



GAVIN MEIER / LETIZIA SCHLEGEL

Rechtsöffnungspraxis zu Forderungstitel und Fälligkeit

Zwei oft übersehene Stolpersteine bei der Betreibung auf Grundpfandverwertung

Im Rechtsöffnungsverfahren scheitern Gläubigerinnen bei der Betreibung auf Grundpfandverwertung häufig aufgrund zweier leicht vermeidbarer Fehler. Diese geschehen bereits beim Aufsetzen des Betreibungsbegehrens, da die behördlichen Hinweise auf Besonderheiten dieser Betreibungsart lückenhaft und irreführend sind. Erstens ist zwingend die Schuldbriefforderung als Forderungsgrund zu benennen. Nur diese kann bei dieser Betreibungsart als Rechtsöffnungstitel dienen. Zweitens wird die Betreibung oft bei alleiniger Fälligkeit der Grundforderung eingeleitet. Stattdessen muss die Schuldbriefforderung spätestens bei Zustellung des Zahlungsbefehls fällig sein. Der in Art. 847 ZGB vorgesehene Grundsatz der sechsmonatigen Kündigungsfrist wird häufig vernachlässigt, wodurch die Schuldbriefforderung in Ermangelung einer Kündigung oft nicht fällig ist. Diese Gründe, gestützt auf welche die Rechtsöffnung von Amtes wegen verweigert werden muss, lassen die Gläubigerin chancenlos unterliegen.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Vorbemerkungen zur Betreibung auf Grundpfandverwertung
- III. Stolperstein Forderungsgrund
 - A. Die Tücken der Wahl zwischen den Betreibungsarten
 - B. Strenge Anforderungen an die Bezeichnung des Forderungsgrundes trotz widersprechender Rechtsprechung
 1. Zuordenbarkeit des Forderungsgrundes und die Verkehrsfähigkeit von Schuldbriefforderungen
 2. Die Überprüfung der drei Identitäten
- IV. Stolperstein Fälligkeitserfordernis
 - A. Massgeblicher Zeitpunkt der Fälligkeit im Betreibungsverfahren
 - B. Die Fälligkeit der Schuldbriefforderung (Art. 846 f. ZGB)

- C. Das Fälligkeitserfordernis im Rechtsöffnungsverfahren
 1. Berücksichtigung des Fälligkeitserfordernisses von Amtes wegen?
 2. Die Behauptungs- und Beweislast: Wächter der amtlichen Fälligkeitsüberprüfung?
- V. Fazit: Das Wissen um die Besonderheiten in der Betreibung auf Grundpfandverwertung muss gestärkt werden

I. Einleitung

Darlehen werden oftmals durch eine Schuldbriefforderung zulasten eines Grundstücks des Schuldners abgesichert, sobald sie fünfstellige Beträge übersteigen oder sonst ein hohes Risiko bergen. Bezahlt der Schuldner das Darlehen nicht fristgerecht zurück, kann die Gläubigerin die ihr zustehende Geldforderung im speziell dafür vorgesehenen Verfahren der Betreibung auf Grundpfandverwertung vollstrecken lassen. Diese hat zum Ziel, dass Gläubigerinnen eine grundpfandgesicherte Forderung aufgrund des von Beginn an definierten Pfandgegenstandes im Betreibungsverfahren schneller vollstrecken lassen können. Nach Zustellung des Zahlungsbefehls und verstrichener Frist zur Erhebung des Rechtsvorschlages, beziehungsweise nach Gewährung der Rechtsöffnung (Art. 80 ff. SchKG) oder nach Beseitigung des Rechtsvorschlages im Zivilprozess oder im Verwaltungsverfahren (Art. 79 SchKG), gelangt die Gläubigerin – ohne das Pfändungsverfahren durchlaufen zu müssen – direkt ins Verwertungsverfahren.¹ Das Verfahren der Betreibung auf Grundpfandverwertung scheint somit ein Segen für jede Gläubigerin mit so gesicherten Schulden zu sein.

¹ SK-SchKG-RÜETSCHI/DOMENIG, Art. 151 N 2, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Dominik Vock (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG, Schulthess Kommentar, 4. A., Zürich 2017 (zit. SK-SchKG-Verfasser).

Denselben Eindruck hinterlassen auch die Hinweise des Betriebsinspektorats des Kantons Zürich, welches der Verwaltungskommission des Obergerichtes des Kantons Zürich angegliedert ist. Auf dessen Webseite steht kurz und knapp: «Das Einleitungsverfahren für die Betreuung auf Pfandverwertung unterscheidet sich nur geringfügig von demjenigen der gewöhnlichen Betreuung auf Pfändung oder Konkurs. Im Betreibungsbegehren muss zusätzlich der Pfandgegenstand und der Name eines allfälligen Dritteigentümers bezeichnet werden. In der Betreuung auf Verwertung eines Grundpfandes muss zudem angegeben werden, ob dem Schuldner das Grundstück als Familienwohnung dient.»² Auch auf der Website der Luzerner Gerichte lassen sich ähnliche Ausführungen finden: «Das Einleitungsverfahren verläuft im Grossen und Ganzen gleich wie bei der Pfändung und beim Konkurs. Es zeichnet sich jedoch durch einige Besonderheiten aus. Diese betreffen insbesondere das Betreibungsbegehren (vgl. Art. 151 SchKG) und den Zahlungsbefehl (Art. 152 SchKG).»³ Schliesslich weisen auch die in der Formularsammlung der Dienststelle Oberaufsicht SchKG des Bundesamtes für Justiz gemäss Art. 2 Abs. 1 VFFR⁴ publizierten «Hinweise zum Ausfüllen des Formulars Betreibungsbegehren»,⁵ welche von den Betreibungsämtern weitestgehend unverändert dem Betreibungsformular angehängt werden,⁶ ausschliesslich auf dieselben in Art. 67 Abs. 2 SchKG, Art. 51 Abs. 1 SchKG und Art. 151 ff. SchKG festgeschriebenen Besonderheiten hin.

Die vorgenannten Hinweise sind selbstverständlich dringend zu beachten. Schliesslich werden die betreffenden Punkte bereits bei Eingang des Betreuungsgesuchs durch das zuständige Betreibungsamt (beschränkt) auf deren formelle Vollständigkeit hin überprüft.⁷ Allerdings hält ein Betreibungsbegehren, das nach diesen Hinweisen ausgefüllt und durch das zuständige Betreibungsamt formell überprüft wurde, einer gerichtlichen Prüfung im Rechtsöffnungsverfahren in der Regel nicht stand. Vielmehr gibt es weitere Besonderheiten, welche bereits beim Ausfüllen des Betreibungsbegehrens zu beachten sind. Das Verfahren setzt ein besonderes Bewusstsein in Bezug auf die Eigenheiten der Betreuung

auf Grundpfandverwertung voraus, sowohl bei den Gläubigerinnen als auch bei den damit befassten Behörden. Zum einen gilt es, den Forderungsgrund korrekt anzugeben (III.), was insbesondere im Falle eines sicherungsübereigneten Schuldbriefs Mühe bereiten kann. Zum anderen besteht ein Stolperstein in Bezug auf das Fälligkeitserfordernis, weshalb die Autoren sich zu dieser Problematik und der aktuellen Rechtsprechung äussern (IV.). Vorab werden zur Orientierung die allgemeinen und von den Betreibungsämtern auch richtigerweise erwähnten Besonderheiten der Betreuung auf Grundpfandverwertung dargelegt und das Thema des vorliegenden Aufsatzes im Rechtsöffnungsverfahren eingeordnet (II.).

II. Vorbemerkungen zur Betreuung auf Grundpfandverwertung

Die Betreuung auf Grundpfandverwertung hat folgende im Gesetz verankerten Besonderheiten gegenüber der Betreuung auf Pfändung:

- (1) Die Zuständigkeit ist ausschliesslich den Behörden am Ort des verpfändeten Grundstücks vorbehalten (Art. 51 Abs. 2 SchKG). Das Betreibungsbegehren ist damit nicht wie sonst üblich beim Betreibungsamt des Wohnsitzes/Sitzes des Schuldners einzureichen (vgl. Art. 46 SchKG).
- (2) Im Betreibungsbegehren ist zusätzlich zu den allgemeinen Angaben gemäss Art. 67 SchKG der Pfandgegenstand zu bezeichnen und gegebenenfalls anzugeben, ob es sich um ein Drittpfand handelt oder das verpfändete Grundstück als Familienwohnung (Art. 169 ZGB) bzw. als gemeinsame Wohnung (Art. 14 PartG) dient (Art. 151 Abs. 1 SchKG).
- (3) Dem Schuldner muss im Zahlungsbefehl eine Zahlungsfrist von sechs Monaten, und nicht lediglich von 20 Tagen wie bei der Betreuung auf Pfändung, eingeräumt werden (Art. 152 Abs. 1 Ziff. 1 i.V.m. Art. 69 SchKG).
- (4) Der Zahlungsbefehl muss die Androhung enthalten, dass, wenn der Schuldner weder dem Zahlungsbefehl nachkommt noch Rechtsvorschlag erhebt, das Pfand verwertet wird (Art. 152 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG).

