

BGer 5A_748/2015 vom 3. August 2016

Bundesgericht, 2016-08-03, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_748_2015

FR: TF 5A_748/2015 du 3 août 2016

IT: TF 5A_748/2015 del 3 agosto 2016

Erwägungen

E. 1.1

Angefochten ist ein kantonale letztinstanzliche Rechtsöffnungsentscheidung, mithin eine Zwangsvollstreckungssache (Art. 72 Abs. 2 lit. a BGG). Die gesetzliche Streitwertgrenze wird erreicht (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG). Die Beschwerde in Zivilsachen ist daher gegeben.

E. 1.2

Mit vorliegender Beschwerde kann die Verletzung von Bundesrecht gerügt werden (Art. 95 lit. a BGG). In der Beschwerde ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht verletzt (Art. 42 Abs. 2 BGG). Die Verletzung verfassungsmässiger Rechte ist ebenfalls zu begründen (Art. 106 Abs. 2 BGG), wobei hier das Rügeprinzip gilt (BGE 133 III 589 E. 2 S. 591). Soweit die Beschwerdeführerin die Verletzung der Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) durch falsche Anwendung des Verrechnungsrechts (Art. 120 ff. OR) rügt, fällt ihr Vorbringen mit der Rüge der Verletzung von Bundesgesetzesrecht zusammen.

E. 1.3

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 BGG). Zulässig ist einzig die Rüge, dass eine Tatsachenfeststellung auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruhe oder eine Tatsache offensichtlich unrichtig festgestellt worden sei (Art. 97 Abs. 1 BGG). Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen nur so weit vorgebracht werden, als erst der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gibt (Art. 99 Abs. 1 BGG).

E. 2

Das Kantonsgericht hat festgehalten, dass die von der Beschwerdeführerin vorgelegte "Tilgungsspezifikation" unbestrittenermassen eine Schuldanerkennung im Sinne von Art. 82 SchKG sei. Weiter hat die Vorinstanz erwogen, dass die im Rechtsöffnungsverfahren bzw. mit der Schuldanerkennung geltend gemachte Forderung nicht Gegenstand des vorangegangenen Prozesses - angehoben durch Klage vom 24. September 2008 (Lit. A.b) - gewesen sei und insoweit keine abgeurteilte Sache vorliege. Im Wesentlichen wird die Abweisung des Rechtsöffnungsgesuchs wie folgt begründet:

E. 2.1

Die Beschwerdeführerin (als Betreibungsgläubigerin) habe im vorangegangenen Prozess (als Beklagte) die Verrechnungseinrede verspätet erhoben, so dass diese nicht mehr berücksichtigt worden sei. Bei prozessual verspäteter Verrechnungseinrede stelle sich die Frage nach der materiellrechtlichen Wirkung der Verrechnungserklärung, d.h. ob Haupt- und Gegenforderung gemäss Art. 124 Abs. 2 OR "trotzdem" untergegangen seien. Nach

überzeugender Lehre habe die rechtsgestaltende Erklärung der Verrechnung eine materiellrechtliche Wirkung, auch wenn sie als Einrede in einem Prozess unberücksichtigt geblieben sei. Als Zwischenfazit sei festzuhalten, dass die von der Beschwerdeführerin (als Beklagten) im vorangegangenen Prozess abgegebene Verrechnungserklärung materiell wirksam gewesen sei, d.h. zur Tilgung ihrer Forderung aus der "Tilgungsspezifikation" - d.h. der heutigen Betreibungsforderung - geführt habe.

E. 2.2

Es könne indes gegen das Rechtsmissbrauchsverbot verstossen, wenn sich Beschwerdegegnerin auf die materielle Wirksamkeit der Verrechnungserklärung der Beschwerdeführerin berufe. Im konkreten Fall liege indes kein rechtsmissbräuchliches Verhalten der Beschwerdegegnerin vor, noch werde ein solches von der Beschwerdeführerin dargetan, welche die verspätete Verrechnungseinrede vielmehr selber zu vertreten habe. Die Vorinstanz ist zum Ergebnis gelangt, dass die Beschwerdegegnerin glaubhaft gemacht habe, dass die Betreibungsforderung der Beschwerdeführerin durch ihre Erklärung der Verrechnung untergegangen sei. Die provisorische Rechtsöffnung sei daher zu verweigern.

E. 3

Anlass zur vorliegenden Beschwerde gibt die Verweigerung der provisorischen Rechtsöffnung. Das Kantonsgericht ist zum Ergebnis gelangt, die Beschwerdegegnerin als Betriebene mache glaubhaft, dass die Beschwerdeführerin als betreibende Gläubigerin die Verrechnungswirkung - und damit den Untergang der Betreibungsforderung - bereits früher ausgelöst habe.

