



Kommentar zu: Urteil: [5A_1026/2018](#) vom 31. Oktober 2019
Sachgebiet: Schuldbetreibungs- und Konkursrecht
Gericht: Bundesgericht
Spruchkörper: II. zivilrechtliche Abteilung
dRSK-Rechtsgebiet: Sachenrecht

[De](#) | [Fr](#) | [It](#) |

Subjektive Beweislast bezüglich Fälligkeit im provisorischen Rechtsöffnungsverfahren

Zur Notwendigkeit der schlüssigen Behauptung der Fälligkeit von (Schuldbrief-)Forderungen durch den Gläubiger

Autor / Autorin

Philipp Eberhard



Redaktor / Redaktorin

Barbara Graham-Siegenthaler



Christina Schmid-Tschirren



Das Bundesgericht setzte sich im Urteil 5A_1026/2018 vom 31. Oktober 2019 mit der Frage auseinander, ob es die Aufgabe des Rechtsöffnungsrichters sei, von Amtes wegen nach Anhaltspunkten der Fälligkeit einer Forderung in den eingereichten Unterlagen zu suchen, oder aber ob es Sache der Gläubigerin sei, diese zu behaupten. Es kam dabei zum Schluss, dass vorliegend die Gläubigerin die Fälligkeit der strittigen Schuldbriefforderung nicht genügend behauptete. Das Bundesgericht schützte den Entscheid des Obergerichts des Kantons Bern, welches das Gesuch um Rechtsöffnung vor diesem Hintergrund abgelehnt hatte.

I. Sachverhalt

[1] Die A. AG und B. schlossen im Jahr 2013 einen Darlehensvertrag über Fr. 1,5 Mio. und bestellten zur Sicherheit einen Inhaberschuldbrief in dieser Höhe. Statt diesem Schuldbrief erhielt die A. AG zwei andere Schuldbriefe ausgehändigt (Schuldbriefe «H.» und «I.» über je Fr. 1,5 Mio.). Eigentümerin der belasteten Grundstücke ist heute die C. AG.

[2] Die Darlehensschuld von Fr. 1,5 Mio. wurde verspätet zurückbezahlt. Offen blieben eine Zins- und Strafforderung.

[3] Am 4. August 2016 hielten die Parteien im Rahmen einer «Schuldanererkennung» eine Restschuld aus Darlehensvertrag in der Höhe von Fr. 729'070.53 fest, die sich aus der erwähnten Strafzahlung und dem aufgelaufenen Darlehenszins zusammensetzte. Die Restschuld blieb in der Folge offen.

[4] Die A. AG leitete mit zwei Betreibungsbegehren die Betreibung auf Grundpfandverwertung für den Betrag von

Fr. 729'070.53 zuzüglich Zins zu 5 % gegen B. und die C. AG ein, wogegen die Betriebenen Rechtsvorschlag erhoben.

[5] Im Juli bzw. Oktober 2017 ersuchte die A. AG in zwei Gesuchen beim zuständigen Regionalgericht Emmental-Oberaargau sinngemäss um Beseitigung des Rechtsvorschlags und um Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung für den Betrag von Fr. 729'070.53 (zuzüglich Zins zu 5 % seit 1. Oktober 2016 sowie für die Betreuungskosten von Fr. 311.60 bzw. weiteren Kosten von Fr. 389.15).

[6] Im August 2018 wies das Regionalgericht Emmental-Oberaargau mit zwei Entscheiden die Gesuche ab, wogegen die A. AG Beschwerde beim Obergericht des Kantons Bern erhob und um Aufhebung der angefochtenen Entscheide und um Gutheissung der Rechtsöffnungsgesuche im ursprünglich beantragten Umfang ersuchte. Das Obergericht des Kantons Bern wies die beiden Beschwerden ab.

[7] Die A. AG gelangte darauf im Dezember 2018 mit Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht und verlangte sinngemäss die Beseitigung des Rechtsvorschlags in den beiden Betreibungen sowie die Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung.

[8] Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab mit der Begründung, dass die Beschwerdeführerin die Fälligkeit der Schuldbriefforderung nicht genügend behauptet und substantiiert hatte und infolgedessen die Rechtsöffnung im Ergebnis zu Recht verweigert worden war.

II. Erwägungen des Bundesgerichts

[9] Vor Bundesgericht war zwischen den Parteien unbestritten, dass das *Eigentum* an den Schuldbriefen sicherungshalber an die Beschwerdeführerin übergegangen war. Umstritten waren jedoch Fragen in Bezug auf die *Fälligkeit* der Schuldbriefforderungen (E. 2).

