



<b>Fall-Nr.:</b>	BES.2017.17
<b>Stelle:</b>	Kantonsgericht
<b>Rubrik:</b>	Zivilkammern (inkl. Einzelrichter)
<b>Publikationsdatum:</b>	02.08.2017
<b>Entscheiddatum:</b>	02.08.2017

### Entscheid Kantonsgericht, 02.08.2017

**Art. 82 Abs. 2 SchKG (SR 281.1); Art. 847 ZGB. Die fehlende Fälligkeit einer Grundpfandforderung ist nicht von Amtes wegen zu berücksichtigen. Verkürzung der Kündigungsfrist bei einer Schuldbriefforderung auf sechs Wochen (Kantonsgericht, Einzelrichter für Beschwerden SchKG, 2. August 2017, BES.2017.17).(Das Bundesgericht hat mit einer differenzierenden Beurteilung der Frage danach, ob die fehlende Fälligkeit von Amtes wegen oder nur auf Einrede hin zu berücksichtigen sei, eine von der Schuldnerin gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde abgewiesen, soweit es darauf eintrat [BGer 5A\_695/2017].)**

Aus den Erwägungen:

I.

1. 2015 gewährte die Gläubigerin der Schuldnerin ein Darlehen über Fr. 530'000.00 als LIBOR-Hypothek und einen weiteren Kredit (nachfolgend Rahmenkredit) von Fr. 2'000'000.00, sichergestellt durch die drei sicherungsübereigneten Inhaber-Schuldbriefe über Fr. 500'000.00, über Fr. 800'000.00 und über Fr. 1'000'000.00, lastend auf Liegenschaften A. Am 29. Juni 2016 kündigte die Gläubigerin die LIBOR-Hypothek und am 4. August 2016 den Rahmenkredit und forderte die Schuldnerin zur sofortigen Bezahlung der jeweiligen offenen Beträge von Fr. 513'960.30 bzw. Fr. 2'002'833.35 auf, wobei sie für den Fall der Missachtung der Zahlungsaufforderung die umgehende Einleitung des Verfahrens zur Verwertung der drei Schuldbriefe in Aussicht stellte. Da die Zahlung unterblieb, leitete die Gläubigerin in der Folge mit dem eingangs erwähnten Zahlungsbefehl gegen die Schuldnerin die "Betreibung auf Verwertung eines Grundpfandes" über insgesamt Fr. 2'525'127.75 (Fr. 2'966'000.70 +



Fr. 514'935.45 + Fr. 525.60) nebst Zins zu 5% ab 22. September 2016 ein; die Schuldnerin erhob gegen den betreffenden Zahlungsbefehl [...] Rechtsvorschlag.

2. Daraufhin gelangte die Gläubigerin mit Eingabe vom 19. Oktober 2016 mit dem Begehren um Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung ans Kreisgericht. Der Einzelrichter des Kreisgerichts schützte dieses Begehren teilweise, indem er der Gläubigerin mit Entscheid vom 25. Januar 2017 provisorische Rechtsöffnung erteilte für die Forderung und das Pfandrecht im Betrag von Fr. 514'935.45 nebst Zins zu 5% seit 23. September 2016, es im Mehrbetrag aber abwies [...].

3. Gegen diesen Entscheid erhob die Gläubigerin mit Eingabe vom 6. März 2017 rechtzeitig Beschwerde mit dem Begehren, es sei ihr auch für die Forderung und das Pfandrecht im Betrag von Fr. 2'009'666.70 nebst Zins zu 5% seit 23. September 2016 provisorische Rechtsöffnung zu erteilen [...].

II.

1. Nicht mehr Gegenstand des Verfahrens bildet das Begehren der Gläubigerin betreffend die Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung für die Forderung und das Pfandrecht aus der LIBOR-Hypothek über Fr. 530'000.00. Diesbezüglich hat der Vorrichter antragsgemäss provisorische Rechtsöffnung für die Forderung und das Pfandrecht erteilt, wogegen die Schuldnerin keine Beschwerde erhoben hat.