E. 3.1

Die Beschwerdeführerin widerspricht der Auffassung des Kantonsgerichts und macht im Wesentlichen geltend, dass die prozessuale Nichtberücksichtigung ihrer Verrechnungseinrede im vorangegangenen Prozess nicht zu materieller Wirkung ihrer Verrechnungserklärung führen könne. Wenn die Beschwerdegegnerin sich dennoch auf jene Verrechnungserklärung (der Beschwerdeführerin) und damit den Untergang der Verrechnungsforderung (Betreibungsforderung) berufen dürfe, werde die Beschwerdegegnerin in unhaltbarer und stossender Weise bevorteilt. Die Beschwerdeführerin wirft dem Obergericht eine Verletzung der Regeln über die Verrechnung (Art. 120 ff. OR) vor.

E. 3.2

Die Betreibungsforderung ist unbestrittenermassen nicht Gegenstand einer abgeurteilten Sache. Die von der Beschwerdeführerin vorgelegte, als "Tilgungsspezifikation" bezeichnete schriftliche Erklärung vom 9. April 2008 stellt sodann unstreitig eine Schuldanerkennung im Sinne von Art. 82 Abs. 1 SchKG dar. Gemäss Art. 82 Abs. 2 SchKG wird die Rechtsöffnung ausgesprochen, sofern der Betriebene nicht Einwendungen, welche die Schuldanerkennung entkräften, sofort glaubhaft macht. Vorgebracht werden dürfen sämtliche Einwendungen und Einreden, welche die geltend gemachte Schuldverpflichtung dahinfällen lassen (vgl. BGE 132 III 140 E. 4.1.1 S. 142; KREN KOSTKIEWICZ, Schuldbetriebs- und Konkursrecht, 2. Aufl. 2014, Rz. 580; GILLIÉRON, Poursuite pour dettes, faillite et concordat, 5. Aufl. 2012, Rz. 784).

E. 3.3

Wenn die Verrechnung im Rechtsöffnungsverfahren vom Betrieben als Verrechnungsgegner (*compensé*) geltend gemacht wird, so behauptet er, der betreibende Gläubiger habe die in Betreuung gesetzte Forderung durch Verrechnung getilgt (AEPLI, Zürcher Kommentar, 1991, N. 153 zu Vorbem. Art. 120-126 OR). Grund dafür ist, dass der Verrechnende (*compensant*) nicht nur die eigene Schuld (Hauptforderung, *créance principale*) tilgt, sondern auch die eigene Forderung (Verrechnungsforderung, *contre-créance*) opfert (JEANDIN, in: *Commentaire romand, Code des obligations I*, 2. Aufl. 2012, N. 1, 3 zu Intro. Art. 120-126; PETER, in: *Basler Kommentar, Obligationenrecht I*, 6. Aufl. 2015, N. 1 zu Vor Art. 120-126). Die Verrechnung führt zum Erlöschen der Haupt- und der Verrechnungsforderung (Art. 124 Abs. 2 OR).

E. 3.4

Im vorliegenden Rechtsöffnungsverfahren ist vor Kantonsgericht umstritten, ob sich die Beschwerdegegnerin als Verrechnungsgegnerin mit Erfolg auf die Verrechnungswirkung - den Untergang der Forderung der Beschwerdeführerin als Verrechnende - berufen konnte, wenn die Verrechnungseinrede im vorangegangenen Prozess von der Beklagten verspätet erhoben worden ist.

E. 3.4.1

Die prozessuale Einwendung der Verrechnung (*objection de compensation*) ist von der Verrechnungserklärung (*déclaration de compensation*) gemäss Art. 124 Abs. 1 OR zu unterscheiden (BGE 63 II 133 E. 3b S. 140). Die Verrechnungserklärung löst - nach materiellem Recht - die Verrechnungswirkung aus; die Einwendung der Verrechnung im Prozess macht - nach den Regeln des Prozessrechts - die Frage der Verrechnung zum Prozessgegenstand. Die Verrechnungserklärung und die prozessuale Geltendmachung können zusammentreffen, aber auch auseinanderfallen (BGE 63 II 133 E. 3b S. 140; Urteil 4A_290/2007 vom 10. Dezember 2007 E. 8.3.1; Urteil 4C.90/2005 vom 22. Juni 2005 E. 4; AEPLI, a.a.O., N. 117, 138 f. zu Vorbem. zu Art. 120-126; JEANDIN, a.a.O., N. 1, 5 zu Art. 124; PICHONNAZ, *La compensation*, 2001, Rz. 2030 ff.).

