

Schriften zum Schweizerischen Zivilprozessrecht
Etudes de droit de procédure civile suisse

Band / Volume 47

Nicola Müller

Dr. iur.

**Bestand und Wirkungen
von Entscheiden
im Zivilprozess**

**Eine rechtsdogmatische und
rechtsvergleichende Darstellung unter
besonderer Berücksichtigung der
aufschiebenden Wirkung**

DIKE 

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	VII
Inhaltsübersicht.....	IX
Inhaltsverzeichnis.....	XI
Abkürzungsverzeichnis.....	XXV
Literaturverzeichnis.....	XXXV
Materialienverzeichnis.....	LXI
Einleitung.....	1
A. Ausgangslage.....	3
B. Gegenstand und Ziele der Untersuchung.....	6
C. Methodisches Vorgehen.....	7
D. Gang der Untersuchung.....	8
E. Suspensiveffekt und aufschiebende Wirkung.....	10
I. Suspensiveffekt und aufschiebende Wirkung im schweizerischen Recht.....	10
II. Suspensiveffekt und aufschiebende Wirkung im deutschen Recht.....	13
1. Suspensiveffekt nach deutschem Verständnis.....	13
2. Aufschiebende Wirkung nach deutschem Verständnis.....	14
3. Kritik am herrschenden Begriff des Suspensiveffekts.....	15
III. Eigene Begriffsbildung.....	16
1. Suspensiveffekt als rechtsmittelbedingter «Nicht-Eintritt» der formellen Rechtskraft.....	17
2. Aufschiebende Wirkung als Aufschub von Entscheidungswirkungen.....	18
IV. Zwischenfazit.....	19
Teil 1: Bestand und Wirkungen von Entscheiden.....	21
A. Einführung.....	23
B. Formelle Rechtskraft von Entscheiden.....	23
I. Formelle Rechtskraft als Zustand relativer Unanfechtbarkeit.....	24
1. Formelle Rechtskraft als Bestandeskraft eines Entscheids.....	25
2. Abgrenzung zu Formen gerichtlicher Bindungswirkung.....	27
II. Ordentliche und ausserordentliche Rechtsmittel.....	28
1. Ordentliche und ausserordentliche Rechtsmittel nach der herrschenden Lehre.....	29
2. Fristbezogener Ansatz.....	30
3. Aufschiebende Wirkung als Abgrenzungskriterium.....	32

4.	Unterscheidung anhand des «Streitgegenstands»	32
5.	Unterscheidung anhand verschiedener Rechtsmitteleigenschaften.....	33
6.	Versuch zur Bildung eines eigenen Ansatzes	34
a)	Stabilitätsrelevante Rechtsmitteleigenschaften	35
b)	Stabilitätsneutrale Rechtsmitteleigenschaften.....	36
c)	Ergebnis.....	37
III.	Zeitpunkt des Eintritts und Umfang der formellen Rechtskraft.....	38
1.	Zeitpunkt des Eintritts der formellen Rechtskraft.....	38
a)	Zeitpunkt des Eintritts der formellen Rechtskraft im Allgemeinen	39
b)	Eintritt der formellen Rechtskraft bei unzulässigen ordentlichen Rechtsmitteln.....	40
a)	Ansicht in der Lehre.....	41
b)	Eigene Position.....	43
2.	Umfang der formellen Rechtskraft.....	45
a)	Das Institut der Teilrechtskraft.....	45
b)	Anwendungsfälle von Teilrechtskraft	47
c)	Durchbrechung des Prinzips der Teilrechtskraft	48
IV.	Rechtskraftfähige Entscheide	49
V.	Zwischenfazit	51
C.	Entscheidungswirkungen.....	52
I.	Materielle Rechtskraft.....	52
1.	Feststellungswirkung der materiellen Rechtskraft	53
2.	Zweck und Grenzen der materiellen Rechtskraft.....	55
3.	Ausschlusswirkung der materiellen Rechtskraft	56
4.	Bindungswirkung der materiellen Rechtskraft.....	57
5.	Interventionswirkung im Besonderen	58
6.	Verhältnis zur formellen Rechtskraft.....	59
7.	Problem der «temporären» Bindungswirkung	61
a)	Sistierungsobliegenheit des zweitangerufenen Gerichts.....	62
b)	Schicksal der unrechtmässig präjudizierten «Vorfrageentscheidung» ...	62
a)	DROESES Ansicht.....	63
b)	Eigene Position.....	64
II.	Vollstreckbarkeit.....	67
1.	Vollstreckungsfähige und vollstreckungsbedürftige Entscheide	68
2.	Verhältnis zur formellen Rechtskraft.....	70
a)	Grundsatz	70
b)	Vorläufige Vollstreckbarkeit und Vollstreckungsaufschub durch gerichtliche Anordnung.....	71
a)	Bewilligung der vorzeitigen Vollstreckbarkeit	72
b)	Bewilligung eines Vollstreckungsaufschubs	73
c)	Vorläufige Vollstreckbarkeit von Gesetzes wegen	73

