

Inhaltsverzeichnis

III

Schuldbetreibungs- und Konkursrecht 5

1 Beschwerdeverfahren 5

2 Definitive Rechtsöffnung 6

3 Rechtsöffnung 10

4 Vollstreckung 12

B

Stichwortverzeichnis 17

III. Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

1. Beschwerdeverfahren

1.1 Art. 67 SchKG, Art 9 u. Art. 135 OR, Art. 13 u. Art. 16 GebV SchKG; Betreibungsbegehren zur Unterbrechung der Verjährung

Regeste:

Art. 67 SchKG, Art 9 u. Art. 135 OR, Art. 13 u. Art. 16 GebV SchKG; Betreibungsbegehren zur Unterbrechung der Verjährung – Wird in derselben Eingabe das Betreibungsbegehren gestellt und sogleich wieder zurückgezogen, kann nach allgemeiner zivilrechtlicher und einzig logischer Regel das Begehren nur als nicht gestellt betrachtet werden. Nimmt das Betreibungsamt ein solches Betreibungsbegehren gleichwohl entgegen und stellt den Zahlungsbefehl aus, ist es berechtigt, die Kosten für die Aus- und die Zustellung des Zahlungsbefehls an den Gläubiger zu erheben. Diese Kosten fallen indes nicht an, wenn im Betreibungsbegehren nebst dem Hinweis, dass die Betreibung lediglich zur Verjährungsunterbrechung erfolgt, ausdrücklich beantragt wird, dass kein Zahlungsbefehl aus- und zuzustellen, sondern lediglich der Eingang des Betreibungsbegehrens gebührenfrei zu bescheinigen ist.

Aus den Erwägungen:

1. Die Verjährung nach Art. 135 Ziff. 2 OR wird unterbrochen durch Schuldbetreibung, durch Schlichtungsgesuch, durch Klage oder Einrede vor einem staatlichen Gericht oder einem Schiedsgericht sowie durch Eingabe im Konkurs. Gemäss der konstanten Rechtsprechung des Bundesgerichts genügt für die Unterbrechung der Verjährung in all diesen Fällen die Postaufgabe, da diese Unterbrechungsgründe allein auf eine Handlung des Forderungsgläubigers abstellen; nicht vorausgesetzt wird, dass der Schuldner davon Kenntnis erhält (Urteil des Bundesgerichts 2C_426/2008 und 2C_432/2008 vom 18. Februar 2009 mit Hinweisen). Voraussetzung für die Verjährungsunterbrechung ist allerdings, dass das Betreibungsbegehren gültig ist. Wird in derselben Eingabe das Betreibungsbegehren gestellt und sogleich wieder zurückgezogen, kann nach allgemeiner zivilrechtlicher und einzig logischer Regel (vgl. Art. 9 OR; BGE 83 III 7 ff.) das Begehren nur als nicht gestellt betrachtet werden, da die Rückzugserklärung gleichzeitig mit dem Betreibungsbegehren beim Betreibungsamt eintrifft (BISchK 2011 S. 148 ff. E. 3.2.2).

2.1 Vorliegend stellte die Beschwerdeführerin in der Beilage 1 zur Eingabe vom 8. März 2016 das Betreibungsbegehren und zog es in Beilage 2 vorbehaltlos zurück. Da die Rückzugserklärung beim Betreibungsamt gleichzeitig mit dem Betreibungsbegehren eintraf, wäre das Betreibungsbegehren gemäss den obigen Ausführungen an sich als nicht gestellt zu betrachten gewesen. Demgemäss hätte es vom Betreibungsamt zurückgewiesen werden müssen, mit der Folge, dass die Verjährung nicht unterbrochen worden wäre.

2.2 Das Betreibungsamt nahm das Betreibungsbegehren nun gleichwohl entgegen, stellte den Zahlungsbefehl aus, auf dem es den Rückzug des Betreibungsbegehrens vermerkte, und sandte dieses Exemplar an die Beschwerdeführerin. Es betrachtete damit das Betreibungsbegehren als gültig, indem es die gleichzeitig eingereichte Rückzugserklärung erst nach der Ausstellung des Zahlungsbefehls beachtete. Damit handelte das Betreibungsamt letztlich im Interesse der Beschwerdeführerin, welche das Betreibungsbegehren zur Unterbrechung der Verjährung stellte. Unter diesen Umständen sind die Kosten für die Aus- und die Zustellung des Zahlungsbefehls an die Beschwerdeführerin gerechtfertigt. Die Rechnung von CHF 53.30 ist daher nicht zu beanstanden.

2.3 Anlass zur Aufhebung der fraglichen Kostenverfügung hätte nur bestanden, wenn die Beschwerdeführerin im Betreibungsbegehren nebst dem Hinweis, dass die Betreibung lediglich zur Verjährungsunterbrechung erfolgt, ausdrücklich beantragt hätte, dass kein Zahlungsbefehl aus- und zuzustellen, sondern lediglich der Eingang des Betreibungsbegehrens gemäss Art. 67 Abs. 3 SchKG gebührenfrei zu bescheinigen sei. In diesem Fall hätte das Betreibungsamt mit Ausnahme der gebührenpflichtigen Protokollierung der Betreibung im Eingangsregister (Art. 16 Abs. 4 GebV SchKG per analogiam), der gebührenfreien Ausstellung der Eingangsbestätigung und ihrem kostenpflichtigen Versand (Art. 13 GebV SchKG; BGE 130 III 387 E. 3) keine weiteren Handlungen vornehmen müssen. Ob ein solches Betreibungsbegehren zur Unterbrechung der Verjährung tauglich ist, kann dahingestellt bleiben. Jedenfalls könnte das Betreibungsamt aufgrund der konkreten Anträge nicht haftbar gemacht werden, falls der Zivilrichter zum Schluss käme, dass ein solches Betreibungsbegehren keine Verjährungsunterbrechung bewirkt.

