

Urteil der 2. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Bern,

unter Mitwirkung von Oberrichterin Wüthrich-Meyer (Referentin), Oberrichterin Apolloni Meier und Oberrichter Bühler sowie Kammerschreiber Weder

vom 13. Februar 2009

in der Streitsache zwischen

A.

vertreten durch Fürsprecher **C.**

Gesuchstellerin

und

B.

vertreten durch Fürsprecher **D.**

Gesuchsgegnerin

Regeste:

- 1) Art. 397 Abs. 2 ZPO; Art. 103 BGG: *Einleitung des Vorverfahrens nach Art. 397 Abs. 2 ZPO und Vollstreckbarkeit eines letztinstanzlich kantonalen Urteils bei Erhebung der Beschwerde in Zivilsachen.*
- 2) *Vorliegend war zu klären, ob die Erhebung der Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht, die Vollstreckbarkeit des letztinstanzlich kantonalen Urteils hemmt. Da die Beschwerde in Zivilsachen ein ausserordentliches Rechtsmittel ist, welches weder die Vollstreckbarkeit noch die formelle Rechtskraft hemmt, ist das letztinstanzlich kantonale Urteil – trotz Beschwerde in Zivilsachen – formell rechtskräftig.*
Art. 397 Abs. 2 ZPO bezweckt, die Vollstreckung von Urteilen, die den Beklagten zur Leistung unter Vorbehalt des Eintritts einer Bedingung oder der Erbringung einer Gegenleistung durch den Kläger anhalten, zu erleichtern. Es handelt sich um ein vereinfachtes Verfahren, das aber nicht mit dem Summarverfahren gleichgesetzt werden kann. Sachlich zuständig ist der Richter, der das letztinstanzlich kantonale Urteil gefällt hat; vorliegend der Appellationshof des Kantons Bern.

Redaktionelle Vorbemerkungen:

Die Parteien wurden mit Urteil des Appellationshofes des Kantons Bern vom 25. August 2008 zu gegenseitigen Leistungen Zug-um-Zug verpflichtet. Die Gesuchsgegnerin erhob gegen dieses Urteil Beschwerde in Zivilsachen. Die Gesuchstellerin ihrerseits ist der Leistungspflicht gemäss Urteil vom 25. August 2008 nachgekommen und verlangt vorliegend die Durchführung des Vorverfahrens gemäss Art. 397 Abs. 2 ZPO, um in einem zweiten Schritt das Urteil vollstrecken zu lassen.

Auszug aus den Erwägungen:

(...)

II. Formelles

Sachliche Zuständigkeit

1. Gemäss Art. 397 Abs. 1 ZPO ist ein rechtskräftiges Urteil eines bernischen Gerichts zehn Tage nach der Eröffnung an die Parteien vollstreckbar. Verfügungen und Entscheide im summarischen Verfahren sind dagegen sofort vollstreckbar.

Macht das Urteil die einer Partei auferlegte Leistung von einer Bedingung oder Gegenleistung abhängig, so ist es vollstreckbar, sobald der Richter, der das letztinstanzliche Urteil gefällt hat, feststellt, dass die Bedingung eingetreten oder die Gegenleistung erbracht ist. Die Feststellung erfolgt auf Antrag des Berechtigten nach Anhörung des Pflichtigen und amtlicher Erhebung des Sachverhaltes ohne Parteiverhandlungen (Art. 397 Abs. 2 ZPO).

Art. 397 Abs. 2 ZPO bezweckt, die Vollstreckung von Urteilen oder diesen gleichgestellten Titeln, die den Beklagten zur Leistung unter Vorbehalt des Eintritts einer Bedingung oder der Erbringung einer Gegenleistung durch den Kläger anhalten, zu erleichtern. Dem obsiegenden Kläger steht ein vereinfachtes Nachverfahren zur Verfügung, die Einleitung eines zweiten (ordentlichen) Prozesses zur Feststellung, dass die Bedingung eingetreten oder die Gegenleistung erbracht bzw. gehörig angeboten wurde, bleibt ihm erspart (LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 5. Aufl., Bern 2000, N 5a ad Art. 397 ZPO).