d) «Gesetzlicher» Vollstreckungsaufschub bei unbegründeten Entscheiden?.....	74
III. Gestaltungswirkung.....	74
1. Materiell-rechtliche und prozessuale Gestaltungswirkung	75
a) Materiell-rechtliche Gestaltungswirkung.....	75
b) Prozessuale Gestaltungswirkung.....	76
2. Bedeutung des materiellen Rechts	77
3. Verhältnis zur formellen Rechtskraft.....	79
IV. Tatbestandswirkung.....	81
1. Materiell-rechtliche und prozessuale Tatbestandswirkung	83
a) Materiell-rechtliche Tatbestandswirkung.....	83
b) Prozessuale Tatbestandswirkung.....	84
2. Bedeutung des materiellen Rechts	86
3. Verhältnis zur formellen Rechtskraft.....	86
V. Wirkungen von prozessleitenden Verfügungen im Besonderen.....	88
VI. Zwischenfazit	90
D. Bestand und Wirkungen im zivilprozessualen Rechtsmittelsystem	94
I. Bestand und gesetzliche Wirkungen im kantonalen Rechtsmittelzug.....	95
1. Berufung als ordentliches Rechtsmittel.....	97
a) Einfluss der Berufung auf die formelle Rechtskraft.....	97
b) Beständigkeit berufungsfähiger Entscheide.....	98
a) Kognition der Berufungsinstanz	98
b) Novenrecht im Berufungsverfahren.....	99
c) Hohe Unbeständigkeit berufungsfähiger Entscheide	100
c) Grundsatz der automatischen aufschiebenden Wirkung	101
a) Fehlende aufschiebende Wirkung bei Entscheiden über das Gegendarstellungsrecht und vorsorgliche Massnahmen... 103	
b) Abweichende Anordnungen über die aufschiebende Wirkung	111
d) Zwischenergebnis.....	111
2. Kantonale Beschwerde als ausserordentliches Rechtsmittel.....	112
a) Einfluss der Beschwerde auf die formelle Rechtskraft	112
b) Beständigkeit beschwerdefähiger Entscheide	113
a) Kognition der Beschwerdeinstanz.....	113
b) Novenverbot im Beschwerdeverfahren.....	117
c) Relative Unbeständigkeit beschwerdefähiger Entscheide	120
c) Grundsatz der fehlenden aufschiebenden Wirkung.....	121
a) Sofortiger Eintritt sämtlicher Entscheidwirkungen.....	121
b) Hemmung der Entscheidwirkungen nach Art. 325 Abs. 2 ZPO	125
c) Sonderbehandlung beschwerdefähiger materiell-rechtlicher Gestaltungsentscheide?	125
d) Zwischenergebnis.....	129

