

Beschluss vom 27. Dezember 2017

BEK 2017 152

Mitwirkend Kantonsgerichtsvizepräsident Dr. Reto Heizmann,
Kantonsrichter Clara Betschart und Josef Reichlin,
Gerichtsschreiber lic. iur. Mathis Bösch.

In Sachen **A.** _____,
Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin,
vertreten durch Rechtsanwalt B. _____,

gegen

D. _____ **AG**,
Gesuchsgegnerin und Beschwerdegegnerin,
vertreten durch Rechtsanwalt E. _____,

betreffend provisorische Rechtsöffnung
(Beschwerde gegen die Verfügung des Einzelrichters am Bezirksgericht Höfe
vom 11. September 2017, ZES 2017 102);-

hat die Beschwerdekammer,

nachdem sich ergeben und in Erwägung:

1. Aufgrund einer Art kosovarischem Recht unterstellten Franchisevereinbarung vom 1. Oktober 2015 ersuchte die Gläubigerin den Einzelrichter am Bezirksgericht Höfe gestützt auf den Zahlungsbefehl in der Betreuung Nr. xx des Betreibungsamtes Höfe vom 9. November 2016 (KB 5) um provisorische Rechtsöffnung für zwei Raten von je Fr. 36'406.10 nebst Zins zu 5 % seit dem 1. Mai bzw. 1. Oktober 2016 sowie Betreuungskosten von Fr. 95.30. Mit Verfügung vom 11. September 2017 wies der Einzelrichter das Gesuch ab und verpflichtete die Gesuchstellerin zur Tragung der Gerichtskosten von Fr. 400.00 sowie Entschädigung der Gesuchsgegnerin mit Fr. 2'000.00. Dagegen erhob die Gesuchstellerin rechtzeitig Beschwerde ans Kantonsgericht. Sie beantragt primär, ihr Rechtsöffnungsgesuch gutzuheissen, subsidiär die angefochtene Verfügung aufzuheben und die Sache zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen. Am 4. Oktober 2017 beantwortete die Gesuchsgegnerin die Beschwerde mit dem Antrag, die Beschwerde vollumfänglich abzuweisen (KG-act. 7).

2. Der Vorderrichter begründet seinen gesuchsabweisenden Entscheid damit, sowohl die Voraussetzungen der Vertragsentstehung als auch diejenigen der Novation müssten nach kosovarischem Recht beurteilt werden (vgl. KB 2 Ziff. 13), welches nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 140 III 456 = Pra 2015 Nr. 36, vgl. auch ius.focus 5/2015 S. 21) die Gesuchstellerin hätte einbringen müssen. Dies habe sie unterlassen, weshalb mangels Kenntnis des anwendbaren ausländischen Rechts die erwähnten Voraussetzungen nicht beurteilt werden könnten. Abgesehen davon müssten zur Feststellung, welchen Inhalt der erste Vertrag (KB 2) habe und ob der zweite Vertrag (BB 1) einen Einfluss auf die Pflichten aus dem ersten Vertrag habe, Befragungen durchgeführt werden, welche den Rahmen des Rechtsöffnungsverfahrens sprengen würden.

3. Soweit die Beschwerdeführerin dem Vorderrichter vorhält, das Prüfungsschema von Art. 82 SchKG (Abs. 1: Vorliegen einer Schuldanerkennung und Abs. 2: entkräftende Einwendungen des Schuldners) verlassen zu haben, geht dieser Vorwurf in verschiedener Hinsicht an der Sache vorbei.

a) Was eine Schuldanerkennung ist, die zur provisorischen Rechtsöffnung berechtigt, bestimmt sich nach Schweizer Recht. Ob allerdings ein bestimmtes Dokument die materiellen Voraussetzungen an eine Schuldanerkennung erfüllt – d.h. insbesondere, ob eine Schuldverpflichtung besteht – richtet sich nach dem auf die jeweilige Schuldanerkennung anzuwendenden und vom Betreibenden einzubringenden Recht (dazu Vock/Aeppli-Wirz, SK-Kommentar, 42017, Art. 82 SchKG N 3 und Staehelin, BSK Ergänzungsband, 2017, Art. 82 SchKG ad N 174 mit Hinweis auf BGE 140 III 456 E. 2.4). Ob nach kosovarischen Recht, das mithin nach Lehre und Rechtsprechung die betreibende Beschwerdeführerin dartun müsste, die vorgelegte erste Vereinbarung (KB 2) eine die schweizerischen Voraussetzungen an eine Schuldanerkennung erfüllende Schuldverpflichtung (Art. 82 Abs. 1 SchKG) enthält, ist also grundsätzlich ein Problem, das sich unabhängig von der Frage stellt, ob die Gegenpartei ihre Einwendung glaubhaft zu machen vermag. Dem Vorderrichter, welcher zufolge mangelnder Darlegung des kosovarischen Rechts durch die Beschwerdeführerin das Rechtsöffnungsgesuch abwies, kann deshalb in allgemeiner Hinsicht nicht vorgeworfen werden, mit der Begründung der angefochtenen Verfügung das Prüfungsschema von Art. 82 SchKG verletzt zu haben.

