

# ZH\_OBERGERICHT RT190033 vom 25. September 2019

ZH Obergericht, 2019-09-25, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_RT190033](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_RT190033)

FR: ZH\_OBERGERICHT RT190033 du 25 septembre 2019

IT: ZH\_OBERGERICHT RT190033 del 25 settembre 2019

## Erwägungen

### E. 1

Sachverhalt und Prozessverlauf

#### E. 1.1

Die Parteien standen sich in den Jahren 2012 bis 2016 in einem Aberkennungsprozess (Art. 83 Abs. 2 SchKG) vor dem Bezirksgericht Meilen gegenüber. Im die Klage abweisenden bezirksgerichtlichen Urteil vom 19. Dezember 2016 wurde der Gesuchsgegner (Beschwerdeführer, damaliger Kläger) verpflichtet, dem Gesuchsteller (Beschwerdegegner, damaliger Beklagter) eine Parteientschädigung von Fr. 60'000.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen und die geleisteten Vorschüsse im Umfang von Fr. 7'000.– zu ersetzen (Urk. 4/4 S. 49). Der erstinstanzliche Entscheid wurde vom Obergericht des Kantons Zürich mit Berufungsurteil vom 25. Oktober 2017 bestätigt (Urk. 4/5), und das Bundesgericht wies die hiergegen erhobene Beschwerde des Gesuchsgegners am 28. Juni 2018 ab, soweit es darauf eintrat (Urk. 4/6).

#### E. 1.2

Mit Zahlungsbefehl vom 5. Dezember 2017 leitete der Gesuchsteller gegen den Gesuchsgegner Betreuung für den Betrag von Fr. 67'000.– nebst Zins ein (Urk. 2). Gegen den Zahlungsbefehl wurde Rechtsvorschlag erhoben (Urk. 2 S. 2). In der Folge ersuchte der Gesuchsteller mit Eingabe vom 7. Dezember 2018 beim Einzelgericht im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Meilen (Vorinstanz) um definitive Rechtsöffnung (Urk. 1). Nach Eingang der schriftlichen Stellungnahme des Gesuchsgegners vom 28. Dezember 2018 (Urk. 9) sowie der Novenstellungnahme des Gesuchstellers vom 7. Februar 2019 (Urk. 18) erteilte die Vorinstanz dem Gesuchsteller mit Urteil vom 28. Februar 2019 in der betreffenden Betreuung Nr. ... des Betreibungsamts Küsnacht-Zollikon-Zumikon definitive Rechtsöffnung für Fr. 67'000.– nebst Zins zu 5% seit 24. November 2017 und die Betreuungskosten sowie für die Kosten- und Entschädigungsfolgen ihres Entscheids (Urk. 23 = Urk. 26).

#### E. 1.3

Gegen das vorinstanzliche Urteil erhob der Gesuchsgegner mit Eingabe vom 11. März 2019 Beschwerde mit folgenden Anträgen (Urk. 25 S. 2):

- 3 - "1. Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Meilen vom 28. Februar 2019 im Verfahren Nr. EB180370-G/U/Su/ha vollumfänglich aufzuheben und es sei dem Beschwerdegegner keine definitive Rechtsöffnung in der Betreuung Nr. ..., Betreibungsamt Küsnacht-Zollikon-Zumikon, Zahlungsbefehl vom 5. Dezember 2017, für CHF 67'000.00 nebst Zins zu 5% seit 24. November 2017 und die Betreuungskosten sowie für die Kosten des vorinstanzlichen Entscheids zu erteilen.

## **E. 2**

Es sei der Beschwerde aufschiebende Wirkung zu erteilen.

### **E. 2.1**

Die Rechtsmittelvoraussetzungen sind erfüllt: Die Beschwerde des vor Vorinstanz unterlegenen und deshalb zur Rechtsmittelerhebung legitimierten Ge- suchsgegners richtet sich gegen einen erstinstanzlichen Endentscheid, gegen den die Berufung unzulässig ist (Art. 319 lit. a i.V.m. Art. 309 lit. b Ziff. 3 ZPO). Sie wurde form- und fristgerecht erhoben (Art. 321 Abs. 1 und 2 i.V.m. Art. 251 lit. a ZPO; Urk. 24/1), und der einverlangte Kostenvorschuss ging innert Frist ein (Urk. 30 und Urk. 31). Unter dem Vorbehalt rechtsgenügender Begründung (dazu

- 4 - nachstehende E. 2.2) ist auf die Beschwerde einzutreten. Der Beschwerdeent- scheid kann aufgrund der Akten ergehen (Art. 327 Abs. 2 ZPO).

