

Art. 80 Abs. 1 SchKG; Art. 239, 321 Abs. 1, 325 ZPO; Art. 112 Abs. 2 BGG

In der Zeitspanne zwischen der mündlichen Eröffnung und der Zustellung der schriftlichen Entscheidbegründung berechtigten Entscheide, die der ZPO-Beschwerde unterliegen, noch nicht zur Rechtsöffnung.

(Aus den Erwägungen des Obergerichts:)

«II/1.2. [Der Kläger sieht einen definitiven] Rechtsöffnungstitel im Entscheid der Schlichtungsbehörde O. vom [...] – und zwar bereits in dessen unbegründeten Fassung. [...]

2. [...] Ein gerichtlicher Entscheid existiert rechtlich ab dem Zeitpunkt, da die vom Gericht getroffenen Entscheidungen den Parteien eröffnet, also offiziell mitgeteilt sind (BGE 122 I 97; KRIECH, DIKE-Komm-ZPO, Art. 239 N 1). Gemäss Art. 239 Abs. 1 lit. a ZPO kann der erstinstanzliche Entscheid durch Übergabe des schriftlichen Dispositivs an die Parteien mit kurzer mündlicher Begründung eröffnet werden. Damit beginnt seine Existenz und endet vorbehältlich seiner späteren Aufhebung (oder gar Nichtigkeit) nicht mehr. Eine *schriftliche* Begründung eines solchen Entscheids ist nach Art. 239 Abs. 2 ZPO nur dann «nachzuliefern», wenn dies innert zehn Tagen seit der Eröffnung des Entscheids von einer Partei verlangt wird. Mit anderen Worten kann es mit einem Entscheid ohne schriftliche Begründung sein Bewenden haben, wenn keine der Parteien innert Frist eine solche verlangt. Kraft Art. 219 ZPO gilt das Vorstehende auch für Erkenntnisentscheide der Schlichtungsbehörde. [...]

3. Streitgegenstand ist die Rechtsfrage, ob ein mündlich und im Dispositiv eröffneter, indes noch nicht schriftlich begründeter Entscheid bereits im Sinne von Art. 80 Abs. 1 SchKG *vollstreckbar* ist und damit zur Rechtsöffnung berechtigt, oder ob die Vollstreckbarkeit gehemmt ist, wenn eine schriftliche Ausfertigung verlangt wurde respektive noch verlangt werden kann.

3.1. *Suspensive* Rechtsmittel hemmen die Vollziehbarkeit der angefochtenen Entscheidung. Kann gegen einen Entscheid ein Rechtsmittel mit gesetz-

licher Suspensivwirkung ergriffen werden, bedeutet dies, dass der Eintritt von Rechtskraft und Vollstreckbarkeit gehemmt ist (aufschiebende Wirkung) (vgl. statt vieler: LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Bern 2010, N 12.4, oder GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979, S. 486 f.). Die Vollstreckbarkeit tritt bei solchen Entscheiden (u. a.) dann ein, wenn die Frist zur Einlegung des Rechtsmittels ungenutzt abgelaufen ist. Mindestens bis dahin ist die Vollstreckbarkeit solcher Entscheide gehemmt; es sei denn dass schon vorher ausdrücklich auf ordentliche Rechtsmittel verzichtet wurde oder dass die angerufene Rechtsmittelinstanz die vorzeitige Vollstreckbarkeit bewilligt. Bei mehreren Anordnungen in einem Entscheid kann dieser Mechanismus auch differenziert pro Anordnung zur Anwendung kommen.

Im Anwendungsbereich der ZPO ist die Berufung ein solches suspensives Rechtsmittel (Art. 315 Abs. 1 und 2 ZPO, Ausnahmen: Abs. 3 bis 5). Aus Art. 239 Abs. 2 Satz 2 ZPO in Verbindung mit Art. 311 Abs. 1 ZPO (wo es heisst: «innert 30 Tagen seit Zustellung des *begründeten* Entscheides») ergibt sich, dass solche, vorerst nur einmal im Dispositiv eröffnete, möglicherweise aber noch schriftlich zu begründende Entscheide vorderhand noch nicht vollstreckbar sind. Vorliegend ist die Berufung gegen das erstinstanzliche Erkenntnis der Schlichtungsbehörde O. indes nicht gegeben, da eine vermögensrechtliche Angelegenheit mit einem unter Fr. 10'000.– liegenden Streitwert betroffen ist (Art. 308 Abs. 2 i. V. m. Art. 91 Abs. 1 ZPO; Urk. 9/2). Vielmehr unterliegt der Entscheid – wie richtig belehrt wurde – dem Rechtsmittel der Beschwerde im Sinne von Art. 319 ff. ZPO.