Das Gesetz sieht weitere Besonderheiten vor, wenn auf dem Grundstück Miet- oder Pachtverträge bestehen, wenn ein Dritter das Pfand bestellt oder den Pfandgegenstand zu Eigentum erworben hat oder wenn das Grundstück als Familienwohnung bzw. als gemeinsame Wohnung dient (Art. 152 Abs. 2 und Art. 153 f. SchKG). Auch in Bezug auf die Verwertungsfristen und das Verwertungsverfahren gibt es einige Sonderbestimmungen im Vergleich zur Betreuung auf Pfändung (vgl. Art. 154 ff. SchKG).

Gleich wie in der Betreuung auf Pfändung kann der Schuldner innert 10 Tagen ab Zustellung des Zahlungsbefehls Rechtsvorschlag erheben (Art. 74 Abs. 1 SchKG).

² Internet: https://www.betreibungsinspektorat-zh.ch/deu/bet_bpf.php (Abruf 27.12.2020).

³ Internet: https://gerichte.lu.ch/rechtsgebiete/schuldbetreibung_und_konkurs/pfandverwertung (Abruf 27.12.2020).

⁴ Verordnung über die im Betreibungs- und Konkursverfahren zu verwendenden Formulare und Register sowie die Rechnungsführung vom 5. Juni 1996 (VFRR; SR 281.31).

⁵ Internet: <https://www.bj.admin.ch/content/dam/data/bj/wirtschaft/schkg/musterformulare/form/01-d.pdf> (Abruf 27.12.2020).

⁶ Z.B. Internet: https://www.stadt-zuerich.ch/portal/de/index/politik_u_recht/stadtammann-_undbetreibungsaeamter/betreibungsamt/formulare.html; <https://www.betreibungsaeamter-zentralschweiz.ch/images/Formulare/bb1.pdf>; <https://www.betreibungsamt-ag.ch/v5/index.php/download/formulare/63-betreibungsbegehren-v2/file> (Abruf jeweils 27.12.2020).

⁷ Vgl. BGer, 5A_42/2018, 31.8.2018, E. 3.1.1.

Bleibt der Rechtsvorschlag unbegründet, richtet er sich vermutungsweise sowohl gegen die Forderung wie auch gegen das Pfandrecht (Art. 85 VZG⁸). Die Gläubigerin kann daraufhin beim Gericht am Betreibungsort Rechtsöffnung verlangen, um den Rechtsvorschlag zu beseitigen und die Betreibung fortsetzen zu können. Zwar ist nicht erforderlich, dass die Gläubigerin im Rechtsöffnungsverfahren ausdrücklich verlangt, dass sowohl für die Forderung als auch für das Pfandrecht Rechtsöffnung zu erteilen ist. Allerdings hat sie sowohl einen Rechtsöffnungstitel für die Forderung als auch für das Pfandrecht vorzulegen.⁹

Beruhet die Forderung auf einer durch öffentliche Urkunde oder Unterschrift bekräftigten Schuldanerkennung, kann der Gläubigerin provisorische Rechtsöffnung erteilt werden, sofern der Schuldner nicht sofort Einwendungen glaubhaft macht, welche die Schuldanerkennung entkräften (Art. 82 Abs. 1 und 2 SchKG). Im Zusammenhang mit einem Grundpfand können sowohl Darlehens- oder Hypothekarverträge als auch Papier- oder Register-Schuldbriefe als Beispiele möglicher provisorischer Rechtsöffnungstitel genannt werden. Wie nachstehend gezeigt wird, wird der unterschiedlichen Berechtigung dieser Rechtsöffnungstitel in der Praxis oft zu wenig Beachtung geschenkt.

Provisorische Rechtsöffnung für das Pfandrecht wird erteilt, wenn eine unterzeichnete oder in öffentlicher Urkunde festgestellte Pfandanerkennung vorliegt.¹⁰ Der Schuldbrief, der vom Grundbuchbeamten aufgrund des erfolgten Eintrages des Pfandrechts im Grundbuch ausgestellt wird, ist eine öffentliche Urkunde i.S.v. Art. 82 SchKG und berechtigt daher zur provisorischen Rechtsöffnung.¹¹ Durch einen Schuldbrief wird eine persönliche Forderung begründet, die mit einem Grundpfand sichergestellt ist (Art. 842 Abs. 1 ZGB).

Der Vollständigkeit halber ist anzumerken, dass die Schuldbriefforderung nicht per se verzinslich ist (vgl. Art. 846 Abs. 2 ZGB). Ein Zinssatz ist entweder auf dem Schuldbrief selbst festzuhalten oder zwischen Gläubigerin und Schuldner explizit zu vereinbaren. Wird dies unterlassen, liegt diesbezüglich keine Schuldanerkennung vor und es kann keine provisorische Rechtsöffnung für den Zins aus einer Schuldbriefforderung erteilt werden.¹²

III. Stolperstein Forderungsgrund

A. Die Tücken der Wahl zwischen den Betreibungsarten

Die Bezeichnung des Forderungsgrundes im Betreibungsbegehren ist gemäss Art. 67 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG notwendiger Bestandteil eines Betreibungsbegehrens, weshalb diesem Erfordernis auch bei der Betreibung auf Grundpfandverwertung hinreichend Aufmerksamkeit gewidmet werden muss. Je nach Grundpfand und Parteiabrede können zwei Forderungen – nämlich die Grundforderung (z.B. Darlehensforderung) einerseits und die Schuldbriefforderung (bestehend aus Grundpfandforderung und Grundpfandrecht) andererseits¹³ – nebeneinander bestehen, welche ihrerseits je als ein legitimer Forderungsgrund (und Rechtsöffnungstitel) bei einer Betreibung angeführt werden können. Je nachdem, ob sich die Gläubigerin für eine Betreibung auf Pfändung oder Konkurs oder für eine Betreibung auf Grundpfandverwertung entscheidet, hat sie einen anderen Forderungsgrund zu nennen. Nachfolgend soll aufgezeigt werden, wie es zu einer solchen Konstellation kommen kann. Wird die nicht einschlägige Forderung im Betreibungsbegehren als Forderungsgrund bezeichnet, liegt unter Umständen kein gültiger Rechtsöffnungstitel vor und die Rechtsöffnung kann nicht gewährt werden. Aus diesem Grund ist es von Bedeutung, dass die Gläubigerinnen sich bei Einleitung der Betreibung über den Forderungsgrund im Klaren sind, um unnötige Verfahren zu vermeiden.

Die Errichtung einer Schuldbriefforderung gestaltete sich noch vor der Gesetzesrevision per 1. Januar 2012 gemäss Art. 855 Abs. 1 aZGB so, dass grundsätzlich eine Novation der ursprünglichen Forderung stattfand: Die Grundforderung wurde durch die Schuldbriefforderung getilgt und war damit erloschen. Bereits vor der Gesetzesrevision entsprach es jedoch der gängigen Bankenpraxis, in Ausnutzung des dispositiven Rechts anstelle einer Novation eine Sicherungsübereignung zu vereinbaren.¹⁴ Die Grundforderung blieb bei der Sicherungsübereignung weiterhin bestehen, wurde neu aber durch die parallel errichtete Schuldbriefforderung abgesichert. Mit der Gesetzesrevision per 1. Januar 2012 wurde in Art. 842 Abs. 2 ZGB der Novationsgrundsatz durch den Grundsatz des parallelen Fortbestehens der Grundforderung und Schuldbriefforderung ersetzt. Es steht den Parteien jedoch weiterhin frei, eine Novation der Grundforderung zu vereinbaren.¹⁵ Zu beachten ist,

⁸ Verordnung des Bundesgerichts vom 23. April 1920 über die Zwangsverwertung von Grundstücken (VZG; SR 281.42).

⁹ BSK SchKG I-STAEHELIN, Art. 82 N 166 f., in: Daniel Staehelein/Thomas Bauer (Hrsg.), Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Basler Kommentar, 2. A., Basel 2010 (zit. BSK SchKG I-Verfasser).

