

# **BGer 4A\_432/2019 vom 13. Dezember 2019**

Bundesgericht, 2019-12-13, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4A\\_432\\_2019](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_432_2019)

FR: TF 4A\_432/2019 du 13 décembre 2019

IT: TF 4A\_432/2019 del 13 dicembre 2019

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Die Beschwerde richtet sich gegen einen verfahrensabschliessenden Rechtsmittelentscheid eines oberen kantonalen Gerichts (Art. 75 i.V.m. Art. 90 BGG), ist innert der Beschwerdefrist (Art. 100 BGG) von der mit ihren Rechtsbegehren unterlegenen Partei (Art. 76 Abs. 1 BGG) eingereicht worden und bei der Streitsache handelt es sich um die Vollstreckung eines Entscheids in Zivilsachen (Art. 72 Abs. 2 lit. b Ziffer 1 BGG) mit einem Fr. 30'000.-- übersteigenden Streitwert (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG). Auf die Beschwerde ist - vorbehältlich zulässiger Anträge und einer hinreichenden Begründung (Art. 42 i.V.m. Art. 106 Abs. 2 BGG) - einzutreten.

### **E. 2.1**

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Dazu gehören sowohl die Feststellungen über den Streitgegenständlichen Lebenssachverhalt als auch jene über den Ablauf des vor- und erstinstanzlichen Verfahrens, also die Feststellungen über den Prozesssachverhalt (BGE 140 III 16 E. 1.3.1 mit Hinweisen). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 105 Abs. 2 BGG). "Offensichtlich unrichtig" bedeutet dabei "willkürlich" (BGE 143 IV 241 E. 2.3.1; 140 III 115 E. 2 S. 117; 264 E. 2.3 S. 266). Überdies muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein können (Art. 97 Abs. 1 BGG). Für eine Kritik am festgestellten Sachverhalt gilt das strenge Rügeprinzip von Art. 106 Abs. 2 BGG (BGE 140 III 264 E. 2.3 S. 266 mit Hinweisen). Die Partei, welche die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz anfechten will, muss klar und substantiiert aufzeigen, inwiefern diese Voraussetzungen erfüllt sein sollen (BGE 140 III 16 E. 1.3.1 S. 18 mit Hinweisen). Wenn sie den Sachverhalt ergänzen will, hat sie zudem mit präzisen Aktenhinweisen darzulegen, dass sie entsprechende rechtsrelevante Tatsachen und taugliche Beweismittel bereits bei den Vorinstanzen prozesskonform eingebracht hat (BGE 140 III 86 E. 2 S. 90).

### **E. 2.2**

Die Beschwerdeführerin bringt vor, die Vorinstanz habe den Prozesssachverhalt offensichtlich falsch ermittelt, indem sie festgestellt habe, der Beschwerdegegner habe im vorinstanzlichen Verfahren (sinngemäss) die Einrede von Art. 82 OR erhoben. Ihr kann nicht gefolgt werden. Die Vorinstanz hat mit Hinweis auf die Replik des Beschwerdegegners lediglich festgehalten, dieser habe das Verrechnungsrecht der Beschwerdeführerin mit der Begründung bestritten, "es sei nicht möglich, seinen Anspruch auf Übertragung der [Partizipationsscheine] mit demjenigen der Gesuchsgegnerin auf Übertragung der gleichen Anzahl [Partizipationsscheine] zu einem Preis, der zwischen den

Parteien umstritten und nicht durch geeignete Urkunden belegt sei, und den die Gesuchsgegnerin nicht (einfach) selbst bestimmen könne, zu verrechnen". Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin entspricht diese Feststellung wortgetreu der von ihr zitierten Stelle der Eingabe des Beschwerdegegners. Dass der Beschwerdegegner dabei Art. 82 OR nicht erwähnt habe, ist vollkommen irrelevant, sind doch Tatsachenfeststellung und juristische Würdigung streng auseinander zu halten. Somit ist im Folgenden vom Sachverhalt auszugehen, der von der Vorinstanz festgestellt wurde.

### **E. 3**

Die Beschwerdeführerin kritisiert die Nichtberücksichtigung ihrer Verrechnungseinrede im Vollstreckungsverfahren durch die Vorinstanz.