[10] Diesbezüglich wies das Bundesgericht in einem ersten Schritt darauf hin, dass das Obergericht des Kantons Bern untersucht habe, ob die Parteien vereinbart hätten, die Fälligkeit der Schuldbriefforderung nicht an eine Kündigung zu binden. Dies habe jedoch weder der Schuldanerkennung vom 4. August 2016 noch den Schuldbriefen selber entnommen werden können. Vor diesem Hintergrund komme die Regelung von Art. 847 [ZGB](#) zum Tragen, gemäss welcher der Schuldbrief gekündigt werden müsse. Eine solche Kündigung sei jedoch weder dargetan noch von der Beschwerdeführerin behauptet worden (E. 2).

[11] Da im Rechtsöffnungsverfahren die *beschränkte Untersuchungsmaxime* gelte und der Rechtsöffnungsrichter die Fälligkeit – als Bestandteil des Rechtsöffnungsverfahrens – von Amtes wegen zu beachten habe, sei es nicht zu beanstanden, dass sich das Regionalgericht Emmental-Oberaargau von Amtes wegen mit der Fälligkeit bzw. der fehlenden Kündigung auseinandergesetzt habe (E. 2).

[12] In Bezug auf die Vorbringen der Beschwerdeführerin, «ein Zins müsse nicht gekündigt werden, sondern werde mit dem vereinbarten Zinstermin fällig», wies das Bundesgericht in einem zweiten Schritt darauf hin, dass – damit die Schuldbriefforderung verzinslich sein soll – dieser Umstand ausdrücklich zwischen den Parteien hätte vereinbart werden müssen (E. 3.1.2).

[13] Die Behauptungen der Beschwerdeführerin über die angeblichen Vereinbarungen seien jedoch appellatorischer Natur und daher nicht geeignet für den Nachweis, dass ein Schuldbriefzins und eine Schuldbriefstrafzahlung vereinbart worden und überdies fällig gewesen seien, noch seien ihre Behauptungen zum Nachweis geeignet, dass vereinbart worden wäre, Nebenbestimmungen über die Fälligkeit von Zinsen und Strafzahlung aus dem Grundverhältnis auf die Schuldbriefforderung zu erstrecken (E. 3.1.2).

[14] In einem dritten Schritt wies das Bundesgericht auf die Tatsache hin, dass die Vorbringen der Beschwerdeführerin – die Fälligkeit sei nicht von Amtes wegen, sondern nur auf entsprechende Einrede hin zu prüfen, es würde an der Fälligkeit mangeln und die Beschwerdeführerin hätte die Kündigung des Schuldbriefs weder behaupten noch belegen müssen – nicht zu hören seien (E.3.2.1).

[15] In diesem Zusammenhang erinnerte das Bundesgericht vorab daran, dass das Rechtsöffnungsverfahren ein Summarverfahren ist und Art. 255 [ZPO](#) für gewisse Summarsachen die *beschränkte Untersuchungsmaxime*

vorsieht (E. 3.2.2).

[16] Teilweise werde in der Literatur die Meinung vertreten, dass das Rechtsöffnungsverfahren – oder gewisse Teile davon – von der Untersuchungsmaxime beherrscht würden, wobei es fraglich sei, ob es dort in allen Aspekten um die Sachverhaltsfeststellung von Amtes wegen gehe, oder ob nicht eher der Grundsatz *iura novit curia* in Frage stehe (E. 3.2.2).

[17] Ferner wies das Bundesgericht darauf hin, dass umstritten sei, ob die *Fälligkeit der Forderung*, für die Rechtsöffnung verlangt werde, *von Amtes wegen* geprüft werden müsse. Soweit sich Stimmen aus der Literatur für eine amtswegige Prüfung aussprechen, so scheinen sie davon auszugehen, dass in diesem Bereich nicht nur die Rechtsanwendung von Amtes wegen gelte, sondern auch die Untersuchungsmaxime herrsche (E. 3.2.2).