Inhaltsverzeichnis

3.	Kantonale Revision als ausserordentliches Rechtsmittel	132
a)	Einfluss der kantonalen Revision auf die formelle Rechtskraft	132
b)	Beständigkeit revisionsfähiger Entscheide	134
a	Kognition des Revisionsgerichts	134
b	Novenrecht im Revisionsverfahren	135
c	Hohe Beständigkeit revisionsfähiger Entscheide	136
c)	Grundsatz der fehlenden aufschiebenden Wirkung	136
d)	Zwischenergebnis	137
II.	Bestand und gesetzliche Wirkungen im bundesgerichtlichen Rechts- mittelzug	137
1.	Beschwerde in Zivilsachen	139
a)	Beschwerde in Zivilsachen als ordentliches Rechtsmittel	139
a	Meinungsstand in der Lehre	140
b	Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Einheitsbeschwerde	144
c	Würdigung von Lehre und Praxis	148
d	Eigene Position	149
b)	Bedeutung der Regelung zur aufschiebenden Wirkung nach Art. 103 BGG	155
a	Vorläufige Vollstreckbarkeit von Leistungsentscheiden	157
b	Keine Bedeutung für die materielle Rechtskraft	158
c	Differenzierte Behandlung der Gestaltungswirkung	159
d	Bedeutung für die Tatbestandswirkung	165
e	Wirkungen von prozessleitenden Verfügungen	166
c)	Aufschub der Entscheidungswirkungen nach Art. 103 Abs. 3 BGG	167
d)	Zwischenergebnis	167
2.	Subsidiäre Verfassungsbeschwerde	168
a)	Verfassungsbeschwerde als ausserordentliches Rechtsmittel	168
a	Eingeschränkte Kognition nach Art. 116 BGG	169
b	Grundsätzliches Novenverbot	170
c	Relative Beständigkeit der mittels subsidiärer Verfassungs- beschwerde angefochtenen Entscheide	170
b)	Grundsatz der fehlenden aufschiebenden Wirkung	171
c)	Zwischenergebnis	172
3.	Revision des bundesgerichtlichen Verfahrens	172
a)	Bundesgerichtliche Revision als ausserordentliches Rechtsmittel	172
b)	Grundsatz der fehlenden aufschiebenden Wirkung	174
c)	Zwischenergebnis	174
III.	Zwischenfazit	174

E.	Bestand und Wirkungen nach deutschem Recht	179
I.	Formelle Rechtskraft im deutschen Zivilprozessrecht	179
1.	Rechtsmittelbegriff der dZPO	180
2.	Bestandeskraft zivilprozessualer Entscheide	182
a)	Bestandeskraft von mittels Rechtsmittel anfechtbaren Entscheiden....	182
b)	Bestandeskraft von mittels rechtskraftdurchbrechender Rechtsbehelfe anfechtbaren Entscheiden	183
3.	Zwischenergebnis	184
II.	Entscheidungswirkungen	185
1.	Institut der vorläufigen Vollstreckbarkeit nach § 708 ff. dZPO.....	185
2.	Grundsatz der fehlenden aufschiebenden Wirkung bei der Beschwerde ..	187
3.	Zwischenergebnis	188
III.	Zwischenfazit	189
F.	Fazit des ersten Teils	190
I.	Die formelle Rechtskraft von Entscheiden.....	190
II.	Die Wirkungen von Entscheiden.....	192
III.	Bestand und Wirkungen im zivilprozessualen Rechtsmittelsystem	193
Teil 2: Vorläufige Vollstreckbarkeit nach deutschem Recht		197
A.	Einführung.....	199
B.	Grundlagen der vorläufigen Vollstreckbarkeit	200
I.	Zweck der vorläufigen Vollstreckbarkeit.....	200
1.	Prozessökonomische Zielsetzung.....	200
2.	Garantie effizienten Rechtsschutzes	201
II.	Vorläufige Vollstreckbarkeit als Institut des einstweiligen Rechtsschutzes? ..	202
1.	Vorläufige Vollstreckbarkeit als Form des sekundären einstweiligen Rechtsschutzes	203
2.	Qualitative Differenzierung zwischen einstweiligem und vorläufigem Rechtsschutz	204
3.	Zwischenergebnis	207
III.	Legitimation durch Richtigkeitsvermutung der gerichtlichen Entscheidung ...	207
1.	Richtigkeitsvermutung gerichtlicher Entscheidungen	209
2.	Steigerung der Richtigkeitsvermutung.....	211
3.	Richtigkeitsvermutung ohne Rechtskraft?	212
4.	Bestandschance statt Richtigkeitsvermutung?	213
IV.	Gläubigerbevorzugung und Schuldnerschutz.....	214
1.	Grundsatz der Gläubigerbevorzugung	214
2.	Gewährleistung des Schuldnerschutzes	215
a)	Primärer Schuldnerschutz	215

