

GR_GERICHTE KSK 2016 80 vom 17. Januar 2017

GR Gerichte, 2017-01-17, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_KSK_2016_80

FR: GR_GERICHTE KSK 2016 80 du 17 janvier 2017

IT: GR_GERICHTE KSK 2016 80 del 17 gennaio 2017

Regeste

provisorische Rechtsöffnung | Rechtsöffnung

Erwägungen

E. 2

Die Kosten des Rechtsöffnungsverfahrens im Betrage von Fr. 400.00 gehen zulasten des Gesuchsgegners. Sie werden unter Erteilung eines Rückgriffsrechts auf den Schuldner beim Gesuchsteller eingezogen und sind innert 30 Tagen mit beiliegendem Einzahlungsschein dem Bezirksgericht Surselva zu überweisen. Ausseramtlich hat der Gesuchsgegner den Gesuchsteller mit Fr. 1'800.00 zu entschädigen.

E. 3

[Rechtsmittelbelehrung]

E. 4

[Mitteilung]" G. Dagegen erhob X._____ (nachfolgend: Beschwerdeführer) mit Eingabe vom 18. November 2016 Beschwerde an das Kantonsgericht von Graubünden und stellte folgende Rechtsbegehren: "1. Es sei das Urteil [recte: Entscheid] des Bezirksgerichts Surselva vom

E. 8

November 2016 (Prozessnummer 335-2016-80) aufzuheben, und es sei das Rechtsöffnungsgesuch des Beschwerdegegners vom 29. August 2016 vollumfänglich abzuweisen. 2. Eventualiter sei das Urteil [recte: Entscheid] des Bezirksgerichts Surselva vom 8. November 2016 (Prozessnummer 335-2016-80) aufzuheben, und es sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. 3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beschwerdegegners." Zudem stellte der Beschwerdeführer den Antrag, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen. H. Mit Verfügung vom 21. November 2016 erteilte die Vorsitzende der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Kantonsgerichts von Graubünden der Beschwerde einstweilen aufschiebende Wirkung. I. In seiner Beschwerdeantwort vom 1. Dezember 2016 beantragte Y._____ (nachfolgend: Beschwerdegegner), was folgt: "1. Es sei die Beschwerde vollumfänglich abzuweisen. 2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich 8% MWST zu Lasten des Beschwerdeführers." Zudem beantragte der Beschwerdegegner, es sei der Beschwerde keine aufschiebende Wirkung zu erteilen. J. Auf die weiteren Ausführungen in den Rechtsschriften sowie im angefochtenen Entscheid wird, soweit erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Seite 4 — 14 II. Erwägungen 1. a) Gegen erstinstanzliche Entscheide über Rechtsöffnungsbegehren ist die Berufung unzulässig, weshalb für deren Anfechtung einzig

das Rechtsmittel der Beschwerde zur Verfügung steht (Art. 309 lit. b Ziff. 3 ZPO i.V.m. Art. 319 lit. a ZPO). Beschwerdeinstanz ist das Kantonsgericht von Graubünden (Art. 7 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [EGzZPO; BR 320.100]), wobei die Beurteilung in die Zuständigkeit der Schuldbetriebs- und Konkurskammer fällt, wenn es um Streitsachen auf dem Gebiet des Schuldbetriebs- und Konkursrechts geht, für welche das summarische Verfahren gilt (Art. 8 Abs. 2 der Verordnung über die Organisation des Kantonsgerichts [KGV; BR 173.100]). Letzteres ist namentlich bei Rechtsöffnungssachen der Fall (Art. 251 Abs. 1 ZPO). Infolgedessen beträgt die Beschwerdefrist zehn Tage (Art. 321 Abs. 2 ZPO). Die Beschwerde ist bei der Rechtsmittelinstanz einzureichen, und zwar schriftlich, begründet sowie unter Beilegung des angefochtenen Entscheides (vgl. Art. 321 Abs. 1 und 3 ZPO). b) Der angefochtene Entscheid wurde den Parteien am 8. November 2016 mitgeteilt, sodass sich die dagegen erhobene Beschwerde vom 18. November 2016 als fristgerecht erweist. Die übrigen Prozessvoraussetzungen geben zu keinen weiteren Bemerkungen Anlass, weshalb auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde einzutreten ist. 2. a) Nach Art. 320 ZPO kann mit der Beschwerde die unrichtige Rechtsanwendung (lit. a) und die offensichtlich unrichtige und damit willkürliche Feststellung des Sachverhalts (lit. b) gerügt werden. In Rechtsfragen verfügt die Rechtsmittelinstanz im Beschwerdeverfahren daher über eine freie Kognition, die derjenigen der Vorinstanz entspricht, wohingegen die Kognition der Rechtsmittelinstanz in Tatfragen im Beschwerdeverfahren auf eine Überprüfung, ob Willkür vorliege, beschränkt bleibt (vgl. Myriam A. Gehri, in: Gehri/Jent-Sørensen/Kramer [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2015, N 2 zu Art. 320 ZPO; Dieter Freiburghaus/Susanne Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Aufl., Zürich 2016, N 3 ff. zu Art. 320 ZPO). Im Beschwerdeverfahren gilt ferner die Rügepflicht. Die beschwerdeführende Partei hat mit anderen Worten in der Beschwerdeschrift im Einzelnen darzulegen, an welchen Mängeln der angefochtene Entscheid leide und auf welche Beschwerdegründe sie sich beruft (Freiburghaus/Afheldt, a.a.O., N 15 zu Art. 321 ZPO). Was nicht gerügt wird, hat demzufolge Bestand.

