

# **BGer 5A 598/2017 vom 5. Dezember 2017**

Bundesgericht, 2017-12-05, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_598\\_2017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_598_2017)

FR: TF 5A 598/2017 du 5 décembre 2017

IT: TF 5A 598/2017 del 5 dicembre 2017

## **Regeste**

Definitive Rechtsöffnung (aufschiebende Wirkung) | Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Der Beschwerdeführer wehrt sich gegen den Entscheid, mit dem das Obergericht in einem Rechtsmittelverfahren betreffend die definitive Rechtsöffnung (Art. 80 f. SchKG) sein Begehren um Aufschub der Vollstreckbarkeit des erstinstanzlichen Rechtsöffnungsentscheids abweist. Das ist ein Zwischenentscheid ( BGE 137 III 475 E. 1 S. 476). Bei Zwischenentscheiden folgt der Rechtsweg jenem der Hauptsache ( BGE 137 III 380 E. 1.1 S. 382; 133 III 645 E. 2.2 S. 647). Dort geht es um die Zwangsvollstreckung von Kindesunterhalt im Umfang von Fr. 44'501.25, also um eine Schuldbetreibungssache (Art. 72 Abs. 2 Bst. a BGG), deren Streitwert die gesetzliche Mindestgrenze von Fr. 30'000.-- (Art. 74 Abs. 1 Bst. b BGG) erreicht. Allein der Umstand, dass das Obergericht nicht als Rechtsmittelinstanz im Sinne von Art. 75 Abs. 2 BGG entscheiden hat, steht der Zulässigkeit der Beschwerde nicht entgegen ( BGE 137 III 424 E. 2.2 S. 426 f.). Die rechtzeitig (Art. 100 i.V.m. Art. 46 Abs. 2 BGG ) eingereichte Beschwerde ist damit grundsätzlich gegeben.

### **E. 1.2**

Abgesehen vom hier nicht gegebenen Ausnahmefall des Art. 93 Abs. 1 Bst. b BGG ist die Beschwerde gegen einen Zwischenentscheid wie den hier streitigen allerdings nur zulässig, wenn er einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann (Art. 93 Abs. 1 Bst. a BGG). Dieser Nachteil muss rechtlicher Natur sein ( BGE 138 III 333 E. 1.3.1 S. 335 mit Hinweisen). Nicht wieder gutzumachen ist der Nachteil nur, wenn ihn auch ein für den Beschwerdeführer günstiger Endentscheid nicht oder nicht vollumfänglich zu beheben vermöchte ( BGE 141 III 395 E. 2.5 S. 399 f.; 137 III 522 E. 1.3 S. 525 mit Hinweisen). Ausschlaggebend ist also, wie sich der Zwischenentscheid auf die Hauptsache auswirkt ( BGE 137 III 380 E. 1.2.2 S. 383). Der blosse Umstand, zu einer Geldleistung verpflichtet zu werden, stellt grundsätzlich keinen rechtlichen Nachteil im beschriebenen Sinne dar ( BGE 138 III 333 S. 1.3.1 S. 335; 137 III 637 E. 1.2 S. 640). Eine Ausnahme ist dort am Platz, wo die Beschwerde führende Partei nachweist, dass sie ohne aufschiebende Wirkung ernsthaften finanziellen Schwierigkeiten ausgesetzt wäre oder im Falle eines Obsiegens in der Hauptsache die Rückerstattung der geleisteten Geldbeträge nicht erhalten können ( BGE 138 III 333 E. 1.3 S. 335 f.; Urteile 5D\_1/2017 vom 15. März 2017 E. 1.1; 5A\_661/2015 vom 2. Dezember 2015 E. 1.2; 5A\_708/2013 vom 14. Mai 2014 E. 1.1, in: SJ 136/2014 I S. 366; 5D\_52/2010 vom 10. Mai 2010 E. 1.1.1, in: SJ 133/2011 I S. 134 f.).

### **E. 1.3**

Hier behauptet der Beschwerdeführer nicht, dass er in seiner wirtschaftlichen Existenz gefährdet wäre, wenn es beim angefochtenen Zwischenentscheid sein Bewenden hätte. Hingegen stellt er sich auf den Standpunkt, dass er auch bei einem für ihn günstigen Endentscheid in der Hauptsache den streitigen Betrag vom Beschwerdegegner höchstwahrscheinlich nicht mehr zurückfordern könnte. Ob sich mit den verschiedenen Argumenten, die der Beschwerdeführer zur Begründung dieser Auffassung vorträgt, ein nicht wieder gutzumachender Nachteil im beschriebenen Sinn von Art. 93 Abs. 1 Bst. a BGG dartun lässt, erscheint fraglich, kann aber offenbleiben. Denn wie die nachfolgenden Erwägungen zeigen, vermögen die nur unwesentlich verschiedenen Argumente, die der Beschwerdeführer in der Sache gegen den angefochtenen Entscheid ins Feld führt, den angefochtenen Entscheid nicht zu erschüttern.

