

C3 13 38

**ENTSCHEID VOM 27. AUGUST 2013**

**Kantonsgericht Wallis  
Zivilkammer**

Hermann Murmann, Einzelrichter; Dr. Adrian Walpen, Gerichtsschreiber

**in Sachen**

X \_\_\_\_\_, Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt A \_\_\_\_\_

**gegen**

Y \_\_\_\_\_, Beschwerdegegner, vertreten durch Rechtsanwalt B \_\_\_\_\_

(Rechtsöffnung)

Beschwerde gegen den Rechtsöffnungsentscheid des Bezirksgerichts C \_\_\_\_\_  
vom 20. Februar 2013

## Verfahren

**A.** Die X\_\_\_\_\_ betrieb Y\_\_\_\_\_ mit Zahlungsbefehl Nr. xxx des Betreibungs- und Konkursamtes des Bezirkes C\_\_\_\_\_ vom 10. Juli 2012 für den Betrag von Fr. 21'000.-- nebst Zins zu 5 % seit dem 5. Mai 2011.

Nachdem Y\_\_\_\_\_ Rechtsvorschlag erhoben hatte, verlangte die X\_\_\_\_\_ mit Eingabe vom 8. Januar 2013 für den Betrag von Fr. 21'000.-- nebst Zins zu 5 % seit dem 5. Mai 2011 die provisorische Rechtsöffnung. Diese wies das Bezirksgericht C\_\_\_\_\_ mit Rechtsöffnungsentscheid vom 20. Februar 2013 ab.

**B.** Dagegen reichte die X\_\_\_\_\_ (nachfolgend Beschwerdeführerin) am 11. März 2013 beim Kantonsgericht Beschwerde mit folgenden Rechtsbegehren ein:

1. Der Rechtsöffnungsentscheid vom 20.02.2013 ist aufzuheben.
2. Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. xxx ist zu beseitigen und der X\_\_\_\_\_ ist für den Betrag von CHF 21'000.-- nebst Zins zu 5% ab dem 05.05.2011 die provisorische Rechtsöffnung zu erteilen.
3. Der Beschwerdeführerin wird eine angemessene Parteientschädigung zugesprochen.
4. Die Kosten von Verfahren und Entscheid gehen zu Lasten des Beschwerdegegners.

Das Bezirksgericht C\_\_\_\_\_ übermittelte dem Kantonsgericht am 13. März 2013 die betreffenden Akten und nahm am 3. April 2013 zur Beschwerde Stellung.

Y\_\_\_\_\_ (nachfolgend Beschwerdegegner) reichte am 8. April 2013 die Beschwerdeantwort mit folgenden Rechtsbegehren ein:

1. Die Beschwerde der X\_\_\_\_\_ vom 11. März 2013 ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Sämtliche Kosten von Verfahren und Entscheid gehen zu Lasten der X\_\_\_\_\_.
3. Herrn Y\_\_\_\_\_ ist für das vorliegende Verfahren eine Parteientschädigung gemäss GTAR zuzusprechen.

## Erwägungen

### 1.

**1.1** Gemäss Art. 319 Abs. 1 lit. a ZPO sind nicht berufungsfähige erstinstanzliche End- und Zwischenentscheide mit Beschwerde anfechtbar. Rechtsöffnungsentscheide unterliegen laut Art. 309 lit. b Ziff. 3 ZPO nicht der Berufung, können somit innert zehn Tagen (Art. 321 Abs. 2 ZPO i.V.m. Art. 251 lit. a ZPO) mittels schriftlicher und begründeter Beschwerde bei der Zivilkammer des Kantonsgerichts angefochten werden, wobei ein Einzelrichter entscheiden kann (Art. 319 ff. ZPO; Art. 30 Abs. 2 EGSchKG; Art. 5 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 lit. c EGZPO).

**1.2** Die klagende Partei muss gemäss Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO ein schutzwürdiges Interesse haben. Der Kläger muss somit durch den angefochtenen Entscheid beschwert sein (Zürcher, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], Zürich/Basel/Genf 2010, N. 12 ff. zu Art. 59 ZPO). Die Beschwerdeführerin ist vorliegend als Partei vor der Vorinstanz und Gesuchstellerin, welcher die provisorische Rechtsöffnung verweigert wurde, zur Beschwerdeführung legitimiert.

**1.3** Die Beschwerde erfolgte frist- und formgerecht (Art. 321 Abs. 1 und 2 ZPO), weshalb darauf einzutreten ist.

**2.** Mit Beschwerde kann die unrichtige Rechtsanwendung sowie die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO).