Anders als die Berufung ist die Beschwerde ein *nicht suspensives* Rechtsmittel. Sie vermag die Rechtskraft und die Vollstreckbarkeit des angefochtenen Entscheids grundsätzlich nicht zu hemmen (Art. 325 Abs. 1 ZPO), wobei aber die Rechtsmittelinstanz die Vollstreckung aufschieben kann (Abs. 2). Es verhält sich hier somit gerade umgekehrt zum Regel-Ausnahme-Verhältnis der Berufung.

3.2. Vor dem Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung, also bis Ende 2010, verlangte die Praxis zu Art. 80 Abs. 1 SchKG, dass der Entscheid, dessen Vollstreckung verlangt wurde, formell rechtskräftig sein musste, d. h. nicht

mehr mit einem ordentlichen Rechtsmittel angefochten werden kann; bloss vorläufig vollstreckbare Urteile berechtigten nicht zur definitiven Rechtsöffnung (BGE 131 III 404 E. 3; BGE 131 III 87 E. 3.2; ZOLLER, Vorläufige Vollstreckbarkeit im Schweizer Zivilprozessrecht, Zürich 2008, § 2 N 45 ff.; BSK SchKG I-D. STAHELIN, Art. 80 N 7, je mit weiteren Hinweisen). Wenn sich auch die Voraussetzungen der Vollstreckbarkeit eines Gerichtsentscheids auf Geldzahlung grundsätzlich nach SchKG richteten (und richten), hing diese doch auch vom kantonalen Prozessrecht ab. Denn der Zeitpunkt des Eintritts der formellen Rechtskraft eines kantonalen Urteils richtete sich nach den unterschiedlichen kantonalen Rechtsmittelordnungen. Folglich konnte auch der Zeitpunkt, ab dem Rechtsöffnung erteilt wurde, von Kanton zu Kanton variieren.

Im Kanton Zürich etwa erwachsen ohne Begründung eröffnete erstinstanzliche Endentscheid erst in Rechtskraft, wenn nicht innert zehn Tagen seit der Mitteilung des Dispositivs schriftlich eine Begründung verlangt wurde (§ 158 Abs. 1 GVG/ZH). Bis zum Ablauf der Begründungsfrist waren damit unbegründete Urteile noch nicht der definitiven Rechtsöffnung zugänglich, ausser die Parteien hätten von sich aus vorzeitig auf Begründung und Rechtsmittel verzichtet.

Anders gestaltete sich die Rechtslage bspw. im Kanton Bern: Nach der bernischen Zivilprozessordnung wurde das Urteil in aller Regel gleich im Anschluss an die mündliche Hauptverhandlung mündlich begründet und verkündet; bloss das Dispositiv (die «Urteilsformel») wurde den Parteien schriftlich ausgehändigt respektive mitgeteilt (Art. 204 ZPO/BE). Mit der schriftlichen Mitteilung der Urteilsformel wurden bereits die Fristen für kantonale Rechtsmittel in Gang gesetzt; eine schriftliche Begründung – so wie heute nach Art. 239 Abs. 2 ZPO – konnte nicht verlangt werden (Art. 338, 361 ZPO/BE; BERGER/GÜNGERICH, Zivilprozessrecht, Bern 2008, Rz. 819 ff.). In Verfahren mit Streitwerten unter Fr. 8'000.– bestand gegen den erstinstanzlichen Entscheid kein Rechtsmittel mit gesetzlicher Suspensivwirkung (vgl. Art. 335 Abs. 1 sowie Art. 361 Abs. 2 und Art. 372 Abs. 1 ZPO/BE). Auch eine Schonfrist (wie sie das bernische Recht kannte, vgl. Art. 397 Abs. 1 ZPO/BE) war für Entscheide über Geldleistungen nicht abzuwarten (Art. 399 ZPO/BE; Art. 38 Abs. 1 SchKG). Die regelmässig direkt eröffneten erstinstanzlichen kantonalbernischen Urteile waren

damit sofort der definitiven Rechtsöffnung zugänglich, wenn der Streitwert unter Fr. 8'000.– lag.

Wie noch zu zeigen sein wird, bestehen im heutigen, vereinheitlichten Prozessrecht nach der ZPO grundlegende Unterschiede zum vorstehend Beschriebenen.