Seite 5 — 14 b) Gemäss Art. 326 Abs. 1 ZPO sind im Beschwerdeverfahren neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel anders als bei der Berufung (vgl. Art. 317 ZPO) ausgeschlossen. Es gilt mithin im Beschwerdeverfahren unter dem Vorbehalt besonderer gesetzlicher Bestimmungen (Art. 326 Abs. 2 ZPO) ein umfassendes Novenverbot. Die Beschwerde hat im Gegensatz zur Berufung nicht den Zweck, das vorinstanzliche Verfahren weiterzuführen, sondern dient einer Rechtskontrolle des angefochtenen Entscheids. Massgebend ist somit der Prozessstoff, wie er im Zeitpunkt der Ausfällung des erstinstanzlichen Entscheids bestanden hat (Freiburghaus/Afheldt, a.a.O., N 3 f. zu Art. 326 ZPO). Das Novenverbot gilt nicht nur bei Verfahren, welche der Verhandlungsmaxime unterliegen, sondern auch bei jenen, welche vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht sind. Zulässig sind hingegen neue rechtliche Erwägungen (vgl. Freiburghaus/Afheldt, a.a.O., N 3 zu Art. 326 ZPO; Dominik Gasser/Brigitte Rickli, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkomentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, N 1 zu Art. 326 ZPO). Sofern in der Beschwerdeschrift neue Vorbringen enthalten sind, haben diese unbeachtlich zu bleiben. Darauf ist im entsprechenden Sachzusammenhang im Einzelnen zurückzukommen. 3. a) Gegenstand des Rechtsöffnungsverfahrens nach Art. 80 ff. SchKG bildet die Frage, ob für den in

Betreibung gesetzten Betrag ein Rechtstitel besteht, der die hemmende Wirkung des Rechtsvorschlags zu beseitigen vermag. Das Rechtsöffnungsverfahren hat ausschliesslich betreibungsrechtlichen Charakter. Über den materiellen Bestand der Forderung hat der Rechtsöffnungsrichter hingegen nicht zu entscheiden (vgl. BGE 135 III 315 E. 2.3; PKG 1996 Nr. 24 E. 3b; PKG 1995 Nr. 25; Kurt Amonn/Fridolin Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl., Bern 2013, § 19 N 22). Das Rechtsöffnungsverfahren dient demnach nicht dazu, den Bestand der in Betreibung gesetzten Forderung festzustellen, sondern lediglich der Beurteilung, ob ein Vollstreckungstitel vorliegt (BGE 136 III 583 E. 2.3 = Pra 2011 Nr. 55). b) Nach Art. 82 Abs. 1 SchKG erteilt das Gericht 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. Glaubhaftmachen bedeutet weniger als beweisen, aber mehr als behaupten. Glaubhaft gemacht ist eine Tatsache, wenn für ihr Vorhandensein aufgrund objektiver Anhaltspunkte eine gewisse Wahrscheinlich-

