

begann. Mit der am 25. April 2001 der Post übergebenen Appellationschrift wurde die Frist von fünf Tagen eingehalten. Die Appellation erfolgte somit rechtzeitig.

OGP 5.7.2001

3387

Rechtsöffnung. Tilgung durch Verrechnung bejaht für eine vom Gemeinschuldner anerkannte Schuld aus Konkursverlustschein (Art. 81 Abs. 1, 82 und 265 Abs. 1 SchKG).

Sachverhalt:

Mit einem sogenannten „Kredit-Budget-Schuldenzahlungs-Vertrag“ vom 22. März 1995 hatte A. die X.-Treuhandkanzlei AG beauftragt, für sie eine Schuldensanierung durchzuführen, respektiv einen entsprechenden Versuch zu unternehmen. Im September 1996 hatte sich A. dann entschlossen, die Insolvenzerklärung abzugeben, worauf am 25. September 1996 in Bern der Konkurs eröffnet wurde. Die X.-Treuhandkanzlei AG hat in der Folge beim Konkursamt Bern eine Forderung im Betrage von Fr. 2'683.65 angemeldet, welche von A. anerkannt worden war. Am 26. Mai 1997 hat das Konkursamt Bern der X.-Treuhandkanzlei AG einen Verlustschein über den angemeldeten, anerkannten und kollozierten Betrag ausgestellt.

Die X.-Treuhandkanzlei AG hat A. im Jahre 1998 für den Verlustscheinsbetrag betrieben, worauf diese Rechtsvorschlag erhoben hatte, mit der Begründung, sie sei nicht zu neuem Vermögen gekommen. Das Betreibungsamt Bern hat darauf den Rechtsvorschlag dem Gerichtspräsidenten des Gerichtskreises VI Bern-Laupen vorgelegt. Mit Urteil vom 18. August 1999 hat der Gerichtspräsident die Klage von A. gutgeheissen und den Rechtsvorschlag bewilligt. Mit separater Verfügung vom 30. September 1999 hat der Gerichtspräsident die beklagte X.-Treuhandkanzlei AG verpflichtet, die Klägerin A. mit Fr. 2'199.40 ausserrechtlich zu entschädigen.

Für diesen Betrag hat A. die X.-Treuhandkanzlei AG am 16. März 2000 betrieben. Die X.-Treuhandkanzlei AG hat auf den entsprechenden Zahlungsbefehl des Betreibungsamtes Appenzeller Mittelland

Rechtsvorschlag erhoben. Im anschliessenden Rechtsöffnungsverfahren hat das Kantonsgerichtspräsidium mit Entscheid vom 14. Dezember 2000 der Gläubigerin A. die definitive Rechtsöffnung für den Betrag von Fr. 2'199.40 nebst Zins zu 5% seit dem 20. März 2000 gewährt. Gegen diesen Entscheid hat die Schuldnerin X.-Treuhandkanzlei AG mit Eingabe vom 8. Januar 2001 appelliert und Abweisung des Rechtsöffnungsgesuches mit der Begründung beantragt, sie habe mit Schreiben vom 11. November 1999 der Gläubigerin gegenüber die Verrechnung der Verlustscheinsforderung von Fr. 2'683.65 mit der von der Gläubigerin heute betriebenen Parteient-schädigung von Fr. 2'199.40 erklärt.

Aus den Erwägungen:

1. Hat der Schuldner Rechtsvorschlag erhoben, beruht die betriebene Forderung aber auf einem vollstreckbaren gerichtlichen Urteil, so kann der Gläubiger gemäss Art. 80 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG, SR 281.1) die definitive Rechtsöffnung verlangen. Die Vorinstanz ist davon ausgegangen, dass die Verfügung des Gerichtspräsidenten VI von Bern-Laupen vom 30. September 1999, mit der die ausseramtliche Entschädigung an die Gläubigerin festgelegt worden war und die rechtskräftig ist, einen definitiven Rechtsöffnungstitel darstellt. Das trifft zu und wird auch von der Schuldnerin anerkannt.

