



AR GVP 36/2024 Nr. 3877

Rechtsöffnung. Novenrecht vor Vorinstanz (Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO). Der Gesuchsteller muss in seinem Rechtsöffnungsgesuch primär die rechtserzeugenden Tatsachen vorbringen und substantiieren. Gebietet ihm die Sorgfaltspflicht, Tatsachen zu ihm bekannten Einwendungen vorzutragen, sind unechte Noven, welche keine rechtserzeugenden Tatsachen betreffen, zulässig.

Anforderungen an die Glaubhaftmachung von Einwendungen (Art. 82 Abs. 2 SchKG). Für die Glaubhaftmachung genügt, wenn die Wahrscheinlichkeit für den Eintritt eines Ereignisses nur minim grösser ist als Wahrscheinlichkeit für das Gegenteil, somit mindestens 51% beträgt.

Urteil des Einzelrichters des Obergerichts, 12.02.2024, ERZ 23 70 und ERZ 23 72

Aus den Erwägungen:

2.1 Umstritten vor der Vorinstanz war die Zulässigkeit der vom Beschwerdegegner mit der freiwilligen Eingabe vom 13. Februar 2023 vorgebrachten unechten Noven. Der Einzelrichter des Kantonsgerichts hat diese Noven zugelassen mit der Begründung, der Gesuchsteller habe im Rechtsöffnungsverfahren nur die für das Fundament des Gesuchs relevanten rechtsbegründenden Tatsachenbehauptungen samt Beweismitteln darzulegen; rechtsaufhebende oder -hindernde Tatsachen müssten darin noch nicht angesprochen werden.

Die Beschwerdeführerin ist der Auffassung, mit diesem Entscheid habe die Vorinstanz Art. 229 Abs. 1 lit b ZPO verletzt. Nach dem Aktenschluss sei eine Ergänzung oder Verbesserung des Rechtsöffnungsgesuches nicht zulässig. Dem Beschwerdegegner sei bewusst gewesen, dass das Thema der Vertragsänderung von besonderer Relevanz sei und entsprechend zum Tatsachenfundament gehöre. Trotzdem habe er sich sorgfaltswidrig entschieden, dazu in seinem Rechtsöffnungsgesuch keine weiteren Ausführungen zu machen und habe erst mit der Eingabe vom 13. Februar 2023 Noven vorgebracht.

Der Beschwerdegegner wendet ein, es sei an der betriebenen Schuldnerin, rechtshindernde oder rechtsaufhebende Tatsachen zu behaupten. Der betreibende Gläubiger habe solche in seinem Rechtsöffnungsgesuch nicht einmal anzusprechen. Es sei dem betreibenden Gläubiger auch nicht zumutbar, auf Vorrat sämtliche denkbaren Einreden und Einwendungen zu entkräften. Zudem handle es sich bei der Tatsache, dass die Diskussionen bezüglich einer Vertragsanpassung zu keiner Einigung geführt hätten, um eine negative Tatsache. Dem Beschwerdegegner sei es deshalb nicht möglich gewesen, einen direkten Beweis für die Behauptung beizubringen.

2.2 Im summarischen Verfahren findet grundsätzlich nur ein Schriftenwechsel statt, mit dessen Abschluss der Aktenschluss eintritt (BGE 146 III 237 E. 3.1; 144 III 237 E. 2.2; VETTER/SPRENGER, Bestreitung von "Dupliknoten", SJZ 2022 S. 1111, mit weiteren Hinweisen; BENJAMIN DOMENIG, Aktenschluss, Noven- und Replikrecht im summarischen Verfahren der Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2022, S. 5 ff. insbesondere S. 26 ff.).

