

# **TG\_OBERGERICHT RBOG 2019 Nr. 08 vom 5. November 2019**

Tg Obergericht, 2019-11-05, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/tg\\_obergericht\\_RBOG\\_2019\\_Nr.\\_08](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/tg_obergericht_RBOG_2019_Nr._08)

FR: TG\_OBERGERICHT RBOG 2019 Nr. 08 du 5 novembre 2019

IT: TG\_OBERGERICHT RBOG 2019 Nr. 08 del 5 novembre 2019

## **Regeste**

Kognition des Rechtsöffnungsrichters bei der Auslegung von Verträgen

## **Erwägungen**

### **E. 1**

a) Beruht die Forderung auf einer durch Unterschrift bekräftigten Schuldanerkennung, kann der Gläubiger nach Art. 82 Abs. 1 SchKG die provisorische Rechtsöffnung verlangen. Der Richter spricht dieselbe aus, sofern der Betriebene nicht Einwendungen, welche die Schuldanerkennung entkräften, sofort glaubhaft macht[1]. b) Glaubhaft gemacht ist eine Tatsache, wenn für ihr Vorhandensein aufgrund objektiver Anhaltspunkte eine gewisse Wahrscheinlichkeit spricht, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte. Im Rechtsöffnungsverfahren muss die Wahrscheinlichkeit in dem Sinn überwiegen, als mehr für die Verwirklichung der behaupteten, die Rechtsöffnung hindernden Tatsachen sprechen muss als dagegen. Erforderlich ist damit eine gewisse Wahrscheinlichkeit; ungenügend ist eine bloss unbestimmte oder entfernte Möglichkeit[2]. c) Im Verfahren der provisorischen Rechtsöffnung sind alle Einreden und Einwendungen zulässig, welche geeignet sind, die Schuldanerkennung zu entkräften, insbesondere auch solche gegen Bestand und Höhe der Forderung. Der Betriebene kann sich dabei auch mit rechtlichen Einwänden behelfen und z.B. geltend machen, dass die Schuldanerkennung nichtig sei[3].

### **E. 2**

a) In RBOG 2017 Nr. 16 S. 164 f. erwog das Obergericht, die Kognition des Rechtsöffnungsrichters sei unstrittig beschränkt. Nicht restlos geklärt sei allerdings die Kognition des Rechtsöffnungsrichters bei der Rechtsanwendung. Auch für den Rechtsöffnungsrichter gelte, dass er das Recht stets von Amtes wegen zu kennen und anzuwenden habe. Einwände, die der Richter gestützt auf das materielle Recht nur auf entsprechende Einrede hin überprüfen dürfe, seien auch vom Rechtsöffnungsrichter erst zu berücksichtigen, wenn sie vorgebracht würden. Das bedeute gemäss Stücheli[4], dass der Rechtsöffnungsrichter auch schwierige Rechtsfragen klären müsse und die Rechtsöffnung nicht verweigern dürfe, wenn die Rechtsfrage komplex sei oder kein "klares Recht" vorliege. Der summarische Charakter der Rechtsöffnung beziehe sich stets nur auf die Sachverhaltsabklärung, nicht jedoch auf die Rechtsanwendung. Der Rechtsöffnungsrichter habe daher Gesetzesbestimmungen und Verträge auszulegen und die daraus folgenden Schlüsse zu ziehen. In Rechtsfragen gebe es kein Glaubhaftmachen. b) Dem trat das Bundesgericht im BGE vom 16. April 2019, 5A\_15/2018, Erw. 4.5, insoweit entgegen, als es erkannte, nicht gefolgt werden könne den Erwägungen des Obergerichts zur Kognition

