

# **BE\_ZIVILSTRAF BK 2018 426 vom 21. Januar 2019**

BE Obergericht, 2019-01-21, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be\\_zivilstraf\\_BK\\_2018\\_426](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_zivilstraf_BK_2018_426)

FR: BE\_ZIVILSTRAF BK 2018 426 du 21 janvier 2019

IT: BE\_ZIVILSTRAF BK 2018 426 del 21 gennaio 2019

## **Regeste**

Nichtanhandnahme Strafverfahren wegen Vernachlässigung von Unterhaltspflichten | Einstellung/Nichtanhandnahme

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Am 17. September 2018 nahm die Regionale Staatsanwaltschaft Oberland (nachfolgend: Staatsanwaltschaft) das von der Straflägerin C.\_\_\_\_\_ (nachfolgend: Beschwerdeführerin) initiierte Strafverfahren gegen A.\_\_\_\_\_ (nachfolgend: Beschuldigter) wegen Vernachlässigung von Unterhaltspflichten nicht an die Hand. Hiergegen erhob die Beschwerdeführerin am 5. Oktober 2018 Beschwerde. Sie beantragte, die Nichtanhandnahmeverfügung sei aufzuheben und die Staatsanwaltschaft sei anzuweisen, das Verfahren gegen den Beschuldigten wegen Vernachlässigung von Unterhaltspflichten zu eröffnen. Eventuell seien der Staatsanwaltschaft für den weiteren Gang des Verfahrens Weisungen zu erteilen. Am 25. und 29. Oktober 2018 reichte die Beschwerdeführerin weitere Eingaben ein. Der Beschuldigte beantragte am 30. Oktober 2018 die Beschwerde sei abzuweisen. Am 1. November 2018 nahm er Stellung zu den Eingaben der Beschwerdeführerin vom 25. und 29. Oktober 2018. Die Generalstaatsanwaltschaft teilte am

### **E. 5**

frei überprüfen kann. Dies ist gemäss bundesgerichtlicher Praxis immer dann der Fall, wenn die Aufhebung des Entscheids und die Rückweisung mit dem Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht vereinbar ist (STEINER, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, a.a.O., N. 16 zu Art. 318 StPO). 4.3 Die Staatsanwaltschaft hat der Staatsanwaltschaft Basel-Stadt keine präzise Anweisung erteilt, welche ergänzenden Ermittlungen betreffend die Strafanzeige der Beschwerdeführerin durchzuführen sind. Vielmehr hat sie dieser in genereller Weise den Auftrag erteilt, den Beschuldigten zur Sache zu befragen. Eine derartige Befragung fällt nicht in den restriktiven Bereich von Art. 309 Abs. 2 StPO, welcher noch keine Eröffnung des Verfahrens gebietet. Bei der von der Staatsanwaltschaft in Auftrag gegebenen Befragung handelt es sich nicht um eine klar begrenzte und rasche Abklärungshandlung. Dies insbesondere auch deshalb, weil aus der ausführlichen, von einem Rechtsanwalt redigierten Anzeige nicht ersichtlich ist, welche zusätzlichen spezifischen Informationen eingeholt werden müssten, um beurteilen zu können, ob ein hinreichender Tatverdacht vorliegt. Indem die Staatsanwaltschaft der Staatsanwaltschaft Basel-Stadt in genereller Weise den Auftrag erteilt hat, den Beschuldigten zur Sache zu befragen, hat sie das Strafverfahren gegen den Beschuldigten deshalb materiell eröffnet. Dass schlussendlich – offenbar aufgrund der Eingabe des Beschuldigten vom 19. Juli 2018 – doch keine

Befragung erfolgte, sondern direkt eine Nichtanhandnahme verfügt wurde, ändert nichts an der faktischen Eröffnung des Verfahrens. Folglich hätte die Staatsanwaltschaft der Beschwerdeführerin auch die Eingabe des Beschuldigten vom 19. Juli 2018 zur Kenntnis bringen müssen. Indem der Beschwerdeführerin die Frist nach Art. 318 Abs. 1 StPO nicht gewährt und die Eingabe des Beschuldigten vom 19. Juli 2018 der Beschwerdeführerin nicht zur Kenntnis gebracht hat, hat sie das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin verletzt. Von der Eingabe des Beschuldigten vom 19. Juli 2018 hat die Beschwerdeführerin zwischenzeitlich Kenntnis genommen und sie konnte sich hierzu im Beschwerdeverfahren äussern. Insoweit wurde das rechtliche Gehör im Beschwerdeverfahren geheilt. Ob auch eine Heilung in Bezug auf die Verletzung von Art. 318 Abs. 1 StPO in Betracht fällt, kann vorliegend offen bleiben, denn selbst wenn die Gehörsverletzung im Beschwerdeverfahren geheilt werden könnte, wäre das Verfahren, wie sich nachfolgend zeigen wird, an die Staatsanwaltschaft zurückzuweisen.

### **E. 5.1**

In materieller Hinsicht bringt die Beschwerdeführerin gegen die Einstellung des Strafverfahrens zusammengefasst vor, der Straftatbestand von Art. 217 des Schweizerischen Strafgesetzbuches (StGB; SR 311.0) stelle auf die familienrechtliche Unterstützungspflichten ab. Gemäss einschlägiger Rechtsprechung und Lehre habe ein Eheschutzurteil weiterhin Geltung, wenn bloss der Scheidungspunkt, nicht indes die Nebenfolgen rechtskräftig entschieden seien. Sei – wie vorliegend – nur der Scheidungspunkt (Status) in Rechtskraft erwachsen, bleibe der Unterhaltsbeitrag so lange geschuldet, bis ein Entscheid über den nachehelichen Unterhalt in Rechtskraft erwachsen sei. Das Zivilgericht des Kantons Basel-Stadt habe in sei-

### **E. 5.2**

Die Staatsanwaltschaft nimmt in der oberinstanzlichen Stellungnahme erneut Bezug auf das Urteil des Bundesgerichts 6S.438/2004. Ergänzend führt sie an, dass in Art. 217 StGB unter Strafe gestellte Verhalten bestehe grundsätzlich darin, dass der Täter bestehende familienrechtliche Verpflichtungen nicht erfülle. In Betracht fielen nur Pflichten, die unmittelbar aus einem bestimmten familienrechtlichen Status folgen würden, etwa im Verhältnis der Ehegatten während der Ehe oder nach der Scheidung, zu Kindern etc. Entsprechend könne bei den vorliegend gegebenen Verhältnissen, d.h. nach rechtskräftig gewordenem Scheidungspunkt, die Verletzung eines vorsorglich wegen Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes verfügten Unterhaltsanspruchs keinen strafrechtlichen Schutz mehr geniessen.

### **E. 5.3**

Der Beschuldigte hält zusammengefasst fest, die im Eheschutzentscheid angeordneten Unterhaltsbeiträge würden auf der ehelichen Unterhaltspflicht basieren und könnten nicht über die Dauer der Ehe hinweg Geltung haben. Nachdem die Ehe seit dem 19. Februar 2018 rechtskräftig geschieden worden sei, könne kein ehelicher, sondern höchstens noch ein nachehelicher Unterhaltsbeitrag geschuldet sein. Das Begehren um nachehelichen Unterhalt habe das Scheidungsgericht jedoch abgewiesen. Im von der Staatsanwaltschaft zitierten Urteil des Bundesgerichts 6S.438/2004 zu Art. 217 StGB habe dieses klargestellt, dass ein während der Ehe als vorsorgliche Massnahme verfügter Unterhaltsbeitrag nur bis zur rechtskräftigen Scheidung zu leisten sei. Der relevante Zeitpunkt der Beendigung der Unterhaltspflicht sei die Aussprache der Scheidung zwischen den Parteien. Der durch eine

vorsorgliche Massnahme festgesetzte Unterhalt werde mit Rechtskraft im Scheidungspunkt eo ipso hinfällig oder nichtig, was sich auch aus BGE 111 II 308 und BGE 120 II 1 ergebe. Eine automatische Weitergeltung des ehelichen Unterhalts über die Rechtskraft im Scheidungspunkt hinaus bis zur Rechtskraft im Unterhaltspunkt widerspreche in der vorliegenden Konstellation der gesetzlichen Konzeption. Es bestehe zwar die Möglichkeit, Unterhalt als vorsorgliche Massnahme auch über die Teilrechtskraft des Scheidungspunktes hinaus anzuordnen. Eine solche Anordnung sei hier jedoch nicht erfolgt. Selbst wenn eine zivilrechtliche Pflicht zur Leistung von ehelichem Unterhalt bestehen sollte, geniesse diese aufgrund der Rechtskraft des Scheidungspunktes nicht den strafrechtlichen Schutz von Art. 217 StGB. Nicht jede familienrechtliche Pflicht werde durch Art. 217 StGB geschützt, sondern nur solche Pflichten, welche aus einem speziellen familienrechtlichen Status folgen würden. Im Zeitpunkt der fraglichen Unterhaltsverletzung seien die Parteien bereits geschieden gewesen, so dass (allfällig weitergeltende) eheliche Unterhaltspflichten nicht mehr durch das Strafrecht geschützt seien. Nach der Schei-