## **E. 2**

Der Entscheid über die aufschiebende Wirkung ist ein Entscheid über eine vorsorgliche Massnahme im Sinne von Art. 98 BGG (BGE 137 III 475 E. 2 S. 477 mit Hinweisen). Mit der Beschwerde kann nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden. Hierfür gilt das strenge Rügeprinzip ( Art. 106 Abs. 2 BGG ). Die rechtsuchende Partei muss die Verletzung verfassungsmässiger Rechte in der Beschwerde präzise vorbringen und begründen. Im Schriftsatz ist im Einzelnen substantiiert darzulegen, worin die Verletzung besteht (vgl. BGE 133 III 439 E. 3.2 S. 444). Das Bundesgericht beurteilt nur klar und detailliert erhobene und soweit möglich belegte Rügen; auf rein appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid tritt es nicht ein ( BGE 133 II 396 E. 3.1 S. 399 f.). In tatsächlicher Hinsicht ist das Bundesgericht an den Sachverhalt gebunden, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Von diesen Sachverhaltsfeststellungen kann es nur abweichen, wenn sie unter Verletzung eines verfassungsmässigen Rechts zustande kamen ( BGE 133 III 585 E. 4.1 S. 588), was wiederum präzise geltend zu machen ist ( Art. 106 Abs. 2 BGG ; BGE 133 III 439 E. 3.2 S. 445).

## **E. 3**

Im Hinblick auf eine angebliche Verletzung des rechtlichen Gehörs ( Art. 29 Abs. 2 BV ) klagt der Beschwerdeführer, dass die Vorinstanz sein Vorbringen nicht berücksichtige, wonach sich der Beschwerdegegner in Israel befinde und ein ausländischer Wohnsitz für die Gewährung der aufschiebenden Wirkung praxisgemäss relevant sei. Die Rüge geht fehl. Der angefochtenen Verfügung zufolge ist der Aufschub der Vollstreckung "nur dann gerechtfertigt", wenn eine von zwei Voraussetzungen erfüllt ist (dazu unten E. 4). Das Obergericht erklärt, dass der Beschwerdeführer "weder das eine noch das andere" vorbringe, sondern sich auf die gesetzlichen Folgen berufe "und ein erschwertes Eintreiben der Rückforderung im Ausland" geltend mache. Inwiefern diese Passagen anders denn als Beurteilung des besagten Arguments betreffend den ausländischen Wohnsitz des Beschwerdegegners verstanden werden können, vermag der Beschwerdeführer nicht zu erklären. Ob das Obergericht dem kantonalen Rechtsmittel die aufschiebende Wirkung unter dem fraglichen Blickwinkel verweigern durfte, ist keine Frage des rechtlichen Gehörs, sondern eine solche der korrekten Handhabung des Gesetzes, die im hiesigen Verfahren freilich nur auf die Verletzung verfassungsmässiger Rechte hin überprüft werden kann (E. 2).

## **E. 4**

In der Sache dreht sich der Streit um das Begehren des Beschwerdeführers, die Vollstreckung des erstinstanzlichen Rechtsöffnungsentscheids vom 8. Juni 2017 im kantonalen Rechtsmittelverfahren aufzuschieben (s. Sacherhalt Bst. B).

#### **E. 4.1**

Das Obergericht hält fest, dass ein solcher Aufschub nach der Praxis des Bundesgerichts nur dann gerechtfertigt sei, wenn entweder die Zahlung den Schuldner in finanzielle Schwierigkeiten bringe oder wenn im Falle der Gutheissung des Rechtsmittels die Möglichkeit der Rückforderung wegen der zweifelhaften Zahlungsfähigkeit des Gläubigers ungewiss erscheine, was von der gesuchstellenden Partei zu behaupten und nachzuweisen sei. Im konkreten Fall stellt das Obergericht fest, dass der Beschwerdeführer weder das eine noch das andere vorbringe, sondern sich auf die gesetzlichen Folgen berufe und ein erschwertes Eintreiben der Rückforderung im Ausland geltend mache. Weiter erinnert es daran, dass die dem Beschwerdeführer zustehende Parteientschädigung von Fr. 4'698.-- im erstinstanzlichen Rechtsöffnungsentscheid mit der Forderung des Beschwerdegegners verrechnet worden sei. Demnach lägen "insgesamt keine hinreichenden Gründe für das Abweichen vom gesetzlichen Regelfall" vor, weshalb das Gesuch abzuweisen sei. Schliesslich verweist die Vorinstanz darauf, dass im Rahmen der Erteilung der aufschiebenden Wirkung nicht der Entscheid in der Hauptsache vorweggenommen werden soll.