Seite 6 — 14 keit spricht, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sich die Tatsache nicht verwirklicht haben könnte (BGE 132 III 140 E. 4.1.2 = Pra 2006 Nr. 133; 130 III 321 E. 3.3; 120 II 393 E. 4c; 104 Ia 408 E. 4; vgl. auch PKG 1993 Nr. 21 E. 4; PKG 1989 Nr. 31). Der Richter muss von der Richtigkeit der aufgestellten tatsächlichen Darlegungen somit nicht restlos überzeugt sein, sondern es genügt, wenn die Wahrscheinlichkeit in dem Sinne überwiegt, als mehr für die Verwirklichung der behaupteten, die Rechtsöffnung hindernden Tatsachen spricht als dagegen (BGE 132 III 140 E. 4.1.2). Die Einwendungen sind grundsätzlich anhand von Urkunden glaubhaft zu machen (vgl. Art. 254 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 251 lit. a ZPO). c/aa) Mit Vergleich vom 21. Januar 2015 (Geschäfts-Nrn. AF130001-I und AF130002-I) vereinbarten die B._____ und Y._____ unter anderem, dass erstere zur Zahlung eines Betrages von Fr. 185'000.00 in Raten verpflichtet sei (BG act. II.2). Die erste Rate über Fr. 25'000.00 sollte am 31. März 2015 zur Zahlung fällig werden. Der Restbetrag von Fr. 160'000.00 sollte in acht Raten über je Fr. 17'500.00 und einer letzten Rate über Fr. 20'000.00 jeweils am Ersten eines Quartals beglichen werden, erstmals per 1. Juli 2015. Für die Hälfte des Restbetrages von Fr. 160'000.00, nämlich Fr. 80'000.00, bürgte X._____ mit seinem Privatvermögen und verpflichtete sich, eine solche Bürgschaft notariell beurkunden zu lassen und die entsprechende Urkunde Y._____ zuzustellen. Aufgrund dieses Vergleiches erliess das Bezirksgericht O.2_____ am 21. Januar 2015 eine Abschiebungsverfügung infolge Gegenstandslosigkeit des Verfahrens (BG act. II.3). Mit öffentlich beurkundeter Bürgschaftserklärung (öffentliche Urkunde) vom 29. Januar 2015 verpflichtete sich X._____ als Bürge im Sinne von Art. 495 OR für den Höchstbetrag von Fr. 80'000.00 für die Schuld der B._____ einzustehen (BG act. II.4). In der Folge wurde über die B._____, welche ihre Firma in A._____ geändert hatte, am 22. April 2016 der Konkurs eröffnet und dieser am 19. Juli 2016 mangels Aktiven eingestellt (BG act. II.5). bb) Der Beschwerdegegner verlangte im erstinstanzlichen Verfahren Rechtsöffnung für den Betrag von Fr. 52'500.00 (nebst Zins zu 5% seit 1. August 2016). Der Betrag setzt sich zusammen aus der zweiten, dritten und fünften Rate von je Fr. 17'500.00, was den Totalbetrag der verlangten Fr. 52'500.00 ergibt. Für die vierte Rate von Fr. 17'500.00 wurde zwar ebenfalls eine Betreibung eingeleitet, gemäss Angaben des Beschwerdegegners in seinem Rechtsöffnungsgesuch wurde dagegen jedoch kein Rechtsvorschlag erhoben, sodass dafür

das Fortsetzungsbegehren gestellt wurde. Des Weiteren seien die Erstzahlung von Fr. 25'000.00 sowie die erste Rate von Fr. 17'500.00 beglichen worden (vgl. BG act.

