

Art. 315 Abs. 2 ZPO, Vorzeitige Vollstreckung. *Die Berufung hemmt die Vollstreckbarkeit, und das Gegenteil wird nur zurückhaltend angeordnet.*

Die Klägerin, eine Bank, obsiegt in erster Instanz mit einer Forderung in einem zweistelligen Millionenbetrag gegen einen Beklagten mit Wohnsitz im Ausland. Im Berufungsverfahren verlangt sie mit der Berufungsantwort, es sei die vorzeitige Vollstreckung des angefochtenen Urteils zu bewilligen. Das Obergericht weist den Antrag ab.

(aus den Erwägungen des Obergerichts:)

2. - 2.1 Gemäss Art. 315 Abs. 1 ZPO hemmt die Berufung grundsätzlich (zu den gesetzlichen Ausnahmen vgl. Art. 315 Abs. 4 und 5 ZPO) die Rechtskraft und die Vollstreckbarkeit des angefochtenen Entscheids im Umfang der Rechtsmittelanträge. Die Berufungsinstanz kann allerdings gemäss Art. 315 Abs. 2 ZPO abweichend von diesem Grundsatz auf Antrag hin (so etwa REETZ/HILBER, in: Kommentar zur Schweizerischen ZPO, 3. A. Zürich 2016, Art. 315 N 27 und SEILER, Die Berufung nach ZPO, Zürich 2013, Rz. 1010 ff., je mit zutreffender Begründung) die Vollstreckung des angefochtenen Urteils vorzeitig bewilligen, sofern es sich bei diesem Urteil um kein Gestaltungsurteil i.S.v. Art. 315 Abs. 3 ZPO handelt. Bewilligt die Berufungsinstanz die vorzeitige Vollstreckbarkeit, so kann sie nötigenfalls sichernde Massnahmen oder die Leistung einer Sicherheit durch die gesuchstellende Partei anordnen, und zwar in Analogie zu Art. 264 ZPO (gl.M. etwa HOFFMANN-NOWOTNY in: KUNZ/HOFFMANN-NOWOTNY/STAUBER, ZPO-Rechtsmittel, Kommentar zu den Art. 308 - 327a ZPO, Basel 2013, Art. 315 N 32 und N 34; STERCHI, in: BK-ZPO, Bern 2012, Art. 315 N 21; JEANDIN, in: CPC commenté, Bâle 2011, Art. 315 N 6; SEILER, a.a.O., Rz. 1104; GASSER/RICKLI, ZPO Kurzkomentar, 2. A., Zürich/St. Gallen 2015, Art. 315 N 3).

Die Bewilligung der vorzeitigen Vollstreckbarkeit bzw. allfälliger sichernder Massnahmen stellt von der Sache her – darauf wurde bereits in der Verfügung vom 20. Dezember 2017 hingewiesen – eine vorsorgliche Massregel dar (so etwa auch SEILER, a.a.O., Rz. 11019, oder REETZ/HILBER, a.a.O., Art. 315 N 23 [S. 2517], je m.w.H.; ähnlich ferner STEININGER, in: Dike-Komm-ZPO, 2. A., Zürich/St. Gallen 2016, Art. 315 N 5), wenn auch eine eigener Art, was sich u.a. darin zeigt, dass Entscheide darüber Zwischenentscheide i.S.v. Art. 93 BGG sind

(vgl. BGer, Urteil 5A_221/2014 vom 10. September 2014, E. 1.1.2; vgl. ebenfalls Urteil 5A_350/2013 vom 8. Juli 2013, E. 1.1). Sachgerecht sind daher Gesuche um Bewilligung der vorzeitigen Vollstreckbarkeit in analoger Anwendung der Grundsätze des summarischen Verfahrens zu prüfen: Die Parteien können sich je einmal äussern (vgl. Art. 252 und 253 ZPO; im Ergebnis gleich BGer, Urteil 5A_350/2013 vom 8. Juli 2013, E. 2.2), der Art. 254 ZPO ist sinngemäss zu beachten und es gilt das Beweismass des Glaubhaftmachens.

2.2 Das Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 20. September 2017 hat eine Klage und Widerklagen zum Gegenstand, die auf Leistung einer Geldzahlung gehen, und verpflichtet den Beklagten zu einer Geldzahlung. Insoweit steht dem Gesuch der Klägerin um Bewilligung der vorzeitige Vollstreckbarkeit i.S. des Art. 315 Abs. 2 ZPO nichts entgegen. Klage und Widerklage gehen auf eine Geschäftsbeziehung der Parteien zurück, in deren Rahmen die Klägerin dem Beklagten für riskante Börsengeschäfte hohe Kredite einräumte.

