



## **Gutachten zum Erfordernis der eigenhändigen Unterschrift als Voraussetzung an den provisorischen Rechtsöffnungstitel im Zeitalter des elektronischen Rechtsverkehrs**

dem Bundesamt für Justiz vorgelegt in Bern, am 12. Juni 2019

### **Inhaltsverzeichnis:**

I.	Ziel des Gutachtens.....	2
II.	Umfang des Gutachtens.....	4
III.	Rechtlicher Rahmen .....	5
	1. Voraussetzungen und Wirkungsweise der provisorischen Rechtsöffnung im Überblick.....	6
	2. Verfahren .....	8
	3. Alternativen zur provisorischen Rechtsöffnung .....	10
IV.	Interessen und Risiken .....	12
V.	Das Unterschriftserfordernis des Art. 82 Abs. 1 SchKG im elektronischen Rechtsverkehr (zugleich: Rahmenbedingungen für die Gläubigerseite) .....	15
	1. Die Prämisse von der Eigenhändigkeit der Unterschrift und der Ausschluss der einfachen E-Mail.....	16
	a) Eigenhändigkeit .....	16
	b) Echtheit.....	18
	2. Ausnahmen von der Eigenhändigkeit der Unterschrift .....	19
	a) Unmittelbar in Art. 14 OR angelegte Ausnahmen.....	19
	b) Als Kopie zugewandene (vermutlich) eigenhändige Unterschriften (Schuldanerkenntnisse per Telefax oder Scan).....	20

aa)	Kopie .....	20
bb)	Telefax .....	21
cc)	Gescanntes Dokument.....	23
dd)	Eingescannte «eigenhändige» Unterschrift .....	23
c)	Unterschrift des (vermutlichen) Vertreters .....	25
3.	Zusammenhängende Urkunde .....	26
4.	Durchsetzung von Zahlungsforderungen aus Bestellung von Waren oder Dienstleistungen im elektronischen Rechtsverkehr .....	31
a)	Unterschrift des Betriebenen bei Gelegenheit der Leistungserbringung .....	31
b)	Nachweis der Leistungserbringung .....	33
c)	Nachweis der Durchsetzbarkeit der Zahlungsforderung.....	35
5.	Fazit.....	35
VI.	Einwendungen gemäss Art. 82 Abs. 1 SchKG und Verfahren (zugleich: Rahmenbedingungen für den Betriebenen) .....	36
1.	Einwendungen gemäss Art. 82 Abs. 2 SchKG .....	36
2.	Verfahren (Art. 84 SchKG, Art. 251 lit. a ZPO).....	38
a)	Gesetzliche Vorgaben und historisches Leitbild .....	38
b)	Praxis und Herausforderungen der Verfahrensgestaltung .....	40
c)	Kritik.....	42
d)	Folgerung.....	43
VII.	Ergebnisse.....	44
VIII.	Beilagen.....	45
1.	Beilage I: Fragebogen .....	46
2.	Beilage II: Auswertung der Umfrage.....	52
3.	Beilage III: Literaturverzeichnis.....	59

## I. Ziel des Gutachtens

1. Die Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung ermöglicht eine rasche Zulassung zur Zwangsvollstreckung von Geldforderungen, ohne einen aufwändigen und teuren Prozess über die materielle Rechtslage führen zu müssen. Dementsprechend stösst dieses in Art. 82 SchKG geregelte Verfahren in der Praxis auf hohes Interesse. Es steht vor allem dann zur Verfügung, wenn der Gläubiger über eine Urkunde verfügt, aus der hervorgeht, dass der Betriebene eine Zahlungsverpflichtung anerkennt. Abgesehen vom Sonderfall der öffentlichen Urkunde genügt aber nur eine Schuldanerkennung, die gemäss Art. 82 Abs. 1 SchKG «durch Unterschrift bekräftigt» ist. Diese Einschränkung wird nach traditionellem Verständnis so ausgelegt, dass es

einer eigenhändigen Unterschrift des Betriebenen bedarf.<sup>1</sup> Aus diesem Grund stellt sich die Frage, ob Art. 82 SchKG den Anforderungen an den heutigen Wirtschaftsverkehr genügt, in dem Verträge immer häufiger (teilweise oder gar vollständig) im «elektronischen Rechtsverkehr» bzw. mittels «digitaler Kommunikation» abgeschlossen werden. Das widerspricht der traditionellen Vorstellung von der eigenhändig auf eine Urkunde gesetzten Unterschrift, und das vor Jahren eingeführte Unterschriftssubstitut der elektronischen Signatur gemäss Art. 14 Abs. 2<sup>bis</sup> OR ist in der für die provisorischen Rechtsöffnung massgeblichen Praxis offenbar noch nicht verbreitet. Während die im Zivilrecht verlaubliche Formfreiheit die Nutzung moderner Kommunikationsmittel für den Vertragsschluss nahelegt, wird in der Vertragsgestaltungspraxis daher geraten, auf digitale Abschlüsse zu verzichten und stattdessen auf einer eigenhändigen Unterschrift zu bestehen, um sich die effiziente Durchsetzung der Forderung mittels provisorischer Rechtsöffnung nicht zu verbauen.<sup>2</sup> Obwohl Art. 82 SchKG zivilrechtliche Formbestimmungen unberührt lässt,<sup>3</sup> kann er auf diese indirekt also doch einen erheblichen Einfluss nehmen. Die im Zivilrecht geförderte Formfreiheit kann im Verfahrensrecht gewissermassen «ausgebremst» werden.

2. Das ist *per se* noch kein Missstand, da es andere Möglichkeiten als den Weg über Art. 82 SchKG gibt, um eine Forderung durchzusetzen. Dies hat das Bundesgericht in einer Grundsatzentscheidung der Gläubigerseite entgegeng gehalten, die (ausserhalb des digitalen Kontextes) das Unterschriftserfordernis des Art. 82 Abs. 1 SchKG als Hemmnis beklagt hat.<sup>4</sup> Der schnelle Weg über Art. 82 SchKG ist ein Privileg für den Gläubiger, und Privilegien unterliegen häufig restriktiven Voraussetzungen. Die Hürde, die das Unterschriftserfordernis für den Vertragsschluss mit sich bringt, könnte für den Gläubiger quasi der Preis für die schnellere Durchsetzung seiner Forderung sein. Ein Missstand liegt nur vor, wenn die Einschränkung der Formfreiheit nach Sinn und Zweck von Art. 82 SchKG gar nicht geboten ist, sondern allein darauf beruht, dass die Vorschrift, die seit ihrer Schaffung im vorletzten Jahrhundert unverändert geblieben ist,<sup>5</sup> von der gesellschaftlich-technischen Entwicklung überholt wurde und aus der Zeit gefallen ist. Um das

---

<sup>1</sup> Siehe unten V.1.

<sup>2</sup> Vgl. etwa HEINEL/HÄRTSCH, Die Schuldanererkennung nach Art. 17 OR im Rahmen des Factoringvertrages, GesKR 2018 S. 287, 289.

<sup>3</sup> FL. KRAUSKOPF, JdT 2008 II, 23, 25.

<sup>4</sup> BGer. v. 28.3.2006, BGE 132 III 483, E. 5 (dort gegen die Anerkennung von nicht unterschriebenen Kontoauszügen als Schuldanererkennung). Im Folgenden werden auch in BGE veröffentlichte Entscheidungen mit Datum zitiert.

<sup>5</sup> RÜETSCHI, in: Kostkiewicz/Markus/Rodriguez (Hrsg.), S. 45, 46.

evaluieren zu können, bedarf es zunächst einer Bestandesaufnahme, wie Art. 82 SchKG heutzutage tatsächlich ausgelegt wird. Allein dieser Bestandesaufnahme dient das folgende Gutachten. Eine breite bundesgerichtliche Rechtsprechung gibt es noch nicht, da für die Auslegung von Art. 82 SchKG erst seit 1. Januar 2007 die Beschwerde in Zivilsachen zum Bundesgericht offen steht (Art. 72 Abs. 2 lit. a BGG).<sup>6</sup> Erst sie ermöglicht – über die bis dahin lediglich erreichbare Willkürkontrolle hinaus – eine gemäss Art. 95 BGG umfassende Rechtsprüfung von Art. 82 SchKG.<sup>7</sup> Trotz einer Jahrzehnte lang beklagten Unübersichtlichkeit und vermeintlichen Uneinheitlichkeit der kantonalen Rechtsprechung zu Art. 82 SchKG<sup>8</sup> steht die rechtsprechungsgetriebene, schweizweite Vereinheitlichung der Anforderungen an die private Schuldanerkennung gemäss Art. 82 Abs. 1 SchKG also noch am Anfang.