#### **E. 3.1**

Mit Hinweis auf die Lehre zu Art. 81 Abs. 1 SchKG erwog die Vorinstanz, die Verrechnungseinrede könne nur dann im Vollstreckungsverfahren erhoben werden, wenn sie nicht bereits im materiellen Verfahren hätte erklärt werden können. Indem die Beschwerdeführerin ihre

Call Option erst nach dem Entscheid des Kantonsgerichts in der Sache ausgeübt habe, obwohl sie dies schon zu einem früheren Zeitpunkt hätte machen können, könne sie sich nicht darauf berufen, sie habe mit der Optionsausübung und anschliessenden Verrechnungserklärung eine Tatsache geschaffen, welche im Sinne von Art. 341 Abs. 3 ZPO erst nach der Eröffnung des zu vollstreckenden Entscheides entstanden sei. Weiter führte die Vorinstanz aus, dass auch wenn sie im Lichte von Art. 341 Abs. 3 ZPO als zulässig zu betrachten wäre, wäre die Verrechnungseinrede trotzdem unbeachtlich. Es sei nicht Sache des Vollstreckungsrichters, den infolge der Ausübung der

Call Option von der Beschwerdeführerin zu bezahlenden Preis für den Erwerb der Partizipationsscheine zu bestimmen. Dieser Preis sei zwischen den Parteien vorliegend umstritten und nicht durch geeignete Urkunden belegt. Art. 341 Abs. 3 ZPO verlange in Bezug auf den Untergang des zu vollstreckenden Anspruches liquide Verhältnisse und diese Voraussetzung sei nicht mehr gegeben, wenn dem zu vollstreckenden Anspruch zwar eine gleichartige und insofern verrechenbare Gegenleistung gegenüberstehe, diese Gegenleistung aber ihrerseits in einem Austauschverhältnis zu einer weiteren Gegenleistung stehe. Vorliegend habe der Beschwerdegegner zumindest sinngemäss von einem auf Art. 82 OR gründenden Leistungsverweigerungsrecht Gebrauch gemacht, weshalb seine Leistung - d.h. die Zahlung des umstrittenen Preises - gar nicht fällig gewesen sei. Für die Verrechnung habe es folglich an der Voraussetzung der Fälligkeit der Gegenforderung gefehlt.

#### **E. 3.2**

Die Beschwerdeführerin kritisiert die vorinstanzliche Argumentation in zweifacher Hinsicht. Erstens habe die Vorinstanz Art. 341 Abs. 3 ZPO falsch ausgelegt, indem sie der Beschwerdeführerin die Berufung auf Tilgung durch Verrechnung verwehrt habe. Die Beschwerdeführerin bringt im Wesentlichen vor, die Verrechnung sei erst nach dem Abschluss des Erkenntnisverfahrens möglich gewesen. Ob die

Call Option bereits im Erkenntnisverfahren hätte ausgeübt werden können, sei irrelevant, bestehe doch keine Verpflichtung, Forderungen "auf Vorrat" für den Fall einer Verurteilung entstehen zu lassen. Der Beschwerdeführerin als Schuldnerin müsse möglich sein, den

Ausgang des Erkenntnisverfahrens abzuwarten und erst im Nachgang an den Entscheid Massnahmen zu ergreifen, um die nunmehr gerichtlich festgestellte Forderung zu tilgen. Im Übrigen sei die Verrechnungsforderung liquide gewesen. Zwar sei der Vorinstanz darin beizupflichten, dass Art. 341 Abs. 3 ZPO mit Bezug auf die geltend gemachte Tilgung liquide Verhältnisse verlange. Allerdings habe diese daraus in bundesrechtswidriger Weise abgeleitet, dass die Verrechnungseinrede unzulässig sei, weil zwischen den Parteien keine Einigkeit über den im Gegenzug für die Verrechnungsforderung geschuldeten Kaufpreis bestanden habe. Die Vorinstanz habe die zur Verrechnung gebrachte Gegenforderung auf Übertragung der Partizipationsscheine mit der im Gegenzug geschuldeten Kaufpreisforderung verwechselt und das Liquiditätserfordernis fälschlicherweise auf die Kaufpreisforderung ausgedehnt, obwohl diese nicht Gegenstand der Verrechnung sei. Zweitens rügt die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe Art. 120 und 82 OR bzw. Art. 184 OR verletzt, indem sie die Voraussetzungen für eine Verrechnung als nicht gegeben erachtet habe. Da der Beschwerdegegner unbestrittenermassen keine Einrede im Sinne von Art. 82 OR erhoben habe, habe die Vorinstanz insbesondere zu Unrecht die Wirkung dieser Bestimmung eintreten lassen. Im Übrigen finde die von der Vorinstanz vorgenommene Unterscheidung zwischen Sach- und Geldleistungen keine Stütze im Gesetz.