[18] In Bezug auf die Konstellation, bei welcher sich die Fälligkeit aus einer Kündigung ergebe, verwies das Bundesgericht auf einen von ihm im Jahr 2018 gefällten Entscheid (vgl. Urteil [5A 695/2017](#) vom 18. Juli 2018). Unter Berücksichtigung dieses Entscheides sei es nicht gerechtfertigt, einen Schuldner von Amtes wegen zu schützen in einem Fall, in welchem ein Rechtsöffnungstitel nach Art. 82 Abs. 1 [SchKG](#) vorliegen würde, der Schuldner es jedoch unterlassen habe, die fehlende Fälligkeit der von ihm anerkannten Forderung geltend zu machen (E. 3.2.2).

[19] Das Bundesgericht liess es in diesem Zusammenhang jedoch offen, ob der Schuldner einzig verpflichtet sei, die Fälligkeit zu bestreiten, oder ob von ihm die *Glaubhaftmachung* dieser Einwendung zu verlangen sei (E. 3.2.2).

[20] Wenn es an dieser Einwendung fehle, könne sich der Rechtsöffnungsrichter mit der *schlüssigen Behauptung der Fälligkeit* durch den Gläubiger begnügen. Der Rechtsöffnungsrichter müsse nur dann von Amtes wegen zu Gunsten des Schuldners eingreifen, wenn die Behauptung der Fälligkeit nicht schlüssig oder offensichtlich haltlos sei, oder wenn die Behauptungen des Gläubigers auf eine offensichtliche Verletzung zwingenden Rechts hinauslaufen würden. In allen anderen Fällen habe der Rechtsöffnungsrichter die Fälligkeit erst bei einer *genügenden Bestreitung* genauer zu prüfen. Die Beweislast läge beim Gläubiger, dieser habe den entsprechenden Nachweis zu erbringen (E. 3.2.2).

[21] Aus dem zitierten Bundesgerichtsentscheid vom 18. Juli 2018 folgerte das Bundesgericht für den vorliegenden Fall Folgendes: Da, wie vom Obergericht des Kantons Bern festgestellt, die Kündigung der Schuldbriefe von der Beschwerdeführerin weder *behauptet* noch *belegt* und diese Tatsache von der Beschwerdeführerin auch *nicht bestritten* worden sei, fehle es schon an einer *schlüssigen Behauptung* der Kündigung. Die Beschwerdegegner seien somit nicht in der Pflicht gewesen, die *nicht behauptete* Kündigung zu bestreiten (E. 3.2.2).

[22] Vor diesem Hintergrund stelle sich nun einzig die Frage, ob die Fälligkeit aus anderen Gründen, mitunter ohne Kündigung, gestützt auf eine Vereinbarung nach Art. 847 Abs. 1 [ZGB](#), eingetreten sei (E. 3.2.2).

[23] In Analogie zu einer Fälligkeitstellung durch Kündigung sei jedoch auch in diesem Rahmen von einem Gläubiger zu erwarten, dass er wenigstens schlüssig behaupte, weshalb die in Betreuung gesetzte Forderung fällig sein soll. In diesem Zusammenhang hob das Bundesgericht hervor, dass, je komplizierter sich die Sach- und Rechtslage gestalte – d.h. aus je mehr Urkunden sich der Rechtsöffnungstitel zusammensetze –, je höher die Anforderungen seien. Die Beschwerdeführerin habe es vorliegend jedoch versäumt, die Fälligkeit der Forderung schlüssig zu behaupten (E. 3.2.2).

[24] Vor diesem Hintergrund sei es nicht die Aufgabe der Rechtsöffnungsrichter, von sich aus in den Akten nach Anhaltspunkten für die Fälligkeit der in Betreuung gesetzten Forderung zu suchen. Eine Bestreitung bzw. eine entsprechende Einrede der mangelhaften Fälligkeit der Beschwerdegegner sei insofern entbehrlich, als es an einer *genügenden Behauptung der Fälligkeit* der Schuldbriefforderungen durch die Beschwerdeführerin fehle (E. 3.2.2).

[25] Das Bundesgericht kam infolgedessen zum Schluss, dass die Beschwerdeführerin im Ergebnis die Fälligkeit des Schuldbriefs nicht genügend behauptet hatte (E. 3.2.2).

[26] In Anbetracht dessen wies das Bundesgericht die Beschwerde als unbegründet ab.

