



Fall-Nr.:	BES.2021.26
Stelle:	Kantonsgericht
Rubrik:	Zivilkammern (inkl. Einzelrichter)
Publikationsdatum:	08.03.2022
Entscheiddatum:	04.01.2022

Entscheid Kantonsgericht, 04.01.2022

Art. 82 SchKG (SR 281.1): Jedenfalls bei der Einrede des nicht gehörig erfüllten vollkommen zweiseitigen Vertrages genügt – entgegen der sog. Basler Rechtsöffnungspraxis – die blosser Behauptung zur Entkräftung der Schuldanererkennung gemäss Art. 82 SchKG nicht. Vielmehr ist die Einrede glaubhaft zu machen (Kantonsgericht, Einzelrichter für Beschwerden SchKG, 4. Januar 2022, BES.2021.26).

Auszug aus den Erwägungen

b/aa) Im angefochtenen Entscheid hielt die Vorrichterin dafür, dass gemäss der sog. Basler Rechtsöffnungspraxis provisorische Rechtsöffnung für eine Schuldanererkennung, die sich aus einem vollkommen zweiseitigen Vertrag ergebe, nur dann erteilt werden könne, wenn der Schuldner nicht behauptete, die Gegenleistung sei nicht oder nicht ordnungsgemäss erbracht worden, wenn sich diese Behauptung als offensichtlich haltlos erweise oder vom Gläubiger sofort durch Urkunden liquide widerlegt werde resp. der Schuldner vorleistungspflichtig sei. Vorliegend sei, so die Vorrichterin, in Bezug auf die gegenseitigen Verpflichtungen (Hauptleistungspflicht der Schuldnerin zur Bezahlung der zweiten Raten; Nebenleistungspflicht der Gläubigerin zur Freigabe bzw. Übermittlung bereits erstellter Daten) von einem vollkommen zweiseitigen Vertrag auszugehen. Die Schuldnerin könne sich daher darauf beschränken, die nicht ordnungsgemässe Erbringung der Gegenleistung (= der Nebenleistung) zu behaupten. Ihre diesbezügliche Behauptung sei nicht offensichtlich haltlos – es stelle sich im Gegenteil vielmehr die Frage, ob ihr mit ihren Ausführungen zum nicht erteilten Zugriff auf ein Konto des Anbieters S. nicht gar gelinge, die nicht ordnungsgemässe



Erbringung der Gegenleistung der Gläubigerin glaubhaft zu machen – und werde von der Gläubigerin auch nicht sofort liquide widerlegt. Diese berufe sich auch nicht auf die Vorleistungspflicht der Schuldnerin. Es könne daher offenbleiben, ob die unaufgefordert eingereichte Eingabe der Gläubigerin berücksichtigt werden dürfe, zumal die Ausführungen darin die Einrede der Schuldnerin ohnehin nicht zu entkräften vermöchten.

bb) Dieser Begründung hält die Gläubigerin in der Beschwerde ein Vierfaches entgegen: Die Schuldnerin habe erstens entgegen der offensichtlich unrichtigen Sachverhaltsfeststellung der Vorrichterin den Dropbox-Zugriff erhalten. Diese habe zweitens mangels Bezeichnung der Nebenleistungspflicht das Vorliegen eines synallagmatischen Vertrages gar nicht glaubhaft gemacht. Sie habe auch nicht behauptet, dass ohne den Zugriff auf das Konto beim Anbieter S. ihre (der Gläubigerin) Nebenleistungen praktisch wertlos geworden seien; sie habe einzig vorgebracht, dass ihr ohne das Passwort für das S.-Konto eine effiziente Arbeitsweise verunmöglicht worden sei und sie deshalb eine andere Lösung habe suchen müssen. Schliesslich verletze die Vorinstanz ihre Begründungspflicht und ihr (der Gläubigerin) rechtliches Gehör, indem der Entscheidbegründung lediglich zu entnehmen sei, dass der Zugriff auf das (persönliche) Konto beim Anbieter S. mangels Passworts nicht funktioniert habe, aus dem Urteil aber nicht hervorgehe, welche Nebenpflichten sie, die Gläubigerin verletzt habe.

cc) Die Schuldnerin stellt sich demgegenüber in der Beschwerdeantwort auf den Standpunkt, die Schlussfolgerungen der Vorinstanz seien weder aktenwidrig noch offensichtlich falsch. Die Leistungspflicht der Gläubigerin ergebe sich klarerweise aus der Aufhebungsvereinbarung, wobei die darin festgelegten Pflichten synallagmatischer Natur seien und grundsätzlich offenbleiben könne, ob es sich bei der Leistungspflicht der Gläubigerin um eine Haupt- oder eine Nebenleistungspflicht handle, sie, die Schuldnerin, allerdings der Auffassung sei, dass jedenfalls im Rahmen des Abwicklungsverhältnisses bzw. gestützt auf die Aufhebungsvereinbarung die



Gläubigerin eine Hauptleistungspflicht treffe. Die Ausführungen der Gläubigerin gingen im Übrigen insofern an der Sache vorbei, als es in erster Linie an den Parteien sei, zu entscheiden, ob eine bestimmte Nebenleistung einen solchen Stellenwert habe, dass sie zur Hauptleistung in einem Austauschverhältnis werde, was hier, wie die Vorinstanz eingehend darlege, für sie, die Schuldnerin, in Bezug auf die die vereinbarte Verpflichtung der Gläubigerin zentral gewesen sei. Die Gläubigerin räume nun ja sogar ein, dass sie ihrer vereinbarten Leistungspflicht nicht vollständig nachgekommen sei. Unzulässig neu seien schliesslich die Ausführungen der Gläubigerin betreffend den S.-Account, weshalb sich eine Erwiderung erübrige und auch keine Verletzung der Begründungspflicht oder des rechtlichen Gehörs ersichtlich sei.

