzw. umfangreiche Rückabwicklungsverhältnisse erfordern.²⁴³ Angesichts der i.d.R. für das Feststellungsinteresse erforderlichen Ungewissheit²⁴⁴ scheint es bei Feststellungsklagen aber ebenso wenig sinnvoll, die Feststellungswirkung bereits eintreten zu lassen, wenn später wieder anders entschieden werden kann. Entsprechend lässt sich hier die Frage aufwerfen, weshalb in der Schweiz die Feststellungsklagen nicht in den Ausnahmekatalog von Art. 103 Abs. 2 BGG aufgenommen wurden. Hinsichtlich der negativen Feststellungsklagen lässt sich dies noch mit deren teilweisen Spiegelbildlichkeit zur Leistungsklage erklären.²⁴⁵ Die Feststellungsklage scheint aber in vielen Fällen in ihrer Art näher bei der Gestaltungsklage zu liegen. Denn wird bei Letzterer zwar eine Veränderung der Rechtslage durch das Gericht herbeigeführt (vgl. Art. 87 ZPO), dagegen bei der Feststellungsklage nur die unabhängig vom Prozess bestehende Rechtslage festgestellt (vgl. Art. 88 ZPO), ist das Ergebnis dennoch vergleichbar: Die obsiegende Partei hält ein Urteil in den Händen, das eine zwischen den Parteien umstrittene Rechtslage klärt.²⁴⁶ Wo mit der Feststellungsklage ein Präjudiz für spätere Leistungsklagen erreicht werden soll,²⁴⁷ können die Auswirkungen hinsichtlich der Folgeprozesse durch die Sistierung dieser in Grenzen gehalten werden.²⁴⁸ Dient die Feststellungsklage aber bspw. der Beseitigung des rechtswidrigen Stöorzustandes,²⁴⁹ erscheint ein Hin und Her der Feststellungswirkung nicht zweckdienlich. Hier hat, v.a. wenn eine hohe Ungewissheit besteht, m.E. der Suspensiveffekt den Vorteil der Schaf-

²⁴³ Die Botschaft führt dann auch Praktikabilitätsgründe für die Ausnahme in Art. 103 Abs. 2 BGG an, Botschaft BRP, S. 4342 f.

²⁴⁴ BK-MARKUS, N 15 zu Art. 88 ZPO; ZPO Komm.-BESSENICH/BOPP, N 7 zu Art. 88 ZPO.

²⁴⁵ Vgl. ZPO Komm.-BESSENICH/BOPP, N 12 zu Art. 88 ZPO.

²⁴⁶ Vgl. DROESE, S. 206 ff. u. 374 ff.

²⁴⁷ BK-MARKUS, N 7 zu Art. 88 ZPO.

²⁴⁸ DROESE, S. 146 ff. insbes. Fn. 767.

²⁴⁹ BK-MARKUS, N 27 zu Art. 88 ZPO.

fung höherer Rechtssicherheit mit Blick auf das gesamte Verfahren. Die Verzögerungsgefahr bleibt aber ein Nachteil, gerade wo die Reputation der rechtsmittelbeklagten Partei durch die fortschreitende Dauer bedroht ist.²⁵⁰

3. Hinweise für die Auslegung von Art. 103 Abs. 1 BGG

In der Botschaft zum BGG findet sich bei den rechtsvergleichenden Ausführungen zur aufschiebenden Wirkung auch eine Anmerkung zum deutschen Recht: „*Grundsätzlich aufschiebende Wirkung hat demgegenüber in Deutschland die Beschwerde an die obersten Gerichte in Zivil-, Straf- und Verwaltungssachen.*“²⁵¹ Die Betrachtungen zur Rechtsbeschwerde haben gezeigt, dass diese die formelle Rechtskraft hemmt, der angefochtene Entscheid aber vorläufig vollstreckbar ist (fehlende aufschiebende Wirkung, § 575 Abs. 5 i.V.m. § 570 Abs. 1 ZPO/DE).²⁵² Dies lässt einzig den Schluss zu, dass der schweizerische Gesetzgeber die formelle Rechtskraft *nicht* hemmen wollte, denn nur so kann die schweizerische Regelung der deutschen *gegenüberstehen*.

VI. Fazit zum Rechtsvergleich

Trotz der Hemmung der formellen Rechtskraft sind in Deutschland die Leistungsentscheide, die vor dem BGH angefochten werden, i.d.R. vorläufig vollstreckbar. Der deutsche Gesetzgeber hat dabei den berechtigten Interessen des Schuldners stärkere Beachtung geschenkt, als dies der schweizerische Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der Beschwerde in Zivilsachen und der fehlenden aufschiebenden Wirkung getan hat. Je nach Ausgestaltung der Mechanismen zum Schuldnerschutz ergeben sich aber bei Leistungsentscheiden keine Vor- oder Nachteile des Suspensiveffektes. Hingegen können bei Entscheiden, die keinen vollstreckbaren Inhalt aufweisen, die Vorteile des Suspensiveffektes teilweise überwiegen. Der Rechtsvergleich hat aber auch einen weiteren Hinweis für das Verständnis des Begriffs der aufschiebenden Wirkung in Art. 103 BGG geliefert, da sich der historische Gesetzgeber in der Botschaft auf die deutsche Rechtsbeschwerde bezieht.