¹⁰ BSK SchKG I-STAEHELIN (FN 9), Art. 82 N 169.

¹¹ DANIEL STAEHELIN, Betreibung und Rechtsöffnung beim Schuldbrief, AJP 1994, 1255 ff., 1263.

¹² DANIEL STAEHELIN, Know-how Zehn Fallen für Grundpfandgläubiger in der Zwangsvollstreckung, AJP 1998, 366 ff., 367 m.H. auf OGer ZH, II. Zivilkammer, 7.11.1967, E. 7a, in: ZBGR 49/1968, 87 ff., 95 f.

¹³ In Art. 846 Abs. 1 ZGB hat sich der Gesetzgeber für die Terminologie «Grundverhältnis» und «Schuldbriefforderung» entschieden. Zur Vermeidung von Missverständnissen werden hiernach analog die Begriffe «Grundforderung» und «Schuldbriefforderung» verwendet.

¹⁴ STAEHELIN (FN 12), 366; PETER STÜCHELI, Die Rechtsöffnung, Diss., Zürich 2000, 378.

¹⁵ Vgl. Botschaft vom 27. Juni 2007 zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Register-Schuldbrief und weite-

dass in Bezug auf Grundforderungen, für die vor dem 1. Januar 2012 ein Schuldbrief errichtet wurde, nach wie vor mangels anderslautender Vereinbarung der Grundsatz der Novation gilt.¹⁶

Während im Falle der Novation der Gläubigerin für die Forderungsdurchsetzung mittels Betreuung lediglich die Schuldbriefforderung als Betreibungsgrund zur Verfügung steht, kann sie bei Vorliegen einer absichernden Schuldbriefforderung auch aufgrund der weiterhin bestehenden Grundforderung eine Betreuung einleiten. Der Gläubigerin steht in letzterem Fall sowohl die Betreuung auf Grundpfandverwertung als auch die reguläre Betreuung auf Pfändung oder Konkurs offen.¹⁷ Gemäss ständiger Rechtsprechung kann bei der Betreuung auf Grundpfandverwertung jedoch lediglich die Schuldbriefforderung als Rechtsöffnungstitel dienen.¹⁸ Nur diese Forderung (bestehend aus Grundpfandforderung und Grundpfandrecht) wurde mit der Befriedigung aus dem Erlös des Pfandes als werthaltige und absichernde Sache verknüpft und stellt somit alleine die Berechtigung zur direkten Verwertung dieses Pfandes dar.¹⁹ Damit eindeutig eruiert werden kann, ob sich die Gläubigerin für eine Betreuung auf Grundpfandverwertung entschieden hat, muss daher im Betreibungsbegehren zwingend die Schuldbriefforderung als Forderungsgrund bezeichnet werden:²⁰ Betreibt die Gläubigerin aufgrund der kausalen Forderung, zu deren Absicherung der Pfandtitel übergeben worden ist, anstelle der abstrakten, im Pfandtitel verkörperten Forderung, ist die Rechtsöffnung zu verweigern.²¹ Entscheidet sich die Gläubigerin hingegen für eine Betreuung auf Pfändung oder Konkurs, so kann nur die Grundforderung Rechtsöffnungstitel sein und sie muss somit als Forderungsgrund angeführt werden.²²

Geht die Gläubigerin den Weg der Betreuung auf Pfändung oder Konkurs, so kann der Schuldner gemäss Art. 41 Abs. 1^{bis} SchKG verlangen, dass zuerst das Pfand in Anspruch genommen wird. Dieses auch als «*beneficium excussionis realis*» bekannte Recht kann der Schuldner mittels Beschwerde gemäss Art. 17 SchKG gegen

den Zahlungsbefehl geltend machen.²³ Entscheidet sich die Gläubigerin hingegen von Beginn an für die Betreuung auf Grundpfandverwertung, hat sie unter anderem den Vorteil, dass sie nach Unterbleiben des Rechtsvorschlags bzw. nach Gewährung der Rechtsöffnung ohne Pfändung direkt das Verwertungsverfahren initiieren kann und als Pfandgläubigerin in der Verteilung sowohl in der Betreuung auf Pfändung²⁴ sowie auch auf Konkurs²⁵ vorab aus dem Erlös des Pfandes befriedigt wird. Für die Gläubigerin ist es folglich attraktiver, von Beginn an die Betreuung auf Grundpfandverwertung zu wählen. Hierzu muss jedoch der Forderungsgrund im Sinne vorgenannter Ausführungen korrekterweise die Schuldbriefforderung nennen.

B. Strenge Anforderungen an die Bezeichnung des Forderungsgrundes trotz widersprechender Rechtsprechung

1. Zuordenbarkeit des Forderungsgrundes und die Verkehrsfähigkeit von Schuldbriefforderungen

Schenkt eine Gläubigerin nun aufgrund der unter I. zitierten Ausführungen diverser Ämter bei der Betreuung auf Grundpfandverwertung der Bezeichnung des Forderungsgrundes nicht genügend Aufmerksamkeit, und nennt statt der Schuldbriefforderung die Grundforderung, kann ihr dies zum Verhängnis werden. Die vorgenannte Rechtsprechung mag daher – insbesondere unter Verweis auf obgenannte Hinweise der Ämter – etwas gar zu laienfeindlich erscheinen.

Nach herrschender Rechtsprechung dient die Angabe des Forderungsgrundes im Betreibungsbegehren lediglich der Orientierung des Schuldners. Demnach genügt auch eine knappe Umschreibung des Forderungsgrundes, wenn nach dem Grundsatz von Treu und Glauben der Anlass der Betreuung aus ihrem Gesamtzusammenhang erkennbar wird.²⁶ Fraglich ist daher, ob einem Schuldner nicht zugetraut werden könnte, bei einer Betreuung auf Grundpfandverwertung von der gesicherten Grundforderung auf die mit seiner Mitwirkung errichtete Schuldbriefforderung schliessen zu können. Dem steht jedoch entgegen, dass die Verkehrsfähigkeit der Schuldbriefforderung vom Gesetzgeber stark gewichtet wird.²⁷ Es kann durchaus vorkommen, dass die Schuldbriefforderung im Zeitpunkt der Betreuung aufgrund deren Weiterverwendung zur Absicherung einer

re Änderungen im Sachenrecht), BBl 2007 5283 ff. (zit. Botschaft Register-Schuldbrief), 5321.

¹⁶ Art. 3 und 26 Abs. 1 SchlT ZGB; BSK ZGB II-STAEHELIN, Art. 842 N 75, in: Thomas Geiser/Stephan Wolf (Hrsg.), Zivilgesetzbuch II, Basler Kommentar, 6. A., Basel 2019 (zit. BSK ZGB II-Verfasser).

¹⁷ BGE 134 III 71 E. 3.

¹⁸ BGer, 5A_136/2020, 2.4.2020, E. 3.4.3; BGE 140 III 180 E. 5.1.2 m.w.H., in: Pra 103 Nr. 113, 902; KGer VD, 13.11.2003, E. II.a, in: BLSchKG 69 (2005), 185 ff., 188; STAEHELIN (FN 12), 366; STÜCHELI (FN 14), 380.

¹⁹ CHRISTIAN DENYS, Cédule hypothécaire et mainlevée, JdT II 2008, 3 ff., 5.

²⁰ BSK SchKG I-STAEHELIN (FN 9), Art. 82 N 167; DENYS (FN 19), 4.

²¹ KGer VD, 13.11.2003, E. II.c, in: BLSchKG 69 (2005), 185 ff., 189.

²² BGE 134 III 71 E. 3.

²³ Vgl. OGer ZG, II. Beschwerdeabteilung als Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs, 9.12.2016, E. 1.2, Internet: <https://www.zg.ch/behoerden/staatskanzlei/kanzlei/gvp/buch-gvp-2016/gerichtspraxis/schuldbetreibungs-und-konkursrecht/vollstreckung/art-41-schkg> (Abruf 27.12.2020).

²⁴ Art. 146 Abs. 2 i.V.m. Art. 219 Abs. 1 SchKG.

²⁵ Art. 219 Abs. 1 SchKG.

²⁶ BGer, 5A_606/2016, 24.11.2016, E. 2.1. m.w.H.; vgl. auch 5A_413/2011, 22.7.2011, E. 2; BGE 121 III 18 E. 2b.