b) Dass die betreibende Beschwerdeführerin nach Lehre und Rechtsprechung unabhängig von einem Prüfungsschema verpflichtet ist, das ausländische Recht darzutun, ist ferner konsequent: Die Schuldnerin soll nach Art. 82 Abs. 2 SchKG nur Tatsachen einwenden bzw. glaubhaft machen, was begrifflich schon ausschliesst (vgl. dazu Rüetschi in *CIVPRO* 5, 2014, S. 57), dass sie überhaupt anwendbares ausländisches Recht dartun müsste. Die Beschwerdeführerin geht deshalb fehl in ihrer Annahme, die Beschwerdegegene-

rin müsste ihm Rahmen ihrer Einwendungen nach Art. 82 Abs. 2 SchKG das ausländische Recht beibringen.

c) Die Beschwerdeführerin stützt ihr Rechtsöffnungsgesuch auf Ziffer 7 der Vereinbarung vom 1. Oktober 2015 ab, wonach „Zahlungen“ von der Beschwerdegegnerin am 1. November 2015, 1. Mai 2016, 1. Oktober 2016 und am 1. März 2017 je 33'750 Euro bezahlt werden (KB 2). Dies sind isoliert betrachtet Schulden anerkennende Äusserungen. Wie Schuldanerkennungen sich aus mehreren Urkunden ergeben können, ist es indes auch möglich, deren Bestand aufgrund zusätzlicher Dokumente infrage zu stellen. Ob die als Schuldanerkennung geltend gemachte Vereinbarung ihre Eigenschaft als Vollstreckungstitel nicht durch den zweiten, von der Beschwerdegegnerin ins Recht gelegten Vertrag vom 5. Mai 2016 (BB 1) zufolge Novation verlieren könnte, ist eine Frage des von Amtes wegen zu prüfenden Vorhandenseins eines gültigen Rechtsöffnungstitels. Ebenso verhält es sich bei zweiseitigen Verträgen, in welchen Schuldanerkennungen von der Gegenleistung des Gläubigers abhängig gemacht sein können. So ist vorliegend aufgrund der zweiten Vereinbarung nicht nur infrage gestellt, dass die in der ersten Vereinbarung wiedergegebenen Schuldanerkennungen noch wirksam sind, sondern es ist aufgrund letzterer nicht ohne Weiteres klar, inwieweit die Beschwerdegegnerin mit den „Zahlungen“ leistungspflichtig ist und mithin überhaupt ein Rechtsöffnungstitel besteht. Grundsätzlich genügt es, dass die Schuldnerin wie vorliegend einen zweiten Vertrag ins Recht legt und gestützt darauf Novation mit der Begründung behauptet, die Abwicklung der ersten Vereinbarung sei an praktischen Schwierigkeiten beim Leistungsaustausch gescheitert und diese deswegen ersetzt worden (vgl. noch unten E. 4). Diese Behauptungen, es liege zufolge einer Novation bzw. fehlender Gegenleistungen kein Rechtsöffnungstitel vor, betreffen den Bestand eines Rechtsöffnungstitels (Art. 82 Abs. 1 SchKG) und nicht die „Entkräftung“ (Art. 82 Abs. 2 SchKG) von etwas Vorhandenem. Sie wären deshalb grundsätzlich in Anwendung von Schweizer Recht von Amtes wegen zu klären, hier jedoch ausnahmsweise

nicht, da aufgrund der Rechtswahl kosovarisches Recht anwendbar ist, das die Beschwerdeführerin darzulegen jedoch unterlässt (vgl. oben lit. a).

4. Dass der Vorderrichter die Wahrscheinlichkeit eines Novationssachverhalts zufolge praktischer Umsetzungsprobleme der ersten Vereinbarung nicht von Vorneherein verwarf und sich zu dessen Abklärung aufgrund der beschränkten Beweiserhebung im summarischen Verfahren nicht ermächtigt betrachtete, ist schliesslich abgesehen von allem bisher Gesagtem nicht zu beanstanden. Dies rügt die Beschwerdeführerin, welche nie eine Vorleistungspflicht der Beschwerdegegnerin behauptete, auch nicht als offensichtlich unrichtig (Art. 320 lit. b ZPO), sondern hält die Einwendungen der Schuldnerin, der erste Vertrag sei nicht erfüllt worden, nur mit unbeachtlichen appellatorischen Begründungen für ungeeignet (vgl. Beschwerde Ziff. 4.4), weshalb in der Sache darauf mangels zulässigem Beschwerdegrund nicht mehr weiter einzugehen ist.

5. Zusammenfassend ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf überhaupt einzutreten ist. Ausgangsgemäss ist die unterliegende Beschwerdeführerin prozesskostenpflichtig (Art. 95 Abs. 1 und 106 Abs. 1 ZPO sowie § 12 GebTRA);-

beschlossen:

1. Die Beschwerde wird, soweit darauf einzutreten ist, abgewiesen.
2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 750.00 werden der Beschwerdeführerin auferlegt und aus dem Vorschuss gedeckt.
3. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, die Beschwerdegegnerin für das Beschwerdeverfahren mit Fr. 800.00 zu entschädigen.
4. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung nach Art. 72 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht in Lausanne eingereicht werden; die Beschwerdeschrift muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen. Der Streitwert beträgt Fr. 72'812.20.
5. Zufertigung an die beiden Rechtsvertreter (je 2/R) und die Vorinstanz (1/A) sowie nach definitiver Erledigung an die Vorinstanz (1/R, mit den Akten) sowie an die Kantonsgerichtskasse (1/ü, im Dispositiv).

Namens der Beschwerdekammer
Der Kantonsgerichtsvizepräsident

Der Gerichtsschreiber

Versand

27. Dezember 2017 kau