

Art. 315 Abs. 1 ZPO, Aufschiebende Wirkung. *Nicht erst "die Berufung", sondern schon der Lauf der Berufungsfrist hemmt Rechtskraft und Vollstreckbarkeit (E. 2.3.1).* **Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO, Noven.** *Zehn Tage sind in der Regel und so auch in diesem Fall "ohne Verzug" (E. 2.3.2).*

(aus den Erwägungen des Obergerichts:)

2.3.1 Mit der Berufung erklärt der Kläger eventuell Verrechnung im Umfang von Fr. 4'000.--, was er wie folgt begründet: als Folge des Urteils im Rechtsöffnungsverfahren habe er dem Beklagten die dort zugesprochene Parteientschädigung von Fr. 8'000.-- bezahlt. Aufgrund des Urteils des Bezirksgerichts im ordentlichen Prozess sei dem Beklagte die Hälfte der Kosten und der Entschädigung des Rechtsöffnungsverfahrens aberkannt worden (Dispositiv Ziff. 1), und daher habe er (der Kläger) nun die Rückerstattung von Fr. 4'000.-- zugut. Dem hält der Beklagte entgegen, dass die Aberkennungsklage vom Obergericht gänzlich abgewiesen werden müsse, und daher auch Kosten und Entschädigung des Rechtsöffnungsverfahrens (wieder) vollumfänglich zu Lasten des Klägers gingen; im Übrigen sei die Verrechnungserklärung ein unzulässiges Novum (was nur so erklärt, aber nicht weiter begründet wird).

Die schweizerische Zivilprozess beschränkt zwar radikal die Möglichkeit der Parteien, im Berufungsverfahren Neues einzubringen. Zulässig ist das aber dann, wenn Neues ohne Verzug vorgebracht wird und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon der ersten Instanz vorgetragen werden konnte (Art. 317 Abs. 2 ZPO). Der Kläger stützt die Verrechnungserklärung betreffend der Fr. 4'000.-- auf das angefochtene Urteil, und er bringt sie mit der Berufungsbegründung vor. Unter dem Aspekt des Novenrechts ist sie zulässig. Der Beklagte bestreitet die Zulässigkeit der Verrechnung damit, dass nach seinem Antrag das Obergericht die Aberkennung im ganzen Umfang verweigern werde, und damit werde auch die Regelung von Kosten und Entschädigungen im Rechtsöffnungsverfahren wieder so hergestellt, wie sie seinerzeit angeordnet wurde, und die Zahlung der (ganzen) Fr. 8'000.-- als Parteientschädigung sei richtig. Das ist nicht richtig. Wie das Obergericht in der Sache entscheidet, erfahren die Parteien erst mit der Eröffnung des Urteils im Berufungsverfahren. Vorher kann keine Seite in Vorwegnahme dieses

Entscheidungen Konsequenzen daraus ableiten. Aus dem gleichen Grund ist aber auch die Überlegung des Klägers unzutreffend: wohl hat das angefochtene Urteil die Kosten und Entschädigungen des Rechtsöffnungsverfahrens neu geregelt. Die Berufung dagegen hatte allerdings aufschiebende Wirkung. Zwar sagt das Gesetz nur, "Die Berufung" hemme Rechtskraft und Vollstreckbarkeit (Art. 315 Abs. 1 ZPO); es herrscht aber Übereinstimmung, dass ein berufungsfähiges Urteil nicht in Rechtskraft erwächst und diese mit dem Erklären der Berufung wieder dahinfällt, sondern dass Rechtskraft und Vollstreckbarkeit aufgeschoben sind, bis die Fristen zum Stellen der Anträge abgelaufen sind (für die kantonalen Rechte nur beispielhaft § 190 Abs. 1 ZPO/ZH, Art. 334 Abs. 1 ZPO/BE; für das neue Recht ZK ZPO-Reetz/Hilber, 2. Aufl. 2013, Art. 315 N. 8, BK ZPO-Sterchi, Art. 315 N. 2), und das gilt in konstanter Praxis auch für die Anschlussberufung. Der Beklagte verlangt mit seiner Anschlussberufung die völlige Abweisung der Aberkennungsklage und "definitive Rechtsöffnung" für die in Betreuung gesetzte Forderung, einschliesslich der Betreuungskosten. Zu den letzteren gehören nach üblichem Sprachgebrauch auch die Kosten des Rechtsöffnungsverfahrens - nach Treu und Glauben ist der Antrag des Beklagten jedenfalls so zu verstehen. Damit ist ein allfälliger Rückerstattungsanspruch des Klägers für einen Teil der bereits bezahlten Entschädigung nicht fällig, und die Verrechnung ist aus diesem Grund ausgeschlossen.