Gegenstand des Verfahrens ist, richterlich feststellen zu lassen, ob die Bedingung oder Gegenleistung, von der im Hauptverfahren der Zuspruch der Leistung an den Kläger abhängig gemacht wurde, eingetreten ist bzw. erbracht oder gehörig angeboten wurde. Das Verfahren dient nicht dazu, den Kläger zur Gegenleistung an den Beklagten zu verurteilen; eine solche Verurteilung hat der Beklagte im Falle klägerischer Säumnis auf dem Wege eines gesonderten ordentlichen Prozesses zu erwirken, wenn er nicht von der Möglichkeit, vom Vertrag zurückzutreten, Gebrauch machen will (Art. 107 ff. OR; LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, a.a.O., N 5b ad Art. 397 ZPO).

Es handelt sich um ein vereinfachtes Verfahren, das aber nicht dem Summarverfahren gleichgesetzt werden kann. Das vereinfachte Verfahren gemäss Art. 397 Abs. 2 ZPO ist jedoch lediglich anwendbar, wenn das Sachurteil den Mechanismus des Austausches von Leistung und Gegenleistungen klar festlegt. Handelt es sich mithin um einen nicht liquiden Fall, ist der Kläger ins ordentliche Verfahren zu verweisen (LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, a.a.O., N 5b ad Art. 397 ZPO, mit weiteren Hinweisen).

2. Sachlich zuständig, den im Nachverfahren angebehrten Entscheid zu fällen, ist der Richter, der das letztinstanzliche (Sach-)urteil gefällt hat, nicht aber der Vollstreckungsrichter gemäss Art. 402 ZPO. Diese Zuständigkeitsordnung trägt dem Umstand Rechnung, dass die zu treffenden Feststellungen und Anordnungen zwar im Rahmen der Zwangsvollstreckung zu erfolgen haben, ihrer Natur nach aber ins

Erkenntnisverfahren gehören, nämlich Sachverhalte betreffen, über die zu urteilen ist, wie wenn sie sich bereits vor dem Entscheid im Hauptverfahren ereignet hätten (LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, a.a.O., N 5c ad Art. 397 ZPO).

3. Die Gesuchstellerin verlangt in ihrer Eingabe, es sei festzustellen, dass sie die gemäss Urteil der 2. Zivilkammer des Appellationshofes vom 25. Juni 2008 zu erbringenden Leistungen erfüllt hat und dass das Urteil vollstreckt werden kann.
4. Die Gesuchsgegnerin macht fehlende sachliche Zuständigkeit hinsichtlich der Feststellung der Vollstreckbarkeit geltend (2. Teil des Rechtsbegehrens der Gesuchstellerin). Zuständig für die Feststellung der Vollstreckbarkeit sei gemäss Art. 402 Abs. 1 ZPO der Gerichtspräsident desjenigen Kreises, in dem die zum Vollzug des Urteils notwendigen Vorkehrungen zu treffen sind. Er entscheidet über alle in der Vollstreckung sich ergebende Streitigkeiten. Eine Feststellung der Vollstreckbarkeit eines Urteils würde daher unzulässigerweise in den Zuständigkeitsbereich des Vollstreckungsrichters eingreifen.

Die sachliche Zuständigkeit des Appellationshofes des Obergerichts des Kantons Bern werde nicht bestritten, was die Feststellung betreffe, ob die Gesuchstellerin ihre gemäss Ziffer 1 des Urteils vom 25. Juni 2008 zu erbringenden Leistungen erfüllt habe.

5. Vorliegend erhellt aus dem Rechtsbegehren der Gesuchstellerin in Verbindung mit dessen Begründung, dass der Gesuchstellerin die unterschiedlichen Verfahrensarten und Zuständigkeitsordnungen von Art. 397 Abs. 2 ZPO bzw. Art. 402 ff. ZPO bewusst gewesen sind.

Aus der Begründung der Gesuchstellerin geht hervor, dass sie keine Kompetenzattraktion anstrebte. Die Gesuchstellerin verlangt lediglich die Einleitung des vereinfachten Verfahrens gemäss Art. 397 Abs. 2 ZPO, um in einem zweiten Schritt (Verfahren) die Vollstreckung zu erwirken. Das Sachurteil vom 25. Juni 2008 und der Entscheid des vereinfachten Verfahrens bilden zusammen den vollstreckbaren Titel.

Damit ist das angerufene Gericht für das vorliegende Verfahren gemäss Art. 397 Abs. 2 ZPO sachlich zuständig.

Der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass das angerufene Gericht nicht für die Vollstreckung des Urteils vom 25. Juni 2008 zuständig ist. Dies verlangt die Gesuchstellerin indes auch nicht; sie verlangt einzig die Durchführung des Verfahrens nach Art. 397 Abs. 2 ZPO.

