

# ZH\_OBERGERICHT RT180005 vom 27. Februar 2018

ZH Obergericht, 2018-02-27, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_RT180005](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_RT180005)

FR: ZH\_OBERGERICHT RT180005 du 27 février 2018

IT: ZH\_OBERGERICHT RT180005 del 27 febbraio 2018

## Erwägungen

### E. 1

Dezember 2016 geschlossene "Principle Terms of the Share Sales and Purchase Agreement" zugrunde. Inhalt des Agreements bildet der Verkauf und die Übertragung von 8000 Aktien des Gesuchstellers an der C. \_\_\_\_\_ AG an die Gesuchsgegnerin. Vereinbart wurde ein Aktienkaufpreis von total Fr. 14'758'131.–. Bezüglich der Tilgung sah das Agreement vor, dass der Betrag von Fr. 5'500'000.– von der Gesuchsgegnerin in drei Tranchen zu je Fr. 1'250'000.– per 31. Januar, 30. April und 31. Juli 2017 sowie einer vierten Tranche zu Fr. 1'750'000.– per 31. Oktober 2017 zu bezahlen war. Die Tilgung des Restbetrages erfolgte durch Verrechnung mit von der Gesuchsgegnerin an den Gesuchsteller gewährten Darlehen (Urk. 18).

### E. 2

Gestützt auf die vorgenannte Vereinbarung betrieb der Gesuchsteller die Gesuchsgegnerin für die Bezahlung der per 31. Juli 2017 fälligen, dritten Kaufpreistranche in der Höhe von Fr. 1'250'000.–. Gegen den Zahlungsbefehl vom 11. August 2017 des Betreibungsamts Zürich 4 (Betreibungs-Nr. ...) erhob die Gesuchsgegnerin Rechtsvorschlag (Urk. 2). Mit Urteil vom 19. Dezember 2017 erteilte das Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht Audienz (fortan Vorinstanz), dem Gesuchsteller provisorische Rechtsöffnung für Fr. 1'250'000.– nebst Zins zu 5 % seit 31. August 2017 (Urk. 34).

### E. 2.1

Die Gesuchsgegnerin wendet ein, die Vorinstanz gehe zu Unrecht davon aus, dem Gesuchsteller sei vor Einreichung der Stellungnahme zum Rechtsöffnungsgesuch keine Verrechnung erklärt worden (Urk. 33 S. 10). Die Vorinstanz verkenne, dass die Frage der rechtzeitigen Verrechnungserklärung gar nicht Gegenstand des vorinstanzlichen Verfahrens gewesen sei, da der Gesuchsteller das Vorliegen einer Verrechnungserklärung anerkannt habe. Aus den eigenen Worten des Gesuchstellers im Gesuch um provisorische Rechtsöffnung gehe deutlich hervor, dass dieser sich bewusst gewesen sei, dass Verrechnung erklärt worden

- 6 - sei und welche Forderungen zur Verrechnung gebracht worden seien. Er bestreite lediglich Bestand und Höhe der geltend gemachten Forderungen (Urk. 33 S. 11 f.).

Ausserdem sei eine erste Verrechnungserklärung für die dritte Tranche schon mit Schreiben vom 31. Juli 2017 erfolgt (Urk. 33 S. 11 mit Verweis auf Urk. 3/2 bzw. Urk. 18). Indem die Vorinstanz die Aussage des Gesuchstellers nicht zur Kenntnis nehme und davon ausgehe, dass keine Verrechnung stattgefunden habe, verletze sie die in Art. 58 ZPO verankerte Dispositionsmaxime und insbesondere den Grundsatz, dass einer Partei nicht weniger zugesprochen werden dürfe, als von der Gegenpartei anerkannt worden sei. Während die Parteien bezüglich der Gründe der Verrechnung tatsächlich unterschiedliche Auffassungen

vertreten würden, bestreite keine der Parteien die Erklärung der Verrechnung an sich. Im Ergebnis bedeute dies aber, dass in der Stellungnahme zum Rechtsöffnungsge- such keine Pflicht bestanden habe, die erfolgte Verrechnung zu behaupten oder gar zu beweisen. Es sei entsprechend nur noch um die Höhe der Forderungen gegangen, die zur Verrechnung gebracht wurden (Urk. 33 S. 13 f.).

