

# GR\_GERICHTE ZK1 2021 142 vom 21. Oktober 2021

GR Gerichte, 2021-10-21, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_ZK1\\_2021\\_142](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK1_2021_142)

FR: GR\_GERICHTE ZK1 2021 142 du 21 octobre 2021

IT: GR\_GERICHTE ZK1 2021 142 del 21 ottobre 2021

## Regeste

Erlass vorsorglicher Massnahmen (Vollstreckungsaufschub) | Vorsorgliche Massnahmen, Schutzschrift etc. (261 ff. ZPO)

## Erwägungen

### E. 21

79 v. 28.9.2021 E. 2.1; KGer GR ZK1 15 169 v. 15.3.2016 E. 3c-b m.w.H.). Diese Lösung entspricht dem geplanten Art. 336 Abs. 3 E-ZPO, in welchem ausdrücklich geregelt wird, dass ohne schriftliche Begründung eröffnete Entscheide

5 / 11 vollstreckbar sind, wenn dem Rechtsmittel gegen den Entscheid keine aufschiebende Wirkung zukommt und das Gericht die Vollstreckung nicht aufgeschoben hat (Botschaft vom 26.2.2020 zur Änderung der Schweizerischen Zivilprozessordnung [Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung], BBl 2020 2697 ff., S. 2774 f.: Art. 336 Abs. 3 E-ZPO [Vollstreckbarkeit]). 1.3. Aus der sofortigen Vollstreckbarkeit ergibt sich die Folgefrage, ob trotz mangelnder Rechtshängigkeit des Berufungsverfahrens ein Aufschub der Vollstreckbarkeit beim Kantonsgericht als Berufungsinstanz beantragt werden kann. Auch diesbezüglich bestehen unterschiedliche kantonale Praxen und keine bundesgerichtliche Rechtsprechung. Das Kantonsgericht erachtet sich als zuständig für Gesuche um aufschiebende Wirkung im Sinne von Art. 315 Abs. 5 ZPO im Zeitraum zwischen der Eröffnung des Entscheids im Dispositiv und der nachträglichen Zustellung der schriftlichen Begründung, in analoger Anwendung von Art. 263 ZPO, der es erlaubt, schon vor der Rechtshängigkeit der Klage in der Hauptsache vorsorgliche Massnahmen zu beantragen. Es ordnet den Aufschub der Vollstreckbarkeit als vorsorgliche Massnahme sui generis an (AppGer BS DGZ.2019.10 v. 17.12.2019 E. 4.1; KGer BL 410 12 182 v. 19.6.2012 E. 1; KGer BL 430 12 374 v. 18.12.12; KGer FR 101 2018 312 v. 2.11.2018 E. 1.3 f.; vgl. zum Devolutiveffekt auch BGE 142 III 695 E. 4.2.1; vgl. Alexander R. Markus/Daniel Wuffli, Rechtskraft und Vollstreckbarkeit: zwei Begriffe, ein Konzept?, in: ZBJV 151/2015 S. 114; OGer BE ZK 2018 411 für die Beschwerde unter Auslegung von Art. 325 Abs. 2 ZPO; die Rechtsmittelinstanz als unzuständig erachtend hingegen: OGer AG ZSU.2019.210 v. 2.3.2020 E. 2, publ. in: CAN 2021 Nr. 14; BBl 2020 2697 ff., S. 2761 f.: gemäss Art. 239 Abs. 2bis E-ZPO Zuständigkeit de lege ferenda aber bei entscheidendem Gericht). Innerhalb des Kantonsgerichts liegt die Zuständigkeit für den Entscheid über die aufschiebende Wirkung gemäss Art. 9 Abs. 1 GOG (BR 173.000) in Verbindung mit Art. 11 Abs. 1 und Art. 15 lit. b KGV (BR 173.100) bei der Kammervorsitzenden. 2. Für den Aufschub der Vollstreckbarkeit vor Rechtshängigkeit der Berufung als vorsorgliche Massnahme sui generis ist – zusätzlich zu den im folgenden dargestellten (teils überschneidenden) Voraussetzungen von Art. 315 Abs. 5 ZPO – erforderlich, dass die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass ein ihr zustehender Anspruch

verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist (lit. a) und dass ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil (lit. b) droht (Art. 263 ZPO i.V.m. Art. 261 Abs. 1 ZPO analog). Zudem muss eine gewisse zeitliche Dringlichkeit glaubhaft gemacht werden. Diese wird bejaht, wenn der nicht leicht wieder gutzumachende Nachteil nicht anders als durch den Erlass vor-