E. 3.4.2

Vorliegend steht fest, dass die Beschwerdeführerin im vorangegangenen Prozess die Verrechnungseinrede verspätet erhoben hat, so dass diese nicht mehr berücksichtigt worden ist. Die Frage, ob eine prozessual unberücksichtigt gebliebene Verrechnungseinrede des Beklagten trotzdem zur Erlöschenswirkung nach Art. 124 Abs. 2 OR führen soll, was ein Auseinanderfallen zwischen materieller Rechtslage und richterlichem Urteil (bei Gutheissung der Klage) zur Folge hat, ist umstritten (PETER, a.a.O., N. 2 zu Vor Art. 120-126). Die Lehre hat verschiedene Theorien und Lösungen anhand prozessualer oder materieller Ansätze entwickelt (zuletzt u.a. ZELLWEGER-GUTKNECHT, *Berner Kommentar*, 2012, N. 144 ff., N. 159 ff. zu Vorbem. Zu Art. 120-126; SCHALLER, *Einwendungen und Einreden im schweizerischen Schuldrecht*, 2009, Rz. 536 ff., Rz. 541 f.; PICHONNAZ, Rz. 2016 ff., je mit weiteren Hinweisen und Stellungnahmen).

E. 3.4.3

Nach bestätigter Rechtsprechung kann die Verrechnungserklärung jederzeit erfolgen, d.h. ausserhalb oder innerhalb eines hängigen Prozesses (BGE 63 II 133 E. 3b S. 140; Urteil 4C.90/2005 vom 22. Juni 2005 E. 4); die materielle Wirksamkeit hängt demnach nicht von der prozessualen Geltendmachung ab (PICHONNAZ, a.a.O., Rz. 2033; PETER, a.a.O., N. 2 zu Art. 124). Wenn das Kantonsgericht auf dieser Grundlage erwogen hat, dass eine

rechtsgestaltende Erklärung der Verrechnung gegenüber der Gläubigerin eine materiellrechtliche Wirkung habe, auch wenn sie als Einrede in einem Prozess unberücksichtigt geblieben ist, steht dies im Einklang mit der Rechtsprechung. Der Schluss des Kantonsgerichts, dass die von der Beschwerdeführerin (damaligen Beklagten) im vorangegangenen Prozess abgegebene Verrechnungserklärung materiell wirksam war und Erlöschenswirkung hatte, d.h. zur Tilgung ihrer Forderung gemäss "Tilgungsspezifikation" - d.h. der heutigen Betreibungsforderung - führte, ist dies mit Bundesrecht vereinbar.

E. 3.4.4

Zu Recht hat das Kantonsgericht (mit Hinweis auf die Literatur) erkannt, dass die materielle Wirksamkeit einer prozessual unberücksichtigt gebliebenen Verrechnungseinrede des Beklagten zu einer Schwierigkeit - zum erwähnten Auseinanderfallen zwischen materieller Rechtslage und richterlichem Urteil - führen kann: Die materiell wirksame Verrechnung führt zum Untergang der Hauptforderung, währenddem die Beklagte gestützt auf das gutheissende Urteil ebendiese Hauptforderung bezahlen muss. Dass die durch Urteil rechtskräftig beurteilte Forderung Bestand hat, steht zu Recht nicht in Frage. In der Lehre wird dargelegt, dass rechtsmissbräuchliches Verhalten des Verrechnungsgegners (compensé) dem Gläubiger dennoch erlauben soll, die tatsächliche Bezahlung der Verrechnungsforderung zu verlangen (PICHONNAZ, a.a.O., N. 2107). Dieser Sichtweise kann gefolgt werden, weil damit der prozessual erklärten Verrechnung die Erlöschenswirkung im Grundsatz belassen wird (E. 3.4.3). Wenn das Kantonsgericht entsprechend erwogen hat, es könne gegen das Rechtsmissbrauchsverbot verstossen, wenn sich Beschwerdegegnerin auf die Wirksamkeit der Verrechnungserklärung der Beschwerdeführerin berufe, nachdem ihre Klage (wie geschehen) gutgeheissen und die Verrechnungseinrede prozessual nicht berücksichtigt worden sei, stellt dies als solches keine Verletzung von Bundesrecht dar.