#### **E. 3.3.1**

Entscheide und ihnen gleichgestellte gerichtliche Vergleiche werden nach den Bestimmungen des 10. Kapitels der ZPO (Art. 335 bis 346) vollstreckt, wenn sie nicht auf Geldzahlung oder Sicherheitsleistung lauten ( Art. 335 Abs. 2 ZPO ). Kann nicht direkt vollstreckt werden, so ist beim Vollstreckungsgericht ein Vollstreckungsgesuch einzureichen ( Art. 338 ZPO ). Das Gericht entscheidet im summarischen Verfahren ( Art. 339 ZPO ) von Amtes wegen und nach Anhörung der Gegenpartei über die Vollstreckbarkeit ( Art. 341 ZPO ).

#### **E. 3.3.2**

Im Vollstreckungsverfahren kann der Urteilsschuldner nur sehr beschränkt Einwendungen gegen die Vollstreckung vorbringen. Einerseits kann er formelle Einwendungen erheben, namentlich gegen die Vollstreckbarkeit als solche (siehe dazu Art. 336 ZPO ), oder verfahrensrechtliche Einwendungen, die im Zusammenhang mit dem Vollstreckungsverfahren stehen. Andererseits kann er materiell-rechtliche Einwendungen erheben - wie insbesondere Tilgung, Stundung, Verjährung oder Verwirkung der geschuldeten Leistung -, jedoch nur insofern als diese auf Tatsachen beruhen, die erst seit der Eröffnung des Entscheides eingetreten sind (echte Noven) ( Art. 341 Abs. 3 ZPO ) ( BGE 145 III 255 E. 5.5.2; Urteil 4A\_373/2016 vom 29. Juli 2016 E. 3.2). Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 81 SchKG , die hinsichtlich der im vorliegenden Verfahren relevanten Frage des Verhältnisses zwischen dem Erkenntnis- und dem Vollstreckungsverfahren sehr wohl herangezogen werden kann, entspricht es nicht dem Wesen des summarischen Vollstreckungsverfahrens, über heikle materiellrechtliche Fragen bzw. Fragen, bei denen das gerichtliche Ermessen eine wichtige Rolle spielt, zu befinden ( BGE 136 III 624 E. 4.2.3; 124 III 501 E. 3a; 115 III 97 E. 4b). Dies trifft zum Beispiel dann zu, wenn der Urteilsschuldner verrechnungsweise eine Schuldanerkennung entgegenhält, die bestritten ist und nicht unmittelbar durch Urkunden bewiesen werden kann ( BGE 136 III 624 E. 4.2.3).

#### **E. 3.3.3**

Die Beschwerdeführerin geht davon aus, dass sie ihren Anspruch auf Übertragung von 6'291 Partizipationsscheinen mit dem entsprechenden Anspruch des Beschwerdegegners verrechnen kann. Sie verkennt aber, dass eine allfällige Verrechnung zunächst die Entstehung ihres Anspruches voraussetzt. Mit einer

Call Option kann ein vertraglich bestimmtes Gut in einer bestimmten Menge zu einem im Voraus vereinbarten Preis (Ausübungspreis,

strike price ) erworben werden. Vorliegend hat die Kaufoption der Beschwerdeführerin unbestrittenerweise 6'291 Partizipationsscheine zum Gegenstand. Dem angefochtenen Entscheid ist jedoch zu entnehmen, dass die Höhe des für diese Partizipationsscheine zu bezahlenden Preises zwischen den Parteien strittig ist und nicht durch geeignete Urkunden belegt werden konnte, was die Beschwerdeführerin im vorliegenden Verfahren nicht bestreitet. Angesichts dessen, dass eine Kaufoption definitionsgemäss zu einem bestimmten Preis ausgeübt wird, stellt sich - entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin - im Hinblick auf die anschliessende Möglichkeit der Verrechnung zwingend die Frage, ob es Sache des Vollstreckungsrichters ist, über die bestrittene Höhe des Ausübungspreises zu entscheiden. In Übereinstimmung mit der erwähnten Rechtsprechung ist diese Frage zu verneinen. Wirft - wie hier - die Entstehung der Forderung, die zur Verrechnung gebracht wird, Fragen auf, die von der im Erkenntnisverfahren unterlegenen Partei nicht unmittelbar mittels Urkunden geklärt werden können, ist die Einwendung nicht zu hören. Somit kann die geschuldete Leistung nicht infolge Verrechnung als getilgt betrachtet werden. Folglich muss nicht untersucht werden, ob der Umstand, dass die Beschwerdeführerin ihre

Call Option bereits während des Erkenntnisverfahrens hätte ausüben können, der Möglichkeit der Verrechnung im Vollstreckungsverfahren entgegensteht.