3. Das Bundesamt für Justiz hat deshalb um ein Gutachten gebeten, das die heute herrschende Praxis der erstinstanzlichen Gerichte zu den Formerfordernissen des Art. 82 SchKG darstellt und in Zusammenhang zu Entscheidungen des Bundesgerichts und dem Stand der Literatur setzt. Dazu wurde in Zusammenarbeit mit dem Bundesamt für Justiz ein Fragebogen zur Gerichtspraxis ausgearbeitet, dessen Ergebnisse in diesem Gutachten vorgestellt und eingeordnet werden.<sup>9</sup> Dieser Fragebogen wurde bis Februar 2019 an alle 108 erstinstanzlichen Zivilgerichte versandt. Die 81 eingereichten Antworten bilden eine repräsentative Grundlage, um die gegenwärtige Rechtsöffnungspraxis zu erfassen.<sup>10</sup> Soweit sich das Gutachten im Folgenden auf «die Umfrage» bezieht, ist die Auswertung dieser Antworten gemeint.

## II. Umfang des Gutachtens

4. Die provisorische Rechtsöffnung wirft eine Fülle prozessualer und materiell-rechtlicher Fragen auf. Gegenstand des Gutachtens sind ausschliesslich das in Art. 82 Abs. 1 SchKG aufgestellte Formerfordernis für private

---

<sup>6</sup> *MUSTER*, BISchK 2008, 1 f.

<sup>7</sup> BGer v. 26.4.2007, BGE 133 III 399, 400, E 1.5; *MUSTER*, BISchK 2008, 2.

<sup>8</sup> Vgl. die Kritik von *AMMON/WALTHER*, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl. 2013, § 19 N 69 f.; *FRITZSCHE/WALDER*, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Band I, 1984, S. 259; *MEYER*, Rechtsöffnung aufgrund synallagmatischer Schuldverträge, 1979, S. 17; *RÜETSCHI*, in: Kostkiewicz/Markus/Rodriguez (Hrsg.), S. 45, 46 f.

<sup>9</sup> Fragebogen und grafische Zusammenfassung der Antworten finden sich in den Beilagen II und III zu diesem Gutachten.

<sup>10</sup> Das entspricht je nach Sprachraum einem Rücklauf von 60 % bis 88,9 %. Nicht alle Gerichte haben jede Frage beantwortet. Ausgelassene Antworten haben aber das prozentuale Ergebnis nicht nennenswert verändert.

Schuldanerkenntnisse über Geldzahlungen<sup>11</sup> sowie die im Kontext relevanten Fragen des Art. 82 Abs. 2 SchKG. Im Übrigen geht das Gutachten auf Fragen wie u.a. die sog. Basler Rechtsöffnungspraxis, die Beweislastverteilung, das Beweismass nicht vertieft ein, sondern berücksichtigt sie nur dort, wo es Berührungspunkte zum Formerfordernis gibt. Die Problematik der Schuldanerkenntnis mittels allgemeiner Geschäftsbedingungen wird ebenfalls nicht behandelt, da sie von AGB-spezifischen Fragen der Einbeziehung oder der Kontrolle ungewöhnlicher Klauseln überlagert wird, welche Art. 82 SchKG unberührt lassen muss.<sup>12</sup> Die öffentliche Urkunde, die Art. 82 Abs. 1 SchKG neben der privaten Schuldanerkenntnis nennt, bleibt ebenfalls ausser Betracht, da sich das Unterschriftserfordernis nur auf die private Schuldanerkenntnis bezieht.<sup>13</sup> Was das in Art. 82 Abs. 1 SchKG aufgestellte Formerfordernis und die im Kontext relevanten Fragen des Art. 82 Abs. 2 SchKG angeht, wird der *status quo* der herrschenden Rechtspraxis dargestellt. Dazu wurden die veröffentlichte Rechtsprechung und Literatur ausgewertet und in Zusammenhang mit den Ergebnissen der hierfür durchgeführten Umfrage gesetzt. Ob diese Rechtspraxis im Einzelnen nach Auffassung des Verfassers *de lege lata* geboten ist oder *de lege ferenda* Handlungsbedarf generiert, ist nicht Gegenstand dieses Gutachtens.

### III. Rechtlicher Rahmen

5. Die provisorische Rechtsöffnung ist eine Variante des Rechtsöffnungsverfahrens, das eine Etappe des Betreibungsverfahrens bildet, wenn der Betriebene gegen den vom Gläubiger<sup>14</sup> erwirkten Zahlungsbefehl fristgerecht Rechtsvorschlag erhoben hat. Das Rechtsöffnungsverfahren dient dazu, den durch den Rechtsvorschlag erzeugten Stillstand des Betreibungsverfahrens zu beseitigen, den der Betriebene ohne rechtliche Begründung herbeiführen kann (Art. 75 SchKG). Das SchKG unterscheidet im Wesentlichen zwei Arten der Rechtsöffnung, die definitive und die provisorische. Die definitive Rechtsöffnung wird (im zivilrechtlichen Kontext)

---

<sup>11</sup> In den Anwendungsbereich des Art. 82 SchKG fallen nicht nur Geldforderungen, sondern ebenfalls Ansprüche auf die Stellung einer Sicherheit (Art. 38 Abs. 1 SchKG, *BLUMENSTEIN*, Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechts, 1911, § 27 II 2). Zur Vereinfachung der Lesbarkeit nimmt das Gutachten nur auf Geldzahlungen Bezug, zumal sich für Ansprüche auf Sicherheitsleistung keine Besonderheiten ergeben.

<sup>12</sup> Vgl. *FL. KRAUSKOPF*, JdT 2008 II, 23, 32. Dazu dass die AGB-Kontrolle im Verfahren der provisorischen Rechtsöffnung vorzunehmen ist, *RÜETSCHI*, in: Kostkiewicz/Markus/Rodriguez (Hrsg.), S. 45, 65 f.

<sup>13</sup> BGer. v. 14.11.2002, BGE 129 III 12, 13 E.2.1; *KREN KOSTKIEWICZ*, OFK-SchKG, 19. Aufl. 2016, Art. 82 N 5.

<sup>14</sup> Ob der Betreibende „Gläubiger“ im materiell-rechtlichen Sinne, also wirklich Inhaber eines Anspruchs ist, steht im Verfahren der provisorischen Rechtsöffnung häufig noch nicht fest. Gleichwohl spricht das SchKG vom Betreibenden als „Gläubiger“, so dass auch hier dieser Begriff verwendet wird.

relevant, wenn der Gläubiger in einem Zivilprozess einen Zahlungstitel erwirkt hat oder sich der Schuldner ausdrücklich der direkten Zwangsvollstreckung unterworfen hat (Art. 80 Abs. 2 Ziff. 1<sup>bis</sup> SchKG i.V.m. Art. 347 lit. a ZPO). Infolge der damit verbundenen Rechtskraft bzw. der Zustimmung des Schuldners, beschränkt sich das Verfahren auf definitive Rechtsöffnung vor allem auf die Abklärung der Vollstreckbarkeit des Titels (z.B. im Hinblick auf die Bestimmtheit des Dispositivs oder einen Wechsel des Gläubigers) bzw. auf die Prüfung von Einwendungen des Schuldners, die durch die Titulierung nicht abgeschnitten sind.

6. Demgegenüber zeichnet sich das Verfahren auf provisorische Rechtsöffnung dadurch aus, dass der materiell-rechtliche Bestand des Zahlungsanspruchs noch nicht ausser Streit gestellt ist. In einer solchen Situation müsste der Gläubiger, der einen Zahlungsanspruch behauptet, zur Beseitigung des Rechtsvorschlags den Bestand seiner Forderung in einem Zivilprozess feststellen lassen (Art. 79 SchKG). Die provisorische Rechtsöffnung nimmt dem Gläubiger diesen Aufwand ab und eröffnet ihm das Recht zur Zwangsvollstreckung ohne vorgängigen Zivilprozess.

#### **1. Voraussetzungen und Wirkungsweise der provisorischen Rechtsöffnung im Überblick**

7. Im provisorischen Rechtsöffnungsverfahren wird lediglich geprüft, ob der Gläubiger über eine private Schuldanerkennung i.S.v. Art. 82 Abs. 1 SchKG verfügt und ob der Betriebene allfällige Einwendungen sofort glaubhaft machen kann. Wenn der Betriebene innerhalb der Stellungnahmefrist keine (substantiierten) Einwendungen erhebt oder allenfalls solche, die er nur durch aufwändige Beweisaufnahme glaubhaft machen könnte, so erteilt das Gericht die provisorische Rechtsöffnung. Das bedeutet, dass es dem betreibenden Gläubiger die provisorische Zwangsvollstreckung erlaubt (Art. 83 Abs. 1 SchKG), obwohl es nicht zur rechtskräftigen Feststellung gekommen ist, dass die Beforderung besteht. Es liegt fortan am Betriebenen – d.h. dem vermeintlichen Schuldner –, einen Zivilprozess über die Frage anzustrengen, ob die Zahlungspflicht wirklich besteht (Art. 83 Abs. 2 SchKG). Wenn der Betriebene diese sog. Aberkennungsklage nicht innert 20 Tagen nach der Rechtsöffnung erhebt, so wird die provisorische Rechtsöffnung sogar definitiv, d.h. der Gläubiger kann unbeschränkt vollstrecken – wie ein Gläubiger, der zuvor erfolgreich einen Zivilprozess geführt hat (Art. 83 Abs. 3 SchKG). Nach Ablauf dieser Frist kann der Betriebene zwar weiterhin einen Zivilprozess anstrengen, aber – im Gegensatz zur Aberkennungsklage – nicht mehr mit der Wirkung, dass die Zwangsvollstreckung automatisch unterbrochen wird (vgl.