## **E. 6**

nem Urteil vom 25. Oktober 2017 nicht festgehalten, dass die Änderung der Unterhaltspflicht bereits ab Rechtskraft des Scheidungspunktes gelten solle, womit die Rechtskraft im Unterhaltspunkt massgebend sei. Dies werde auch in den Rechtsöffnungsentscheiden des Zivilgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 11. September 2018 sowie des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 13. November 2018 festgehalten. Die Rechtsöffnungsrichter hätten festgestellt, dass der Beschuldigte den Unterhaltsbeitrag Mai 2018 zu Unrecht nicht bezahlt habe. Der Strafrichter sei an die formelle Rechtslage nach Zivilrecht gebunden. Das von der Staatsanwaltschaft zitierte Bundesgerichtsurteil könne hier nicht herangezogen werden, weil dort die Scheidung in allen Punkten erfolgt sei.

### **E. 6.1**

Gemäss Art. 319 Abs. 1 Bst. a StPO verfügt die Staatsanwaltschaft die Einstellung des Verfahrens, wenn kein Tatverdacht erhärtet ist, der eine Anklage rechtfertigt. Der Entscheid über die Einstellung des Verfahrens hat sich nach dem Grundsatz «in dubio pro duriore» zu richten. Dieser ergibt sich aus dem Legalitätsprinzip und verlangt, dass das Verfahren im Zweifel seinen Fortgang nimmt. Anklage muss erhoben werden, wenn eine Verurteilung wahrscheinlicher ist als ein Freispruch. Ist ein Freispruch gleich wahrscheinlich wie eine Verurteilung, drängt sich in der Regel, insbesondere bei schweren Delikten, eine Anklageerhebung auf (BGE 138 IV 86 E. 4.1.1; Urteil des Bundesgerichts 6B\_918/2014 vom 2. April 2015 E. 2.1.1). Bei der Prüfung der Frage, ob nach der Aktenlage ein Freispruch zu erwarten ist, darf und muss die Staatsanwaltschaft die Beweise würdigen (vgl. Beschluss des Obergerichts des Kantons Bern BK 17 404 vom 29. Januar 2018 E. 4.1 mit Hinweis).

### **E. 6.2**

Der Vernachlässigung von Unterhaltspflichten macht sich gemäss Art. 217 Abs. 1 StGB strafbar, wer seine familienrechtlichen Unterhalts- oder Unterstützungspflichten nicht erfüllt, obschon er über die Mittel dazu verfügt oder verfügen könnte. Art. 217 StGB bedroht als echtes Unterlassungsdelikt das Nichtbezahlen familienrechtlicher Unterhaltsleistungen mit Strafe. Geschütztes Rechtsgut ist der zivilrechtliche Anspruch auf (materielle) Unterstützung (TRECHSEL/AFFOLTER-EIJSTEN, in:

TRECHSEL/PIETH [Hrsg.], Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 3. Aufl. 2018, N. 1 zu Art. 217 StGB; vgl. ebenso BOSSHARD, in: Basler Kommentar, Strafrecht, 4. Aufl. 2018, N. 3 zu Art. 217 StGB sowie STRATENWERTH/BOMMER, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II, 7. Aufl. 2013, N. 20 zu § 26, wo- nach Art. 217 StGB der Durchsetzung familienrechtlich begründeter Unterhalts- und Unterstützungspflichten dient). Art. 217 Abs. 1 StGB setzt familienrechtliche Unterhalts- oder Unterstützungspflichten nach Zivilrecht voraus (BGE 122 IV 207 E. 3d), nämlich die Unterhaltspflicht der Ehegatten (Art. 163 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [ZGB; SR 210]), auch nach Anbringen der Scheidungsklage (Art. 276 der Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO; SR 272]) und nach der Scheidung (Art. 125 ZGB), der Eltern gegenüber dem Kind (Art. 276 ff. ZGB) oder die Unterstützungspflicht der Familiengemeinschaft (Art. 328 f. ZGB; TRECHSEL/AFFOLTER-EIJSTEN, a.a.O., N. 2 zu Art. 217 StGB). Der Strafrichter ist an die formelle Rechtslage nach Zivilrecht gebunden (TRECHSEL/AFFOLTER-EIJSTEN, a.a.O., N. 8 zu Art. 217 StGB). Das rechtskräftige Zivilurteil ist für den Strafrichter verbindlich. Dieser hat nicht zu prüfen, ob der Zivilrichter den Beschuldigten zu Recht zu Unterhaltsbeiträgen verpflichtet hat (TRECHSEL/AFFOLTER-EIJSTEN, a.a.O., N. 9 zu Art. 217 StGB mit Hinweisen; vgl. BGE 73 IV 176 E. 2; 93 IV 1; Urteile des Bundesgerichts 6B\_519/2017 vom 4. September 2017 E. 3.2; 6B\_78/2011 vom 22. März 2011 E. 6).

### **E. 6.3**

Massnahmen, die das Eheschutzgericht angeordnet hat, dauern im Scheidungsver- fahren weiter. Für die Aufhebung oder Änderung ist das Scheidungsgericht zustän-

### **E. 6.4**

Vorliegend sind entgegen der Auffassung der Staatsanwaltschaft und des Beschul- digten die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Einstellung des Strafverfahrens im Sinne von Art. 319 Abs. 1 StPO nicht gegeben. Bei der vorliegenden Ausgangs- lage erscheint eine Verurteilung des Beschuldigten wegen Vernachlässigung von Unterhaltspflichten (Art. 217 StGB) mindestens gleich wahrscheinlich wie ein Frei- spruch, so dass im Lichte der vorstehend dargestellten bundesgerichtlichen Recht- sprechung (vgl. E. 6.1 hiervor) keine Verfahrenseinstellung erfolgen kann. Zur Be- gründung kann vorab auf die überzeugenden Ausführungen der Beschwerdeführe- rin verwiesen werden. Das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt hat sich einlässlich mit den zahlreichen zivilrechtlichen Rügen des Beschuldigten gegen den Bestand des Unterhaltsanspruchs der Beschwerdeführerin gegenüber dem Beschuldigten ab Rechtskraft im Scheidungspunkt bei noch nicht rechtskräftigem Unterhaltspunkt auseinandergesetzt. Es hat insbesondere Folgendes erwogen: 3.2 Vor der Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens angeordnete Eheschutzmassnahmen blei- ben nach der Einleitung des Scheidungsverfahrens wirksam, solange sie vom Scheidungsgericht nicht geändert oder aufgehoben worden sind (BGE 137 614 E. 3.3.2 S. 616; BÄHLER, in: Basler Kom- mentar, 3. Aufl., 2017, Art. 276 ZPO N 1 und 10; LEUENBERGER, in: Schwenzer/Fankhauser [Hrsg.], Fam-Komm Scheidung, 3. Aufl., Bern 2017, Anh. ZPO Art. 276 N 7; SUTTER-SOMM/STANISCHEWSKI, in: Sutter-Somm et al. [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 276 N 36 und 38; Art. 276 Abs. 2 ZPO). 3.3 Gemäss Art. 276 Abs. 3 ZPO kann das Gericht vorsorgliche Massnahmen auch dann anordnen, wenn die Ehe aufgelöst ist, das Verfahren über die Scheidungsfolgen aber andauert. Diese Bestim- mung entspricht Satz 2 von Art. 137 Abs. 2 der vom 1. Januar 2000 bis am 31. Dezember 2010 gel- tenden Fassung des

Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (nachfolgend aZGB). Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers (Beschwerde Ziff. 35) kann aus dem Umstand, dass das Gesetz die Möglichkeit des Scheidungsgerichts statuiert, auch nach dem Eintritt der Teilrechtskraft des Scheidungsurteils im Scheidungspunkt vorsorgliche Massnahmen anzuordnen, nicht abgeleitet werden, bereits vorher angeordnete Eheschutzmassnahmen oder vorsorgliche Massnahmen fielen mit dem Eintritt der Teilrechtskraft dahin. Gemäss ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung und soweit ersichtlich einhelliger Lehre ergibt sich aus Art. 276 Abs. 3 ZPO bzw. Art. 137 Abs. 2 Satz 2 aZGB vielmehr ebenfalls, dass bereits angeordnete vorsorgliche Massnahmen nach dem Eintritt der Teilrechtskraft im Scheidungspunkt weitergelten, ohne dass dies im Massnahmenentscheid ausdrücklich vorgeesehen werden muss und ohne dass die Massnahmen nach dem Eintritt der Teilrechtskraft neu angeordnet werden müssen (BGer 5A\_659/2014 vom 31. Oktober 2014 E. 2.32, 5C.282/2002 vom 27. März 2003 E. 1.4, 5P.121/2002 vom 12. Juni 2002 E. 3.1; BÄHLER, a.a.O., Art. 276 ZPO N 12; LEUENBERGER, a.a.O., Anh. ZPO Art. 276 N 13; ZOGG, „Vorsorgliche“ Unterhaltszahlungen im Familienrecht, in: FamPra.ch 2018, S. 47, 67; vgl. BGE 128 III 121 E. 3c.bb S. 123; BGer 5D\_91/2012 vom 15. November 2012 E. 4.1, 5C.282/2002 vom 27. März 2003 E. 1.4; OGer ZH LC060114 vom 27. April 2007 E. 3; BOHNET, Actions civiles, Basel 2014, § 16 N 9; DOLGE, in: Brunner et al. [Hrsg.], ZPO Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2016, Art. 276 N 25; SPYCHER, in: Berner Kommentar, 2012, Art. 276 ZPO N 22; SUTTER-SOMM/STANISCHEWSKI, a.a.O., Art. 276 N 29; TAPPY, CPC commenté, Basel 2011, Art. 276 N 46). Dies gilt auch für Eheschutzmassnahmen (BÄHLER, a.a.O., Art. 276 ZPO N 10; BOHNET, a.a.O., § 16 N 9; TAPPY, a.a.O., Art. 276 N 46; ZOGG, a.a.O., S. 67; vgl. BGer 5D\_91/2012 vom

## **E. 7**

derung schütze das Strafrecht nur noch den Anspruch auf nachehelichen Unterhalt, welcher vorliegend mangels Festsetzung ebenso wenig verletzt sein könne. 6.

## **E. 8**

dig (vgl. Art. 276 Abs. 1 ZPO). Das Gericht kann vorsorgliche Massnahmen auch dann anordnen, wenn die Ehe aufgelöst ist, das Verfahren über die Scheidungsfolgen aber andauert (Art. 276 Abs. 2 ZPO).

### **E. 8.1**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens, bestimmt auf CHF 2'000.00, in Anwendung von Art. 428 Abs. 1 StPO vom Kanton Bern zu tragen.

### **E. 8.2**

Der Kanton Bern hat der Beschwerdeführerin zudem eine Entschädigung für ihre Aufwendungen im Beschwerdeverfahren zu entrichten (Art. 436 i.V.m. Art. 429 Abs. 1 Bst. a StPO [analog]). Diese wird gestützt auf die – gerade noch als angemessen zu erachtende – Honorarnote von Rechtsanwalt D. \_\_\_\_\_ vom 10. Dezember 2018 auf CHF 4'808.85 bestimmt.

## **E. 9**

15. November 2012 E. 4.1). Dass Art. 137 Abs. 2 Satz 2 aZGB auch die Weitergeltung der vor dem Eintritt der Teilrechtskraft im Scheidungspunkt angeordneten vorsorglichen Massnahmen anordnet, hat das Bundesgericht mit deutlichen Worten festgehalten, indem es erwog, „[D]ass die im Massnahmenverfahren festgelegten Unterhaltsbeiträge über die

rechtskräftige Scheidung hinaus fort dauern, hat entgegen der Darstellung des Beklagten nicht das Bundesgericht ‚erfunden‘, sondern steht im Ge- setz (Art. 137 Abs. 2 ZGB, Satz 2)" (BGer 5C.282/2002 vom 27. März 2003 E. 1.4). Entgegen der un- richtigen Behauptung des Beschwerdeführers (Beschwerde Ziff. 29) hat sich das Bundesgericht in seinem Urteil BGer 5D\_91/2012 vom 15. November 2012 explizit zur Frage der Weitergeltung von Eheschutzmassnahmen betreffend den ehelichen Unterhalt geäussert und festgehalten, dass Ehe- schutzmassnahmen nach konstanter Rechtsprechung nicht nur bis zur Rechtskraft im Scheidungs- punkt, sondern bis zur Rechtskraft im Rentenpunkt fort dauern (BGer 5D\_91/2012 vom 15. November 2012 E. 4.1). Eheschutzmassnahmen und vorsorgliche Massnahmen gelten somit unter Vorbehalt ei- ner Änderung oder Aufhebung mindestens bis zum rechtskräftigen Entscheid über die betreffenden Punkte im Scheidungsverfahren (vgl. BGer 5A\_659/2014 vom 31. Oktober 2014 E. 2.3.2, 5P.121/2002 vom 12. Juni 2002 E. 3.1; OGer ZH LC060114 vom 27. April 2007 E. 3; BÄHLER, a.a.O., Art. 276 ZPO N 10 und 12; DOLGE, a.a.O., Art. 276 N 25; LEUENBERGER, a.a.O., Anh. ZPO Art. 276 N 11 und 13; SUTTER-SOMM/STANISCHEWSKI, a.a.O., Art. 276 N 29; TAPPY, a.a.O., Art. 276 N 46 und 50; ZOGG, a.a.O., S. 67). Damit ist die im Eheschutz- oder vorsorglichen Massnahmenentscheid auto- ritativ begründete Pflicht zur Zahlung von Unterhaltsbeiträgen von Gesetzes wegen nicht an die Reso- lutivbedingung des Eintritts der (Teil-)Rechtskraft im Scheidungspunkt, sondern an die Resolutivbe- dingung des Eintritts der (Teil-)Rechtskraft im Unterhaltspunkt geknüpft. Nur und erst mit Eintritt die- ser letzteren Bedingung endet die Vollstreckbarkeit des Eheschutz- bzw. Massnahmenentscheids (ZOGG, a.a.O., S. 67).

3.4 Die Ausführungen des Beschwerdeführers zu den materiell-rechtlichen Grundlagen des Unter- haltsanspruchs (Beschwerde Ziff. 18-27) sind nicht geeignet, die Richtigkeit der vorstehend dargeleg- ten Rechtsprechung und Lehre in Frage zu stellen. Der Umstand, dass sich die materiell-rechtliche Grundlage des Unterhaltsanspruchs ändert, hat nicht notwendigerweise zur Folge, dass gestützt auf die bisherige Grundlage erlassene Eheschutzmassnahmen keine Wirkung mehr entfalten oder nicht mehr vollstreckbar sind. Dies wird durch den Beitrag von ZOGG zu vorsorglichen Unterhaltszahlungen im Familienrecht bestätigt. Dieser Autor vertritt zwar die Auffassung, der eheliche Unterhaltsanspruch gemäss Art. 163 ff. des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (ZGB, SR 210) bestehe materiell-rechtlich nur bis zum Eintritt der (Teil-)Rechtskraft im Scheidungspunkt und ab diesem Zeitpunkt könne nur noch ein nahehehlicher Unterhaltsanspruch gemäss Art. 125 ff. ZGB bestehen (ZOGG, a.a.O., S. 48 f. und 65). Trotzdem hat er nichts einzuwenden gegen die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach Eheschutz- bzw. vorsorgliche Massnahmen mit der Teilrechtskraft im Scheidungspunkt nicht dahinfal- len, sondern bis zum rechtskräftigen Entscheid über die betreffenden Punkte im Scheidungsverfahren fort dauern. Wie bereits erwähnt hält er vielmehr ausdrücklich fest, dass die im Eheschutz- bzw. vor- sorglichen Massnahmenentscheid autoritativ begründete Pflicht zur Zahlung von Unterhaltsbeiträgen von Gesetzes wegen nicht an die Resolutivbedingung des Eintritts der (Teil-)Rechtskraft im Schei- dungspunkt, sondern an die Resolutivbedingung des Eintritts der (Teil-)Rechtskraft im Unterhaltspunkt geknüpft sei und die Vollstreckbarkeit des Eheschutz- bzw. Massnahmenentscheids erst mit dem Ein- tritt dieser letzteren Bedingung ende (ZOGG, a.a.O., S. 67). ZOGG vertritt zwar die Auffassung, der Massnahmenentscheid könne die Unterhaltsansprüche für die Dauer zwischen der Teilrechtskraft im Scheidungspunkt und der Teilrechtskraft im Unterhaltspunkt nicht definitiv beurteilen, weil der eheli- che Unterhaltsanspruch nach Art. 163 ff. ZGB, der Grundlage des Massnahmenentscheids gebildet habe, mit der

