



**5A\_84/2021**

**Urteil vom 17. Februar 2022**

**II. zivilrechtliche Abteilung**

Besetzung  
Bundesrichterin Escher, präsidierendes Mitglied,  
Bundesrichter Marazzi, Bovey,  
Gerichtsschreiber Dürst.

Verfahrensbeteiligte  
A. \_\_\_\_\_ AG,  
vertreten durch Rechtsanwalt Matthias Geiser,  
Beschwerdeführerin,

*gegen*

B. \_\_\_\_\_,  
vertreten durch Rechtsanwalt Urban Baumann,  
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand  
Provisorische Rechtsöffnung,

Beschwerde gegen den Beschluss des Kantonsgerichts Schwyz, Beschwerdekammer, vom 21. Dezember 2020 (BEK 2020 129).

**Sachverhalt:**

**A.**

**A.a.** B. \_\_\_\_\_ gewährte mit Darlehensvertrag vom 21. September 2011 der A. \_\_\_\_\_ AG ein zu 5% pro Jahr verzinsliches Darlehen von Fr. 50'000.-- auf unbestimmte Dauer. Mit einem weiteren Darlehensvertrag vom 12. November 2012 gewährte B. \_\_\_\_\_ der A. \_\_\_\_\_ AG ein zusätzliches Darlehen von Fr. 10'000.-- zu denselben Konditionen.

**A.b.** Mit Zahlungsbefehl Nr. xxx des Betreibungsamtes Höfe vom 14. November 2019 betrieb B. \_\_\_\_\_ die A. \_\_\_\_\_ AG für den Betrag von Fr. 94'459.60. Die A. \_\_\_\_\_ AG erhob dagegen Rechtsvorschlag.

**A.c.** Am 19. Dezember 2019 ersuchte B. \_\_\_\_\_ das Bezirksgericht Höfe um Gewährung der provisorischen Rechtsöffnung für einen Betrag von Fr. 83'295.80 plus Zins zu 5% seit dem 18. Oktober 2019. Mit Verfügung vom 3. August 2020 erteilte das Bezirksgericht Höfe die provisorische Rechtsöffnung für den Betrag von Fr. 60'000.-- sowie für Fr. 23'295.80, jeweils zuzüglich Zins.

## B.

Die A. \_\_\_\_\_ AG wandte sich gegen die Erteilung der Rechtsöffnung an das Kantonsgericht Schwyz. Mit Entscheid vom 21. Dezember 2020 wies das Kantonsgericht die Beschwerde ab.

## C.

Mit Eingabe vom 1. Februar 2021 ist die A. \_\_\_\_\_ AG an das Bundesgericht gelangt. Die Beschwerdeführerin beantragt im Wesentlichen die Aufhebung des Entscheids des Kantonsgerichts sowie die Abweisung des Rechtsöffnungsgesuchs von B. \_\_\_\_\_ (Beschwerdegegnerin). Die Beschwerdeführerin beantragt zudem die aufschiebende Wirkung. Die Beschwerdegegnerin widersetzte sich diesem Gesuch. Das Kantonsgericht hat auf eine Stellungnahme verzichtet. Mit Präsidialverfügung vom 16. Februar 2021 ist das Gesuch um aufschiebende Wirkung abgewiesen worden.

Das Bundesgericht hat die kantonalen Akten, indes keine Vernehmlassungen in der Sache eingeholt.

## Erwägungen:

### 1.

**1.1.** Die Beschwerde richtet sich gegen den Endentscheid einer letzten kantonalen Instanz, die als oberes Gericht auf Rechtsmittel hin über eine vermögensrechtliche Schuldbetreibungs- und Konkursache geurteilt hat (Art. 72 Abs. 2 lit. a, 75 und 90 BGG). Die gesetzliche Streitwertgrenze von Fr. 30'000.-- (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG) ist erreicht. Die Beschwerdefrist (Art. 100 Abs. 1 BGG) ist eingehalten. Auf die Beschwerde ist einzutreten.