²⁷ Vgl. z.B. Botschaft Register-Schuldbrief (FN 15), 5322 f.

neuen Grundforderung nicht mehr zur Sicherung der ursprünglichen Grundforderung dient und es dadurch zu einem im Schuldbrief nicht nachgetragenen Gläubigerwechsel gekommen ist.²⁸ Im Rechtsöffnungsverfahren darf daher nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass, wenn die Gläubigerin gestützt auf die Grundforderung die Betreuung auf Grundpfandverwertung einleitet, der Schuldner hieraus auf die absichernde Schuldbriefforderung schliessen kann. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund der weitreichenden Folgen bei der Betreuung auf Pfandverwertung im Vergleich zur Betreuung auf Pfändung, wo vorab primär andere Sachen des Schuldners verwertet werden und ein Grundstück nur zur Verwertung gelangt, wenn das bewegliche Vermögen zur Deckung der Forderung nicht ausreicht (Art. 95 Abs. 1 und 2 SchKG).

2. Die Überprüfung der drei Identitäten

Die Frage, welche Forderung im Betreibungsbegehren als Forderungsgrund anzugeben ist, lässt sich schliesslich an einer zentralen Stelle im Rechtsöffnungsverfahren eingliedern: Der Rechtsöffnungsrichter hat gemäss ständiger Rechtsprechung von Amtes wegen folgende drei Identitäten zu prüfen: (1) die Identität zwischen der betreibenden und der auf dem Rechtsöffnungstitel genannten Gläubigerin, (2) die Identität zwischen dem betriebenen und dem auf dem Rechtsöffnungstitel genannten Schuldner, sowie (3) die Identität zwischen der in Betreuung gesetzten Forderung und derjenigen, die sich aus dem Rechtsöffnungstitel ergibt.²⁹

Unseres Erachtens handelt es sich bei der obgenannten Rechtsprechung, wonach in dem Fall keine Rechtsöffnung gewährt werden kann, in welchem die Gläubigerin gestützt auf die Grundforderung anstelle der Schuldbriefforderung betreibt, um eine Konkretisierung der dritten Identitätsüberprüfung: Bei der Betreuung auf Grundpfandverwertung stellt lediglich die Schuldbriefforderung einen gültigen Rechtsöffnungstitel dar (siehe III.A.). Wird hingegen im Betreibungsbegehren die Grundforderung als Forderungsgrund benannt, so kann die Identität keinesfalls bejaht werden. Es lässt sich somit nicht vermeiden, dass selbst bei Erkennbarkeit der Verbindung zwischen der Grundforderung und der Schuldbriefforderung bei der Betreuung auf Grundpfandverwertung als Forderungsgrund zwingend die Schuldbriefforderung bezeichnet werden muss. Andernfalls kann die Rechtsöffnung von Amtes wegen nicht gewährt werden.

²⁸ Vgl. WOLFGANG WIEGAND/CHRISTOPH BRUNNER, Vorschläge zur Ausgestaltung des Schuldbriefes als papierloses Registerpfand, Bibliothek zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Beiheft 39, Basel 2003, 4; DAVID DUERR, Zürcher Kommentar, Zivilgesetzbuch, Das Grundpfand, Systematischer Teil und Art. 793–804 ZGB, 2. A., Zürich 2009, Art. 793 N 12 f.

²⁹ BGE 141 I 97 E. 5.2; 139 III 444 E. 4.1.1; 132 III 140 E. 4.1.1; BSK SchKG I-STAHELIN (FN 9), Art. 84 N 50.

IV. Stolperstein Fälligkeitserfordernis

A. Massgeblicher Zeitpunkt der Fälligkeit im Betreibungsverfahren

Bei der Betreuung auf Grundpfandverwertung ist sodann ein besonderes Augenmerk auf das Fälligkeitserfordernis zu richten. Rechtsöffnung kann nur erteilt werden, wenn die in Betreuung gesetzte Forderung fällig ist.³⁰ Fälligkeit bedeutet, dass die Gläubigerin die Leistung einfordern darf.³¹ Uneinigkeit besteht bezüglich des im Rechtsöffnungsverfahren massgeblichen Zeitpunktes, in welchem die Fälligkeit vorliegen muss. Während sich die jüngere Lehre³² und Rechtsprechung³³ für den Zeitpunkt der Zustellung des Zahlungsbefehls ausspricht, plädierte die ältere Lehre³⁴ und Rechtsprechung³⁵ für den Zeitpunkt der Einreichung des Betreibungsbegehrens. So hat sich auch STAHELIN unterdessen von seinem früheren Standpunkt³⁶ abgewandt und ist nun der Meinung, dass der Zeitpunkt der Zustellung des Zahlungsbefehls massgeblich ist.³⁷ Die Massgeblichkeit des Zeitpunktes der Einreichung des Betreibungsbegehrens wurde damit begründet, dass Gläubigerinnen, welche noch vor Fälligkeit der Forderung die Betreuung einreichen, nicht gegenüber den korrekt vorgehenden Gläubigerinnen, d.h. gegenüber jenen, die mit der Einleitung der Betreuung zuwarten, ob der Schuldner bei Fälligkeit die Forderung begleicht, im Vorteil sein dürfen.³⁸ Die Massgeblichkeit des Zeitpunktes der Zustellung des Zahlungsbefehls hingegen wird aus dem Umstand hergeleitet, dass Art. 38 Abs. 2 SchKG statuiert, dass das Betreibungsverfahren erst mit der Zustellung des Zahlungsbefehls beginnt.³⁹ Der Schuldner kann anhand des Zahlungsbefehls auch nicht erkennen, wann die Gläubigerin das Betreibungsbegehren eingereicht hat, und kann folglich lediglich in Bezug auf den Zeitpunkt der Zustellung des Zahlungsbefehls darüber befinden, ob die betriebene Forderung fällig ist oder ob er mangels Fälligkeit Rechtsvorschlag erheben soll. Der jüngeren Lehre und Rechtsprechung

³⁰ BGer, 5A_898/2017, 11.1.2018, E. 3.1; 5A_303/2013, 24.9.2013, E. 4.1; 5A_32/2011, 16.2.2012, E. 3 m.w.H.

³¹ BGE 129 III 535 E. 3.2.1; Art. 75 OR; ROLF H. WEBER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 68–96, 2. A., Bern 2005, Art. 75 N 4.

³² BSK SchKG I-STAHELIN (FN 9), Art. 82 N 77; STÜCHELI (FN 14), 202; SK-SchKG-VOCK/AEPLI-WIRZ (FN 1), Art. 82 N 8.

³³ BGer, 5D_168/2019, 23.12.2019, E. 3.4.2.1; 5A_785/2016, 2.2.2017, E. 3.2.2; 5A_954/2015, 22.3.2016, E. 3.1.

³⁴ ANDRÉ PANCHAUD/MARCEL CAPREZ, Die Rechtsöffnung, Zürich 1980, 26 (§ 14, Ingress); STAHELIN (FN 11), 1265 m.w.H.

³⁵ BGE 72 III 52 E. 2; 68 III 85, 88.

³⁶ STAHELIN (FN 11), 1265 m.w.H.

³⁷ BSK SchKG I-STAHELIN (FN 9), Art. 82 N 77.

³⁸ BGE 72 III 52 E. 2; 68 III 85, 88.

³⁹ BGer, 5A_785/2016, 2.2.2017, E. 3.2.2; BSK SchKG I-STAHELIN (FN 9), Art. 82 N 77; STÜCHELI (FN 14), 202.

kann durchaus gefolgt werden. Für die Beurteilung der Fälligkeit ist somit der Tag der Zustellung des Zahlungsbefehls massgeblich.