III. Kommentar

[27] Die im vorliegenden Bundesgerichtsentscheid angesprochene Problemstellung beruht auf einem Schuldbrief – nota bene einem grundsätzlich dem materiellen Sachenrecht angehörendes Rechtsinstitut. Die Geltendmachung der damit verbundenen Forderung warf jedoch umstrittene prozessuale Probleme auf, die in der Praxis von grosser Relevanz sind. Insbesondere stellte sich die Frage, ob und ggf. inwieweit es Sache des Gläubigers ist, die Fälligkeit einer Forderung im provisorischen Rechtsöffnungsverfahren geltend zu machen. Für die Beantwortung dieser Frage ist die kritische Auseinandersetzung mit – in der Literatur zum Teil kontrovers diskutierten – prozessualen Fragen, die sich nicht nur um die Anwendung des *Untersuchungsgrundsatzes* im provisorischen Rechtsöffnungsverfahren, sondern auch um die *Rechtsanwendung von Amtes wegen* in diesem Zivilverfahren drehen, unausweichlich.

[28] Zunächst ist in einem ersten Schritt der Frage nachzugehen, ob im Rechtsöffnungsverfahren der *Untersuchungsgrundsatz* zur Anwendung gelangt.

[29] Art. 251 lit. a ZPO legt diesbezüglich als Grundsatz fest, dass in Angelegenheiten, in denen Entscheide vom Rechtsöffnungsrichter getroffen werden, das *summarische Verfahren* gilt (vgl. BGE [145 III 160](#) E. 5.1 S. 163). Wenn das angerufene Gericht als Konkurs- oder Nachlassgericht zu entscheiden hat, stellt es nach Art. 255 lit. a ZPO den Sachverhalt auch *von Amtes wegen* fest. Angesichts dessen gilt in diesen Verfahren der (beschränkte) Untersuchungsgrundsatz. Diesbezüglich gilt es jedoch zu beachten, dass diese Bestimmung nicht auf das *Rechtsöffnungsgericht* verweist, womit sich unweigerlich die Frage stellt, ob – wovon im vorliegenden Sachverhalt das Obergericht des Kantons Bern ausgegangen ist – im Rechtsöffnungsverfahren der (beschränkte) Untersuchungsgrundsatz Anwendung findet. Die Stimmen in der Literatur sind diesbezüglich gespalten.

[30] Die eine Ansicht vertritt die Meinung, dass im *Rechtsöffnungsverfahren insgesamt bzw. in gewissen Teilen davon* der (beschränkte) Untersuchungsgrundsatz gilt. Der Rechtsöffnungsrichter hat demgemäss – auch wenn der Schuldner abwesend ist oder sich in Schweigen hüllt – auf Basis der Angaben durch die Prozessparteien und der von ihnen eingereichten Unterlagen *von Amtes wegen* zu prüfen, ob ein Rechtsöffnungstitel vorliegt und die Prozessvoraussetzungen gegeben sind, wobei er an die Zugeständnisse der Parteien zu Tatsachenbehauptungen der Gegenpartei nicht gebunden ist (DANIEL STAEHELIN, Basler Kommentar, SchKG I, 2. Aufl., Basel 2010 [zit. BSK SchKG I-STAEHELIN], Art. 84 N 50).

[31] In diesem Sinn hat der Rechtsöffnungsrichter u.a. zu prüfen, ob ein gültiger Rechtsöffnungstitel vorliegt, ob bei der provisorischen Rechtsöffnung das Rechtsgeschäft, welches Grundlage der Schuldanerkennung bildet, nichtig ist, oder ob eine Einwendung des Schuldners i.S.v. Art. 82 Abs. 2 SchKG glaubhaft ist (DOMINIK VOCK, Kurzkomentar SchKG, 2. Aufl., Basel 2014 [zit. KUKO SchKG-Vock], Art. 84 N 18). Da es sich beim Rechtsöffnungsverfahren weitgehend um einen Urkundenprozess handelt, ist die Fragepflicht des Rechtsöffnungsrichters eingeschränkt, was der summarischen Natur des Verfahrens einerseits und der fehlenden materiellen Rechtskraft andererseits geschuldet ist und auch hinsichtlich möglicher Einwendungen und Einreden des Schuldners gilt (BSK SchKG I-STAEHELIN, Art. 84 N 51). Mit Rücksicht auf diesen Umstand besteht somit für den Rechtsöffnungsrichter *keine Pflicht*, den Gläubiger darüber in Kenntnis zu setzen, dass die eingereichten Unterlagen bspw. nicht vollständig sind und infolgedessen für die Erteilung der Rechtsöffnung nicht ausreichen (KUKO SchKG-Vock, Art. 84 N 19).