Teilrechtskraft im Scheidungspunkt ende. Die nach dem Eintritt der Teilrechtskraft im

## **E. 10**

Scheidungs punkt entstandenen Unterhaltsansprüche seien deshalb nur echt provisorisch, d.h. unter Vorbehalt einer rückwirkenden Überprüfung im Unterhaltsurteil, zugesprochen (ZOGG, a.a.O., S. 68). Da auch Entscheide über vorsorgliche Massnahmen definitive Rechtsöffnungstitel sein können (STAEHELIN, a.a.O., Art. 80 SchKG N 10; VOCK/AEPLY-WIRZ, a.a.O., Art. 80 N 3), ändert dies aber nichts daran, dass der Massnahmenentscheid auch nach dem Eintritt der Teilrechtskraft im Scheidungspunkt weiterhin einen definitiven Rechtsöffnungstitel darstellt. Dementsprechend hält ZOGG fest, dass ein bestehender Eheschutz- bzw. Massnahmenentscheid seine Vollstreckbarkeit mit dem Eintritt der Teilrechtskraft im Scheidungspunkt nicht verliere (ZOGG, a.a.O., S. 71). Im Übrigen kann aus der materiell-rechtlichen Grundlage des Unterhaltsanspruchs auch deshalb nichts für die Geltungsdauer des Eheschutzentscheids abgeleitet werden, weil die Frage nach der materiell-rechtlichen Grundlage umstritten und vom Bundesgericht noch nicht abschliessend geklärt worden ist. Nach der Praxis des Bundesgerichts zum alten Scheidungsrecht richtete sich die vorsorgliche Zusprechung von Unterhaltsbeiträgen nach der Teilrechtskraft im Scheidungspunkt nach den für den nahehelichen Unterhalt geltenden Grundsätzen (Art. 151 f. aZGB) (BGE 111 II 308 E. 4 S. 313). Gemäss der Botschaft zur Revision des ZGB vom 26. Juni 1998 wird damit, dass in Art. 137 Abs. 2 aZGB für vorsorgliche Massnahmen die Bestimmungen über die Eheschutzmassnahmen sinngemäss anwendbar erklärt werden, klarge stellt, dass sich der Unterhalt auch dann, wenn die Ehe bereits aufgelöst ist und die Parteien nur noch über die Folgen der Scheidung prozessieren, nach Ehe recht (Art. 163 ZGB) und nicht nach Scheidungsrecht (Art. 125 ZGB) bemisst (Botschaft vom 15. November 1995, in: BBI 1996 I S. 1, 137). In der Literatur zum geltenden Recht ist umstritten, ob die vorsorglichen Unterhaltsbeiträge nach dem Eintritt der Teilrechtskraft im Scheidungspunkt auf der ehelichen Unterhaltspflicht (Art. 163 ZGB; so TAPPY, a.a.O., Art. 276 N 47) oder auf der nahehelichen Unterhaltspflicht (Art. 125 ZGB; so BRUNNER, in: Hausheer/Spycher [Hrsg.], Handbuch des Unterhaltsrechts, 2. Aufl., Bern 2010, N 04.114; SUTTER-SOMM/STANISCHEWSKI, a.a.O., Art. 276 N 40; ZOGG, a.a.O., S. 48 f. insbesondere FN 9, S. 67 f. und S. 71) beruhen. Das Bundesgericht liess die Frage für das geltende Recht bisher offen (BGer 5A\_1003/2014 vom 26. Mai 2015 E. 4.2.2). Immerhin hat es entschieden, dass das Scheidungsgericht den Beginn der Unterhaltspflicht trotz der Marginalie „Nach-ehelicher Unterhalt“ von Art. 125 ZGB in Anwendung von Art. 126 Abs. 1 ZGB ausnahmsweise auch auf einen Zeitpunkt vor dem Eintritt der Teilrechtskraft des Scheidungsurteils im Scheidungspunkt festsetzen kann (BGE 142 III 193 E. 5.3 S. 194 f.). Dies spricht gegen die Auffassung, vor der rechtskräftigen Scheidung sei nur ein ehelicher Unterhaltsanspruch gemäss Art. 163 ZGB möglich und nach der rechtskräftigen Scheidung nur ein nahehelicher Unterhaltsanspruch gemäss Art. 125 ZGB. Gemäss der Rechtsprechung des Zürcher Obergerichts gilt für die Bemessung des vorsorglichen Unterhaltsbeitrags auch nach dem Eintritt der Teilrechtskraft im Scheidungspunkt weiterhin Ehe recht (Art. 163 ZGB) (0Ger ZH LC060114 vom 27. April 2007 E. 4). 3.5 3.5.1 Auch die weiteren Argumente des Beschwerdeführers sind nicht geeignet, die grundsätzliche Weitergeltung von Eheschutzentscheiden betreffend Unterhalt über die Teilrechtskraft im Scheidungspunkt hinaus in Frage zu stellen. 3.5.2 Der Beschwerdeführer macht geltend, die automatische Weitergeltung des vom Eheschutzgericht festgesetzten Unterhaltsbeitrags über die Teilrechtskraft im Scheidungspunkt hinaus würde dazu führen, dass er bis zum

rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens betreffend den nachehelichen Unterhalt weiterhin ehelichen Unterhalt bezahlen müsste, obwohl er rechtskräftig geschieden sei und festgestellt worden sei, dass er keinen nachehelichen Unterhalt schulde. Die Beschwerdegegnerin könnte deshalb durch eine mutwillige Verzögerung des Abschlusses des Scheidungsverfahrens die Weiterzahlung des ehelichen Unterhaltsbeitrags erwirken (Beschwerde Ziff. 37). Dieser Einwand ist