3.3. Im Anwendungsbereich der Schweizerischen Zivilprozessordnung ist das Gericht an seine Entscheidungen gebunden, sobald diese – ob mit oder ohne schriftliche Begründung – eröffnet sind. Das Gericht darf die getroffenen Entscheidungen nicht mehr abändern, vorbehaltlich der Erläuterung und Berichtigung (Art. 334 ZPO; KRIECH, a.a.O., Art. 239 N 1). Nicht gebunden ist das Gericht dagegen an die «kurze mündliche Begründung» gemäss Art. 239 Abs. 1 lit. a ZPO. Wird der Entscheid in der Folge angefochten, befasst sich die Rechtsmittelinstanz nicht mit der mündlichen Begründung (Bger 5P.227/2002 E. 2); diese ist denn auch weder im Protokoll noch in den Akten festgehalten. Die Rechtsmittelinstanz prüft vielmehr, ob der nach Art. 239 Abs. 2 ZPO nachgelieferten *schriftlichen* Begründung des angefochtenen Entscheids ein Rechtsfehler anhaftet, welcher sich auf die Entscheidung auswirkte und zu korrigieren ist.

3.4. Gegen einen erst im Dispositiv eröffneten Entscheid kann die unterlegene Partei zunächst nur das Begehren um Begründung stellen (Art. 239 Abs. 2 ZPO). Erst gegen den begründeten Entscheid ist das Rechtsmittel zulässig (Art. 311, 321 ZPO). Es wäre nicht sinnvoll, wenn die mit dem Entscheid nicht zufriedene Partei schon Beschwerde erheben könnte resp. müsste, bevor sie die (einzig relevante schriftliche) Begründung für den erstinstanzlichen Entscheid erfahren hat. Die Beschwerde muss direkt umfassend begründet eingereicht werden (Art. 321 Abs. 1 ZPO), was eine Auseinandersetzung mit den Entscheidungsgründen der ersten Instanz verlangt. Ein zweiter Schriftenwechsel ist im Beschwerdeverfahren nicht vorgesehen. Auf ein verfrüht eingereichtes und damit offensichtlich unzulässiges Rechtsmittel würde nicht eingetreten (Art. 312 Abs. 1 bzw. 322 Abs. 1 ZPO). Entsprechend ist bis zur schriftlichen Begründung des erstinstanzlichen Entscheids die Beschwerdeinstanz (noch) nicht kompetent zu

entscheiden, ob die Vollstreckung vorläufig aufzuschieben ist oder nicht (Art. 325 Abs. 2 ZPO). Nach dem klaren Wortlaut von Art. 325 Abs. 2 Satz 1 ZPO kann bei Entscheiden, die der Beschwerde unterliegen, nur die Rechtsmittelinstanz die Vollstreckbarkeit aufschieben; der erkennenden ersten Instanz fehlt dafür die Zuständigkeit. Dies bringt das Problem mit sich, dass während der Zeit bis zur Begründung und Anfechtbarkeit keine Instanz vorhanden ist, die die Vollstreckbarkeit eines erst im Dispositiv eröffneten Entscheids aufschieben könnte. [...].

3.5. Wie lange sich das erstinstanzliche Gericht Zeit lassen kann, im Sinne von Art. 239 Abs. 2 ZPO eine verlangte Begründung nachzuliefern, ist gesetzlich nicht normiert. (Der nicht Gesetz gewordene Art. 232 des ZPO-Vorentwurfs sah dafür eine Maximalfrist von drei Monaten vor.) Vorliegend verstrich zwischen Dispositiv und Entscheidbegründung etwas mehr als ein Monat. Je nach Komplexität des Falles, Arbeitsbelastung resp. -organisation des Gerichts und noch weiterer Umstände kann eine schriftliche Begründung aber auch länger auf sich warten lassen. Würde man den beschriebenen negativen Kompetenzkonflikt hinnehmen, könnte es folglich geschehen, dass der erstinstanzliche Entscheid bereits vollzogen ist, wenn er dann, im Nachhinein, oberinstanzlich aufgehoben wird. Die Partei, in deren Vermögen – rückblickend ungerechtfertigt – zwangsvollstreckt worden wäre, liefe somit Gefahr, dass sie in Bezug auf eine Rückforderung aufgrund inzwischen beim Prozessgegner eingetretenen Vermögenszerfalls leer ausginge. Dies wäre stossend.

Das Argument, die vorläufige Vollstreckung würde aussichtslose Rechtsmittelverfahren verhindern, beruht auf der – an sich schon fragwürdigen – Annahme, dass viele Rechtsmittel nur eingelegt werden, weil dadurch ein Zahlungsaufschub erlangt werden kann (ZOLLER, a.a.O., S. 2). Gerade im Bereich der nicht berufungsfähigen Entscheide über Forderungen unter Fr. 10'000.– dürfte es sich angesichts der doch erheblichen Prozesskosten (Gerichtskosten, Parteientschädigung, eigene Kosten der schuldnerischen Partei) nicht lohnen, für den «Vorteil» eines kurzen Zahlungsaufschubs eine im vornherein aussichtslose

Beschwerde einzureichen, zumal diese nach Art. 322 Abs. 1 2. Halbsatz ZPO sogleich abgewiesen werden könnte.