[32] Differenzierender Ansicht nach ist es hingegen nicht immer klar, wie weit die Untersuchungspflicht des Rechtsöffnungsrichters in Bezug auf das *Vorliegen eines gültigen Rechtsöffnungstitels* reicht (DOMINIQUE MÜLLER/DOMINIK VOCK, Behauptungs-, Bestreitungs- und Substantiierungslast im Rechtsöffnungsverfahren, in: ZZZ 38/2016, S. 131). Demgemäss entfällt die Behauptungs-, Substantiierungs- und Beweisführungslast – also die *subjektive Beweislast* – im Rechtsöffnungsverfahren nur theoretisch; in Bezug auf die *objektive Beweislast* – d.h. die Verteilung der Beweislast – hat die Untersuchungsmaxime ohnedies keinen Einfluss (MÜLLER/VOCK, a.a.O., S. 132).

[33] Im Rechtsöffnungsverfahren stehen demgemäss die Parteien in der Pflicht, die Tatsachen vorzubringen und diejenigen Beweismittel zu nennen, die für eine vom Rechtsöffnungsrichter von Amtes wegen zu klärende Frage relevant sind (MÜLLER/VOCK, a.a.O., S. 132). Bei den Parteien liegt zudem die Verantwortlichkeit für die Sachverhaltsermittlung, zumal das Rechtsöffnungsgericht – aufgrund der eingeschränkten

Untersuchungsmöglichkeiten – auch zwingend auf die Parteivorbringen angewiesen ist (MÜLLER/VOCK, a.a.O., S. 132). Die prozessualen Mitwirkungsobliegenheiten der Parteien konkretisieren sich somit letzten Endes in einer *faktischen Behauptungs- bzw. Bestreitungslast* (MÜLLER/VOCK, a.a.O., S. 132). Die Sachverhaltsermittlung des Rechtsöffnungsrichters hingegen ist auf eine etwas *verstärkte richterliche Fragepflicht* bei unklaren, widersprüchlichen, unbestimmten oder offensichtlich unvollständigen Parteivorbringen beschränkt: Ziel dieser Vorgehensweise ist es, die notwendigen Sachverhaltsangaben zu eruieren und die notwendigen Beweise zu erheben (MÜLLER/VOCK, a.a.O., S. 132).

[34] Die in einem Rechtsöffnungsverfahren involvierten Parteien sind deshalb gehalten, sich nicht auf die sich aus der beschränkten Untersuchungsmaxime ergebende *richterliche Fragepflicht* zu verlassen, sondern bei der Sachverhaltsermittlung selber aktiv zu werden und die entsprechenden Behauptungen aufzustellen bzw. die entsprechenden Bestreitungen zu erheben (MÜLLER/VOCK, a.a.O., S. 132). Für einen Gläubiger zeitigt dies die praktische Konsequenz, dass dieser *sämtliche Voraussetzungen* für die Erteilung der Rechtsöffnung in seinem Gesuch darzulegen hat, auch wenn auf einzelne dieser Voraussetzungen die Untersuchungsmaxime Anwendung findet: Ein Gläubiger sollte daher darum besorgt sein, sämtliche Urkunden, die der Rechtsöffnungsrichter für seine Prüfung benötigt, mit dem Rechtsöffnungsgesuch vorzulegen (MÜLLER/VOCK, a.a.O., S. 132).

[35] Anderer Ansicht nach gilt hingegen im Rechtsöffnungsverfahren, abgesehen von den Prozessvoraussetzungen, die *Verhandlungsmaxime* (PETER STÜCHELI, Die Rechtsöffnung, Diss. Zürich 2000, S. 127; PIERRE-ROBERT GILLIÉRON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Band I, Art. 1–88 SchKG, Lausanne 1999 [zit. Comm-GILLIÉRON], Art. 84 N 67).

[36] Diesbezüglich stellt sich, wie das Bundesgericht im vorliegenden Entscheid zutreffend in E. 3.2.2 betonte, die Frage, ob es den aus der Literatur zitierten Stimmen tatsächlich um die Feststellung des Sachverhaltes von Amtes wegen gehe, oder ob es sich nicht um den Grundsatz der *Rechtsanwendung von Amtes wegen* handle, der hier zur Disposition stehe.