6 / 11 sorglicher Massnahmen abgewendet und das Resultat des Hauptverfahrens nicht abgewartet werden kann. Im Zusammenhang mit dem Verfügungsanspruch ist sodann eine Hauptsachenprognose und im Zusammenhang mit dem Verfügungsgrund des drohenden, nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils eine sogenannte Nachteilsprognose zu stellen. Schliesslich gebietet das Verhältnismässigkeitsprinzip die Abwägung der involvierten Parteiinteressen.

3.1. Die Vollstreckbarkeit vorsorglicher Massnahmen kann ausnahmsweise aufgeschoben werden, wenn der betroffenen Partei ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Art. 315 Abs. 5 ZPO). Letzterer ist hauptsächlich tatsächlicher Natur; er umfasst jeden vermögensrechtlichen oder immateriellen Schaden und kann sogar aus dem blossen Zeitablauf während des Prozesses entstehen (BGE 138 III 378 E. 6.3; vgl. Karl Spühler, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017, N 11 zu Art. 315 ZPO). In einer Interessenabwägung ist der bei sofortiger Vollstreckbarkeit dem Betroffenen drohende Nachteil gegenüber dem Nachteil abzuwägen, den die Gegenpartei zu befürchten hat, wenn ihr der durch die vorsorgliche Massnahme angestrebte Rechtsschutz trotz Obsiegens in erster Instanz nicht sogleich gewährt wird. Nur wenn ersterer eindeutig schwerer wiegt, kommt ein Aufschub der Vollstreckbarkeit in Frage.

3.2. Grundsätzlich ist bei der Gewährung eines Vollstreckbarkeitsaufschubs bei vorsorglichen Massnahmen grosse Zurückhaltung geboten (BGE 137 III 475 E. 4.1; Reetz/Hilber, a.a.O., N 69 zu Art. 315 ZPO). Grund für die Zurückhaltung ist, dass dieselbe Interessenabwägung, die von der Berufungsinstanz für den Aufschub der Vollstreckbarkeit nach Art. 315 Abs. 5 ZPO vorzunehmen ist, bereits mit anderen Vorzeichen durch die Vorinstanz bei der Prüfung der Voraussetzungen für den Erlass der vorsorglichen Massnahme nach Art. 261 ZPO vorgenommen wurde. Beide Bestimmungen verlangen einen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil zulasten des jeweiligen Gesuchstellers. Während die Vorinstanz immerhin ein kontradiktorisches, "volles" Summarverfahren durchgeführt hat, besitzt die Berufungsinstanz im Zeitpunkt des Entscheids über den Aufschub der Vollstreckbarkeit hingegen nur rudimentäre Fallkenntnisse (Reetz/Hilber, a.a.O., N 69 zu Art. 315 ZPO). Dies gilt insbesondere, wenn der Aufschub noch vor Rechtshängigkeit der Berufung zu beurteilen ist, mithin noch keine schriftliche Begründung des vorinstanzlichen Entscheides vorliegt und – in praktischer Hinsicht – ein Beizug der vorinstanzlichen Akten nicht (zeitig) möglich ist. Bei Entscheiden über Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft und in Scheidungsverfahren erlassenen einstweiligen Verfügungen prüft die erste Instanz hingegen nicht

7 / 11 die Glaubhaftmachung eines nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils im Sinne von Art. 261 ZPO, sondern bloss die Erforderlichkeit einer Regelung der familiären Beziehung (AppGer BS DGZ.2019.10 v. 17.12.2019 E. 4.1; Art. 172 ff. ZGB). Eine Nachteilsprognose (vgl. E. 3.1) erfolgt in diesem Falle erstmals durch die Berufungsinstanz. Insofern ist der Ausnahmecharakter eines Aufschubs der Vollstreckbarkeit nach Art. 315 Abs. 5 ZPO für Entscheide über Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft und für in Scheidungsverfahren erlassene einstweilige Verfügungen zu relativieren.