Obergericht, II. Beschwerdeabteilung als Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. Mai 2016

2. Definitive Rechtsöffnung

2.1 Art. 81 Abs. 1 SchKG

Regeste:

Art. 81 Abs. 1 SchKG – Definitive Rechtsöffnung. Umfang und Bedeutung der Saldoklausel einer genehmigten Scheidungsvereinbarung.

Aus den Erwägungen:

3. Beruht die Forderung auf einem vollstreckbaren Entscheid eines schweizerischen Gerichts oder einer schweizerischen Verwaltungsbehörde, so wird 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 (Art. 81 Abs. 1 SchKG).

Der Beschwerdeführer reichte im Rechtsöffnungsverfahren einen rechtskräftigen Entscheid des Einzelrichters am Kantonsgericht Zug vom 1. Dezember 2014 vor, worin die Beschwerdegegnerin verpflichtet wurde, ihm die Gerichtskosten von CHF 2'000.00 zu ersetzen sowie eine Parteientschädigung von CHF 4'500.00 zu bezahlen. Die in Betreuung gesetzte Forderung von CHF 6'500.00 beruht daher unbestrittenermassen auf einem vollstreckbaren gerichtlichen Urteil im Sinne von Art. 81 Abs. 1 SchKG. Streitig ist demgegenüber, ob die Forderung des Beschwerdeführers durch Einbezug in die Saldoklausel der im Anschluss an die zweite Einigungsverhandlung vom 20. Oktober 2015 abgeschlossenen und mit Entscheid vom 25. November 2015 genehmigten Scheidungsvereinbarung untergegangen ist.

4. Ziff. 3 («Güterrechtliche Auseinandersetzung») der Scheidungsvereinbarung lautet wie folgt: «Mit öffentlicher Urkunde vom 12. November 2010 haben die Parteien Gütertrennung vereinbart. Somit entfällt die güterrechtliche Auseinandersetzung. Jede Partei behält mit Aktiven und Passiven, was sie gegenwärtig besitzt bzw. was auf ihren Namen lautet.» (Ziff. 3.1). «Im Übrigen stellen die Parteien fest, dass sie in güterrechtlicher Hinsicht vollständig auseinandergesetzt sind.» (Ziff. 3.2). In Ziff. 5 der Scheidungsvereinbarung («Saldoklausel») erklärten sich die Parteien sodann «mit dem Vollzug dieser Vereinbarung ehe-, vorsorge- und güterrechtlich per saldo aller Ansprüche auseinandergesetzt».

4.1.1 Wählen die Ehegatten den Güterstand der Gütertrennung, so fehlt es nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts an ehelichen Gütern; entsprechend entfällt auch die güterrechtliche Auseinandersetzung. Gleichwohl können zwischen den Ehegatten anlässlich der Ehescheidung Streitigkeiten vermögensrechtlicher Natur entstehen, zum Beispiel weil Ehegatten ihre Güter tatsächlich nicht getrennt gehalten haben. Auch bei der Beendigung der Gütertrennung kann es sich daher als unumgänglich erweisen, dass die Ehegatten zur notwendigen Entflechtung ihrer Vermögen ihre jeweiligen Vermögenswerte zurücknehmen und ihre gegenseitigen Schulden regeln. Mit Blick auf diese Entflechtung sind die in Art. 205 Abs. 1 und 3 ZGB enthaltenen Vorschriften betreffend die Auflösung des ordentlichen Güterstandes sinngemäss anwendbar (Urteil des Bundesgerichts 5A_608/2010 vom 6. April 2011 E. 3.2.1).

4.1.2 Auch Hausheer/Reusser/Geiser (Berner Kommentar, 1996, Vorbem. zu Art. 247 ff. ZGB N 14) halten fest, dass es in jeder Gütertrennungs-Ehe ungeachtet der von Gesetzes wegen getrennten Vermögen der Ehegatten zu einer mehr oder weniger grossen Vermischung von Vermögenswerten komme. Auch bei Auflösung der Gütertrennung, namentlich wenn sie mit dem Ende der Ehe zusammenhänge, müssten deshalb die beiden Vermögen entflochten werden. Vermögenswerte, die sich im Besitz des andern Ehegatten befänden, seien zurückzunehmen und die gegenseitigen Schulden seien, sofern fällig, zu tilgen. Die Ausscheidung der Vermögenswerte, die jedem Ehegatten zukämen, unterscheide sich aber grundsätzlich nicht von derjenigen zwischen nicht miteinander verheirateten Personen. Massgebend seien die Normen des Obligationenrechts und des Sachenrechts. Die Trennung der Vermögen habe sinngemäss gleich wie beim ersten Schritt im Zusammenhang mit der Auflösung der Errungenschaftsbeteiligung zu geschehen. Für Einzelheiten verweisen Hausheer/Reusser/ Geiser

daher auf die Kommentierung zur Errungenschaftsbeteiligung (a.a.O., Art. 205 ZGB N 11 ff.). Ferner weisen sie darauf hin, dass der Vernehmlassungsentwurf noch eine entsprechende Norm bei der Gütertrennung vorgesehen habe, die in der Folge aber als überflüssig gestrichen worden sei.