B. Die Fälligkeit der Schuldbriefforderung (Art. 846 f. ZGB)

Da im Rechtsöffnungsverfahren bei der Betreibung auf Grundpfandverwertung die Schuldbriefforderung den Rechtsöffnungstitel darstellt, ist die Fälligkeit der Schuldbriefforderung massgeblich für die Beurteilung der Fälligkeit. Wie bereits ausgeführt, richtet sich ein unbegründeter Rechtsvorschlag in der Betreibung auf Verwertung eines Grundpfandes sowohl gegen die Grundpfandforderung wie auch gegen das Grundpfandrecht.⁴⁰ Diese sind beide in ein und derselben Schuldbriefforderung enthalten.⁴¹ Im Rechtsöffnungsverfahren kann dieser Rechtsöffnungstitel für das Pfandrecht in der Form eines Grundbuchauszuges und entsprechendem Anhang (Pfandvertrag), eines Errichtungsvertrages (inkl. Eintragungsvisum des Grundbuchamtes), eines Grundpfandtitels, eines Papier-Schuldbriefes oder einer Inhaberobligation mit Grundpfandverschreibung eingereicht werden.⁴² Gemäss Art. 816 Abs. 1 ZGB ist sowohl die Fälligkeit als auch die Nichterfüllung der gesicherten Forderung eine objektive Voraussetzung für den Anspruch der Gläubigerin auf Pfandverwertung.⁴³ Wurde die Schuldbriefforderung sicherungshalber errichtet, stehen dem Schuldner daher auch die Einreden aus der Grundforderung zu, weshalb es sich lohnt, im Rechtsöffnungsverfahren auch für diese Forderung einen Rechtsöffnungstitel einzureichen, entsprechende Fälligkeit und Nichtleistung zu behaupten und mit allfälligen Urkunden zu belegen (z.B. Kündigungsschreiben inkl. Zustellnachweis). Provisorische Rechtsöffnung kann nur erteilt werden, wenn sowohl die Schuldbriefforderung als auch die Grundforderung fällig sind, da die Gläubigerin erst zur Verwertung des Schuldbriefes berechtigt ist, wenn der Sicherungsfall eingetreten ist.⁴⁴

Grundforderung und Schuldbriefforderung bestehen grundsätzlich unabhängig voneinander, weshalb die Kündigung bzw. Fälligkeit einer Forderung nicht zwangsläufig die Kündigung bzw. Fälligkeit der anderen bewirkt. Betreffend Fälligkeit der Grundforderung

gelten die allgemeinen Bestimmungen gemäss Art. 75 OR, wonach mangels Abrede eine Forderung im Zeitpunkt der Erfüllbarkeit fällig ist. Handelt es sich bei der Grundforderung um ein Darlehen, ist jedoch Art. 318 OR zu beachten, wonach, wenn weder ein bestimmter Termin noch eine Kündigungsfrist noch der Verfall auf beliebige Aufforderung hin vereinbart wurde, die Rückzahlung innerhalb von sechs Wochen seit der ersten Aufforderung zu erfolgen hat.

Ähnlich schreibt Art. 847 Abs. 1 ZGB als *lex specialis* vor, dass eine Schuldbriefforderung ohne eine anderslautende Vereinbarung durch die Gläubigerin oder den Schuldner mit einer Kündigungsfrist von sechs Monaten auf das Ende jedes Monats gekündigt werden kann. Gemäss Art. 847 Abs. 2 ZGB kann für die Gläubigerin keine kürzere Kündigungsfrist als drei Monate vereinbart werden, es sei denn, der Schuldner befindet sich mit der Zahlung von Amortisationen oder der Zinsen in Verzug. Ohne eine besondere Vereinbarung bedürfte es somit zwingend einer Kündigung der Schuldbriefforderung, damit diese fällig wird.

Es steht der Disposition der Parteien aber auch frei, die Fälligkeit der Schuldbriefforderung mittels einer zusätzlichen Vereinbarung an einen Fälligkeitstermin (Termingeschäft/Zeitgeschäft) zu binden.⁴⁵ Hierbei handelt es sich, genauso wie bei der Vereinbarung einer vom gesetzlichen Grundsatz abweichenden Kündigungsfrist, um eine zulässige Nebenbestimmung im Sinne von Art. 846 Abs. 2 ZGB.⁴⁶ Diese muss entweder im Schuldbrief selber oder in einer separaten Vereinbarung, auf welche im Schuldbrief verwiesen wird, festgehalten werden.⁴⁷ Damit die Verkehrsfähigkeit der Schuldbriefforderung gewährleistet werden kann, darf sich die Nebenbestimmung betreffend die Schuldbriefforderung nicht auf die ursprünglich gesicherte Grundforderung beziehen.⁴⁸ Zulässig hingegen ist, wenn sowohl für die Schuldbriefforderung als auch für die Grundforderung eine identische Vereinbarung betreffend die Fälligkeit getroffen wird, ohne jedoch einen Verweis vorzunehmen.⁴⁹ Die Fälligkeit der gesicherten Grundforderung kann somit nicht von sich aus die Fälligkeit der Schuldbriefforderung bewirken.⁵⁰

⁴⁰ Art. 85 Abs. 1 VZG; BSK SchKG I-STAEHELIN (FN 9), Art. 82 N 165.

⁴¹ PANCHAUD/CAPREZ (FN 34), 198 (§ 77 Ziff. 4 bis 7).

⁴² STAEHELIN (FN 11), 1263.

⁴³ OFK ZGB-SCHMID-TSCHIRREN, Art. 816 N 2 m.w.H., in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 3. A., Zürich 2016 (zit. OFK ZGB-Verfasser).

⁴⁴ BGer, 5A_136/2020, 2.4.2020, E. 3.1; KGer GR, KSK 18 15, 28.5.2018, E. 4.4.5; STAEHELIN (FN 12), 366; PAUL-HENRI STEINAUER, Zürcher Kommentar, Der Schuldbrief, Die Anleiensobligationen mit Grundpfandrecht, Art. 842-865 und Art. 875 ZGB, 2. A., Zürich 2015 (zit. ZK-STEINAUER), Art. 842 ZGB N 255 f.

⁴⁵ BGer, 5D_168/2019, 23.12.2019, E. 3.4.2.1; OFK ZGB-SCHMID-TSCHIRREN (FN 43), Art. 847 N 3.

⁴⁶ Art. 106 Abs. 1 Grundbuchverordnung vom 23. September 2011 (GBV; SR 211.432.1); ZK-STEINAUER (FN 44), Art. 856 N 62 und 64.

⁴⁷ Vgl. ZK-STEINAUER (FN 44), Art. 846 N 39 und 80 ff.

⁴⁸ Botschaft Register-Schuldbrief (FN 15), 5322.

⁴⁹ Botschaft Register-Schuldbrief (FN 15), 5322 f.; ZK-STEINAUER (FN 44), Art. 846 N 41.

⁵⁰ BSK ZGB II-STAEHELIN (FN 16), Art. 847 N 12.

C. Das Fälligkeitserfordernis im Rechtsöffnungsverfahren

1. Berücksichtigung des Fälligkeitserfordernisses von Amtes wegen?

Während einzelne Stimmen seit längerer Zeit die Meinung vertreten, dass die Fälligkeit immer von Amtes wegen zu überprüfen sei,⁵¹ hat sich die Rechtsprechung in jüngerer Zeit mehrfach mit der Frage auseinandergesetzt, ob und in welchen Fällen das Fälligkeitserfordernis tatsächlich von Amtes wegen überprüft werden muss.⁵²

Das Kantonsgericht St. Gallen äusserte sich hierzu im Jahre 2017 wie folgt: «Die Vorinstanz prüfte die Frage der Fälligkeit von Amtes wegen. Sie verwies dabei auf die Lehre ([...]). 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 ([...]).»⁵³ Damit wollte das Kantonsgericht St. Gallen die dem Rechtsöffnungsrichter obliegende Überprüfungspflicht in Fällen, in welchen die Fälligkeit auf einer Kündigung beruht, weitgehend einschränken.

Das Bundesgericht stellte sich als Beschwerdeinstanz im Jahre 2018, im Vergleich zum Kantonsgericht St. Gallen zurückhaltender, auf den Standpunkt, dass der Rechtsöffnungsrichter das Fälligkeitserfordernis nicht in jedem Fall von Amtes wegen, sondern unter gewissen Umständen lediglich einredeweise zu beachten habe: «Fehlt es an dieser Einwendung [der fehlenden Fälligkeit], kann sich der Rechtsöffnungsrichter jedenfalls mit der schlüssigen Behauptung der Fälligkeit durch den Gläubiger begnügen. Anlass für ein Eingreifen von Amtes wegen zu Gunsten des Schuldners besteht höchstens dann, wenn die Behauptung der Fälligkeit unschlüssig oder offensichtlich haltlos ist oder wenn die Behauptung des Gläubigers auf eine offensichtliche Verletzung zwingendes Rechts hinauslaufen würde. Ansonsten hat der Rechtsöffnungsrichter die Fälligkeit erst bei einer genügenden Bestreitung genauer zu prüfen.»⁵⁴ Es ist insbesondere zu vermuten, dass das Bundesgericht sich damit auf die teilzwingenden Bestimmungen in Art. 847 ZGB bezieht (siehe IV.B.) und deshalb eine amtswegige Überprüfung der Fälligkeit in einem – entgegen dem Anschein des Wortlauts – weitreichenden Umfang bejaht.