Art. 85a SchKG). Mit Ablauf der Frist von 20 Tagen nach Rechtsöffnung riskiert der Betriebene also ggf. den Verlust allfälliger Vermögensgegenstände, die von der fortgesetzten Zwangsvollstreckung betroffen sind.

8. Angesichts dieser für den Gläubiger günstigen und den Betriebenen riskanten Wirkungen müssen auf Seiten des Gläubigers gewisse Voraussetzungen erfüllt sein. In den hier beleuchteten Fällen ist dies insbesondere die durch Unterschrift bekräftigte Schuldanerkennung, die der Gläubiger vorlegen muss. Eine solche zeichnet aus, dass aus ihr der vorbehalt- und bedingungslose Wille des Betriebenen hervorgeht, dem Betreibenden eine bestimmte oder leicht bestimmbare Geldsumme zu zahlen, und dass sie durch Unterschrift des Betriebenen bekräftigt ist.<sup>15</sup> Erfüllt die Schuldanerkennung diese Voraussetzungen des Art. 82 Abs. 1 SchKG nicht, weist das Gericht das Rechtsöffnungsgesuch ab, und der Gläubiger kann den Rechtsvorschlag nur beseitigen, wenn er selbst einen Zivilprozess anstrengt und obsiegt (Art. 79 SchKG). Liegen die Voraussetzungen des Art. 82 Abs. 1 SchKG demgegenüber vor, so sieht das Gesetz in der Schuldurkunde und dem Ausbleiben gegenteiliger Einwendungen des Betriebenen einen ausreichenden Rechtsschein für den Bestand der Forderung,<sup>16</sup> um den durch den Rechtsvorschlag verschlossenen Betreibungsweg zu öffnen, ohne dass der Bestand der Forderung in einem vorgängigen Zivilprozess geprüft wird.
9. Die Formulierung des Bundesgerichts, wonach das Rechtsöffnungsgericht nur die Beweiskraft und die Form der Schuldanerkennung prüfe, nicht hingegen den materiell-rechtlichen Bestand der Forderung,<sup>17</sup> nährt die Diskussion, ob das Rechtsöffnungsgericht auch prüfen muss, inwieweit die Betreibungsforderung rechtlich begründet ist.<sup>18</sup> Es geht um die Frage, ob das Rechtsöffnungsgericht – jedenfalls was von Amtes wegen anzuwendende Rechtssätze angeht – die Rechtsgrundlage für die behauptete Forderung prüft oder ob es die in der Schuldanerkennung ausgedrückte Verpflichtung als gegeben anerkennt, wenn der Betriebene keine Einwendungen erhebt. Die zitierte Formulierung des Bundesgerichts ist im Kontext zu verstehen. Sie

---

<sup>15</sup> BGer. v. 28.3.2006, BGE 132 III 480 f., E.4.1; BGer. v. 10.4.1996, BGE 122 III 125, 126 E. 2; KGer BL, 26.2.2013, 410 12 380, E 4.1.

<sup>16</sup> *FRITZSCHE/WALDER*, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Band I, 1984, S. 260 Fn. 9.

<sup>17</sup> BGer v. 7.10.2005, BGE 132 III 140 S. 142 E 4.1.1; BGer v. 27.1.2006, 5P.321/2005, E.3.2; KGer BL, 26.2.2013, 410 12 380, E 4.1.

<sup>18</sup> Vgl. Nachweise bei BGer v. 27.1.2006, 5P.321/2005, E.3.2, das die Frage offen gelassen hat. M.E. ist die Frage eigenständig für Art. 82 SchKG zu beantworten, also unabhängig von der vergleichbaren Frage der Rechtsprüfung im vorsorglichen Rechtsschutz (Art. 248 lit. d ZPO); dort kann sich das Bundesgericht eine summarische Prüfung des Rechts vorstellen, BGer v. 2.5.2005, BGE 131 III 473, S. 476 E.2.3.

bedeutet nach überzeugender Auffassung nicht, dass das Rechtsöffnungsgericht nur das formelle Vorliegen einer Urkunde prüft. Vielmehr ist das Rechtsöffnungsgericht grundsätzlich verpflichtet, zu prüfen, ob es für die daraus hervorgehende Forderung eine Rechtsgrundlage gibt, und zwar auch dann, wenn der Betriebene keine Einwendungen vorbringt. Steht etwa das Konsumentenschutzrecht der Wirksamkeit der Forderung entgegen, darf das Rechtsöffnungsgericht nicht nur deshalb provisorische Rechtsöffnung erteilen, weil sich der Betriebene dazu nicht äussert.<sup>19</sup> Andernfalls würde von Amtes wegen zu beachtendes Recht zu einer Einrede mutieren. Daran ist allemal zu erinnern, weil das Rechtsöffnungsverfahren als ein Verfahren angesehen wird, das man im Allgemeinen auch ohne anwaltliche Vertretung durchlaufen können sollte.<sup>20</sup>

10. Die somit vorzunehmende Rechtsprüfung kann nicht so verlässlich sein wie in einem Zivilprozess, weil die Tatsachenbasis, auf der das Rechtsöffnungsgericht die Rechtslage prüft, limitiert ist. Wenn der Betriebene sich nicht äussert, liegt dem Rechtsöffnungsgericht nur der vom Gläubiger behauptete Sachverhalt vor, der nicht im Beweisverfahren festgestellt wurde.<sup>21</sup> Deshalb haben Rechtsöffnungsentscheidungen keine materiell-rechtliche Rechtskraft. In dieser Richtung geht die Aussage des Bundesgerichts, dass Rechtsöffnungstitel über den materiellen Bestand der Betriebsforderung «nichts aussagen»<sup>22</sup>. Wenn das Rechtsöffnungsgericht zum Beispiel nicht erkennen kann, dass der Betriebene als Konsument gehandelt hat und dieser sich nicht entsprechend äussert, dann ist die Entscheidung, Rechtsöffnung zu erteilen, richtig, selbst wenn ein (unerkannt gebliebener) Verstoss gegen das Konsumentenrecht vorliegt. Das Rechtsöffnungsgericht stellt den materiell-rechtlichen Bestand der Forderung also nicht endgültig fest. Nur in diesem Sinne ist die oben genannte Äusserung des Bundesgerichts zu verstehen.

## 2. Verfahren

11. Art. 84 Abs. 2 SchKG betont, dass das Rechtsöffnungsgericht dem Betriebenen sofort nach Eingang des Gesuches Gelegenheit zur mündlichen oder schriftlichen Stellungnahme geben muss und nach dieser Stellungnahme innert fünf Tagen seinen Entscheid eröffnen soll. In Ergänzung bestimmt Art. 251 lit. a ZPO, dass das Rechtsöffnungsverfahren im summarischen

---

<sup>19</sup> RÜETSCHI, in: Kostkiewicz/Markus/Rodriguez (Hrsg.), S. 45, 48-50 und 61 f., 64.

<sup>20</sup> RÜETSCHI, in: Kostkiewicz/Markus/Rodriguez (Hrsg.), S. 45, 48.

<sup>21</sup> Beispielsweise muss das Rechtsöffnungsgericht nicht feststellen, ob die Forderung fällig ist, wenn Angaben dazu fehlen, BGer v. 18.7.2018, 5A\_695/2017, E.3.2. m.w.N.

<sup>22</sup> BGer v. 24.9.2012, 5A\_436/2012, E.2.5.