#### **E. 4.2**

Der Beschwerdeführer rügt Willkür in der Rechtsanwendung. Er habe sein Gesuch damit begründet, dass sich der Beschwerdegegner in Israel befinde, einem Land mit einer anderen Sprache, einem anderen Rechtssystem und insbesondere einer anderen Schrift. Die Vorinstanz setze sich darüber hinweg, dass der ausländische Wohnsitz praxisgemäss - alternativ zur fehlenden Zahlungsfähigkeit - ein "Grund für die Gewährung der aufschiebenden Wirkung ist". Der Beschwerdeführer zitiert aus einem Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich in einem "gleich gelagerten Fall im Jahr 2013". Dort habe das Obergericht "richtigerweise entschieden", dass bei einem ausländischen Wohnsitz des Prozessgegners ein überwiegendes Interesse an der Gewährung der aufschiebenden Wirkung gegeben sei. Der Beschwerdeführer verkennt die Tragweite des verfassungsmässigen Anspruchs, von staatlichen Organen ohne Willkür behandelt zu werden ( Art. 9 BV ). Willkürlich ist ein Entscheid nicht schon dann, wenn eine andere Lösung ebenfalls als vertretbar oder gar zutreffender erscheint (s. zum Begriff der Willkür BGE 141 I 49 E. 3.4 S. 53; 140 III 16 E. 2.1 S. 18 f.; 167 E. 2.1, je mit Hinweisen). Dementsprechend vermag der blosse Umstand, dass die Vorinstanz in einem anderen Streit um Geldforderungen eine Rückforderung mit Blick auf den ausländischen Wohnsitz der Prozessgegner als "erschwert" erachtete und deshalb ein überwiegendes Interesse an der aufschiebenden Wirkung bejahte, für sich allein genommen den Vorwurf der Willkür nicht zu begründen. Willkür in der Rechtsanwendung liegt nur vor, wenn der angefochtene Entscheid selbst, so wie ihn die Vorinstanz gefällt hat, auch im Ergebnis offensichtlich unhaltbar ist oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwider läuft (BGE a.a.O.).

#### **E. 4.3**

Das Gesagte gilt sinngemäss, soweit der Beschwerdeführer die bundesgerichtliche Praxis ins Feld führt. Zunächst sticht ins Auge, dass die Urteilspassagen, auf die er sich beruft,

nicht die aufschiebende Wirkung im kantonalen Beschwerdeverfahren betreffen, sondern den "nicht leicht wiedergutmachenden Nachteil" als Voraussetzung für den Aufschub vorsorglicher Massnahmen im Berufungsverfahren ( Art. 315 Abs. 5 ZPO ; Urteil 5A\_661/2015 vom 2. Dezember 2015 E. 5.2) und die aufschiebende Wirkung im bundesgerichtlichen Beschwerdeverfahren ( Art. 103 Abs. 3 BGG ; nicht publ. Präsidialverfügung vom 3. Juli 2015). Inwiefern die dort festgehaltenen Grundsätze geradezu zwingend auch für die hier zu beurteilende Suspensivwirkung nach Art. 325 ZPO gelten müssen, legt der Beschwerdeführer nicht dar. Abgesehen davon lässt sich auch diesen Stellen nicht entnehmen, dass sich die Möglichkeit der Rückforderung bei einem ausländischen Wohnsitz des Gläubigers "praxisgemäss" als "schwierig bzw. unmöglich" erweist. Vielmehr hat die Gesuch stellende Partei gemäss der erwähnten Präsidialverfügung in tatsächlicher Hinsicht zumindest glaubhaft zu machen, dass sie geleistete Zahlungen gerade wegen des ausländischen Wohnsitzes des Prozessgegners im Falle der Gutheissung ihres Rechtsmittels nicht werde erhältlich machen können. Der Beschwerdeführer äussert sich nicht dazu, welche konkreten Tatsachen er der Vorinstanz in diesem Zusammenhang vergeblich als glaubhaft vorgetragen hat. So macht er beispielsweise nicht geltend, allfällige Eigenheiten des israelischen Gerichts- und Zwangsvollstreckungswesens hervorgehoben zu haben, welche die Erstretung und Vollstreckung eines (israelischen) Rückforderungstitels als besonders umständlich oder zeitaufwändig erscheinen liessen. Ebenso wenig beruft er sich darauf, zur Begründung seines Verfahrensanspruchs besondere Hürden genannt zu haben, mit denen ein ausländischer Kläger in einem Rückforderungsprozess der fraglichen Art vor israelischen Gerichts- oder Zwangsvollstreckungsbehörden zu rechnen hätte. Soweit er seine Hinweise auf den ausländischen Wohnsitz des Beschwerdegegners bzw. auf Sprachbarrieren, Prozesskosten und die Verfahrensdauer als ausreichend erachtet, täuscht sich der Beschwerdeführer. Dass ein Prozess im Ausland mit sprachlichen Schwierigkeiten und mit Mehraufwand verbunden sein kann, entspricht der Lebenserfahrung und lässt die Möglichkeit der Rückforderung allein wegen des internationalen Bezugs nicht als ungewiss erscheinen. Im Ergebnis hält es deshalb vor Art. 9 BV stand, wenn die Vorinstanz dem Beschwerdeführer vorwirft, bloss ein erschwertes Eintreiben der Rückforderung im Ausland geltend zu machen.

