



Fall-Nr.:	BE.2019.6
Stelle:	Kantonsgericht
Rubrik:	Zivilkammern (inkl. Einzelrichter)
Publikationsdatum:	28.01.2020
Entscheiddatum:	05.08.2019

Entscheid Kantonsgericht, 05.08.2019

Art. 341 Abs. 3 ZPO (SR 272). Dem Vollstreckungsbegehren kann die Verrechnungseinrede nur dann erfolgreich entgegengehalten werden, wenn sie nicht schon im Erkenntnisverfahren hätte erhoben werden können und wenn die Verrechnungsforderung liquid ist (Kantonsgericht, Einzelrichter im Obligationenrecht, 5. August 2019, BE.2019.6 [das Bundesgericht hat eine gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde mit Urteil vom 13. Dezember 2019 abgewiesen; BGer 4A_432/2019]).

Zusammenfassung des Sachverhalts

Im Rahmen einer arbeitsrechtlichen Auseinandersetzung verpflichtete das Kreisgericht die Arbeitgeberin (nachfolgend Gesuchsgegnerin) unter anderem dazu, dem Arbeitnehmer (nachfolgend) Gesuchsteller 6'291 Namenpartizipationsscheine (nachfolgend PS) der X. AG zu nominal Fr. 1.00 unbeschwert zu Eigentum zu verschaffen, Zug um Zug gegen Bezahlung von Fr. 32'209.90. Eine von der Gesuchsgegnerin dagegen erhobene Berufung wies das Kantonsgericht ab. Nachdem Versuche des Gesuchstellers, die Gesuchsgegnerin gegen Bezahlung von Fr. 32'209.90 zur Übergabe der PS zu bewegen, gescheitert waren, gelangte sie wiederum ans Kreisgericht und ersuchte um Vollstreckung des Entscheids vom 28. März 2017. Die Gesuchsgegnerin ihrerseits beantragte in ihrer Stellungnahme die Abweisung des Vollstreckungsgesuchs, eventualiter die Abschreibung zufolge Gegenstandslosigkeit, und zwar – zusammengefasst – unter anderem mit der Begründung, dass der Anspruch auf Übertragung der PS infolge der Ausübung ihrer Call Option und Verrechnung mit dem dem Gesuchsteller zustehenden Anspruch auf Übertragung von 6'291 PS untergegangen sei.



Der Einzelrichter des Kreisgerichtes schützte das Vollstreckungsgesuch und verpflichtete die Gesuchsgegnerin – unter Androhung einer Ordnungsbusse von Fr. 500.00 für jeden Tag der Nichterfüllung ab dem 31. Tag seit der Eröffnung des Entscheids –, dem Gesuchsteller 6'291 PS zu nominal je Fr. 1.00 unbeschwert zu Eigentum zu verschaffen, Zug um Zug gegen Bezahlung von Fr. 32'209.90. Dagegen erhob die Gesuchsgegnerin Beschwerde beim Kantonsgericht.

Aus den Erwägungen

1. Dass sich der Gesuchsteller in Bezug auf sein Herausgabebegehren betreffend die 6'291 PS gegen Bezahlung von Fr. 32'209.90 auf einen vollstreckbaren und rechtskräftigen Entscheid stützen kann, ist zu Recht unbestritten. Vorab strittig ist hingegen, ob die entsprechende Verpflichtung der Gesuchsgegnerin nach der per 19. Juni 2018 erfolgten, an sich nicht bestrittenen Ausübung ihrer Call Option gemäss Ziff. 3.9 des Arbeitsvertrages durch Verrechnung untergegangen ist. Der Vorrichter verneinte diese Frage, wobei er [...] – im Grundsatz – zwar sowohl die Verrechenbarkeit als auch die Relevanz der Verrechnungseinrede unter dem Aspekt von Art. 341 Abs. 3 ZPO – danach kann die von einem Vollstreckungsgesuch betroffene Partei einwenden, dass seit der Eröffnung des Entscheids Tatsachen, wie insbesondere Tilgung, Stundung, Verjährung oder Verwirkung, eingetreten seien, welche der Vollstreckung entgegenstünden – bejahte, hier der Gesuchsgegnerin die Berufung auf die Verrechnung als Untergangsgrund gemäss Art. 341 Abs. 3 ZPO aber deshalb verweigerte, weil sie dem Grundgedanken von Art. 184 Abs. 2 OR widerspräche, indem er zwar noch einen – hier in der Höhe strittigen – Anspruch auf Bezahlung der von der Gesuchsgegnerin durch Verrechnung zurückerworbenen PS hätte, ihm aber verwehrt wäre, die Gegenleistung (der [Rück-]Übertragung der PS) erst zu erbringen, wenn gleichzeitig deren Bezahlung erfolge. In der vorliegenden Konstellation könnte, so der