2. Zu prüfen ist hingegen, wie es sich mit dem Begehren der Gläubigerin um Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung für Forderung und Pfandrecht bezüglich des Rahmenkredits verhält.

a/aa) Dieses Begehren wies die Vorinstanz mit der Begründung der fehlenden Fälligkeit der Schuldbriefforderung ab. Zwar sehe der betreffende Vertrag "Gewährung einer Rahmenkreditlimite" eine jederzeitige Kündbarkeit des Darlehens auf sechs Wochen vor. Da eine an sich zulässige Parteivereinbarung über die Kündigungsfristen jedoch stets Art. 847 Abs. 2 ZGB zu beachten habe, wonach eine kürzere Kündigungsfrist als drei Monate nur für den Fall vorgesehen werden dürfe, dass sich der Schuldner mit der Zahlung der Amortisationen oder der Zinsen in Verzug befinde, hier aber keine Einschränkung, dass sich die vertragliche Regelung auf den Verzugsfall beziehe,



bestehe und an die Klarheit von Vereinbarungen über zu Gunsten des Gläubigers abgeänderte Kündigungsfristen hohe Anforderungen zu stellen seien, stehe die Abrede der sechswöchigen Kündigungsfrist im Widerspruch zur gesetzlichen Mindestfrist von drei Monaten. In einer solchen Konstellation werde die Kündigung entsprechend der Regelung des Mietrechts auf den nächstmöglichen Termin hin gültig, mit – hier – der Konsequenz, dass die dreimonatige Kündigungsfrist bei der von der Gläubigerin am 4. August 2016 ausgesprochenen Kündigung im Zeitpunkt der Zustellung des Zahlungsbefehls am 4. Oktober 2016 noch nicht abgelaufen gewesen sei und das Rechtsöffnungsgesuch bezüglich der Forderung über Fr. 2'009'666.70 an der von Amtes wegen vorzunehmenden Prüfung der Fälligkeit scheitere.

bb) Dieser Begründung hält die Gläubigerin in der Beschwerde – zusammengefasst – entgegen, die Vorinstanz sei zu Unrecht von einer Kündigungsfrist von drei Monaten ausgegangen; gegolten habe vielmehr die für den hier gegebenen Fall des Zinszahlungsrückstandes vereinbarte Kündigungsfrist von sechs Wochen.

cc) Die Schuldnerin wiederholt demgegenüber in der Beschwerdeantwort – ebenfalls zusammengefasst – vorab ihren schon im erstinstanzlichen Verfahren erhobenen Einwand, das Vorgehen der Gläubigerin sei rechtsmissbräuchlich (gewesen). Die Zinsabrechnung der Gläubigerin vom 28. Juni 2016 sei nämlich offensichtlich falsch gewesen, weshalb sie, die Schuldnerin, dagegen Einspruch erhoben und am 4. Juli 2016 um die Korrektur der Abrechnung ersucht habe. Auf diese Bitte sei die Gläubigerin indessen ebenso wenig eingegangen wie auf das entsprechende Schreiben vom 18. Juli 2016. Damit habe die Gläubigerin aber auch nicht das Recht gehabt, den Basisvertrag zu kündigen, auch wenn ihr unter rein formalistischen Gesichtspunkten das Kündigungsrecht zugestanden haben möge. Die Schuldnerin hält der Gläubigerin sodann in Bezug auf die vorinstanzliche Begründung entgegen, die Gläubigerin gehe darauf gar nicht ein, sondern führe vielmehr pauschal aus, dass die vertraglich vereinbarte Kündigungsfrist der Kreditforderung sechs Wochen betrage, dass die Parteien im Rahmen der Sicherungsübereignungen generell vereinbart hätten, bei Fälligkeit der gesicherten Forderung werde jeweils ohne besondere Kündigung auch die Schuldbriefforderung fällig, und dass aufgrund des Zinszahlungsverzugs die Verkürzung der Kündigungsfrist der Schuldbriefforderungen zulässig gewesen sei. Schliesslich bestreitet die Schuldnerin, dass Art. 847 Abs. 2 ZGB und verbunden damit



die Möglichkeit zur Verkürzung der gesetzlichen Kündigungsfrist von drei Monaten überhaupt zur Anwendung gelangten.