4.1.3 Nach dem Gesagten sind – entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers – die in Art. 205 Abs. 1 und 3 ZGB enthaltenen Vorschriften betreffend die Auflösung des ordentlichen Güterstandes sinngemäss bei der Gütertrennung anwendbar, auch wenn bei der Gütertrennung – anders als bei der Errungenschaftsbeteiligung – keine güterrechtliche Auseinandersetzung stattfindet.

4.2 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts zählen zu den gegenseitigen Schulden im Sinne von Art. 205 Abs. 3 ZGB alle im Zeitpunkt der Auflösung des Güterstandes bestehenden Verbindlichkeiten ohne Rücksicht auf ihren Rechtsgrund, namentlich Schulden aus Unterhaltsanspruch (Art. 163 – 164 ZGB), aus Ausgleich für ausserordentliche Beiträge an den Unterhalt der Familie (Art. 165 ZGB), aus Verwaltung des Vermögens des andern (Art. 195 ZGB), aus Entschädigungsanspruch nach Art. 205 Abs. 2 ZGB, aus Vertrag (wie Kauf, Darlehen oder Arbeitsvertrag), aus Delikt (Art. 41 ff. OR), aus ungerechtfertigter Bereicherung (Art. 62 ff. OR) oder aus Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 419 ff. OR; vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_608/2010 vom 6. April 2011 E. 3.2.1; Urteil des Bundesgerichts 5A_803/2010 vom 3. Dezember 2010 E. 3.2.1). Auch nach Schwenzer (FamKommentar, 2. A. 2011, Art. 205 ZGB N 16) werden von Art. 205 Abs. 3 ZGB nicht nur eherechtliche Schulden (z. B. Unterhaltsschulden, Art. 163–165 ZGB), sondern alle Schulden (Geld- und Sachschulden) zwischen Ehegatten erfasst. Es gehe um die Entflechtung der Vermögen beider Ehegatten im Hinblick auf die güterrechtliche Auseinandersetzung, wozu gehöre, dass fällige Schulden beglichen würden. Dementsprechend gehören zu den gegenseitigen Schulden im Sinne von Art. 205 Abs. 3 ZGB alle im Zeitpunkt der Entflechtung der Vermögen bestehenden Verbindlichkeiten, mithin – entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers – auch Schulden, die keinen (direkten) Bezug zum Eherecht aufweisen. Damit zählen auch die vom Beschwerdeführer geforderten Prozesskosten (Ersatz Gerichtskosten von CHF 2'000.00 und Parteientschädigung von CHF 4'500.00 gemäss Entscheid des Einzelrichters am Kantonsgericht Zug vom 1. Dezember 2014) zu den gegenseitigen Schulden im Sinne von Art. 205 Abs. 3 ZGB. Diese waren daher ebenfalls in die Entflechtung der Vermögenswerte zwischen den Parteien einzubeziehen. Die Parteien erklärten in der im Anschluss an die zweite Einigungsverhandlung vom 20. Oktober 2015 abgeschlossenen Scheidungsvereinbarung, die mit Scheidungsurteil vom 25. November 2015 genehmigt wurde, ausdrücklich, dass sie «in güterrechtlicher Hinsicht» vollständig auseinandergesetzt seien (Ziff. 3.2) bzw. «mit dem Vollzug dieser Vereinbarung ehe-, vorsorge- und güterrechtlich per saldo aller Ansprüche» auseinandergesetzt seien (Ziff. 5; vgl. vorne E. 4). Die Erklärung der Parteien, sie seien «güterrechtlich auseinandergesetzt», kann aber vorliegend – bei Gütertrennung – nur so verstanden werden, dass die Parteien ihre Vermögen entflochten haben, wozu – wie vorne dargelegt – auch gehört, dass sie ihre gegenseitigen Schulden im Sinne von Art. 205 Abs. 3 ZGB beglichen haben. Dafür, dass die Prozesskosten

gemäss Entscheid vom 1. Dezember 2014 «absichtlich» nicht in die Saldoerklärung einbezogen worden sein sollen, wie der Beschwerdeführer behauptet, liegen keine Anhaltspunkte vor. Damit steht fest, dass mit dem Scheidungsurteil vom 25. November 2015 die von der Beschwerdegegnerin dem Beschwerdeführer geschuldeten Prozesskosten gemäss Entscheid vom 1. Dezember 2014 untergegangen sind. Entsprechend ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz das Rechtsöffnungsgesuch des Beschwerdeführers abgewiesen hat.