Vorrichter unter Hinweis auch auf die Lehre, bloss dann von einer Tilgung (durch Verrechnung) ausgegangen werden, wenn der von der Gesuchsgegnerin für die PS zu bezahlende Kaufpreis vom Gesuchsteller vorbehaltlos anerkannt wäre oder eine Urkunde vorläge, die zumindest zur provisorischen Rechtsöffnung berechtigen würde.

a) Wie schon im erstinstanzlichen Verfahren bestreitet die Gesuchsgegnerin auch im Beschwerdeverfahren die analoge Anwendbarkeit der Bestimmungen bzw. der betreffenden Praxis zum Verfahren der definitiven Rechtsöffnung. Diese Bestreitung ist nicht stichhaltig: Allein schon der Wortlaut legt die analoge Anwendung nahe, setzen doch sowohl die Vollstreckung des nach der ZPO ergangenen, nicht auf eine Geld- oder Sicherheitsleistung gerichteten Entscheids als auch die Vollstreckung eines Entscheids über eine Geld- oder Sicherheitsleistung deren *Vollstreckbarkeit* voraus (Art. 336 ZPO; Art. 80 Abs. 1 SchKG) und kann die vom Vollstreckungsbegehren betroffene Partei genauso wie der Betreuungsschuldner im Rechtsöffnungsverfahren die *durch Urkunden zu beweisende Tilgung oder Stundung sowie die Verjährung* nur dann geltend machen, wenn deren Grundlagen *nach der Eröffnung / dem Erlass des Entscheids* entstanden sind (Art. 341 Abs. 3 ZPO; Art. 81 Abs. 1 SchKG).

Bezeichnenderweise verweist die Lehre (vgl. etwa D. Staehelin, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 3. Aufl., Art. 341 N 10, Jenny, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl., Art. 341 N 25, Gasser/Rickli, ZPO Kurzkommentar, 2. Aufl., Art. 341 N 3, Huber, Die Vollstreckung von Urteilen nach der Schweizerischen ZPO, 2015, N 214 FN 533) gerade im Zusammenhang mit dem hier in Frage stehenden Art. 341 Abs. 3 ZPO regelmässig auf Art. 81 Abs. 1 SchKG und die betreffende Praxis (vgl. auch Botschaft ZPO, S. 7384, sowie BK-Kellerhals, 2012, Art. 335 ZPO N 29, der sich grundsätzlich für die Heranziehung der Bestimmungen des SchKG auf die Vollstreckung von Urteilen, die nicht auf eine Geld- oder Sicherheitsleistung lauten, ausspricht, und Leuenberger/Uffer-Tobler, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl., N 13.39, welche – im Zusammenhang mit der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde – auf die Analogie von Art. 350 Abs. 1 ZPO zu Art. 69 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG hinweisen). Dass sich Art. 341 Abs. 3 ZPO nicht einfach auf einen Verweis auf Art. 81 Abs. 1 SchKG beschränkt, dürfte dabei damit zusammenhängen, dass bei Nichtgeldleistungen mehr materielle Einwendungen denkbar sind – so z.B.