b) Die Vorinstanz qualifizierte die drei von der Gläubigerin vorgelegten sicherungsübereigneten Inhaber-Papierschuldbriefe über Fr. 500'000.00, Fr. 800'000.00 und Fr. 1'000'000.00 als Rechtsöffnungstitel für die darin festgesetzten Nominalbeträge zuzüglich der offenen Zinsen sowie des sichernden Pfandrechts. Dies ist zu Recht unbestritten geblieben; es kann hierfür auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden. Grundsätzlich ebenfalls als unbestritten betrachtet werden können sodann der Bestand und der Umfang der Betreibungsforderung der Gläubigerin über Fr. 2'009'666.70 zuzüglich 5% Zins ab 23. September 2016 [...]. Strittig und zu prüfen ist hingegen im Folgenden die Frage der Fälligkeit und verbunden damit der Kündigung des Rahmenkredits bzw. der betreffenden Schuldbriefforderungen.

c) Die Vorinstanz prüfte die Frage der Fälligkeit von Amtes wegen. Sie verwies dabei auf die Lehre (KUKO SchKG-Vock, Art. 82 N 16, und Stücheli, Die Rechtsöffnung, Diss. Zürich 2000, S. 382). Die betreffende Auffassung ist allerdings nicht unumstritten, und es lässt sich mit guten Gründen vertreten, dass dann, wenn die Fälligkeit auf einer Kündigung beruht, der Gläubiger die Fälligkeit nur zu behaupten braucht und der Richter die mangelnde Fälligkeit nur auf entsprechende, glaubhaft zu machende Einrede zu beachten hat (BSK SchKG I-Staehelin, Art. 82 N 79; vgl. auch die in BSK SchKG EB-Staehelin, Art. 82 ad N 79, zitierten Entscheide BGer 5A\_303/2013 E. 4.1 und BGer 4A\_73/2011 E. 2.1, die von der Notwendigkeit der Erhebung einer glaubhaft zu machenden Einrede auszugehen scheinen). Dies ist im vorliegenden Fall deshalb von Bedeutung, weil die Schuldnerin die Fälligkeit im erstinstanzlichen Verfahren nicht bestritten, sondern sich (schon damals) darauf beschränkt hat, die Rechtsmissbräuchlichkeit des Vorgehens der Gläubigerin geltend zu machen: Art. 2 Abs. 2 ZGB wolle, so die Schuldnerin, "die Durchsetzung bloss formaler Rechte [verhindern], wenn diese in offensichtlichem Widerspruch steht zu elementaren ethischen Anforderungen". Diese Argumentation kann vernünftigerweise nicht anders verstanden werden denn als Zugeständnis, dass die Rückforderung zufolge Kündigung zwar fällig geworden, die Geltendmachung des "aus rein formalistischen Gesichtspunkten" zustehenden Kündigungsrechts aber keinen Rechtsschutz verdiene.



Mangels Bestreitung hätte die Vorinstanz die Fälligkeit, folgt man der Auffassung, dass diese vom Gläubiger nur zu behaupten und lediglich dann zu beweisen ist, wenn sich der Schuldner auf die fehlende Fälligkeit beruft, gar nicht zu prüfen gehabt und die Rechtsöffnung nicht unter diesem Gesichtspunkt, d.h. mangels Fälligkeit, abweisen dürfen.

d) Folgt man hingegen im Grundsatz der Auffassung der Vorinstanz und geht von einer voraussetzungslosen Prüfungspflicht aus oder nimmt man an, die Geltendmachung der Rechtsmissbräuchlichkeit beinhalte sinngemäss auch die Bestreitung der Fälligkeit, fällt Folgendes in Betracht:

aa) Mit der Vorinstanz ist – was denn von der Gläubigerin zu Recht auch nicht in Abrede gestellt wird – festzustellen, dass die Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung in einer Betreibung auf Grundpfandverwertung für die in einem (Inhaber-)Schuldbrief verkündete Schuldbriefforderung und das Pfandrecht (unter anderem) die Fälligkeit der Schuldbriefforderung im Zeitpunkt der Zustellung des Zahlungsbefehls voraussetzt, dass sich diese Fälligkeit aus der Vereinbarung eines entsprechenden Termins oder aus einer Kündigung ergibt und dass die gesetzliche Kündigungsfrist ein halbes Jahr beträgt, von den Parteien – in den Schranken von Art. 847 Abs. 2 ZGB – aber beliebig abweichend davon vereinbart werden kann. Danach, d.h. gemäss Art. 847 Abs. 2 ZGB, darf eine Parteivereinbarung allerdings keine kürzere Kündigungsfrist als drei Monate vorsehen, ausser wenn sich der Schuldner mit der Zahlung der Amortisationen oder der Zinsen in Verzug befindet.

bb) Die Vorinstanz verneinte das Vorliegen einer solchen, verbindlichen Vereinbarung. Sie stellte auf den Rahmenkreditvertrag ab, in dem festgehalten sei, dass der Kredit jederzeit auf sechs Wochen kündbar sei, und hielt dafür, "eine Auslegung der Bestimmung dahingehend, die Kündigungsfrist von sechs Wochen gelte nur im Falle des Verzugs, fällt vor diesem Hintergrund [gemeint wohl mit Rücksicht darauf, dass angesichts des für Laien komplizierten, intransparenten und nur schwer verständlichen Systems der Sicherungsübereignung hohe Anforderungen zu stellen seien] ausser Betracht".



Diese vorinstanzliche Argumentation vermag nicht zu überzeugen: Zuzugestehen ist dem Vorrichter zwar, dass das System der Sicherungsübereignung "kompliziert" und verbunden die Frage des Zusammenspiels von Grundforderung (aus dem Kreditvertrag) und Schuldbriefforderung nicht immer einfach zu beantworten ist. Nicht weiter hilft sodann auch das Vorbringen der Gläubigerin, welche – unter Hinweis auf die vorinstanzlichen Ausführungen – der Auffassung ist, eine nach Art. 847 Abs. 2 ZGB zulässige Vereinbarung bilde die Klausel in den Sicherungsübereignungsverträgen (Ziff. 7 von [...]), wonach sie berechtigt sei, bei Fälligkeit der "besicherten Forderungen oder eines Teils derselben die in den Pfandtiteln verbrieften Forderungen jederzeit und unverzüglich durch Betreibung geltend zu machen". Auch eine solche Klausel ist nämlich eine Kündigungsbestimmung, auf welche die Einschränkung von Art. 847 Abs. 2 ZGB Anwendung findet (BSK ZGB II-Staehelin, Art. 847 N 6b). Entgegenhalten lassen muss sich die Vorinstanz indessen, dass es nur, aber immerhin um die Frage geht, ob die in Ziff. 7 der Sicherungsübereignungsverträge getroffene Vereinbarung betreffend die Fälligkeit der Schuldbriefforderung bei Fälligkeit der Grundforderung in Verbindung mit der Kündigungsklausel im Rahmenkreditvertrag für den Fall einer Kündigung infolge Verzugs mit Zins- und/oder Amortisationszahlungen eine taugliche Grundlage für die Fälligkeit des Darlehens bildet oder nicht. Dies ist zu bejahen. Auszugehen ist dabei davon, dass die Klausel an sich nicht ungültig ist, entspricht doch die vereinbarte Kündigungsfrist von sechs Wochen der gesetzlichen Regelung der Kündigung eines Darlehens (vgl. Art. 318 OR). Die Ungültigkeit lässt sich mithin von vornherein nur damit begründen, dass die bloss mittelbare uneingeschränkte Übernahme in Ziff. 7 der Sicherungsübereignungsverträgen die Kündigungsklausel des Rahmenkreditvertrages in Bezug auf die Schuldbriefforderung ungültig werden lässt. Dies ist nicht der Fall. Analog zu Art. 20 Abs. 2 OR – danach sind dann, wenn der (zur Nichtigkeit führende) Mangel bloss einzelne Teile des Vertrages betrifft, nur diese nichtig, sobald nicht anzunehmen ist, dass er ohne den nichtigen Teil nicht geschlossen worden wäre – beschränkt sich im vorliegenden Fall die Annahme der Ungültigkeit auf den Tatbestand der jederzeitigen Kündbarkeit auf sechs Wochen im Allgemeinen. Wird die Kündigung hingegen wegen Verzugs mit Zins- und/oder Amortisationszahlungen ausgesprochen, dann steht nichts entgegen, für diesen Tatbestand von einer ausreichenden Grundlage auszugehen. Denn Art. 847 Abs. 2 ZGB sieht die Zulässigkeit der Möglichkeit einer solchen Kündigung ohne Einhaltung der halbjährigen Kündigungsfrist ausdrücklich vor,



