

# GR\_GERICHTE KSK 2012 1 vom 6. März 2012

GR Gerichte, 2012-03-06, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_KSK\\_2012\\_1](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_KSK_2012_1)

FR: GR\_GERICHTE KSK 2012 1 du 6 mars 2012

IT: GR\_GERICHTE KSK 2012 1 del 6 marzo 2012

## Regeste

provisorische Rechtsöffnung | Rechtsöffnung

## Erwägungen

### E. 2

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchsgegnerin.“ E. In ihrer Stellungnahme vom 18. November 2011 beantragte die A., das Rechtsöffnungsgesuch sei unter Kosten- und Entschädigungsfolge (inkl. MwSt) zu Lasten der Gesuchstellerin vollumfänglich abzuweisen. F. Mit Rechtsöffnungsentscheid vom 21. November 2011, mitgeteilt am

### E. 3

Ausseramtlich hat die A. die B. für ihre Umtriebe mit pauschal CHF 1'500.00 (inkl. Spesen und MwSt) zu entschädigen.

### E. 4

(Rechtsmittelbelehrung).

### E. 5

(Mitteilung).“ G. Gegen diesen Entscheid erhob die A. mit Eingabe vom 12. Januar 2012 Beschwerde ans Kantonsgericht Graubünden mit folgenden Rechtsbegehren: „1. Der Rechtsöffnungsentscheid des Einzelrichters des Bezirksgerichts Prättigau/Davos vom 03.01.2012 [recte: 21. November 2011], mitgeteilt am 04.01.2012 [recte: 3. Januar 2012], sei aufzuheben und das Gesuch der Beschwerdegegnerin vom 31.10.2011 abzuweisen. 2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zuzüglich gesetzliche Mehrwertsteuerzulasten [sic] des Beschwerdegegners.“ H. In ihrer Beschwerdeantwort vom 27. Januar 2012 beantragte die Beschwerdegegnerin, die Beschwerde sei unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin vollumfänglich abzuweisen. I. Auf den weiteren Inhalt der Vereinbarungen der Parteien und die Ausführungen im angefochtenen Entscheid sowie in den Rechtsschriften der Parteien wird, soweit erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Seite 4 — 13 II. Erwägungen 1.a) Gegen Entscheide des Einzelrichters SchKG am Bezirksgericht im summarischen Rechtsöffnungsverfahren (Art. 15 der Vollziehungsverordnung zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs [GVV zum SchKG; BR 220.100] in Verbindung mit Art. 251 lit. a der schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO; SR 272] und Art. 4 Abs. 1 lit. a des Einführungsgesetzes zur schweizerischen Zivilprozessordnung [EGzZPO; BR 320.100]) kann gemäss Art. 319 lit. a und Art. 309 lit. b Ziff. 3 ZPO Beschwerde erhoben werden. Beschwerdeinstanz ist das Kantonsgericht von Graubünden (Art. 7 Abs. 1 EGzZPO). Die Beschwerde ist in- nert zehn

Tagen seit der Zustellung des Entscheides (Art. 321 Abs. 2 ZPO) bei der Rechtsmittelinstanz einzureichen, schriftlich und begründet sowie unter Beilegung des angefochtenen Entscheides (Art. 321 Abs. 1 und 3 ZPO). b) Die vorliegende Beschwerde vom 12. Januar 2012 gegen den am 3. Januar 2012 mitgeteilten Rechtsöffnungsentscheid vom 21. November 2011 wurde rechtzeitig bei der zuständigen Instanz eingelegt. Auf die im Übrigen formgerecht erhobene Beschwerde ist somit einzutreten. c) Mit der Beschwerde können gemäss Art. 320 ZPO eine unrichtige Rechtsanwendung (lit. a) einerseits und eine offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes durch die Vorinstanz (lit. b) andererseits geltend gemacht werden. Der Begriff der unrichtigen Rechtsanwendung umfasst jeden Verstoss gegen geschriebenes und ungeschriebenes Recht. Die Beschwerdeinstanz überprüft entsprechende Rügen mit freier Kognition. Für die Beschwerde hinsichtlich der Sachverhaltsfeststellung gilt indessen eine beschränkte Kognition. Diesfalls ist eine qualifizierte fehlerhafte Feststellung des Sachverhaltes erforderlich, wobei „offensichtlich unrichtig“ gleichbedeutend mit „willkürlich“ im Sinne von Art. 9 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV; SR 101) ist (vgl. Gehri/Kramer, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, Zürich 2010, N 2 zu Art. 320; Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2010, N 3 ff. zu Art. 320). d) Die Beschwerdeführerin rügt vorliegend die unrichtige Auslegung des Mietvertrags und die daraus gezogenen Rechtsfolgen (Beschwerdeschrift vom 12. Januar 2012, Ziffer 4 S. 3). Ist der Vertragsinhalt umstritten, so hat das Gericht ihn durch subjektive (auch: empirische) oder objektivierte (auch: normative) Auslegung zu ermitteln. Die subjektive Auslegung beruht auf Beweiswürdigung und