**2.1** Die Rüge der unrichtigen Rechtsanwendung prüft die Beschwerdeinstanz mit freier Kognition; die Beschwerde hinsichtlich der Sachverhaltsfeststellung hingegen unterliegt einer beschränkten Kognition (Freiburghaus/Afeldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich/Basel/Genf 2010, N. 4 f. zu Art. 320 ZPO).

**2.2** In Übereinstimmung mit der bisherigen kantonalen Nichtigkeitsklage gilt für die Beschwerde das Rügeprinzip, das sich aus der Begründungspflicht des Rechtsmittels ergibt (Ducrot/Fux, Neue Gesetzgebung im Bereich der Gerichtsorganisation und der Zivilprozessordnung: Praktische Auswirkungen im Kanton Wallis, ZWR 2011, S. 111; Sterchi, Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II, Bern 2012, N. 17 zu Art. 321 ZPO; Gasser/Rickli, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar, Zürich 2010, N. 6 zu Art. 311 ZPO; Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, Zürich 2008, § 26 N. 42; a. M.: Mathys, in: Baker & McKenzie [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Bern 2010, N. 19 zu Art. 311 ZPO). Die Rechtsmittelinstanz prüft demnach lediglich die in der Beschwerde vorgebrachten und genügend substantiierten Rügen, wobei rein appellatorische Vorbringen diese Anforderungen nicht erfüllen.

Im Übrigen kann die Zivilkammer den angefochtenen Entscheid, da sie das Recht von Amtes wegen anzuwenden hat, im Ergebnis mit einer von der Vorinstanz abweichenden Begründung bestätigen (zur sogenannten Motivsubstitution vgl. BGE 136 III 247 E. 4, 132 II 257 E. 2.5).

**2.3** Im Beschwerdeverfahren sind zudem neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel von Gesetzes wegen bis auf einzelne besondere Vorbehalte ausdrücklich ausgeschlossen (Art. 326 ZPO). Diese negative Novenregelung entspricht dem ausserordentlichen Charakter der Beschwerde, welche eher einer kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde als einem kantonalen Rekurs gleicht (Spühler, in: Spühler et. al. [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010, N. 2 zu Art. 326 ZPO). Mithin führt die Beschwerde das erstinstanzliche Verfahren nicht weiter, sondern die Beschwerdeinstanz urteilt nach den vor erster Instanz abgenommenen Beweisen.

### **3.**

**3.1** Die Beschwerdeführerin beantragte die provisorische Rechtsöffnung gestützt auf eine am 5. Mai 2011 zwischen den Parteien abgeschlossene Vereinbarung „Aufstellung Ausstand Y\_\_\_\_\_ <> X\_\_\_\_\_“, wonach der Ausstand, welchen der Beschwerdegegner gegenüber der Beschwerdeführerin per 5. Mai 2011 hatte, auf pauschal Fr. 21'000.-- festgesetzt wurde. Die Forderung geht zurück auf einen zwischen den Parteien abgeschlossenen Werkvertrag betreffend die Lieferung und den Einbau von Fenstern und Balkontüren in einem neu erstellten Mehrfamilienhaus in D\_\_\_\_\_.

Die Vorinstanz verweigerte die provisorische Rechtsöffnung, da der Beschwerdegegner gemäss Basler Rechtsöffnungspraxis glaubhaft gemacht habe, dass seitens der Beschwerdeführerin nicht alle Arbeiten ausgeführt worden seien.

**3.2** Die Beschwerdeführerin machte in ihrer Beschwerde vom 11. März 2013 im Wesentlichen geltend, der Rechtsöffnungsrichter habe zu Unrecht auf die Basler Rechtsöffnungspraxis abgestellt, da in casu eine vom Beschwerdegegner anerkannte Schuldanerkennung vorliege. Der Einwand des Beschwerdegegners, die Schuldanerkennung sei so zu verstehen, dass die Beschwerdeführerin den Betrag zugute habe, sie aber vorher die Arbeiten noch fertig zu machen habe, sei in keiner Weise relevant, insbesondere da auf der Schuldanerkennung kein Vorbehalt in dieser Hinsicht angebracht worden sei. Der Rechtsöffnungsrichter sei in unzulässiger Weise vom Werkvertrag als provisorischen Rechtsöffnungstitel ausgegangen und habe damit Art. 82 SchKG verletzt. Selbst wenn die Vorbringen gemäss Basler Rechtsöffnungspraxis möglich sein sollten, sei mit dem Kurzgutachten von E\_\_\_\_\_ vom 7. April 2011 nicht glaubhaft gemacht, dass die Gegenleistung nicht ordnungsgemäss erbracht worden sei, da die Schuldanerkennung später unterzeichnet worden sei.