Seite 7 — 14 I.1). Die zweite Rate wurde gemäss Vergleich am 1. Oktober 2015 fällig, die dritte und fünfte Rate am 1. Januar 2016 bzw. 1. Juli 2016. d/aa) Eine Schuldanerkennung im Sinn von Art. 82 Abs. 1 SchKG liegt vor, wenn daraus der vorbehalts- und bedingungslose Wille des Betriebenen hervorgeht, dem Betreibenden eine bestimmte oder leicht bestimmbare Geldsumme zu zahlen. Dabei kann sich die Schuldanerkennung auch aus einer Gesamtheit von Urkunden ergeben, sofern die notwendigen Elemente daraus hervorgehen. Dies bedeutet, dass die unterzeichnete Urkunde auf die Schriftstücke, welche die Schuld betragsmässig ausweisen, klar und unmittelbar Bezug nehmen bzw. verweisen muss (vgl. zum Ganzen BGE 132 III 480 E. 4.1 m.w.H.). bb) Während die Hauptforderung von Y. _____ gegen die B. _____ in der Abschreibungsverfügung und dem darin aufgenommenen Vergleich enthalten ist, bildet Basis für die Forderung des Beschwerdeführers gegen den Beschwerdegegner als Bürgen die öffentlich beurkundete Bürgschaftserklärung. Wie der Vorderrichter zutreffend festgehalten hat, enthalten die Abschreibungsverfügung und der Vergleich zwar Elemente einer gültigen Bürgschaftserklärung - namentlich die Erklärung des Bürgen und den zahlenmässig bestimmten Höchstbetrag der Haftung (Art. 493 Abs. 1 OR) -, jedoch ist mit diesen Urkunden die bei Bürgschaftserklärungen von natürlichen Personen erforderliche Form der öffentlichen Beurkundung (Art. 493 Abs. 2 OR) nicht gewahrt. Der Vorderrichter erachtete deshalb die öffentlich beurkundete Bürgschaftserklärung vom 21. Mai 2015 als massgeblichen Rechtsöffnungstitel, was im Rahmen der Beschwerde grundsätzlich unbestritten blieb. cc) Für einen Bürgschaftsvertrag wird Rechtsöffnung erteilt, wenn die Hauptschuld und die Voraussetzungen für das Vorgehen gegen den Bürgen feststehen (André Panchaud/Marcel Caprez, Die Rechtsöffnung, 2. Aufl., Zürich 1980, § 80; Daniel Staehelin, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, 2. Aufl., Basel 2010, N 134 zu Art. 82 SchKG). Gemäss herrschender Praxis bedarf es zusätzlich zur öffentlich beurkundeten Bürgschaftsverpflichtung einer unterschriebenen oder in öffentlicher Urkunde ausgestellten Schuldanerkennung für die Hauptschuld, welche ihrerseits einen Titel (mindestens) zur provisorischen Rechtsöffnung darstellt (vgl. Staehelin, a.a.O., N 134 zu Art. 82 SchKG m.w.H.). dd) Die Bürgschaftserklärung wird - zusammen mit dem Vergleich, in welchem der Beschwerdeführer zum Abschluss einer entsprechenden Bürgschaft verpflicht-

Seite 8 — 14 tet wurde - den genannten Vorgaben an eine Schuldanerkennung gerecht. Insbesondere ist durch die öffentliche Beurkundung auch die hierfür erforderliche Form gewahrt und der Höchstbetrag der Haftung ist auf Fr. 80'000.00 festgesetzt (Art. 493 Abs. 2 OR). Was die Hauptschuld betrifft, so wurde diese im Rahmen eines gerichtlich genehmigten Vergleiches anerkannt. Diesem Vergleich, welcher in Rechtskraft erwachsen ist, kommt die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheides zu (Art. 241 ZPO). Somit gilt auch die Hauptschuld in dem Sinne anerkannt, als dass der ihr zugrunde liegende Vergleich nicht bloss zur provisorischen, sondern gar zur definitiven Rechtsöffnung berechtigen würde. ee) Schliesslich ist in diesem Zusammenhang das Vorgehen gegen den Bürgen zu thematisieren. Die Vorinstanz ging bei der vorliegenden Bürgschaft von einer einfachen Bürgschaft im Sinne von Art. 495 OR aus. Da über die Hauptschuldnerin der Konkurs eröffnet worden sei, könne der Bürge in Anspruch genommen werden. Demgegenüber argumentiert der Beschwerdeführer, die ursprünglich einfache Bürgschaft sei durch die