Inhaltsverzeichnis

b) Sekundärer Schuldnerschutz	216
c) Tertiärer Schuldnerschutz	216
V. Anordnung und Umfang der vorläufigen Vollstreckbarkeit	218
1. Anordnung der vorläufigen Vollstreckbarkeit	218
a) Zur vorläufigen Vollstreckbarkeit fähige Entscheide	218
a) Grundsatz: Sämtliche Endurteile	218
b) Voraussetzung der Vollstreckbarkeit	219
b) Vorläufige Vollstreckbarkeit von Amtes wegen durch gerichtliche Anordnung des iudex a quo	224
a) Fehlendes Ermessen von Anordnungsinstanz und Vollstreckungsgericht	224
b) Ausnahmen von der Anordnungspflicht	225
2. Resolutiv bedingte, volle Vollstreckbarkeit	227
a) Beginn und Ende der vorläufigen Vollstreckbarkeit	227
b) Umfang der vorläufigen Vollstreckbarkeit	228
a) Grundsatz der vollen Vollstreckbarkeit	229
b) Beschränkungen	230
VI. Zwischenfazit	235
C. Sicherheitsleistung	236
I. Bemessung und Form der Sicherheit	238
1. Höhe der Gläubigersicherheit	238
2. Höhe der Schuldnersicherheit	239
3. Art der Sicherheit	240
II. Grundsatz der Sicherheitsleistung	241
III. Ausnahmen vom Grundsatz der Sicherheitsleistung	242
1. Vorläufige Vollstreckbarkeit ohne Sicherheitsleistung	243
a) Urteile ohne Abwendungsbefugnis (§ 708 Nr. 1–3 dZPO)	244
b) Urteile mit Abwendungsbefugnis (§ 708 Nr. 4–11 dZPO)	245
2. Gläubigerantrag auf sicherheitslose Vollstreckung	247
a) Formelle Anforderungen	248
b) Leistungserschweris seitens der Gläubigerin	249
c) Unbilligkeit des Vollstreckungsaufschubs	250
a) Schwer zu ersetzender oder schwer abzusehender Nachteil	250
b) Auffangtatbestand der Unbilligkeit	251
3. Sicherungsvollstreckung im Besonderen	252
a) Funktionsweise der Sicherungsvollstreckung	252
b) Voraussetzungen der Sicherungsvollstreckung	254
c) Rechtsfolgen der Sicherungsvollstreckung	256
d) Kritik an der Sicherungsvollstreckung	257
IV. Zwischenfazit	259

D.	Schuldnerschutz bei vorläufiger Vollstreckbarkeit.....	261
I.	Massnahmen des sekundären Schuldnerschutzes	262
1.	Unterbleiben von Schuldnerschutzanordnungen.....	262
2.	Obligatorische Abwendungsbefugnis nach § 711 dZPO.....	263
a)	Ausgestaltung der Abwendungsbefugnis nach § 711 dZPO	264
b)	Übersteuerung durch Sicherheitsleistung der Gläubigerin.....	265
a	Erzwingung einer gläubigerseitigen Sicherheitsleistung	265
b	Absehen von der Abwendungsbefugnis	266
3.	Schutzantrag des Schuldners nach § 712 dZPO.....	267
a)	Formelle Anforderungen	268
b)	Nicht zu ersetzender Nachteil	269
a	Drohende Insolvenz im Besonderen	272
b	Mietausweisung im Besonderen	275
c)	Vorbehalt des überwiegenden Gläubigerinteresses	277
d)	Mögliche Schutzanordnungen.....	280
a	Besondere Abwendungsbefugnis als primäre Rechtsfolge	280
b	Rechtsfolgen bei Leistungsunfähigkeit des Schuldners.....	281
c	Rechtsfolgen bei überwiegendem Gläubigerinteresse	282
II.	Massnahmen des tertiären Schuldnerschutzes	283
1.	Formelle Anforderungen	284
2.	Schuldnerschutz in der Berufungsinstanz	285
a)	Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfs.....	286
b)	Interessenabwägung	288
c)	Nachteilsprognose als einzig relevante Einstellungsvoraussetzung?... 290	
d)	Mögliche Rechtsfolgen nach § 707 dZPO	293
3.	Einstweilige Einstellung im Revisionsrechtszug	295
a)	Erfolgsaussichten der Revision	295
b)	Verschärfte Interessenabwägung.....	296
c)	Modalitäten des Einstellungsbeschlusses in der Revisionsinstanz	298
III.	Zwischenfazit	300
E.	Rückabwicklung und Schadenshaftung	304
I.	Schadenersatzanspruch aus § 717 Abs. 2 dZPO	305
1.	Rechtsnatur des Haftungsgrunds.....	306
a)	Verschuldensunabhängigkeit des Schadenersatzanspruchs.....	306
b)	Problematik der Widerrechtlichkeit	307
a	Haftung für widerrechtlichen Eingriff in die Schuldnerrechte.....	308
b	Haftung für rechtmässiges Verhalten	309
2.	Einzelne Anspruchsvoraussetzungen	313
a)	Aufhebung oder Abänderung des Urteils.....	313
b)	Schaden infolge Vollstreckung oder Abwendungsleistung	315