4.3 Lediglich der Vollständigkeit halber sei angemerkt, dass nicht ersichtlich ist, weshalb das von der Vorinstanz zitierte Urteil des Bundesgerichts 5A_803/2010 vom 3. Dezember 2010 E. 3.3 vorliegend nicht einschlägig sein soll. Das Bundesgericht führte in diesem Urteil aus, Schulden aus Unterhaltspflicht fielen unter die gemäss Art. 205 Abs. 3 ZGB zu regelnden Schulden. Daher seien sie bei der Auflösung des Güterstandes in die güterrechtliche Abrechnung einzubeziehen. Erklärten die Parteien als Ergebnis dieses Vorganges, sie seien auseinandergesetzt, so bedeute dies nach dem allgemeinen Verständnis, dass keiner vom anderen mehr etwas zu fordern habe. Diese Ausführungen sind analog auf den vorliegenden Fall anwendbar, auch wenn sich dieses Urteil auf Unterhaltszahlungen bezieht. Die Parteien haben ihr Vermögen entflochten und als Ergebnis dieses Vorgangs erklärt, sie seien auseinandergesetzt. Dementsprechend kann keiner vom andern mehr etwas fordern. Nicht nachvollziehbar ist die Darstellung des Beschwerdeführers, dass die von ihm geforderten Prozesskosten keine Schulden unter den Ehegatten darstellen würden. Der Beschwerdeführer verlangt von der Beschwerdegegnerin die Bezahlung der Gerichtskosten und der Parteientschädigung und bringt damit zum Ausdruck, dass es sich dabei um eine Forderung zwischen den (geschiedenen) Ehegatten handelt. Keine Rolle spielt sodann der Streitgegenstand, aus welchem die Gerichtskosten resultieren. Zu den gegenseitigen Schulden im Sinne von Art. 205 Abs. 3 ZGB zählen alle im Zeitpunkt der Auflösung des Güterstandes bestehenden Verbindlichkeiten ohne Rücksicht auf ihren Rechtsgrund (vgl. vorne E. 4.2). Von einer Verletzung der Rechtsgleichheit kann zudem keine Rede sein. Auf einen unverheirateten Vater kommen die Bestimmungen über die Ehescheidung und deren Nebenfolgen nicht zur Anwendung. Wenn der Beschwerdeführer argumentiert, Art. 205 Abs. 3 ZGB spreche lediglich von der Regelung der gegenseitigen Schulden, nicht jedoch davon, dass die Schulden zu begleichen seien, lässt er ausser Acht, dass die Parteien in der Scheidungsvereinbarung erklärten, sie seien «in güterrechtlicher Hinsicht» vollständig auseinandergesetzt (Ziff. 3.2) bzw. «mit dem Vollzug dieser Vereinbarung ehe-, vorsorge- und güterrechtlich per saldo aller Ansprüche» auseinandergesetzt (Ziff. 5). Diese Erklärung kann aber nur so verstanden werden, dass sie ihre Vermögen entflochten haben, wozu auch gehört, dass sie ihre gegenseitigen Schulden im Sinne von Art. 205 Abs. 3 ZGB beglichen haben (vgl. vorne E. 4.2). Schliesslich kann auch nicht gesagt werden, Ziff. 3.2 der Scheidungsvereinbarung wäre nicht erforderlich gewesen. In Ziff. 3.1 wird festgehalten, dass die Parteien der Gütertrennung unterstehen und jede der Parteien an Aktiven und Passiven behält, was sie gegenwärtig besitzt bzw. was auf ihren Namen lautet. Damit liegt eine Vereinbarung im Sinne von Art. 205 Abs. 1 ZGB vor. In Ziff. 3.2 stellten die Parteien fest, dass sie in güterrechtlicher Hinsicht vollständig auseinandergesetzt sind. Damit

wurden die Schulden zwischen den Parteien im Sinne von Art. 205 Abs. 3 ZGB geregelt. Ziff. 3.1 und Ziff. 3.2 der Scheidungsvereinbarung haben somit unterschiedliche Regelungsinhalte.

Obergericht des Kantons Zug, II. Beschwerdeabteilung, 1. September 2016 (BZ 2016 58)

3. Rechtsöffnung

3.1 Art. 81 Abs. 1 SchKG

Regeste:

Art. 81 Abs. 1 SchKG – Definitive Rechtsöffnung. Hat ein Schuldner gegenüber den im Scheidungsurteil festgelegten Unterhaltsbeiträgen Mehrleistungen erbracht, kann er diese im definitiven Rechtsöffnungsverfahren nur zur Verrechnung bringen, wenn seine Gegenforderung ihrerseits durch ein gerichtliches Urteil im Sinne von Art. 81 Abs. 1 SchKG oder durch eine vorbehaltlose Anerkennung der Gegenpartei belegt ist.