[37] Diesbezüglich ist darauf hinzuweisen, dass das Bundesgericht in einem im Jahr 2019 ergangenen Entscheid (vgl. Urteil [5A 46/2018](#) vom 4. März 2019) festhielt, dass der Rechtsöffnungsrichter von Amtes wegen *drei Identitäten* zu prüfen hat: Die Identität zwischen dem Betreibenden und dem auf dem Rechtsöffnungstitel genannten Gläubiger, die Identität zwischen dem Betriebenen und dem auf dem Rechtsöffnungstitel genannten Schuldner sowie die Identität zwischen der in Betreuung gesetzten Forderung und derjenigen, die sich aus dem Rechtsöffnungstitel ergibt (Urteil [5A 46/2018](#) vom 4. März 2019, E. 3.1; vgl. BGE [139 III 444](#) E. 4.1.1 S. 446 f.; BGE [132 III 140](#) E. 4.1.1 S. 142 f.). Diese Identitätsprüfung steht jedoch *nicht* im Zusammenhang mit dem Anwendungsbereich der Untersuchungsmaxime, sondern bedeutet, dass das Recht *von Amtes wegen* auf den vom Gläubiger vorgelegten Titel angewandt wird (Urteil [5A 46/2018](#) vom 4. März 2019, E. 3.1; Urteil [5A 872/2012](#) vom 22. Februar 2013, E. 1.2.4; vgl. Comm-GILLIÉRON, Art. 84 N 68, Art. 82 N 73 ff.).

[38] Der Rechtsöffnungsrichter darf sich – trotz Geltung des Grundsatzes *iura novit curia* – in denjenigen Fällen auf eine summarische Prüfung einer mit dem Rechtsöffnungstitel zusammenhängenden materiellen Rechtsfrage beschränken, wenn eine umfassende Prüfung dem *raschen Entscheid* entgegenstehen würde (Urteil [5A 15/2018](#) vom 16. April 2019, E. 4.5; JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ, Schuldbetreibungs- & Konkursrecht, 3. Aufl., Zürich 2018, Rz. 60; CHRISTOPH LEUENBERGER, Glaubhaftmachen, in: Christoph Leuenberger (Hrsg.), Der Beweis im Zivilprozess = La preuve dans le procès civil, Bern 2000, S. 125 ff.; BSK SchKG I-STAHELIN, Art. 82 N 88). Der Rechtsöffnungsrichter entscheidet nur über die *Vollstreckbarkeit* der in Betreuung gesetzten Forderung (BGE [133 III 399](#) E. 1.5 S. 400). Das provisorische Rechtsöffnungsverfahren zielt daher auf die Beseitigung des Rechtsvorschlags und ggf. auf die Festlegung der Parteirollen für den ordentlichen Prozess (LEUENBERGER, a.a.O., S. 112).

[39] Der Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen gilt jedoch nicht absolut. Ein Blick auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zeigt, dass – unter Berücksichtigung der Tatsache, dass im Rechtsöffnungsverfahren nicht das materielle Recht, sondern das *Vorliegen eines Rechtsöffnungstitels* Verfahrensthema ist – dieser Grundsatz verschiedene *Präzisierungen* erfährt (vgl. Urteil [5A 15/2018](#) vom 16. April 2019, E. 4.5; Urteil [5A 984/2017](#) vom 5. September 2018, E. 2; Urteil [5A 467/2015](#) vom 25. August 2016, E. 3.3;

Urteil [5A_205/2015](#) vom 22. Oktober 2015, E. 6.2; Urteil [5A_83/2011](#) vom 2. September 2011, E. 6.2; vgl. ferner DAVID RÜETSCHI, Ausgewählte Entwicklungen zum provisorischen Rechtsöffnungstitel, in: Rechtsöffnung und Zivilprozess – national und international: Prozessuale Fragen rund um das Rechtsöffnungsverfahren unter der schweizerischen ZPO, Entwicklungen in der Rechtsprechung zum provisorischen und definitiven Rechtsöffnungstitel, mit einem besonderen Blick auf ausländische definitive Rechtsöffnungstitel, Bern 2014, S. 56 ff.).

[40] In der Literatur ist ferner umstritten, ob die Fälligkeit der Forderung, für welche der Gläubiger Rechtsöffnung anbegehrt, einer *Prüfung von Amtes wegen* untersteht.