### **E. 2.2**

Beruhet die Forderung auf einer durch Unterschrift bekräftigten Schuldaner- kennung, kann der Gläubiger die provisorische Rechtsöffnung verlangen (Art. 82 Abs. 1 SchKG). Der Richter spricht dieselbe – im summarischen Verfahren (Art. 251 lit. a ZPO) – aus, sofern der Betriebene nicht Einwendungen, welche die Schuldanerkennung entkräften, sofort glaubhaft macht (Art. 82 Abs. 2 SchKG). Die Tilgung kann auch durch Verrechnung erfolgen. Dabei ist die prozessuale Einwendung der Verrechnung von der Verrechnungserklärung gemäss Art. 124 Abs. 1 OR zu unterscheiden. Die Verrechnungserklärung löst nach materiellem Recht die Verrechnungswirkung aus, während die Einwendung der Verrechnung im Prozess diese zum Prozessgegenstand macht (BGer 5A\_748/2015 vom

### **E. 2.3**

Vorliegend lässt sich weder aus dem Rechtsöffnungsge such des Gesuch- stellers vom 19. September 2017 (Urk. 1) noch aus dem Schreiben der Gesuchs- gegnerin vom 31. Juli 2017 (Urk. 3/2, vgl. auch Urk. 18) eine vollständige und damit wirksame Verrechnungserklärung ableiten. So ergibt sich aus dem Rechts- öffnungsbegehren des Gesuchstellers nicht, welche Verrechnungsforderungen von der Gesuchsgegnerin zu welchem Zeitpunkt der Hauptforderung gegenüber- gestellt worden waren. Vielmehr führte der Gesuchsteller lediglich allgemein aus, die Gesuchsgegnerin sei nicht gewillt, die dritte Kaufpreistranche zu bezahlen, und begründe dies mit Forderungen, die ihr von der C.\_\_\_\_\_ übertragen worden seien. Dabei bezieht sich der Gesuchsteller – wie letztlich die Gesuchsgegnerin selbst – auf das Schreiben vom 31. Juli 2017. Jedoch vermag auch dieses Schreiben die Anforderungen einer unzweideutigen, unbedingten Verrechnungs- erklärung nicht zu erfüllen. Nicht nur wurde mit diesem Schreiben eine Verrech- nung lediglich in Erwägung gezogen, sondern standen zum gegebenen Zeitpunkt die Gegenforderungen, die zur Verrechnung gebracht werden sollten, noch gar nicht fest. So heisst es im Schreiben wörtlich: "Beachten Sie angesichts der ge- nannten Punkte bitte, dass wir die Zahlung der vollständigen dritten Tranche ge- mäss dem Term Sheet aufgrund der genannten Vertragsstrafe und Verluste zu- rückbehalten haben und weiterhin zurückbehalten werden, bis wir alle Einzelhei- ten Ihrer Verstösse geprüft haben" (Urk. 3/2, Urk. 18). Entsprechend hätte es an der Gesuchsgegnerin gelegen, in ihrer Stellungnahme zum Rechtsöffnungsbe- gehren vom 11. Dezember 2017 darzutun, wann die internen Untersuchungen be- treffend allfällige Verstösse des Gesuchstellers abgeschlossen waren und sie ge- gegenüber dem Gesuchsteller endgültig und unzweideutig Verrechnung erklärt hat- te. Entsprechendes wurde von der Gesuchsgegnerin jedoch nicht dargetan. Es ist

- 8 - der Vorinstanz daher zuzustimmen, wenn sie im angefochtenen Entscheid fest- hielt, die Gesuchsgegnerin erwähne in ihrer Stellungnahme lediglich, die Verrech- nung sei dem Gesuchsgegner "angekündigt" worden. Sodann bringe sie vor, sie habe den Gesuchsteller schon mehrfach auf seine Verfehlungen hingewiesen sowie "grundsätzlich" die Verrechnung erklärt. Wann, wie und für welche Forde- rungen sie die Verrechnung