Aus den Erwägungen:

4. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung darf der Richter im Rechtsöffnungsverfahren nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift die Einrede der Tilgung nur anerkennen, wenn dafür der Urkundenbeweis erbracht wird. Sofern die Tilgung auf die Verrechnung mit einer Gegenforderung gestützt wird, muss die Gegenforderung des Schuldners ihrerseits durch ein gerichtliches Urteil im Sinne von Art. 81 Abs. 1 SchKG oder durch eine vorbehaltlose Anerkennung der Gegenpartei belegt sein. Das Bundesgericht führte aus, es entspreche dem Willen des Gesetzgebers, dass die Möglichkeiten des Schuldners zur Abwehr im Verfahren der definitiven Rechtsöffnung eng beschränkt seien; um jede Verschleppung der Vollstreckung zu verhindern, könne der definitive Rechtsöffnungstitel daher nur durch einen strikten Gegenbeweis, d.h. mit völlig eindeutigen Urkunden, entkräftet werden. Dies gelte gerade auch für familienrechtliche Unterhaltsforderungen, die im materiellen Recht und im Vollstreckungsrecht in verschiedener Hinsicht privilegiert seien. Im konkreten Fall kam es zum Schluss, dass es nicht willkürlich sei, wenn der Rechtsöffnungsrichter gestützt auf ein vollstreckbares gerichtliches Urteil betreffend Leistung von Unterhaltsbeiträgen nach Art. 145 ZGB die definitive Rechtsöffnung gewähre, obwohl der Schuldner durch Urkunden nachweisen könne, dass er in früheren Monaten mehr geleistet habe als das, wozu er im betreffenden Urteil verpflichtet worden sei. Damit sei nur die Zahlung urkundlich nachgewiesen, nicht aber, dass der Schuldner im entsprechenden Umfang eine verrechenbare Gegenforderung erworben habe (BGE 115 III 97 E. 4; vgl. auch Urteile des Bundesgerichts 5D_72/2015 vom 13. August 2015 E. 4.1, 5A_279/2012 vom 13. Juni 2012 E. 4 und 5A_869/2011 vom 10. Mai 2012 E. 3.3). Eingeschränkt wird die Möglichkeit zur Verrechnung zudem durch ein allfälliges Verrechnungsverbot, wie es von Art. 125 Ziff. 2 OR für Unterhaltsansprüche vorgesehen ist, die zum Unterhalt des Gläubigers und seiner Familie unbedingt erforderlich sind (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_279/2012 vom 13. Juni 2012 E. 4).

5.1 Wie soeben in E. 4 dargelegt, ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts die Einrede der Verrechnung nur dann beachtlich und die definitive Rechtsöffnung zu verweigern, wenn die Gegenforderung des Schuldners ihrerseits durch ein gerichtliches Urteil im Sinne von Art. 81 Abs. 1 SchKG oder durch eine vorbehaltlose Anerkennung der Gegenpartei belegt ist. Diese Voraussetzungen sind vorliegend nicht erfüllt. Der Beschwerdegegner reichte einzig eine eigenhändige Aufstellung ein, wonach er gegenüber den im Urteil des Kantonsgerichts Zug vom 6. August 2009 festgelegten Unterhaltsbeiträgen Mehrleistungen erbracht hat. Damit ist der erforderliche Urkundenbeweis für den Bestand seiner Forderung nicht geleistet. Sein Urkundenbeweis beschränkt sich auf den Nachweis, dass er gegenüber der im rechtskräftigen Scheidungsurteil des Kantonsgerichts Zug festgelegten Unterhaltsverpflichtung gewisse Mehrleistungen erbracht hat. Ob der Beschwerdegegner durch diese Zahlungen auch eine Gegenforderung erworben hat, ist durch die Urkunde hingegen nicht ausgewiesen. Ebenso wenig ist erstellt, dass die Beschwerdeführerin die Gegenforderung des Beschwerdegegners vorbehaltlos anerkannt hat. Die Vorinstanz verweist diesbezüglich auf die Replik der Beschwerdeführerin vom 22. Dezember 2015. Darin betonte die Beschwerdeführerin, dass sie «auf die im Scheidungsurteil festgelegten Frauenalimente von Fr. 600.00 angewiesen» sei. Der «Anspruch [bestehe] bis zur ordentlichen Pensionierung [des Beschwerdegegners], d.h. bis ...». Sodann führte sie unter Hinweis auf ihr Schreiben vom 12. November 2015 aus: «Die Unterhaltspflicht ist in monatlichen Beiträgen zu erfüllen. Dabei sind die Unterhaltsbeiträge jeweils im Voraus auf den Ersten des Monats zahlbar. Zahlt der Unterhaltspflichtige die Unterhaltsbeiträge früher oder freiwillig mehr als er aufgrund des Rechtstitels leisten müsste, hat dies damit sein Bewenden. Diese Vorauszahlungen und Mehrleistungen kann er nicht mit später fällig werdenden Unterhaltsbeiträgen verrechnen». Mit diesen allgemeinen Ausführungen lässt sich keine vorbehaltlose Anerkennung der Gegenforderung des Beschwerdegegners belegen.

5.2 Hinzu kommt Folgendes: Die Verrechnung einer behaupteten mit der betriebenen Forderung darf nicht durch Gesetz oder Vertrag ausgeschlossen sein. Verpflichtungen, deren besondere Natur die tatsächliche Erfüllung an den Gläubiger verlangt, wie Unterhaltsansprüche, die zum Unterhalt des Gläubigers und seiner Familie unbedingt erforderlich sind, können wider den Willen des Gläubigers nicht durch Verrechnung getilgt werden (Art. 125 Ziff. 2 OR). Dass es sich bei der betriebenen Forderung um familienrechtliche Unterhaltsansprüche handelt, ergibt sich ohne weiteres aus dem als Rechtsöffnungstitel eingereichten Urteil des Kantonsgerichts Zug. Gemäss der herrschenden Lehre bestimmt sich der unverrechenbare Teil der Unterhaltsschuld nach den zu Art. 93 SchKG entwickelten Richtlinien für den sog. Notbedarf (vgl. Peter, Basler Kommentar, 6. A. 2015, Art. 125 OR N 9). Eine Berechnung dieser unverrechenbaren Quote geht nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung über die Prüfungsbefugnis des Rechtsöffnungsrichters hinaus und hat deshalb nicht im Rahmen dieses Verfahrens zu erfolgen (BGE 115 III 97 E. 4 lit. d). Da es sich somit bei der vorliegend betriebenen Forderung um familienrechtliche Unterhaltsansprüche handelt, kann der Beschwerdegegner gemäss Art. 125 Ziff. 2 OR nicht ohne Einwilligung der Beschwerdeführerin ver-

