

Arbeitskreis Weiterbildung Recht ARKWR

Rechtsöffnung – ausgewählte Fragen

Dominik Gasser

Rechtsanwalt in Bern

Lehrbeauftragter an der Uni Luzern

www.lgplaw.ch

Oktober 2023

Übersicht

1. Verfahren

- Grundsätzliches
- Novenschranke/Aktenschluss
- Mündliche Verhandlung?
- Prozesskosten der RÖ

2. Rechtsöffnungstitel

- Schuldanerkennung
- Synallagmatische Verhältnisse
- Schuldbrief und Sicherungsübereignung

Verfahren / Grundsätzliches

Eigenart des Rechtsöffnungsverfahrens

1. Rein betriebsrechtliches (Summar-) Verfahren
2. Grundsätzlich schriftliches Verfahren («Urkundenprozess»)
3. Gericht prüft nicht, ob die Befreiungsforderung besteht, sondern ob ein vollstreckbarer Titel (Rechtsöffnungstitel) vorliegt (kein sog. «Erkenntnisverfahren»)
4. Rechtsöffnung als Befreiungshandlung

Zuletzt BGer 5A_272/2022 E.6.1.2, 5A_551/2022 E.3,
5A_380/2021 E.2, 148 III 30

Verfahren / Novenschranke (Aktenschluss)

Grundregel ZPO 229 II

- Recht, sich zweimal unbeschränkt zu äussern (Tatsachen, Beweismittel, Angriffs- und Verteidigungsmittel)

Rechtsöffnungsverfahren (Praxis BGer)

- Aktenschluss bereits nach dem ersten Vortrag («one-Shot-Prinzip»)
- Vorbehalt: Replikrecht nach EMRK
 - bei unaufgeforderter Replik jedoch Novenschranke (ZPO 229 I)
- zweiter SW nur ausnahmsweise:
«wenn nach den Umständen erforderlich»,
«mit gebotener Zurückhaltung»
- wenn zweiter SW, dann mit Novenrecht (ZPO 229 II)

BGer 5A_366/2019 E.3.1

Verfahren / Novenschranke (Aktenschluss)

Präzisierung Voraussetzungen eines zweiten SW

- «Wenn weder möglich noch zumutbar, bereits im Gesuch auf Vorrat sämtliche denkbaren Einwendungen zu entkräften» (z.B. bei überraschenden Einwendungen des Betriebenen)
- Replikrecht auf die betr. Einwendungen beschränkt, entsprechend beschränkt auch das Novenrecht

5A_84/2021 E. 3.2.1

In Casu

- Rückforderung Darlehen; S bestreitet in Vernehmlassung die Auszahlung des Darlehens
- Gläubiger weist mit Replik Auszahlung nach (!)

Verfahren / Novenschranke (Aktenschluss)

Kritik am one-Shot-Prinzip

- Unsicherheit für die Anwaltspraxis
- Unpraktisch («Aufblähen» des Gesuchs)
- Unterschiedliche Typen von Summarverfahren
 - atypische mit U-max. (z.B. Konkurs- und Nachlasssachen)
 - one-Shot-Prinzip kaum für alle Summarverfahren sachgerecht

Verfahren / mündliche Verhandlung?

Ausgangslage

- (prov.) RÖ als Zivilsache nach EMRK 6 Ziff. 1 (5A_394/2019)

Kompromisshaltung des BGer

- Grds. schriftliches Verfahren («Urkundenprozess»)
5A_380/2021 E.9.3
- Kein unbedingter Anspruch auf mündliche Verhandlung
(Ermessen des Gerichts)
- Ausnahme: Tat- oder Rechtsfragen, die «nicht angemessen aufgrund der Akten und der schriftlichen Parteivorbringen beantwortet werden können»
(5A_394/2019 E. 2.2.2)
 - ist besonders zu substantiieren
 - BGer sehr zurückhaltend

Verfahren / Prozesskosten der RÖ

Gerichtskosten und Parteientschädigung

- **Betreibungskosten (5A_433/2022)**
- **Regel (SchKG 68 II): Vorab zu erheben im Rahmen der laufenden Betreuung («Draufschlagen»)**
 - im gleichen Aufwisch erledigen