**1.2.** Mit der vorliegenden Beschwerde kann insbesondere die Verletzung von Bundesrecht gerügt werden (Art. 95 lit. a BGG). In der Beschwerde ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht verletzt (Art. 42 Abs. 2 BGG; **BGE 143 I 377** E. 1.2). Die Verletzung verfassungsmässiger Rechte ist ebenfalls zu begründen, wobei hier das Rügeprinzip gilt (Art. 106 Abs. 2 BGG; **BGE 142 III 364** E. 2.4).

**1.3.** Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Gegen die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz kann einzig vorgebracht werden, sie seien offensichtlich unrichtig, d.h. willkürlich (**BGE 140 III 264** E. 2.3 mit Hinweis), oder sie würden auf einer anderen Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG (z.B. Art. 29 Abs. 2 BV oder Art. 8 ZGB) beruhen. Ausserdem muss in der Beschwerde aufgezeigt werden, inwiefern die Behebung der vorerwähnten Mängel für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 BGG; **BGE 137 III 226** E. 4.2 mit Hinweis). Es gilt das strenge Rügeprinzip nach Art. 106 Abs. 2 BGG (**BGE 144 V 50** E. 4.1). Auf ungenügend substantiierte Rügen und rein appellatorische Kritik am Sachverhalt tritt das Bundesgericht nicht ein (**BGE 141 IV 317** E. 5.4, 249 E. 1.3.1; **140 III 264** E. 2.3; je mit Hinweisen). Tatfrage ist auch die Beweiswürdigung. Die Anfechtung der diesbezüglichen vorinstanzlichen Feststellungen unterliegt ebenfalls der qualifizierten Begründungspflicht (Urteil **5A\_907/2019** vom 27. August 2021 E. 2.3 mit Hinweis).

### 2.

Die Beschwerdeführerin rügt die vorinstanzliche Feststellung des Sachverhalts als willkürlich.

**2.1.** Die Vorinstanz kam zum Ergebnis, es sei rechtsgenügend dargelegt, dass die Auszahlung gemäss der Belastungsanzeige vom 17. Mai 2010 die Darlehenssumme des Vertrages vom 21. September 2011 betrifft. Es würdigte dabei, dass auf der entsprechenden Belastungsanzeige als Mitteilung/Zahlungsgrund "Darlehen" vermerkt gewesen sei und die beiden Beträge auch in ihrer Höhe übereinstimmen würden. Die zeitliche Diskrepanz zwischen Zahlung und Unterzeichnung des Vertrages sei glaubhaft damit begründet worden, dass ein Vertrauensverhältnis zwischen der Beschwerdegegnerin und einem Organ der Beschwerdeführerin bestand und eine (vorerst) mündliche Darlehensgewährung nachträglich in Schriftform gegossen worden sei. Die Beschwerdeführerin habe auch keine andere Erklärung für die Überweisung geboten. Die Vorinstanz würdigte schliesslich Ziff. 2 des Darlehensvertrages vom 21. September 2011 ("Der Darlehensvertrag erhält mit der nachweislichen Überweisung des Darlehensbetrages durch die Darlehensgeberin an die Darlehensnehmerin und mit der Unterzeichnung dieses Darlehensvertrages Rechtskraft"). Diese

Klausel liesse entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin offen, ob die Darlehenssumme erst nach der Unterzeichnung des Darlehensvertrages zu übergeben gewesen wäre, da sie keine zukünftige Überweisung, sondern nur den Nachweis einer (zeitlich nicht bestimmten) Überweisung voraussetze.