"angekündigt" oder "grundsätzlich" erklärt haben will, tue sie in ihrer Stellungnahme nicht dar. Unklar bleibe auch, was die Gesuchsgegnerin unter einer grundsätzlichen Verrechnungserklärung verstehe. Vom Wortlaut her bedeute dies jedenfalls, dass auch die Gesuchsgegnerin davon ausgehe, dass es an einer unbedingten und uneingeschränkten Verrechnungserklärung fehle (Urk. 34 S. 6). Die Vorinstanz kam demnach zu Recht zum Schluss, dass die Gesuchsgegnerin im erstinstanzlichen Verfahren nicht rechtsgenügend behauptet und damit auch nicht glaubhaft gemacht hatte, vor Einleitung des Rechtsöffnungsverfahrens eine wirksame Verrechnungserklärung abgegeben und die betriebene Forderung dadurch getilgt zu haben.

### **E. 3**

August 2016, E. 3.4.1.). Erhebt ein Schuldner die Einwendung der Verrechnung nach Art. 82 Abs. 2 SchKG, muss er nicht nur Bestand, Höhe und Fälligkeit seiner Gegenforderung glaubhaft machen, sondern auch die erfolgte Verrechnungserklärung, erfolgt die Verrechnung nicht ipso iure (BSK SchKG I - Staehelin, Art. 82 N. 93 f.). Eine Verrechnung tritt gemäss Art. 124 Abs. 1 OR nur dann ein, wenn der Schuldner dem Gläubiger zu erkennen gibt, dass er von seinem Recht der Verrechnung Gebrauch machen will. Die Verrechnungserklärung ist eine einseitige

- 7 - ge und empfangsbedürftige Willenserklärung des Verrechnenden. Sie kann ausdrücklich oder durch konkludentes Handeln erfolgen und muss den Willen des Verrechnenden in unzweideutiger Weise erkennen lassen. Aus der Erklärung oder aus den gesamten Umständen muss hervorgehen, welches die zu tilgende Hauptforderung und welches die Verrechnungsforderung ist. Besteht diesbezüglich Unklarheit, ist die Verrechnungserklärung unvollständig und daher wirkungslos (BGer 4A\_549/2010 vom 17. Februar 2011, E. 3.3.).

### **E. 3.1**

Weiter bringt die Gesuchsgegnerin in ihrer Beschwerde vor, sie habe im vorinstanzlichen Verfahren spätestens mit der Stellungnahme zum Rechtsöffnungsbegehren rechtzeitig und fristgerecht die Verrechnung erklärt. Hingegen habe die Vorinstanz ihre Stellungnahme dem Gesuchsteller entgegen ihrer gesetzlichen Pflicht vor Fällung des Entscheids nicht zugestellt. Die Vorinstanz schliesse daraus, die Verrechnungserklärung sei dem Gesuchsteller nicht zugegangen und daher nicht wirksam. Durch die Verletzung ihrer Pflichten zur Zustellung der Stellungnahme habe die Vorinstanz den Sachverhalt selbst geschaffen, aus dem sie dann eine Rechtsfolge herleite und die Rechtsöffnung gewähre (Urk. 33 S. 14 und S. 21 f.). Die Vorinstanz gehe zwar zu Recht davon aus, dass eine Verrechnungserklärung auch im Prozess möglich sei. Allerdings müsse diese dem Prozessgegner zugehen, damit sie ihre rechtliche Wirkung entfalten könne. Im Ergebnis habe die Vorinstanz die Verrechnungserklärung also anerkannt, sich aber entschieden, die Stellungnahme mit der Verrechnungserklärung dem Gesuchsteller nicht zuzustellen und der Verrechnungserklärung die Wirkung abzusprechen mit der Begründung, diese sei dem Gesuchsteller nicht zugegangen (Urk. 33 S. 16). Die eidgenössische ZPO sehe auch im Summarverfahren eine