#### **E. 11**

unbegründet. Solange das Verfahren vor dem Berufungsgericht hängig gewesen ist, hätte der Beschwerdeführer bei diesem die Aufhebung oder Änderung der Eheschutzmassnahme beantragen können (vgl. BGer 5A\_34/2015 vom 29. Juni 2015 E. 4; SUTTER-SOMM/STANISCHEWSKI, a.a.O., Art. 276 N 38 f.). Für den Fall, dass die Voraussetzungen dafür erfüllt gewesen wären, hätte der Beschwerdeführer auf diese Weise eine Überprüfung seiner Unterhaltspflicht und gegebenenfalls deren Aufhebung verlangen und einem angeblich missbräuchlichen Verhalten der Beschwerdegegnerin wirkungsvoll begegnen können (vgl. BGer 5C.282/2002 vom 27. März 2003 E. 1.4). Die Tatsache allein, dass die Parteien aufgrund des Eintritts der Teilrechtskraft im Scheidungspunkt nicht mehr als verheiratet gelten, stellt allerdings gemäss dem Bundesgericht, dem Zürcher Obergericht und der herrschenden Lehre keinen Grund für eine Abänderung der Eheschutzmassnahmen bzw. vorsorglichen Massnahmen dar (BGer 5P.121/2002 vom 12. Juni 2002 E. 3.1; OGer ZH LC060114 vom 27. April 2007 E. 4; LEUENBERGER, a.a.O., Anh. ZPO Art. 276 N 13; SPYCHER, a.a.O., Art. 276 ZPO N 22; TAPPY, a.a.O., Art. 267 N 47; differenzierend ZOGG, a.a.O., S. 68). 3.5.3 In BGE 111 II 308 hat das Bundesgericht nur entschieden, es sei nicht willkürlich anzunehmen, dass die mit einem Eheschutzentscheid oder einem vorsorglichen Massnahmenentscheid festgesetzten Unterhaltsbeiträge in jedem Fall einer neuen Überprüfung zu unterziehen seien, wenn das Scheidungsurteil im Scheidungspunkt in Teilrechtskraft erwachsen sei, und der Massnahmenentscheid somit nicht über den Eintritt der Teilrechtskraft hinaus wirksam bleiben könne (BGE 111 II 308 Regeste und E. 4 S. 313). Im Übrigen stellte es fest, dass gemäss der Praxis des Kantonsgerichts Graubünden, des Appellationsgerichts des Kantons Tessin und des Obergerichts des Kantons Thurgau die für die Dauer des Scheidungsprozesses getroffenen Massnahmen so lange in Kraft bleiben, bis sich das Gericht auch über alle Nebenfolgen der Ehescheidung ausgesprochen habe (BGE 111 II 308 E. 2 S. 310). In BGE 120 II 1 erwoog das Bundesgericht, [m]it Eintritt der Rechtskraft der Scheidung fallen die vom Richter gestützt auf Art. 145 ZGB für die Dauer des Verfahrens getroffenen Anordnungen grundsätzlich dahin. Ist in diesem Zeitpunkt über die Nebenfolgen der Scheidung noch nicht entschieden worden oder bilden diese noch Gegenstand eines Rechtsmittelverfahrens, so sind über die strittigen Punkte auf jeden Fall vorsorgliche Massnahmen anzuordnen" (BGE 120 II 1 E. 2 S. 2). Aufgrund der Verwendung des Wortes „grundsätzlich“ kann aus dieser Entscheidung nicht geschlossen werden, bereits vorher angeordnete Eheschutzmassnahmen bzw. vorsorgliche Massnahmen würden mit dem Eintritt der Teilrechtskraft im Scheidungspunkt auf jeden Fall dahinfallen. Im Übrigen können die erwähnten Urteile für die Frage der Geltungsdauer der Eheschutzmassnahmen bzw. vorsorglichen Massnahmen entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers (Beschwerde Ziff. 32) für das geltende Recht ohnehin keine Geltung mehr beanspruchen, weil die einschlägigen gesetzlichen Grundlagen wesentlich geändert worden sind. In der bis am 31. Dezember 1999 geltenden Fassung des ZGB waren vorsorgliche Massnahmen nach Einreichung der Scheidungsklage in Art. 145 geregelt.

Diese Bestimmung sah keine sinngemässe Anwendung der Bestimmungen über die Eheschutzmassnahmen vor und regelte die Frage, ob vorsorgliche Massnahmen auch dann angeordnet werden können, wenn die Ehe aufgelöst ist, das Verfahren über die Scheidungsfolgen aber andauert, nicht ausdrücklich. Erst im vom 1. Januar 2000 bis am 31. Dezember 2010 geltenden Art. 137 Abs. 2 aZGB wurden die Bestimmungen über die Eheschutzmassnahmen für die vorsorglichen Massnahmen während des Scheidungsverfahrens für sinngemäss anwendbar erklärt. Gemäss der Botschaft sei damit klargestellt worden, dass für die vorläufige Bemessung der Rente weiterhin Eherecht (Art. 163 ZGB) und nicht der nach Art. 125 ZGB geschuldete Unterhalt im Sinn einer Prognose massgebend sei (Botschaft, a.a.O., S. 137). In Art. 137 Abs. 2 aZGB wurde zudem erstmals ausdrücklich festgehalten, dass das Gericht vorsorgliche Massnahmen auch dann anordnen kann, wenn die Ehe aufgelöst ist, aber das Verfahren über die Scheidungsfolgen fort dauert. Damit wurde die bundesgerichtliche Praxis nicht nur

## **E. 12**

bestätigt, sondern auch klargestellt (SUTTER/FREIBURGHAUS, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zürich 1999, Art. 137 N 44). 3.5.4 Die Strafrechtliche Abteilung des Bundesgerichts erwog in einem Entscheid betreffend die Vernachlässigung von Unterhaltspflichten gemäss Art. 217 StGB, der mit einem Eheschutzentscheid zugesprochene Unterhaltsbeitrag sei nur solange geschuldet, als die Ehe weiter bestehe. Er falle dahin, wenn die Ehe durch Scheidung aufgelöst sei (BGer 6S.438/2004 vom 8. Juni 2005 E. 1.3). Aus diesem Urteil kann der Beschwerdeführer nichts zu seinen Gunsten ableiten, weil er sich nicht zur Frage äussert, ob ein Eheschutzentscheid betreffend Unterhalt bis zum Eintritt der Teilrechtskraft im Unterhaltspunkt gilt, wenn das Scheidungsurteil im Scheidungspunkt bereits vorher teilrechtskräftig wird. Im vom Bundesgericht beurteilten Fall wurde gemäss den Angaben des damaligen Beschwerdeführers im Scheidungsurteil auch der naheheliche Unterhalt geregelt (BGer 6S.438/2004 vom 8. Juni 2005 Sachverhalt) und findet sich im Urteil des Bundesgerichts kein Hinweis darauf, dass dieses Urteil im Scheidungspunkt früher in Rechtskraft erwachsen sein könnte als im Unterhaltspunkt. [...]. 3.6 Nach ständiger Praxis des Bundesgerichts und herrschender Lehre kann das Scheidungsgericht in Anwendung von Art. 126 Abs. 1 ZGB im Rahmen des pflichtgemässen Ermessens frei bestimmen, ob die naheheliche Unterhaltspflicht rückwirkend mit der Teilrechtskraft des Scheidungsurteils im Scheidungspunkt oder erst mit der Teilrechtskraft im Unterhaltspunkt beginnt, ist der Beginn mit der Teilrechtskraft im Unterhaltspunkt aber die Regel (BGE 128 III 121 E. 3b S. 122 f.; BGer 5A\_34/2015 vom 29. Juni 2015 E. 4, 5A\_310/2010 vom 19. November 2011 E. 10.3; GLOOR/SPYCHER, in: Basler Kommentar, 5. Aufl., 2014, Art. 126 ZGB N 4; VETTERLI/CANTIENI, in: Bächler/Jakob [Hrsg.], Kurzkomentar ZGB, 2. Aufl., Basel 2018, Art. 126 N 1; vgl. SCHWENZER/BÜCHLER, in: Schwenzler/Fankhauser [Hrsg.], Fam-Komm Scheidung, 3. Aufl., Bern 2017, Art. 126 N 14). Von diesem Zeitpunkt ist auch auszugehen, wenn das Gericht den Beginn der Unterhaltspflicht nicht ausdrücklich regelt (GLOOR/SPYCHER, a.a.O., Art. 126 ZGB N 4; vgl. SCHWENZER/BÜCHLER, a.a.O., Art. 126 N 14). ZOGG vertritt soweit ersichtlich als einziger Autor die Auffassung, die naheheliche Unterhaltspflicht beginne grundsätzlich rückwirkend mit der Teilrechtskraft im Scheidungspunkt. Dies gelte auch dann, wenn das Scheidungsgericht den Beginn der Unterhaltspflicht nicht ausdrücklich festgelegt hat (ZOGG, a.a.O., S. 65 f.). Dieser der ständigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung und herrschenden Lehre widersprechenden Ansicht kann nicht gefolgt werden. Für die Bestimmung des Zeitpunkts, ab dem die

Feststellung des Scheidungsgerichts, ein Ehegatte schulde dem anderen keinen nachehelichen Unterhalt, Wirkung entfaltet, muss das Gleiche gelten wie für die Bestimmung des Beginns der nachehelichen Unterhaltspflicht. Das Gericht kann somit im Rahmen des pflichtgemässen Ermessens frei bestimmen, ob es die nacheheliche Unterhaltspflicht rückwirkend ab der Teilrechtskraft im Scheidungspunkt oder erst ab der Teilrechtskraft im Unterhaltspunkt verneint. Wenn die Zusprechung bzw. Verweigerung eines nachehelichen Unterhaltsbeitrags nicht rückwirkend ab dem Zeitpunkt der Teilrechtskraft im Scheidungspunkt beantragt worden ist und das Gericht den massgebenden Zeitpunkt nicht ausdrücklich regelt, ist davon auszugehen, dass die Feststellung, ein Ehegatte schulde dem anderen keinen nachehelichen Unterhalt, erst für die Zeit ab dem Eintritt der Teilrechtskraft im Unterhaltspunkt gilt und Wirkung entfaltet. 3.7 Im Zug der Scheidung wird die eheliche Unterhaltspflicht durch die nacheheliche Unterhaltspflicht abgelöst. Diese Ablösung erfolgt aber zumindest dann, wenn der Beginn der nachehelichen Unterhaltspflicht im Scheidungsurteil nicht rückwirkend auf den Zeitpunkt der Teilrechtskraft im Scheidungspunkt festgelegt wird, nicht im Zeitpunkt des Eintritts der Teilrechtskraft im Scheidungspunkt, sondern erst im Zeitpunkt des Eintritts der Teilrechtskraft im Unterhaltspunkt (vgl. BGer 5D\_91/2012 vom 15. November 2012 E. 4.1). In diesem Fall stellt ein Eheschutzentscheid für den Unterhalt für die