2. Beruht die Forderung auf einem vollstreckbaren Urteil einer Behörde des Bundes oder des Kantons, in dem die Betreibung eingeleitet ist, so wird die definitive Rechtsöffnung nach Art. 81 SchKG erteilt, wenn nicht der Betriebene durch Urkunden beweist, dass die Schuld seit Erlass des Urteils getilgt oder gestundet worden ist oder wenn er die Verjährung anruft. Im Verfahren bei der Vorinstanz hat die Schuldnerin Tilgung der Forderung geltend gemacht und ausgeführt, sie habe mit Schreiben vom 11. November 1999 der Gläubigerin gegenüber die Verrechnung der Verlustscheinsforderung von Fr. 2'683.65 mit der von der Gläubigerin heute betriebenen Parteient-schädigung von Fr. 2'199.40 erklärt. Die Gläubigerin habe die Forderung der Schuldnerin seinerzeit vor dem Konkursbeamten vollumfänglich anerkannt, weshalb die Verrechnung ausgewiesen und das Rechtsöffnungsgesuch abzuweisen sei.

Die Vorinstanz hat mit Verweis auf BGE 116 III 66 den Urkundenbeweis der Tilgung allein gestützt auf den Konkursverlustschein als nicht erbracht erachtet und die Rechtsöffnung bewilligt.

3. Als Beweis der Gegenforderung im Sinne von Art. 81 Abs. 1 SchKG können nach der Lehre und der grossmehrheitlichen Praxis der Kantone nur solche Urkunden gelten, die mindestens zur provisorischen Rechtsöffnung berechtigen würden (*Panchaud/Caprez*, Die Rechtsöffnung, Zürich 1980, § 144 Nr. 3; *Fritzsche/Walder*, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Bd. I, Zürich 1984, § 19 Rz 20; *Daniel Staehelin* in *Staehelin/Bauer/Staehelin* [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG I, Basel/Genf/München 1998, Art. 81 N. 10). Von diesen Lehrmeinungen geht grundsätzlich auch das Bundesgericht aus (BGE 115 III 100 E.4). In einem 1990 gefällten Urteil hat das Bundesgericht dann allerdings entschieden, dass ein Konkursverlustschein für sich allein keinen urkundlichen Beweis für den Bestand einer Gegenforderung, die dem Begehren um definitive Rechtsöffnung verrechnungsweise entgegen gehalten werden könnte, bilde (BGE 116 III 66). Die Vorinstanz hat sich diesem Urteil des Bundesgerichtes angeschlossen. Die Schuldnerin kritisiert es.

a) In der Lehre ist BGE 116 III 66 zum Teil abgelehnt worden. *Fritzsche/Walder* (a.a.O., § 22 N. 4) finden den Entscheid unrichtig. *Staehelin* (a.a.O., Art. 81 N. 13) bezeichnet das Urteil gar als unhaltbar. Wenn eine Schuldanerkennung als urkundlicher Beweis der Gegenforderung genüge, ist nach der Ansicht dieses Autors nicht einzusehen, wieso ein Konkursverlustschein über eine vom Gemeinschuldner anerkannte Schuld zum Urkundenbeweis einer Gegenforderung nicht ausreichen soll. Staehelin nimmt an, dass die Praxis des Bundesgerichtes nicht zuletzt deshalb zustande gekommen sei, weil die Frage nur unter dem beschränkten Gesichtswinkel der Willkür geprüft wurde. Schliesslich bezeichnet auch *Pierre-Robert Gilliéron* (*Poursuite pour dettes, faillite et concordat*, Lausanne 1993, S. 355) den Entscheid des Bundesgerichtes als irrig.

b) Es besteht kein Anlass von dem von der Lehre und der kantonalen Praxis entwickelten allgemeinen Grundsatz abzuweichen, wonach der Urkundenbeweis der Tilgung durch Verrechnung im Sinne von Art. 81 Abs. 1 SchKG durch solche Urkunden zu leisten ist, die mindestens zur provisorischen Rechtsöffnung berechtigen. Bezüglich des Konkursverlustscheins eine Ausnahme zu machen, erscheint nicht gerechtfertigt. Die in der Lehre erhobene Kritik an BGE 116 III 66 ist berechtigt.