- 9 - uneingeschränkte Zustellung der Klageantwort an die Gegenpartei vor, sei es zur Kenntnisnahme oder ausnahmsweise zur Replik. Dass es im summarischen Verfahren im richterlichen Ermessen stehe, keinen zweiten Schriftenwechsel anzuordnen, sei unbestritten. Dies befreie jedoch das Gericht nicht davon, den ersten Schriftenwechsel

abzuschliessen und die Stellungnahme zum Rechtsöffnungsgesuch weiterzuleiten, bevor das Gericht eine Entscheidung fällen dürfe (Urk. 33 S. 17). Die Zustellung der Stellungnahme an den Gesuchsteller bilde Ausdruck des rechtlichen Gehörs des Gesuchstellers, da diesem in jedem Fall ein verfassungsrechtlich geschütztes Replikrecht zukomme. Selbst eine Entscheidung des Gerichts zu Gunsten des Gesuchstellers erlaube es dem Gericht nicht, die Stellungnahme zum Rechtsöffnungsgesuch erst mit oder nach der Entscheidung zuzustellen. Aus diesem Grund habe die Gesuchsgegnerin davon ausgehen dürfen, dass ihre in der Stellungnahme erklärte Verrechnung der Gegenseite vor einem allfälligen Entscheid zugestellt würde (Urk. 33 S. 20). Sodann verletze die Nicht-Zustellung der Stellungnahme zum Rechtsöffnungsgesuch durch die Vorinstanz das Prinzip von Treu und Glauben und stelle ein widersprüchliches Verhalten dar. Die Vorinstanz habe sowohl mit Verfügung vom 5. Oktober 2017 (Urk. 8, vgl. auch Urk. 19) als auch auf telefonische Anfrage hin bestätigt, dass die Stellungnahme zweifach für das Gericht und für die Gegenseite einzureichen sei (Urk. 33 S. 22). Im Wissen darum, dass eine Verrechnungserklärung ihre rechtliche Wirkung nur entfalte, wenn diese dem Gläubiger zugehe, habe die Vorinstanz sich geweigert, die Stellungnahme an die Gegenpartei weiterzuleiten. Hätte sie dies getan, so wäre gültig Verrechnung erklärt worden. Durch die Weigerung habe sich die Vorinstanz als Schutzschild des Gläubigers betätigt und klarerweise Partei ergriffen. Dies stelle eine Parteinahme dar, die gegen Art. 30 Abs. 1 BV verstosse (Urk. 33 S. 23).

### **E. 3.2**

Die Garantie von Art. 29 Abs. 2 BV umfasst das Recht, von allen bei Gericht eingereichten Stellungnahmen Kenntnis zu erhalten und sich dazu äussern zu können, unabhängig davon, ob die Eingaben neue und/oder wesentliche Vorbringen enthalten (BGE 137 I 195 E. 2.3.1; BGE 133 I 98). Trotzdem ist vorliegend die Rüge der Gesuchsgegnerin, die Vorinstanz habe das rechtliche Gehör und Replikrecht des Gesuchstellers verletzt, von vornherein unbehelflich, obsiegte

- 10 - doch der Gesuchsteller vor Vorinstanz vollumfänglich und blieb damit der von der Gesuchsgegnerin gerügte Rechtsfehler ohne praktische Relevanz. Diesbezüglich fehlt es an einem Rechtsschutzinteresse des Gesuchstellers (BGer 4A\_389/2015 vom 9. Dezember 2015, E. 3). Ohnehin fehlt es aber auch an der Beschwer der Gesuchsgegnerin, wenn sie im Rechtsmittelverfahren eine Verletzung des rechtlichen Gehörs des Gesuchstellers rügen will. Jedenfalls erhellt nicht, was sie mit Blick auf die Frage der Wahrung des rechtlichen Gehörs gegenüber dem Gesuchsteller zu ihren Gunsten ableiten will.