### **E. 13**

Zeit zwischen dem Eintritt der Teilrechtskraft des Scheidungsurteils im Scheidungspunkt und dem Eintritt der Teilrechtskraft im Unterhaltspunkt einen definitiven Rechtsöffnungstitel dar. Dies scheint auch der Auffassung des Bundesgerichts zu entsprechen (vgl. BGer 5D\_91/2012 vom 15. November 2012 E. 2 und 4.3). Das Gleiche muss gelten, wenn die Zusprechung bzw. Verweigerung eines nachehelichen Unterhaltsbeitrags nicht rückwirkend ab dem Zeitpunkt der Teilrechtskraft im Scheidungspunkt beantragt wird und das Scheidungsgericht nicht ausdrücklich bestimmt, ab welchem Zeitpunkt seine Feststellung, ein Ehegatte schulde dem anderen keinen nachehelichen Unterhaltsbeitrag, Wirkung entfaltet. In diesem Fall bezieht sich der Entscheid des Scheidungsgerichts im Unterhaltspunkt nur auf die Zeit ab dem Eintritt der Teilrechtskraft im Unterhaltspunkt und bleibt der Eheschutzentscheid für die bis zu diesem Zeitpunkt entstandenen Unterhaltsansprüche auch nach dem Eintritt der Teilrechtskraft im Unterhaltspunkt ein definitiver Rechtsöffnungstitel. Gemäss ZOGG hat das Scheidungsgericht im Eheschutzentscheid die nacheheliche Unterhaltspflicht für die Zeit zwischen der Teilrechtskraft im Scheidungspunkt und der Teilrechtskraft im Unterhaltspunkt rückwirkend zu überprüfen und fällt der Massnahmenentscheid hinsichtlich dieser Zeitspanne mit dem Eintritt der Rechtskraft des Scheidungsurteils im Unterhaltspunkt von Gesetzes wegen rückwirkend dahin (ZOGG, a.a.O., S. 68 und 71). Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden, weil sie auf der mit der ständigen Praxis des Bundesgerichts und der herrschenden Lehre nicht vereinbaren Meinung beruht, der Beginn der nachehelichen Unterhaltspflicht mit dem Eintritt der Teilrechtskraft des Scheidungsurteils sei die Regel (vgl. dazu oben E. 3.6). Unzutreffend ist auch die Auffassung von ZOGG, bei einer Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen ab dem Zeitpunkt der Teilrechtskraft im Unterhaltspunkt seien für die Zeit zwischen der Teilrechtskraft im Scheidungspunkt und der Teilrechtskraft im Unterhaltspunkt überhaupt keine Unterhaltsbeiträge geschuldet, weil damit implizit eine rückwirkende Überprüfung und Verneinung einer nachehelichen Unterhaltspflicht für diesen Zeitraum verbunden sei (ZOGG, a.a.O., S. 66 FN 84). Zumindest wenn die Zusprechung nachehelichen Unterhalts nicht rückwirkend ab dem

Zeitpunkt der Teilrechtskraft im Scheidungspunkt beantragt wurde, prüft das Scheidungsgericht die Unterhaltspflicht für die Zeit zwischen dem Eintritt der Teilrechtskraft im Scheidungspunkt und dem Eintritt der Teilrechtskraft im Unterhaltspunkt überhaupt nicht, wenn es den Beginn der Unterhaltspflicht auf den Zeitpunkt der Teilrechtskraft des Unterhaltspunkts festlegt oder diesen nicht regelt. In diesem Fall ist die Unterhaltspflicht für diesen Zeitraum nicht Streitgegenstand des Scheidungsurteils. Da Eheschutzmassnahmen und vorsorgliche Massnahmen unter Vorbehalt einer Änderung oder Aufhebung mindestens bis zum rechtskräftigen Entscheid über die betreffenden Punkte im Scheidungsverfahren gelten (vgl. BGer 5A\_659/2014 vom 31. Oktober 2014 E. 2.3.2, 5P.121/2002 vom 12. Juni 2002 E. 3.1; BÄHLER, a.a.O., Art. 276 ZGB N 10 und 12; DOLGE, a.a.O., Art. 276 N 25; LEUENBERGER, a.a.O., Anh. ZPO Art. 276 N 11 und 13; SUTTER-SOMM/STANISCHEWSKI, a.a.O., Art. 276 N 29; TAPPY, a.a.O., Art. 276 N 46 und 50; ZOGG, a.a.O., S. 67), bleibt der Unterhalt für die Zeit zwischen dem Eintritt der Teilrechtskraft im Scheidungspunkt und dem Eintritt der Teilrechtskraft im Unterhaltspunkt gestützt auf den Massnahmenentscheid auch nach dem Eintritt der Teilrechtskraft des Scheidungsurteils im Unterhaltspunkt geschuldet. Dementsprechend räumt ZOGG ein, dass mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wonach der Beginn der nachehelichen Unterhaltspflicht ab Teilrechtskraft im Unterhaltspunkt die Regel ist, wohl die Annahme verbunden sei, Unterhaltsbeiträge, die im Eheschutz- bzw. vorsorglichen Massnahmenverfahren zugesprochen worden sind, seien in diesem Fall auch für die Zeit zwischen dem Eintritt der Teilrechtskraft im Scheidungspunkt und der Teilrechtskraft im Unterhaltspunkt endgültig geschuldet (ZOGG, a.a.O., S. 66 FN 84).

#### **E. 14**

4. 4.1 Im vorliegenden Fall wurde der Beschwerdeführer mit Eheschutzentscheid vom 8. Februar 2013 verpflichtet, der Beschwerdegegnerin an den Unterhalt mit Wirkung ab 1. Februar 2013 einen monatlich vorauszahlbaren Unterhaltsbeitrag von CHF 20'000.- zu bezahlen. Dieser gleichentags in Rechtskraft erwachsene Entscheid ist ein definitiver Rechtsöffnungstitel für die monatlichen Unterhaltsbeiträge von CHF 20'000.- (vgl. oben E. 3.1). Der Umstand, dass der Entscheid des Zivilgerichts vom 25. Oktober 2017 am 19. Februar 2018 im Scheidungspunkt in Teilrechtskraft erwachsen ist, ändert nichts daran, dass der Eheschutzentscheid vom 8. Februar 2013 weiterhin wirksam gewesen ist und auch für nach dem Zeitpunkt des Eintritts der Teilrechtskraft im Scheidungspunkt entstandene Unterhaltsansprüche einen definitiven Rechtsöffnungstitel darstellt (vgl. oben E. 3.3-3.5).

4.2 Mit Ziffer 2 des Dispositivs des Entscheids vom 25. Oktober 2017 hat das Zivilgericht das Unterhaltsbegehren der Beschwerdegegnerin abgewiesen und festgestellt, dass sich die Parteien gegenseitig keine nachehelichen Unterhaltsbeiträge schulden. Da die Beschwerdegegnerin unter anderem gegen diese Ziffer des Dispositivs Berufung erhob, erwuchs der Entscheid des Zivilgerichts vom 25. Oktober 2017 im Unterhaltspunkt nicht in Rechtskraft. Mit Entscheid vom 3. Juli 2018 wies das Appellationsgericht die Berufung der Beschwerdegegnerin im Unterhaltspunkt ab. Dieser Entscheid wurde den Parteien vor dem Entscheid des Zivilgerichts vom 11. September 2018 eröffnet. Die Beschwerdegegnerin erhob gegen den Entscheid des Appellationsgerichts vom 3. Juli 2018 Beschwerde an das Bundesgericht. Es fragt sich, ob der Entscheid unter diesen Umständen bereits in Rechtskraft erwachsen ist. Ein Entscheid erwächst in formelle Rechtskraft, wenn er nicht mehr mit einem ordentlichen Rechtsmittel angefochten werden kann (BGE 139 III 486 E. 3 S. 487 f.; MEYER/DORMANN, in: Basler Kommentar, 2. Aufl., 2011, Art. 103 BGG N 5). Ob die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht gegen Leistungs- und