Seite 5 — 13 enthält eine Tatsachenfeststellung (Wiegand, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, 5. Aufl., Basel 2011, N 42 zu Art. 18), weshalb das Kantonsgericht sie mit beschränkter Kognition prüft (Art. 320 lit. b ZPO). Die objektivierte Auslegung ist hingegen eine Rechtsfrage (BGE 125 III 305 E. 2b S. 308; BGE 121 III 118 E. 4b/aa S. 123), weshalb das Kantonsgericht sie mit freier Kognition prüft (Art. 320 lit. a ZPO). Die geltend gemachte Verkenning der Einwendungen im Sinne von Art. 82 Abs. 2 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG; SR 281.1) prüft das Kantonsgericht mit freier Kognition (Art. 320 lit. a ZPO). 2.a) Gegenstand des Rechtsöffnungsverfahrens gemäss Art. 80 ff. SchKG bildet die Frage, ob für den in Betreibung gesetzten Betrag ein Rechtstitel besteht, der die hemmende Wirkung des Rechtsvorschlages zu beseitigen vermag. Nach Art. 82 Abs. 1 SchKG erteilt der Richter die provisorische Rechtsöffnung, wenn die Forderung auf einer durch öffentliche Urkunde festgestellten oder durch Unterschrift bekräftigten Schuldanerkennung beruht, sofern der Betriebene nicht nach Art. 82 Abs. 2 SchKG Einwendungen, welche die Schuldanerkennung entkräften, sofort glaubhaft macht. Der betreibende Gläubiger muss als Titel eine Schuldanerkennung vorlegen. Die Schuldanerkennung im Sinne von Art. 82 Abs. 1 SchKG kann aus einer vom Schuldner oder seinem Vertreter unterschriebenen Privaturkunde, wie Briefe oder Verträge, hervorgehen (vgl. Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 8. Aufl., Bern 2008, § 19 N 74; Bundesgerichtsentscheid 5A.771/2009 vom 16. Februar 2010, E. 2). Entscheidend ist, dass aus der Schuldanerkennung der vorbehaltlose und bedingungslose Wille des Betriebenen hervorgeht, dem Betreibenden eine bestimmte oder leicht bestimmbare Geldsumme zu zahlen (Bundesgerichtsentscheid 5A.273/2009 vom 25. Januar 2010, E. 2.2; BGE 132 III 480 E. 4.1 S. 480 f.). Ein synallagmatischer Vertrag, also ein wesentlich zweiseitiger

Vertrag – als solcher ist auch der vorliegende Mietvertrag zu qualifizieren – bei welchem die Pflicht zur Erbringung der eigenen Leistung grundsätzlich davon abhängt, dass die Gegenleistung vertragsgemäss erfolgt, stellt, soweit er ein Zahlungsverprechen enthält, keine vorbehaltlose Schuldanererkennung dar. Ein synallagmatischer Vertrag kann nur dann als Rechtsöffnungstitel dienen, wenn der Rechtsöffnungskläger seinerseits die Gegenleistung vertragskonform erbracht hat oder wenn der Beklagte gemäss Vertrag vorleistungspflichtig ist. Zum Klagefundament des aus einem synallagmatischen Vertrag Betreibenden gehört deshalb notwendigerweise der Beweis dafür, dass er selber vertragskonform erfüllt hat, beziehungsweise allenfalls der Beweis dafür, dass er hierzu aus gesetzlichen oder vertraglichen Gründen nicht verpflichtet ge-