Verfahren / Prozesskosten der RÖ

Theoretische Option (mit Fussangeln)

- Separate Betreuung und dann definitive Rechtsöffnung (5A_433/2022 E.4.3.3)
- dies jedoch nur, wenn Gläubiger die ursprüngliche Betreuung fortsetzt (d.h. wenn diese Betreuung nicht erlischt)
- wenn ursprüngliche Betreuung nicht fortgesetzt wird (oder zufolge Ablaufen ZB nicht mehr fortgesetzt werden kann): Unnütze Betreuungskosten
→ Einrede, dass Kostenforderung erloschen (!); E.4.3.3 und 4.3.4
- Praktisches Interesse an separater Betreuung?
Höchstens, wenn S Aberkennungsklage erhebt
Quid, wenn S den Prozess gewinnt? Frage offengelassen (E.4.3.4)

Verfahren / Prozesskosten

«Lausanner-Spezialitäten» (pro memoria)

Keine Betreuungskosten sind

- Arrestkosten (5A_755/2022): Weil Arrest vors. Massnahme, d.h. keine Betreuungshandlung (E.4.2.3)
- Prozesskosten An- und Aberkennungsprozess (5A_433/2022 E.4.1.1)
 - Begründung (?)
 - «zweifellos» (BGE 119 III 63 E. 4.a)
 - weil materieller Streit, d.h. nicht rein betriebsrechtlich
 - historisch (heute obsolet) : weil RÖ-Prozesskosten urspr. im GebT geregelt, übrige Prozesskosten in kantonalen Tarifen

→ separate Betreibungen notwendig!

Rechtsöffnungstitel / Schuldanerkennung

Grundsätze

- Ob eine Schuldanerkennung vorliegt, muss sich aus der Urkunde (oder weiteren Urkunden) ergeben (5A_380/2021)
- wird von Amtes wegen geprüft («*vérifier d'office*»)/Untersuchungsmaxime) 5A_551/2022 E.3.1
- dabei keine Interpretationsübungen ausserhalb von Urkunden (5A_380/2021 E.4.3): Verweise auf «Vertrauensprinzip», «Gesamtumstände» ungenügend
 - die Indizien für das Bestehen einer Schuldanerkennung müssen sich aus Urkunden ergeben, z.B. aus dem Schriftverkehr (5A_1063/2021 E.2.4)
 - dabei muss das entscheidende Schriftstück vom Schuldner unterzeichnet sein (5A_272/2022 E.6.1.3.1)
- Rechtsöffnung als «Urkundenprozess»

Rechtsöffnungstitel / Schuldanerkennung

Einwendungen gegen die Schuldanerkennung

- Alle zivilrechtlichen Einreden/Einwendungen zwar erlaubt (SchKG 82 II)
- vorzubringen jedoch ebenfalls nur gestützt auf Urkunden (5A_380/2021 E.2)

→ Urkundenprozess

Verrechnungseinrede im RÖ-Verfahren

Verfahren auf def. RÖ

- Verrechnungsforderung muss in Form und Inhalt eine Schuldanerkennung i.S. von SchKG 82 sein (5A_139/2018 E.2.6)
→ Urkunde mit Qualität eines prov. RÖ-Titels

Verfahren auf prov. RÖ

- Verrechnungsforderung muss nur (sofort) glaubhaft gemacht werden
→ jedwede Urkunde zulässig

Für beide Fälle beachte: Auch die *Verrechnungserklärung* selbst muss als Urkunde vorliegen (5A_380/2021 E.5.3)

Synallagmatische Verhältnisse

Synallagmatischer Vertrag als Rechtsöffnungstitel?

- Kein unbedingtes Zahlungsversprechen (*do ut des / quid pro quo*)

«Basler Praxis»: Ja, wenn (alternativ):

1. Schuldner vorleistungspflichtig
2. Schuldner behauptet nicht, dass Gläubiger seine Leistung nicht oder nicht ordnungsgemäss angeboten/erbracht habe
3. Schuldner behauptet dies «offensichtlich haltlos»
4. Schuldner behauptet dies nicht offensichtlich haltlos, doch Gläubiger kann sofort (Urkunden) beweisen, dass er gehörig geleistet

BSK SchKG II-Staehelin, Art. 82 N 99

Synallagmatische Verhältnisse / Bsp. Kauf

Mögliche Einwendungen des Kaufpreisschuldners u.a.