rechnen. Eine Einwilligung der Beschwerdeführerin ist vorliegend nicht ersichtlich und eine Tilgung durch Verrechnung deshalb auch aus diesem Grund ausgeschlossen.

5.3 Entsprechend ist der angefochtene Entscheid des Einzelrichters vom 5. Januar 2016, mit dem das Rechtsöffnungsgesuch vom 7. Dezember 2015 in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes X. abgewiesen wurde, in Gutheissung der Beschwerde aufzuheben und der Beschwerdeführerin in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes X. definitive Rechtsöffnung für CHF 1'800.00 nebst Zins zu 5% seit 19. November 2015 zu erteilen.

Obergericht des Kantons Zug, II. Beschwerdeabteilung, 24. März 2016 (BZ 2016 5)

4. Vollstreckung

4.1 Art. 41 SchKG

Regeste:

Art. 41 SchKG – Das Wahlrecht des Gläubigers zwischen der Pfandbetreuung und der Betreuung auf Pfändung bzw. Konkurs bedeutet nicht, dass er für die gleiche Forderung gleichzeitig nebeneinander mehrere Betreibungen führen kann. Der Gläubiger hat sich in einem solchen Fall für die eine oder andere Betreuung zu entscheiden.

Aus den Erwägungen:

1.1 Nach Art. 41 Abs. 1 SchKG wird für pfandgesicherte Forderungen die Betreuung, auch gegen die der Konkursbetreuung unterliegenden Schuldner, durch Verwertung des Pfandes fortgesetzt. Wird für eine pfandgesicherte Forderung Betreuung auf Pfändung oder Konkurs eingeleitet, so kann der Schuldner mit Beschwerde nach Art. 17 SchKG verlangen, dass der Gläubiger vorerst das Pfand in Anspruch nehme (Art. 41 Abs. 1 bis SchKG).

1.2 Die Unterscheidung zwischen der Betreuung auf Pfandverwertung und der gewöhnlichen Betreuung liegt nicht im öffentlichen Interesse. Sie dient nicht der Wahrung der Interessen von am Schuld- und Pfandverhältnis nicht beteiligten Dritten. Auch wenn grundsätzlich bei pfandgesicherten Forderungen die Betreuung auf Pfandverwertung zu erheben ist, steht es dem Schuldner frei, sich einer anderen Betreibungsart zu unterziehen. Er hat aber das Recht – abgesehen von den Fällen der Wechselbetreuung und der Betreuung für Grundpfand-gesicherte Zinsen und Annuitäten – zu verlangen, dass der Gläubiger sich an das Pfand hält, bevor dieser auf dem Wege der Pfändung oder des Konkurses in das übrige Vermögen des Schuldners vollstrecken kann. Dieses Recht wird als *beneficium excussionis realis* bezeichnet und ist mittels Beschwerde gegen den Zahlungsbefehl geltend zu machen. Die Nichterhebung der Beschwerde kommt einem Verzicht auf die Einrede gleich. Die Beschwerdefrist beträgt zehn Tage und läuft ab Zustellung des Zahlungsbefehls und nicht etwa ab dem Zeitpunkt der Erlangung der Kenntnis von der Pfandbestellung. Kommt die Konkursbetreuung in Frage, ist

die Beschwerde nicht etwa erst gegen die Konkursandrohung zu erheben. Auch hier bleibt es dabei, dass Beschwerde gegen den Zahlungsbefehl zu erheben ist. Andernfalls ist die Einrede verwirkt (Acocella, Basler Kommentar, 2. A. 2010, Art. 41 SchKG N 17, 43 u. 46).

2. Vorliegend erhob die Beschwerdeführerin gegen den Zahlungsbefehl Nr. [...] des Betreibungsamtes A. weder innert Frist Rechtsvorschlag noch machte sie mit Beschwerde das *beneficium excussionis realis* geltend. Sie hat die Einrede der Vorausvollstreckung damit verwirkt. Die erst nach Zustellung der Konkursandrohung mit Beschwerde erfolgte Berufung auf das *beneficium excussionis realis* ist verspätet und kann nicht gehört werden. Die B. AG ist daher grundsätzlich berechtigt, die beim Betreibungsamt A. angehobene Betreibung auf Konkurs fortzuführen.