### **E. 2.2**

Das Beschwerdeverfahren stellt keine Fortsetzung des erstinstanzli- chen Verfahrens dar. Sein Zweck beschränkt sich darauf, den erstinstanzlichen Entscheid auf bestimmte, in der Beschwerde zu beanstandende Mängel hin zu überprüfen. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offen- sichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). In der schriftlichen Beschwerdebegründung (Art. 321 Abs. 1 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist, d.h. an einem der ge- nannten Mängel (unrichtige Rechtsanwendung, offensichtlich unrichtige Feststel- lung des Sachverhalts) leidet. Das setzt voraus, dass die beschwerdeführende Partei die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die sie anführt, sich inhaltlich konkret mit diesen auseinandersetzt und mittels präziser Verweisungen auf die Akten aufzeigt, wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben wurden bzw. aus welchen Aktenstellen sich der geltend gemachte Beschwerdegrund ergeben soll. Pauschale Verweisungen auf frühere Rechtsschriften oder Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügen den gesetzlichen Begründungsanforderungen grundsätzlich nicht (vgl. zum Ganzen BGer 5A\_247/2013 vom 15. Oktober 2013, E. 3; 5D\_65/2014 vom 9. September 2014, E. 5.4.1; 5A\_488/2015 vom 21. August 2015, E. 3.2, je m.Hinw. auf BGE 138 III 374 E. 4.3.1 S. 375). Stützt sich der angefochtene Entscheid auf mehrere Begründungen, die je für sich den Ausgang des Rechtsstreits besiegeln, muss sich der Beschwerdeführer in der Beschwerdeschrift mit sämtlichen den Ent- scheid selbstständig tragenden Begründungen auseinandersetzen und alle Be- gründungen argumentativ entkräften. Dasselbe gilt im Falle von Haupt- und Even- tualbegründung (BGer 4A\_133/2017 vom 20. Juni 2017, E. 2.2 m.w.Hinw.; CPC- Jeandin, Art. 321 N 4 i.V.m. Art. 311 N 3d). Diese formellen Anforderungen an die Begründung einer Beschwerde gelten sinngemäss auch für die Beschwerdeant- wort (vgl. BGer 4A\_580/2015 vom 11. April 2016, E. 2.2 m.w.Hinw. [betr. Beru- fungsantwort]; 5A\_862/2015 vom 15. März 2016, E. 2.3).

- 5 - Was in der Beschwerde (oder in der Beschwerdeantwort) nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise bean- standet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden und hat grundsätzlich Bestand. Die Beschwerdeinstanz ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht gehalten, von sich aus wie eine erstinstanzliche Gerichts- behörde alle sich stellenden tatsächlichen und

rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn keine entsprechenden Rügen der Parteien vorliegen. Das gilt zumindest insoweit, als ein Mangel nicht geradezu ins Auge springt. Abgesehen von dieser Relativierung gilt aber auch im Beschwerdeverfahren der Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen (Art. 57 ZPO; "iura novit curia"). Die Beschwerdeinstanz ist deshalb weder an die in den Parteieingaben vorgetragenen Argumente noch an die Erwägungen der Erstinstanz gebunden. Sie kann die Beschwerde auch aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen oder mit einer von der Argumentation der Erstinstanz abweichenden Begründung abweisen (sog. Motivsubstitution; vgl. BK ZPO I-Hurni, Art. 57 N 21, N 39 ff.; KUKO ZPO-Oberhammer, Art. 57 N 2). In diesem Rahmen ist auf die Parteivorbringen einzugehen, soweit dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist (BGE 134 I 83 E. 4.1 S. 88 m.w.Hinw.; 141 III 28 E. 3.2.4 S. 41).

### **E. 3**

#### Materielle Beurteilung

##### **E. 3.1**

Die Vorinstanz führte in ihren Erwägungen zunächst aus, das rechtskräftige und vollstreckbare Urteil des Bezirksgerichts Meilen vom 19. Dezember 2016 (Urk. 4/4) bilde vorbehältlich allfälliger Einwendungen des Gesuchsgegners einen gültigen definitiven Rechtsöffnungstitel im Sinne von Art. 80 Abs. 1 SchKG für die beiden in Betreuung gesetzten Forderungen über Fr. 60'000.– und Fr. 7'000.– (Urk. 26 S. 3 f. E. 2). Alsdann setzte sie sich mit der vom Gesuchsgegner erhobenen Einwendung auseinander, wonach die Betreuungsforderung bereits durch Verrechnung getilgt worden sei (Urk. 26 S. 4 ff. E. 3). Hierzu hielt sie vorweg fest, als Beweis der Tilgung durch Verrechnung könnten nur solche Urkunden gelten, die mindestens zur provisorischen Rechtsöffnung berechtigen würden (Urk. 26 S. 4 E. 3.1).

- 6 - Der Gesuchsgegner berufe sich auf zwei Verrechnungsforderungen: Bei der ersten Gegenforderung von Fr. 662'739.10 handle es sich um eine Forderung aus einer Verlustbescheinigung vom 30. April 2013 des Betreibungsamts Bern-Mittelland, Betreuung Nr. ..., Arrest Nr. ... (Urk. 11/2), welche die C.\_\_\_\_\_ (Schweiz) AG gegen den Gesuchsteller gestützt auf eine Rückzahlungsverpflichtung aus vier Darlehensverträgen ("Loan Agreements" No. 12, 14, 16 und 25) angestrengt und am 22. Januar 2017 an den Gesuchsgegner abgetreten habe (vgl. Urk. 11/3). Die zweite Gegenforderung von Fr. 340'000.– betreffe eine Darlehensforderung der D1.\_\_\_\_\_ AG (inzwischen "D.\_\_\_\_\_ Group AG") gegen den Gesuchsteller aus einem Darlehensvertrag vom 15. Dezember 2008 (Urk. 11/7), welche mit Abtretungsvertrag vom 20. Januar 2017 (Urk. 11/10) an den Gesuchsgegner zediert worden sei. Mit Schreiben vom 6. Juli 2018 (Urk. 11/13) und 24. August 2018 (Urk. 11/14) habe der Gesuchsgegner dem Gesuchsteller die Verrechnung der Urteilsschuld von Fr. 67'000.– mit diesen Gegenforderungen erklärt (Urk. 26 S. 4 f. E. 3.2-3.4). Die vom Betreibungsamt Bern-Mittelland ausgestellte Verlustbescheinigung vom 30. April 2013, so die Vorinstanz weiter, stelle keinen Verlustschein im Sinne von Art. 149 SchKG dar und würde somit nicht zur provisorischen Rechtsöffnung berechtigen. Sie könne daher nicht als Urkundenbeweis für die Tilgung durch Verrechnung dienen (Urk. 26 S. 5 E. 3.5). Ferner könne eine Verrechnung generell nicht beachtet werden, wenn die vom betriebenen Schuldner für den Bestand der Verrechnungsforderung vorgelegte Schuldanererkennung vom Gläubiger bestritten sei, da in diesem Fall der Beweis des