des Rechtsöffnungsrichters bei der Auslegung von Verträgen. Diesbezüglich sei zu berücksichtigen, dass die vorliegende Materie – es ging auch in jenem Fall um die Frage, ob die persönliche Verpflichtung des dortigen Beschwerdegegners als Garantie nach Art. 111 OR oder als Bürgschaft nach Art. 492 OR zu qualifizieren sei – eine komplexe Gesamtabwägung erfordere und sich der Rechtsöffnungsrichter trotz Geltung des Grundsatzes "iura novit curia[5]" jedenfalls dann auf eine summarische Prüfung einer mit dem Rechtsöffnungstitel zusammenhängenden materiellen Rechtsfrage beschränken dürfe, wenn eine umfassende Prüfung dem raschen Entscheid entgegenstünde. Es gelte zu beachten, dass über Rechtsöffnungsgesuche im summarischen Verfahren entschieden werde[6], und dass der Rechtsöffnungsrichter nicht über den Bestand der in Betreuung gesetzten Forderung befände, sondern nur über deren Vollstreckbarkeit. Zweck des Verfahrens der provisorischen Rechtsöffnung sei es, rasch über die Beseitigung des Rechtsvorschlages zu entscheiden und – wenn der gefällte Entscheid nicht akzeptiert werde – die Parteirollen für den ordentlichen Prozess festzulegen. Entsprechend würdige der Rechtsöffnungsrichter nur die Beweiskraft der vom Gläubiger vorgelegten Urkunde, nicht aber die Gültigkeit der Forderung an sich. Dass dabei auch gewisse materiell-rechtliche Punkte vorfrageweise zu berücksichtigen seien, ändere an der Rechtsnatur des Verfahrens der provisorischen Rechtsöffnung nichts. Der materielle Forderungsprozess folge erst nach dem Rechtsöffnungsentscheid und auch nur dann, wenn die Parteien die Initiative hierzu ergriffen. Da die Abweisung des Rechtsöffnungsgesuchs somit nichts über das Bestehen oder Nichtbestehen der Forderung besage, stehe es der Gläubigerin offen, zur Durchsetzung ihres behaupteten Anspruchs den ordentlichen Prozessweg zu beschreiten.

### **E. 3**

a) Die komplexe Gesamtabwägung, was (eher) für eine Bürgschaft und was (eher) für einen Garantievertrag spricht, kann im (summarischen) Rechtsöffnungsverfahren nicht vorgenommen werden. Namentlich sprengen die mitunter erstmals in der Beschwerdeschrift und somit im Beschwerdeverfahren wegen des Novenausschlusses[7] nicht zu berücksichtigenden neuen Tatsachenbehauptungen und Beweismittel den engen Rahmen dieses summarischen Verfahrens. b) Summarisch betrachtet würde aber mehr für eine Bürgschaft sprechen: aa) Unter dem expliziten Titel "d) Bürgschaft" übernahm der Beschwerdegegner für die Verpflichtung von X und die Rücknahmesumme von Fr. 434'000.00 "die unwiderrufliche selbstschuldnerische Bürgschaft unter Verzicht auf Einrede der Vorausklage". Dies unterschrieb der Beschwerdegegner ausdrücklich als "Bürge". bb) Entsprechend diesem Wortlaut behauptete die Beschwerdeführerin als Gläubigerin in ihrem Rechtsöffnungsgesuch noch keinen Garantievertrag. Zwar ist ihr zuzugestehen, dass dazu auch erst die Gesuchsantwort Anlass gab, jedoch ist es bemerkenswert, dass die Beschwerdeführerin einen Garantievertrag entgegen der dreimaligen Bezeichnung als Bürgschaft beziehungsweise Bürge erst geltend machte, als der Beschwerdegegner vorgebracht hatte, die Bürgschaft sei formungültig und damit nichtig. cc) Sodann erklärte der Beschwerdegegner (Promittent), einzig für die Verbindlichkeit des Hauptschuldners beziehungsweise "Verpflichtung von X" und dessen Schuld, "die Rücknahmesumme" von Fr. 434'000.00, eintreten zu wollen. Sein Leistungsversprechen ist somit identisch mit der Leistungspflicht des Hauptschuldners, die er damit sicherstellt. Auch das spricht dafür, dass die Begriffe "Bürgschaft" und "Bürge" eine Bürgschaft im Sinn von Art. 492 OR meinen und nicht etwa einen Garantievertrag. dd) Zur Feststellung der Garantieleistung muss auf das Grundverhältnis zurückgegriffen werden, nämlich "die Verpflichtung von X und die Rücknahmesumme von CHF