Das Obergericht des Kantons Zürich setzte sich sodann im Jahre 2019 unter Beachtung vorgenannter Rechtsprechung mit dem strittigen Thema auseinander und hielt sich in einer Gegenüberstellung einzelner Stimmen aus der Lehre nahe an der differenzierten Meinung von STAEHELIN.⁵⁵ Es konkretisierte das Bundesgerichtsurteil aus dem Vorjahr wie folgt: «Danach ist darauf abzustellen, ob sich die mangelnde Fälligkeit positiv aus den eingereichten Unterlagen ergibt oder ob die Fälligkeit auf einer Kündigung beruht. Im erstgenannten Fall sei sie von Amtes wegen zu beachten. Soweit die Fälligkeit indessen auf einer Kündigung beruhe, genüge ausgehend von der «Basler Rechtsöffnungspraxis», die Behauptung des Gläubigers, die Fälligkeit sei eingetreten, solange sie nicht bestritten werde. Diese Ansicht trägt sowohl den gegensätzlichen Interessen von Gläubiger und Schuldner als auch der Natur des Rechtsöffnungsverfahrens als Urkundenprozess über eine (bloss) formell ausgewiesene Berechtigung ([...]) Rechnung und vermag deshalb zu überzeugen. Das Bundesgericht hat sich im Entscheid BGer 5A_695/2017 vom 18. Juli 2018 entgegen den vorinstanzlichen Erwägungen ([...]) und den Ausführungen in der Beschwerdeschrift ([...]) nicht generell gegen eine amtswegige Prüfung ausgesprochen, wenn die Fälligkeit vom Gläubiger schlüssig behauptet und vom Schuldner nicht bestritten wird. Die Erwägungen in diesem höchstrichterlichen Entscheid, in welchem die Fälligkeit aufgrund einer Kündigung zur Debatte stand, sind vielmehr dahingehend zu verstehen, dass es sich der Sache nach der Ansicht Staehelins anschloss, indem es feststellte, dass der Natur des Verfahrens auf provisorische Rechtsöffnung entsprechend «eine differenzierende Lösung als angemessen» erscheine, wenn sich die Fälligkeit – wie in jenem Entscheid – aus einer Kündigung ergebe (vgl. BGer 5A_695/2017 vom 18. Juli 2018, E. 3.2). Diese Formulierung legt nahe, dass nach bundesgerichtlicher Auffassung nur dann auf eine Prüfung der Fälligkeit von Amtes wegen verzichtet werden kann, wenn die Fälligkeit auf einer Kündigung beruht, vom Gläubiger schlüssig behauptet und vom Schuldner nicht bestritten wird. Ist die Behauptung der Fälligkeit unschlüssig oder offensichtlich haltlos, besteht demgegenüber auch nach bundesgerichtlicher Auffassung Anlass zu einem Eingreifen von Amtes wegen zu Gunsten des Schuldners (BGer 5A_695/2017 vom 18. Juli 2018, E. 3.2). Letzteres trifft insbesondere auch dann zu, wenn sich die mangelnde Fälligkeit bereits aus den eingereichten Unterlagen ergibt.»⁵⁶

Das Obergericht des Kantons Zürich stellte damit klar, dass eine Einschränkung der amtlichen Überprüfungspflicht nur in den Fällen gilt, in welchen eine Kündigung zum Eintritt der Fälligkeit führte. Anhand der bereits vorgetragenen Erwägungen des Obergerichts des Kantons Zürich ist ein vermindertes Schutzbedürfnis auf Seiten des Schuldners erkennbar, wenn er per Kündigung auf die bevorstehende Fälligkeit aufmerksam gemacht worden ist. Ein Schuldner sollte wissen,

⁵¹ STAEHELIN (FN 11), 1265; STÜCHELI (FN 14), 198; BSK SchKG I-STAEHELIN (FN 9), Art. 82 N 79; KUKO SchKG-VOCK, Art. 82 N 16, in: Daniel Hunkeler (Hrsg.), Kurzkomentar SchKG, 2. A., Basel 2014 (zit. KUKO SchKG-Verfasser).

⁵² BGer, 5A_136/2020, 2.4.2020; OGer ZH, RT180203-O/U, 29.4.2019; BGer, 5A_695/2017, 18.7.2018; KGer SG, BES.2017.17, 2.8.2017.

⁵³ KGer SG, BES.2017.17, 2.8.2017, E. II.2.c.

⁵⁴ BGer, 5A_695/2017, 18.7.2018, E. 3.2.

⁵⁵ BSK SchKG I-STAEHELIN (FN 9), Art. 82 N 79.

⁵⁶ OGer ZH, RT180203-O/U, 29.4.2019, E. 3.2.4.

ob die Fälligkeit der Forderung von einer Kündigung abhängig ist. Ist dem Schuldner keine Kündigung zugegangen, so kann er sich darauf berufen, dass eine Kündigung eine empfangsbedürftige Willenserklärung darstellt und somit die gegen ihn gerichtete Forderung nicht fällig sein kann.⁵⁷ Der Schuldner kann sodann bei Eingang des Zahlungsbefehls leicht nachvollziehen, ob die betriebene Forderung noch nicht fällig ist, und bei Bedarf den entsprechenden Einwand im Rechtsöffnungsverfahren vortragen. Trotzdem soll in diesen Fällen die Überprüfung der Fälligkeit in einem beschränkten Umfang (bei fehlender Schlüssigkeit deren Behauptung und offensichtlicher Haltlosigkeit) von Amtes wegen erfolgen. Tritt die Fälligkeit auf andere Weise als durch Kündigung (etwa durch Überschreiten eines vertraglich vereinbarten Fälligkeitstermins) ein, so muss die Gläubigerin den Schuldner nicht weiter auf die bevorstehende Fälligkeit hinweisen. In diesen Fällen besteht offenbar ein überwiegendes Interesse an einer uneingeschränkten amtswegigen Überprüfung der Fälligkeit der in Betreuung gesetzten Forderung. Der Gläubigerin soll im Rechtsöffnungsverfahren (ob schon dieses weitestgehend auf eine Überprüfung des Vorliegens eines geeigneten Rechtsöffnungstitels beschränkt ist und dadurch kein materieller Prozess um die Forderung geführt wird⁵⁸) nicht ohne Weiteres zur Vollstreckung einer Forderung verholfen werden, zu deren Leistung der Schuldner im Zeitpunkt der Zustellung des Zahlungsbefehls noch nicht verpflichtet war.⁵⁹ Der Schutz des Schuldners hat hier die Interessen der Gläubigerin zu überwiegen, ansonsten eine Differenzierung nach Art des Fälligkeitseintritts keinen Sinn ergäbe.

Umso erstaunlicher ist es, dass das Bundesgericht in einem jüngeren Entscheid vom 2. April 2020 statuiert, dass die Fälligkeit nur in Ausnahmefällen von Amtes wegen zu beachten sei, ohne dabei zwischen Fälligkeit infolge Kündigung und Fälligkeit infolge einer Terminüberschreitung zu unterscheiden. Als Ausnahmefälle wurden die vorne aus dem Entscheid vom 18. Juli 2018 zitierten Fälle genannt.⁶⁰ Da sich jedoch auch in diesem Fall die Fälligkeit aus einer Kündigung der Schuldbriefforderung ergab, liegt nach der hier vertretenen Meinung kein Widerspruch zu den vorstehenden Ausführungen vor. Die Tendenz, dass das Bundesgericht die Fälligkeitsüberprüfung durch das Gericht zunehmend einzuschränken scheint, hat in der Praxis aufgrund der der Gläubigerin obliegenden Behauptungs- und Beweislast jedoch, wie nachfolgend sogleich dargestellt wird, nur eine beschränkt verminderte Überprüfungspflicht zur Folge.

2. Die Behauptungs- und Beweislast: Wächter der amtlichen Fälligkeitsüberprüfung?

Bei der Betreuung auf Grundpfandverwertung ist die vorgestellte Rechtsprechung aufgrund des in Art. 847 Abs. 1 ZGB gesetzlich festgeschriebenen Grundsatzes einer Kündigung von besonderer Bedeutung. Sie hat zur Folge, dass bei Betreibungen auf Grundpfandverwertung im Grundsatz bei schlüssiger Behauptung der Fälligkeit eine Überprüfung der Fälligkeitsvoraussetzung durch den Rechtsöffnungsrichter nur auf Einrede des Schuldners hin vorzunehmen wäre. Lediglich in Fällen, in welchen in einer Nebenvereinbarung vom Grundsatz der Kündigung abgewichen wurde, müsste eine Prüfung von Amtes wegen erfolgen.