b) Die Basler Rechtsöffnungspraxis zur Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung für in wesentlich zweiseitigen, synallagmatischen Verträgen enthaltene Schuldanerkennungen, auf welche die Vorrichterin ihren Entscheid massgeblich stützt, besagt, dass provisorische Rechtsöffnung erteilt werden kann, wenn der Schuldner vorleistungspflichtig ist, wenn er nicht behauptet, die Gegenleistung sei nicht oder nicht ordnungsgemäss erbracht worden, oder wenn er dies zwar behauptet, seine Behauptung aber offensichtlich haltlos ist oder aber vom Gläubiger sofort liquide entkräftet wird (BSK SchKG I-Staehelin, 3. Aufl., Art. 82 N 99). Sie ist zwar weit verbreitet, allerdings nicht unumstritten: Der Umstand, dass der nicht vorleistungspflichtige Schuldner die Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung für die von ihm an sich anerkannte Schuld allein mit der blossen Behauptung der vom Gläubiger nicht gehörig erbrachten Gegenleistung verhindern kann, steht nämlich in einem gewissen Widerspruch zu Art. 82 Abs. 2 SchKG, wonach der Richter die provisorische Rechtsöffnung erteilt, sofern der Betriebene nicht Einwendungen, welche die Schuldanerkennung entkräften, sofort glaubhaft macht, wobei für diese Glaubhaftmachung eine mehr oder weniger glaubwürdige Behauptung nicht genügt, sondern im Sinne überwiegender Wahrscheinlichkeit in tatsächlicher Hinsicht mehr für als gegen die Begründetheit der Einwendung sprechen muss. Das Bundesgericht hat sich, soweit ersichtlich, bislang lediglich punktuell und mit einer gewissen Zurückhaltung geäussert, wobei sich seine Rechtsprechung in dem Sinne zusammenfassen lässt, dass es für die Einrede der Nichterfüllung mit der Begründung,



diese betreffe die Qualität der Vereinbarung als Schuldanerkennung i.S.v. Art. 82 Abs. 1 SchKG und falle nicht unter den Begriff der Einwendungen i.S.v. Art. 82 Abs. 2 SchKG, die blosser Behauptung im Sinne der Basler Rechtsöffnungspraxis genügen lässt, während es in Bezug auf die Einrede der (qualitativ oder quantitativ) nicht gehörigen Erfüllung Glaubhaftmachung i.S.v. Art. 82 Abs. 2 SchKG zu verlangen scheint (zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung und zur Kontroverse in Bezug auf die Anwendung der Basler Rechtsöffnungspraxis insb. BGE 145 III 20 E. 4 = Pra 2019 Nr. 5, BGer 5A_480/2019 E. 2.4.1, BGer 5A_695/2017 E. 3.2, BGer 5A_1008/2014 E. 3.4, BGer 5A_326/2011 E. 3.3 und BGer 5P.69/2004 E. 4 sowie Walther, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht des Jahres 2019, in: ZBJV 2021 S. 227 ff., 230 ff., jeweils mit weiteren Hinweisen auf Lehre und Rechtsprechung; für eine umfassendere, allerdings ebenfalls nicht uneingeschränkte Anwendung der Basler Rechtsöffnungspraxis auf Fälle der nicht gehörigen Erfüllung BSK SchKG I-Staehelin, Art. 82 N 101-105, ebenfalls mit weiteren Hinweisen auf insbesondere die kantonale Rechtsprechung). Man kann sich fragen, ob die Unterscheidung zwischen den Fällen der Nicht- und denjenigen der nicht gehörigen Erfüllung sachgerecht ist, ist doch, vorbehaltlich spezieller Regelungen wie namentlich der kauf- oder werkvertraglichen Gewährleistungsvorschriften, die Grundlage für das Leistungsverweigerungsrecht des Schuldners in Art. 82 OR^[1] zu erblicken, der diese Unterscheidung gerade nicht trifft, was dafür sprechen könnte, in jedem Fall Glaubhaftmachung zu verlangen. Will man dies mit Blick auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung (BGE 145 III 20 E. 4.3.2) nicht tun, dann erscheint jedenfalls in Bezug auf die nicht gehörige Erfüllung angezeigt, nicht einfach eine blosser Behauptung genügen zu lassen, sondern das Leistungsverweigerungsrecht des Schuldners von der Glaubhaftmachung der nicht gehörigen Erfüllung abhängig zu machen und so dem Umstand Rechnung zu tragen, dass der Gläubiger an sich über eine Schuldanerkennung verfügt und das Rechtsöffnungsverfahren nicht dazu dient, über materiell-rechtliche Fragen zu entscheiden.

[1] Danach muss, wer bei einem zweiseitigen Vertrag den andern zur Erfüllung anhalten will, entweder bereits erfüllt haben oder die Erfüllung anbieten, es sei denn,



dass er nach dem Inhalte oder der Natur des Vertrages erst später zu erfüllen hat (zur Gleichsetzung der Erfüllung bzw. des Erfüllungsangebots mit der gehörigen Erfüllung bzw. dem Angebot zur ordnungsgemäss Erfüllung vgl. BSK OR I-Schroeter, 7. Aufl., Art. 82 N 43).