434.000,00", denn ein detaillierter, selbständiger Leistungsbeschrieb fehlt. Damit übernahm der Beschwerdegegner gegenüber der Beschwerdeführerin als Gläubigerin die Pflicht, für die Erfüllung der Schuld des Hauptschuldners X einzustehen. Dies setzt den Bestand der (sicherzustellenden) Verpflichtung von X voraus, ist dieser beigeordnet und hängt in Bestand und Inhalt von dieser ab (Akzessorietät). Auch das spricht somit entscheidend dafür, dass die Begriffe "Bürgschaft" und "Bürge" eine Bürgschaft im Sinn von Art. 492 OR meinen und nicht etwa einen Garantievertrag. ee) Für einen Garantievertrag spricht dagegen einzig der Verzicht des Beschwerdegegners auf die Einrede der Vorausklage. Allerdings geht damit nicht auch ein Verzicht auf die Erhebung der dem Hauptschuldner zustehenden Einreden und Einwendungen aus dem Hauptschuldverhältnis einher. Anders als bei der bürgschaftsähnlichen Garantie sollen also keine Verpflichtungen gesichert werden, die nicht auch tatsächlich geschuldet sind. c) Gerade in einem Fall wie hier, wo die Parteien selbst – mehrfach – den Begriff "Bürgschaft" wählten, muss die Vermutung Platz greifen, dass zur Verwirklichung des vom Bürgschaftsrecht angestrebten Schutzes des Verpflichteten im Zweifelsfall eher auf Bürgschaft zu schliessen ist. Wenn gemäss Bundesgericht[8] selbst als Garantieverträge deklarierte Vereinbarungen von Privatpersonen eher als Bürgschaften zu werten sind, dann sind erst recht als Bürgschaften titulierte Sicherungsgeschäfte nicht in Garantieverträge umzudeuten.

#### **E. 4**

Zusammenfassend ist ohne weitere Beweisabnahmen, die im (summarischen) Rechtsöffnungsverfahren nicht vorgesehen sind, nicht erstellt, dass mit der ausdrücklich als solcher bezeichneten Bürgschaftserklärung des Beschwerdegegners in Tat und Wahrheit eine Garantie im Sinn von Art. 111 OR vereinbart wurde. Damit bleibt es (einstweilen) bei der Annahme, es handle sich um eine Bürgschaft nach Art. 492 OR und der damit verbundenen, von der Beschwerdeführerin nicht bestrittenen Rechtsfolge der Nichtigkeit aufgrund fehlender öffentlicher Beurkundung. Folglich kann keine provisorische Rechtsöffnung erteilt werden, weshalb die Vorinstanz das entsprechende Gesuch zu Recht abwies. Obergericht, 2. Abteilung, 5. November 2019, BR.2019.40 [1] Art. 82 Abs. 2 SchKG [2] RBOG 2017 Nr. 16 S. 162 f. mit Verweis auf BGE 132 III 144, 130 III 325; vgl. BGE vom 16. April 2019, 5A\_15/2018, Erw. 3.1 [3] BGE vom 7. Oktober 2019, 5A\_51/2019, Erw. 3.1; BGE vom 16. April 2019, 5A\_15/2018, Erw. 3.2 [4] Stücheli, Die Rechtsöffnung, Zürich 2000, S. 117 f. [5] Grundsatz, wonach der Richter das anzuwendende Recht kennt. [6] Art. 251 lit. a ZPO [7] Art. 326 ZPO [8] BGE vom 16. April 2019, 5A\_15/2018, Erw. 4.4.4 × JavaScript errors detected Please note, these errors can depend on your browser setup. If this problem persists, please contact our support. Contact Support Close

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