Das Rechtsöffnungsverfahren ist jedoch ein Urkundenprozess. Der Rechtsöffnungsrichter prüft ausschliesslich Fragen im Zusammenhang mit der Tauglichkeit der präsentierten Urkunden.⁶¹ Ziel der richterlichen Überprüfung ist nicht die Feststellung des materiellen Bestandes der in Betreuung gesetzten Forderung, sondern lediglich die Anerkennung des Vorliegens einer vollstreckbaren Urkunde dafür.⁶² Im Rechtsöffnungsverfahren ist es daher Sache der Parteien, das für die Rechtsanwendung relevante Tatsachenfundament vorzutragen. Hierzu muss die Gläubigerin und Gesuchstellerin den entscheidungswesentlichen Sachverhalt behaupten und die Beweismittel für ihre Tatsachenbehauptungen angeben.⁶³ Es obliegt somit der Gläubigerin, die Fälligkeit der betriebenen Forderung nachzuweisen.⁶⁴

Selbst wenn von Seiten des Schuldners keinerlei Behauptungen vorgetragen und auch keinerlei Unterlagen eingereicht werden, gilt die Verhandlungsmaxime im Rechtsöffnungsverfahren nicht uneingeschränkt. Der Richter hat von Amtes wegen zu überprüfen, ob ein Rechtsöffnungstitel, die sogenannten drei Identitäten (siehe III.B.2) sowie die allgemeinen Prozessvoraussetzungen (Art. 59 ZPO) vorliegen.⁶⁵ Die Gläubigerin hat deshalb nebst dem Papier-Schuldbrief, beziehungsweise dem Grundbuchauszug und entsprechendem Anhang (Pfandvertrag) bei Register-Schuldbriefen, als Rechtsöffnungstitel zwingend eine Kopie der schriftlichen Kündigung und bei vertraglich verkürzter Kündigungsfrist oder bei vertraglich vereinbartem Fälligkeitstermin zusätzlich die entsprechende Nebenvereinbarung einzureichen.⁶⁶ Nicht nur der Rechtsöffnungstitel per se, sondern auch die mit diesem verbundenen Kündigungsfristen

⁵⁷ Vgl. BGE 113 II 259 E. 2a.

⁵⁸ Vgl. BGer, 5A_695/2017, 18.7.2018, E. 3.2.

⁵⁹ A.M. BGer, 5A_695/2017, 18.7.2018, E. 3.2.

⁶⁰ BGer, 5A_136/2020, 2.4.2020, E. 3.4.2.

⁶¹ BGE 142 III 720 E. 4.1; 133 III 645 E. 5.3.

⁶² BGer, 5A_136/2020, 2.4.2020, E. 3.4.1.

⁶³ Art. 55 Abs. 1 ZPO; OGer ZH, RT180203-O/U, 29.4.2019, E. 3.2.5 m.w.H.

⁶⁴ BGer, 5A_898/2017, 11.1.2018, E. 3.1; 5A_303/2013, 24.9.2013, E. 4.1; 5A_32/2011, 16.2.2012, E. 3 m.w.H.

⁶⁵ OGer ZH, RT180203-O/U, 29.4.2019, E. 3.2.5 m.w.H.; BSK SchKG I-STAEHELIN (FN 9), Art. 84 N 50; KUKO SchKG-Vock (FN 51), Art. 84 N 18.

⁶⁶ BGer, 5D_168/2019, 23.12.2019, E. 3.4.2.1; STAEHELIN (FN 11), 1265 f. m.w.H.; BSK ZGB II-STAEHELIN (FN 16), Art. 847 N 12 m.w.H.; STÜCHELI (FN 14), 382.

und Kündigungstermine müssen für den Richter anhand der eingereichten Urkunden nachvollziehbar sein.⁶⁷ Liegen die entsprechenden Urkunden nicht vor, so verunmöglicht dies eine Überprüfung der Schlüssigkeit der Behauptung der Fälligkeit. In diesem Fall ist der Rechtsöffnungsrichter erneut an eine umfassende amtliche Überprüfung der Fälligkeit gebunden. So hat das Gericht zumindest die eingereichten Unterlagen dahingehend zu prüfen, ob die Fälligkeit aus diesen hervorgeht.

Geht aus den eingereichten Unterlagen keine besondere Vereinbarung betreffend die Fälligkeit der Schuldbriefforderung hervor, so richten sich die Kündigungsbestimmungen im Zweifelsfall nach Art. 847 Abs. 1 ZGB. Dieser Umstand führt dazu, dass es dem Richter nicht vorbehalten ist, zumindest die Nachvollziehbarkeit der Fälligkeit anhand der Urkunden von Amtes wegen zu überprüfen. Es ist im Einzelfall zu entscheiden, ob aufgrund der unzureichenden Behauptungen oder Beweise die Fälligkeit nicht genügend dargelegt ist, oder ob mangels Fälligkeit keine Rechtsöffnung gewährt werden kann. Die Grenze der richterlichen Überprüfung verläuft in diesen Fällen oft fließend, da die mangelnde Nachvollziehbarkeit der Fälligkeit im Zweifelsfall auch oft zu einer Verneinung der Fälligkeit führt. Der Rechtsöffnungsrichter wird allerdings in der Tendenz den ablehnenden Entscheid eher bereits auf eine mangelhafte Einhaltung der Behauptungs- und Beweislast der Gläubigerin abstellen. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtes, wonach sich die amtswegige Überprüfung der Fälligkeit an der Schlüssigkeit der Behauptungen des Schuldners orientiert, drängt dem Rechtsöffnungsrichter eine Vermischung der amtlichen Überprüfung der Fälligkeit und der Einhaltung der Behauptungs- und Beweislast auf. Dadurch ist er in Fällen, in welchen die Gläubigerin ihrer Behauptungs- und Beweislast nicht hinreichend nachkommt, an eine amtliche Überprüfung der Fälligkeit gebunden, weshalb diese in seinem Rechtsöffnungsentscheid nicht unterlassen werden darf. Der Rechtsöffnungsrichter kommt somit noch weniger um die Prüfung der Fälligkeit herum.

Die jüngere Rechtsprechung des Bundesgerichtes ist daher auch unter diesem Aspekt lediglich als eine Ausnahme vom Grundsatz der amtlichen Überprüfungspflicht des Fälligkeitserfordernisses im Rechtsöffnungsverfahren zu verstehen. Nur bei Sachverhalten, in welchen die Fälligkeit auf einer Kündigung beruht und sowohl schlüssige Behauptungen betreffend die Fälligkeit als auch die korrespondierenden einschlägigen Unterlagen vorliegen, kann auf eine amtliche Überprüfung der Fälligkeit verzichtet werden. In allen anderen Fällen hat das Gericht die Prüfung der Fälligkeit von Amtes wegen vorzunehmen.

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass der Richter im Grundsatz stets anhand der eingereichten Urkunden zu überprüfen hat, ob die in Betreuung gesetzte Forderung fällig ist, um festzustellen, ob ein gültiger Rechts-

öffnungstitel vorliegt – was wie gesagt Teil der amtswegigen Prüfung der drei Identitäten ist. Die Prüfung der Fälligkeit beschränkt sich bei Vorliegen einer Kündigung und hinreichender Beweislage auf die Behauptung der Gläubigerin, während in den übrigen Fällen die Fälligkeit stets genauer untersucht wird. Letzteres verletzt zwar die im Rechtsöffnungsverfahren geltende Dispositionsmaxime (Behauptungs- und Beweislast), dient jedoch dem Schuldnerschutz und ist insofern gerade bei den mit einem Grundpfand verknüpften Beträgen und den einschneidenden Folgen der Rechtsöffnung in einer Betreuung auf Grundpfandverwertung zu begrüssen. Jedenfalls ist die Gläubigerin gut beraten, die Fälligkeit schlüssig zu behaupten und soweit möglich zu beweisen.