#### **E. 4.1**

Die Beschwerdeführerin bringt vor, die angedrohte Ordnungsbusse sei unzulässig und unverhältnismässig, weshalb sie die Art. 343 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 5 Abs. 2 und Art. 9 BV verletze. Sie macht geltend, die ihr im angefochtenen Entscheid auferlegte Verpflichtung sei gar nicht möglich. Dabei wiederholt sie ihre bereits im vorinstanzlichen Verfahren vorgetragene Argumentation, wonach sie selbst nicht über genügend Partizipationsscheine verfüge und wonach die Partizipationsscheine, die ihrer Muttergesellschaft gehören, sämtlich an die Bank C.\_\_\_\_\_ verpfändet worden seien. Auch wenn von der Zulässigkeit der Androhung einer Ordnungsbusse ausgegangen werden sollte, würde die Höhe der angedrohten Busse sowie die kurze Erfüllungsfrist das Verhältnismässigkeitsgebot verletzen. Zuletzt wehrt sich die Beschwerdeführerin gegen den Vorwurf des Rechtsmissbrauchs, stelle doch die - bestrittene - Nichterfüllung einer Verpflichtung keinen Rechtsmissbrauch dar.

#### **E. 4.2**

Die Beschwerdeführerin beschränkt sich im Wesentlichen darauf, aufzuzeigen, dass sie selber nicht über die erforderliche Anzahl von Partizipationsscheinen verfügt. Als ausschlaggebend haben jedoch beide Vorinstanzen den Umstand erachtet, dass es der Beschwerdeführerin möglich war, sich die fraglichen Partizipationsscheine zu beschaffen. Es kann in der Tat nicht ausser Acht bleiben, dass die Muttergesellschaft der Beschwerdeführerin am 3. Oktober 2018 118'938 Partizipationsscheine der Gesellschaft erworben hat, und dass der Aktienpfandvertrag mit der Bank C.\_\_\_\_\_, auf den sich die Beschwerdeführerin beruft, auch erst an diesem Tag eingegangen wurde. Angesichts

dessen, dass die Beschwerdeführerin bereits am 28. März 2017 vom Kreisgericht St. Gallen zur Übertragung der Partizipationsscheine verurteilt wurde und dass ihre gegen diesen Entscheid erhobene Berufung am 28. Mai 2018 abgewiesen wurde, müssen ihre Ausführungen zur angeblichen Unmöglichkeit der Leistung als rechtsmissbräuchlich aufgefasst werden. Weshalb es ihr nicht möglich gewesen sei, infolge ihrer Verurteilung die nötigen Partizipationsscheine zu erwerben, ist weder dargetan noch ersichtlich.

Auch die Vorbringen der Beschwerdeführerin zur angeblichen Unverhältnismässigkeit der angedrohten Busse überzeugen nicht. Lautet der Entscheid auf eine Verpflichtung zu einem Tun, Unterlassen oder Dulden, so kann das Vollstreckungsgericht gemäss Art. 343 Abs. 1 lit. c insbesondere eine Ordnungsbusse bis zu 1'000 Franken für jeden Tag der Nichterfüllung anordnen. Bei der Festsetzung der Höhe der Ordnungsbusse ist zwar der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten ( BGE 142 III 587 E. 6). Weshalb die Androhung einer Busse, welche gerade der Hälfte des höchst zulässigen Betrages entspricht,

in casu unverhältnismässig sei, ist nicht ersichtlich. Dass die Beschwerdeführerin auf die Mitwirkung von Dritten angewiesen sei, ist dabei für sich allein noch nicht ausschlaggebend. Bei der Festsetzung der Höhe der Busse kann - wie die Vorinstanz zu Recht vorbringt - ihr rechtsmissbräuchliches Verhalten nicht unbeachtet bleiben. Nichts anderes gilt im Übrigen in Bezug auf die Erfüllungsfrist. Zum Zeitpunkt des angefochtenen Entscheides hatte die Beschwerdeführerin die ihr vor über zwei Jahren vom Kreisgericht St. Gallen auferlegte Verpflichtung noch nicht erfüllt. Unter diesen Umständen kann dem Vollstreckungsrichter nicht vorgeworfen werden, eine Vollstreckungsmassnahme anzuordnen, die aufgrund ihrer Ausgestaltung zur Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes geeignet ist.

#### **E. 5**

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens trägt die Beschwerdeführerin die Gerichtskosten ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Sie hat der Beschwerdegegnerin deren Parteikosten für das Verfahren vor Bundesgericht zu ersetzen ( Art. 68 Abs. 2 BGG ).

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