

*Schuldbetreibungs- und Konkursrecht - Rechtsöffnung - KGE (Einzelrichter der Zivilkammer) vom 7. Juli 2020, Kanton Wallis c. X. - TCV C3 20 62*

**Provisorische Rechtsöffnung gestützt auf einen Pfändungsverlustschein**

- Dem Gläubiger steht es grundsätzlich frei, entweder durch Vorlage des Verlustscheins die provisorische Rechtsöffnung oder aufgrund des ursprünglichen Titels die provisorische bzw. definitive Rechtsöffnung zu verlangen (E. 3.2).
- Für öffentlichrechtliche Forderungen ist die provisorische Rechtsöffnung ausgeschlossen, weil der Schuldner keine Möglichkeit hat, eine zivilrechtliche Aberkennungsklage gemäss Art. 83 Abs. 2 SchKG zu erheben. Aus dem gleichen Grund kann für öffentlichrechtliche Forderungen gestützt auf einen Verlustschein ebenfalls keine provisorische Rechtsöffnung erteilt werden (E. 3.3).
- Bei privatrechtlichen Forderungen berechtigt der Pfändungsverlustschein zur provisorischen Rechtsöffnung, selbst wenn die ursprüngliche Zwangsvollstreckung auf einem definitiven Rechtsöffnungstitel (Urteil) beruhte, weil sich aus dem Gesetz insoweit keine Einschränkung ergibt und zumindest die theoretische Möglichkeit einer Aberkennungsklage besteht (E. 3.4 – 3.8).

**Mainlevée provisoire fondée sur un acte de défaut de biens après saisie**

- Le créancier peut en principe librement requérir, soit la mainlevée provisoire en produisant l'acte de défaut de biens, soit la mainlevée provisoire, respectivement définitive, en invoquant le titre de mainlevée original (consid. 3.2).
- La mainlevée provisoire est exclue pour les créances de droit public car le débiteur n'a pas la possibilité d'introduire une action civile en libération de dette au sens de l'art. 83 al. 2 LP. Pour le même motif, la mainlevée provisoire ne peut pas être prononcée sur la base d'un acte de défaut de biens portant sur des créances de droit public (consid. 3.3).
- Pour les créances de droit privé, l'acte de défaut de biens après saisie permet d'obtenir la mainlevée provisoire, même si l'exécution forcée originaire était fondée sur un titre de mainlevée définitive (jugement), car la loi ne prévoit aucune limitation à cet égard et, à tout le moins, une action en libération de dette reste théoriquement possible (consid. 3.4 – 3.8).

**Verfahren und Sachverhalt (gekürzt)**

Gestützt auf vier Verlustscheine für abgetretene bzw. subrogierte und nicht bezahlte Unterhaltsbeiträge zwischen August 1998 und Juni 2005 stellte der Kanton Wallis gegen den Kindsvater ein Rechtsöffnungsgesuch. Das Bezirksgericht verweigerte die Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung mit der Begründung, die hinterlegten Verlustscheine bildeten zwar provisorische Rechtsöffnungstitel (Art. 149

Abs. 2 SchKG), die darin aufgeführten Forderungen basierten aber auf einem definitiven Rechtsöffnungstitel, nämlich dem Scheidungsurteil, weshalb keine Aberkennungsklage mehr erhoben werden könne und mithin die provisorische Rechtsöffnung ausgeschlossen sei.

### Aus den Erwägungen

**3.2** Der Pfändungsverlustschein, welcher bestätigt, dass eine Forderung infolge Pfändung nicht gedeckt werden konnte, bildet eine entsprechende betreibungsrechtliche Urkunde, die nach Art. 149 Abs. 2 SchKG zur provisorischen Rechtsöffnung gemäss Art. 82 SchKG berechtigt (BGE 144 III 360 E. 3.2.2 und 3.5.1; Schmid, in: Kren Kostkiewicz/Vock [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. A., 2017, N. 3 f., 23 f. zu Art. 149 SchKG). Grundsätzlich genügt die Vorlage des Verlustscheins durch die Gläubigerpartei, damit die Rechtsöffnung erteilt werden kann. Indes ist der Gläubiger nicht verpflichtet, sich auf den Verlustschein zu stützen; er kann auch aufgrund des ursprünglichen Titels die (provisorische oder definitive) Rechtsöffnung verlangen (vgl. BGE 144 III 360 E. 3.2.2; Schmid, a.a.O., N. 29 zu Art. 149 SchKG).