**2.2.** Den gegen diese Beweiswürdigung vorgetragene Einwände der Beschwerdeführerin ist von vornherein kein Erfolg beschieden. Die Beschwerdeführerin hält der vorinstanzlichen Begründung einzig ihre eigene, gegenteilige Würdigung des Sachverhaltes entgegen, indem sie die zeitliche Diskrepanz zwischen Auszahlung und Vertragsschluss hervorhebt sowie Ziff. 2 des Vertrages gegenteilig auslegt. Sie zieht daraus den (pauschalen) Schluss, dass die Annahme einer nachträglichen schriftlichen Festlegung eines vormalig mündlichen Darlehensvertrages "jeder vernünftigen Betrachtungsweise und der allgemeinen Lebenserfahrung widersprechen" würde. Damit verfehlt die Beschwerdeführerin die Anforderungen an eine hinreichend begründete Willkürüge (vgl. oben E. 1.3). Sie geht in ihrer Beschwerde nicht hinreichend auf die (persönlichen) Hintergründe des Vertragsschlusses ein und zeigt nicht im Einzelnen auf, inwiefern die daraus gezogenen Schlüsse der Vorinstanz willkürlich sind. Diese bilden jedoch ein wesentliches Element der vorinstanzlichen Beweiswürdigung. Auf diese Rüge ist deshalb nicht einzutreten. Es bleibt beim Sachverhalt, wie er von der Vorinstanz festgestellt worden ist.

### **3.**

Anlass zur Beschwerde gibt die Berücksichtigung der Urkunden (Belastungsanzeige vom 17. Mai 2010 und Verwaltungsrats-Sitzungsprotokoll vom 7. November 2011), welche die Aushändigung der Darlehen von Fr. 50'000.-- bzw. Fr. 10'000.-- an die Beschwerdeführerin beweisen sollen. Die Beschwerdeführerin ist der Auffassung, die Beschwerdegegnerin habe diese Noven erst in ihrer "Gesuchsreplik" vom 18. März 2020 und damit verspätet vorgebracht; sie hätten als "wesentliche Tatsachen" bereits im Rechtsöffnungsgesuch vorgetragen werden müssen.

#### **3.1.**

**3.1.1.** Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung tritt der Aktenschluss im summarischen Verfahren grundsätzlich nach einmaliger Äusserung jeder Partei ein (**BGE 146 III 237** E. 3.1; **144 III 117** E. 2.2; je mit Hinweisen). Die Beschränkung auf einen einfachen Schriftenwechsel ändert jedoch nichts daran, dass den Parteien das Recht zusteht, zu jeder Eingabe der Vorinstanz oder der Gegenpartei im Rahmen ihres verfassungsmässig garantierten Replikrechts Stellung zu nehmen, und zwar unabhängig davon, ob diese neue und erhebliche Gesichtspunkte enthält (**BGE 144 III 117** E. 2.1; **138 I 154** E. 2.3.3, 484 E. 2.4; je mit Verweisen). Unter der Geltung des Verhandlungsgrundsatzes kann die gesuchstellende Partei Noven nur unter den Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 lit. a oder b ZPO einbringen (vgl. **BGE 146 III 237** E. 3.1; ABBET, in: La mainlevée de l'opposition, Commentaire des articles 79 à **84** LP, 2017, N 98 zu Art. **84**; STAEHELIN, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl. **2021**, N. 52a zu Art. **84** SchKG). Im Interesse der Rechtssicherheit sollten Gerichte eindeutig angeben, ob sie ausnahmsweise einen zweiten Schriftenwechsel anordnen oder ob sie lediglich das Replikrecht gewähren (**BGE 146 III 237** E. 3.2; STAEHELIN, a.a.O., N. 52a zu Art. **84** SchKG; SOGO/BAECHLER, Aktenschluss im summarischen Verfahren, AJP 2020 S. 323).

**3.1.2.** Die Vorinstanz hat festgestellt, dass die Beschwerdeführerin in ihrer Gesuchsantwort vom 10. Februar 2020 den Einwand der Nichtbezahlung der Darlehen vorbrachte. Daraufhin habe das Rechtsöffnungsgericht der Beschwerdegegnerin eine Frist zur Stellungnahme eingeräumt und dabei festgehalten, dass der Aktenschluss eingetreten sei und Noven nur noch unter den Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO vorgetragen werden könnten. In Übereinstimmung mit den dargelegten Grundsätzen schloss die Vorinstanz daraus, die Erstinstanz habe mit dieser Formulierung von einem zweiten Schriftenwechsel abgesehen, es hätte der Beschwerdegegnerin jedoch im Rahmen ihres (mit Frist eingeräumten) Replikrechts freigestanden, sich mit ihrer Stellungnahme vom 18. März 2020 zur Auszahlung der Darlehenssumme zu äussern. Soweit die Beschwerdeführerin davon ausgeht, der Beschwerdegegnerin stehe im Rechtsöffnungsverfahren nach Abschluss des Schriftenwechsels gar keine Möglichkeit zur Stellungnahme bzw. einer Noveneingabe gemäss Art. 229 Abs. 1 ZPO mehr zu, geht diese Annahme fehl. Es ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die Stellungnahme im Grundsatz zulies.