Rechtsschutzinteresse an der Feststellung der Vollstreckbarkeit

6. Die Gesuchsgegnerin führt weiter aus, dass auf das Gesuch nicht eingetreten werden könne, soweit es die Feststellung verlange, dass die Gesuchstellerin ihre gemäss Ziffer 1 des Urteils vom 25. Juni 2008 zu erbringende Leistung erfüllt habe. Art. 397 Abs. 2 ZPO stehe in Zusammenhang mit der Durchsetzung von Urteilen, die auf eine bedingte Leistung oder auf Leistung Zug um Zug lauten. Die prozessuale Anwendung von Art. 397 Abs. 2 ZPO folge dem materiellen Recht. Im Bereich der Leistung Zug um Zug verweise Art. 397 Abs. 2 ZPO auf Art. 82 OR und diene dazu, die Einrede des (noch) nicht erfüllten

Vertrages zu entkräften. Wo Art. 82 OR nicht zur Anwendung gelange, bleibe auch kein Raum für eine Feststellung nach Art. 397 Abs. 2 ZPO.

Gemäss Art. 82 OR könne eine Partei die Einrede des nicht erfüllten Vertrages dann erheben, wenn ein synallagmatischer Vertrag vorliege, beide Leistungen von Bestand und fällig seien sowie in einem Austauschverhältnis stünden und die Erfüllungswirkung oder die Erfüllungsbereitschaft der anderen Partei fehle.

Vorliegend seien weder die Leistung der Gesuchstellerin noch die Leistung der Gesuchsgegnerin gemäss Ziffer 1 des Urteils vom 25. Juni 2008 fällig, da das Urteil vom 25. Juni 2008 Gegenstand einer Beschwerde in Zivilsachen sei. Die Fälligkeit der Leistungen trete erst mit Rechtskraft dieses Urteils ein. Eine Feststellung nach Art. 397 Abs. 2 ZPO könne daher nicht verlangt werden, da dem Gesuch das Rechtsschutzinteresse fehle.

7. Art. 397 Abs. 1 ZPO bestimmt, dass ein rechtskräftiges Urteil eines bernischen Gerichts zehn Tage nach der Eröffnung an die Parteien vollstreckbar ist. Verfügungen und Entscheide im Summarverfahren sind dagegen sofort vollstreckbar.

Wann und in welchem Umfang ein letztinstanzlich kantonales Urteil in Rechtskraft erwächst, bestimmt sich allein nach Bundesrecht. Das kantonale Prozessrecht legt den Eintritt der Rechtskraft der erstinstanzlichen Entscheide fest und kann für diese auch Teilrechtskraft vorsehen (Vgl. BGE 120 II 1; BGE 131 III 87; 126 III 261 E. 3b). Art. 397 Abs. 1 ZPO findet vorliegend mithin keine Anwendung, da es sich beim Urteil vom 25. Juni 2008 um ein letztinstanzlich kantonales Urteil handelt. Es ist somit zu prüfen, welche Wirkungen die Beschwerde in Zivilsachen auf die Rechtskraft des letztinstanzlich kantonalen Urteils hat.

8. Den Materialien ist zu entnehmen, dass das Bundesgericht keine letzte Appellationsinstanz ist, die von den Parteien mit vollkommenen Rechtsmitteln angerufen werden kann. Es obliegt vielmehr den Vorinstanzen, dem Einzelnen einen umfassenden Rechtsschutz zu gewährleisten. Davon ausgehend sind auch die Rechtsmittelwirkungen der Beschwerde ans Bundesgericht und insbesondere auch ihr Suspensiveffekt zu bestimmen (BBJ 2001 4342 ff.).

Im Interesse der Transparenz und Einfachheit des Verfahrens bringt der Entwurf auch diesbezüglich eine einheitliche Regelung für sämtliche Beschwerden (nicht wie früher unter Art. 54, 70, 80, 94, 111 OG, Art. 36 SchKG sowie Art. 272 BstP). Die Beschwerde hat nur unter besonderen Voraussetzungen aufschiebende Wirkung (Abs. 2 und 3 von Art. 103 BGG); grundsätzlich besteht somit kein Suspensiveffekt, was in einer falschen Attraktivität des Rechtsmittels wehrt. Damit beschreitet der Entwurf in der Zivilrechtspflege, aber auch im Bereich der Verwaltungsgerichtsbeschwerde, teilweise Neuland (BBJ 2001 4342; vgl. auch SPÜHLER/DOLGE/VOGEL, Kurzkommentar zum Bundesgerichtsgesetz, St. Gallen 2006, Art. 103 Abs. 2 BGG).