3.1 Auf der anderen Seite kann nicht übersehen werden, dass die B. AG für dieselbe Forderung zwei Betreibungen eingeleitet hat. Nebst der ordentlichen Betreibung auf Konkurs stellte sie beim Betreibungsamt C. für die gesamte Forderung von CHF 32'241.95 das Betreibungsbegehren auf Grund- bzw. Faustpfandverwertung. Das Wahlrecht des Gläubigers zwischen der Pfandbetreibung und der Betreibung auf Pfändung bzw. Konkurs bedeutet aber nicht, dass er für die gleiche Forderung gleichzeitig nebeneinander mehrere Betreibungen führen kann (Acocella, a.a.O., Art. 41 SchKG N 49a). Die Aufsichtsbehörde in Betreibungs- und Konkursachen des Kantons Bern hat daher in einem Entscheid vom 29. März 2005 festgestellt, dass sich der Gläubiger in einem solchen Fall für die eine oder andere Betreibung entscheiden müsse. Eine Aufhebung der bis zur Konkursandrohung fortgeschrittenen Betreibung auf Konkurs falle nicht in Betracht. Gegen die Zustellung des Zahlungsbefehls sei keine Beschwerde geführt worden und die Betreibung sei nicht nichtig, da die Unterscheidung zwischen Betreibung auf Pfandverwertung und gewöhnlicher Betreibung nicht im öffentlichen Interesse liege. Der Schuldner habe sich indes rechtzeitig gegen die auf einem ungesetzlichen Zahlungsbefehl beruhende Konkursandrohung gewendet. Dem Begehren um Konkursandrohung sei daher nur und erst dann zu entsprechen, wenn der Gläubiger zuvor die Betreibung auf Pfandverwertung zurückgezogen habe. Bis zu diesem Entscheid bleibe die ordentliche Betreibung in der Schwebe (BlSchK 2007 S. 19 ff.).

3.2 Die B. AG machte die gesamte Forderung über CHF 32'241.95 nicht nur in der ordentlichen Betreibung auf Konkurs geltend. Vielmehr erklärte sie, die fragliche Summe auch in der Betreibung auf Pfandbetreibung gefordert zu haben. Ferner will sie ihr Pfandrecht nicht verlieren, weshalb sie in der ordentlichen Betreibung auf Konkurs ihre Forderung auf den über die Pfandsumme von CHF 25'000.00 liegenden Betrag von CHF 7'241.95 reduziert hat. Indes ändert dies nichts daran, dass damit der Betrag von CHF 7'241.95 sowohl in der Betreibung auf Konkurs als auch in der Betreibung auf Pfandverwertung geltend gemacht wird, nachdem in der Letzteren gemäss der eigenen Darstellung nach wie vor die Summe von CHF 32'241.95 gefordert wird. Eine Fortsetzung der Betreibung auf Konkurs über den Betrag von CHF 7'241.95 kommt unter diesen Umständen nicht in Frage. Dies ist nur möglich, falls die B. AG in der Pfandbetreibung die Forderung auf CHF 25'000.00 reduziert. Alsdann würde die

Forderung über CHF 32'741.95 im Umfang von CHF 25'000.00 auf dem Wege der Pfandbetreibung geltend gemacht und im Umfang von CHF 7'2441.95 auf dem Wege der Betreibung auf Konkurs. Demnach ist in teilweiser Gutheissung der Beschwerde die Konkursandrohung in der ordentlichen Betreibung Nr. [...] aufzuheben und das Betreibungsamt A. ist anzuweisen, in diesem Betreibungsverfahren einem Fortsetzungsbegehren der B. AG über die auf CHF 7'241.95 reduzierte Forderung nur zu entsprechen, falls diese den Nachweis leistet, dass in der beim Betreibungsamt C. angehobenen Betreibung auf Pfandverwertung die Forderung auf CHF 25'000.00 reduziert wurde.

Obergericht, II. Beschwerdeabteilung als Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs, 9. Dezember 2016

4.2 Art. 74 SchKG

Regeste:

Art. 74 SchKG – Die Erhebung des Rechtsvorschlags per E-Mail ist zulässig.

Aus den Erwägungen:

1.1 Will der Betriebene Rechtsvorschlag erheben, so hat er dies nach Art. 74 Abs. 1 SchKG sofort dem Überbringer des Zahlungsbefehls oder innert zehn Tagen nach der Zustellung dem Betreibungsamt mündlich oder schriftlich zu erklären.

1.2 Schriftlich kann der Rechtsvorschlag anlässlich der Zustellung des Zahlungsbefehls erhoben werden, etwa durch umgehendes Anbringen des Wortes «Rechtsvorschlag» und der Unterschrift auf dem Zahlungsbefehl. Wird der Rechtsvorschlag schriftlich erhoben, indem bloss das Wort «Rechtsvorschlag» auf dem Zahlungsbefehl angebracht wird, so wird das Fehlen der eigentlichen Unterschrift gemäss der wohl überwiegenden Praxis zu Recht als unbeachtlicher Mangel angesehen. Soweit aber der Rechtsvorschlag auf einer separaten schriftlichen Erklärung abgegeben wird, ist die Unterschrift unerlässlich; fehlt diese, so hat das Betreibungsamt dem Betriebenen eine kurze Nachfrist anzusetzen. Mündlich kann der Rechtsvorschlag anlässlich der Zustellung des Zahlungsbefehls gegenüber dem Überbringer abgegeben werden. Nach Abschluss der Zustellung muss die Erklärung des Rechtsvorschlags auf dem zuständigen Betreibungsamt erfolgen (Bessenich, Basler Kommentar, 2.A. 2010, Art. 74 SchKG N 13 f.). Erhebt der Schuldner beim Betreibungsamt telefonisch Rechtsvorschlag, darf das Amt diese Erklärung jedenfalls dann in dieser Form entgegennehmen, wenn keine Zweifel bezüglich der Identität des Anrufers bestehen. Liegen besondere Umstände vor, die beim Amt ausnahmsweise solche Zweifel wecken, kann dieses die Entgegennahme des telefonischen Rechtsvorschlags ablehnen und den Anrufenden auffordern, seine Erklärung schriftlich oder auf dem Amt mündlich zu erklären (BGE 127 III 181 E. 4 b).