#### **E. 4.4**

Weiter bestreitet der Beschwerdeführer, vor der Vorinstanz keine Zweifel an der Zahlungsfähigkeit des Beschwerdegegners angemeldet zu haben. Vielmehr habe er daran erinnert, dass sich der Beschwerdegegner weigere, eine rechtskräftig zugesprochene Parteientschädigung aus einem früheren Verfahren zu bezahlen. Damit habe er nicht nur einen zweifelhaften, sondern einen fehlenden Leistungswillen und "ein fehlendes Leistungsvermögen (entsprechend einer zweifelhaften Zahlungsfähigkeit, bzw. über eine solche hinausgehend) behauptet und sogar urkundlich belegt". Mit seinem Versuch, den angeblich fehlenden Zahlungswillen des Beschwerdegegners mit der zweifelhaften Zahlungsfähigkeit gleichzusetzen oder als solche auszugeben, vermag der Beschwerdeführer dem Obergericht keine willkürliche Rechtsanwendung nachzuweisen. Käme es bei der Beurteilung der Aussichten auf spätere Rückerstattung auf den Willen des Prozessgegners an, so liesse sich ein Gesuch um aufschiebende Wirkung mit der blossen Befürchtung begründen, im Falle eines Obsiegens einen Prozess anstrengen zu müssen, weil bereits Geleistetes voraussichtlich nicht freiwillig zurückerstattet wird. Der Beschwerdeführer behauptet nicht, dass sich ein solches Verständnis der Voraussetzungen für die Gewährung des Suspensiveffekts aus der einschlägigen Rechtsprechung und Lehre

ergibt. Stattdessen verweist er auf eine Literaturstelle zum Kautionsgrund der offenen Prozesskosten (Art. 99 Abs. 1 Bst. c ZPO), wonach offene Prozesskosten aus früheren Verfahren den fehlenden Leistungswillen oder das fehlende Leistungsvermögen belegen (BENEDIKT A. SUTER/CRISTINA VON HOLZEN, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Aufl. 2016, N 33 zu Art. 99 ZPO ). Allein mit dieser Erkenntnis ist freilich nichts gewonnen für die Beantwortung der Frage, weshalb ein (allenfalls) fehlender Leistungswille des Prozessgegners auch bei der Beurteilung eines Gesuchs um aufschiebende Wirkung im beschriebenen Sinne zu berücksichtigen sein soll.

#### **E. 4.5**

Als willkürlich tadelt der Beschwerdeführer auch den vorinstanzlichen Hinweis darauf, dass die ihm zustehende Parteientschädigung von Fr. 4'698.-- mit der Forderung des Beschwerdeführers im erstinstanzlichen Rechtsöffnungsentscheid verrechnet wurde. In seiner kantonalen Beschwerde mache er ja gerade geltend, dass die Unterhaltsforderung des Beschwerdegegners gar nicht bestehe. Falls er in der Hauptsache obsiegen sollte, bestehe deshalb gar keine Forderung des Beschwerdegegners, mit welcher verrechnet werden könnte. Auch mit diesem Argument nehme das Obergericht auf unzulässige Weise den Ausgang des Beschwerdeverfahrens vorweg. Der Einwand geht an der Sache vorbei. Der Beschwerdeführer liefert keinerlei Erklärung, welchen Nutzen ihm der Aufschub der Vollstreckbarkeit des erstinstanzlichen Rechtsöffnungsentscheids verschaffen würde, soweit die Unterhaltsforderung des Beschwerdegegners dort als durch Verrechnung getilgt und damit als erloschen angesehen wird. Mithin tut er nicht dar, inwiefern es mit Blick auf das Ergebnis des angefochtenen Entscheids überhaupt auf das angeblich willkürliche Argument des Obergerichts ankommt.