Feststellungsurteile ein ordentliches Rechtsmittel ist, das den Eintritt der formellen Rechtskraft hemmt, ist in der Lehre umstritten (dafür MEYER/DORMANN, a.a.O., Art. 103 BGG N 5; dagegen SEILER, Die Berufung nach ZPO, Zürich 2013, N 1684). Die Rechtsprechung zeichnet kein einheitliches Bild (vgl. BGer 5A\_346/2011 vom 1. September 2011 E. 3.1, wonach ein letztinstanzlicher kantonaler Entscheid im Zeitpunkt seiner Ausfällung in formelle Rechtskraft erwachse, und BGer 5A\_495/2015 vom 26. August 2015 E. 3.1, wonach die Beschwerde in Zivilsachen den Eintritt der formellen Rechtskraft vorbehältlich einer abweichenden Anordnung des Bundesgerichts nicht hemme; vgl. demgegenüber BGE 139 III 120 E. 3.1.1 S. 122 f., wonach die Beschwerde in Zivilsachen die formelle Rechtskraft eines Leistungsurteils hemme). Die Frage, ob der Entscheid des Appellationsgerichts vom 3. Juli 2018 in Rechtskraft erwachsen ist, kann offen bleiben, weil der Beschwerdeführer daraus entgegen seiner Auffassung (Beschwerde Ziff. 39) ohnehin nichts zu seinen Gunsten ableiten könnte, wie sich aus nachfolgender Erwägung ergibt.

4.3 Im erstinstanzlichen Scheidungsverfahren beantragte der Beschwerdeführer, es sei festzustellen, dass gegenseitig kein nachehelicher Unterhalt geschuldet sei, und beantragte die Beschwerdegegnerin, der Beschwerdeführer sei zu verpflichten, ihr einen nachehelichen Unterhaltsbeitrag von monatlich CHF 20'000.- zu bezahlen. Im Berufungsverfahren wiederholte die Beschwerdegegnerin dieses Rechtsbegehren und beantragte der Beschwerdeführer die Abweisung der Berufung. Betreffend den Zeitpunkt, ab dem die Feststellung, dass sich die Parteien keinen nachehelichen Unterhalt schulden, gelten bzw. der nacheheliche Unterhalt geschuldet sein soll, stellten die Parteien keine Anträge (Entscheid des Zivilgerichts vom 25. Oktober 2017 Tatsachen Ziff. 2-5; Entscheid des Appellationsgerichts vom 3. Juli 2018 Sachverhalt S. 2f.). Mit Ziffer 2 des Dispositivs des Entscheids vom 25. Oktober 2017 wies das Zivilgericht das Unterhaltsbegehren der Beschwerdegegnerin ab und stellte fest, dass sich die Parteien gegenseitig keine nachehelichen Unterhaltsbeiträge schulden. Das Appellationsgericht wies die Berufung im Unterhaltspunkt mit Entscheid vom 3. Juli 2018 ab. Weder das

## **E. 15**

Zivilgericht noch das Appellationsgericht äusserten sich zum Zeitpunkt des Beginns der Unterhaltspflicht bzw. der Wirksamkeit der Feststellung, dass sich die Parteien keine nachehelichen Unterhaltsbeiträge schulden. Unter diesen Umständen ist davon auszugehen, dass die Gerichte die nacheheliche Unterhaltspflicht nur für die Zeit ab dem Eintritt der Teilrechtskraft des Scheidungsurteils im Unterhaltspunkt geprüft haben, und bezieht sich die Verneinung einer nachehelichen Unterhaltspflicht nur auf diese Zeit (vgl. oben E. 3.6 f.). Selbst für den Fall, dass der Entscheid des Appellationsgerichts vom 3. Juli 2018 mit seiner Eröffnung in Rechtskraft erwachsen ist, ersetzt er den Eheschutzentscheid vom 8. Februar 2013 folglich erst für die Zeit nach seiner Eröffnung und bleibt der Eheschutzentscheid für bis zur Eröffnung des Entscheids des Appellationsgerichts vom 3. Juli 2018 entstandene Unterhaltsansprüche auch nach dem Eintritt der Rechtskraft des Entscheids des Appellationsgerichts ein definitiver Rechtsöffnungstitel. Das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt hat in seinem Rechtsöffnungsentscheid sämtliche zivilrechtlichen Rügen des Beschuldigten abgehandelt, welche dieser auch im vorliegenden Verfahren vorbringt. Angesichts der Ausführungen des Appellationsgerichts, welche überzeugend erscheinen und ihre Stütze sowohl in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung als auch in der Literatur finden, spricht vieles dafür, dass die Beschwerdeführerin einen familienrechtlichen Unterhaltsanspruch des Zivilrechts gegenüber dem Beschuldigten auch nach Rechtskraft im Scheidungspunkt bis zum Eintritt

der Rechtskraft im Unterhaltspunkt hat. Das Nichtbezahlen familienrechtlicher Unterhaltsleistungen des Zivilrechts wird von Art. 217 StGB mit Strafe bedroht (vgl. E. 6.2 hiervor). Folglich erscheint vorliegend ein Freispruch im Falle einer Anklageerhebung nicht wahrscheinlicher als eine Verurteilung. Was die Staatsanwaltschaft und der Beschuldigte hiergegen vorbringen, überzeugt nicht resp. lässt einen Freispruch des Beschuldigten wegen Vernachlässigung von familienrechtlichen Unterhaltspflichten nicht als wahrscheinlicher erscheinen als eine Verurteilung. Soweit sich die Staatsanwaltschaft massgeblich auf das Urteil des Bundesgerichts 6S.438/2004 vom 8. Juni 2005 beruft, ist dieses für das vorliegende Verfahren nicht einschlägig. Wie das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt in seiner Entscheidung vom 13. November 2018 in E. 3.5.4 zu Recht festgehalten hat, hat sich das Bundesgericht in diesem Urteil nicht zur Frage geäussert, ob ein Eheschutzentscheid betreffend Unterhalt bis zum Eintritt der Teilrechtskraft im Unterhaltspunkt gilt, wenn das Scheidungsurteil im Scheidungspunkt bereits vorher teilrechtskräftig wird. Im vom Bundesgericht beurteilten Fall, wurde gemäss Angaben des damaligen Beschwerdeführers im Scheidungsurteil der nacheheliche Unterhalt geregelt (vgl. Urteil des Bundesgerichts 6S.438/2004 vom 8. Juni 2005, Sachverhalt, Bst. B). Im Urteil des Bundesgerichts fanden sich keine Hinweise darauf, dass das Urteil im Scheidungspunkt früher in Rechtskraft erwachsen sein könnte, als im Unterhaltspunkt. Folglich musste im Urteil auch nicht differenziert werden zwischen dem Zeitpunkt der Teilrechtskraft des Scheidungspunktes sowie der Teilrechtskraft des Unterhaltspunktes, sondern es konnte in allgemeiner Weise von der «Scheidung» gesprochen werden. Der Eheschutzentscheid hatte gemäss Bundesgerichtsurteil zudem deshalb nach wie vor Geltung, weil das marokkanische Scheidungsurteil in der Schweiz (noch) nicht anerkannt worden war (vgl. Urteil des Bundesgerichts 6S.438/2004 vom 8. Juni 2005 E. 1.3). Mithin ging es im Urteil des Bundesgerichts massgeblich um die Feststellung, dass der Strafrichter den Be-