Nach dem Aktenschluss können neue Tatsachen und Beweismittel nur noch beschränkt, d.h. nur noch unter den Voraussetzungen von Art. 229 ZPO, berücksichtigt werden. Bestanden die neu vorgebrachten Tatsachen und Beweise schon vor dem Aktenschluss (sogenannte unechte Noven), so dürfen sie ohne Verzug nur noch dann vorgebracht werden, wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht bereits zuvor vorgebracht werden konnten (Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO). Die Sorgfalt wird grundsätzlich bejaht, wenn die Tatsachen und Beweismittel, auf

die in der Noveneingabe Bezug genommen wird, für die Noveneingabe kausal sind, d.h. diese erst veranlasst haben (BGE 146 III 55 E. 2.5.2). Trotz bestehender Kausalität wird die Sorgfalt verneint, wenn der betreffenden Partei bei der Behauptungs- und Beweisführungslast Nachlässigkeit vorgeworfen werden muss (CHRISTOPH LEUENBERGER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Aufl. 2016, N. 8 zu Art. 229 ZPO). Bei anwaltlich vertretenen Parteien ist danach zu fragen, ob von einem durchschnittlichen Anwalt bei sorgfältiger und redlicher Prozessführung erwartet werden kann, dass das betreffende unechte Novum schon vor dem Aktenschluss geltend gemacht wird. Hier von Interesse ist, wie eine Partei auf Einwendungen der Gegenpartei zu reagieren hat, die ihr aus vorprozessualer Korrespondenz bekannt ist. Dabei stehen sich in Lehre und Rechtsprechung zwei Ansichten gegenüber, wie die Vorinstanz richtig dargestellt hat: Nach der strengen Auffassung hat der Gesuchsteller mögliche Einwände der Gegenpartei im Rechtsöffnungsgesuch zu antizipieren. Nach der weniger strengen Auffassung genügt das Darlegen der rechtsbegründenden Tatsachen. DOMENIG differenziert in dem Sinne, dass er das Mass der Substantiierung mitberücksichtigen will (a.a.O., S. 100 f.).

Der Beschwerdegegner musste in seinem Rechtsöffnungsgesuch primär die rechtserzeugenden Tatsachen vorbringen und substantiieren. Die Frage der Vertragsanpassung oder eines neuen Vertrags gehört vorliegend nicht zum Klagefundament des Rechtsöffnungsgesuches, sondern betrifft eine Einwendung der Beschwerdeführerin, für die sie beweissbelastet ist (Art. 8 ZGB; DOMENIG, a.a.O., S. 99 oben). Diese Einwendung hat die Beschwerdeführerin bereits vor der Einleitung des Rechtsöffnungsverfahrens gegenüber dem Beschwerdegegner erhoben (erstmalig im Schreiben vom 14. September 2022). In der Folge verlangte der Rechtsvertreter des Beschwerdegegners noch vor Einleitung des Prozesses Belege zur Vertragsänderung. Die Beschwerdeführerin begründete ihren Standpunkt in einer eineinhalbseitigen Antwort vom 4. November 2022 und legte dem Schreiben einen E-Mail-Austausch der Monate August 2020 und September 2020 bei. Im Rechtsöffnungsgesuch vom 15. November 2022 ist der Beschwerdegegner kurz auf die Einwendung eingegangen. Im Wesentlichen hat er bestritten, dass es zu einer Einigung über den Austausch des Kaufgegenstandes gekommen sei. In der Gesuchsantwort dann hat die Beschwerdeführerin auf rund 5 Seiten dargelegt, dass der Beschwerdegegner bei ihr neu einen Valkyrie *Special* bestellt habe. Diese Ausführungen haben zu den umstrittenen Noven in der weiteren Eingabe des Beschwerdegegners vom 13. Februar 2023 geführt.