Forderungsbestands nicht gelinge. Vorliegend bestreite der Gesuchsteller in seiner Novenstellungnahme vom 7. Februar 2019 beide vom Gesuchsgegner zur Verrechnung gebrachten Verrechnungsforderungen. Demzufolge vermöchten beide vom Gesuchsgegner geltend gemachten Gegenforderungen den definitiven Rechtsöffnungstitel nicht zu entkräften (Urk. 26 S. 5 E. 3.6 m.Hinw. auf BGE 136 III 624 E. 4.2). Darüber hinaus falle eine Einrede der Tilgung durch Verrechnungserklärung des Schuldners ohnehin nur in Betracht, wenn der Schuldner nicht schon bis zum Erlass des Rechtsöffnungstitels mit der von ihm geltend gemachten Gegenforderung habe verrechnen können. Der Gesuchsgegner habe als Zessionar am 22. Januar 2017 resp. am

- 7 - 20. Januar 2017 Gläubigerstellung an den beiden Gegenforderungen erlangt. Ab diesem Zeitpunkt sei es ihm möglich gewesen, die Verrechnung mit dem geschuldeten Betrag von Fr. 67'000.– zu erklären. Er habe somit gestützt auf die Novenregelung gemäss Art. 317 ZPO im materiellen Verfahren vor dem Obergericht des Kantons Zürich die Möglichkeit gehabt, "die Verrechnung mit den von ihm vorgebrachten Gegenforderungen vorzubringen". Dies habe er jedoch unterlassen und dem Gesuchsteller die Verrechnung erst mit Schreiben vom 6. Juli 2018 und 4. (recte: 24.) August 2018 erklärt. Mangels (recte wohl: zufolge) unterlassener Einrede der Tilgung durch Verrechnungserklärung vor dem Sachrichter sei der Gesuchsgegner damit im Rechtsöffnungsverfahren ausgeschlossen, weshalb die Einrede der Tilgung durch Verrechnung im vorliegenden Verfahren abzuweisen sei. Da der Gesuchsgegner keine weiteren Einwendungen vorbringe, die den Rechtsöffnungstitel zu entkräften vermöchten, sei die definitive Rechtsöffnung im angebehrten Umfang von Fr. 67'000.– zuzüglich Verzugszinsen von 5% ab 24. November 2017 zu erteilen (Urk. 26 S. 5 ff. E. 3.7-4).

### **E. 3.2**

Der Gesuchsgegner stellt (zu Recht) nicht in Abrede, dass der Gesuchsteller einen definitiven Rechtsöffnungstitel im Sinne von Art. 80 Abs. 1 SchKG vorgelegt hat (vgl. Urk. 25 Rz 18 und hinten, E. 3.4). Er wirft der Vorinstanz einzig vor, seine Einwendung der Tilgung der Betriebsforderung durch Verrechnung zu Unrecht abgewiesen zu haben (Urk. 25 Rz 19 ff.). Diese Frage ist Gegenstand bzw. Prüfungsthema des Beschwerdeverfahrens (vgl. vorne, E. 2.2).

### **E. 3.3**

Gemäss Art. 81 Abs. 1 SchKG wird bei Vorliegen eines gültigen Rechtsöffnungstitels im Sinne von Art. 80 SchKG die definitive Rechtsöffnung erteilt, wenn nicht der Betriebene durch Urkunden beweist, dass die Schuld seit Erlass des Entscheids getilgt oder gestundet worden ist, oder die Verjährung anruft.

#### **E. 3.3.1**

Unter dem Begriff "Tilgung" ist nicht nur die Zahlung, sondern jeder auf einem zivilrechtlichen Grund beruhende Untergang der Forderung, insbesondere auch durch Verrechnung, zu verstehen (BGE 124 III 501 E. 3b S. 503; 136 III 624 E. 4.2.1 S. 625; 144 III 193 E. 2.1 S. 195; Stücheli, Die Rechtsöffnung, 2000, S. 233 m.Hinw. auf den französischen und den italienischen Wortlaut von Art. 81 Abs. 1 SchKG ["que la dette a été éteinte", "che ... il debito è stato estinto"]); ZK-

- 8 - Aepli, Vorbem. zu Art. 120-126 OR N 155; KUKO SchKG-Vock, Art. 81 N 3; SK SchKG-Vock/Aepli-Wirz, Art. 81 N 7). Der zivilrechtliche Untergang der Titelschuld