3.3. Nach

bundesgerichtlicher Rechtsprechung darf der Aufschub bei einem vorsorglichen Entscheid über eine Leistungsmassnahme, die endgültige Wirkung haben kann, nur verweigert werden, wenn die Berufung von vornherein offensichtlich unzulässig oder unbegründet erscheint (BGE 138 III 378 E. 6). Ähnliche Überlegungen gelten bei Eheschutzentscheiden, deren vorgezogene Vollstreckung eine Veränderung der bisher gelebten Verhältnisse zur Folge hätte, die im Falle einer Gutheissung der Berufung nur schwer wieder rückgängig gemacht werden könnte (nicht publ.: KGer ZK1 2015 6 v. 3.2.2015; KGer ZK1 2017 141 v. 22.12.2017). Die Vollstreckbarkeit solcher Eheschutzentscheide ist somit grundsätzlich aufzuschieben, es sei denn, die Berufung erweise sich als offensichtlich unzulässig oder unbegründet. Um dies vor Rechtshängigkeit des Rechtsmittels prüfen und eine Hauptsachenprognose im Sinne von Art. 261 Abs. 1 lit. a ZPO stellen zu können, muss die gesuchstellende Partei im Gesuch darlegen, weshalb ein Berufungsurteil zu ihren Gunsten möglich ist, während mit der Stellungnahme die Gegenseite die Aussichtslosigkeit der Berufung darzutun hat.

4.1. Der Gesuchsteller macht die drohende Verletzung seines Anspruchs auf Zuweisung der Wohnung zur alleinigen Benützung während der Dauer des Getrenntlebens im Sinne von Art. 176 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB geltend (act. A.1, II. 6 ff.). 4.2. Die Dringlichkeit eines Vollstreckungsaufschubs hinsichtlich der Wohnungszuweisung (Dispositiv-Ziffer 2) ist angesichts des von der Vorinstanz angeordneten Auszugstermins vom 31. Oktober 2021 ausgewiesen (Dispositiv-Ziffer 2b). Der Gesuchsteller würde zudem insofern einen Nachteil erleiden, als er gezwungen wäre, zunächst aus der ehelichen Wohnung auszuziehen und gegebenenfalls eine eigene Wohnung zu mieten, nur um später im Falle einer Gutheissung der Berufung wieder in diese einzuziehen, während der Gesuchsgegnerin bei Abweisung der Berufung die Rückkehr in die eheliche Wohnung bloss zu einem späteren Zeitpunkt offen stünde. In einer derartigen Situation ist daher grundsätzlich davon auszugehen, dass das Interesse des Gesuchstellers an der

8 / 11 Erhaltung des bestehenden Zustandes dasjenige der Gesuchsgegnerin an einer sofortigen Vollstreckung des noch nicht rechtskräftigen Entscheides überwiegt. 4.3. Zu prüfen sind indessen auch die Aussichten der beabsichtigten Berufung. Diesbezüglich macht der Gesuchsteller zwar geltend, gute Chancen auf eine Gutheissung zu haben. Er äussert sich in seinem Gesuch aber weder zu den relevanten Kriterien für die Zuweisung der ehelichen Wohnung (vgl. dazu BGer 5A\_823/2014 v. 3.2.2015 E. 4.1.1 ff.) noch legt er dar, inwiefern diese zu seinen Gunsten sprechen. Stattdessen bringt er bloss vor, die Gesuchsgegnerin sei bereits Mitte Februar 2021 aus der ehelichen Wohnung ausgezogen und lebe seither mit ihrem Freund zusammen (act. A.1, II.6 ff.). Ähnlich hat der Gesuchsteller bereits vor erster Instanz argumentiert (RG act. I.2, ad 2.2 f.). Die Gesuchsgegnerin wiederum hat an der vorinstanzlichen Verhandlung zwar eingeräumt, dass sie aus Angst vor dem Gesuchsteller nicht mehr in der ehelichen Wohnung schlafe und ihr ein Freund vorübergehend Unterschlupf gewährt habe; die weiteren Vorbringen des Gesuchstellers hat sie aber explizit bestritten (RG act. VII.2, ad 2, und act. VII.1, S. 3). Irgendwelche tauglichen Beweise für seine Behauptungen, insbesondere was das angeblich gefestigte Verhältnis zu besagtem Freund anbelangt, hat der Gesuchsteller nicht offeriert. Ebenso wenig hat er dargelegt, weshalb er ein Interesse daran hat, in der ehelichen Wohnung zu bleiben. Dieses scheint einzig darin zu bestehen, keine andere Wohnung mieten zu müssen (vgl. RG act. I.2, ad 2.3). Demgegenüber hat die Gesuchsgegnerin in ihrem Eheschutzgesuch unter Vorlage entsprechender Urkunden begründet, weshalb ihr die Zuweisung der Wohnung den grösseren Nutzen bringt bzw. sie emotional mehr mit der