Verfahren durchzuführen ist. Der summarische Charakter des Verfahrens äussert sich u.a. darin, dass Art. 82 Abs. 2 SchKG den Betrieben auf sofort verfügbare, sog. «liquide Beweismittel» beschränkt, d.h. auf solche, die ihm innerhalb der Stellungnahmefrist zur Verfügung stehen. Als Frist für eine schriftliche Stellungnahme werden in der Kommentarliteratur 10–20 Tage empfohlen.<sup>23</sup> In der Praxis wird das Verfahren sehr häufig rein schriftlich durchgeführt.<sup>24</sup> Wenn der zur schriftlichen Vernehmlassung aufgeforderte Betriebene keine Stellungnahme einreicht, darf das Rechtsöffnungsgericht aufgrund der Akten entscheiden,<sup>25</sup> ohne dass dem Betrieben eine Nachfrist gemäss Art. 223 Abs. 1 ZPO gesetzt wird.<sup>26</sup> Die verbreitete Praxis des schriftlichen Verfahrens führt dazu, dass dem Urkundenbeweis eine überragende Rolle zukommt.<sup>27</sup> Dementsprechend spricht das Bundesgericht bei der provisorischen Rechtsöffnung von einem «Urkundenprozess».<sup>28</sup>

12. Die Beschränkung des Betrieben auf die innert Frist verfügbaren Beweismittel erschwert seine Verteidigung. Als gewissen Ausgleich dafür lockert Art. 82 Abs. 2 SchKG das Beweismass für die Tatsachenbehauptungen, aus denen der Betriebene Einwendungen gegen die Betreibungsforderung ableitet. Er muss das Rechtsöffnungsgericht mit den beschränkten Beweismitteln nicht zu voller Gewissheit überzeugen, dass die Forderung nicht besteht; es genügt, dass er die entgegenstehenden Tatsachen «glaubhaft macht».<sup>29</sup> Das Glaubhaftmachen wird so verstanden wie im allgemeinen Prozessrecht der ZPO.<sup>30</sup> Es bedeutet, dass das Gericht die Tatsache als gegeben zugrunde legen muss, selbst wenn es von ihrem Vorliegen wegen verbleibender Zweifel nicht vollständig überzeugt ist.<sup>31</sup> Die Tatsache muss ihm durch die vorgelegten Beweismittel wenigstens als wahrscheinlich erscheinen, ohne dass es dabei ausschliessen muss, dass der Sachverhalt auch anders gelagert sein könnte.<sup>32</sup> Nach der Vorstellung des Gesetzgebers weist das Gericht das Rechtsöffnungsgesuch ab, wenn es die

---

<sup>23</sup> BSK SchKG I-*STAEHELIN*, 2. Aufl. 2010, Art. 84 N 47; zur allgemeinen Praxis siehe unten VI.2.

<sup>24</sup> Siehe im Einzelnen unten VI.2.b.

<sup>25</sup> BSK SchKG I-*STAEHELIN*, 2. Aufl. 2010, Art. 84 N 42.

<sup>26</sup> BGer v. 28.6.2012, BGE 138 III 483 S. 488, E.3.2.4; BSK SchKG EB-*STAEHELIN*, 2. Aufl. 2017, Art. 82 ad N 42.

<sup>27</sup> Siehe im Einzelnen unten VI.1.

<sup>28</sup> BGer v. 7.10.2005, BGE 132 III 140 S. 142 E 4.1.1; BGer v. 27.1.2006, 5P.321/2005, E.3.2.

<sup>29</sup> BGer v. 27.1.2006, 5P.321/2005, E.3.2.

<sup>30</sup> *MUSTER*, *Reconnaissance de dette abstraite*, 2004, S. 196.

<sup>31</sup> *WALDER/KULL/KOTTMANN*, in: Jaeger, SchKG I, 4. Aufl. 1997, Art. 82 N 28.

<sup>32</sup> BGer v. 27.1.2006, 5P.321/2005, E.3.2.; *FL. KRAUSKOPF*, *JdT* 2008 II, 23, 43; *MUSTER*, *Reconnaissance de dette abstraite*, 2004, S. 196; *WALDER/KULL/KOTTMANN*, in: Jaeger, SchKG I, 4. Aufl. 1997, Art. 82 N 28.

mit der Rechtsöffnung verbundene Anerkennung der Forderung als gewagt bzw. als nicht gänzlich gerechtfertigt ansieht und die Klärung auf dem Weg des ordentlichen Prozesses für angezeigt hält.<sup>33</sup> Letztlich geht es hier aber um die im Einzelfall schwer definierbare richterliche Überzeugungsbildung, die dem Gericht einen recht grossen Spielraum verschafft,<sup>34</sup> mit dem es verantwortungsvoll im Sinne des Verfahrenszwecks umgehen muss.

### 3. Alternativen zur provisorischen Rechtsöffnung

13. Historisch gesehen handelt es sich bei dem Verfahren auf provisorische Rechtsöffnung um den ersten Ansatz für ein schweizweit einheitliches summarisches Erkenntnisverfahren für «liquide» Ansprüche.<sup>35</sup> Man wollte sicherstellen, dass in liquiden Rechtssachen rasch erkannt werde, damit die Betreuung solcher Forderungen in einer absehbaren Zeit zum Abschluss gelangen kann.<sup>36</sup> Seit der Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts durch die ZPO steht mit dem Rechtsschutz in klaren Fällen (Art. 257 ZPO) ein weiteres schweizweit einheitliches Verfahren zur Verfügung, um rechtlich eindeutige Fälle rasch durchzusetzen, und zwar ebenfalls unter Beseitigung des Rechtsvorschlags (Art. 79 SchKG i.V.m. Art. 257 ZPO).<sup>37</sup> Dieser Rechtsschutz in klaren Fällen ist ohne weiteres auf Geldforderungen anwendbar.<sup>38</sup> Wie im Fall der provisorischen Rechtsöffnung handelt es sich um ein summarisches Verfahren, das gemäss Art. 254 ZPO ähnlichen Einschränkungen auf Ebene der Beweismittel unterliegt wie das Rechtsöffnungsverfahren.<sup>39</sup>

14. Im Gegensatz zur provisorischen Rechtsöffnung ist der Gläubiger nicht auf eine durch Unterschrift bekräftigte Schuldanererkennung beschränkt, sondern kann sein Recht auch durch andere Beweismittel nachweisen.<sup>40</sup> Der

---

<sup>33</sup> Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu dem vom Bundesrathe am 23. Februar 1886 festgestellten Entwurfe eines Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs vom 6. April 1886, BBI 1886 II, S. 65; Bericht der nationalrätlichen Kommission zum Gesetzesentwurf betreffend Schuldbetreibung und Konkurs vom 28. März 1887, S. 799 f.

<sup>34</sup> *MUSTER*, Reconnaissance de dette abstraite, 2004, S. 196.

<sup>35</sup> Vgl. Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu dem vom Bundesrathe am 23. Februar 1886 festgestellten Entwurfe eines Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs vom 6. April 1886, BBI 1886 II, S. 65; Protokoll über die Verhandlungen der ständerätlichen Kommission betreffend den vom Bundesrathe am 23. Februar 1886 festgestellten Entwurf eines Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs, BBI 1886 III, S. 682 f.

<sup>36</sup> Protokoll über die Verhandlungen der ständerätlichen Kommission betreffend den vom Bundesrathe am 23. Februar 1886 festgestellten Entwurf eines Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs, BBI 1886 III, S. 682 f.

<sup>37</sup> *MABILLARD*, Rechtsschutz in klaren Fällen und provisorische Rechtsöffnung, SZPP/RSPC 2011, S. 435, 440.

<sup>38</sup> BSK ZPO-*HOFMANN*, 3. Aufl. 2017, Art. 257 N 17.

<sup>39</sup> Vgl. BSK ZPO-*HOFMANN*, 3. Aufl. 2017, Art. 257 N 13.

<sup>40</sup> *MABILLARD*, Rechtsschutz in klaren Fällen und provisorische Rechtsöffnung, SZPP/RSPC 2011, S. 435, 443.

Rechtsschutz in klaren Fällen ermöglicht es daher schon heute, durch E-Mail anerkannte Schuldanerkenntnisse ohne aufwändigen Zivilprozess durchzusetzen. Und er hat einen weiteren Vorteil gegenüber der provisorischen Rechtsöffnung: Der gutheissende Entscheid erwächst in materiell-rechtliche Rechtskraft und führt deshalb unmittelbar zur definitiven Rechtsöffnung, ohne dass der Betriebene die materiell-rechtliche Rechtslage noch einmal in Zweifel ziehen kann.<sup>41</sup> Im Hinblick auf diese weitreichenden Wirkungen ist es aus verfassungsrechtlichen Gründen (Art. 29 Abs. 2 BV) aber angezeigt, dass im Rechtsschutz in klaren Fällen die mündliche Verhandlung der Regelfall ist.<sup>42</sup>

15. Die weitreichendere Wirkung des Entscheids gemäss Art. 257 ZPO muss jedoch Auswirkungen auf die «Grosszügigkeit» haben, mit der Gerichte den Rechtsschutz in klaren Fällen bewilligen dürfen. Weil dem Betriebenen das Recht genommen wird, in einem ordentlichen Verfahren eine erstinstanzliche Erkenntnis über das materielle Recht zu erlangen, kann der Rechtsschutz in klaren Fällen nur gewährt werden, wenn das Gericht zu voller Gewissheit überzeugt ist, dass die Forderung besteht.<sup>43</sup> Der Beweis des «klaren Falls» kann dem Gläubiger, was die Beweislast angeht, sogar höhere Beweisanforderungen abverlangen als im regulären Zivilprozess.<sup>44</sup> Das Risiko abgewiesen zu werden und damit Zeit verloren zu haben, kann folglich bei Art. 257 ZPO grösser und nachteiliger sein, als im Fall von Art. 82 SchKG. Die mit Art. 257 ZPO verbundene Beschleunigung kann sich dann in ihr Gegenteil verkehren.<sup>45</sup> Das spricht für das Rechtsöffnungsverfahren. Darüber hinaus hat das Rechtsöffnungsverfahren einen Kostenvorteil, da sich die Gebühren nach der GebV SchKG<sup>46</sup> und nicht nach den kantonalen Gerichtsgebühren richten.<sup>47</sup> Bei einem Streitwert von CHF 1.000.- beträgt die Spruchgebühr für die provisorische Rechtsöffnung CHF 40 bis 150.-, und bei einem Streitwert von CHF 1.000.- bis 10.000.- beträgt sie CHF 50 bis 300.- (Art. 48 GebV SchKG). Demgegenüber können die Gebühren für Art. 257 ZPO aufgrund der dort massgeblichen kantonalen Tarifoheit unterschiedlich sein (Art. 96 ZPO) und

---

<sup>41</sup> BSK ZPO-HOFMANN, 3. Aufl. 2017, Art. 257 N 14.