## **E. 16**

schuldigten gestützt auf ein Eheschutzurteil nicht ohne Prüfung, ob ein im Ausland gefälltes Scheidungsurteil anerkannt werden kann, wegen Vernachlässigung von Unterhaltspflichten schuldig erklären kann, d.h. um eine ganz andere Ausgangslage als die Vorliegende. Aus diesem Urteil kann der Beschuldigte nichts zu seinen Gunsten ableiten. Soweit die Staatsanwaltschaft eine Verurteilung des Beschuldigten wegen Vernachlässigung von Unterhaltspflichten als grotesk erachtet, weil das Zivilgericht und das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt in ihren Entscheidungen festgehalten hätten, dass kein nachehelicher Unterhalt geschuldet sei, ist dem entgegenzuhalten, dass dieser Entscheid offensichtlich erst ab Rechtskraft des Unterhaltspunktes und nicht für die Zeit zwischen der Rechtskraft des Scheidungspunktes bis zur Rechtskraft des Unterhaltspunktes gilt (vgl. dazu auch die überzeugenden Ausführungen im Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 13. November 2018 E. 3.5.2, 3.6 f.). Auch die Ausführungen der Staatsanwaltschaft und des Beschuldigten, wonach nicht alle familienrechtlichen Pflichten unter den Straftatbestand von Art. 217 StGB fielen, sondern nur solche, die sich aus einem familienrechtlichen Status ableiten würden, sprechen nicht für einen wahrscheinlicheren Freispruch des Beschuldigten wegen Vernachlässigung von Unterhaltspflichten im Falle der Anklageerhebung als eine Verurteilung. Die Staatsanwaltschaft und der Beschuldigte verweisen massgeblich auf BOSSHARD. Dieser hielt zu Art. 217 StGB Folgendes fest (BOSSHARD, in: Basler Kommentar, Strafrecht, 4. Aufl. 2018, N. 8 zu Art. 217 StGB): Abs. 1 setzt auf verschiedenen familienrechtlichen Beziehungen beruhende Unterhalts- und

Unterstützungspflichten des Zivilrechts voraus (BGE 122 IV 207, 209 E. 3d m.w.N.; PK-TRECHSEL, Art. 217 N 2; DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, IV, 6 f.). Auf eine Aufzählung der möglichen Anspruchsberechtigten konnte der Gesetzgeber verzichten, da mit der Formulierung «familienrechtliche Unterhalts- und Unterstützungspflichten» alle Fälle erfasst sind, welche strafrechtlichen Schutz geniessen (BRODER, ZStrR 1992, 297; Botschaft 1985, 1054; teilweise a.M. STRATENWERTH/BOMMER, BT/2, § 26 N 22 ff.). Ob ein solche Pflichten auslösendes Verhältnis zwischen zwei Personen besteht, beurteilt sich nach den Bestimmungen des ZGB, insb. über die Ehe (Art. 101 ff. ZGB) und das Kindesverhältnis (Art. 252 ff. ZGB), und des Bundesgesetzes über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare (Art. 13, 27, 34 PartG; vgl. DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, IV, 7). In Betracht fallen demnach nur Pflichten, die unmittelbar aus einem bestimmten familienrechtlichen Status folgen, etwa im Verhältnis zum Ehegatten während der Ehe oder nach der Scheidung, zu Kindern, zur unverheirateten Mutter (Art. 295 ZGB; vgl. dazu Botschaft 1985, 1054 f.; BRODER, ZStrR 1992, 301; a.M. STRATENWERTH/BOMMER, BT/2, § 26 N 25) oder zu Blutsverwandten. Nicht erfasst sind die Beistandspflicht eines Stiefelternteils (i.S.v. Art. 278 Abs. 2 ZGB) und die vermögensrechtlichen Verpflichtungen, die auf einer blossen Zahlvaterschaft nach altem Recht (Art. 319 a.F. ZGB) basieren (BRODER, ZStrR 1992, 300 f.; Botschaft 1985, 1055; s. a. STRATENWERTH/BOMMER, BT/2, § 26 N 25). In Statusfragen ist allein die zivilrechtliche Anerkennung (nicht die wirkliche Verwandtschaftsbeziehung) massgebend (STRATENWERTH/BOMMER, BT/2, § 26 N 23 f.). Die diesbezüglich relevanten Verhältnisse sind demnach regelmässig aus den Zivilstandseintragungen ersichtlich (vgl. DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, IV, 7). Aufgrund der Rechtsscheinwirkung des Legitimationsregisters befreit bspw. die blosser Behauptung, das eingetragene Kindesverhältnis entspreche nicht der natürlichen Abstammung, nicht von den auf einer eingetragenen Beziehung basierenden Unterhalts- und Unterstützungspflichten (vgl. BGE 86 IV 180, 181 f. E. 2; DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, IV, 7). Andererseits macht sich der Vater, der mit der Mutter nicht verheiratet ist und das Kind nicht anerkannt hat, nicht der Vernachlässigung von Unter-

## **E. 17**

stützungspflichten schuldig, wenn er vor Eintritt der Rechtskraft des Vaterschaftsurteils keinen Unterhalt für das Kind leistet, es sei denn, er sei aufgrund von vorsorglichen Massnahmen dazu verpflichtet worden (BGE 136 IV 122, E. 2.1 und 2.2). Eine für den Strafrichter zu beachtende Änderung oder Berichtigung des (eingetragenen) Status kann mithin nur in einem förmlichen Verfahren, durch Gestaltungsurteil (z. B. Feststellung oder Anfechtung des Kindesverhältnisses) oder durch Gestaltungsakt (z. B. Anerkennung des Kindes) herbeigeführt werden (vgl. STRATENWERTH/BOMMER, BT/2, § 26 N 24) [...]. Aus dieser Erwägung kann entgegen der Ansicht der Staatsanwaltschaft und des Beschuldigten nicht geschlossen werden, dass nach Rechtskraft des Scheidungspunktes zivilrechtlich offensichtlich begründete Unterhaltsansprüche für die Dauer bis zur Rechtskraft im Unterhaltspunkt nicht mehr durch das Strafrecht geschützt sein sollen. Vorab gilt es erneut festzuhalten, dass Art. 217 StGB der Durchsetzung familienrechtlich begründeter Unterhalts- und Unterstützungspflichten dient, mithin dazu dienen soll, die Erfüllung privatrechtlicher Verbindlichkeiten zu erzwingen (STRATENWERTH/BOMMER, a.a.O., N. 20 zu § 26). Geschütztes Rechtsgut ist der zivilrechtliche Anspruch auf (materielle) Unterstützung. Unter familienrechtliche Unterhalts- oder Unterstützungspflichten nach Zivilrecht fallen nach TRECHSEL insbe-

sondere auch die Unterhaltspflicht nach Anbringung der Scheidung (Art. 276 ZPO; vgl. TRECHSEL, a.a.O., N. 1 f. zu Art. 217 StGB; vgl. E. 6.2 hiervor). Auf diese Bestimmung der ZPO stützt sich das Zivilgericht und das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt für die Weitergeltung der Unterhaltspflicht nach Rechtskraft im Scheidungspunkt bis zur Rechtskraft im Urteilspunkt (vgl. Entscheid vom resp. 11. September 2018 resp. 13. November 2018). Die Einheitlichkeit und Kohärenz der Rechtsordnung spricht im Übrigen deutlich dafür, dass der Schutzbereich der Strafbestimmung von Art. 217 StGB sich mit dem Zivilrecht deckt. BOSSHARD hat bei seiner Aufzählung, wonach nur Pflichten, die unmittelbar aus einem bestimmten familienrechtlichen Status folgen würden, lediglich beispielhaft das Verhältnis zum Ehegatten während der Ehe und nach der Scheidung erwähnt. Er hat sich indes nicht zur vorliegenden Konstellation geäußert. Zudem hat er auch vorsorgliche Massnahmen als hinreichend erachtet. Angesichts der Ausführungen von TRECHSEL und des Umstandes, dass die familienrechtlichen Unterhalts- und Unterstützungspflichten von BOSSHARD nur beispielhaft aufgezählt wurden, kann nicht klarerweise geschlossen werden, dass die vorliegende wohl bestehende zivilrechtliche Unterhaltspflicht offenbar keinen strafrechtlichen Schutz finden kann. Dies zu beurteilen obliegt dem Sachgericht. 7. Nach dem Gesagten kann in Anwendung des Entscheidungssatzes «in dubio pro duriore» keine Verfahrenseinstellung erfolgen. Die Beschwerde ist begründet und deshalb gutzuheissen. Die Staatsanwaltschaft wird angewiesen, die Strafuntersuchung gegen den Beschuldigen wegen Vernachlässigung von Unterhaltspflichten fortzusetzen. Der Beschuldigte ist – wie zunächst vorgesehen – einzuvernehmen und es ist Frist zur Einreichung von Beweisanträgen zu setzen (Art. 318 StPO). Danach hat die Staatsanwaltschaft beim zuständigen Sachgericht Anklage gegen den Beschuldigten zu erheben wegen Vernachlässigung von Unterhaltspflichten, soweit die Voraussetzungen für den Erlass eines Strafbefehls nicht vorliegen.

## **E. 18**

8.

## **E. 19**

Die Beschwerdekammer in Strafsachen beschliesst:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.