Unmöglichkeit der Leistung – als bei Geld- oder Sicherheitsleistungen. Entgegen der Auffassung der Gesuchsgegnerin sind mithin – unter dem Vorbehalt der Eigenheiten des Verfahrens betreffend die Vollstreckung von Nichtgeldleistungen – Art. 81 SchKG und die entsprechende Praxis dazu sehr wohl analog anwendbar (vgl. auch BSK ZPO-Droese, 3. Aufl., Art. 341 N 32).

b) Schulden zwei Personen einander Geldsummen oder andere Leistungen, die ihrem Gegenstande nach gleichartig sind, kann jede ihre Schuld, insofern beide Forderungen fällig sind, mit ihrer Forderung verrechnen; der Schuldner kann die Verrechnung auch geltend machen, wenn seine Gegenforderung bestritten wird (Art. 120 Abs. 1 und 2 OR). Erklärt der Schuldner Verrechnung, so wird angenommen, Forderung und Gegenforderung seien, soweit sie sich ausgleichen, schon im Zeitpunkt getilgt worden, in dem sie sich zur Verrechnung geeignet gegenübergestanden seien (Art. 124 Abs. 2 OR). Im Vollstreckungsverfahren sodann kann die Verrechnungseinrede nur dann erhoben werden, wenn sie nicht bereits im materiellen Verfahren hätte erklärt werden können (vgl. BSK SchKG I-Staehelin, 3. Aufl., Art. 81 N 10, mit Hinweisen, und Huber, a.a.O., zur Verrechnungseinrede als materielle Einrede nach Art. 341 Abs. 3 ZPO).

Hier übte die Gesuchsgegnerin am 19. Juni 2018 ihre Call Option (vorsorglich) aus und begründete damit ihren Anspruch auf Übertragung von 6'291 PS, den sie, wenn auch nicht ausdrücklich, so doch zumindest sinngemäss mit dem gerichtlich geschützten Anspruch des Gestuchstellers verrechnete, indem sie mit Schreiben ihrer Rechtsvertreter vom 8. Oktober 2018 erklären liess, mit der vorsorglichen Ausübung der Call Option sei die Übertragung der PS hinfällig bzw. unmöglich geworden. Dass sie die Call Option erst nach dem Entscheid des Kantonsgerichtes ausübte, erklärte sie in ihrer erstinstanzlichen Gesuchsantwort dabei damit, dass erst der Entscheid des Kantonsgerichtes Anlass zur Ausübung gegeben habe. Zuvor habe sie mit guten Gründen davon ausgehen dürfen, dass entsprechend ihrer Auffassung kein Anspruch auf Zuteilung der Beteiligungsrechte bestanden habe. Diese Begründung überzeugt nicht bzw. rechtfertigt das Zuwarten mit der Ausübung der Call Option und verbunden



damit mit der Verrechnungserklärung bzw. der heutigen Berufung auf Art. 341 Abs. 3 ZPO nicht. Wie der Gesuchsteller in seiner vorinstanzlichen Replik zu Recht geltend macht, wäre der Gesuchsgegnerin unabhängig von ihrer Beurteilung ihrer Risiken im Gerichtsverfahren offen gestanden, ihre Call Option bereits bei der ersten Geltendmachung seines Anspruchs vor Kreisgericht auszuüben. Richtig ist zwar, dass die Call Option allein noch nicht gereicht hätte, die Abweisung der Klage des Gesuchstellers auf Verschaffung der PS zu Eigentum zu erwirken, sondern hierfür auch noch die entsprechende, allenfalls eventualiter vorgebrachte Verrechnungseinrede erforderlich gewesen wäre (zur Eventualverrechnungseinrede vgl. z.B. BGE 141 III 549). Dass sie dies aber getan hätte, kann als höchst wahrscheinlich angenommen werden, mit der Folge, dass sie damit wohl genau die Situation geschaffen hätte, wie sie sich auch heute darstellt, nämlich eine Beschränkung der Auseinandersetzung auf die massgeblichen Werte der PS.