Die vorzeitige Vollstreckbarkeit durchbricht das Prinzip der aufschiebenden Wirkung der Berufung. Als Ausnahmetatbestand ist sie deshalb, namentlich wenn es um die Vollstreckung von Geldzahlungen geht, nur mit grosser Zurückhaltung zu bewilligen (vgl. BGer Urteil 5A_350/2013 vom 8. Juli 2013, E. 2.2 mit Verweis auf BGE 138 III 565). Darüber besteht auch im Schrifttum, soweit es sich mit diesem Gesichtspunkt befasst, weitgehend Einmütigkeit (vgl. etwa HOFFMANN-NOWONTY, a.a.O., Art. 315 N. 31; REETZ/HILBER, a.a.O., Art. 315 N 23 [S. 2516]; STEININGER, a.a.O., Art. 315 N 7; SPÜHLER, in: BSK Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. A., Basel 2017, Art. 315 N 4; STERCHI, a.a.O., Art. 315 N 20 [nur ganz ausnahmsweise opportun]; gl.M. wohl auch JEANDIN, a.a.O., Art. 315 N 5, mit dem Verweis auf Urteile bei Rechtsschutz in klaren Fällen). Die üblichen Vollstreckungsrisiken rechtfertigen daher für sich eine Durchbrechung des Grundsatzes der aufschiebenden Wirkung nicht.

Anspruch auf die Bewilligung vorzeitiger Vollstreckbarkeit besteht zudem keiner; beim Art. 315 Abs. 2 ZPO handelt es sich um eine "Kann"-Vorschrift. Der Entscheid über die vorzeitige Vollstreckbarkeit steht deshalb im (pflichtgemässen) Ermessen des um Bewilligung ersuchten Gerichts. Dieses hat eine Interessenabwägung vorzunehmen (BGer Urteil 5A_350/2013 vom 8. Juli 2013, E. 2.2), die

sich vorab am Zweck der Regelung des Art. 315 Abs. 2 ZPO zu orientieren hat, der im Interesse eines zeitgerechten Rechtsschutzes liegt (vgl. GASSER/RICKLI, a.a.O., Art. 315 N 3). Das indiziert zunächst eine gewisse Dringlichkeit der Vollstreckbarkeit, wie sie namentlich bei Urteilen anzunehmen ist, die im Rahmen des Rechtsschutzes in klaren Fällen gefällt wurden (so auch, statt vieler, STERCHI, a.a.O., Art. 315 N 19 [mit Hinweis auf die Botschaft] oder JEANDIN, a.a.O.). Die Notwendigkeit einer gewissen Dringlichkeit ergibt sich im Übrigen ebenfalls aus der Ausnahmeregel in Abs. 4 von Art. 315 ZPO. Weitere Gesichtspunkte, die es zu berücksichtigen gilt, sind u.a. die Prozessaussichten (namentlich deren Eindeutigkeit, wie sie etwa bei offensichtlich unzulässigen oder unbegründeten Berufungen gegeben ist), ferner etwa die mutmassliche Dauer des Berufungsverfahrens, das Verhalten der Parteien in Prozess (wie z.B. Säumnis im vorinstanzlichen Verfahren oder offensichtlich trölerischer Charakter der Berufung), die Verhältnismässigkeit der Anordnung und die Möglichkeit allfälliger (anderer) sichernder Massnahmen.

Nach einer in der Literatur verbreiteten Auffassung (vgl. etwa SEILER, a.a.O., Rz. 1105, und STEININGER, a.a.O., Art. 315 N 6, je m.w.H.) kann an die Stelle der vorzeitigen Vollstreckbarkeit ersatzweise die Anordnung sichernder Massnahmen gegenüber dem Schuldner bzw. von Sicherheitsleistungen i.S. von Art. 315 Abs. 2, 2. Satz, ZPO des Schuldners treten, und zwar in Analogie zu Art. 264 ZPO; begründet wird das im Wesentlichen einerseits mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip und andererseits mit dem Schluss vom Grösseren zum Kleineren (*argumentum a maiore ad minus*). Auch diese ersatzweisen Massnahmen setzen nach dem Gesetzeswortlaut und der Systematik des Abs. 2 von Art. 315 ZPO allerdings voraus, dass eine vorzeitige Vollstreckbarkeit grundsätzlich anzuordnen wäre, diese aber in ihren Auswirkungen übermässig erschiene. Ist ersteres nicht der Fall, entfällt letzteres. Die Möglichkeit, ersatzweise Anordnungen zu treffen, kann nicht als Anlass bzw. Vorwand dienen, um den Grundsatz von Art. 315 Abs. 1 ZPO gewissermassen auszuhebeln.