Wohnung verbunden ist (RG act. I.1, 2.2). Dass sie die eheliche Wohnung vorübergehend verlassen hat, schliesst sodann eine Zuweisung an sie nicht à priori aus, vor allem wenn der Auszug nicht freiwillig erfolgt ist, sondern – wie vorliegend glaubhaft gemacht (RG act. VII.2, ad 1, sowie act. II.17) – aus Furcht vor häuslicher Gewalt (vgl. BGer 5A\_78/2012 v. 15.5.2012 E. 3.2). Dasselbe gilt für das Argument, der Gesuchsgegnerin gefalle die Wohnung nicht (act. A.1, II.6). Bei dieser Aktenlage ist nicht ersichtlich, dass einer Anfechtung der Wohnungszuweisung an die Gesuchsgegnerin Erfolg beschieden sein könnte. Der Gesuchsgegnerin ist daher darin beizustimmen, dass die Hauptsachenprognose eindeutig zu ihren Gunsten ausfällt (vgl. act. A.2, II.B.3.2.2). Erscheint eine Berufung bei summarischer Prüfung der vorinstanzlichen Akten aber als aussichtslos und ergibt sich auch aus dem Gesuch um Vollstreckungsaufschub nichts Gegenteiliges, ist ein solcher mit Bezug auf die Wohnungszuweisung zu verweigern.

9 / 11 5.1. Der Gesuchsteller macht ferner eine drohende Verletzung der Unterhaltspflicht während der Dauer des Getrenntlebens im Sinne von Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB geltend (act. A.1, II.10). 5.2. Ist im Berufungsverfahren über den Aufschub der Vollstreckbarkeit von Unterhaltsforderungen zu entscheiden, kann im Rahmen der hierfür vorzunehmenden Interessenabwägung auf die Kriterien zurückgegriffen werden, die das Bundesgericht bei der Prüfung von Gesuchen um Gewährung der aufschiebenden Wirkung für Geldbeträge anwendet (Art. 103 Abs. 3 BGG). Ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil im Sinne von Art. 315 Abs. 5 ZPO, der – anders als bei Art. 93 BGG – nicht rechtlicher Natur sein muss, kann demnach gegeben sein, wenn der Gesuchsteller glaubhaft macht, dass er im Falle einer Leistung des erstinstanzlich gesprochenen Unterhaltsbeitrages in finanzielle Schwierigkeiten geriete oder eine Rückforderung zu viel bezahlter Beträge sich als schwierig oder gar unmöglich erweise. Diesem Nachteil sind aber die Folgen gegenüberzustellen, welche ein Aufschub der Vollstreckung für die berechtigte Partei haben kann, und ebenfalls zu berücksichtigen ist, dass der strittige Unterhaltsbeitrag immerhin vom erstinstanzlichen Massnahmegericht festgesetzt wurde, dessen Entscheidung nicht leichthin ausser Kraft gesetzt werden soll. Das Bundesgericht misst daher dem Umstand, dass ein Vollstreckungsaufschub der berechtigten Partei die zur Deckung ihres Bedarfs notwendigen Mittel entzöge, insofern besondere Bedeutung zu, als es die aufschiebende Wirkung höchstens für rückständige zur Deckung des Bedarfs nicht mehr notwendige Unterhaltsforderungen gewährt, während ein Vollstreckungsaufschub für die ab dem Zeitpunkt der Beschwerdeeinreichung fällig werdenden Unterhaltsbeiträge in der Regel verweigert wird (BGer 5A\_661/2015 v. 2.12.2015 E. 5.2; vgl. zu dieser vom Grundsatz "in paeteritum non vivitur" geleiteten Praxis auch Nicolas von Werdt, in: Seiler/von Werdt/Günterich/Oberholzer [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar, Bundesgerichtsgesetz, 2. Aufl., 2015, N 16 zu Art. 103 BGG). 5.3. Der Gesuchsteller ist leistungsfähig und die Gesuchstellerin ohne Anrechnung eines hypothetischen Einkommens auf die Unterhaltszahlungen angewiesen. Der Gesuchsteller bestreitet den Unterhaltsanspruch der Gesuchsgegnerin sodann als solchen und nicht nur hinsichtlich der Höhe (act. A.1, II.10 Abs. 6), weshalb die Gesuchsgegnerin bei einem Vollstreckungsaufschub gar keine zur Deckung ihres Bedarfs notwendigen Mittel erhielt. Dies überwiegt den Nachteil einer schwierigen bzw. unmöglichen Rückforderung zuviel bezahlter Unterhaltsbeiträge, den der Gesuchsteller im Übrigen bloss behauptet, ohne ihn zu substantiieren (act. A.1, II.10 letzter Absatz). Der Aufschub der Vollstreckbarkeit ist somit in An-