Seite 6 — 13 wesen ist. Erst mit diesem Beweis erlangt der wesentlich zweiseitige Vertrag die Qualität eines Rechtsöffnungstitels (PKG 1989 Nr. 31 S. 134). b) Der an sich vom Betreibenden zu erbringende Beweis der Vertragskonformität der erbrachten Leistung, also des Fehlens von Erfüllungsmängeln, kann jedoch kaum je ohne Mitwirkung des Betriebenen erbracht werden. Diesem Umstand wird in der Praxis mit einer Umkehr der Beweislast Rechnung getragen. Der Betriebene hat Erfüllungsmängel zunächst rechtsgenügend darzulegen, worauf der Gläubiger den positiven Beweis seiner ordnungsgemässen Vertragsleistung zu erbringen hat (Urteil des Kantonsgerichtsausschusses Graubünden SKG 05 48 vom 5. Oktober 2005, E. 2b). Der Betriebene muss seine Einwendungen zwar nicht beweisen, blosses Behaupten genügt jedoch für die Einrede der nicht ordnungsgemässen Erfüllung nach der Praxis des Kantonsgerichts von Graubünden nicht (PKG 1989 Nr. 31 E. 1 S. 135; PKG 1970 Nr. 24 mit weiteren Hinweisen; vgl. auch Staehelin, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, 2. Aufl., Basel 2010, N 105 zu Art. 82; Vock, in: Hunkeler [Hrsg.], Kurzkommentar SchKG, Basel 2009, N 19 zu Art. 82). c) Nachfolgend gilt es zu prüfen, ob der zwischen den Parteien abgeschlossene Mietvertrag vom 26. November 2010 eine gültige Schuldanererkennung für die in Betreuung gesetzte Forderung darstellt oder ob die Beschwerdeführerin Einwendungen gegen den Rechtsöffnungstitel oder gegen die Schuld an sich genügend substantiiert vorbringt und so die provisorische Rechtsöffnung zu verhindern vermag. 3.a) Im Zusammenhang mit den Einwendungen gegen die Schuldanererkennung stellt sich vorab die Frage der Vorleistungspflicht. In Bezug auf die Vorleistungspflicht sind zwei Fälle zu unterscheiden: Die „beständige“ Vorleistungspflicht und die „nicht beständige“ (auch: „unbeständige“) Vorleistungspflicht. Bei der „beständigen“ Vorleistungspflicht ist die Erbringung der Leistung der vorleistungspflichtigen Partei eine Bedingung für den Eintritt der Fälligkeit der Gegenleistung. Diese Art der Vorleistungspflicht zeichnet sich dadurch aus, dass zwischen Vor- und Gegenleistung eine Frist bestehen bleibt. Diese Frist beginnt mit Erbringung der Vorleistung zu laufen. Die Gegenleistung wird erst mit Ablauf dieser Frist fällig (BGE 127 III 199 E. 3b/aa S. 200 f.). Bei der „nicht beständigen“ Vorleistungspflicht einigen sich die Parteien auf unterschiedliche Fälligkeitstermine, ohne dass die eine Leistung eine Bedingung für die Fälligkeit der anderen Leistung bildet. Die Parteien können beispielsweise Lieferung am 1. Januar und Zahlung am 1. Februar ver-

Seite 7 — 13 einbaren. Ist die Lieferung bis zum 1. Februar noch nicht erfolgt, so holt der Anspruch auf Zahlung denjenigen auf Lieferung ein und es stehen sich zwei fällige Forderungen gegenüber. Damit erlischt die Vorleistungspflicht und die Leistungen sind nach Art. 82 OR Zug um Zug zu erbringen. Unter diesen Umständen kann auch die

Lieferung gestützt auf Art. 82 OR zurückgehalten werden (BGE 127 III 199 E. 3b/bb S. 201 f.; Leu, in: Honsell/Vogt/Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, 5. Aufl., Basel 2011, N 8 zu Art. 82). Ob die Vorleistungspflicht beständig oder nicht beständig ist, bestimmt sich, ebenso wie die Frage nach dem Bestehen einer Vorleistungspflicht, nach der Vereinbarung der Parteien, sofern das Gesetz keine zwingenden Bestimmungen enthält (BGE 127 III 199 E. 3b/cc S. 202).