### **E. 3.3**

Zu prüfen bleibt damit, ob während eines laufenden Prozesses im Rahmen einer Eingabe ans Gericht rechtswirksam Verrechnung erklärt werden kann. Wie dargelegt ist dabei zu unterscheiden zwischen der Verrechnungserklärung nach Art. 124 Abs. 1 OR als materiell-rechtliche empfangsbedürftige Willenserklärung und der prozessualen Einwendung der Verrechnung als Prozessklärung (vgl. vorstehend E. III.2.2.). Ihrer Natur nach handelt es sich bei der Verrechnungserklärung gemäss Art. 124 Abs. 1 OR um einen Rechtsfolgewillen in Form einer Gestaltungserklärung. Die einseitige Willenserklärung ist empfangsbedürftig und gegenüber dem Verrechnungsgegner abzugeben (BK OR - Zellweger-Gutknecht, Art. 124 N 9 und 13). Es bedarf dazu keinerlei Mitwirkung weder des Verrechnungsgegners noch eines Dritten, etwa eines Gerichts oder einer anderen Behörde. Geht die Erklärung einzig einem Dritten zu, entfaltet sie keinerlei Wirkung. Als Dritter

gilt ein ungenügend ermächtigter Vertreter genauso wie ein Gericht, wenn im Rahmen eines Verfahrens während einer Vernehmung verrechnet wird, ohne dass die Gegenpartei davon Notiz nehmen kann (a.a.O. N. 10 und 13; BSK SchKG - Staehelin, Art. 82 N 94). Bei der Verrechnungserklärung der Gesuchsgegnerin im Rahmen ihrer Stellungnahme zum Rechtsöffnungsgesuch handelte es sich lediglich um eine Prozesshandlung bzw.

Prozesserklärung gegenüber der Vorinstanz. Diese allein war Adressatin der Erklärung und nicht der Gesuchsteller. Daran vermag auch nichts zu ändern, dass die Gesuchsgegnerin zwei Exemplare der Stellungnahme ins Recht reichte, schreibt doch Art. 131 ZPO dies vor. Da die Vorinstanz nicht als Stellvertreterin des Gesuchstellers agierte, bestand für sie jedenfalls – entgegen der Ansicht der Gesuchsgegnerin – keine materiell-rechtliche Pflicht zur Weiterleitung bzw. Zustellung der Stellungnahme an den Gesuchstel-

- 11 - ler. Es lag alleine in der Verantwortung der Gesuchsgegnerin die Verrechnungserklärung an den Gesuchsteller als Verrechnungsgegner zu adressieren. Der Vorinstanz hingegen kam lediglich die prozessuale Pflicht zur Zustellung gemäss Art. 136 ZPO zu, welche einzig der Wahrung des rechtlichen Gehörs im Verfahren dient. Eine Gehörsverletzung hat jedoch, wie dargelegt (vgl. vorstehend E. III.3.2.), gerade nicht stattgefunden.

#### **E. 4**

Zusammenfassend ist der Vorinstanz zu folgen, dass eine rechtsgenügende Verrechnungserklärung weder behauptet noch abgegeben wurde (Urk. 34 S. 6). Entsprechend kann offen bleiben, ob die weiteren Voraussetzungen der Verrechnung im Sinne von Art. 82 Abs. 2 SchKG "sofort glaubhaft" gemacht wurden. Einzig der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass die Gesuchsgegnerin ihre Verrechnungsforderungen im zweitinstanzlichen Beschwerdeverfahren nicht glaubhaft machen kann, indem sie plädiert, als würde sie vor einer ersten Instanz plädieren. Vielmehr hätte sie mittels klarer Verweise auf die vorinstanzlichen Akten aufzuzeigen gehabt, wo und wie sie die Verrechnungsforderungen vor Vorinstanz "sofort glaubhaft" gemacht hatte (vgl. vorstehend E. II.1.). Diese Hinweise gibt die Beschwerdeschrift der Gesuchsgegnerin nicht. Im Übrigen zeigt bereits der Umstand, dass die Gesuchsgegnerin rund hundert Seiten schreiben musste, um ihre Verrechnungsforderung "sofort glaubhaft" zu machen, dass die Auseinandersetzung letztlich in ein ordentliches Verfahren gehört und letztlich im Rahmen des Aberkennungsprozesses zu beurteilen sein wird. IV. Die Gerichtskosten für das Beschwerdeverfahren sind in Anwendung von Art. 48 i.V.m. Art. 61 GebV SchKG auf Fr. 3'000.– festzusetzen. Ausgangsgemäss sind sie der Gesuchsgegnerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO) und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen. Mangels erheblicher Umtriebe ist dem Gesuchsteller keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO).

- 12 - Es wird erkannt:

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