Der Verlustschein nach Art. 149 SchKG ist keine Schuldanerkennung im eigentlichen Sinne, weil er ohne Mitwirkung des Schuldners ausgestellt wird (Schmid, a.a.O., N. 24 zu Art. 149 SchKG). Er dient einzig als Titel zur Erlangung der provisorischen Rechtsöffnung (Kren Kostkiewicz, SchKG-Kommentar, 20. A., 2020, N. 15 zu Art. 149 SchKG) und zwar selbst dann, wenn er vormals in einem Verfahren mit definitiver Rechtsöffnung ausgestellt worden ist (Schmid, a.a.O., N. 26 zu Art. 149 SchKG). Es lässt sich daraus ableiten, dass der Schuldner gewisse Rechtsbehelfe in einem früheren Betreibungsverfahren nicht oder erfolglos angestrebt hat, ansonsten er nicht ausgestellt worden wäre (Schmid, a.a.O., N. 25 zu Art. 149 SchKG). Der Pfändungsverlustschein bewirkt sodann keine Novation der ursprünglichen Forderung, weshalb der Schuldner sämtliche Einreden und Einwendungen aus dem Grundverhältnis glaubhaft machen kann (BGE 144 III 360 E. 3.5.1; Bundesgerichtsurteil 5A\_294/2019 vom 14. Oktober 2019 E. 3.1; Staehelin, Basler Kommentar, 2. A., N. 158 zu Art. 82 SchKG). Solche Einreden und Einwendungen müssen indessen bereits beim Rechtsöffnungsrichter vor erster Instanz vorgebracht werden, denn

neue tatsächliche Behauptungen sind im Beschwerdeverfahren vor Kantonsgericht nicht zulässig (Art. 326 ZPO).

**3.3** Ständige Rechtsprechung und Lehre schliessen für öffentlich-rechtliche Forderungen die provisorische Rechtsöffnung aus, weil der Schuldner danach die Möglichkeit haben muss, eine zivilrechtliche Aberkennungsklage gemäss Art. 83 Abs. 2 SchKG zu erheben (Bundesgerichtsurteil 5A\_473/2016 vom 15. November 2016 E. 3.1; Vock/Aeppli-Wirz, in: Kren Kostkiewicz/Vock [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. A., 2017, N. 2 zu Art. 82 SchKG; Staehelin, a.a.O., N. 46 zu Art. 82 SchKG; ZWR 1992, 280). Diese Überlegungen veranlassten diverse kantonale Gerichte, die provisorische Rechtsöffnung gestützt auf einen Verlustschein zu verweigern, wenn dieser auf einer öffentlichrechtlichen Forderung beruhte (Urteile des Obergerichts des Kantons Zürichs RT150204 vom 18. Januar 2016 E. 3a, RT170196 vom 12. März 2018 E. 3.1.2 und 3.3.1; Entscheid des Obergerichts des Kantons Berns vom 27. November 2014, CAN 2015 Nr. 62 E. 4; vgl. auch Entscheid des Kantonsgerichts Wallis C3 17 167 vom 11. Januar 2018; Vock/Aeppli-Wirz, a.a.O., N. 22 zu Art. 82 SchKG).

Das Aargauer Obergericht ging in einem Entscheid vom 25. Februar 2014 einen Schritt weiter und erklärte die provisorische Rechtsöffnung aufgrund von Pfändungsverlustscheiden per se für unzulässig, falls die ausgewiesene Forderung auf einem definitiven Rechtsöffnungstitel beruhe, weil die Rechtskraft die Neubeurteilung und somit die Aberkennungsklage ausschliesse (AGVE 2014 Nr. 65 S. 337 E. 4.1 f.). Von diesen Überlegungen liess sich auch die Vorinstanz leiten. Sie hielt fest, die provisorische Rechtsöffnung unterscheide sich von der definitiven durch die Möglichkeit der Aberkennungsklage (Art. 83 Abs. 2 SchKG). Wenn nun die in einem Verlustschein aufgeführte Forderung auf einem definitiven Rechtsöffnungstitel basiere, könne keine Aberkennungsklage mehr erhoben werden und mithin sei die provisorische Rechtsöffnung ausgeschlossen.

**3.4** Der Gesetzeswortlaut von Art. 149 Abs. 2 SchKG unterscheidet nicht zwischen den ursprünglichen Rechtsöffnungsverfahren (provisorisch oder definitiv), welche zum Verlustschein führten. Es lässt sich daraus nicht erschliessen, ob der Verlustschein bei vormaliger definitiver Rechtsöffnung den Gläubiger für den ungedeckt gebliebenen Betrag nicht zur provisorischen Rechtsöffnung berechtigen soll. Es

heisst nur: «Der Verlustschein gilt als Schuldanerkennung im Sinne des Artikels 82...».