Abgesehen davon, dass eine sofortige Vollstreckung, die allenfalls im Nachhinein (womöglich nach einem Rückforderungsprozess) rückgängig zu machen wäre, in prozessökonomischer Hinsicht nicht sinnvoll wäre, würde die Schutzfunktion des Rechtsmittels empfindlich eingeschränkt, wenn wegen der Verzögerung durch die schriftliche Begründung ein *Fait accompli* drohte.

3.6. Der Beschwerdeführer bringt vor, dass auch während anhängig gemachtem Beschwerdeverfahren bis zum Entscheid über ein Gesuch um Aufschiebung der Vollstreckung die Rechtsöffnung erteilt werden könne, was ebenfalls hingenommen werde. Dies trifft zwar zu, doch ist diesem Vorbringen entgegen zu halten, dass dann die Zuständigkeit der Rechtsmittelinstanz bereits begründet ist und die obere Instanz rasch einen Entscheid über die Aufschiebung der Vollstreckung fällen kann, nötigenfalls unter Anordnung sichernder Massnahmen oder einer Sicherheitsleistung (Art. 325 Abs. 2 ZPO). Die Gefahr, dass trotzdem innert dieser kurzen Zeit bereits definitive Rechtsöffnung erteilt sein könnte, besteht damit zwar noch immer, jedoch nur während absehbarer, kurzer Zeit. Und falls just in dieser kurzen Phase definitive Rechtsöffnung erteilt würde, so würden diese und allfällige weitere Vollstreckungshandlungen mit der Aussetzung der Vollstreckbarkeit *ex tunc*, d. h. rückwirkend seit Eröffnung des Entscheides, hinfällig (BGE 127 III 569, 571; VOLKART, DIKE-Komm-ZPO, Art. 325 N 7; BSK SchKG I-D. STAEHELIN, Art. 80 N 8 m. w. H.).

3.7. D. STAEHELIN vertritt im Basler Kommentar die Ansicht, dass ein Entscheid, gegen den keine Berufung (Art. 308 ff. ZPO) erhoben werden kann, auch dann vollstreckbar werde, wenn er ohne schriftliche Begründung gemäss Art. 239 Abs. 1 ZPO eröffnet wurde. Nach diesem Autor ist die nachfolgende schriftliche Begründung gemäss Art. 239 Abs. 2 ZPO nicht massgebend, der Antrag auf Ausfertigung der schriftlichen Begründung hemme den Eintritt der Vollstreckbarkeit nicht (BSK SchKG I, Art. 80 N 7; vgl. auch DERS. in Sutter-Somm/Hasenböhler/ Leuenberger, a.a.O., Art. 239 N 35).

[...] Die für die Ansicht von D. STAEHELIN zitierten Belegstellen – einerseits der Entscheid der III. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 25. Oktober 2004 (ZR 104 [2005] Nr. 30), andererseits FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., § 261 N 2 f. – betreffen eine andere, nicht auf den vorliegenden Fall übertragbare Thematik: Es geht dort um die Frage des Fristenlaufbeginns für die Aberkennungsklage (Art. 83 Abs. 2 SchKG) nach einer provisorischen Rechtsöffnung, welche nach unbenutztem Ablauf der Frist zu einer definitiven wird (Art. 83 Abs. 3 SchKG). Die Aberkennungsklage ist aber kein Rechtsmittel gegen den Rechtsöffnungsentscheid; bei ihr geht es um die Überprüfung der materiellen Rechtslage. Hinzu kommt, dass bei einem provisorischen Rechtsöffnungstitel der Schuldner schon vor der Rechtsöffnung gegen die strittige Forderung vorgehen könnte, namentlich mit negativer Feststellungsklage (vgl. zum Ganzen ZR 104 [2005] Nr. 30, E. 5 b). Hier liegen die Dinge anders, nur schon weil es um einen Titel direkt für eine definitive Rechtsöffnung (Art. 80 SchKG) geht. Mit der Forderung auf Parteientschädigung wurde die Beschwerdegegnerin zum ersten Mal am 20. Januar 2012 konfrontiert, nämlich als ihr der für sie negative Sachentscheid mündlich eröffnet und das Dispositiv ausgehändigt wurde.