<sup>42</sup> Im Ergebnis ebenso BSK ZPO-HOFMANN, 3. Aufl. 2017, Art. 257 N 22 ff.

<sup>43</sup> BSK ZPO-HOFMANN, 3. Aufl. 2017, Art. 257 N 15.

<sup>44</sup> BSK ZPO-HOFMANN, 3. Aufl. 2017, Art. 257 N 15a.

<sup>45</sup> MABILLARD, Rechtsschutz in klaren Fällen und provisorische Rechtsöffnung, SZP/RSPC 2011, S. 435, 438.

<sup>46</sup> Gebührenverordnung zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (GebV SchKG; SR 281.35) vom 23.9.1996.

<sup>47</sup> Auch im Fall von Art. 257 ZPO trägt der Kläger bei einer Abweisung auch dann die Kosten, wenn er im späteren Zivilprozess obsiegt, BSK ZPO-HOFMANN, 3. Aufl. 2017, Art. 257 N 28c.

ein Vielfaches betragen.<sup>48</sup> Im Gegensatz zum Rechtsöffnungsverfahren kann der Beklagte beim Rechtsschutz in klaren Fällen zudem auf Leistung einer Prozesskostensicherheit bestehen (Art. 99 Abs. 3 lit. c ZPO).<sup>49</sup> Schliesslich unterliegt die Entscheidung nach Art. 257 ZPO der Berufung,<sup>50</sup> während die Rechtsöffnung nur durch die schlankere Beschwerde anfechtbar ist (Art. 309 lit. b Ziff. 3, 319 lit. a ZPO), was das Rechtsöffnungsverfahren ebenfalls verfahrens- und kostenrechtlich attraktiver machen kann.

16. Damit kann man sagen, dass der Praxis mit dem Rechtsschutz in klaren Fällen zwar eine Möglichkeit zur beschleunigten Durchsetzung von Forderungen zur Verfügung steht, falls die provisorische Rechtsöffnung mangels einer mit Unterschrift bekräftigten Urkunde nicht in Frage kommt. Aufgrund der dargelegten Aspekte stellt der Rechtsschutz in klaren Fällen aber nicht in jedem Fall eine vergleichbare Alternative zur provisorischen Rechtsöffnung dar. Ein allfälliger Reformbedarf von Art. 82 SchKG kann somit nicht allein mit dem Verweis auf den Rechtsschutz nach Art. 257 SchKG abgetan werden.

#### IV. Interessen und Risiken

17. Bevor die Anforderungen und die Praxis zu Art. 82 SchKG im Zeitalter des elektronischen Rechtsverkehrs dargestellt werden, ist an dieser Stelle noch kurz auf die Interessenlage im Verfahren zur provisorischen Rechtsöffnung einzugehen, da sie die Auslegung von Art. 82 SchKG massgeblich mitbestimmen sollte.

18. Das Rechtsöffnungsgericht soll quasi ermitteln, ob ein Zivilprozess angebracht oder nur ein aufwändiger Umweg wäre.<sup>51</sup> Das bedient öffentliche Interessen, da es ermöglicht, begrenzte Justizressourcen effizient einzusetzen. Die provisorische Rechtsöffnung dient aber genauso dem Justizgewährungsanspruch des Gläubigers, dem sie ermöglicht, Forderungen,

---

<sup>48</sup> Bsp.: Gemäss §§ 4, 8 Zürcher Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. 9. 2010 (LS 211.11) können die Gebühren bei einem Streitwert von 10.000.- CHF mindestens das doppelte gegenüber den Gebühren nach SchKG betragen. Nach § 7 Abs. 2 lit. a JusKV-LU kann die Gebühr für die genannten Streitwerte von 300 bis 5000.- CHF betragen.

<sup>49</sup> BSK ZPO-HOFMANN, 3. Aufl. 2017, Art. 257 N 28c.

<sup>50</sup> BSK ZPO-HOFMANN, 3. Aufl. 2017, Art. 257 N 28d.

<sup>51</sup> Vgl. Protokoll über die Verhandlungen der ständerätlichen Kommission betreffend den vom Bundesrathe am 23. Februar 1886 festgestellten Entwurf eines Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs, BBl 1886 III, S. 683. Vgl. BGer v. 20.2.2003, 5P.449/2002, E.4.: «Die Frage, ob auf Grund der geschilderten Umstände wenigstens eine stillschweigende oder durch schlüssiges Verhalten erfolgte Rückzahlungsverpflichtung des Beschwerdeführers angenommen werden darf, kann im summarischen Rechtsöffnungsverfahren nicht beantwortet werden. Ist der Sinn oder die Auslegung des Rechtsöffnungstitels derart zweifelhaft oder ergibt sich eine Schuldanererkennung höchstens aus konkludenten Tatsachen, darf die provisorische Rechtsöffnung nach anerkannten Grundsätzen nicht erteilt werden».

die sehr wahrscheinlich bestehen und beweisbar sind, rasch und kostengünstig zu vollstrecken.<sup>52</sup> Es liegt auf der Hand, dass sich dies mit den Interessen des Betriebenen stösst, der allenfalls sehr wahrscheinlich als Schuldner erscheint, dessen Schuld aber nicht mit dem einem Zivilprozess eigenen Grad an Gewissheit festgestellt ist. Die Einschränkung seiner Beweismöglichkeiten auf «sofort» verfügbare Beweismittel führt dazu, dass die richterliche Erkenntnis beschränkt ist, was die Gefahr einer Fehlentscheidung erhöht. Aus der Rechtsweggarantie des Betriebenen folgt, dass er dieser Gefahr hinlänglich begegnen können muss.

19. Das Risiko der provisorischen Rechtsöffnung besteht für den Gläubiger darin, dass er im Falle der Abweisung seines Gesuchs Zeit verloren und Kosten vergeblich aufgewendet hat, was er vermieden hätte, wenn er sogleich einen Zivilprozess angestrengt hätte. Die Abweisung hat aber keine materiell-rechtliche Rechtskraft, so dass sie dem Gläubiger nicht den Weg zum Zivilprozess versperrt.

20. Die Risiken der Rechtsöffnung für den Betriebenen sind aus dem Gesetz nicht auf Anhieb ersichtlich. Art. 83 Abs. 1 SchKG stellt in den Vordergrund, dass der Gläubiger kraft der provisorischen Rechtsöffnung die Verfügungsbefugnis des Betriebenen über dessen Vermögen beschränken lassen kann, um sich die weitere Zwangsvollstreckung zu sichern (Art. 83 Abs. 1 SchKG).

21. Die viel einschneidendere Konsequenz der provisorischen Rechtsöffnung besteht aber in der Verlagerung der Initiativ- und Risikolast für einen Zivilprozess. Der Gläubiger muss für die Durchsetzung seines Rechts keinen Prozess mehr einleiten und riskieren. Es liegt jetzt am Betriebenen zu entscheiden, ob er ein Gerichtsverfahren riskieren will, um feststellen zu lassen, dass die Schuld nicht (mehr) besteht.<sup>53</sup> Und wenn sich der Betriebene innert einer zwanzigtägigen Verwirkungsfrist noch nicht dazu durchringen kann, wird die Rechtsöffnung definitiv (Art. 83 Abs. 2, 3 SchKG).<sup>54</sup>

---

<sup>52</sup> MEYER, Rechtsöffnung aufgrund synallagmatischer Schuldverträge, 1979, S. 18. Ausserdem soll die provisorische Rechtsöffnung verhindern, dass der Betriebene einen seiner Gläubiger per willkürlichem Rechtsvorschlag zugunsten anderer Gläubiger aus einer Pfändungsgruppe heraushalten kann (Art. 83 Abs. 1 SchKG), Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung betreffend den in Gemässheit des Beschlusses der Bundesversammlung vom 29. Juni 1888 ausgearbeiteten definitiven Entwurf des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs vom 7. Dezember 1888, BBl 1888 IV, S. 1146.

<sup>53</sup> Zum Komfort des Gläubigers trotz unveränderter Beweislastverteilung MUSTER, Reconnaissance de dette abstraite, 2004, S. 232-234.

<sup>54</sup> Gemäss Art. 85a SchKG kann der Betriebene den Zivilprozess zwar auch weiterhin führen, aber nicht mehr unter automatischem Stopp der Verwertung des vom Beschlag betroffenen Vermögens.