3.	Umfang des Schadenersatzanspruchs.....	316
4.	Einreden und Einwendungen	317
II.	Restitutionsanspruch aus § 717 Abs. 3 dZPO	318
1.	Rechtsnatur des Restitutionsanspruchs	319
2.	Voraussetzungen des Restitutionsanspruchs	320
3.	Inhalt des Restitutionsanspruchs sowie Einreden und Einwendungen	321
III.	Geltendmachung der Ansprüche	322
IV.	Kritik am geltenden Haftungsregime	323
V.	Zwischenfazit	325
F.	Fazit des zweiten Teils	327
I.	Grundlagen der vorläufigen Vollstreckbarkeit.....	327
II.	Sicherheitsleistung	329
III.	Schuldnerschutz bei vorläufiger Vollstreckbarkeit.....	330
IV.	Rückabwicklung und Schadenshaftung	332
Teil 3: Erteilung und Entzug der aufschiebenden Wirkung im Schweizer Recht... 335		
A.	Einführung.....	337
B.	Grundlagen der aufschiebenden Wirkung.....	338
I.	Zweck der aufschiebenden Wirkung.....	338
1.	Offenhaltung der Entscheidungsfähigkeit im Rechtsmittelverfahren.....	339
2.	Risikoverteilung für die Dauer des Rechtsmittelverfahrens	339
3.	Prozessökonomische Zielsetzung.....	341
II.	Aufschiebende Wirkung als Instrument des einstweiligen Rechtsschutzes ...	341
1.	Herrschende Lehre und Rechtsprechung.....	342
2.	Abgrenzung zum einstweiligen Rechtsschutz.....	344
a)	Abgrenzung nach von Salis.....	344
b)	Abgrenzung nach Staehelin/Bachofner.....	345
c)	Eigene Position.....	345
3.	Zwischenergebnis.....	347
III.	Objekt einer Anordnung über die aufschiebende Wirkung	348
1.	Vorbemerkungen zur formellen Rechtskraft	348
2.	Objekt der aufschiebenden Wirkung bei ordentlichen Rechtsmitteln	350
a)	Erteilung und Entzug der aufschiebenden Wirkung	
im Berufungsverfahren.....		350
a	Anordnung der vorzeitigen Vollstreckbarkeit	351
b	Aufschub der Wirksamkeit von vorsorglichen Massnahmen	352
c	Verbot des Entzugs der aufschiebenden Wirkung bei Gestaltungs- entscheiden.....	353
d	Vorverlegung von Tatbestandswirkung und materieller Rechts- kraft?	355