Würde der Lehrmeinung von D. STAEHELIN gefolgt, könnte der erstinstanzlich Verpflichtete zwar (u. a.) noch negative Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG erheben. Dann stünde die angerufene (erste) Instanz beim Entscheid über die vorläufige Einstellung der Betreibung aber wiederum vor dem Problem, dass sie ohne Kenntnis der Motive für den vorangegangenen Sachentscheid nicht zu beurteilen vermag, ob die Klage «sehr wahrscheinlich begründet» im Sinne von Art. 85a Abs. 2 SchKG ist oder nicht. Abgesehen davon, dass auch dies keineswegs im Interesse der Prozessökonomie läge, würde es auch zur widersinnigen Situation führen, dass ein erstinstanzliches Gericht über die Aussichten eines Rechtsmittels gegen einen erstinstanzlichen Entscheid (u. U. desselben Gerichts) befinden müsste.

3.8. Ferner fragt sich auch, ob eine solch direkte Vollstreckung mit dem Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 29 Abs. 2 BV vereinbar wäre. Teilgehalt

von Art. 29 Abs. 2 BV ist der Anspruch, dass ein gerichtlicher Entscheid begründet wird. Sinn und Zweck der Begründungspflicht legen nahe, dass diese Begründung nicht erst erfolgen darf, nachdem der Entscheid möglicherweise bereits vollstreckt ist (vgl. zu dieser Thematik BSK BGG-EHRENZELLER, Art. 112 N 14 sowie BGE 129 I 232 E. 3.2). Hierfür sind weder eine besondere Dringlichkeit noch andere Gründe, die ein derart rigides Vorgehen sachlich rechtfertigen, ersichtlich.

3.9. Die ZPO enthält keine explizite Regelung zur Frage, ob ein erst mündlich und im Dispositiv eröffneter Entscheid schon vollstreckbar ist, obgleich eine schriftliche Begründung verlangt wurde oder noch verlangt werden kann. Aus dem Gesagten erhellt, dass diese Problematik notwendigerweise zu regeln gewesen wäre. Offenbar hat der Gesetzgeber nicht daran gedacht (a. M. D. STAEHELIN, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 239 N 35, der von einem qualifizierten Schweigen ausgeht); jedenfalls lässt sich den Materialien zur ZPO nichts dazu entnehmen. Es ist damit von einer echten Lücke im Sinne einer planwidrigen Unvollständigkeit auszugehen, die es vom Gericht zu füllen gilt (Art. 1 Abs. 2 ZGB).

Anders als die ZPO enthält das Bundesgesetz über das Bundesgericht (BGG) für das gleiche Problem eine Regelung: Art. 112 Abs. 2 BGG schreibt vor, dass stets dann, wenn eine Vorinstanz des Bundesgerichts einen Entscheid ohne Begründung eröffnet, die Parteien innert 30 Tagen eine vollständige Ausfertigung (mit Begründung) verlangen können. Erst ab Erhalt der vollständigen Ausfertigung beginnt die Beschwerdefrist zu laufen (Art. 100 Abs. 1 BGG). Bedeutsam ist nun, dass gemäss Satz 3 von Art. 112 Abs. 2 BGG der kantonale Entscheid *nicht* vollstreckbar ist, solange nicht entweder die genannte dreissigtägige Frist unbenützt abgelaufen oder die begründete Ausfertigung des Entscheids eröffnet worden ist. Dementsprechend ist der Entscheid bis zur Zustellung der Motive selbst dann nicht vollstreckbar, wenn die Beschwerde ans Bundesgericht keine aufschiebende Wirkung hat (Art. 103 BGG; BSK BGG-EHRENZELLER, Art. 112 N 13 m. w. H.).

Es geht bei Art. 112 Abs. 2 BGG vornehmlich darum, dass sich die Rechtsmittelinstanz nicht gestützt auf das blosse Dispositiv des angefochtenen Entscheids über vorsorgliche Massnahmen – also etwa über die Aussetzung der Vollstreckbarkeit – soll aussprechen müssen (vgl. Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege, BBl 2001, 4351). Diese Problematik stellt sich hier genauso.

Aus den vorstehenden Erwägungen erheischt Art. 112 Abs. 2 Satz 3 BGG allgemeine Wirkung. Analog dieser Regelung ist auch einem unter der ZPO ergangenen, beschwerdefähigen Entscheid die Vollstreckung zu versagen, solange nicht entweder die zehntägige Begründungsfrist (Art. 239 Abs. 2 ZPO) unbenützt abgelaufen oder die begründete Ausfertigung des Entscheids eröffnet worden ist. [...]»

Obergericht, I. Zivilkammer
Urteil vom 11. Juni 2012 (RT120039-O)