E. 3.4.5

Das Kantonsgericht hat (unter Hinweis auf SCHALLER, a.a.O., Rz. 543) im Einzelfall geprüft, ob die Beschwerdegegnerin sich im Rechtsöffnungsverfahren rechtsmissbräuchlich auf die Wirksamkeit der vorangegangenen Verrechnungserklärung der Beschwerdeführerin berufen hat. Zu Recht hat die Vorinstanz den offenbaren Rechtsmissbrauch danach untersucht, ob unter den besonderen Umständen des konkreten Falles die Berufung auf die Norm Treu und Glauben widerspricht (BGE 140 III 583 E. 3.2.4 S. 589), denn Art. 2 Abs. 2 ZGB setzt nicht allgemein für bestimmte Arten von Fällen die Bestimmungen des Zivilrechts ausser Kraft, sondern dient als korrigierender Notbehelf für die Fälle, in denen formales Recht zu materiell krassem Unrecht führen würde (BGE 134 III 52 E. 2.1 S. 58). Ob das Ergebnis der Vorinstanz, wonach die provisorische Rechtsöffnung zu verweigern sei, mit Bundesrecht vereinbar ist, bleibt im Folgenden zu erörtern.

E. 3.5

Was die Beschwerdeführerin vorbringt, vermag keine Rechtsverletzung darzutun.

E. 3.5.1

Soweit die Beschwerdeführerin nicht die Wirksamkeit der Verrechnungserklärung, sondern ihre Verrechnung aus anderen Gründen in Frage stellen will, und insbesondere geltend macht, eine "Ausgleichung der Forderungen gemäss Art. 124 Abs. 2 OR " habe nicht stattgefunden und "die Forderungen [der Klägerin im vorangegangenen Prozess] im Umfang von Fr. 2'077'685.30" hätten gar "nicht die Forderungen aus der

Tilgungsvereinbarung" betroffen, sind ihre Vorbringen unbehelflich. Die Beschwerdeführerin übergeht, dass sie selber im vorangegangenen Prozess die Verrechnungseinrede für ebendiese Forderungen der Klägerin im erwähnten Umfang erhoben hatte, was auf einer Feststellung der Vorinstanz beruht. Nach dem angefochtenen Urteil war unbestritten, dass in der im vorangegangenen Prozess erklärten Verrechnung als Verrechnungsforderung die vorliegende Betreuungsforderung gemäss "Tilgungsspezifikation" enthalten war. Die Vorbringen der Beschwerdeführerin ändern nichts daran, dass vor dem Kantonsgericht die Wirksamkeit der von der Beschwerdeführerin im betreffenden Prozess verspäteten Verrechnungserklärung umstritten war, d.h. die - vor Bundesgericht gebrachte - Frage strittig war, ob die im vorangegangenen Prozess verspätet erklärte Verrechnungseinrede der Geltendmachung der Verrechnungsforderung (Betreuungsforderung) entgegensteht. Dass die vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellungen insoweit auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruhen soll, legt die Beschwerdeführerin nicht dar.

E. 3.5.2

Die Beschwerdeführerin wirft dem Kantonsgericht vor, Rechtsmissbrauch der Beschwerdegegnerin verkannt zu haben. Sie übergeht, dass die Beschwerdegegnerin ihre Einwendung, wonach die Beschwerdeführerin nicht mehr Gläubigerin der Betreuungsforderung sei, im Verfahren der provisorischen Rechtsöffnung lediglich glaubhaft zu machen hat, d.h. mehr als zu behaupten, aber weniger als zu beweisen hat (vgl. zum Begriff des Glaubhaftmachens u.a. BGE 132 III 140 E. 4.1.2 S. 144; STAEHELIN, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreuung und Konkurs, 2. Aufl. 2010, N. 87 f. zu Art. 82). Rechtsmissbrauch ist indes vom Vorwerfenden nachzuweisen (BGE 134 III 52 E. 2.1 S. 58) : Wenn die Beschwerdeführerin der Beschwerdegegnerin im Rechtsöffnungsverfahren Rechtsmissbrauch vorwirft, hat sie die Glaubhaftmachung der Einwendung der Betriebenen zu erschüttern. Das Kantonsgericht hat festgehalten, von einer krass ungerechten Situation könne nicht die Rede sein und die Beschwerdeführerin habe "im Übrigen keine Umstände dargetan, aufgrund derer sich die Anwendung des Rechtsmissbrauchsverbotes aufdrängen würde". Die Beschwerdeführerin setzt in diesem Punkt nicht auseinander (Art. 106 Abs. 2 BGG), inwiefern die Vorinstanz rechtserhebliche Umstände übergangen habe, welche ihren Gehörsanspruch (Art. 29 Abs. 2 BV) verletzt hätten. Dass das Kantonsgericht das Mass der Glaubhaftmachung in rechtswidriger Weise angesetzt habe, ist weder behauptet noch ersichtlich. Die Berufung auf Noven unter Hinweis auf Art. 99 BGG ist ohnehin unbehelflich, zumal nicht erst das angefochtene Urteil Anlass zum Vorbringen gegeben hat, sondern bereits in der Beschwerdeschrift an die Vorinstanz Rechtsmissbrauch erörtert (bzw. bestritten) worden ist. Die Beschwerdeführerin kritisiert im Wesentlichen lediglich, dass die Vorinstanz ihr Verhalten bei der Beurteilung des Rechtsmissbrauchs mitberücksichtigt habe. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern das Kantonsgericht den Begriff des Rechtsmissbrauchs (E. 3.4.5) verkannt habe, wenn es bei der Würdigung der besonderen Umstände des konkreten Falles das Verhalten der Beschwerdeführerin - d.h. die selber zu vertretende Verspätung der Verrechnungseinrede im vorangegangenen Prozess - miteinbezogen hat.