²⁵⁰ Vgl. BK-MARKUS, N 28 zu Art. 88 ZPO.

²⁵¹ Botschaft BRP, S. 4343.

²⁵² S.o. D.III.3.b., S. 41.

E. Schlussfazit

Die Auslegung von Art. 103 Abs. 1 BGG hat gezeigt, wie der Gesetzgeber den Begriff der aufschiebenden Wirkung verstanden haben will: Wie in der ZPO ist damit nicht nur die Vollstreckbarkeit gemeint, sondern auch die formelle Rechtskraft.²⁵³ Dies auch, wenn die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten anders ausfällt.²⁵⁴ Diese Auslegung wird letztlich auch durch die Erkenntnis aus der rechtsvergleichenden Betrachtung der Rechtsbeschwerde, die in der Botschaft erwähnt ist, gestützt.²⁵⁵ Die erste der gestellten Fragen ist damit mit *Ja* zu beantworten; die formelle Rechtskraft der vor dem Bundesgericht angefochtenen Leistungs- und Feststellungsklagen tritt ein. Über den Zeitpunkt, in dem die Rechtskraft eintritt, ist sich das Bundesgericht jedoch uneinig.²⁵⁶ Hier wird mit DORESE die Auffassung vertreten, dass die formelle Rechtskraft erst eintreten sollte, wenn die Möglichkeit bestand, einen Antrag auf aufschiebende Wirkung zu stellen, d.h. mit dem Ablauf der Rechtsmittelfrist oder wenn der Antrag früherer abgelehnt wird.²⁵⁷

Die Antwort auf die zweite der gestellten Fragen muss lauten, dass der Instruktionsrichter oder Instruktionsrichterin die formelle Rechtskraft oder aber nur die Vollstreckbarkeit bzw. einzelne Urteilswirkungen einer anderen Anordnung nach Art. 103 Abs. 3 BGG zuführen kann. Nur so wird ein Vorgehen ermöglicht, das jedem Einzelfall und damit auch Feststellungs- und Gestaltungsklagen gerecht wird, wie dies die Botschaft fordert.²⁵⁸

Auf die dritte gestellte Frage ist zu antworten, dass im Gegensatz zur Schweiz in Deutschland die Rechtsmittel an den BGH den Eintritt der formellen Rechtskraft der angefochtenen Entscheide hemmen. Letztere sind aber auch dort bereits während der Dauer des höchstrichterlichen Rechtsmittelverfahrens vollstreckbar. Durch die vorgesehenen Schutzmechanismen zugunsten des

²⁵³ S.o. C.I.5.a., S. 24.

²⁵⁴ S.o. C.III.4. f., S. 34 ff.

²⁵⁵ S.o. D.V.3., S. 46.

²⁵⁶ S.o. C.III.5., S. 35 f.

²⁵⁷ S.o. C.I.5.c., S. 26 ff.

²⁵⁸ S.o. C.I.5.b., S. 24 ff.

Schuldners werden aber dessen berechtigten Interessen stärker berücksichtigt als in der Schweiz.²⁵⁹

Auf die letzte Frage ist zu antworten, dass der Suspensiveffekt hinsichtlich der vollstreckbaren Inhalte eines Entscheides keinen Vorteil hat, da auch bei Ausgestaltung eines Rechtsmittels mit Suspensiveffekt die vorzeitige Vollstreckbarkeit möglich sein muss, um der Missbrauchsgefahr entgegenzuwirken. Hinsichtlich der Entscheidungswirkungen, die eng mit der formellen Rechtskraft verbunden sind, hat der Suspensiveffekt dagegen den Vorteil der Schaffung von mehr Rechtssicherheit über das ganze Verfahren, in dem widersprüchliche Ergebnisse hinsichtlich dieser Entscheidungswirkungen verhindert werden. Sein Nachteil der Verzögerungsgefahr besteht allerdings auch hier.²⁶⁰

F. Schlusswort

Die vorliegende Arbeit konnte auf die vier eingangs gestellten Fragen Antworten geben. Zu denken gibt allerdings, dass zu einer solch grundsätzlichen Frage, wie dem Zeitpunkt des Rechtskrafteintritts der vor Bundesgericht angefochtenen Leistungs- oder Feststellungsentscheide, innerhalb weniger Wochen zwei unterschiedliche Entscheide ergangen sind. Die von der Botschaft zur ZPO unterstellte begriffliche Sicherheit hinsichtlich der formellen Rechtskraft erweist sich trügerischer als gedacht.²⁶¹ Zur Frage des Zeitpunkts des Rechtskrafteintritts und zum Verhältnis der Rechtsprechung zwischen der II. öffentlich-rechtlichen und der II. zivilrechtlichen Abteilung wäre ein klärender Entscheid zu begrüssen. Ob das Bundesgericht dazu allenfalls einen der eingangs erwähnten Entscheide aus Basel zum Anlass nimmt, wird sich zeigen.