3. - 3.1 Die Klägerin begründet ihr Gesuch im Wesentlichen damit, das Bezirksgericht habe ihre Klage gutgeheissen, weil ihr Anspruch unbestritten sei. Es bestehe eine ernst zu nehmende Gefahr, dass sie ihren hohen Forderungsan-

spruch niemals werde vollstrecken können, auch nicht im Falle eines vollständigen Obsiegens im Berufungsverfahren. Dies hänge damit zusammen, dass sich die meisten ihr bekannten Vermögenswerte des Beklagten im Ausland befänden. Bis vor kurzem habe der Beklagte zudem in Davos ein Grundstück (Stockwerkeigentum an einer 3 1/2-Zimmerwohnung) besessen. Dieses habe er, wie sie anfangs November 2017 erfahren habe, am 30. August 2017 an seine Ehefrau übertragen, also kurz nach der bezirksgerichtlichen Hauptverhandlung vom 8. Juni 2017, an welcher der Vorsitzende auf Wunsch der Parteien eine informelle Beurteilung des Falles abgegeben habe, die für den Beklagten ausgesprochen negativ ausgefallen sei. Der Beklagte habe zudem wiederholt durchblicken lassen, er werde dafür sorgen, dass er bis zum Zeitpunkt in welchem ein vollstreckbares Urteil vorliegen werde, über kein nennenswertes Vermögen mehr verfüge. Es drohe ihr somit ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil, wenn ihr die vorzeitige Vollstreckbarkeit nicht bewilligt werde, die Voraussetzung für Sicherungsmassnahmen im Sinn des LugÜ sei. Ihr Obsiegen im Berufungsverfahren sei zudem sehr wahrscheinlich, weil der Beklagte ihren Anspruch aus Kreditvertrag im bezirksgerichtlichen Verfahren anerkannt habe. Die vorzeitige Vollstreckbarkeit hätte zudem für den Beklagten kaum Nachteile; die einzige Einschränkung liege in einem Verfügungsverbot. Sie sei zudem bereit, eine Sicherheit für allfällige Schäden zu hinterlegen. Die vorzeitige Vollstreckbarkeit sei daher auch verhältnismässig. Eventualiter sei von der Kammer eine angemessene Sicherheit des Beklagten anzuordnen.

3.2 Der Beklagte bringt im Wesentlichen vor, das Gesuch der Klägerin entbehre einer sachlichen Grundlage. Die Klägerin stelle die durch nichts belegte Unterstellung bzw. Behauptungen auf, er versuche seine Vermögenswerte beiseite zu schaffen. Die Übertragung der Wohnung in Davos an seine Ehefrau sei im Rahmen eines von der Ehefrau verlangten und bereits per 18. Juni 2015 vollzogenen Güterstandswechsels erfolgt, wie die von der Klägerin beigebrachte Urkunde zeige, und sie sei entgeltlich zur Abgeltung entsprechender güterrechtlicher Ansprüche der Ehefrau auf der Grundlage des Verkehrswerts gemäss einer Schätzungseröffnung der Schätzungskommission des Kantons Graubünden. Etwaige Schwierigkeiten der Vollstreckung begründeten kein Vorrecht der Klägerin,

die stets gewusst habe, dass sich Aktiven von ihm im Ausland befänden. Die Klägerin habe deswegen nie Sicherheiten von ihm verlangt und ihm grossen Kredit für Spekulationen gewährt. Die Klägerin mache kein Rechtsschutzinteresse geltend, das dasjenige eines beliebigen Anspruchstellers übersteige; das alles rechtfertige noch kein Abweichen vom Grundsatz der aufschiebenden Wirkung. Die Klägerin befasse sich überdies mit der Verrechnungsfrage nicht näher, namentlich nicht mit der Frage der Gültigkeit eines einseitigen Verrechnungsverbot; darüber sei im Berufungsverfahren erst noch zu entscheiden; diesem Entscheid sei nicht im aktuellen Verfahrensstadium vorzugreifen, zumal er zu einer künstlichen Aufteilung des Verfahrens führen würde; dem Anliegen der Klägerin auf Abtrennung von Klage und Widerklage habe bereits das Bezirksgericht eine Absage erteilt. Mit ihrem Eventualantrag versuche die Klägerin schliesslich, sich eine Vollstreckung im Ausland zu ersparen und allfällige Verfahrensrechte des Klägers zu beschneiden. Endlich erstaune das Gesuch der Klägerin in hohem Masse, habe der Beklagte ihr doch im Rahmen von Vergleichsgesprächen Aktien als Sicherheiten angeboten und andere Sicherheiten habe die Klägerin bislang nie verlangt.

3.3 Die Klägerin macht einen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil geltend, weil der Beklagte gewissermassen dabei sei, sich seines Vermögens zu entäussern. Sie verweist dabei auf entsprechende Äusserungen, die der Beklagte gemacht habe, ohne indes darzutun wann und wem gegenüber. Irgendwelche sonstigen Anhaltspunkte dafür, dass der Beklagte sich in diesem Sinne geäussert hätte, benennt die Klägerin ebenfalls nicht. Insoweit liegt keine glaubhaft gemachte Sachdarstellung vor, sondern eine unsubstanzierte Behauptung.