Der Beschwerdegegner führte in seiner Beschwerdeantwort vom 8. April 2013 aus, die „Aufstellung Ausstand Y\_\_\_\_\_ <> X\_\_\_\_\_“ basiere auf einem Werkvertrag zwischen den gleichnamigen Parteien. In dieser Vereinbarung seien weder die vertraglichen Verpflichtungen verändert noch irgendwelche Verzichte auf die

Geltendmachung werkvertraglicher Forderungen geregelt worden. Insbesondere sei in dieser Aufstellung von Seiten der Partei Y\_\_\_\_\_ auch nicht auf die Geltendmachung von Mängeln verzichtet worden. Das Schreiben vom 6. Mai 2011, mit welchem die Beschwerdeführerin die Überweisung der in der Vereinbarung vom 5. Mai 2011 genannten Fr. 21'000.-- verlange, damit ein reibungsloser Arbeitsablauf gewährleistet sei, beweise, dass die Beschwerdeführerin zum damaligen Zeitpunkt noch nicht alle Arbeiten fertig gestellt hatte, geschweige, dass zum Zeitpunkt des Abschlusses der Aufstellung vom 5. Mai 2011 von Seiten der Partei Y\_\_\_\_\_ auf die Geltendmachung von Mängeln verzichtet worden sei. Es sei offenkundig, dass die Aufstellung vom 5. Mai 2011 bezüglich der Ausstände zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger im Rahmen einer werkvertraglichen Bereinigung gegenseitiger Verpflichtungen erfolgt sei. Die Aufstellung vom 5. Mai 2011 könne daher nicht als vom Rest der Vertragsbeziehung isoliertes Dokument gewertet werden.

### **3.3**

**3.3.1** Die Beschwerdeführerin rügt eine unrichtige Anwendung von Art. 82 SchKG, insbesondere eine unzulässige Anwendung der sogenannten Basler Rechtsöffnungspraxis. Diese Rüge kann mit voller Kognition geprüft werden.

Nach Art. 82 Abs. 1 und 2 SchKG kann der Richter die provisorische Rechtsöffnung erteilen, wenn die Forderung auf einer durch öffentliche Urkunde festgestellten oder durch Unterschrift bekräftigten Schuldanerkennung beruht und diese nicht durch Einwendungen des Betriebenen entkräftet wird. Wer somit provisorische Rechtsöffnung begehrt, muss als Titel eine derartige Schuldanerkennung vorlegen. Eine solche Schuldanerkennung im Sinne von Art. 82 Abs. 1 SchKG liegt vor, wenn daraus der vorbehalts- und bedingungslose Wille des Betriebenen hervorgeht, dem Betreibenden eine bestimmte oder leicht bestimmbare Geldsumme zu zahlen. Dabei kann sich die Schuldanerkennung auch aus einer Gesamtheit von Urkunden ergeben, sofern die notwendigen Elemente daraus hervorgehen. Dies bedeutet, dass die unterzeichnete Urkunde auf die Schriftstücke, welche die Schuld betragsmässig ausweisen, klar und unmittelbar Bezug nehmen bzw. verweisen muss (BGE 136 III 627 E. 2 mit Hinweis). Die Schuldanerkennung muss nicht juristisch korrekt abgefasst sein, es muss sich jedoch eindeutig daraus ergeben, dass sich der Schuldner zur Zahlung verpflichtet fühlt (Stahelin: in Stahelin/Bauer/Stahelin (Hrsg.), Basler Kommentar, SchKG I, Zürich/Basel/Genf 2010, 2. A., N. 21 zu Art. 82 SchKG).