persönliche Zahlung des Beschwerdeführers in der Höhe von insgesamt Fr. 42'500.00 vor Fälligkeit der einfachen Bürgschaft konkludent zur Solidarbürgschaft geworden (Beschwerde, Rz. 18 ff.). Bei der einfachen Bürgschaft gemäss Art. 495 OR kann sich der Gläubiger erst dann an den Bürgen halten, wenn er vorher den Hauptschuldner belangt hat (Einrede der Vorausklage). Die einfache Bürgschaft ist insofern durch vollkommene Subsidiarität der Verpflichtung des Bürgen gekennzeichnet; der einfache Bürge haftet hinter dem Hauptschuldner (vgl. zum Ganzen Christoph M. Pestalozzi, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 6. Aufl., Basel 2015, N 1 zu Art. 495 OR). Im Gegensatz dazu haftet der Solidarbürge neben dem Hauptschuldner. Das Einstehenmüssen des Solidarbürgens setzt aber immerhin voraus, dass der Hauptschuldner mit seiner Leistung im Rückstand ist und erfolglos gemahnt wurde oder seine Zahlungsunfähigkeit offenkundig ist (Art. 496 Abs. 1 OR). Ausser Zweifel steht, dass ursprünglich eine einfache Bürgschaft bestanden hat. So verpflichtet denn auch der zwischen den Parteien abgeschlossene Vergleich den Beschwerdeführer ausdrücklich zur Abgabe einer Bürgschaftserklärung im Sinne einer einfachen Bürgschaft gemäss Art. 495 OR. Nichts anderes lässt sich sodann der Bürgschaftserklärung entnehmen, verweist doch auch diese auf die Bestimmung von Art. 495 OR. Den Wechsel von einer einfachen in eine Solidarbürgschaft will der Beschwerdeführer darin erblicken, dass er vor Fälligkeit der einfachen Bürgschaft eine persönliche Zahlung vorgenommen habe. Die Um-

Seite 9 — 14 wandlung einer einfachen Bürgschaft in eine Solidarbürgschaft kann grundsätzlich nur unter Einhaltung der gesetzlichen Formvorschriften erfolgen. Da vorliegend bereits der Abschluss der einfachen Bürgschaft einer öffentlichen Beurkundung bedurfte (Art. 493 Abs. 2 OR), wäre auch die Abänderung der einfachen Bürgschaft in eine Solidarbürgschaft nur mittels öffentlicher Beurkundung gültig gewesen (Art. 493 Abs. 5 OR; Wolfgang Ernst/Ulrich Zelger, in: Honsell [Hrsg.], Obligationenrecht, Kurzkomentar, Basel 2014, N 6 zu Art. 493 OR). Dasselbe gilt für einen vor Geltendmachung oder Betreibung der Forderung erfolgten Verzicht auf die Einrede der Vorausklage (vgl. Emil Beck, Das neue Bürgschaftsrecht, Kommentar, Zürich 1942, N 11 zu Art. 495 OR; Wilhelm Schönenberger, in: Oser/Schönenberger [Hrsg.], Kommentar zum Obligationenrecht, 2. Aufl., Zürich 1945, N 9 zu Art. 495 OR; wohl auch Markus Vischer, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl., Zürich 2016, N 2 zu Art. 496 OR). Dagegen kann nach wohl herrschender Meinung auf die Einrede der Vorausklage bei Geltendmachung oder Betreibung der Forderung konkludent bzw. formlos verzichtet werden, mit der Konsequenz, dass die Subsidiarität der einfachen Bürgschaft entfällt (vgl. BGE 47 II 341; Becker, a.a.O., N 11 zu Art. 495 OR; Frédéric Krauskopf/Jonas Stuber, in: Kren Kostkiewicz et al. [Hrsg.], Schweizerisches Obligationenrecht, Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2016, N 1 zu Art. 495 OR; Schönenberger, a.a.O., N 9 zu Art. 495 OR; wohl auch Pestalozzi, a.a.O., N 11 zu Art. 495 OR). Nach einer Mindermeinung ist indessen jedweder Verzicht nur unter Einhaltung der entsprechenden Formvorschriften gültig (so Vischer, a.a.O., N 9 zu Art. 495 OR). Richtig an der beschwerdeführerischen Argumentation ist zunächst, dass der Beschwerdegegner zwei Zahlungen vom persönlichen Konto des Beschwerdeführers ohne Beanstandungen entgegengenommen hat, obwohl der Bürgschaftsfall (i.c. Eröffnung des Konkurses über die Hauptschuldnerin) noch nicht eingetreten war. Ob darin ein konkludenter Verzicht auf die Einrede der Vorausklage zu erblicken ist, erscheint jedoch fraglich. Eine konkludente oder stillschweigende Willenserklärung liegt vor, wenn die Erklärung objektiv allein aus dem Verhalten einer Person abgeleitet wird. Um aus den Umständen oder dem Verhalten einer Person auf einen

bestimmten Erklärungswillen schliessen zu können, müssen hinreichend schlüssige Anhaltspunkte vorhanden sein, die nach Treu und Glauben keinen anderen Schluss zulassen (vgl. BGE 123 II 53 E. 5a ["comportement univoque, dont l'interprétation ne suscite raisonnablement aucun doute"]); ferner auch Ingeborg Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Bern 2016, Rz. 27.10 m.w.H.). Vorliegend wurde bei den Zahlungen vom 2. April 2015