Insofern ist mithin davon auszugehen, dass sich die Gesuchsgegnerin nicht darauf berufen kann, sie habe mit der erst nach dem kantonsgerichtlichen Berufungsentscheid erfolgten Ausübung der Call Option und der anschliessenden Verrechnungserklärung eine Tatsache geschaffen, welche i.S.v. Art. 341 Abs. 3 ZPO erst nach der Eröffnung des zu vollstreckenden Entscheids entstanden sei. Daran ändert auch nichts, dass sie selbstverständlich nicht verpflichtet, sondern (nur) berechtigt war, die Call Option auszuüben und Verrechnung zu erklären. Entscheidend ist – durchaus analog zu Art. 81 Abs. 1 SchKG –, dass sie sich dann, wenn sie dies nicht tat, nicht auf Art. 341 Abs. 3 ZPO berufen kann, weil sie die Verrechnungslage schon vor Erlass des zu vollstreckenden Entscheids hätte schaffen können. Ebenso unerheblich ist, dass, womit der Vorrichter argumentiert, der Gesuchsteller seinerseits nicht vor der Ausübung der Call Option hätte verrechnen können. Für die Frage der Zulässigkeit einer Einwendung unter dem Aspekt von Art. 341 Abs. 3 ZPO kommt es nicht darauf an, was der obsiegende Kläger, sondern nur darauf, was der unterliegende Beklagte hätte tun können.



Entgegen der Auffassung des Vorrichters erweist sich die Einrede der Verrechnung mithin als unzulässig, eine Beurteilung bezüglich derer die Gesuchsgegnerin auch nicht etwa damit argumentieren kann, diese sei vom Gesuchsteller zumindest im Beschwerdeverfahren gar nicht mehr geltend gemacht worden, weist er doch (unter anderem auch unter Verweis auf die erstinstanzliche Replik) in der Beschwerdeantwort darauf hin, dass eine Verrechnung im Vollstreckungsverfahren nur dann zulässig sei, wenn sie nicht bereits im materiellen Verfahren hätte vorgebracht werden können, und ergänzt, dass die Gesuchsgegnerin im materiellen Verfahren keine Verrechnung erklärt habe, obwohl sie dies hätte tun können.

c) Nicht zu hören ist die Einrede aber auch, wenn man sie unter dem Gesichtspunkt von Art. 341 Abs. 3 ZPO als zulässig betrachtet:

aa) Zu Recht geht der Vorrichter in diesem Zusammenhang in Bezug auf die Rückübertragung der PS vom Gesuchsteller auf die Gesuchsgegnerin infolge Ausübung der Call Option vom Zug um Zug-Prinzip gemäss Art. 184 Abs. 2 OR sowie davon aus, dass es im Streitfall nicht Sache des Vollstreckungs-, sondern des materiell entscheidenden Richters ist, den massgeblichen Wert der zurückzuübertragenden PS zu bestimmen. Damit, und da sich die Parteien über den Rücknahmepreis nicht einig sind, stellt sich nur, aber immerhin, die Frage nach der Bedeutung des Zug um Zug-Prinzip nach Art. 184 Abs. 2 OR im vorliegenden Fall, auf welches sich der Gesuchsteller zumindest sinngemäss berief, indem er in der erstinstanzlichen Replik das Verrechnungsrecht der Gesuchsgegnerin auch mit der Begründung bestritt, es sei nicht möglich, seinen Anspruch auf Übertragung der PS mit demjenigen der Gesuchsgegnerin auf Übertragung der gleichen Anzahl PS 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.



bb) Der Vorrichter beantwortete die Frage nach der Bedeutung des Zug um Zug-Prinzips, wie ausgeführt, auf der Basis der Überlegung, dass die Zuerkennung eines Verrechnungsrechts in der vorliegenden Konstellation dem Grundgedanken des Prinzips widerspräche, indem dem Gesuchsteller verwehrt wäre, seine Leistung – Rückübertragung der PS – erst dann zu erbringen, wenn gleichzeitig die Gegenleistung – Bezahlung des Übernahmepreises – erfolge. Ein solches Vorgehen sei nicht zu schützen bzw. der Anspruch des Gesuchstellers im Vollstreckungsverfahren gelte unter den gegebenen Umständen nicht als zufolge Verrechnung getilgt respektive könnte, was nicht der Fall sei, nur dann von der Tilgung ausgegangen werden, wenn der Übernahmepreis vom Gesuchsteller vorbehaltlos anerkannt oder in einem Dokument, das zumindest zur provisorischen Rechtsöffnung berechtigen würde, verurkundet wäre.