#### **E. 4.6**

Der Beschwerdeführer beruft sich darauf, dass er und der Beschwerdegegner sich bereits im Jahr 2015 mit Ausnahme der Höhe der geltend gemachten Unterhaltszahlung "im exakt selben Rechtsstreit" befunden hätten. Damals habe das Obergericht die aufschiebende Wirkung bereits allein deshalb gewährt, weil er, der Beschwerdeführer, habe glaubhaft machen können, dass der Beschwerdegegner "im Ausland lebe und den Rückerstattungsanspruch vereiteln würde". Der Beschwerdeführer beteuert, dass sich an seinen "diesbezüglichen Vorbringen" im heute vorliegenden Verfahren nichts geändert habe; vielmehr habe er mit dem Nachweis der unbezahlten Parteientschädigung zusätzlich die fehlende Zahlungsmoral des Beschwerdegegners urkundlich belegen können (vgl. E. 4.4). Mit dem Vorwurf, dass die Vorinstanz im jetzt angefochtenen Entscheid "grundlos gegenteilig entschieden" habe, vermag der Beschwerdeführer jedoch nichts auszurichten. Denn wie gesagt lässt sich der Vorwurf der Willkür nicht damit begründen, dass eine andere Lösung ebenfalls als vertretbar oder gar zutreffender erscheint (E. 4.2).

#### **E. 4.7**

Schliesslich erinnert der Beschwerdeführer daran, dass das Obergericht im besagten früheren Verfahren (vgl. E. 4.6) seiner damaligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung mit Rücksicht auf den Umstand zuerkannt habe, dass der Beschwerdegegner aufgrund der Überweisung von Fr. 50'000.--, die damals zeitlich viel näher zum Entscheid erfolgt und im Verhältnis zur damaligen Streitsumme viel höher gewesen sei, nicht mittellos dastehe und folglich auf die sofortige Vollstreckung nicht angewiesen sei. "Nichtsdestotrotz" verwende

die Vorinstanz im jetzt angefochtenen Entscheid exakt dasselbe Argument, dieses Mal jedoch als Begründung für die Abweisung des Antrags um aufschiebende Wirkung. Auch dieser Einwand ist zum Scheitern verurteilt. Im angefochtenen Entscheid bezieht sich der Hinweis auf die rund Fr. 80'000.--, die dem Beschwerdegegner in den letzten zwei Jahren "unbestrittenermassen" zufließen, auf die Aussichten des Beschwerdeführers, bereits geleistete Unterhaltszahlungen wegen einer allenfalls zweifelhaften Zahlungsfähigkeit des Beschwerdegegners im Falle der Gutheissung seiner Beschwerde erfolgreich zurückfordern zu können. Wie der Beschwerdeführer selbst schreibt, erwähnte das Obergericht den Betrag von Fr. 50'000.--, den der Beschwerdegegner vom Beschwerdeführer ausbezahlt erhielt, im Entscheid aus dem Jahr 2015 hingegen im Zusammenhang mit der Frage, ob der Beschwerdegegner mittellos dastünde, falls die aufschiebende Wirkung gewährt würde. War aber die Optik im jetzt angefochtenen Entscheid gar nicht dieselbe wie im Entscheid aus dem Jahr 2015, fällt auch der (implizit erhobene) Vorwurf in sich zusammen, dass sich das Obergericht in Widersprüche verstricke.

#### **E. 5**

Wie die vorigen Erwägungen zeigen, gelingt dem Beschwerdeführer mit keinem seiner Argumente der Nachweis, dass der angefochtene Entscheid seine verfassungsmässigen Rechte verletzt. Die Beschwerde ist also unbegründet. Sie ist abzuweisen. Der Beschwerdeführer unterliegt. Er hat deshalb für die Gerichtskosten aufzukommen ( Art. 66 Abs. 1 Satz 1 BGG ). Dem Beschwerdegegner, der lediglich zum prozessualen Antrag um aufschiebende Wirkung zur Stellungnahme eingeladen wurde, diesbezüglich jedoch auf eine Vernehmlassung verzichtete und sich stattdessen zur Sache äusserte (s. Sachverhalt Bst. D.b), ist kein entschädigungspflichtiger Aufwand entstanden.

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