b)	Erteilung der aufschiebenden Wirkung bei der Beschwerde in Zivilsachen	357
3.	Objekt der aufschiebenden Wirkung bei ausserordentlichen Rechtsmitteln.....	358
a)	Erteilung der aufschiebenden Wirkung im kantonalen Beschwerdeverfahren.....	358
a)	Hemmung nur der Vollstreckbarkeit	359
b)	Hemmung der formellen Rechtskraft bzw. sämtlicher Entscheidungswirkungen.....	360
c)	Konkursbeschwerde im Besonderen.....	361
d)	Eigene Position.....	363
b)	Erteilung der aufschiebenden Wirkung bei der subsidiären Verfassungsbeschwerde	369
c)	Erteilung der aufschiebenden Wirkung im Revisionsverfahren.....	370
4.	Zwischenergebnis.....	372
IV.	Umfang der aufschiebenden Wirkung.....	373
1.	Quantitative Beschränkung der aufschiebenden Wirkung	374
a)	Quantitative Beschränkung durch die Rechtsmittelnanträge	374
b)	Quantitative Beschränkung innerhalb der Rechtsmittelnanträge.....	375
2.	Qualitative Beschränkung der aufschiebenden Wirkung	376
a)	Grundsatz der umfassend gewährten aufschiebenden Wirkung.....	377
b)	Qualitative Beschränkung bei einzelnen Entscheidungswirkungen.....	380
V.	Beginn und Ende der aufschiebenden Wirkung	381
1.	Unmittelbare Wirksamkeit einer Anordnung über die aufschiebende Wirkung.....	381
2.	Beginn einer Anordnung über die aufschiebende Wirkung	382
a)	Rückbezug der aufschiebenden Wirkung.....	382
b)	Wirksamkeit der vorzeitigen Vollstreckbarkeit ex nunc	383
3.	Ende einer Anordnung über die aufschiebende Wirkung.....	384
a)	Ende einer Anordnung über die aufschiebende Wirkung infolge ihrer Aufhebung.....	384
b)	Erlöschen einer Anordnung über die aufschiebende Wirkung im Rechtsmittelzug.....	386
VI.	Folgen der aufschiebenden Wirkung	387
1.	Folgen der vorzeitigen Vollstreckbarerklärung	388
a)	Allgemeines.....	388
b)	Vollstreckung nach dem Schuldbetreibungs- und Konkursrecht	388
c)	Realvollstreckung nach Art. 335 ff. ZPO	390
2.	Folgen der Erteilung von aufschiebender Wirkung.....	391
a)	Auswirkungen auf das laufende Verfahren	391
a)	Wiederaufleben von vorsorglichen Massnahmen.....	391

b	Aussetzung und Wiederaufleben des Fristenlaufs.....	394
c	Aufschub der Wirkungen von prozessleitenden Verfügungen	395
b)	Auswirkungen auf ein angehobenes Vollstreckungsverfahren.....	397
a	Erteilung der Rechtsöffnung	397
b	Auswirkungen im Stadium des Pfändungsverfahrens.....	403
c	Auswirkungen auf die Konkursöffnung.....	403
d	Auswirkungen auf die Arrestlegung	405
e	Auswirkungen auf die Realvollstreckung.....	407
c)	Auswirkungen bei Abweisungs- oder Nichteintretensentscheiden im Besonderen.....	408
d)	Problem der Wiederherstellung des vorherigen Zustands.....	410
a	Meinungsstand in der Lehre.....	412
b	Praxis des Bundesgerichts.....	413
c	Stellungnahme.....	415
VII.	Zwischenfazit	416
C.	Verfahren und materielle Entscheidkriterien	418
I.	Verfahren zum Erlass einer Anordnung	419
1.	Zuständigkeit für Anordnungen über die aufschiebende Wirkung.....	419
a)	Zuständigkeit de lege lata.....	420
a	Grundsatz: Zuständigkeit ab Rechtsmittelhängigkeit	421
b	Zuständigkeit zwischen Entscheideröffnung und Befassung der Rechtsmittelinstanz	422
b)	Zuständigkeitsregelung de lege ferenda.....	432
a	Vorschlag nach der bundesrätlichen Botschaft.....	432
b	Ständerätlicher Vorschlag.....	434
c	Weiterer Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens	435
d	Würdigung.....	436
2.	Antrag und Stellungnahme.....	438
a)	Erfordernis eines Parteiantrags	439
a	Meinungsstand in der Lehre.....	440
b	Eigene Position.....	441
b)	Superprovisorische Anordnung und Schutzschrift.....	444
c)	Frage der Fristgebundenheit des Antrags	446
3.	Anwendbarkeit des summarischen Verfahrens.....	447
a)	Beweismittelbeschränkung.....	447
b)	Einfacher Schriftenwechsel	448
c)	Reduziertes Beweismass des Glaubhaftmachens.....	449
4.	Entscheid über die aufschiebende Wirkung	450
a)	Abänderbarkeit.....	451
a	Auffassung in Lehre und Rechtsprechung	452
b	Eigene Position.....	453