Seite 10 — 14 bzw. 1. Juli 2015 der Zahlungsgrund jeweils mit "Vergleich" angegeben (BG act. III.4). Ein Hinweis auf die Bürgschaftsschuld fehlte. Ein solcher wäre, damit für den Beschwerdegegner die Absicht des Beschwerdeführers, sich den bezahlten Betrag auf die Bürgschaftsschuld anrechnen zu lassen, erkennbar gewesen wäre, umso angebrachter gewesen, da zu diesem Zeitpunkt der Bürgschaftsfall (i.c. Eröffnung des Konkurses über die Hauptschuldnerin am 22. April 2016) noch gar nicht eingetreten war. Der Beschwerdegegner konnte damit nicht mit hinreichender Gewissheit davon ausgehen, dass mit den fraglichen Zahlungen nicht die Haupt- sondern die Bürgschaftsschuld hätte beglichen werden sollen. Daran vermöge nichts zu ändern, dass die Zahlungen vom persönlichen Konto des Beschwerdeführers erfolgten. Denn dieser war zum damaligen Zeitpunkt Alleineigentümer der B._____, sodass es durchaus möglich sein kann, dass der Eigentümer einer Gesellschaft eine Forderung für diese bezahlt, namentlich um kurzfristige Liquiditätsengpässe der Gesellschaft umgehen zu können oder weil die Gesellschaft eine Forderung gegenüber dem Gesellschafter hat, welche dieser mit der Zahlung an einen Dritten tilgt. Somit wäre es - bei unterschiedlich denkbaren Gründen für die Zahlung vom persönlichen Konto - am Zahlenden gelegen, durch Hinweis auf den Zahlungsgrund Klarheit zu schaffen. Das uneindeutige Vorgehen des Beschwerdeführers kann nicht zum Nachteil des Beschwerdegegners gereichen. In Anbetracht dieser Umstände kann in der Annahme der beschwerdeführenden Zahlung kein konkludentes Einverständnis zum Verzicht auf die Einrede der Vorausklage erkannt werden. Damit kann offen bleiben, ob ein formloser Verzicht auf die Einrede der Vorausklage überhaupt zulässig ist. Im Übrigen ist anzumerken, dass der Beschwerdeführer die konkludente Änderung der einfachen Bürgschaft in eine Solidarbürgschaft erstmals im Beschwerdeverfahren vorbringt. Vor der Vorinstanz wurde nur behauptet, dass die Zahlungen als Anrechnung an die Bürgschaftsverpflichtung erfolgt seien, um Liquiditätsprobleme der verkauften Aktiengesellschaft zu vermeiden. Diese Änderung der beschwerdeführerischen Argumentation stellt nicht bloss eine neue rechtliche Überlegung dar, sondern enthält auch Behauptungen tatsächlicher Natur. Derlei Vorbringen haben im Beschwerdeverfahren ohnehin unbeachtlich zu bleiben (Art. 326 Abs. 1 OR). Demnach ist davon auszugehen, dass zwischen den Parteien lediglich eine einfache Bürgschaft besteht. ff) Ist nun lediglich von einer einfachen Bürgschaft auszugehen, so kann der Bürge unter anderem dann in Anspruch genommen werden, wenn der Hauptschuldner in Konkurs geraten ist (Art. 495 Abs. 1 OR). Die Eröffnung des Konkurses genügt (Pestalozzi, a.a.O., N 3 zu Art. 495 OR). Diese Voraussetzung ist vor-

Seite 11 — 14 liegend gegeben (vgl. BG act. II.5). Die in Betreuung gesetzten Raten waren überdies fällig (vgl. oben Erwägung 3c/bb; ferner auch Art. 208 SchKG). Damit kann - unter Vorbehalt allfälliger Einreden (dazu sogleich unten Erwägung 4) - grundsätzlich Rechtsöffnung für den verlangten Betrag erteilt werden, wie denn auch der Vorderrichter zu Recht erkannt hat. Im Übrigen ist auch das Datum des Zinsenlaufes (1. August 2016) nicht zu beanstanden, handelt es sich dabei doch um den Zeitpunkt der Anhebung der Betreuung.