2.3.2 Mit Noveneingabe vom 18. Juli 2013 macht der Kläger eine weitere Verrechnung zum Thema der Berufung: aus einem mit Urteil des Obergerichts Schaffhausen vom 5. Juli 2013 abgeschlossenen Verfahren sei der Beklagte verpflichtet, ihm (dem Kläger) Fr. 40'240.-- und Fr. 57'223.80 für das erstinstanzliche sowie Fr. 20'000.-- für das zweitinstanzliche Verfahren zu zahlen, und für alle diese Beträge erkläre er eventuell Verrechnung (sein Hauptstandpunkt ist nach wie vor, dass er die betriebene Forderung nicht schulde). Der Beklagte wendet dagegen ein, die in Schaffhausen beurteilte Forderung sei "im vorliegenden Verfahren nicht von Relevanz". Die Verrechnung sei prozessual unzulässig, da das erstinstanzliche Urteil bereits von 2012 datiere und im vorliegenden Verfahren bereits dem Bezirksgericht hätte eingereicht werden können, und da die Noveneingabe auch bezüglich des obergerichtlichen Urteils zu spät eingereicht worden sei.

Überdies werde er das Urteil anfechten, dieses werde bei Gutheissung der Beschwerde nicht in Rechtskraft erwachsen, und daher seien die Forderungen nicht fällig.

Wenn der Beklagte darauf hinweist, der Kläger habe das erstinstanzliche Urteil bereits vier Monate vor dem heute angefochtenen Urteil erhalten und reiche es daher verspätet ein, übergeht er (auch hier) die aufschiebende Wirkung der Berufungsfrist und dann des Einreichens der Berufung. Das Kantonsgericht Schaffhausen hatte über eine behauptete Forderung des Beklagten von Fr. 500'000.-- zu entscheiden, und sein Urteil dazu, womit es den Bestand der Forderung verneinte, unterlag daher der Berufung. Diese ergriff der Beklagte, mit dem Antrag, das Urteil des Kantonsgerichts sei aufzuheben, und es sei ihm im (ganzen) Umfang von Fr. 500'000.-- "definitive Rechtsöffnung zu erteilen (...) unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Berufungsbeklagten und [Ab-erkennungs-]Klägers". Damit wurden sowohl das Urteil in der Sache als auch die Regelung der Kostenfolgen einstweilen nicht vollstreckbar. Die entsprechenden Ansprüche des Klägers wurden nicht fällig und konnten daher nicht zur Verrechnung gestellt werden. In dieser Beziehung konnte die Einrede also einstweilen nicht verwirken.

Der Kläger erhielt das Urteil des Obergerichts am 8. Juli 2013, und am Donnerstag 18. Juli 2013 gab er die Noveneingabe zur Post. Dabei ist vorweg zu fragen, ob die Zustellung des Urteils überhaupt der im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO fristauslösende Zeitpunkt ist. Grundlage der neu erklärten Verrechnung ist wohl das Urteil. Die Verrechnung wurde aber erst mit der Eingabe selbst erklärt; wenn es darauf ankommt, fallen das Novum und die Übermittlung ans Gericht zusammen und kann das Zweite nicht verwirkt sein. Die Frage stellt sich ähnlich bei der Abtretung, der Verrechnung und dem Geltendmachen einer Verjährung. Alles sind Willenserklärungen, die unter Umständen schon früher hätten abgegeben werden können. Es kommt mitunter vor, dass ein Kläger mangels Aktivlegitimation abgewiesen wird und sich das Urteil darüber ausspricht, wer an seiner Stelle der Rechtsträger sei. Wenn er mit der Berufung eine Abtretung neuen Datums dieses Dritten einreicht, wird man ihm kaum vorhalten, er hätte diese Abtre-