cc) Entgegen der Auffassung der Gesuchsgegnerin sind diese Erwägungen des Vorrichters nicht zu beanstanden. Vorab nicht stichhaltig ist, wie hiavor (lit. a) ausgeführt, die Bestreitung der analogen Anwendung von Art. 81 Abs. 1 SchKG. Hinzu kommt, dass sich der Vorrichter bei seiner Argumentation nicht nur auf eine analoge Anwendung der aus Art. 81 Abs. 1 SchKG gezogenen Schlüsse beruft, sondern auch auf die in der Lehre zu Art. 341 Abs. 3 ZPO vertretene Meinung (Jenny, DIKE-Komm-ZPO, Art. 341 N 28 [der allerdings seinerseits auch wieder auf einen Entscheid des Bundesgerichts zu Art. 81 Abs. 1 SchKG verweist]). Diese erweist sich denn auch als durchaus zutreffend. Art. 341 Abs. 3 ZOP verlangt in Bezug auf den Untergang des zu vollstreckenden Anspruchs liquide Verhältnisse. Diese Liquidität ist aber dann nicht mehr gegeben, wenn dem zu vollstreckenden Anspruch zwar eine gleichartige und insofern verrechenbare Gegenleistung gegenübersteht, diese Gegenleistung aber ihrerseits in einem Austauschverhältnis zu einer weiteren Gegenleistung steht. Letzteres kann – und insofern führt zumindest in der vorliegenden Konstellation, in welcher nicht Geldleistungen, sondern andere Sachleistungen in Frage stehen, dieses Austauschverhältnis in der Tat zu einem Verrechnungsverbot – nicht dadurch «ausgehebelt» werden, dass die gerichtlich verpflichtete Partei ihre Schuld verrechnet. Die Grundlage hierfür findet sich im Rückbehaltungsrecht nach Art. 82 OR (zum Verhältnis zwischen Art. 184 Abs. 2 OR und Art. 82 OR vgl. auch BSK OR I-Koller, 6. Aufl., Art. 184 N 92). Danach muss, wer bei einem zweiseitigen Vertrag den Anderen



zur Erfüllung anhalten will, entweder bereits erfüllt haben oder die Erfüllung anbieten, es sei denn, dass er nach dem Inhalt oder der Natur des Vertrages erst später zu erfüllen hat. Macht, wie hier der Gesuchsteller angesichts des Streits über den Übernahmepreis von seinem so begründeten Leistungsverweigerungsrecht zumindest sinngemäss Gebrauch, führt dies dazu, dass seine Leistung gar nicht fällig ist (BK-Weber, 2. Aufl., Art. 82 OR N 212, mit Hinweisen). Für die Verrechnung fehlt es damit letztlich an der Voraussetzung der Fälligkeit der Gegenforderung. In diesem Sinne kann eine Gegenforderung, die Bestandteil eines wesentlich zweiseitigen Vertrages bildet, im Vollstreckungsverfahren der zu vollstreckenden Verpflichtung nur dann verrechnungsweise entgegengehalten werden, wenn anerkannt oder durch Urkunden nachgewiesen ist, dass der Schuldner die ihm aus dem fraglichen Vertrag obliegende Gegenleistung gehörig erbracht oder angeboten hat und dem Gläubiger kein Leistungsverweigerungsrecht gemäss Art. 82 OR zusteht.

Der Vorrichter verneinte – zusammenfassend – den Eintritt der Verrechnungswirkung in der vorliegenden Konstellation mithin zu Recht. Daran ändert die von der Gesuchsgegnerin geleistete Zahlung über Fr. 274'400.96 nichts. Da bzw. solange sie vom Gesuchsteller nicht als ausreichende Zahlung im Sinne seines Anspruchs auf die Gegenleistung anerkannt wird, ist trotz der Regel, dass auch mit einer bestrittenen Gegenforderung verrechnet werden kann (vgl. Art. 120 Abs. 3 OR), im Vollstreckungsverfahren, in dem keine materiell-rechtlichen Fragen zu beantworten sind, nicht von einer Tilgung des zu vollstreckenden Anspruchs durch Verrechnung auszugehen.