Bei vollkommen zweiseitigen Verträgen kann gemäss der heute herrschenden, so genannten "BASLER Rechtsöffnungspraxis" provisorische Rechtsöffnung erteilt werden, a) solange der Schuldner im Rechtsöffnungsverfahren nicht behauptet, die Gegenleistung sei nicht oder nicht ordnungsgemäss erbracht worden, oder b) wenn der Schuldner zwar behauptet, die Gegenleistung sei nicht oder nicht ordnungsgemäss erbracht worden, diese Behauptung aber offensichtlich haltlos ist, oder c) wenn der Gläubiger die Behauptung des Schuldners, die Gegenleistung sei nicht oder nicht ordnungsgemäss erbracht worden, sofort durch Urkunden liquide widerlegen kann, oder d) wenn der Schuldner gemäss Vertrag vorleisten muss (Stahelin, a.a.O., N. 99 zu Art. 82 SchKG mit Hinweisen). Da im summarischen Rechtsöffnungsverfahren nicht abgeklärt werden kann, ob eine quantitativ oder qualitativ mangelhafte Leistung

erbracht worden ist, genügt gemäss herrschender Praxis somit grundsätzlich eine entsprechende Behauptung, um das gesamte Rechtsöffnungsverfahren zu Fall zu bringen. Nur wer die Behauptung des Schuldners, der Vertrag sei mangelhaft erfüllt worden, sofort durch Urkunden liquide widerlegen kann, soll seinen Anspruch im summarischen Verfahren durchsetzen können (Stahelin, a.a.O., N. 102 zu Art. 82 SchKG; vgl. auch BGE 131 III 268 E. 3.2 in fine mit weiteren Hinweisen).

Demgegenüber steht dem Schuldner die Einrede nicht zu, sofern es sich nicht um einen vollkommen zweiseitigen (synallagmatischen) Vertrag handelt und die angebliche nicht erbrachte Gegenleistung nicht in einem Austauschverhältnis zu seiner eigenen Leistung steht. Zudem muss die Verpflichtung zur Erbringung der Gegenleistung aus dem schriftlichen Vertrag ersichtlich sein oder sich zumindest daraus ableiten lassen, ein allfälliges Leistungsverweigerungsrecht aufgrund einer mündlichen Nebenabrede muss vom Schuldner glaubhaft gemacht werden (Stahelin, a.a.O., N. 101 zu Art. 82).

Insgesamt drängt sich eine gewisse Zurückhaltung bei der Gewährleistung der Rechtsöffnung auf, da das summarische Rechtsöffnungsverfahren nur dem Gläubiger der Geldleistung zur Verfügung steht (Stahelin, a.a.O., N. 98 zu Art. 82) und in einem solchen viele heikle Fragen wie mangelhafte Leistung und Gewährleistungsvorschriften nicht geklärt werden können (Stahelin, a.a.O., N. 102 zu Art. 82).

**3.3.2** Die Parteien haben am 26. November 2009 einen Werkvertrag betreffend die Lieferung und Montage von Fenstern und Balkontüren für den Neubau des Mehrfamilienhauses F\_\_\_\_\_ in D\_\_\_\_\_ abgeschlossen.

Am 8. Oktober 2010 zeigte der Beschwerdegegner bei der Beschwerdeführerin diverse Mängel an. Ein vom Beschwerdegegner in Auftrag gegebenes Privatgutachten von E\_\_\_\_\_, Büro für Holztechnik, vom 7. April 2011 stellte namentlich fest, dass die geforderte Farbschichtdicke nicht vorhanden sei. Am 5. Mai 2011 schlossen die Parteien die bereits genannte Vereinbarung über den Pauschalbetrag von Fr. 21'000.-- ab, wobei damit nicht auf die geltend gemachten Mängelrechte verzichtet wurde, hat doch die Beschwerdeführerin tags darauf, d.h. am 6. Mai 2011, den Beschwerdegegner aufgefordert, die Fr. 21'000.-- zu überweisen, damit ein reibungsloser Arbeitsablauf gewährleistet sei. Damit brachte die Beschwerdeführerin das Austauschverhältnis zwischen ihrer Leistung und jener des Beschwerdegegners selbst zum Ausdruck. Ohne den Entscheid des ordentlichen Richters vorweg zu nehmen, ist im vorliegenden summarischen Verfahren davon auszugehen, dass die Parteien mit der Vereinbarung vom 5. Mai 2011 ihre vertraglichen Beziehungen nicht liquidieren wollten, mithin weiterhin eine Leistungspflicht der Beschwerdeführerin bestand. Am 4. Oktober 2011 erfolgte sodann eine weitere Mängelrüge seitens des Beschwerdegegners.

Die Vereinbarung vom 5. Mai 2011 darf aufgrund der soeben gemachten Ausführungen, namentlich unter Berücksichtigung des Schreibens der Beschwerdeführerin vom 6. Mai 2011, nicht isoliert betrachtet werden. Der in der Vereinbarung genannte Anspruch basiert auf dem Werkvertrag vom 26. November

2009. Im Zahlungsbefehl vom 10. Juli 2012 wird als Forderungsurkunde/Grund der Forderung denn auch der „Werkvertrag Überbauung MFH F\_\_\_\_\_“ genannt.