kann im Rechtsöffnungsverfahren folglich nur berücksichtigt werden, wenn er durch Urkunden liquide ausgewiesen ist. Macht der Schuldner Tilgung durch Verrechnung geltend, muss die Verrechnungsforderung nach Lehre und Rechtsprechung durch eine Urkunde ausgewiesen werden, die mindestens die Qualität eines provisorischen Rechtsöffnungstitels hat (BGer 5D\_72/2015 vom 13. August 2015, E. 4.1 m.w.Hinw.; Stücheli, a.a.O., S. 238; BSK SchKG I-Staehelin, Art. 81 N 10; KUKO SchKG-Vock, Art. 81 N 3; SK SchKG-Vock/Aepli-Wirz, Art. 81 N 7; ZK-Aepli, Vorbem. zu Art. 120-126 OR N 159). Das anerkennt auch der Gesuchsgegner (Urk. 25 Rz 19 f.). Ist dem Schuldner ein entsprechender Urkundenbeweis nicht möglich, ist Rechtsöffnung zu erteilen, und der Schuldner muss gegebenenfalls eine materielle Klage auf Feststellung des Nichtbestands der Schuld gemäss Art. 85a SchKG respektive auf Rückforderung des Bezahlten (Art. 86 SchKG) erheben. Die Entkräftung des definitiven Rechtsöffnungstitels kann mithin nur durch den strikten Gegenbeweis mit völlig eindeutigen Urkunden erfolgen; es ist nicht Sache des Rechtsöffnungsgerichts, über heikle materiellrechtliche Fragen oder Ermessensfragen zu befinden (BGer 5D\_211/2018 vom 24. Mai 2019, E. 3.1; 5A\_869/2011 vom 10. Mai 2012, E. 3.3; BGE 136 III 624 E. 4.2.3 S. 626). Mit dieser Praxis wird in Kauf genommen, dass ein nicht über einen Rechtsöffnungstitel verfügender Schuldner seiner Möglichkeit zur Verrechnung (mit der Befreiungsforderung) oder zur Geltendmachung einer bereits erklärten Verrechnung verlustig geht (Stücheli, a.a.O., S. 238). Es entspricht jedoch dem Willen des Gesetzgebers, dass die Möglichkeiten des Schuldners zur Abwehr im Verfahren der definitiven Rechtsöffnung eng beschränkt sind, um jede Verschleppung der Vollstreckung zu verhindern (BGE 115 III 97 E. 4 S. 100; BGer 5D\_92/2009 vom 21. August 2009, E. 2).

### **E. 3.3.2**

Zwar kann die Verrechnung grundsätzlich jederzeit und insbesondere auch während des hängigen Prozesses um die (Haupt-)Forderung erklärt werden (BGE 95 II 235 E. 6 S. 241; BGer 4C.90/2005 vom 22. Juni 2005, E. 4; KUKO OR-Kessler, Vor Art. 120-126 N 6 und Art. 124 N 4; BSK OR I-Peter, Art. 124 N 2 [und vor Art. 120-126 N 2]). Im Kontext von Art. 81 Abs. 1 SchKG gehen herr-

- 9 - schende Lehre und Rechtsprechung aber davon aus, dass eine Verrechnungserklärung oder die – vorliegend zur Diskussion stehende – Verrechnungseinwendung, d.h. die Berufung auf eine nach Erlass des Titels erklärte Verrechnung (vgl. zu dieser Unterscheidung ZK-Aepli, Vorbem. zu Art. 120-126 OR N 117; BGer 4A\_290/2007 vom 10. Dezember 2007, E. 8.3.1; 5A\_748/2015 vom 3. August 2016, E. 3.4.1), im Rechtsöffnungsverfahren (prozessual) nicht mehr zulässig ist, wenn die Verrechnung bereits im Erkenntnisverfahren, das zum definitiven Rechtsöffnungstitel führte, hätte erklärt werden können; die Gegenforderung muss somit später als der Titel erfüllbar geworden sein (BSK SchKG I-Staehelin, Art. 81 N 10 m.w.Hinw.; SK SchKG-Vock/Aepli-Wirz, Art. 81 N 5; KUKO SchKG-Vock, Art. 81 N 3; Stücheli, a.a.O., S. 237 [und S. 232]; ZK-Aepli, Vorbem. zu Art. 120-126 OR N 156; BK-Zellweger-Gutknecht, Vorbem. zu Art. 120-126 OR N 141; Koller, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. A., 2017, Rz 66.93; Fritzsche/Walder, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Bd. I, 3. A., 1984, § 19 Rz 20; OGer ZH RT180169 vom 07.12.2018, E. 4.2; RT180120 vom 12.02.2019, E. 3.8.3.3; PKG 2016, S. 145 ff., E. 5.c.bb; a.M. immerhin von Tuhr/Escher, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, 3. A., 1974, S. 198 mit Anm. 58).

### E. 3.4

Entgegen den unzutreffenden Ausführungen der Vorinstanz (Urk. 26 S. 3 E. 2.2) bildet nicht das Urteil des Bezirksgerichts Meilen vom 19. Dezember 2016 (Urk. 4/4), sondern das obergerichtliche Berufungsurteil vom 25. Oktober 2017 (Urk. 4/5) den Rechtsöffnungstitel. So hemmte die vom Gesuchsgegner gegen das bezirksgerichtliche Urteil erhobene Berufung dessen Rechtskraft und Vollstreckbarkeit im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO), mit denen der Gesuchsgegner auch die Aufhebung und Neuregelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen verlangte (vgl. Urk. 4/5 S. 3 f. [Berufungsantrag 2]). Während der Rechtshängigkeit des Berufungsverfahrens bestand deshalb mangels rechtskräftiger gerichtlicher Zusprechung noch gar keine Parteientschädigungs- und Ersatzforderung des Gesuchstellers (über Fr. 67'000.–), die mit den behaupteten Gegenforderungen hätte verrechnet werden können. Als Folge der Rechtsnatur der Berufung als devolutes, ordentliches, suspensives und reformatorisches Rechtsmittel erlangte die