Anerkannt ist vom Beklagten, dass er das Grundstück in Davos Ende August 2017 an seine Ehefrau übertragen hat. Wie der Beklagte dartut, erfolgte die Übertragung in Erfüllung eines bereits 2015 vollzogenen Güterstandswechsels, was sich – worauf der Beklagte verweist – aus der von der Klägerin selbst zur Stützung ihrer Sachdarstellung eingereichten Urkunde ergibt. Die Klägerin übergeht das in ihrer Gesuchsbegründung; das stützt den zeitlichen Zusammenhang, den sie in ihrer Sachdarstellung herstellt, allerdings nicht glaubhaft, zumal die Klägerin selbst nicht behauptet, der bereits 2015 vollzogene Güterstandswechsel

und die sich daraus ergebenden güterrechtlichen Verpflichtungen des Beklagten gegenüber seiner Ehefrau seien bloss vorgeschoben worden, was sie unschwer gekonnt hätte. Der bereits 2015 vollzogene Güterstandswechsel und die sich daraus ergebenden Verpflichtungen des Beklagten als Grund der Grundstücksübertragung dürfen insofern ohne Weiteres als erstellt gelten. Weitere greifbare Anhaltspunkte, die ihre Sachdarstellung glaubhaft zu machen vermöchten, der Beklagte entäussere sich im Hinblick auf ein vollstreckbares Urteil zu ihren Gunsten, bezeichnet die Klägerin in ihrem Gesuch nicht. Ihre entsprechende Sachdarstellung ist daher nicht hinreichend glaubhaft gemacht und es fehlt insoweit die vorhin erwähnte (vgl. Erw. 2.2.) gewisse Dringlichkeit, welche ein Abweichen vom Grundsatz des Art. 315 Abs. 1 ZPO rechtfertigte.

Die Parteien sind sich einig, dass das Bezirksgericht gewisse Gesichtspunkte, die der Beklagte im bezirksgerichtlichen Verfahren aufgeworfen hat, nämlich insbesondere die Frage des einseitigen Verrechnungsverbot, ungeprüft gelassen hat. Wie über die Frage im Berufungsverfahren zu entscheiden sein wird, aber ebenso über die Widerklage, ist derzeit offen; es läuft noch die Frist zur Berufungsantwort. Jedenfalls kann dem Standpunkt des Beklagten einstweilen, ohne vertiefte Prüfung, nicht jegliche Berechtigung abgesprochen werden. Eine Eindeutigkeit, wie sie in Erw. 2.2 erwähnt wurde, besteht somit nicht. Ebenso wenig ist ein prozessuales Verhalten des Beklagten glaubhaft gemacht bzw. festzustellen, welches – wie in Erw. 2.2 erwähnt – ein Abweichen vom Grundsatz des Art. 315 Abs. 1 ZPO rechtfertigte. Das Ende des Berufungsverfahrens in einigen Monaten ist zudem absehbar.

Was die Klägerin ansonsten vorbringt, beschlägt vor allem die üblichen Schwierigkeiten und Risiken einer Vollstreckung gegenüber einem Vertragspartner und Schuldner, dessen Vermögen sich vor allem im Ausland befindet. Das alles ist der Klägerin seit langem bekannt, wie sie selbst einräumt, wenn sie erwähnt, sie beschäftige sich seit geraumer Zeit mit der Solvenz des Beklagten. Anlass für eine vorzeitige Vollstreckbarkeit bieten diese Schwierigkeiten und Risiken für sich allein noch nicht, worauf in Erw. 2.2 bereits hingewiesen wurde. Und es ist daher fast müssig darauf hinzuweisen, dass sich den Regelungen des Art. 315 ZPO keine Anhaltspunkte dafür entnehmen lassen, bei Schuldnern mit

Vermögen im Ausland gölten grundsätzlich andere Massstäbe als bei Schuldnern, die nur im Inland über Vermögen verfügen.

Weitere von der Klägerin glaubhaft gemachte Anhaltspunkte, welche eine vorzeitige Vollstreckbarkeit für sich allein oder insgesamt zu rechtfertigen vermöchten, sind nicht ersichtlich. Die erforderliche gewisse Dringlichkeit, welche ein Abweichen vom Grundsatz des Art. 315 Abs. 1 ZPO rechtfertigen würde, ist somit insgesamt nicht gegeben. Bei diesem Ergebnis entfällt die Prüfung des Eventualbegehrens aus den in Erw. 2.2 dargelegten Gründen, und es ist das Gesuch der Klägerin vom 15. Dezember 2017 vollumfänglich abzuweisen.

Obergericht, II. Zivilkammer
Beschluss vom 22. Januar 2018
LB170049-O/Z04