1. Nicht-Erfüllung («*inexécution au sens strict*») seitens Verkäufer
2. Nicht ordnungsgemässe Erfüllung seitens Verkäufer («*object défectueux*», «*exécution défectueuse*»)
 - Wandelung
 - Minderung

Beweislast? Bloss Behaupten? Substantiieren?

Achtung: BGer folgt der Basler Praxis nicht!

Synallagmatische Verhältnisse

Haltung des BGer

1. Nichterfüllung («*inexécution au sens strict*»)
 - Vollbeweis durch Gläubiger, dass gehörig erfüllt
«Fälligkeitsbeweis» nach OR 82
(BGE 145 III 20 E.3, 4.1.1)
 - dabei genügt gehöriges Angebot (148 III 145)
Vorleistung durch Verkäufer nicht notwendig (OR 213)
Erforderlich grds. Realoblation
 - Behauptung des Schuldners betr. Nichterfüllung genügt
 - Darlegen der Erfüllung durch Gläubiger im ersten «Shot»
 - Ausnahme: Schuldner seinerseits im Gläubigerverzug (OR 91)

Synallagmatische Verhältnisse

Haltung des BGer

2. Mangelhafte Erfüllung («*exécution défectueuse*»)

- Einrede nach SchKG 82

→ Sofortiges Glaubhaftmachen durch Kaufpreisschuldner, und zwar:

1. rechtzeitige Rüge (wenn Rügeobliegenheit)
2. schwerer Mangel, wenn kein Preis geschuldet sein soll (5A_625/2022 E.5.2.2)
3. milderer Mangel und allfälliger Minderbetrag, wenn nicht der ganze Kaufpreis geschuldet sein soll (5A_625/2022 E.5.3)

→ mit Urkunden!

BGer neu streng und richtig: Entsprechend den Beweislastregeln

Schuldbrief und Sicherungsübereignung

Schuldbrief

- Nominalbetrag, Maximalzins, Grundpfand/Rang
- abstrakte grundpfandgesicherte Forderung
- besteht «neben» einer Forderung aus dem Grundverhältnis (ZGB 842 II)

Forderung (en) aus dem Grundverhältnis

- x-beliebige Forderungen (Darlehen, Konventionalstrafe etc.)
Können in Bestand und Umfang immer wieder wechseln
- Sicherung dieser Forderungen
 - Sicherungsübereignung des Schuldbriefs
 - Anerkennung der abstrakten Schuldbriefforderung in der Sicherungsabrede

Schuldbrief und Sicherungsübereignung

Betreibung (5A_551/2022)

- Regelfall: Betreibung auf Grundpfandverwertung für die abstrakte Schuldbriefforderung
- Für die Rechtsöffnung zweifacher Ausweis notwendig: Titel für Forderung und Pfandrecht
 - Schuldbrief ist Ausweis für das Grundpfand
 - Schuldbrief jedoch keine Schuldanerkennung (Ausnahme, wenn Name des Schuldners in der Skriptur)
- Notwendiges Verbindungsstück: Sicherungsabrede, worin der Schuldner die abstrakte Schuldbriefforderung anerkennt

Schuldbrief und Sicherungsübereignung

Einwendungen des Betriebenen – oder:

Wie abstrakt ist die Schuldbriefforderung?

- sämtliche aus dem Grundverhältnis (ZGB 842 III)
- persönliche gegen den Gläubiger
- keine Beschränkung!
- Beschränkung erst gegenüber Rechtsnachfolgern des ersten Gläubigers (ZGB 849)

Schuldbrief und Sicherungsübereignung

Umfang der Pfandsicherung (ZGB 818)

1. Kapitalforderung(en) aus dem Grundverhältnis bis zum Betrag des Schuldbriefnominales («Topf 1»)
2. Vertragszinse auf den Kapitalforderungen aus dem Grundverhältnis («Topf 2»):
3 verfallene Jahreszinse und laufender Zins, soweit tatsächlich offen
3. Verzugszinse, unbeschränkt («Topf 3»)
4. Betreuungskosten, unbeschränkt («Topf 4»)

→ Vier Töpfe