E. 3.5.3

Die Beschwerdeführerin stützt sich im Übrigen vergeblich auf die Lehrmeinung im Berner Kommentar. Wohl ist richtig, dass nach dort vertretener Auffassung eine Verrechnungserklärung im Prozess berücksichtigbar sein müsse, ansonsten sie materiell

unwirksam sei (ZELLWEGER-GUTKNECHT, a.a.O., N. 162 zu Vorbem. zu Art. 120-126). Allerdings führt die Kommentatorin fort, dass eine Verrechnung dann materiell wirksam ist, wenn sie in einem Zeitpunkt erklärt wird, in welchem die entsprechende Einwendung "vom Gericht noch berücksichtigt werden könnte - ohne dass sie in der Folge aber prozesskonform vorgetragen wird" (ZELLWEGER-GUTKNECHT, a.a.O., N. 163 zu Vorbem. zu Art. 120-126). Das Kantonsgericht hat (auch) darauf Bezug genommen, wenn es erwogen hat, dass die Beschwerdeführerin durchaus die Möglichkeit gehabt habe, die Verrechnung prozesskonform vorzutragen, so dass ihre Verrechnungsforderung noch zu beurteilen gewesen wäre. Darauf geht die Beschwerdeführerin indes nicht ein. Zu Recht hat die Vorinstanz auf das bundesgerichtliche Urteil 4A_69/2014 vom 28. April 2014 verwiesen, woraus hervorgeht, dass die Beschwerdeführerin im vorangegangenen Prozess (im Berufungsverfahren) die Möglichkeit zum rechtzeitigen Vorbringen hatte. Entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerin wird die Verrechnungserklärung bedingungslos abgegeben, währenddem die sog. Eventualverrechnung mit dem Prozessrecht verknüpft ist (u.a. Peter, a.a.O., N. 5 zu Art. 124; ENGEL, *Traité des obligations en droit suisse*, 2. Aufl. 1997, S. 676) und - laut Kantonsgericht - sogar auch im vorangegangenen Prozess möglich gewesen wäre. Die Beschwerdeführerin übergeht, dass die Vorinstanz die - ungenutzten - Möglichkeiten berücksichtigt hat, und aus diesen Gründen geschlossen hat, dass sie selber dafür verantwortlich sei, die durch ihre Verrechnungserklärung geschaffene materielle Rechtslage korrekt in den Prozess einzuführen (vgl. ZELLWEGER-GUTKNECHT, a.a.O., N. 164 zu Vorbem. zu Art. 120-126). Der Einwand der Beschwerdeführerin, sie habe "Einiges" zu einer rechtmässigen Geltendmachung der Verrechnungseinrede im vorangegangenen Prozess vorgenommen, vermag daran nichts zu ändern.

E. 3.6

Nach dem Dargelegten ist mit Bundesrecht vereinbar, wenn die Vorinstanz zum Ergebnis gelangt ist, dass die Beschwerdegegnerin als Verrechnungsgegnerin glaubhaft gemacht habe, dass die Beteiligungsforderung der Beschwerdeführerin durch ihre Erklärung der Verrechnung untergegangen sei, ohne dass die Glaubhaftmachung durch den Vorwurf des Rechtsmissbrauchs hinreichend in Frage gestellt werde. Die Verweigerung der provisorischen Rechtsöffnung hält vor Bundesrecht stand.

E. 4

Der Beschwerde ist kein Erfolg beschieden. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig (Art. 66 Abs. 1 BGG). Eine Parteientschädigung ist nicht zu leisten, da der Beschwerdegegnerin im bundesgerichtlichen Verfahren keine ersatzpflichtigen Kosten entstanden sind.

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