Betriebungsforderung vielmehr erst durch das Berufungsurteil vom 25. Oktober 2017 rechtlichen Bestand: Indem die Berufungsinstanz das bezirksgerichtliche Urteil im Sinne von Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO vollumfänglich bestätigte (Urk. 4/5 S. 21, Disp.-Ziff. 1 [und S. 20 E. II.12]), fällte sie einen neuen Sachentscheid, der den in seiner Rechtswirksamkeit suspendierten, inhaltlich gleichlautenden bezirksgerichtlichen Entscheid einschliesslich der Nebenfolgenregelung für das erstinstanzliche Verfahren ersetzte (vgl. Steininger, DIKE-Komm-ZPO, Art. 318 N 1 und N 3; ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 318 N 19; Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., 1979, S. 504 f.) und den Vollstreckungstitel schuf (BK ZPO II-Sterchi, Art. 318 N 2). Denn bei Bestätigung des erstinstanzlichen Entscheids durch die Berufungsinstanz tritt die Rechtskraft der gerichtlichen Anordnung erst im Zeitpunkt der Ausfällung des Urteils der Rechtsmittelinstanz ein, und die Wirkungen der Rechtskraft werden nicht auf den Zeitpunkt des erstinstanzlichen Entscheids zurückbezogen (ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 318 N 19; Guldener, a.a.O., S. 505). Die Betriebungsforderung entstand daher erst mit Erlass des Berufungsurteils. Vor diesem Zeitpunkt war der Gesuchsgegner zwar schon Zessionar und damit Gläubiger der zur Verrechnung gebrachten Gegenforderungen, nicht aber Schuldner der (noch inexistenten) Betriebungsforderung. Entsprechend war es dem Gesuchsgegner entgegen den vorinstanzlichen Erwägungen und der Ansicht des Gesuchstellers (Urk. 35 Rz 26 und Rz 31) auch nicht möglich, gestützt auf die Novenregelung gemäss Art. 317 ZPO bereits im Berufungsverfahren vor dem Obergericht (als Sachgericht) die Verrechnung mit den abtretungsweise erworbenen Gegenforderungen zu erklären. Das von der Vorinstanz im Sinne einer selbstständigen Alternativbegründung unter Hinweis auf die herrschende Ansicht angeführte Argument, der Einwand der Tilgung durch Verrechnung sei auch deshalb nicht zu hören, weil die Verrechnung bereits im Erkenntnisverfahren, das zum definitiven Rechtsöffnungstitel führte, hätte erklärt werden können (Urk. 26 S. 5 f. E. 3.7-3.8), geht schon aus diesem Grund fehl. Es kann daher offenbleiben, ob bezüglich dieser Rechtsfrage an der herrschenden Lehre und Rechtsprechung festzuhalten sei oder ob darin eine unrichtige Rechtsanwendung liege (Art. 320 lit. a ZPO), wie der Gesuchsgegner der Sache nach geltend macht (Urk. 25 Rz 42 ff.). Ebenso wenig braucht beurteilt zu werden, ob die Vorinstanz in diesem Zusammenhang die Begründungspflicht bzw. den An-

- 11 - spruch des Gesuchsgegners auf rechtliches Gehör verletzt habe (vgl. Urk. 25 Rz 45). Der Umstand, dass der Gesuchsgegner die Verrechnung erst am 6. Juli 2018 resp. am 24.

August 2018 erklärt hat, kann so oder anders nicht als (alternati- ve) Begründung für die Unbeachtlichkeit des Verrechnungseinwands im vorlie- genden Rechtsöffnungsverfahren dienen.

### **E. 3.5**

Demgegenüber wies die Vorinstanz (Urk. 26 S. 5 E. 3.6) zutreffend da- rauf hin, dass eine Verrechnung im Rechtsöffnungsverfahren generell nicht be- achtet werden kann, wenn die vom betriebenen Schuldner für den Bestand der Verrechnungsforderung vorgelegte Schuldanerkennung vom Gläubiger bestritten ist, da in diesem Fall der strikte Beweis des (Verrechnungs-)Forderungsbestands bzw. der Tilgung der Betreibungsforderung nicht gelingt und auch keine vorbehalt- lose resp. ausdrückliche Anerkennung durch die Gegenpartei vorliegt (vgl. BGE 136 III 624 E. 4.2.1 S. 625; 115 III 97 E. 4 S. 100; Vock/Meister-Müller, SchKG- Klagen nach der Schweizerischen ZPO, 2018, S. 146; Stücheli, a.a.O., S. 238). Der Betreibungsschuldner kann sich mithin nicht auf die Vorschrift von Art. 120 Abs. 2 OR berufen (ZK-Aepli, Vorbem. zu Art. 120-126 OR N 159). Diese Rechts- auffassung entspricht der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und ist nicht zu beanstanden (BGE 136 III 624 E. 4.2.3 S. 626 f.; ebenso Kren Kostkiewicz, OFK- SchKG, SchKG 81 N 11; SK SchKG-Vock/Aepli-Wirz, Art. 81 N 7; Amonn/Wal- ther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. A., 2013, § 19 Rz 54; kritisch hingegen BSK SchKG EB-Staehelin, Art. 81 ad N 19; Gessler, Scheidungsurteile als definitive Rechtsöffnungstitel, SJZ 1987, S. 257; s.a. Stü- cheli, a.a.O., S. 238 unten).

#### **E. 3.5.1**

In seiner Novenstellungnahme vom 7. Februar 2019 bestritt der Ge- suchsteller beide vom Ge- suchsgegner zur Verrechnung gebrachten Gegenforde- rungen ausdrücklich (Urk. 18 Rz 9 ff., Rz 61 ff.). Folglich vermögen beide vom Gesuchsgegner geltend gemachten Gegenforderungen bzw. die darauf gestütz- ten Verrechnungserklärungen (Urk. 11/13 und Urk. 11/14) den definitiven Rechts- öffnungstitel nicht zu entkräften. Daran ändern auch die in der Beschwerde erho- benen Einwände (Urk. 25 Rz 37 ff.) nichts.