tung schon früher erhältlich machen können, und ihm das Einbringen des Novums gestützt darauf versagen (wenn man mit BK ZPO-Sterchi Art. 317 N. 10 die Zulässigkeit damit begründen wollte, dass erst der angefochtene Entscheid dazu Anlass gegeben habe, wäre dem entgegen zu halten, dass die Eventualmaxime das Einbringen aller sinnvollen Angriffs- und Verteidigungsmittel verlangt, und dass das nicht auf dem Umweg über das Novenrecht ausgehöhlt werden sollte). So wird das Novenrecht auch generell beim Einbringen von "neuen Einreden rechtlicher Art" befürwortet (ZK ZPO-Reetz/Hilber, 2. Aufl. 2013, Art. 317 N. 67). Die Praxis zu den erwähnten Fällen der Abtretung, Verrechnung und Verjährung wird sich bilden müssen, denkbar ist sowohl, dass dann auf die Möglichkeit der Erklärung oder aber auch auf diese selbst abgestellt werden wird. Die Frage kann heute offen bleiben: das Gesetz nennt keine Frist, sondern verlangt, dass neue Tatsachen oder Beweismittel "ohne Verzug" vorgebracht werden (Art. 317 Abs. 1 Ingress ZPO). Der Beklagte zitiert eine Literaturstelle, wonach das fünf Tage seien, allerdings mit dem Hinweis, dass man die Umstände des Einzelfalles berücksichtigen solle (Seiler, die Berufung nach ZPO, Rz. 1324). Allgemein scheint eine etwas längere Zeitspanne befürwortet zu werden (Volkart, Dike-Komm ZPO [online-Stand 18. Oktober 2011] Art. 317 N. 10: eine Woche dürfte "sicher" genügen, zwei Wochen bildeten "die obere Grenze"; ZK ZPO-Reetz/Hilber, 2. Aufl. 2013, Art. 317 N. 48: 10 Tage, mit zahlreichen Verweisen auf andere Fristen des Gesetzes; BSK ZPO-Spühler, 2. Aufl. 2013, Art. 317 N. 7: eine oder zwei Wochen; Kunz et al., ZPO-Rechtsmittel, Art. 317 N. 27: zehn Tage, mit Hinweis auf anderen Fristen). Danach ist die hier beobachtete Frist von zehn Tagen noch im Rahmen der gesetzlichen Vorgabe "ohne Verzug". Das umso mehr, wenn man die Umstände des Falles mit berücksichtigt: das angefochtene Urteil erging am 31. Oktober 2012, und die Berufung wurde am 10. Dezember 2012 erklärt. Berufungsantwort und Anschlussberufung datieren vom 8. März 2013, die Anschlussberufungsantwort vom 6. Mai 2013. Zum Zeitpunkt des Eingangs der Novenschrift war die Prüfung im Gang, ob es unter dem Aspekt des "letzten Wortes" einer Zustellung der Anschlussberufungsantwort an den Kläger bedürfe. Besondere Dringlichkeit bestand also weder von der Art der Streitigkeit (Aberkennung einer gewöhnlichen obligatorischen Forderung), der Art des Verfahrens (ordentliches) her,

her noch vom bisherigen Ablauf des Berufungsverfahrens. Der Einwand des Beklagten, die Noveneingabe sei verspätet, ist daher nicht berechtigt.

In der Sache kommt es nicht darauf an, dass die Streitigkeit, über welche die Schaffhauser Gerichte urteilten, ein anderes Rechtsverhältnis betraf als die heute streitige Forderung. Vielleicht verwechselt der Beklagte die Verrechnung mit der Einrede des nicht erfüllten Vertrages (Art. 82 OR) oder mit dem Retentionsrecht (Art. 895 ZGB). Anders als dort setzt die Verrechnung keine weitere innere Verbindung der beiden Forderungen voraus als dass sie zwischen den nämlichen Parteien bestehen müssen (Art. 120 OR).

Der Beklagte stellt eine Beschwerde an das Bundesgericht in Aussicht, mit welcher er den Entscheid des Schaffhauser Obergerichts anfechten werde. Wie dann entschieden wird, steht dahin. Eine solche Beschwerde hat jedenfalls von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung (Art. 103 Abs. 1 BGG). Das Bundesgericht ist mit einer gegenteiligen Anordnung zurückhaltend, wenn es um nicht allzu bedeutende Forderungen geht. Sollte die aufschiebende Wirkung hier gewährt werden, wäre es Sache des Beklagten, das der Kammer zur Kenntnis zu bringen; bis heute hat er es nicht getan.

Obergericht, II. Zivilkammer
Urteil vom 1. Oktober 2013
Geschäfts-Nr. LB120115-O/U