22. Zu dieser rechtlichen Verschiebung der Initiativ- und Risikolast kommt noch eine tatsächliche hinzu, wenn auf Gläubigerseite ein professioneller Anbieter und auf Seiten des Betriebenen eine nur selten anwaltlich vertretene natürliche Person stehen. Dies ist eine typische Konstellation,<sup>55</sup> die nach einer früheren Studie in der Praxis sogar den Regelfall darstellt.<sup>56</sup> Diese Studie hat hervorgebracht, dass ein Laie einem Rechtsöffnungsentscheid mitunter dieselbe endgültige Wirkung wie einem Zivilurteil beimisst und sich trotz gegenteiliger Erklärungsversuche seines Rechtsanwalts oder auch des Gerichts nicht vorstellen kann, dass er trotz des gegen ihn gerichteten Entscheids noch einmal einen Prozess gewinnen kann.<sup>57</sup> Das äussert sich darin, dass die Aberkennungsklage in der Praxis nur selten erhoben wird.<sup>58</sup> In solchen Konstellationen wird die Initiativlast für den Zivilprozess also auf eine tendenziell risikoaverse, strukturell schwächere und prozessunerfahrene Person verlagert. Ihr wird zugemutet, womöglich einen Prozess gegen einen sog. *repeat player*, also eine prozessual erfahrene und gut vertretene Person anzustrengen.<sup>59</sup> Die Gefahr des Zivilprozesses wird in solchen Konstellationen also abgeschwächt, was die Wahrscheinlichkeit für den Gläubiger nochmals erhöht, dass er mit der vermeintlich «provisorischen» Rechtsöffnung schon «endgültig» zum Ziel gelangt. Das kann die Attraktivität dieses Verfahrens für die Gläubigerseite nochmals erhöhen, untermalt aber auch die Risiken für den Betriebenen.

23. Einen Zivilprozess wegen seines Aufwands und Kostenrisikos nicht zu wagen, kann für den Betriebenen bedeuten, dass er auf eine Forderung zahlt, für die es keine Rechtsgrundlage gibt. Das Verfahren auf provisorische Rechtsöffnung muss also trotz seines summarischen Charakters gewährleisten, dass es nicht Forderungen zementiert, für die es keine Rechtsgrundlage gibt. Um dieses «Unrechtsrisiko» für den Betriebenen zu minimieren, sehen Art. 82-84 SchKG drei Sicherungen vor. Die erste Sicherung stellt die Form der Schuldanererkennung dar, die den Gläubiger von vornherein zur Schriftlichkeit und Klarheit anhält (Art. 82 Abs. 1 SchKG). Die zweite Sicherung ist das Recht des Betriebenen, *alle* Einwendungen

---

<sup>55</sup> RÜETSCHI, in: Kostkiewicz/Markus/Rodriguez (Hrsg.), S. 45, 60 f. weist nach, dass gerade das Erfordernis der Schuldanererkennung über eine Zahlungsforderung zur Folge hat, dass Konsumenten häufiger auf der Passivseite vertreten sind als auf der Aktivseite.

<sup>56</sup> MEIER, Rechtsschutz im summarischen Verfahren, 1997, S. 185.

<sup>57</sup> MEIER, Rechtsschutz im summarischen Verfahren, 1997, S. 186.

<sup>58</sup> MEIER, Rechtsschutz im summarischen Verfahren, 1997, S. 185.

<sup>59</sup> Vgl. auch MEIER, Rechtsschutz im summarischen Verfahren, 1997, S. 186.

vorbringen zu dürfen (Art. 82 Abs. 2 SchKG).<sup>60</sup> Beide Sicherungen, die Form und das Ausbleiben ausreichender Einwendungen, bilden die Grundlage für die provisorische Rechtsöffnung, weil sie dem Gericht *in ihrem Zusammenspiel* gewährleisten sollen, dass ein relativ klarer Fall vorliegt, der den Bestand der Forderung hoch wahrscheinlich macht.<sup>61</sup> Wegen dieser Interdependenz stützt sich der vorliegende Bericht, der über die praktische Durchsetzbarkeit von Forderungen im digitalen Rechtsverkehr informieren soll, nicht allein auf die Formfrage (dazu V.), sondern nimmt auch die Frage der Einwendungen in den Blick (dazu VI.). Zu den genannten zwei Sicherungen gesellt sich dann noch eine dritte, nämlich die Gestaltung des Verfahrens. Das Verfahren muss dem Betreibenden ermöglichen, mit seinen Einwendungen auch Gehör zu finden (Art. 84 SchKG, Art. 251 lit. a ZPO). Dazu dient nach der Vorstellung des Gesetzgebers auch die Aberkennungsklage, die dem Betreibenden die Möglichkeit erhalten soll, doch noch eine umfassende Klärung in einem Zivilprozess zu erlangen.<sup>62</sup> In Konstellationen, in denen auf Seiten des Betreibenden ein strukturelles Ungleichgewicht herrscht, kann das aber ein Ausgleich sein, der zwar «auf dem Papier steht», sich in der Praxis aber als zu grosse Hürde erweist. Umso wichtiger ist es in solchen Fällen, dass der Betreibende schon im Rechtsöffnungsverfahren seiner Situation angemessen rechtliches Gehör erhält, um die Beeinträchtigung der Waffengleichheit auszugleichen. Gerade weil das Verfahrensrecht hier keine Vorkehrungen zum Schutz typischerweise schwächerer Parteien aufstellt, obliegt es den Gerichten, diese Verantwortung nicht hinter dem Beschleunigungsgrundsatz zurückzustellen, damit das Verfahren nicht das Übergewicht einer Partei verstärkt, sondern beiden Parteien gleichmässig Gehör verschafft.<sup>63</sup>

## **V. Das Unterschriftserfordernis des Art. 82 Abs. 1 SchKG im elektronischen Rechtsverkehr (zugleich: Rahmenbedingungen für die Gläubigerseite)**

24. Die Rechtsprechung und die Literatur gehen einhellig davon aus, dass das Erfordernis der Bekräftigung «*durch Unterschrift*» in Art. 82 Abs. 1 SchKG wie in Art. 14-15 OR auszulegen ist.<sup>64</sup> Art. 14 OR definiert die Unterschrift, um die

---

<sup>60</sup> Protokoll über die Verhandlungen der ständerätlichen Kommission betreffend den vom Bundesrathe am 23. Februar 1886 festgestellten Entwurf eines Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs, BBl 1886 III, S. 683.

<sup>61</sup> Vgl. BGer v. 27.1.2006, 5P.321/2005, E.3.2.

<sup>62</sup> Botschaft des Bundesrathes an die Bundesversammlung betreffend den in Gemäßheit des Beschlusses der Bundesversammlung vom 29. Juni 1888 ausgearbeiteten definitiven Entwurf des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs vom 7. Dezember 1888, BBl 1888 IV, S. 1146.

<sup>63</sup> Ähnlich RÜETSCHI, in: Kostkiewicz/Markus/Rodriguez (Hrsg.), S. 45, 60 f.

<sup>64</sup> KGer BL, 8.1.2013, 410 12 307, E 3.2; OGer. SO, SJZ 1989, 363; AMMON/WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl. 2013, § 19 N 74; BSK SchKG I-STAEHELIN, 2. Aufl.

obligationenrechtliche Definition der Schriftform in Art. 13 OR auszufüllen. Art. 14 OR sieht in erster Linie vor, dass eine Unterschrift «eigenhändig zu schreiben» ist (Abs. 1). Diese Eigenhändigkeit gilt als das Charakteristikum von Art. 14 OR. Genau sie stösst sich allerdings mit der Realität digitaler Kommunikation. Im Folgenden wird untersucht, welche Anforderungen die Eigenhändigkeit mit sich bringt (dazu V.1.) und welche Ausnahmen gemacht werden (dazu V.2.). Das Unterschriftserfordernis wirft aber nicht nur die Frage nach den Anforderungen an die Unterschrift auf, sondern auch die Frage nach seinem Umfang, wenn mehrere Urkunden zum Beweis der Betreibungsforderung erforderlich sind und nicht alle eine Unterschrift tragen (dazu V.3.). Letzteres kann gerade bei online abgeschlossenen Kaufverträgen relevant werden, wenn der Kaufvertrag selbst nicht, aber weitere Dokumente im Zuge der Vertragsdurchführung unterschrieben wurden (dazu V.4.).