Jede Beschwerde, die dem Bundesgericht unterbreitet wird, greift die im angefochtenen Entscheid getroffene Rechtslage an. Es stellt sich die Frage nach deren rechtlichem Schicksal im Anschluss an die Erhebung der Beschwerde, somit ab Eintritt der Rechtshängigkeit der Sache (Litispendenz) beim Bundesgericht (ULRICH MEYER in: NIGGLI/UEBERSAX/WIPRÄCHTIGER (HRSG.), Basler Kommentar Bundesgerichtsgesetz, 1. Aufl., Basel 2008 N 3 ad Art. 103 BGG).

9. Die formelle Rechtskraft tritt ein, sobald ein Urteil nicht mehr mit einem ordentlichen Rechtsmittel angefochten werden kann und die formelle Rechtskraft bleibt bestehen, solange sie nicht durch ein ausserordentliches Rechtsmittel beseitigt wird (MAX KUMMER, Grundriss der Zivilrechtspflege, 4. Aufl., Bern 1984, S. 145). Der Entscheid wird somit mit Ablauf der Rechtsmittelfrist formell rechtskräftig. Der Eintritt der formellen Rechtskraft zieht die materielle Rechtskraft nach sich. Mithin ist zu prüfen, ob die Beschwerde in Zivilsachen ein ordentliches oder ausserordentliches Rechtsmittel darstellt.
10. Aufgrund des Wortlautes der Materialien, der nur einen Sinn ergibt, wenn eine neue Regelung betreffend die aufschiebende Wirkung und deren Einflussnahme auf die Vollstreckbarkeit bzw. auf die formelle Rechtskraft beabsichtigt gewesen ist, geht die Kammer davon aus, dass mit dem Inkrafttreten des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) eine – zum früheren OG (Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege) unterschiedliche – Regelung getroffen wurde. Auch spricht die Regelung der aufschiebenden Wirkung in Art. 103 BGG dafür, dass es sich bei der Beschwerde ans Bundesgericht um ein ausserordentliches Rechtsmittel handelt.

FRIDOLIN WALTHER führt diesbezüglich aus, dass alle vier Beschwerden als unvollkommene, ausserordentliche, aber reformatorische Rechtsmittel zu qualifizieren sind, denen in den Ausnahmefällen gemäss Art. 103 Abs. 2 und 3 BGG nur hinsichtlich der Vollstreckbarkeit aufschiebende Wirkung zukommt (FRIDOLIN WALTHER, Auswirkungen des BGG auf die Anwaltschaft/Parteivertretung in: EHRENZELLER/SCHWEIZER [HRSG.], Die Reorganisation der Bundesrechtspflege – Auswirkungen in der Praxis, St. Gallen 2006, S. 366 ff.).

Das Bundesgericht hat in einem jüngeren Entscheid erkannt, dass die Beschwerde in Strafsachen ein ausserordentliches Rechtsmittel ist (Entscheid des Bundesgerichts 6B_440/2008 vom 11. November 2008). Aufgrund des Willens des Gesetzgebers, den Rechtsweg ans Bundesgericht zu vereinfachen bzw. vereinheitlichen, macht es keinen Sinn, die Beschwerde in Zivilsachen als ordentliches Rechtsmittel und die Beschwerde in Strafsachen als ausserordentliches Rechtsmittel zu bezeichnen.

11. Nach dem Gesagten geht die Kammer davon aus, dass die Beschwerde in Zivilsachen ein ausserordentliches Rechtsmittel ist, welches weder die Vollstreckbarkeit noch die formelle Rechtskraft hemmt.
12. Der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass die Erteilung der aufschiebenden Wirkung einzig die Vollstreckbarkeit des kantonal letztinstanzlichen Urteils aufschieben würde; die formelle Rechtskraft bliebe aber bestehen. Da das Bundesgericht jedoch die aufschiebende Wirkung nicht erteilt hat, kann das Urteil vom 25. Juni 2008 vollstreckt werden. Auf das Gesuch ist einzutreten.

13. Mit Urteil vom 28. Januar 2009 hat das Bundesgericht die Beschwerde in Zivilsachen abgewiesen. Somit ist das Urteil vom 25. Juni 2008 ohne weiteres rechtskräftig und vollstreckbar.

(...)

Hinweis:

Der Entscheid ist rechtskräftig.