b) Die Vorinstanz hat in ihrem Entscheid vom 21. November 2011 gestützt auf Ziffer 7 des Mietvertrages (Rechtsöffnungstitel) die provisorische Rechtsöffnung erteilt. Sie begründet ihren Entscheid damit, dass die Schuldnerin vorleistungspflichtig gewesen sei und ihre Pflicht zur Sicherheitsleistung schon aufgrund der in der geleisteten Mietkautionsbürgschaft der C. enthaltenen Kündigungsklausel nicht genügend erfüllt habe. Die Beschwerdeführerin ist der Ansicht, dass die Vorinstanz zu unrecht von einer missachteten Vorleistungspflicht ausgehe (Beschwerdeschrift vom 12. Januar 2012, Ziffer 2 S. 4).

c) Aus Ziffer 7a des Mietvertrages lässt sich eine Vorleistungspflicht dahingehend ableiten, dass die Übergabe der Mietsache erst nach Hinterlegung der Sicherheit bis spätestens am 1. Dezember 2010 erfolgen soll. Der 1. Dezember 2010 ist nach Ziffer 4a des Mietvertrages als Beginn des Mietverhältnisses vereinbart. Dagegen sieht Ziffer 4d des Mietvertrages vor, dass das Mietobjekt am 15. November 2010 von der Mieterschaft übernommen wird. Die Übernahme hätte damit vor Abschluss des Mietvertrages am 26. November 2010 und vor Beginn des Mietverhältnisses am 1. Dezember 2010 geschehen sollen. Aufgrund der für den 15. November 2010 vereinbarten Übernahme kann nicht ohne Weiteres von einer Vorleistungspflicht der Schuldnerin ausgegangen werden. Die Auslegung der Vorinstanz, dass eine Vorleistungspflicht bestand, ist aufgrund der eindeutigen Formulierung der Ziffer 7a des Mietvertrages jedoch nicht offensichtlich unhaltbar. Es ist zudem darauf hinzuweisen, dass nicht bestritten werden kann, dass das Mietobjekt übergeben wurde und die Mieterin die Verfügung darüber erhalten hat, bewirtschaftet sie doch das Mietobjekt seit Ende 2010 ununterbrochen. Der zwischen den Parteien abgeschlossene Mietvertrag vom 26. November 2010 ist somit als gültiger provisorischer Rechtsöffnungstitel im Sinne von Art. 82 Abs. 1 SchKG zu qualifizieren.

Seite 8 — 13 4.a) Es bleibt zu prüfen, ob die Schuldnerin Einwendungen im Sinne von Art. 82 Abs. 2 SchKG geltend gemacht hat, welche die provisorische Rechtsöffnung zu Fall bringen können. Die Schuldnerin wendet ein, sie hätte die geschuldete Leistung erbracht. Eine Forderung erlischt durch Leistung, wenn die erbrachte Leistung der geschuldeten Leistung entspricht. Gemäss Ziffer 7 des Mietvertrages ist die Hinterlegung einer Sicherheit durch die Mieterschaft oder in Form einer Bank- oder Versicherungsgarantie im Betrag von insgesamt Fr. 900'000.– bis spätestens am 1. Dezember 2010 und während der ganzen Vertragsdauer vollumfänglich geschuldet.

b) Im vorliegenden Fall besteht Uneinigkeit, ob nach Ziffer 7 des Mietvertrages die geschuldete Leistung nur in Form einer Garantie oder auch in Form einer Bürgschaft erbracht werden kann. Die Beschwerdeführerin geht davon aus, dass das Bürgschaftsrecht anwendbar sei. Mit Verweis auf Art. 510 Abs. 4 und 5 des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (OR; SR 220) macht sie geltend, dass die geleistete Mietkautionsbürgschaft den Anforderungen der Ziffer 7 des Mietvertrages gerecht werde (Beschwerdeschrift vom 12. Januar 2012, Ziffer 3 S.4). Dagegen wendet die Beschwerdegegnerin ein, dass eine Garantie vereinbart sei und die geleistete Bürgschaft die vertraglichen Anforderungen an die Kautionsform nicht erfülle (vgl. Beschwerdeantwort vom 27. Januar 2012, Ziffer 1d S. 5 und Ziffer 2d S. 6).