## 1. Die Prämisse von der Eigenhändigkeit der Unterschrift und der Ausschluss der einfachen E-Mail

### a) Eigenhändigkeit

25. Ob eine Unterschrift vorliegt, wenn die Schuldanerkennung den Gläubiger per Telefax, auf einem gescannten Dokument oder per E-Mail erreicht, wird unmittelbar nach Art. 14 OR beantwortet. Deshalb gelangt man im SchKG zum Erfordernis der *Eigenhändigkeit* der Unterschrift, obwohl Art. 82 SchKG dieses selbst nicht nennt.<sup>65</sup> Mit der Eigenhändigkeit wird nicht die Eigenhändigkeit des Unterzeichnungsvorgangs assoziiert, wie sie bei der Eingabe via Tastatur oder Klick genauso gegeben wäre, sondern die Handschriftlichkeit der Unterschrift.<sup>66</sup> Daher lehnt die überwiegende Meinung

---

2010, Art. 82 N 12; GASSER, AJP 2001, 91; GILLIÉRON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite I, 1999, Art. 82 N 33; KUKO SchKG-VOCK, 2. Aufl. 2014, Art. 82 SchKG N 14; MUSTER, Reconnaissance de dette abstraite, 2004, S. 180; RÜETSCHI, in: Kostkiewicz/Markus/Rodriguez (Hrsg.), S. 45, 50; SCHLAURI, Elektronische Signaturen, 2002, S. 208 N 791; SK-SchKG/VOCK/AEPLI-WIRZ, 4. Aufl. 2017, Art. 82 N 11; STÜCHELI, Die Rechtsöffnung, Diss. Zürich, 2000, S. 168 (für Art. 14 Abs. 2 OR); VEUILLET, in: Abbet/Veuillet, La mainlevée de l'opposition, 2017, Art. 82 N 15; VOCK/MEISTER-MÜLLER, SchKG-Klagen nach der Schweizerischen ZPO, 2. Aufl. 2018, S. 134. Auch JAEGER, SchKG, Bd. I, 3. Aufl. 1911, Art. 82 N 3 (S. 207) verweist auf Art. 12-15 OR a.F. (im Gegensatz zur ersten Auflage dieses Kommentars, Zürich 1901, die diesen generellen Verweis auf Art. 12-15 OR noch nicht enthält; sie verwies lediglich auf Art. 13 OR a.F. als Lösung für Personen, die nicht schreiben können). BLUMENSTEIN, Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechts, 1911, § 27 I, II verhält sich dazu nicht.

<sup>65</sup> GILLIÉRON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite I, 1999, Art. 82 N 34; KUKO SchKG-VOCK, 2. Aufl. 2014, Art. 82 SchKG N 14; SK-SchKG/VOCK/AEPLI-WIRZ, 4. Aufl. 2017, Art. 82 N 11; VEUILLET, in: Abbet/Veuillet, La mainlevée de l'opposition, 2017, Art. 82 N 15; VOCK/MEISTER-MÜLLER, SchKG-Klagen nach der Schweizerischen ZPO, 2. Aufl. 2018, S. 134.

<sup>66</sup> Vgl. BGer v. 4.9.1986, BGE 112 Ia 173 E. 1 S. 173: „[Die Unterschrift] muss eigenhändig angebracht werden, nicht z.B. mit der Schreibmaschine“; BGer v. 11.5.1960, BGE 86 III 3 S. 4. Dezidiert OGer. SO, SJZ 1989, 363, wonach es nicht ausreicht, dass sich der Unterzeichner der technischen Mittel zur Erstellung seiner Unterschrift persönlich bediene.

nicht nur die maschinelle Unterzeichnung ab,<sup>67</sup> sondern auch die einfache E-Mail, unter die der Absender selbsttätig seinen Namen tippt, weil es hier an der Handschriftlichkeit nach dem traditionellen Verständnis von Art. 14 OR fehlt.<sup>68</sup> Eine in einer einfachen E-Mail erklärte Schuldanerkennung wird somit nicht als provisorischer Rechtsöffnungstitel anerkannt. In der Literatur gibt es dazu eine Gegenauffassung von *Schmidt*. Dieser will die E-Mail genauso behandeln wie das Fax oder die Kopie und folglich das E-Mail genügen lassen, wenn keine Zweifel an der Echtheit bestehen. *Schmidt* hebt dabei die mündliche Verhandlung als den verfahrensmässigen Rahmen hervor, der es ermöglichen würde, solche Zweifel abzuklären.<sup>69</sup> Dieses Argument trifft indes auf eine Verfahrenswirklichkeit, in der das provisorische Rechtsöffnungsverfahren in der Regel rein schriftlich durchgeführt wird.<sup>70</sup>

26. Die Rechtsprechung der erstinstanzlichen Gerichte liegt, wie die Umfrage<sup>71</sup> gezeigt hat, ganz überwiegend auf der Linie der herrschenden Auffassung.<sup>72</sup> Lediglich eines der teilnehmenden Gerichte hat sich dezidiert dafür ausgesprochen, nicht-handschriftlich unterzeichnete Urkunden zu akzeptieren, wenn der Betriebene keine Einwände dagegen erhebt.<sup>73</sup> Folglich ist das Fazit gerechtfertigt, dass elektronisch geschaffene Schuldanerkenntnisse, für die es keine handschriftliche Unterschrift des Betriebenen gibt, in der Praxis als provisorischer Rechtsöffnungstitel ganz überwiegend nicht anerkannt werden.

---

<sup>67</sup> BSK SchKG I-*STAEHELIN*, 2. Aufl. 2010, Art. 82 N 12.

<sup>68</sup> **Für das OR:** BSK OR-I/*SCHWENZER*, Art. 13 N 14d; BK-OR AT/*MÜLLER*, Art. 13 N 93; OFK-OR/*KOSTKIEWICZ*, Art. 14 N 9. **Für das SchKG:** BSK SchKG I-*STAEHELIN*, 2. Aufl. 2010, Art. 82 N 14, 17; *GASSER*, AJP 2001, 91, 92; *KUKO SchKG-VOCK*, 2. Aufl. 2014, Art. 82 SchKG N 14; *VOCK/MEISTER-MÜLLER*, SchKG-Klagen nach der Schweizerischen ZPO, 2. Aufl. 2018, S. 134; *SPÜHLER/INFANGER*, BISchK 2000, 1, 8; *VEUILLET*, in: *Abbet/Veuillet, La mainlevée de l'opposition*, 2017, Art. 82 N 30. Auch *GILLIÉRON*, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite I, 1999, Art. 82 N 33 (« moyens informatiques »).

<sup>69</sup> CR-*SCHMIDT*, Art. 82 N 20.

<sup>70</sup> Dazu noch VI.2.

<sup>71</sup> Zu den Rahmenbedingungen der Umfrage siehe oben unter I.-N 3.

<sup>72</sup> Siehe Sachverhalt 1, Variante 3. Ein Teil der abweichenden Antworten hat die Frage so interpretiert, dass ein eigenhändig unterschriebenes Dokument per E-Mail versandt wurde, so dass der Anteil der abweichenden Auffassungen bei weniger als 10 % liegt. Als Beispiele für in der Praxis häufige Gründe für die Abweisung eines Rechtsöffnungsgesuchs (vgl. Frage 6 der weiteren Fragen auf S. 6 des Fragebogens) wurden dementsprechend genannt, dass sich die Schuldanerkennung nur aus einer Vereinbarung mittels E-Mail, SMS oder Messenger-Diensten ergibt. Als andere Gründe wurden genannt: fehlende Unterschrift des Betriebenen oder eines Kollektivzeichnungsberechtigten, fehlende Abtretungsurkunde, fehlende Vollmacht, Vorlage blosser Rechnungen als Rechtsöffnungstitel.

<sup>73</sup> Auf Nachweise einzelner Stellungnahmen wird verzichtet, da die Umfrage unter Zusicherung von Anonymität durchgeführt wurde.

## b) Echtheit

27. Trägt die Schuldanererkennung eine handschriftliche Unterschrift, so muss sie «echt» sein, d.h. tatsächlich vom Betriebenem stammen.<sup>74</sup> Die Echtheit wird im Regelfall aber nicht überprüft. Das Rechtsöffnungsgericht klärt von Amtes wegen nur ab, dass die Unterschrift hinsichtlich ihrer Echtheit keine offensichtlichen Auffälligkeiten aufweist.<sup>75</sup> Als rechtliche Grundlage für diese Vorgehensweise wird eine «tatsächliche»<sup>76</sup> bzw. «natürliche»<sup>77</sup> Vermutung für die Echtheit der Unterschrift angeführt. Um diese Vermutung zu erschüttern, muss der Betriebene die Unechtheit glaubhaft machen. Das blosses Bestreiten der Echtheit genügt nicht.<sup>78</sup> Der blossen Behauptung des Betriebenen, die Unterschrift sei gefälscht, wird das Gericht nicht folgen. Entsprechend dem Massstab, den die Rechtsprechung an das Glaubhaftmachen anlegt, muss der Betriebene vielmehr mit liquiden Beweismitteln darlegen, dass eine Fälschung wahrscheinlicher ist als die Echtheit der Unterschrift.<sup>79</sup> Legt der Betriebene beispielsweise mehrere offizielle Urkunden oder Dokumente aus der letzten Zeit vor, in denen sein Schriftbild deutlich von derjenigen in der Schuldanererkennung abweicht, kann das Rechtsöffnungsgericht die Rechtsöffnung verweigern, wenn es den Eindruck gewinnt, dass eine Fälschung wahrscheinlicher ist. Der Gläubiger müsste die Echtheitsfrage in diesem Fall im Zivilprozess klären (Art. 79 SchKG). Sollte das Schriftbild hingegen übereinstimmen und kann der Betriebene keine anderen Anhaltspunkte für eine Fälschung glaubhaft machen, wird das Gericht dem Begehren des Betriebenen, ein Unterschriftengutachten eines Sachverständigen einzuholen, in der Regel nicht folgen, da sich dies mit der Einschränkung der Beweismittel gemäss Art. 82 Abs. 2 SchKG, Art. 254 ZPO nicht verträgt. Eine gutachterliche Klärung der Echtheit findet im

---

<sup>74</sup> Vgl. *BLUMENSTEIN*, Handbuch des Schweizerischen Schuldbetriebsrechts, 1911, § 27 II 3 b.