4. Der Beschwerdeführer bringt einredeweise vor, er habe insgesamt Fr. 42'500.00 an die Bürgschaftsschuld bezahlt, weshalb zu Unrecht die provisorische Rechtsöffnung im Betrag von Fr. 52'500.00 erteilt worden sei (Beschwerde, Rz. 21). Er macht damit sinngemäss eine teilweise Tilgung seiner Schuld geltend. Eine solche vermag nach dem Dargelegten die Rechtsöffnung nur dann zu verhindern, wenn sie sofort glaubhaft gemacht werden kann (Art. 82 Abs. 2 SchKG). a) Der erste Teilbetrag von Fr. 25'000.00 betrifft eine Zahlung vom 2. April 2015 vom persönlichen Konto des Beschwerdeführers an den Beschwerdegegner. Wie der Vorderrichter dazu zutreffend erwogen hat, handelt es sich dabei um die gemäss Vergleich erste, am 31. März 2015 fällig gewordene Teilzahlung. Diese erste Teilzahlung ist indessen durch die Bürgschaft explizit nicht gesichert. Im Übrigen war zu diesem Zeitpunkt auch der Bürgschaftsfall noch gar nicht eingetreten, wurde doch der Konkurs über die A. _____ erst am 22. April 2016 eröffnet (BG act. II.5). Schliesslich erfolgte die Zahlung unter dem Titel "Vergleich" - ein Hinweis auf die Bürgschaftsverpflichtung fehlt (vgl. BG act. III.4). Insofern erscheint nicht glaubhaft, dass die Zahlung in Anrechnung an die Bürgschaftsverpflichtung erfolgt ist. Daran ändert nichts, dass die Zahlung vom Privatkonto des Beschwerdeführers erfolgte. Denn dieser war zum damaligen Zeitpunkt Alleineigentümer der B. _____, sodass es durchaus möglich sein kann, dass der Eigentümer einer Gesellschaft eine Forderung für diese bezahlt (vgl. oben Erwägung 3d/ee). b) Beim zweiten Teilbetrag in Höhe von Fr. 17'500.00 geht es um eine Zahlung vom 1. Juli 2015 wiederum vom Privatkonto des Beschwerdeführers an den Beschwerdegegner. Mit dieser Zahlung dürfte die erste der insgesamt neun Raten beglichen worden sein, zumal diese betragsmässig mit der Zahlung identisch ist und am 1. Juli 2015 - also am Tag der Zahlung - fällig wurde. Zwar ist diese Rate durch die Bürgschaft gedeckt, allerdings erfolgte die Zahlung rund zehn Monate vor Eröffnung des Konkurses über die Gesellschaft. Da vorliegend von einer einfachen Bürgschaft auszugehen ist, will nicht einleuchten, warum der Beschwerdeführer vor Eintritt des Bürgschaftsfalles eine Zahlung in Anrechnung an die Bürg-

Seite 12 — 14 schaftsschuld hätte vornehmen sollen. Für den Beschwerdegegner als Gläubiger konnten die entsprechenden Gründe jedenfalls nicht erkennbar sein. Zudem lassen sich auch hier dieselben plausiblen Gründe anführen, weshalb ein Eigentümer einer Gesellschaft deren Schuld begleicht. Somit wäre es - bei unterschiedlich denkbaren Gründen für die Zahlung vom persönlichen Konto - am Zahlenden gelegen, durch Hinweis auf den Zahlungsgrund Klarheit zu schaffen. Dies rührt letztlich daher, dass er, wenn er die Erfüllung der Bürgschaftsverpflichtung behauptet, dafür die Beweislast und damit auch die Folgen der Beweislosigkeit trägt (Art. 8 ZGB). Gegen die Annahme der Erfüllung der Bürgschaftsverpflichtung spricht nun aber immerhin, dass - auch bei dieser Zahlung - der Zahlungsgrund mit "Vergleich" angegeben wurde (BG act. III.4), welcher im Übrigen gleichlautend ist mit dem Grund der Zahlung vom 2. April 2015. Bei letzterer kann klarerweise keine Begleichung der Bürgschaftsschuld in Frage kommen, ist doch der mit der Zahlung beglichene Anteil an der Hauptschuld von der Bürgschaft gar nicht gedeckt. Insofern liegt anhand des gleichlautenden Zahlungsgrundes nahe, dass auch die Zahlung vom 1. Juli 2015 nicht zwecks Anrechnung an die Bürgschaftsschuld, sondern zwecks Anrechnung an die Hauptschuld der Gesellschaft erfolgte. Die Erfüllung der Bürgschaftsverpflichtung und damit die teilweise Tilgung der in Bearbeitung gesetzten Forderung sind damit weder bewiesen noch glaubhaft gemacht. Der Beschwerdeführer macht alsdann geltend, ein Bürge könne seine Schuld auch vor Fälligkeit der Bürgschaft begleichen (Beschwerde, Rz. 22 ff.). Er verweist dabei auf Art. 81 OR. Nach dieser