c) Die Unterscheidung zwischen

Bürgschaft und Garantie ist deshalb wichtig, weil je nach Form der Sicherheitsleistung unterschiedliche rechtliche Regelungen zur Anwendung kommen (Art. 111 OR bzw. Art. 492 ff. OR). Mit der Bürgschaft übernimmt der Bürge gegenüber dem Gläubiger die Pflicht, für die Erfüllung der Schuld eines Dritten, des Hauptschuldners, einzustehen (Art. 492 Abs. 1 OR). Die Bürgschaft setzt eine zu Recht bestehende Hauptschuld voraus (Art. 492 Abs. 2 OR). Sie hängt in Bestand und Inhalt von dieser Hauptschuld ab, d.h. sie ist akzessorisch (BGE 111 II 276 E. 2b S. 279; BGE 125 III 305 E. 2b S. 307 f.). Die Abhängigkeit der Bürgschaftsverpflichtung von der Hauptschuld zeigt sich insbesondere im Recht des Bürgen, Einwendungen und Einreden aus dem Hauptschuldverhältnis erheben zu können (Pestalozzi, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, 5. Aufl., Basel 2011, N 13 zu Art. 492). Der Garantievertrag, welcher gemeinhin unter Art. 111 OR subsumiert wird, weist verschiedene Erscheinungsformen auf. Bei der reinen Garantie steht der Garant für einen von jeglichem konkreten Schuldverhältnis unabhängigen Erfolg ein. Darüber hinaus umfasst der Begriff der Garantie auch Verpflichtungen,

Seite 9 — 13 die sich in irgendeiner Weise auf ein Schuldverhältnis (Grundgeschäft) beziehen, welches dem Begünstigten einen Anspruch auf Leistung eines Dritten gibt. Diese Verpflichtungen werden als bürgschaftsähnliche Garantie bezeichnet. Die bürgschaftsähnliche Garantie soll die Leistung sichern, unabhängig davon, ob die Leistung wirklich geschuldet ist. Sie gilt damit auch dann, wenn die Schuldpflicht nie entstanden ist, wegfällt oder nicht erzwingbar ist (BGE 113 II 434 E. 2a S. 436; vgl. auch BGE 125 III 305 E. 2b S. 307). Abgrenzungskriterium der Bürgschaft von der Garantie ist die Akzessorität (BGE 125 III 305 E. 2b S. 308). Bei vorhandener Akzessorität ist eine Bürgschaft gegeben, bei mangelnder Akzessorität liegt eine Garantie vor. Welche Art des Sicherungsversprechens im Einzelfall gegeben ist, ist durch Auslegung des Sicherungsversprechens zu bestimmen (BGE 111 II 284 E. 2 S. 287; Pestalozzi, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, 5. Aufl., Basel 2011, N 21 ff. zu Art. 111). Im vorliegenden Fall ist nicht die Natur des geleisteten Sicherungsversprechens umstritten, sondern die Zulässigkeit der Erbringung der Sicherheit in Form einer Bürgschaft. Ob die Parteien ausschliesslich eine Garantie vereinbart haben oder ob auch eine Bürgschaft möglich sein soll, ist mittels Auslegung des Mietvertrages zu ermitteln. d) Das Ziel der gerichtlichen Vertragsauslegung besteht in erster Linie in der Ermittlung des übereinstimmenden wirklichen Willens (Art. 18 Abs. 1 OR), den die Parteien ausdrücklich oder stillschweigend erklärt haben (subjektive Auslegung). Nur wenn eine tatsächliche Willensübereinstimmung unbewiesen bleibt, sind die Parteierklärungen zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens gestützt auf das Vertrauensprinzip so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang verstanden werden durften und mussten (BGE 125 III 305 E. 2b S. 308; BGE 121 III 118 E. 4b/aa S. 123). Das Gericht muss somit durch objektivierte Auslegung den mutmasslichen Parteiwillen feststellen. Bei der objektivierten Auslegung wird darauf abgestellt, was vernünftige Parteien unter den gegebenen Umständen durch die Verwendung der auszulegenden Worte und ihr sonstiges Verhalten ausgedrückt und folglich gewollt haben würden (Gauch/Schluep, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl., Zürich 2008, N 1200 f.). Als allgemeine Regel gilt, dass der Vertrag ex tunc auszulegen ist, d.h. es ist auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzustellen. Das Verhalten nach Vertragsschluss ist nur beizuziehen, sofern es Rückschlüsse auf die damalige Willenslage zulässt (Wiegand, a.a.O., N 36 zu Art. 18). Das primäre Auslegungsmittel ist der Wortlaut der von den