**3.2.** Es stellt sich somit die Frage, ob die Vorinstanz die mit der Stellungnahme vom 18. März 2020 eingereichten Urkunden als unechte Noven berücksichtigen durfte.

**3.2.1.** Waren neue Tatsachen und Beweismittel bereits vor Abschluss des Schriftenwechsels oder nach der letzten Instruktionsverhandlung vorhanden, werden sie nur noch berücksichtigt, wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden konnten (Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO). Was den Sorgfaltsmassstab gemäss Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO betrifft, so ist für das summarische Verfahren im Grundsatz zu berücksichtigen, dass das Recht zur Stellungnahme nicht zur nachträglichen Ergänzung oder Verbesserung des Gesuchs genutzt werden darf, zumal die Parteien im Summarverfahren zu Beginn des Verfahrens ohnehin nicht mit einem zweiten Schriftenwechsel rechnen dürfen (BGE 146 III 237 E. 3.1; 144 III 117 E. 2.2; Urteil 5A\_82/2015 vom 16. Juni 2015 E. 4.1, 4.2.1). Andererseits können Noven auch erst durch die Vorbringen der Gegenpartei veranlasst werden, da es der gesuchstellenden Partei weder möglich noch zumutbar ist, auf Vorrat sämtliche denkbaren Einreden und Einwendungen zu entkräften, mit denen der Prozessstoff in der Gesuchsantwort noch ausgedehnt werden kann (vgl. BGE 146 III 55 E. 2.5.2; 145 III 213 E. 6.1.3; SOGO/BAECHLER, a.a.O., S. 324; BAERISWYL, Replikrecht, Novenrecht und Aktenschluss, endloser Weg zur Spruchreife?, SJZ 2015 S. 519). Für den Sorgfaltsnachweis gemäss Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO ist unabdingbar, dass die Noveneingabe durch die Vorbringen der Gegenpartei kausal veranlasst wurde (BGE 146 III 55 E. 2.5.2.; REUT, Noven nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2017, Rz. 119, 311). Die Prüfung dieses Kausalzusammenhangs erfolgt anhand der Umstände des Einzelfalls (BGE 146 III 55 E. 2.5.2).

**3.2.2.** Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung taugt ein Darlehensvertrag über eine bestimmte Summe grundsätzlich als Rechtsöffnungstitel für die Rückzahlung des Darlehens, solange der Schuldner die Auszahlung nicht bestreitet (BGE 136 III 627 E. 2; 132 III 480 E. 4.2; Urteil 5A\_13/2020 vom 11. Mai 2020 E. 2.5.1; vgl. auch BGE 145 III 20 E. 4.3.2). Tut er dies, so hat der Gläubiger zusätzlich die Auszahlung nachzuweisen, denn der Darlehensvertrag begründet zunächst eine Verpflichtung zur Hingabe der Darlehensvaluta und die Rückzahlungspflicht der Gegenseite kann sich selbstredend erst dann aktualisieren, wenn der Hingabepflicht nachgelebt wurde (BGE 136 III 627 E. 2; Urteil 5A\_326/2011 vom 6. September 2011 E. 3.2). Diese Praxis bietet einer betreibenden Darlehensgläubigerin die Möglichkeit, vorerst nur den Darlehensvertrag als Rechtsöffnungstitel einzureichen und abzuwarten, ob und was die Schuldnerin einwendet (KAUFMANN, Ausgewählte Fragen des Rechtsöffnungsverfahrens: Replikrecht und Novenschranke Rechtskraft und Vollstreckung, in: Rechtsöffnung und Zivilprozess - national und international, 2014, S. 102; vgl. auch STAEHELIN, a.a.O., N 120 zu Art. 82 SchKG). Der gesuchstellenden Partei muss in der Folge die Gelegenheit zugestanden werden, sich zum Einwand der fehlenden Auszahlung des Darlehens zu äussern (vgl. VOCK/MEISTER-MÜLLER, SchKG-Klagen nach der Schweizerischen ZPO, S. 139; ABBET, a.a.O., N 98 zu Art. 84). Folglich kann der Beschwerdegegnerin in objektiver Hinsicht entgegen den Vorbringen der Beschwerdeführerin nicht angelastet werden, den Einwand nicht antizipiert bzw. die Auszahlung des Darlehens als Teil des Klagefundaments nicht bereits im Rechtsöffnungsgesuch mit entsprechenden Beweisofferten vorgebracht zu haben. Die Vorinstanz hat somit zu Recht darauf abgestellt, dass die Noven als kausale Reaktion (bzw. Provokation) auf die Einwendung der Schuldnerin folgte.