[41] Der einen Ansicht nach hat der *Rechtsöffnungsrichter* eine amtswegige Prüfung vorzunehmen, wobei die Fälligkeit der betriebenen Forderung durch den Rechtsöffnungstitel bestimmt oder ohne Weiteres bestimmbar sein muss (KUKO SchKG-Vock, Art. 82 N 16; MÜLLER/Vock, a.a.O., S. 131; STÜCHELI, a.a.O., S. 142, 198). Dabei muss die betriebene Forderung bereits im Zeitpunkt der Zustellung des Zahlungsbefehls fällig sein (STÜCHELI, a.a.O., S. 202; vgl. BGE [84 II 651](#); BGE [72 III 56](#); BGE [68 III 88](#)). Zudem ist es Sache des Gläubigers, die Fälligkeit *nachzuweisen* (Urteil [5A_845/2009](#) vom 16. Februar 2010, E. 7.1; BSK SchKG I-STAEHELIN, Art. 82 N 79). In diesem Zusammenhang kann sich der Gläubiger, ohne weitere Urkunden vorzulegen, auch auf Art. 75 [OR](#) berufen (Urteil [5A_695/2017](#) vom 18. Juli 2018, E. 3.2; Urteil [5A_898/2017](#) vom 11. Januar 2018, E. 3.1; BSK SchKG I-STAEHELIN, Art. 82 N 79).

[42] Der anderen Ansicht nach ist die fehlende Fälligkeit vom *Schuldner* vorzubringen (Comm-GILLIÉRON, Art. 82 N 81).

[43] Das Bundesgericht hat demgegenüber richtigerweise mehrfach festgehalten, dass die Fälligkeit vom *Gläubiger* nachzuweisen ist (vgl. Urteil [5A_898/2017](#) vom 11. Januar 2018, E. 3.1; Urteil [5A_303/2013](#) vom 24. September 2013, E. 4.1; Urteil [5A_32/2011](#) vom 16. Februar 2012, E. 3; Urteil [5A_73/2011](#) vom 1. November 2011, E. 2.1; Urteil [5A_845/2009](#) vom 16. Februar 2010, E. 7.1).

[44] In Bezug auf Sachlagen, in denen sich die Fälligkeit aus einer *Kündigung* ergibt, sind die Meinungen in der herrschenden Lehre geteilt.

[45] Die eine Sicht vertritt die Meinung, dass die Fälligkeit vom *Gläubiger* als Bestand seines Titels durch Urkunden oder Zugeständnis des Schuldners *zu beweisen ist*, wobei diese Tatsache vom Richter von Amtes wegen zu beachten ist (BSK SchKG I-STAEHELIN, Art. 82 N 79; STÜCHELI, a.a.O., S. 142; KUKO SchKG-Vock, Art. 82 N 16).

[46] Gemäss anderer Ansicht genügt es dagegen, wenn der Gläubiger die *Fälligkeit behauptet* und der Richter die mangelnde Fälligkeit nur auf entsprechende Einrede des Schuldners einer genaueren Prüfung unterzieht (Comm-GILLIÉRON, Art. 82 N 81).

[47] Differenzierender – und nach der hier vertretenen Meinung richtiger – Ansicht nach gilt es in diesem Zusammenhang jedoch, gewisse Präzisierungen vorzunehmen. Falls sich die mangelnde Fälligkeit positiv den eingereichten Unterlagen entnehmen lässt, ist dieser Umstand *von Amtes wegen* zu berücksichtigen (BSK SchKG I-STAEHELIN, Art. 82 N 79). Beruht die Fälligkeit hingegen auf einer Kündigung, genügt dieser Ansicht folgend die *Behauptung des Gläubigers*, die Fälligkeit sei eingetreten, solange sie unbestritten bleibt, denn gemäss Normwortlaut von Art. 82 SchKG ist nur der urkundliche Nachweis der Schuldanerkennung vorausgesetzt, nicht aber der Nachweis der übrigen Voraussetzungen zur Geltendmachung der Forderung (BSK SchKG I-STAEHELIN, Art. 82 N 79). Ausserdem dürfte es in diesem Zusammenhang nicht gerechtfertigt sein, einen Schuldner, der eine Schuld anerkennt und ihre Fälligkeit nicht bestreitet, von Amtes wegen zu schützen (BSK SchKG I-STAEHELIN, Art. 82 N 79).

[48] In Bezug auf diese Problematik hat das Bundesgericht in einem im Jahr 2018 ergangenen Entscheid (vgl. Urteil [5A_695/2017](#) vom 18. Juli 2018) einen differenzierten Standpunkt eingenommen.