- 12 -

#### **E. 3.5.2**

Zunächst ist in Erinnerung zu rufen, dass das in Art. 80 f. SchKG vor- gesehene und in Art. 84 SchKG nur rudimentär geregelte Verfahren betreffend definitive Rechtsöffnung als gerichtliche Angelegenheit des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts im Sinne von Art. 1 lit. c ZPO ein eigenständiges zivilpro- zessuales Verfahren darstellt. Darin ist (nur) darüber zu entscheiden, ob der Rechtsvorschlag in der konkreten Betreibung zu beseitigen ist und die Betreibung fortgesetzt werden darf. Mit Bezug auf die Feststellung des Sachverhalts unter- liegt es im Grundsatz der Verhandlungsmaxime (Art. 55 i.V.m. Art. 255 ZPO e contrario; BGer 5A\_734/2018 vom 4. Dezember 2018, E. 4.3.5; ZR 117/2018 Nr. 42, E. 3.3.3; OGer ZH RT170171 vom 27.11.2017, E. 3.2.2, je m.w.Hinw.). Es ist demnach Sache der Parteien, dem (erstinstanzlichen) Gericht das für die Rechtsanwendung relevante Tatsachenfundament zu präsentieren, d.h. Behaup- tungen zum entscheidewesentlichen Sachverhalt aufzustellen und zu bestreiten sowie Beweismittel für ihre tatsächlichen Behauptungen und Bestreitungen anzu- geben. Entsprechend entscheidet sich die für den Rechtsöffnungsentscheid rele- vante (und in casu zu bejahende) Frage, ob die zum Nachweis des Bestands der Verrechnungsforderung vorgelegte Schuldanerkennung vom Gläubiger bestritten wird oder nicht, allein aufgrund der Parteivorbringen im betreffenden

Rechtsöffnungsverfahren. Ob eine Bestreitung der Schuldanererkennung bzw. der Gegenforderung ausserhalb desselben bei anderer Gelegenheit – insbesondere in einem früheren Arresteinspracheverfahren – unterblieb oder der Bestand der Gegenforderung gar zugestanden wurde, ist demgegenüber ohne Belang. Der Gesuchgegner kann deshalb aus dem Umstand, dass der damalige Rechtsvertreter des Gesuchstellers im Rahmen eines früheren Arrestverfahrens zwischen den Parteien in der Arresteinspracheschrift vom 3. Januar 2012 mit Bezug auf die der Verlustbescheinigung zugrunde liegenden Darlehensforderungen deren Fälligkeit (und damit implizit auch deren Bestand) nicht bestritten habe (Urk. 25 Rz 38), für das vorliegende Rechtsöffnungsverfahren nichts zu seinen Gunsten ableiten.

### E. 3.5.3

Die Regeste des in die amtliche Sammlung aufgenommenen, französisch redigierten Entscheids BGE 136 III 624 (= Pra 100 [2011] Nr. 54) lautet: "Der betriebene Schuldner, der verrechnungsweise eine Schuldanererkennung entgegenhält, die bestritten ist, erbringt den Urkundenbeweis des Untergangs der be-

- 13 - triebenen Forderung nicht (E. 4)." In den Erwägungen dieses Entscheids wird sodann ausgeführt: "Le titre de mainlevée au sens de l'art. 81 al. 1 LP créant la présomption que la dette existe, cette présomption ne peut être renversée que par la preuve stricte du contraire (cf. ATF 124 III 501 consid. 3b p. 504). Or, cette preuve n'est pas apportée si la créance compensante est contestée" (a.a.O., E. 4.2.3 S. 627). Diese generell gehaltenen, vorbehaltlosen bundesgerichtlichen Formulierungen unterscheiden nicht danach, ob die bestrittene Gegenforderung Gegenstand eines hängigen Verfahrens ist oder nicht. Eine derartige Differenzierung erscheint angesichts der vom Bundesgericht angeführten Begründung, wonach die Verrechnungswirkung nur eintrete, wenn die Bestreitung durch gerichtliches Urteil abgewiesen worden sei ("l'effet compensatoire ne se produit que si la contestation est levée par le juge"), und die Prüfung heikler materiellrechtlicher Fragen nicht Sache des Rechtsöffnungsgerichts, sondern ausschliesslich dem Sachgericht vorbehalten sei (a.a.O., E. 4.2.3 S. 626), auch nicht sachgerecht. Es wäre nicht nachvollziehbar, weshalb eine Bestreitung der Gegenforderung nur dann zur Verwerfung der Verrechnungseinwendung führen sollte, wenn über diese Forderung ein ausländisches Verfahren hängig ist, nicht aber auch dann, wenn die Gegenforderung bereits Gegenstand "mehrerer Summarverfahren" in der Schweiz war (vgl. Urk. 25 Rz 39 f.). Denn bei den angesprochenen Summarverfahren handelt es sich um Arrest- und Rechtsöffnungsverfahren, die rein betreibungsrechtliche Streitigkeiten darstellen, deren Entscheide keine über die konkrete Betreibung hinausgehende materielle Rechtskraft entfalten (vgl. BSK SchKG I-Stahelin, Art. 84 N 4, N 80-82 und BSK SchKG II-Reiser, Art. 278 N 4; SK SchKG-Vock/ Aepli-Wirz, Art. 84 N 1, N 32 und SK SchKG-Kren Kostkiewicz, Art. 272 N 29, Art. 278 N 29; Stücheli, a.a.O., S. 157 ff.; Vock/Meister-Müller, a.a.O., S. 147 f. und S. 333 f.). In beiden Fällen fehlt es somit gleichermassen an einem materiell rechtskräftigen sachrichterlichen Erkenntnis über die Gegenforderung bzw. die Begründetheit ihrer Bestreitung, weshalb hier wie dort der strikte Beweis für deren Bestand und damit auch der gemäss Art. 81 Abs. 1 SchKG erforderliche Urkundenbeweis der Tilgung durch Verrechnung scheitern muss. Dabei bleibt es selbst dann, wenn der Bestand der Gegenforderung in Übereinstimmung mit den bereits ergangenen Summarentscheiden als glaubhaft zu betrachten sein sollte. Der Un-

- 14 - terschied zwischen dem vorliegenden Sachverhalt und demjenigen, der dem Entscheid BGE 136 III 624 zugrunde lag, rechtfertigt somit keine abweichende Beurteilung der Verrechnungseinwendung.