Im Verfahren, das zur Erhaltung der Konkursforderungen im Sinne von Art. 244 SchKG führt, obliegt es zunächst der Konkursverwaltung abzuklären, ob die angemeldeten Forderungen ausgewiesen sind. Nach diesen Abklärungen holt die Konkursverwaltung für jede einzelne Konkurseingabe die Erklärung des Gemeinschuldners über die Anerkennung oder die Bestreitung der Forderung ein (Art. 244 SchKG). Die Erklärungen des Gemeinschuldners sind entweder im Verzeichnis der Forderungseingaben oder in einem besonderen Protokoll zu verurkunden und vom Schuldner zu unterzeichnen (Art. 55 der Verordnung über die Geschäftsführung der Konkursämter, KOV, SR 281.32). Diese strengen Protokollierungsregeln bestehen gerade im Hinblick darauf, dass eine vom Schuldner bei der Erhaltung der Konkursforderungen anerkannte Forderung später, nach Abschluss des Konkurses, als Schuldanerkennung gilt und wieder provisorisch vollstreckbar ist (Art. 265 Abs. 1 SchKG). Die gesetzliche Ordnung sieht somit vor, dass jeder Gläubiger, der sich an einem Konkursverfahren beteiligt hat, und dessen Forderung vom Schuldner anerkannt worden ist, für den im Konkurs schliesslich erlittenen Ausfall in Form des Konkursverlustscheines einen provisorischen Rechtsöffnungstitel erhält. Der Verlustschein ist eine öffentliche Urkunde, mit der die Anerkennung der Forderung durch den Schuldner festgestellt wird. Aus diesen Gründen ist mit *Fritzsche/Walder*, *Stahelin* und *Gilliéron* nicht einzusehen, warum der Urkundenbeweis einer Gegenforderung mit einer gewöhnlichen Schuldanerkennung soll erbracht werden können, nicht jedoch mit einem Konkursverlustschein, der nach den klaren gesetzlichen Bestimmungen die gleichen Wirkungen wie eine Schuldanerkennung entfaltet und in einem qualifizierten Verfahren ausgestellt wurde.

c) Das Bundesgericht hat im zitierten Entscheid (BGE 116 III 66) der Anerkennung der Konkursforderung durch den Schuldner im Rahmen der sogenannten Erhaltung nur geringe Bedeutung beigemessen, weil die Anerkennung für die Konkursverwaltung keine verbindliche Wirkung entfalte (Art. 245 SchKG) und weil der Gemeinschuldner ohnehin in Versuchung geraten könnte, gut ausgewiesene Forderungen zu bestreiten, derweil er zweifelhafte Ansprüche ihm nahestehender Gläubiger anerkennen könnte. Mit der in der Lehre vorgebrachten Kritik ist indessen nicht einzusehen, warum die gegenüber dem Konkursbeamten erklärte und von diesem protokollierte Anerkennung weniger bedeuten soll als die übrigen Schuldanerken-

nungen, die gemäss Art. 82 SchKG zur provisorischen Rechtsöffnung berechtigen. Daran ändert auch nichts, dass der Konkursbeamte beim Entscheid über die Kollokation einer angemeldeten und vom Schuldner anerkannten Forderung an die Anerkennung nicht gebunden ist (Art. 245 SchKG). Durch die Kollokation werden Rang, Umfang und allenfalls Sicherheit (Pfandrecht) der Forderung *für das Konkursverfahren* verbindlich festgesetzt. Die Forderungsanerkennung durch den Schuldner führt zu einem provisorischen Rechtsöffnungstitel *für die Zeit nach Abschluss des Konkurses*. Wenn sich ein Schuldner, aus welchen Gründen auch immer, dazu entschliesst, eine zweifelhafte Forderung eines ihm nahestehenden Gläubigers anzuerkennen, wird er sich diese Anerkennung später in Form eines provisorischen Rechtsöffnungstitels entgegenhalten lassen müssen. Nichts spricht dafür, einen qualitativen Unterschied zwischen der Anerkennung einer Forderung im Konkurs und allen übrigen Schuldanerkennungen zu machen, zumal die im Konkursverlustschein als anerkannt verkündete Forderung ausdrücklich als Schuldanerkennung im Sinne von Art. 82 SchKG gilt und damit allen übrigen Schuldanerkennungen gleichgestellt ist (Art. 265 Abs. 1 SchKG).

d) Zusammenfassend ergibt sich, dass es nicht gerechtfertigt ist, einen Unterschied zwischen „ordentlichen“ Schuldanerkennungen und der Schuldanerkennung im Konkursverlustschein zu machen. Die Schuldnerin hat einen Konkursverlustschein gegenüber der Gläubigerin vom 26. Mai 1997 mit einer als anerkannt verkündeten Forderung von Fr. 2'683.65 ins Recht gelegt. Damit hat sie die Tilgung durch Verrechnung mit der von der Gläubigerin betriebenen und an sich vollstreckbaren Forderung von Fr. 2'199.40 durch Urkunden nachgewiesen. Die Appellation erweist sich als begründet und das Rechtsöffnungsgesuch wird abgewiesen.

OGP 12.3.2001