1.3 Im zitierten Entscheid erkannte das Bundesgericht sodann einen Rechtsvorschlag per

Telefax als zulässig, wobei die für den telefonisch erklärten Rechtsvorschlag geltenden Grundsätze sinngemäss anwendbar seien. Das Bundesgericht hat damit den per Telefax übermittelten Rechtsvorschlag als gültig erachtet, obwohl es sich dabei mangels Originalunterschrift des Betriebenen nicht um eine schriftliche Erklärung handelt. Das Bundesgericht postuliert mithin, dass der Rechtsvorschlag möglichst einfach erhoben werden kann, ohne dass er an eine bestimmte Form gebunden ist. Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass eine Betreibung grundsätzlich an keinerlei Voraussetzungen gebunden ist und angehoben werden kann, ohne dass der Bestand der geltend gemachten Forderung nachgewiesen werden müsste (vgl. Kofmel Ehrenzeller, Basler Kommentar, 2.A. 2010, Art. 67 SchKG N 4a und 42).

1.4 Bei einem per E-Mail erhobenen Rechtsvorschlag liegen vergleichbare Verhältnisse vor, wie wenn der Rechtsvorschlag mit Telefax übermittelt wird. Wie beim Telefax fehlt es bei der E-Mail an einer Unterschrift des Betriebenen. Es handelt sich bei der E-Mail somit wie beim Telefax nicht um eine schriftliche Erklärung. Unter diesen Umständen erscheint es im Lichte der zitierten Rechtsprechung des Bundesgerichts als angezeigt, dass auch per E-Mail Rechtsvorschlag erhoben werden kann (im selben Sinne: Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Zivilrecht, vom 26. Juli 2016 [420 16 148] und Dominik Gasser in ZBJV 138 S. 258). Gleich wie beim Telefax darf das Betreibungsamt diese Erklärung entgegennehmen, wobei auch hier die für den telefonisch erklärten Rechtsvorschlag geltenden Grundsätze sinngemäss anwendbar sind. Daher spielt auch keine Rolle, dass nach 33a Abs. 2 SchKG elektronische Eingaben nur gültig sind, wenn sie mit einer anerkannten elektronischen Signatur des Absenders versehen sind. Mit dieser Regelung wird bloss die Gleichstellung des elektronischen Verkehrs mit der traditionellen Kommunikation auf Papier bezweckt (Rüetschi, Basler Kommentar, 2.A. 2010, Art. 33a SchKG N 4). Beim Rechtsvorschlag mittels E-Mail handelt es sich indes – wie ausgeführt – analog zum Rechtsvorschlag per Telefax mangels Unterschrift nicht um eine schriftliche Erklärung, weshalb Art. 33a SchKG nicht anwendbar ist. Anzumerken ist jedoch, dass der Betriebene das Risiko der Übermittlung eines Rechtsvorschlags per E-Mail an das Betreibungsamt trägt. Dazu gehört auch, ob die E-Mail innert Frist beim Betreibungsamt eingetroffen ist. Letzteres kann das Betreibungsamt im Zweifelsfall anhand des Verlaufsprotokolls in den Internetkopfzeilen (für Outlook: Datei / Eigenschaften / Internetkopfzeilen) ohne weiteres feststellen.

Urteil des Obergerichts, II. Beschwerdeabteilung als Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs, 25. November 2016

B

Stichwortverzeichnis

Definitive Rechtsu  ffnung: Umfang und Bedeutung der Saldoklausel einer genehmigten Scheidungsvereinbarung im definitiven Rechtsu  ffnungsverfahren., 6

Definitive Rechtsu  ffnung: Verrechnung von zuviel geleisteten Unterhaltsbeitr  gen im definitiven Rechtsu  ffnungsverfahren, 10

Gebu  hren: Nur wenn bei einer Betreibung zur Verj  hrungsunterbrechung ausdr  cklich auf das Aus- und Zustellen eines Zahlungsbefehls verzichtet wird, fa  llt keine entsprechende Gebu  hr an, 5

Rechtsvorschlag: Zula  ssigkeit der Erhebung des Rechtsvorschlags per E-Mail, 14

Wahlrecht des Gla  ubigers zwischen der Pfandbetreibung und der Betreibung auf Pf  ndung bzw. Konkurs: Wahlrecht des Gla  ubigers bedeutet nicht, dass er fu  r die gleiche Forderung gleichzeitig nebeneinander mehrere Betreibungen fu  hren kann. Der Gla  ubiger hat sich in einem solchen Fall fu  r die eine oder andere Betreibung zu entscheiden., 12