[49] Ausgehend von der Tatsache, dass im Verfahren auf provisorische Rechtsöffnung nur das *Vorliegen* eines geeigneten Rechtsöffnungstitels i.S.v. Art. 82 Abs. 1 SchKG geprüft und kein materieller Prozess um die

Forderung geführt wird, ist es die Aufgabe des *Schuldners*, Einwendungen oder Einreden glaubhaft zu machen, die die Schuldanerkennung entkräften (Urteil [5A_695/2017](#) vom 18. Juli 2018, E. 3.2). In Anbetracht dieser Ausgangslage liegt kein Grund vor, einen Schuldner von Amtes wegen zu schützen, der es bei Vorliegen eines Rechtsöffnungstitels unterlässt, die *fehlende Fälligkeit* der von ihm anerkannten Forderung geltend zu machen (Urteil [5A_695/2017](#) vom 18. Juli 2018, E. 3.2).

[50] Der Rechtsöffnungsrichter darf sich in denjenigen Fällen mit der *schlüssigen Behauptung der Fälligkeit durch den Gläubiger* begnügen, in denen es an dieser Einwendung fehlt: Ein Eingreifen von Amtes wegen zu Gunsten des Schuldners ist dann gerechtfertigt, wenn die Behauptung der Fälligkeit unschlüssig oder offensichtlich haltlos ist oder wenn die Behauptungen des Gläubigers auf eine offensichtliche Verletzung zwingenden Rechts hinauslaufen würden (Urteil [5A_695/2017](#) vom 18. Juli 2018, E. 3.2). Sonst ist die Fälligkeit erst dann genauer durch das Rechtsöffnungsgericht zu überprüfen, wenn sie *genügend bestritten* wird, wobei die Beweislast nach der angesprochenen bundesgerichtlichen Praxis beim Gläubiger liegt und dieser infolgedessen den *Nachweis der Fälligkeit* zu erbringen hat (Urteil [5A_695/2017](#) vom 18. Juli 2018, E. 3.2).

[51] Wie vorliegend vom Obergericht des Kantons Bern zutreffend festgestellt, wurde die Kündigung der Schuldbriefe von der Beschwerdeführerin in ihrer Eigenschaft als Gläubigerin weder behauptet noch belegt, was von dieser auch nicht bestritten wurde (vgl. E. 3.2.2). Demnach lag *stricto sensu* keine schlüssige Behauptung der Kündigung der Schuldbriefforderung vor, was zur Folge hatte, dass der Schuldner auch in keinsten Weise verpflichtet gewesen wäre, die nicht behauptete Kündigung zu bestreiten (vgl. E. 3.2.2). Dieser Ansicht kann unter Berücksichtigung der vorangehenden Ausführungen beigespflichtet werden.

[52] Die einzige in diesem Zusammenhang noch offene Frage war im vorliegenden Fall somit, ob es dem Obergericht des Kantons Bern zustand zu prüfen, ob die Fälligkeit aus anderen Gründen – d.h. ohne Kündigung – gestützt auf eine *Vereinbarung* nach Art. 847 Abs. 1 ZGB eingetreten war (vgl. E. 3.2.2).

[53] Obschon sich diesbezüglich dem zitierten Urteil vom 18. Juli 2018 keine Ausführungen entnehmen lassen, hat das Bundesgericht *in casu* eine analoge Herangehensweise gewählt und damit zu einer zielführenden Problemlösung beigetragen.

[54] Der vorliegende Entscheid ist nach der hier vertretenen Ansicht richtig und hält, unter Berücksichtigung der in der Lehre in Bezug auf seine prozessualen Hauptproblempunkte kontrovers geführten Diskussionen, in nachvollziehbarer Art und Weise fest, dass von einem Gläubiger – wie im Fall einer Fälligstellung durch Kündigung – zu erwarten ist, dass er im provisorischen Rechtsöffnungsverfahren schlüssig behauptet, weshalb die in Betreibung gesetzte Forderung fällig sein soll.

PHILIPP EBERHARD, MLaw, Universität Luzern.

Zitiervorschlag: Philipp Eberhard, Subjektive Beweislast bezüglich Fälligkeit im provisorischen Rechtsöffnungsverfahren, in: dRSK, publiziert am 26. Mai 2020

ISSN 1663-9995. Editions Weblaw

EDITIONS WEBLAW

Weblaw AG | Schwarztorstrasse 22 | 3007 Bern

T +41 31 380 57 77 info@weblaw.ch

[weblaw.ch](https://www.weblaw.ch)