Die Vorinstanz ist deshalb zu Recht davon ausgegangen, dass die Forderung auf einem Werkvertrag und damit auf einem synallagmatischen Vertrag beruht, weshalb die Basler Rechtsöffnungspraxis anwendbar ist. Dabei erweist sich die vom Beschwerdegegner aufgestellte Behauptung, die Leistung der Beschwerdeführerin sei nicht ordnungsgemäss erbracht worden, namentlich aufgrund des Privatgutachtens vom 7. April 2011, nicht als offensichtlich haltlos. Da die Behauptung durch die Beschwerdeführerin nicht durch Urkunden liquide widerlegt werden konnte, bestehen nach Ansicht des Kantonsgerichts zumindest Zweifel an einer ordnungsgemässen Vertragserfüllung durch die Beschwerdeführerin. Die rechtzeitige Erhebung von Mängelrügen wurde von der Beschwerdeführerin nicht bestritten. Im summarischen Rechtsöffnungsverfahren kann gemäss herrschender Praxis nicht abgeklärt werden, ob eine qualitativ mangelhafte Leistung erbracht worden ist. Diese heikle materiellrechtliche Frage ist nicht vom Rechtsöffnungsrichter (BGE 115 III 97 E. 4b; 124 III 501 E. 3a), sondern vom Sachrichter zu beurteilen. Zudem ergibt sich aus dem Werkvertrag keine Vorleistungspflicht des Beschwerdegegners. Das Rechtsöffnungsgesuch wurde deshalb zu Recht abgewiesen und die Beschwerde erweist sich als unbegründet.

#### **4.**

**4.1** Das Gericht hat in seinem Entscheid die Prozesskosten von Amtes wegen festzulegen (Art. 104 f. ZPO). Diese umfassen sowohl die Gerichtskosten als auch die Parteientschädigung (Art. 95 ZPO). Die Prozesskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Höhe der Prozesskosten richtet sich nach kantonalem Recht (Art. 96 ZPO); für den Kanton Wallis nach dem Gesetz betreffend den Tarif der Kosten und Entschädigung vor Gerichts- oder Verwaltungsbehörden (GTar) vom 11. Februar 2009, wobei gemäss Art. 1 Abs. 3 GTar die Bestimmungen der Spezialgesetzgebung vorbehalten bleiben.

**4.2** Die Gebührenverordnung zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 23. September 1996 (GebV SchKG) bestimmt in Art. 61, dass das obere Gericht, an das eine betreibungsrechtliche Summarsache (Art. 251 ZPO) weitergezogen wird, für seinen Entscheid eine Gebühr erheben kann, die höchstens das Anderthalbfache der für die Vorinstanz zulässigen Gebühr beträgt. Art. 48 GebV SchKG sieht für einen Streitwert von über Fr. 10'000.-- bis Fr. 100'000.-- eine Spruchgebühr von Fr. 60.-- bis Fr. 500.-- vor.

**4.3** Dem Verfahrensausgang entsprechend sind die Kosten des vorliegenden Verfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen. Die Spruchgebühr wird auf Fr. 450.-- festgesetzt (Art. 61 Abs. 1 i.V.m. Art. 48 GebV SchKG) und mit dem von der Beschwerdeführerin in entsprechender Höhe geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.

**4.4** Der obsiegende Beschwerdegegner hat grundsätzlich einen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 106 Abs. 1 und Art. 95 ZPO). Bei der Bemessung der Entschädigung wird dem geschätzten zeitlichen Aufwand des Anwalts, der

Schwierigkeit der sich stellenden Rechtsfragen und der mit dem Fall verbundenen Verantwortung, die sich auch aus der Höhe des Streitwerts zeigt, Rechnung getragen (BGE 119 III 69, E. 3a/b). Das Dossier war nicht allzu umfangreich und es stellte sich lediglich eine Rechtsfrage. Unter Berücksichtigung dieser Kriterien rechtfertigt es sich dem Beschwerdegegner für das vorliegende Verfahren eine Entschädigung von Fr. 500.-- (inkl. Auslagen) zuzusprechen (Art. 33 GTar).

### **Das Kantonsgericht erkennt**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr von Fr. 450.-- wird der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem Kostenvorschuss verrechnet.
3. Die Beschwerdeführerin bezahlt dem Beschwerdegegner eine Parteient-schädigung von Fr. 500.--.

Sitten, 27. August 2013