Bestimmung kann der Schuldner schon vor dem Verfalltag erfüllen, sofern sich aus dem Inhalt oder der Natur des Vertrages oder aus den Umständen eine andere Willensmeinung der Parteien ergibt. Aus der Natur des Vertrages wird eine vorzeitige Erfüllung beispielsweise bei Bankgarantien als ausgeschlossen angesehen (vgl. ZR 1992 Nr. 39 E. 3; Urs Leu, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 6. Aufl., Basel 2015, N 3 zu Art. 81 OR). Analoges hat auch bei einer einfachen Bürgschaft zu gelten, handelt es sich doch auch bei dieser um ein Sicherungsmittel für den Gläubiger. Der Bürge haftet hier lediglich subsidiär, d.h. erst bei Eintritt des Bürgschaftsfalles, weshalb auch erst ab diesem Zeitpunkt die Bürgschaftsschuld erfüllbar ist. Für den Beschwerdegegner konnte sodann auch nicht erkennbar sein, dass der Beschwerdeführer mit der fraglichen Zahlung vor eingetretener Fälligkeit der Bürgschaftsschuld in Anrechnung an dieselbe leisten wollte. Denn die Interessenlage des Beschwerdegegners spricht - entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers - dagegen: Ist nämlich bloss ein Teil der

Seite 13 — 14 Hauptschuld durch die Bürgschaft gesichert, so hat der Gläubiger ein Interesse daran, dass der ungesicherte Teil der Hauptschuld vorab, d.h. ohne Inanspruchnahme des Bürgen, erfüllt wird. Somit kann der Beschwerdeführer auch aus Art. 81 OR nichts zu seinen Gunsten ableiten, weshalb es dabei bleibt, dass die teilweise Tilgung der Bürgschaftsschuld nicht glaubhaft gemacht ist. c) Am Rande bemerkt sei, dass, selbst wenn man eine Solidarbürgschaft annehmen würde, eine (teilweise) Begleichung der Bürgschaftsschuld nicht ohne weiteres einsichtig wäre, kann doch der Solidarbürge erst belangt werden, wenn der Hauptschuldner erfolglos gemahnt wurde oder seine Zahlungsunfähigkeit offenkundig ist (Art. 496 Abs. 1 OR). Weder das eine noch das andere wurde (rechtsgenügend) geltend gemacht. Auch deshalb bestand für den Beschwerdeführer kein Anlass, die Zahlung als Leistung des Bürgen (im Sinne einer Solidarbürgschaft) zu verstehen. d) Zusammenfassend ergibt sich somit, dass der Beschwerdeführer keine Einwendungen glaubhaft zu machen vermag, denen zufolge die in Betreuung gesetzte Forderung als (teilweise) getilgt anzusehen wäre. Der Vorderrichter hat demnach zu Recht für den vollen Betrag die provisorische Rechtsöffnung erteilt. Die Beschwerde ist damit abzuweisen. 5. a) Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Beschwerdeführer für das Beschwerdeverfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Gerichtskosten für das Beschwerdeverfahren werden vorliegend in Anwendung von Art. 61 Abs. 1 i.V.m. Art. 48 der Gebührenverordnung zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (GebV SchKG; SR 281.35) auf Fr. 600.00 festgelegt und mit dem vom Beschwerdeführer geleisteten Kostenvorschuss in derselben Höhe verrechnet. b) Der Beschwerdeführer hat den Beschwerdegegner sodann für die im Beschwerdeverfahren entstandenen Auslagen und die Kosten der Rechtsvertretung zu entschädigen (Art. 106 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 95 ZPO). Da der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers im Beschwerdeverfahren keine Kostennote eingereicht hat, ist die Parteientschädigung nach Ermessen festzusetzen (Art. 105 Abs. 2 ZPO). Dabei erscheint eine Entschädigung in der Höhe von Fr. 1'000.00 (inkl. Barauslagen und MWSt.) als angemessen.

Seite 14 — 14 III.

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