²⁵⁹ S.o. D.V.1., S. 43 f.

²⁶⁰ S.o. D.V.2., S. 44 ff.

²⁶¹ Vgl. DROESE, S. 121.

Selbständigkeitserklärung

Ich erkläre hiermit, dass ich diese Arbeit selbständig verfasst und keine anderen als die angegebenen Quellen benutzt habe. Alle Stellen, die wörtlich oder sinngemäss aus Quellen entnommen wurden, habe ich als solche gekennzeichnet. Mir ist bekannt, dass andernfalls die Arbeit mit der Note 1 bewertet wird und der Senat gemäss Artikel 36 Absatz 1 Buchstabe r des Gesetzes über die Universität vom 5. September 1996 und Artikel 69 des Statuts der Universität Bern vom 7. Juni 2011 zum Entzug des aufgrund dieser Arbeit verliehenen Titels berechtigt ist.

Für die Zwecke der Begutachtung und der Überprüfung der Einhaltung der Selbständigkeitserklärung bzw. der Reglemente betreffend Plagiate erteile ich der Universität Bern das Recht, die dazu erforderlichen Personendaten zu bearbeiten und Nutzungshandlungen vorzunehmen, insbesondere die schriftliche Arbeit zu vervielfältigen und dauerhaft in einer Datenbank zu speichern sowie diese zur Überprüfung von Arbeiten Dritter zu verwenden oder hierzu zur Verfügung zu stellen.*

Bern, 27. Dezember 2019

Matthias Rufibach

* Art. 42 Abs. 2 Reglement über das Bachelor- und das Masterstudium und die Leistungskontrollen an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern vom 21. Juni 2007 mit Änderungen vom 14. Mai 2009 und vom 22. Mai 2014.

Anhang 1

Berechnung der Wahrscheinlichkeit der Gutheissung der Beschwerde in Zivilsachen nach Art. 72 ff. BGG

	2014	2015	2016	2017	2018	Total 5 Jahre
Quelle	GB 2014, S. 20	GB 2015, S. 20	GB 2016, S. 16	GB 2017, S. 16	GB 2018, S. 18	
Abschreibungen	74	88	67	80	79	388
Nichttreten	694	735	665	756	739	3589
Abweisungen	699	695	734	715	711	3554
Gutheissungen (auch teilweise)	195	203	219	195	176	988
Anderer Verfahrensausgang	2	0	0	2	0	4
Erledigungen	1664	1721	1685	1748	1705	8523
Erledigungen mit Entscheid (ohne Abschreibung und anderer Verfahrensausgang)	1588	1633	1618	1666	1626	8131
Eintreten (ohne anderer Verfahrensausgang)	894	898	953	910	887	4542
Gutheissungen in % der Erledigungen	11.72%	11.80%	13.00%	11.16%	10.32%	11.59%
Gutheissungen in % der Erledigungen mit Entscheid	12.28%	12.43%	13.54%	11.70%	10.82%	12.15%
Gutheissung in % der Erledigungen nach Eintreten	21.81%	22.61%	22.98%	21.43%	19.84%	21.75%

GB = Geschäftsbericht des Bundesgerichts, abrufbar unter <<https://www.bger.ch/index/federal/federal-inherit-template/federal-publicationen/federal-pub-geschaeftsbericht.htm>>

Anhang 2

Berechnung der Wahrscheinlichkeit der Gutheissung der Berufung nach Art. 43 ff. OG

	1995	1996	1997	1998	1999	Total 5 Jahre
Quelle	GB 1995, S. 18	GB 1996, S. 17	GB 1997, S. 17	GB 1998, S. 17	GB 1999, S. 19	
Abschreibungen	57	70	81	50	62	320
Nichteintreten	164	198	219	211	203	995
Abweisung	328	391	410	440	378	1947
Gutheissungen (auch teilweise)	130	99	116	109	96	550
Anderer Verfahrensausgang	1	1	1	4	4	11
Erledigungen	680	759	827	814	743	3823
Erledigungen mit Entscheid (ohne Abschreibung und anderer Verfahrensausgang)	622	688	745	760	681	3496
Eintreten (ohne anderer Verfahrensausgang)	458	490	526	549	474	2497
Gutheissungen in %	19.12%	13.04%	14.03%	13.39%	12.92%	14.39%
Gutheissungen in % der Erledigungen mit Entscheid	20.90%	14.39%	15.57%	14.34%	14.10%	15.73%
Gutheissung in % der Erledigungen nach Eintreten	28.38%	20.20%	22.05%	19.85%	20.25%	22.03%

GB = Geschäftsbericht des Bundesgerichts, abrufbar unter <<https://www.bger.ch/index/federal/federal-inherit-template/federal-publikationen/federal-pub-ges.chaeftsbericht.htm>>