ohne die Verbindlichkeit der Klausel in Bezug auf die Schuldbriefforderung davon abhängig zu machen, dass in der Kündigungsbestimmung selber die erforderliche (gesetzliche) Beschränkung festgehalten ist. Es ist demnach nicht darauf abzustellen, ob bereits in den Kündigungsbestimmungen die Einschränkung formuliert ist, sondern die Frage der Wirksamkeit im Zusammenhang mit der fristlosen Kündigung zu prüfen. Dieses Ergebnis rechtfertigt sich im vorliegenden Fall umso mehr, als die Schuldnerin die Wirksamkeit der Kündigung wegen Verzugs zwar bestreitet, dies aber nicht (vorrangig) unter dem Aspekt von Art. 847 Abs. 2 ZGB, sondern wegen Rechtsmissbrauchs, womit sie zum Ausdruck bringt, dass auch sie der Auffassung ist, dass sie mit der Gläubigerin eine (gültige) Vereinbarung über die Kündbarkeit der Schuldbriefforderung bei Zins- oder Amortisationszahlungsverzugs auf eine Kündigungsfrist von sechs Wochen abgeschlossen hat.

cc) In der Beschwerde bestreitet die Schuldnerin die Anwendbarkeit von Art. 847 Abs. 2 ZGB und damit die Möglichkeit der vertraglichen Verkürzung der halbjährigen Kündigungsfrist unter Hinweis auf die Lehre damit, dass sich der Schuldner nur dann mit der Zahlung von Zinsen und/oder Amortisationen in Verzug befinde, wenn ausdrücklich eine Novation vereinbart worden sei. Wenn dies nicht der Fall sei, dann betreffe ein Zahlungsverzug immer nur die gesicherte Grundforderung, womit Art. 847 Abs. 2 ZGB keine Anwendung finde.

Die Ausführungen der Schuldnerin sind ebenso wie diejenigen der von ihr zitierten Lehre (BSK ZGB II-Staehelin, Art. 847 N 6) unklar bzw. hier nicht relevant: Es ist unbestritten, dass mit den in den Sicherungsübereignungsverträgen und in den Schuldbriefen erwähnten Zinsen die Zinsen gemäss Basiskreditvertrag gemeint sind, für welche die Schuldbriefe im tatsächlich geschuldeten Umfang (vgl. Art. 818 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB) Sicherheit leisten. Konsequenterweise bildet der Verzug mit der Zahlung dieser Zinsen ungeachtet der Frage der Novation einen Tatbestand, welcher den Gläubiger dazu berechtigt, das Grundverhältnis zu kündigen und damit – in den im vorliegenden Fall eingehaltenen Schranken von Art. 847 Abs. 2 ZGB – mittelbar auch die Schuldbriefforderung fällig zu stellen.

e) Entgegen der Auffassung der Vorinstanz und, soweit auf die Ausführungen im Beschwerdeverfahren abgestellt wird, der Schuldnerin war die Schuldbriefforderung



demnach – zusammenfassend – im Zeitpunkt der Zustellung des Zahlungsbefehls fällig, sei es, dass die Fälligkeit mangels Bestreitung durch die Schuldnerin, sei es, dass sie als Folge der Kündigung vom 4. August 2016 als gegeben angenommen wird.