Parteien benutzten Worte (Gauch/Schluep, a.a.O., N 1206). Als ergänzende Auslegungsmittel dienen namentlich die Begleitumstände des Vertragsabschlusses, die Entstehungsgeschichte des Vertrages, das Verhalten der Parteien

Seite 10 — 13 vor und nach Vertragsabschluss, der Vertragszweck sowie die Verkehrssitte (auch: Verkehrsübung). Im Rahmen der subjektiven Auslegung erlaubt insbesondere das Verhalten der Parteien nach Vertragsschluss, den wirklichen Parteiwillen festzustellen (Gauch/Schluep, a.a.O., N 1215). e) Im vorliegenden Fall kann nach dem Wortlaut von Ziffer 7 des Mietvertrages die Sicherheit „auch in Form einer Bank- oder Versicherungsgarantie erbracht werden.“ Die Parteien haben den Begriff der Garantie verwendet. Die Verwendung des Begriffs bedeutet jedoch nicht zwangsläufig, dass eine Garantie vereinbart wurde. Der Wortlaut bildet die Grundlage, er ist jedoch nicht die Grenze der Auslegung. Die „Eindeutigkeitsregel“, wonach sich bei klarem Wortlaut jede weitere Auslegung erübrige, ist abzulehnen (BGE 127 III 444 E. 1b S. 445; Wiegand, a.a.O., N 25). Bei der Auslegung von Verträgen ist immer auch das systematische Element zu beachten (Gauch/Schluep, a.a.O., N 1210). Aufgrund der untergeordneten Stellung der Garantie in Ziffer 7 des Mietvertrages und in Anbetracht der Zielsetzung der Ziffer ist nicht auszuschliessen, dass die Parteien die Sicherheitsleistung auch mittels Mietkautionsbürgschaft vereinbaren wollten. Dieses Erkenntnis wird auch durch das Verhalten der Parteien nach Vertragsabschluss bestätigt. So wurde auch von der Beschwerdegegnerin anerkannt, dass Art. 510 OR heranzuziehen ist (act. 1.3., 3.5). Die Parteien akzeptieren damit die Anwendbarkeit der Regeln des OR zur Bürgschaft. Zudem haben die schriftlichen Auseinandersetzungen der Parteien betreffend die Erfüllung von Ziffer 7 des Mietvertrages in erster Linie die Dauer der Bürgschaft und nicht die Natur der Sicherheit (Bürgschaft oder Garantie) zum Gegenstand. Die Gläubigerin selbst schlägt in ihrem Nachtrag zum Mietvertrag eine „Bank- oder Versicherungsbürgschaft(-garantie)“ vor (act. 3.5). Die dem Gericht vorliegenden Akten lassen jedoch auch erkennen, dass die Natur der Sicherheit den Parteien ein Anliegen war. So hat die Schuldnerin der Gläubigerin beispielsweise vorgeschlagen, den Titel der Mietkautionsbürgschaft in Mietkautionsgarantie abzuändern (act. 3.5). Zudem verwendet die Gläubigerin wiederholt den Begriff der Garantie. Ob die erbrachte Leistung der geschuldeten Leistung schon deshalb nicht entspricht, weil eine Garantie anstatt einer Bürgschaft geschuldet wäre, kann hier jedoch offen gelassen werden. Selbst wenn eine Bürgschaft zulässig und damit die Regeln des OR zur Bürgschaft anwendbar wären, bleibt zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin genügend dargelegt hat, dass sie die geschuldete Leistung erbracht hat. 5.a) Gemäss Ziffer 7 des Mietvertrages haben die Parteien vereinbart, dass das Depot „während der ganzen Vertragsdauer vollumfänglich bei einer Bank (...) hinterlegt zu bleiben“ hat. Die Gläubigerin hat nach Vertragsabschluss wiederholt gel-