b) Anfechtbarkeit.....	454
a) Zulässigkeit der Beschwerde.....	456
b) Beschwerdegründe	456
II. Materielle Entscheidkriterien	458
1. Erfolgs- und Nachteilsprognose als massgebende Kriterien.....	459
2. Erstellung der Erfolgsprognose.....	460
a) Inhalt der Erfolgsprognose.....	461
b) Summarische Prüfung der relevanten Tatsachen.....	463
c) Beurteilung von Rechtsfragen.....	464
3. Erstellung der Nachteilsprognose.....	466
a) Nachteilsprognose auf Basis einer Doppelhypothese	466
b) Art der in Frage kommenden Nachteile	469
c) Frage der erforderlichen Nachteilsintensität	469
a) Nicht leicht wiedergutzumachende Nachteile	470
b) Konkretisierung des Nachteilsbegriffs	475
d) Reduktion der Gefährdungslage durch sichernde Massnahmen	483
4. Verhältnis von Erfolgs- und Nachteilsprognose.....	485
a) Meinungsstand in Lehre und Rechtsprechung	485
b) Auseinandersetzung mit der Lehre und Rechtsprechung.....	487
a) Allgemeines.....	487
b) Vorgehen bei eindeutigen Prozessaussichten	488
c) Zusammenspiel von Erfolgs- und Nachteilsprognose im Allgemeinen	489
c) Beispiele.....	497
a) Drohende Konkureröffnung.....	497
b) Drohende Mietausweisung.....	499
III. Zwischenfazit	500
D. Sicherheitsleistung und sichernde Massnahmen.....	502
I. Grundlagen	504
1. Rechtsgrundlagen.....	504
a) Kantonales Rechtsmittelverfahren	504
b) Bundesgerichtliches Verfahren.....	505
2. Erfordernis eines Parteienantrags.....	506
a) Meinungsstand in der Lehre	506
b) Eigene Position.....	507
II. Sicherheitsleistung im Besonderen	509
1. Zweck der Sicherheitsleistung	509
2. Sicherheitsleistung als Wirksamkeitsbedingung	511
3. Anwendungsbereich der Sicherheitsleistung	511

4.	Materielle Voraussetzungen der Sicherheitsleistungspflicht	512
a)	Klare Erfolgsprognose	514
b)	Mittellosigkeit der Gesuchstellerin	514
c)	Zweifelsfreie Solvenz der Gesuchstellerin	516
5.	Bemessung und Form der Sicherheitsleistung	517
a)	Höhe der Sicherheit	517
b)	Form der Sicherheit	518
6.	Abwendungsbefugnis des Gesuchsgegners	519
III.	Sichernde Massnahmen im Besonderen	520
1.	Zweck der sichernden Massnahmen	520
2.	Arten von sichernden Massnahmen	521
3.	Sichernde Massnahme als Wirksamkeitsbedingung	523
4.	Materielle Voraussetzungen für den Erlass sichernder Massnahmen	523
5.	Sichernde Massnahmen anstelle der Anordnung über die aufschiebende Wirkung	524
6.	Beschränkte vorzeitige Vollstreckbarkeit	526
a)	Lösungsansätze in der Lehre	527
a)	Vorzeitige Vollstreckbarkeit mit Auflagen für das Vollstreckungs- verfahren	527
b)	Beschränkung auf die Betreibung auf Sicherheitsleistung	528
b)	Würdigung und eigener Vorschlag	529
a)	Würdigung	529
b)	Auf Titelarrestfähigkeit beschränkte Vollstreckbarkeit	529
IV.	Zwischenfazit	532
E.	Rückabwicklung und Schadenshaftung	534
I.	Rückabwicklung der vorläufigen Vollstreckung	536
1.	Selbstständiger Forderungsprozess	537
a)	Materiell-rechtliche Anspruchsgrundlagen	537
a)	Bereicherungsrechtlicher Rückerstattungsanspruch	537
b)	Rückforderungsklage nach Art. 86 SchKG	544
b)	Prozessuale Durchsetzung	547
2.	Alternativen zur Durchsetzung im selbstständigen Prozess	548
a)	Rückabwicklung durch das Rechtsmittelgericht	548
b)	Rechtsmittelentscheid als definitiver Rechtsöffnungstitel	550
II.	Schadenersatz bei unberechtigten Anordnungen über die aufschiebende Wirkung	551
1.	Haftungsgrundlagen	552
a)	Mögliche Haftungsgrundlagen	553
b)	Analogiefähigkeit der Haftungsnormen des einstweiligen Rechtsschutzes	554
c)	Zwischenergebnis	556