V. Fazit: Das Wissen um die Besonderheiten in der Betreuung auf Grundpfandverwertung muss gestärkt werden

Den Gläubigerinnen, deren Forderung mit einem Grundpfand abgesichert wurde, sollte bereits im Zeitpunkt der Betreuung bewusst sein, was die Spezialitäten der Betreuung auf Grundpfandverwertung sind. Aufgrund der in der Einleitung (I.) zitierten Hinweise der kantonalen Behörden sowie auch aufgrund der von der Dienststelle Obergericht SchKG und der Betreibungsämter publizierten Hinweise dürfte sich so manche Gläubigerin in falscher Sicherheit wiegen. Die bereits veröffentlichten Hinweise sollten mindestens wie folgt abgeändert oder ergänzt werden:

- (1) Es gibt bereits im Einleitungsverfahren für die Betreuung auf Pfandverwertung bedeutende Unterschiede zu demjenigen der Betreuung auf Pfändung oder Konkurs – und diese wirken sich entscheidend im Rechtsöffnungsverfahren aus.
- (2) Im Betreibungsbegehren ist als Forderungsgrund die Pfandforderung bzw. bei der Betreuung auf Grundpfandverwertung die Schuldbriefforderung anzugeben; insbesondere ist nicht die abgesicherte Grundforderung als Forderungsgrund anzugeben.
- (3) Bei der Betreuung auf Grundpfandverwertung muss die Schuldbriefforderung mangels anderweitiger Vereinbarungen zuerst mit einer Kündigungsfrist von sechs Monaten gekündigt werden, damit diese fällig ist (Art. 847 ZGB). Die Fälligkeit muss im Zeitpunkt der Zustellung des Zahlungsbefehls gegeben sein. Wurde ein Grundpfand sicherungshalber errichtet, so muss auch die gesicherte Forderung zwingend fällig sein. Die Gläubigerin muss in einem allfälligen Rechtsöffnungsverfahren über sämtliche Unterlagen verfügen, welche die Fälligkeit liquide zu beweisen vermögen.

Eine nicht abschliessende Liste von Besonderheiten beziehungsweise Voraussetzungen für eine erfolgreiche Betreuung auf Grundpfandverwertung könnte wie folgt ausgestaltet sein:

⁶⁷ STAEHELIN (FN 11), 1265 m.w.H.

Das Betreibungsbegehren:

- (1) Als Empfängeradresse ist das Betreibungsamt des Ortes, an welchem das Grundstück gelegen ist, einzutragen (Art. 51 Abs. 2 SchKG).
- (2) Als Forderungsurkunde und deren Datum ist die Schuldbriefforderung (Papier-Schuldbrief oder Registerschuldbrief) zu bezeichnen (Art. 67 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG und Rechtsprechung des Bundesgerichts).
- (3) Es sind zusätzlich zu bezeichnen:
 - a. das Grundpfand (Art. 151 Abs. 1 SchKG);
 - b. der Ort, wo das Pfand liegt (Art. 151 Abs. 1 SchKG);
 - c. Name und Adresse eines allfälligen Dritteigentümers (Art. 151 Abs. 1 lit. a SchKG);
 - d. die Angabe, ob das Pfand dem Schuldner oder dem Dritteigentümer als Familienwohnung oder gemeinsame Wohnung dient (Art. 151 Abs. 1 lit. b SchKG);
 - e. ein ausdrücklicher Hinweis der Gläubigerin für den Fall, dass auf dem Grundstück Miet- oder Pachtverträge bestehen und die Ausdehnung der Pfandhaft auf die Miet- oder Pachtzinsforderungen verlangt wird (Art. 152 Abs. 2 SchKG).

Im Rechtsöffnungsverfahren hat die Gläubigerin folgende Unterlagen einzureichen (die nachstehenden Urkunden müssen bereits im Zeitpunkt der Betreibung vorliegen):

- (1) Ein Papier-Schuldbrief, ein Grundbuchauszug mit entsprechendem Anhang (Pfandvertrag, Register-Schuldbrief), ein Errichtungsvertrag (inkl. Eintragungsvisum des Grundbuchamtes), ein Grundpfandtitel oder eine Inhaberoobligation mit Grundpfandverschreibung (als Rechtsöffnungstitel für die Grundpfandforderung und das Grundpfandrecht in der Betreibung auf Grundpfandverwertung);
- (2) allfällige zugehörige Vereinbarungen über eine Nebenbestimmung im Sinne von Art. 846 Abs. 2 ZGB (als Beweis für die Behauptungen betreffend die Fälligkeit der Schuldbriefforderung);
- (3) allfällige zugehörige Kündigungsschreiben und zugehörige Zustellungs-/Empfangsbescheinigungen (als Beweis für die Behauptungen betreffend die Fälligkeit der Schuldbriefforderung);
- (4) ein allfälliger Rechtsöffnungstitel für die Grundforderung (als Beweis für die Behauptungen betreffend die Fälligkeit der grundpfandgesicherten Grundforderung);
- (5) allfällige zugehörige Zusatzvereinbarungen, Kündigungsschreiben und zugehörige Zustellungs-/Empfangsbescheinigungen (als Beweis für die Behauptungen betreffend die Fälligkeit der grundpfandgesicherten Grundforderung).

Es kann zwar sein, dass der betriebene Schuldner keinen Rechtsvorschlag erhebt und dadurch die richterliche Überprüfung des Betreibungsbegehrens ausbleibt. Dadurch würde weder die Identität der betriebenen Forderung noch deren Fälligkeit überprüft werden. Kommt

es jedoch zu einem Rechtsöffnungsverfahren, so muss der Rechtsöffnungsrichter bei falsch oder verfrüht eingereichtem Betreibungsbegehren die Rechtsöffnung mangels gültigen Rechtsöffnungstitels von Amtes wegen verweigern. Da es sich bei den betriebenen Forderungen erwartungsgemäss um hohe Beträge handelt, lohnt es sich für die Gläubigerin nicht, die vorstehenden Hinweise zu missachten und darauf zu hoffen, dass kein Rechtsvorschlag erhoben wird. Der Gläubigerin muss bewusst sein, dass sie in einem allfälligen Rechtsöffnungsverfahren keinerlei Erfolgchancen haben würde. Da ein Rechtsöffnungsentscheid lediglich bezüglich der betreffenden Betreibung in formelle Rechtskraft erwächst und einer Abweisung somit nicht *res iudicata*-Wirkung zukommt,⁶⁸ steht es der Gläubigerin zwar jederzeit offen, den Schuldner erneut auf Grundpfandverwertung zu betreiben. Seitens der Gläubigerin bedarf es dennoch eines besonderen Bewusstseins für die zusätzlichen Hürden im Betreibungsverfahren auf Pfandverwertung, um unnötige Verfahren und Kosten zu vermeiden. Bei der Betreibung auf Pfandverwertung hat die Gläubigerin schliesslich den Vorteil, dass sie schnell und ohne den Aufwand des Pfändungsverfahrens direkt die Verwertung verlangen kann. Ebendiesem Zeit- wie auch Aufwandfaktor büsst sie jedoch ein, wenn sie dem Betreibungsbegehren nicht besondere Aufmerksamkeit schenkt. Um dieses Bewusstsein stärken zu können, erscheint eine entsprechende Anpassung der aktuell publizierten Hinweise zur Betreibung auf Grundpfandverwertung sinnvoll. Dadurch könnten Betreibungsämter und Rechtsöffnungsrichter entlastet werden, da nach Abweisung der Rechtsöffnungsgesuche wohl die meisten Gläubigerinnen erneut ein Betreibungsverfahren einleiten werden.

Sollte ein Betreibungsbeamter gestützt auf die von diversen Ämtern publizierten Ausführungen (siehe I.) einer Gläubigerin vor dem Ausfüllen der Betreibung eine Auskunft geben, könnte die später chancenlos unterliegende Gläubigerin unter Umständen gar eine Staatshaftung aus Art. 5 SchKG für den ihr erwachsenen Schaden geltend machen wollen. Der entsprechende Schaden, bestehend insbesondere aus Gerichtskosten und Parteientschädigung, welche bemessen an den doch meist höheren Streitwerten grundsätzlich ebenfalls höher ausfallen,⁶⁹ und den eigenen Prozessaufwänden, wird erwartungsgemäss nicht unerheblich ausfallen. Es liegt folglich auch im Interesse der betroffenen Gemeinwesen, die entsprechenden Hinweise zu ergänzen, um falsche oder irreführende Auskünfte und damit einen möglichen Haftungsfall zu vermeiden.

⁶⁸ BGE 100 III 48 E. 3; STÜCHELI (FN 14), 157 f.; BSK SchKG I-STAEHELIN (FN 9), Art. 84 N 81.

⁶⁹ Art. 48 Gebührenverordnung zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 23. September 1996 (GebV SchKG; SR 281.35); vgl. z.B. für Kt. ZH § 2 ff. und § 9 Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (AnwGebV; ON 215.3) oder Kt. SG Art. 13 ff. und Art. 16 Honorarordnung vom 22. April 1994 (HonO; sGS 963.75).