### **E. 3.6**

Damit hält eine die Abweisung der Verrechnungseinwendung selbstständig tragende vorinstanzliche Begründung der Überprüfung im Beschwerdeverfahren stand. Entsprechend hat der vorinstanzliche Entscheid, die angebehrte Rechtsöffnung mangels rechtsgenügenden Nachweises der Tilgung der Betreibungsforderung durch Verrechnung zu erteilen, im Ergebnis Bestand (vgl. vorne, E. 2.2). Es könnte deshalb darauf verzichtet werden, auf die weiteren in der Beschwerde erhobenen Rügen einzugehen, welche sich gegen die vorinstanzliche Auffassung richten, die Verlustbescheinigung vom 30. April 2013 (Urk. 11/2) könne nicht als Urkundenbeweis der Tilgung durch Verrechnung dienen (vgl. Urk. 25 Rz 22 ff. und Rz 29 ff. sowie Urk. 26 S. 4 f. E. 3.2 und E. 3.5). Dazu sei dennoch angemerkt, was folgt:

#### **E. 3.6.1**

Der Gesuchsgegner führte in seiner Stellungnahme zum Rechtsöffnungsgesuch aus, er habe die Schuld durch Verrechnung mit Gegenforderungen getilgt. "Im Einzelnen" stehe ihm "zum einen gegenüber dem Gesuchsteller eine Forderung gemäss einer Verlustbescheinigung des Betreibungsamtes Bern-Mittelland vom 30. April 2013 zu", resultierend aus einer Betreibung, welche die C.\_\_\_\_\_ (Schweiz) AG gegen den Gesuchsteller gestützt auf die Rückzahlungsverpflichtung aus vier Darlehensverträgen angestrengt habe. Nach teilweise erfolgloser Durchführung dieser Betreibung sei der C.\_\_\_\_\_ (Schweiz) AG ein ungedeckter Betrag von Fr. 662'739.10 verblieben, für den die Verlustbescheinigung (infolge Arrest und Pfändung) ausgestellt worden sei. Mit schriftlichem Abtretungsvertrag vom 22. Januar 2017 sei ihm "die Forderung aus dem vorerwähnten Verlustschein" abgetreten worden (Urk. 9 Rz 8 ff.). Angesichts dieser Ausführungen lässt sich der Vorinstanz entgegen der Beanstandung des Gesuchsgegners (vgl. Urk. 25 Rz 22 ff., insbes. Rz 27) nicht vorwerfen, im Sinne von Art. 320 lit. b ZPO den (Prozess-)Sachverhalt (vgl. BGE 140 III 16 E. 1.3.1 S. 18) offensichtlich unrichtig festgestellt zu haben, wenn sie festhielt, gemäss den Vorbringen des Gesuchsgegners handle es sich bei dessen erster Gegenforderung um eine For-

- 15 - derung aus einer Verlustbescheinigung vom 30. April 2013, welche die C.\_\_\_\_\_ (Schweiz) AG gegen den Gesuchsteller gestützt auf eine Rückzahlungsverpflichtung aus vier Darlehensverträgen angestrengt habe (Urk. 26 S. 4 E. 3.2). Die zusätzlichen, unter "III. Rechtliches" vorgetragenen Erörterungen des Gesuchsgegners zu den hinter der Verlustbescheinigung stehenden Darlehen (Urk. 9 Rz 31 ff.) ändern daran nichts.

#### **E. 3.6.2**

Wie die Vorinstanz zutreffend erwog (Urk. 26 S. 5 E. 3.5) und der Gesuchsgegner selber einräumt (Urk. 25 Rz 29), stellt die Verlustbescheinigung vom 30. April 2013 keinen Verlustschein im Sinne von Art. 149 SchKG dar, welcher gemäss Abs. 2 dieser Vorschrift zur provisorischen Rechtsöffnung berechtigen würde. Das gilt ungeachtet der Gründe, weshalb die Ausstellung eines "echten" Verlustscheins statt dieser Verlustbescheinigung nicht möglich war. Liegt aber ohnehin kein Verlustschein im Sinne von Art. 149 SchKG vor, stellt sich auch die Frage nicht, ob die einem solchen gesetzlich zugesprochene Qualität als Schuldanerkennung im Sinne von Art. 82 SchKG, d.h. als provisorischer Rechtsöff-

nungstitel, im Zusammenhang mit der Verrechnungseinwendung im definitiven Rechtsöffnungsverfahren einen urkundlichen Beweis für den Bestand der Gegenforderung bilde, was vom Bundesgericht verneint wird (BGE 98 Ia 353 E. 2 S. 355 f.; 102 Ia 363 E. 2 S. 364 ff.; s.a. BGE 116 III 66 E. 4a S. 68). Es ist daher nicht ersichtlich und in der Beschwerdeschrift auch nicht dargetan, was der Gesuchsgegner aus diesen Gründen und der in der Doktrin geäusserten Kritik an der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wonach ein Verlustschein aus Pfändung im Zusammenhang mit der Verrechnungseinwendung nicht als Beweismittel für die Gegenforderung genüge, zu seinen Gunsten ableiten könnte (vgl. Urk. 25 Rz 30 f. m.Hinw. auf BSK SchKG I-Staehelin, Art. 81 N 13). Andere Gründe, weshalb die Verlustbescheinigung entgegen der vorinstanzlichen Auffassung als Urkundenbeweis für den Bestand der Gegenforderung von Fr. 662'739.10 bzw. der Tilgung der Betreuungsforderung durch Verrechnung dienen könnte, bringt der Gesuchsgegner nicht vor.