2. Rechtsnatur des Haftungsgrunds.....	557
a) Verschuldensunabhängige milde Kausalhaftung.....	557
b) Widerrechtlichkeit im Besonderen.....	558
a) Objektivierter Widerrechtlichkeitstheorie	559
b) Geltung der Theorie des Erfolgsunrechts im Bereich des einstweiligen Rechtsschutzes	561
c) Erschöpfung der Widerrechtlichkeit in der Unbegründetheit	562
c) Abgemilderte Risikohaftung aus prozessualer Veranlassung.....	564
a) Auffassung in der Schweizer Lehre	564
b) Eigene Position.....	565
d) Charakteristisches Risiko bei der aufschiebenden Wirkung.....	567
e) Wertungswidersprüche im Schweizer Rechtsmittelsystem.....	569
a) Beschwerde in Zivilsachen	569
b) Kantonale Beschwerde.....	571
3. Einzelne Haftungsvoraussetzungen.....	572
a) Ungerechtfertigte Anordnung über die aufschiebende Wirkung.....	572
b) Schaden infolge der ungerechtfertigten Anordnung über die aufschiebende Wirkung.....	575
4. Umfang des Schadenersatzanspruchs.....	577
5. Einreden und Einwendungen	579
a) Grundsatz	579
b) Reduktion oder Wegfall der Haftung	580
a) Kritik an der Entlastungsmöglichkeit.....	580
b) Teleologische Reduktion von Art. 84 BZP.....	581
c) Richterliche Handhabe der Entlastungsmöglichkeit	582
6. Geltendmachung des Schadenersatzes	585
III. Zwischenfazit	586
F. Fazit des dritten Teils	589
I. Grundlagen der aufschiebenden Wirkung.....	589
II. Verfahren und materielle Entscheidkriterien.....	591
III. Sicherheitsleistung und sichernde Massnahmen	593
IV. Rückabwicklung und Schadenshaftung	595
Schlussbetrachtung	599
A. Rechtsvergleich	601
I. Umsetzung des Grundprinzips von Entscheidbestand und Entscheidungswirkung.....	601
II. Legitimation der gesetzlichen Regelung über die aufschiebende Wirkung ...	604
III. Gegenstand einer abweichenden Anordnung	606
IV. Zuständigkeit für abweichende Anordnungen.....	607

Inhaltsverzeichnis

V.	Materielle Entscheidkriterien	609
VI.	Bedeutung der Sicherheitsleistung	611
VII.	Alternativen zur Bewilligung der vorzeitigen Vollstreckbarkeit.....	614
VIII.	Rückabwicklung einer ungerechtfertigten vorläufigen Vollstreckung	616
IX.	Schadenshaftung für ungerechtfertigten sekundären einstweiligen Rechtsschutz.....	618
X.	Durchsetzung von Rückabwicklungs- und Schadenersatzansprüchen.....	622
XI.	Gesamtbetrachtung der Risikoverteilung im Vollstreckungsbereich	624
	1. Risikoverteilung im Regelfall	624
	a) Prozesse mit niedrigem Streitwert.....	624
	b) Prozesse mit höherem Streitwert.....	625
	c) Rechtsschutz in der dritten Instanz.....	626
	2. (Un-)Gleichbehandlung der Parteien im Einzelfall.....	627
B.	Zusammenfassung in Thesen zum Schweizer Recht	628
	I. Bestand von Entscheiden	628
	II. Entscheidbestand und Entscheidung.....	629
	III. Entzug und Erteilung der aufschiebenden Wirkung.....	631
	Tabellen.....	635
	Tabelle 2: Beständigkeit beschwerdefähiger Entscheide	636
	Tabelle 3: Beständigkeit mit Beschwerde in Zivilsachen anfechtbarer Entscheide	637
	Tabelle 4: Beständigkeit mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten anfechtbarer Entscheide	638
	Tabelle 5: Beständigkeit mit Beschwerde in strafrechtlichen Angelegenheiten anfechtbarer Entscheide	639
	Tabelle 6: Beständigkeit mit subsidiärer Verfassungsbeschwerde anfechtbarer Entscheide	640
	Tabelle 7: Beständigkeit revisionsfähiger Entscheide auf Stufe Bundesgericht (Bereich: Zivilrecht).....	641
	Tabelle 8: Beständigkeit revisionsfähiger Entscheide auf Stufe Bundesgericht (Bereich: öffentliches Recht).....	642
	Tabelle 9: Beständigkeit revisionsfähiger Entscheide auf Stufe Bundesgericht (Bereich: Strafrecht).....	643