**3.5** Die Lehre spricht sich dafür aus, die provisorische Rechtsöffnung aufgrund eines Verlustscheins auch bei vorbestehendem definitivem Rechtsöffnungstitel zu erteilen. Laut Bachhofer (Neues und Bewährtes zum Rechtsöffnungsverfahren, BJM 2020 S. 11 f.) bleibt die provisorische Rechtsöffnung nur für öffentlichrechtliche Forderungen auch bei Vorliegen eines Verlustscheins gesperrt, hingegen kann der Gläubiger bei einer privatrechtlichen Forderung, für welche bereits ein Urteil ergangen ist, entweder gestützt auf das Urteil definitive Rechtsöffnung oder gestützt auf den Verlustschein provisorische Rechtsöffnung verlangen. Hier störe es nicht, dass (aufgrund der *res iudicata*) keine Aberkennungsklage über die in Betreuung gesetzte Grundforderung mehr möglich sei. Entscheidend erscheine einzig, dass das Zivilgericht sachlich für die Aberkennungsklage zuständig wäre. Stücheli (Die Rechtsöffnung, Diss. Zürich, 2000, S. 394) teilt diese Auffassung und argumentiert, schliesslich sei – im Gegensatz zu einer öffentlichrechtlichen Forderung – die Möglichkeit zur Aberkennungsklage trotzdem gegeben; komme der Richter zum Schluss, das dem Verlustschein zugrundeliegende Urteil sei vollstreckbar und materiell rechtskräftig, trete er nicht auf die Aberkennungsklage ein und die provisorische Rechtsöffnung werde so ebenfalls zur definitiven. In die gleiche Richtung gehen Staehelin (a.a.O., N. 163 zu Art. 82 SchKG) und Schmid (a.a.O., N. 29 zu Art. 149 SchKG), welche die provisorische Rechtsöffnung gestützt auf einen Verlustschein auch bei einem vorbestehenden Urteil als zulässig erachten.

**3.6** Das Bundesgericht hat sich, soweit ersichtlich, noch nicht explizit mit dieser Rechtsfrage auseinandergesetzt, aber zumindest implizit die Auffassung der vorerwähnten Lehrmeinungen gestützt, indem es in BGE 144 III 360 E. 3.2.2 ausführte: «Ist für eine in einem Urteil festgestellte Forderung ein Verlustschein ausgestellt worden, so kann sich der Gläubiger neben dem Verlustschein auf den ursprünglichen Schuldtitel stützen und die definitive Rechtsöffnung verlangen». Im Umkehrschluss kann der Gläubiger neben dem definitiven Rechtsöffnungstitel ebenfalls gestützt auf den Verlustschein die provisorische Rechtsöffnung beantragen.

**3.7** Die gesetzlichen Wirkungen des Verlustscheins stärken die Position des Gläubigers, welcher in einer Betreuung für seine Forderung

nicht vollumfänglich befriedigt worden ist und erleichtern ihm das Fortkommen in einer neuen Betreibung gegen den Schuldner (vgl. Art. 149 Abs. 2-4 SchKG und Art. 149a Abs. 1 erster Satz SchKG). Es widerspräche Sinn sowie Zweck dieser Bestimmungen und ist im Gesetz auch nicht vorgesehen, bei den Wirkungen des Verlustscheins danach zu unterscheiden, ob die ausgewiesene Forderung auf einem provisorischen oder definitiven Rechtsöffnungstitel beruht. Der Gläubiger erleidet das gleiche Schicksal, unabhängig davon, ob die ungedeckt gebliebene Forderung auf einen provisorischen oder einen definitiven Rechtsöffnungstitel zurückzuführen ist. In beiden Fällen hat er gleichermaßen ein Interesse an den Gläubigervorteilen eines Verlustscheins.

**3.8** Im Prinzip erfüllt der Gläubiger, welchem gestützt auf einen Verlustschein die provisorische Rechtsöffnung erteilt worden ist, zumindest theoretisch die Voraussetzungen, um eine Anerkennungsklage zu erheben (Art. 83 Abs. 2 SchKG; vgl. zu den Voraussetzungen, Vock/Aeppli, a.a.O., N. 13 zu Art. 83 SchKG). Ob das Zivilgericht darauf eintritt oder nicht, weil der gleiche Streitgegenstand zwischen den gleichen Parteien bereits rechtskräftig beurteilt worden ist (Art. 59 Abs. 2 lit. e ZPO), erscheint dabei nicht massgeblich. Sodann ist es nicht gänzlich ausgeschlossen, dass sich trotz einem vorbestehenden Urteil Rechtsfragen stellen, die noch nicht geklärt worden sind und für welche ein schutzwürdiges Interesse an einer Aberkennungsklage besteht. Im Ergebnis würde es zu weit gehen, wenn das Rechtsöffnungsgericht bei Vorlegung eines Verlustscheins die Chancen für eine spätere Aberkennungsklage beurteilen und die Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung davon abhängig machen müsste. Dies würden dem Zweck der Rechtsöffnung, in einem summarischen Verfahren (Art. 251 lit. a ZPO) möglichst rasch über die Beseitigung des Rechtsvorschlags und die dadurch festgelegten Parteirollen für einen späteren ordentlichen Prozess zu entscheiden, zuwiderlaufen (vgl. zum Zweck, Bundesgerichtsurteil 5A\_15/2018 vom 16. April 2019 E. 4.5). Daher muss es in einer solchen Konstellation genügen, dass der Schuldner zumindest die theoretische Möglichkeit hat, eine Aberkennungsklage zu erheben. Folglich ist dem Gläubiger gestützt auf den Verlustschein die provisorische Rechtsöffnung zu gewähren.