**3.2.3.** Die Vorinstanz prüfte zudem die Frage, ob die Beschwerdegegnerin damit habe rechnen müssen, dass die Beschwerdeführerin die Auszahlung der Darlehen in ihrer Gesuchsantwort bestreiten würde. Es zog dabei in Erwägung, dass zwar die Beschwerdeführerin in einem früheren Rechtsöffnungsverfahren Einwände gegen die Erteilung der Rechtsöffnung erhob. Diese Bestreitungen dürften jedoch keinen Einfluss auf den Inhalt des erneuten Rechtsöffnungsbegehrens haben. Die Beschwerdegegnerin durfte im Ergebnis nicht damit rechnen, dass die Beschwerdeführerin die Auszahlung des Darlehens bestreiten würde. Was die Berücksichtigung vorprozessual bekannter Einwände im Rahmen der (subjektiven) Sorgfaltsprüfung gemäss Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO betrifft (vgl. dazu HUBER-LEHMANN, Stolpersteine des Rechtsöffnungsverfahrens, in: Schneller Weg zum Recht, Praktische Herausforderungen ausgewählter Summarverfahren, Bern 2020, 50 ff.; STAEHELIN, a.a.O. N. 52a zu Art. 84 SchKG; SOGO/BAECHLER, a.a.O., S. 324 f.; FÜRST, Das Rechtsöffnungsverfahren, ZZZ 2016, S. 127; Urteil 5P.31/2002 vom 22. März 2002 E. 3.c) lassen sich der Beschwerde keine begründeten Vorbringen entnehmen, weshalb auf diesen Punkt nicht weiter einzugehen ist.

**3.3.** Im Ergebnis hat die Vorinstanz kein Bundesrecht verletzt, indem sie die im Rahmen des Replikrechts vorgetragenen (unechten) Noven zulies. Entgegen den Vorbringen der Beschwerdeführerin führt dies auch nicht zur Einführung eines doppelten Schriftenwechsels im

Rechtsöffnungsverfahren, da der Möglichkeit im Rahmen des Replikrechts Noven vorzubringen durch den Sorgfaltsnachweis inhaltlich enge Grenzen gesetzt wird.

**4.**

Der Beschwerde ist kein Erfolg beschieden, soweit darauf eingetreten werden kann. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig (Art. 66 Abs. 1 BGG). Ausgangsgemäss trägt die Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten (Art. 66 Abs. 1 BGG). Sie schuldet der Beschwerdegegnerin eine reduzierte Parteientschädigung für ihre Stellungnahme zum Gesuch um aufschiebende Wirkung der Beschwerde.

**Demnach erkennt das Bundesgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.

**2.**

Die Gerichtskosten von Fr. 3'500.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

**3.**

Die Beschwerdeführerin hat die Beschwerdegegnerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 800.-- zu entschädigen.

**4.**

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Kantonsgericht Schwyz, Beschwerdekammer, mitgeteilt.

Lausanne, 17. Februar 2022

Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Das präsidierende Mitglied: Escher

Der Gerichtsschreiber: Dürst