10 / 11 lehnung an die bundesgerichtliche Rechtsprechung für den laufenden Unterhalt zu verweigern. 5.4. Die Vollstreckbarkeit rückständiger Unterhaltsforderungen ist hingegen in der Regel aufzuschieben, wenn kein Nachteil aus einer späteren Bezahlung dar- getan ist. In diesem Fall ist es der berechtigten Partei regelmässig zumutbar, mit der Vollstreckung rückständiger Unterhaltsbeiträge bis zum Vorliegen des Beru- fungsentscheides zuzuwarten. Vorliegend kommt jedoch auch mit Bezug auf die rückständigen Unterhaltsforderungen ein Aufschub der Vollstreckbarkeit nicht in Frage, da für diese als vorsorgliche Massnahme sui generis (vgl. E. 2) Dringlich- keit (Art. 261 Abs. 1 ZPO) erforderlich ist. Diese besteht nicht, solange noch keine Betreibung eingereicht worden ist; einer solchen könnte denn auch durch Rechts- vorschlag Einhalt geboten werden mit anschliessender erneuter Möglichkeit, den Aufschub der Vollstreckbarkeit zu beantragen. Der Gesuchsteller macht nicht gel- tend, dass die Gegenseite bereits Anstalten getroffen hat, die Unterhaltsforderun- gen zu vollstrecken. Aufgrund der fehlenden Dringlichkeit ist zumindest zum jetzi- gen Zeitpunkt somit auch von einem Aufschub der Vollstreckbarkeit der rückstän- digen Unterhaltsbeiträge abzusehen. Der Aufschub der Vollstreckbarkeit ist ent- sprechend insgesamt zu verweigern und das Gesuch abzuweisen. 6. Bei diesem Ausgang des Verfahrens, sind die Gerichtskosten – in sinn- gemässer Anwendung von Art. 13a VGZ (BR 320.210) festzulegen auf CHF 1'000.00 – vollständig dem Gesuchsteller aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Parteientschädigung der Gesuchsgegnerin ist mangels Honorarnote nach Ermessen (Art. 2 Abs. 1 HV) und unter Berücksichtigung des vereinbarten Stundensatzes von CHF 250.00 (RG act. VI.3) auf pauschal CHF 2'000.00 festzu- legen. Der Gesuchsteller ist zu verpflichten, der Gesuchsgegnerin eine Parteien- schädigung von CHF 2'000.00 zu entrichten. 7. Bei dem Entscheid über die Gewährung der aufschiebenden Wirkung han- delt es sich um einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG, bei welchem der Rechtsweg jenem der Hauptsache folgt. Bei der Hauptsache handelt es sich um einen Entscheid betreffend Eheschutzmassnahmen, bei dem nach der bun- desgerichtlichen Praxis nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden kann (Art. 98 BGG und Art. 116 BGG). Der Entscheid über die Gewährung der aufschiebenden Wirkung stellt selber eine vorsorgliche Massnahme im Sinne von Art. 98 BGG dar, weshalb auch aus diesem Grund ausschliesslich eine Ver- letzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden kann (BGE 137 III 475 E. 2).

11 / 11

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