Seite 11 — 13 tend gemacht, dass auch eine alternative Sicherheit diese Anforderungen zu erfüllen habe (act. 1.3, 3.5). Der Wortlaut des Vertrages lässt darauf schliessen, dass die Sicherheit ohne weiteres Tätigwerden der Gläubigerin während der ganzen Vertragsdauer hinterlegt zu sein hat. Die Handlungen der Gläubigerin nach Vertragsschluss legen das gleiche Verständnis nahe. Zudem ist es üblich, dass ein Mietdepot während der ganzen Vertragsdauer hinterlegt bleibt (vgl. auch Art. 257e Abs. 3 OR), ohne dass sich die Gläubigerin um das Fortbestehen der Hinterlegung zu bemühen hat. Selbst wenn Art. 510 OR anwendbar wäre, so müsste die Gläubigerin bei einer Kündigung nach Ablauf der Frist binnen vier Wochen die fälligen Forderungen geltend machen und den Rechtsweg ohne

erhebliche Unterbrechung verfolgen (Abs. 3). Ist die Forderung bei Beendigung der zeitlich befristeten Bürgschaft nicht fällig, so kann sich der Bürge nach Art. 510 Abs. 4 OR nur durch Leistung von Realsicherheit von der Bürgschaft befreien. Leistet der Bürge die Realsicherheit nicht, so sieht Art. 510 Abs. 5 OR vor, dass er unter dem Vorbehalt von Art. 510 Abs. 3 OR weiter haftet (Pestalozzi, in: Honsell/ Vogt/Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, 5. Aufl., Basel 2011, N 16 zu Art. 510). Somit kommt bei einer Unterlassung der Realsicherheit auch Art. 510 Abs. 3 OR zur Anwendung und der Gläubiger müsste, sobald die Forderung fällig ist, binnen vier Wochen seine Forderung rechtlich geltend machen. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass Art. 510 OR ein Tätigwerden des Gläubigers während der Vertragsdauer nicht ausschliesst. Aus den vorgelegten Beweisen ist zu schliessen, dass die Parteien eine Sicherheit vereinbart haben, welche während der ganzen Vertragsdauer ohne einseitiges Tätigwerden der Gläubigerin vollumfänglich hinterlegt zu bleiben hat, was einerseits dem Wortlaut von Ziffer 7 des Mietvertrages und andererseits dem Sinn von Art. 257e OR entspricht. Selbst wenn eine Bürgschaft zulässig wäre, so hat die Schuldnerin mit dem Verweis auf Art. 510 OR nicht genügend dargetan, dass sie mit der angebotenen Bürgschaft die geschuldete Leistung erbracht hat. b) Zusammenfassend ergibt sich, dass der zwischen den Parteien abgeschlossene Mietvertrag vom 26. November 2010 eine gültige Schuldanerkennung im Sinne von Art. 82 Abs. 1 SchKG für die in Betreuung gesetzte Forderung im Umfang von Fr. 900'000.– darstellt, dass die von der C. am 24. November 2010 ausgestellte und unabhängig vom Beendigungsdatum des Mietvertrages unter Einhaltung einer Mindestfrist von drei Monaten jährlich per 31. Dezember kündbare Mietkautionsbürgschaft in ihrer Bindung und Dauer nicht der vertraglich vereinbarten Sicherheit entspricht, und dass die provisorische Rechtsöffnung mangels

Seite 12 — 13 rechtsgenügend substantiiertes Einwendungen im Sinne von Art. 82 Abs. 2 SchKG zu Recht gewährt wurde. Die Beschwerde ist folglich abzuweisen.

## **E. 6**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens gehen die Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von Fr. 1'200.– zu Lasten der Beschwerdeführerin (Art. 106 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit Art. 48 und Art. 61 Abs. 1 der Gebührenverordnung zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs [GebV SchKG; SR 281.35]). Die Beschwerdeführerin hat die Beschwerdegegnerin sodann für die im Beschwerdeverfahren entstandenen Auslagen und die Kosten der Rechtsvertretung zu entschädigen (Art. 106 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 95 ZPO). Eine Entschädigung in der Höhe von Fr. 1'000.– (inkl. MWSt und Spesen) erscheint angemessen.

Seite 13 — 13 III.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.