Unter dem Aspekt der Sorgfaltspflicht war der Beschwerdegegner gehalten, in seinem Rechtsöffnungsgesuch Tatsachen zu der ihm bekannten Einwendung der Beschwerdeführerin vorzutragen. Er hat dies getan, indem er die Einwendung bestritten hat. Diese Bestreitung ist als Tatsachenbehauptung zu werten (VETTER/SPRENGER, a.a.O., S. 1113), die unzweifelhaft rechtzeitig erfolgt ist. Eine ausführliche Begründung musste der Beschwerdegegner noch nicht liefern, weil er mit dem vorprozessualen Schreiben der Beschwerdeführerin vom 4. November 2022 nur kurz über die Begründung der Einwendung ins Bild gesetzt worden war. Dort hat die Beschwerdeführerin insbesondere offen gelassen, ob die Verhandlungen der Parteien ihrer Ansicht nach zu einer Vertragsanpassung oder zu einem neuen Vertrag geführt haben. Der Beschwerdegegner durfte abwarten, wie die Beschwerdeführerin ihre Einwendung im prozessualen Rahmen darlegen und abstützen würde. Zu beachten ist hier auch, dass der Beschwerdegegner Behauptungen zu einer negativen Tatsache vorzubringen hatte, und somit ein direkter Beweis nicht möglich war. Kommt hinzu, dass die Beschwerdeführerin die Zustimmung des Beschwerdegegners zur Vertragsanpassung bzw. zu einem neuen Vertrag aus dem konkludenten Verhalten des Beschwerdegegners ableitet. Im vorliegenden Fall ist die Verhandlungs- vor die Eventualmaxime zu stellen. Dem Entscheid der Vorinstanz, die Noven in der Eingabe des Beschwerdegegners vom 13. Februar 2023 zuzulassen, ist deshalb – auch in der Begründung, auf die hier verwiesen wird – vollumfänglich zu folgen. Es sei an dieser Stelle wiederholt und betont, dass diese Noven keine rechtserzeugenden Tatsachen betreffen.

6.3 Zunächst kritisiert die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe überhöhte Anforderungen an die Glaubhaftmachung gestellt. Diese hatte angegeben, die Wahrscheinlichkeit für die Verwirklichung der behaupteten, die Rechtsöffnung hindernden Tatsache, müsse gemäss kantonaler Gerichtspraxis mehr als 50% betragen. Die Beschwerdeführerin ist der Auffassung, es genüge eine gewisse Wahrscheinlichkeit; eine überwiegende

Wahrscheinlichkeit von 51% sei dafür nicht erforderlich. Der Beschwerdegegner erachtet die ausserordner Gerichtspraxis als richtig.

Nach dem Bundesgericht ist eine Tatsache dann glaubhaft gemacht, 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 (Urteil des Bundesgerichts 5A_353/2022 vom 31. August 2022 E. 2.3). Der Begriff des Glaubhaftmachens entspricht demjenigen des Zivilprozessrechts (STAEHELIN, a.a.O., N. 87 zu Art. 82 SchKG).

Im angefochtenen Entscheid hat die Vorinstanz Bezug genommen auf einen Rechtsöffnungs-Entscheid des Obergerichtspräsidenten vom 11. Februar 2010. Es wurde dort in Erwägung 3.1 folgendes ausgeführt:

Die Glaubhaftmachung der befreienden Einwendungen genügt, um das Begehren auf provisorische Rechtsöffnung scheitern zu lassen. Die Glaubhaftmachung im Sinne von Art. 82 SchKG besteht nicht nur in einer mehr oder minder glaubwürdigen Behauptung, sondern sie erfordert überdies objektive Anhaltspunkte, wenn diese auch nicht so bestimmt zu sein brauchen, wie es zur Annahme eines vollen Beweises erforderlich wäre. Glaubhaft machen bedeutet weniger als beweisen, aber mehr als behaupten. Die Einreden sind mit anderen Worten nicht nur einfach glaubhaft zu äussern, sondern zu substantiieren. Der Richter muss überwiegend geneigt sein, an die Wahrheit der vom Betriebenen geltend gemachten Umstände zu glauben. Es muss somit nur die Wahrscheinlichkeit bewiesen werden. Bei der Beurteilung von Rechtsöffnungsbegehren ist auf den Zeitpunkt des Urteils abzustellen. Seit der Zustellung des Zahlungsbefehls eingetretene Schuldbefreiungsgründe können bis zum Aktenschluss vor dem Rechtsöffnungsrichter geltend gemacht werden. Zur Befreiung des Betriebenen taugliche Beweismittel sind die dem Rechtsöffnungsrichter beigebrachten Urkunden, die eine gehörige Einwendung zu begründen vermögen (PANCHAUD/CAPREZ, Die Rechtsöffnung, 1980, § 26 ff.; DANIEL STAEHELIN, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG I, 2. Aufl. 2010, N. 87-89 und 93 zu Art. 82 SchKG). Dem Richter steht dabei ein grosses Ermessen zu. Zu berücksichtigen sind die gesamten Umstände des Einzelfalls, so namentlich die sonstige Beziehung zwischen den Parteien, ihr gegenseitiges Verhalten vor dem Verfahren und die allgemeine Lebenserfahrung (PETER STÜCHELI, Die Rechtsöffnung, 2000, S. 349 f.). Nach ALFRED BÜHLER (Beweismass und Beweiswürdigung bei Gerichtsgutachten - unter Berücksichtigung der jüngsten Lehre und Rechtsprechung, Vortrag gehalten an der Tagung „Haftpflichtrecht“ der Stiftung für die Weiterbildung der schweizerischen Richter und Richterinnen vom 10./11. Dezember 2009, S. 9) beträgt die Wahrheitswahrscheinlichkeit beim Glaubhaftmachen lediglich - mindestens - 51%.