### **E. 3.6.3**

Unbehelflich ist schliesslich auch der Einwand, dass hinsichtlich der Darlehensverträge, die der Verlustbescheinigung zugrunde liegen, nicht nur eine

- 16 - Schuldanerkennung des damaligen Rechtsvertreters des Gestuchstellers, sondern auch ein Urteil über die Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung vorliege (Urk. 25 Rz 32 f.). Einerseits stellt das in der Beschwerdeschrift zitierte Vorbringen aus der Arresteinspracheschrift vom 3. Januar 2012, wonach "[a]lle streitgegenständlichen Darlehen ... bereits seit geraumer Zeit fällig" seien (Urk. 25 Rz 32 und Rz 23 m.Hinw. auf Urk. 9 Rz 44 und Urk. 11/16 Rz 7), für sich allein keine Schuldanerkennung im Sinne von Art. 82 Abs. 1 SchKG dar; diese (aus ihrem Gesamtkontext gerissene) Äusserung kann nach Treu und Glauben nicht als vorbehalt- und bedingungslose Anerkennung der Pflicht zur Rückzahlung der Darlehensbeträge resp. als vorbehaltlose Erklärung des Gestuchstellers verstanden werden, der Rechtsvorgängerin des Gestuchsgegners die betreffenden Beträge zu schulden (vgl. dazu BGE 145 III 20 E. 4.1.1 S. 22; 122 III 125 E. 2 S. 126, je m.w.Hinw.; BSK SchKG I-Staehelin, Art. 82 N 21 f.; SK SchKG-Vock/Aeppli-Wirz, Art. 82 N 4 f.; KUKO SchKG-Vock, Art. 82 N 3 f.; Stücheli, a.a.O., S. 328 ff.). Andererseits entfaltet das fragliche Urteil vom 10. August 2012 (Urk. 11/16) für das vorliegende Rechtsöffnungsverfahren keine Rechtskraftwirkung und erbringt deshalb keinen (Urkunden-)Beweis für den Bestand der Gegenforderung (vgl. vorne, E. 3.5.3). Dass dieser strikte Beweis vor Vorinstanz erbracht worden wäre, ist auch mit dem Hinweis auf die vier Darlehensverträge und dem blossen Verweis auf die Ausführungen in der Stellungnahme zum Rechtsöffnungsgesuch (vgl. Urk. 25 Rz 34 m.Hinw. auf Urk. 9 S. 8 ff.) nicht rechtsgenügend dargetan (vgl. vorne, E. 2.2). Der Gestuchsgegner weist in der Beschwerde somit nicht nach, dass der vorinstanzliche Schluss, der Bestand der Verrechnungsforderung bzw. die Tilgung der Betreuungsforderung durch Verrechnung sei nicht durch Urkunden bewiesen, auf unrichtiger Rechtsanwendung oder auf einer offensichtlich unrichtigen Feststellung des Sachverhalts beruht (Art. 320 ZPO).

### **E. 3.7**

Weitere Mängel des vorinstanzlichen Entscheids im Sinne von Art. 320 ZPO werden in der Beschwerdeschrift weder geltend gemacht noch rechtsgenügend dargelegt und sind auch nicht offensichtlich. Insbesondere begründet der Gestuchsgegner nicht, dass und weshalb die gemäss seinem Beschwerdeantrag mitanfochtene Rechtsöffnung für Zins,

Betreibungskosten sowie Kosten und Entschädigung (vgl. Urk. 25 S. 2 und Urk. 26 S. 7 f. Disp.-Ziff. 1) ungeachtet des Un-

- 17 - terliegens bezüglich der Kapitalforderung zu beanstanden sein sollte (vgl. Art. 321 Abs. 1 ZPO und vorne, E. 2.2). Die Beschwerde ist deshalb abzuweisen, soweit auf sie einzutreten ist.

#### **E. 4**

Kosten- und Entschädigungsfolgen

##### **E. 4.1**

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens sind ausgangsgemäss dem mit seinen Rechtsmittelanträgen unterliegenden Gesuchsgegner aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Bemessung der zweitinstanzlichen Entscheidgebühr richtet sich nach der Gebührenverordnung zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (GebV SchKG; vgl. ZR 110/2011 Nr. 28; BGer 5D\_23/2017 vom 8. Mai 2017, E. 4.3.1 m.Hinw. auf BGE 139 III 195 E. 4.2.2 und E. 4.2.4 S. 198 f.). Sie ist, ausgehend von einem Streitwert von Fr. 67'000.–, in Anwendung von Art. 48 i.V.m. Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG auf Fr. 750.– festzusetzen und mit dem vom Gesuchsgegner geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen (Art. 111 Abs. 1 ZPO).

##### **E. 4.2**

Der Gesuchsgegner ist überdies zu verpflichten, dem Gesuchsteller für das Beschwerdeverfahren eine (volle) Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 und Art. 111 Abs. 2 ZPO), deren Höhe auf Fr. 2'500.– festzusetzen ist (§ 2 Abs. 1, § 4 Abs. 1, § 9 und § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV). Der beantragte Mehrwertsteuerzuschlag (Urk. 35 S. 2, Rechtsbegehren 2) entfällt zufolge des ausländischen Wohnsitzes des Gesuchstellers (vgl. ZR 104/2005 Nr. 76, E. III.2.g.bb; 102/2003 Nr. 25; Urwyler/Grütter, DIKE-Komm-ZPO, Art. 95 N 23 Anm. 23).

##### **E. 4.3**

Im Beschwerdeverfahren nicht zu überprüfen ist die nicht selbstständig angefochtene Nebenfolgenregelung des erstinstanzlichen Verfahrens (vgl. Urk. 25 S. 2 und vorne, E. 2.2). Es wird erkannt:

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