Es versteht sich von selbst, dass es sich beim Beweisrecht nicht um eine genaue Wissenschaft handelt. Alfred Bühler hat, wie auch andere Autorinnen und Autoren vor und nach ihm, mit der Angabe der Prozentzahl ein Bild bzw. Orientierungshilfe für das Beweismass präsentieren wollen. Beim Glaubhaftmachen müssen mindestens 51% für den Eintritt des Ereignisses sprechen und maximal 49% dagegen. Es genügt also für die Glaubhaftmachung, wenn die Wahrscheinlichkeit für den Eintritt eines Ereignisses nur minim grösser ist als die Wahrscheinlichkeit für das Gegenteil. Ungenügend dagegen ist, wenn die Wahrscheinlichkeit für den Eintritt eines Ereignisses kleiner ist als die Wahrscheinlichkeit für das Gegenteil. Würden sich drei Möglichkeiten gegenüber stehen, müsste die Zahl von 51% auf 34% reduziert werden. Die beiden Ereignisse mit 33% wären nicht glaubhaft gemacht, jenes mit 34% schon. Es geht um das Übergewicht an Wahrscheinlichkeit (CHRISTOPH LEU, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2016, N. 77 zu Art. 157 ZPO). Auch das Bundesgericht hat verlangt, dass beim Glaubhaftmachen die Wahrscheinlichkeit lediglich in dem Sinne überwiegen muss, als **mehr** für die Verwirklichung der behaupteten, die Rechtsöffnung hindern den Tatsachen sprechen muss als dagegen (BGE 132 III 140 E. 4.1.2; Urteil des Bundesgerichts 5A_142/2017 vom 18. August 2017 E. 4.1; zustimmend: VOCK/AEPLI-WIRZ, in: Kren Kostkiewicz/Vock [Hrsg.], Kommentar SchKG, 4. Aufl. 2017, N. 24 zu Art. 82 SchKG). STAEHELIN (a.a.O., N. 87 zu Art. 82 SchKG), SAMUEL BAUMGARTNER (in: Oberhammer/ Domej/Haas [Hrsg.], ZPO, 3. Aufl. 2021, N. 12 vor Art. 105 - 193 ZPO), PETER GUYAN (Basler Kommentar, ZPO, 3. Aufl. 2017, N. 10 zu Art. 157 ZPO), ZAUGG/WALT (in: Karl Spühler [Hrsg.], Kurzkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2023, N. 2 zu Art. 157 ZPO), CHRISTOPH LEU

(a.a.O., N. 80 zu Art. 157 ZPO) und SUTTER-SOMM/SEILER (Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2021, N. 15 zu Art. 157 ZPO, mit weiteren Hinweisen) schliessen daraus ebenfalls unter Verwendung von Zahlen, dass die Wahrscheinlichkeit somit mindestens **51%** betragen müsse. Damit erweist sich die Praxis der ausserrhoeder Gerichte als bundesrechtskonform.

Vorliegend ist also zu fragen, ob die Wahrscheinlichkeit dafür, dass die Parteien den Vertrag vom 18. August 2019 angepasst oder einen neuen Vertrag geschlossen haben, grösser ist als die Wahrscheinlichkeit dafür, dass dies nicht geschehen ist. Diesen Massstab hat die Vorinstanz angewendet, was sich als richtig erweist.

Eine gegen das Urteil erhobene Beschwerde beim Bundesgericht wurde mit Urteil vom 31. Oktober 2024 abgewiesen, soweit auf sie eingetreten wurde (Urteil BGer 4A_171/2024).