<sup>75</sup> BGer v. 7.10.2005, BGE 132 III 140 S. 143 E 4.1.2: «à moins que le titre produit par le créancier poursuivant ne soit d'emblée suspect».

<sup>76</sup> BGer v. 7.10.2005, BGE 132 III 140 S. 143 E 4.1.2; *VEUILLET*, in: *Abbet/Veuillet, La mainlevée de l'opposition*, 2017, Art. 82 N 14, 34.

<sup>77</sup> *AMMON/WALTHER*, Grundriss des Schuldbetriebs- und Konkursrechts, 9. Aufl. 2013, § 19 N 74; *FRITZSCHE/WALDER*, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Band I, 1984, S. 259; *GILLIÉRON*, Poursuite pour dettes, faillite et concordat, 5. Aufl. 2012, N 777.

<sup>78</sup> *BRÜGGER*, SchKG Gerichtspraxis 1946-2005, Art. 82 N 89; *BSK SchKG EB-STAEHELIN*, 2. Aufl. 2017, Art. 82 ad N 13; *FRITZSCHE/WALDER*, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Band I, 1984, S. 259; *KREN KOSTKIEWICZ*, OFK-SchKG, 19. Aufl. 2016, Art. 82 N 28; *PANCHAUD/CAPREZ*, Die Rechtsöffnung, § 4 N 1; *VEUILLET*, in: *Abbet/Veuillet, La mainlevée de l'opposition*, 2017, Art. 82 N 16; *SK-SchKG/VOCK/AEPLI-WIRZ*, 4. Aufl. 2017, Art. 82 N 11; *WALDER/KULL/KOTTMANN*, in: *Jaeger, SchKG I*, 4. Aufl. 1997, Art. 82 N 8.

<sup>79</sup> BGer v. 7.10.2005, BGE 132 III 140 S. 144 E 4.1.2; *FL. KRAUSKOPF*, JdT 2008 II, 23, 25; *VEUILLET*, in: *Abbet/Veuillet, La mainlevée de l'opposition*, 2017, Art. 82 N 16.

Rechtsöffnungsverfahren nicht statt.<sup>80</sup> Der Betriebene wäre dann auf die Aberkennungsklage angewiesen (Art. 83 Abs. 2 SchKG).

## 2. Ausnahmen von der Eigenhändigkeit der Unterschrift

28. Im Rahmen von Art. 82 Abs. 1 SchKG gibt es Ausnahmen vom Erfordernis der Eigenhändigkeit. Einerseits gibt es solche, die unmittelbar in Art. 14 OR angelegt sind, und andererseits eigenständige bzw. nicht direkt im Wortlaut von Art. 14 OR vorgesehene Abweichungen.

### a) Unmittelbar in Art. 14 OR angelegte Ausnahmen

29. Die unmittelbar durch Art. 14 OR vorgesehenen Ausnahmen werden, weil man sich bei der Auslegung an das OR anlehnt, auch für Art. 82 Abs. 1 SchKG angewandt. So lassen Art. 14 Abs. 2 und Abs. 2<sup>bis</sup> OR verkehrübliche mechanische Nachbildungen einer Unterschrift sowie eine qualifizierte elektronische Signatur zu, die man deshalb auch für Art. 82 Abs. 1 SchKG als ausreichend erachtet.<sup>81</sup> Vor Einführung des Art. 14 Abs. 2<sup>bis</sup> OR hatte man die elektronische Signatur für eine Schuldanerkennung nach Art. 82 Abs. 1 SchKG noch als unzureichend zurückgewiesen und daher eine Gesetzesänderung angemahnt.<sup>82</sup> Mit der Erweiterung von Art. 14 OR um seinen Absatz 2<sup>bis</sup> ist sie als Äquivalent zur Unterschrift auch im Rahmen von Art. 82 Abs. 1 SchKG anerkannt worden,<sup>83</sup> wobei dies zum Teil unter den Vorbehalt gestellt wird, dass der Rechtsöffnungsrichter über die Infrastruktur verfügt,<sup>84</sup> die für die Überprüfung der Signatur nötig ist (auch wenn es darauf nur im Bestreitensfalle ankommen dürfte). Diese enge Anlehnung an das OR macht verständlich, dass das einige Jahre nach der elektronischen Signatur eingeführte «geregelte elektronische Siegel» (Art. 2 lit. d ZertES) oder die «geregelte elektronische Signatur» (Art. 2 lit. c ZertES) im Sinne des revidierten ZertES<sup>85</sup> in der Literatur zu Art. 82 Abs. 1 SchKG keine Rolle spielen, weil Art. 13 f. OR diese ebenfalls nicht der Schriftform gleichstellt.<sup>86</sup>

<sup>80</sup> GASSER, AJP 2001, 91, 94; FL. KRAUSKOPF, JdT 2008 II, 23, 25.

<sup>81</sup> VEUILLET, in: Abbet/Veuillet, La mainlevée de l'opposition, 2017, Art. 82 N 15; KUKO SchKG-VOCK, 2. Aufl. 2014, Art. 82 SchKG N 14; SK-SchKG/VOCK/AEPLI-WIRZ, 4. Aufl. 2017, Art. 82 N 11.

<sup>82</sup> GASSER, AJP 2001, 91, 92; MUSTER, Reconnaissance de dette abstraite, 2004, S. 183 f.

<sup>83</sup> SCHLAURI, Elektronische Signaturen, 2002, S. 208 N 791; BSK SchKG I-STAEHELIN, 2. Aufl. 2010, Art. 82 N 12; FL. KRAUSKOPF, JdT 2008 II, 23, 25.

<sup>84</sup> Botschaft zum Bundesgesetz über Zertifizierungsdienste im Bereich der elektronischen Signatur, BBl 2001, S. 5679, 5688; KUKO SchKG-VOCK, 2. Aufl. 2014, Art. 82 SchKG N 14; VOCK/MEISTER-MÜLLER, SchKG-Klagen nach der Schweizerischen ZPO, 2. Aufl. 2018, S. 134.

<sup>85</sup> Bundesgesetz über Zertifizierungsdienste im Bereich der elektronischen Signatur und anderer Anwendungen digitaler Zertifikate vom 18. März 2016 (Bundesgesetz über die elektronische Signatur, SR 943.03).

<sup>86</sup> Botschaft 14.015 v. 15.1.2014, S. 1001, 1014; BSK SchKG EB-STAEHELIN, 2. Aufl. 2017, Art. 82 ad N 17b.

## **b) Als Kopie zugewangene (vermutlich) eigenhändige Unterschriften (Schuldenerkennungen per Telefax oder Scan)**

### **aa)Kopie**

30. Über die in Art. 14 OR angelegten Ausnahmen hinaus gesteht man dem Gläubiger zu, das Original mit der eigenhändigen Unterschrift nicht selbst vorlegen zu müssen, sondern lediglich eine unbeglaubigte Kopie einer unterzeichneten Schuldenerkennung.<sup>87</sup> Selbst wenn der Gläubiger nicht mehr hat als eine solche Kopie, welche nahelegt, dass das Original die (vermutlich) eigenhändige Unterschrift des Betriebenen trägt, genügt das, um die Rechtsöffnung zu erteilen. Die Echtheit der Unterschrift muss das Rechtsöffnungsgericht ohnehin nicht näher prüfen, sondern darf sie aus dem Umstand folgern, dass die Unterschrift offensichtlich keine Auffälligkeiten aufweist und der Betriebene sie nicht bestreitet.<sup>88</sup> Das Gericht darf also annehmen, dass der Kopie ein existierendes Original mit eigenhändiger Unterschrift zugrunde liegt.

31. Für die Zulassung der Kopie als Rechtsöffnungstitel konnte sich die herrschende Meinung nicht auf eine Analogie zu Art. 14 OR stützen, da dort die Kopie allenfalls unter den eingeschränkten Voraussetzungen des Art. 14 Abs. 2 OR anerkannt wird.<sup>89</sup> Man berief sich deshalb auf die im OR für die kaufmännische Buchführung anerkannte Beweiskraft einer Kopie (obwohl es dort nicht um die Unterschrift ging).<sup>90</sup> Obschon mit der Beweiskraft ein verfahrensrechtlicher Aspekt in den Vordergrund rückt, kann immer noch eine gewisse Parallele zu Art. 14 OR gezogen werden. Gerade bei der Einführung der qualifizierten elektronischen Signatur i.S.v. Art. 14 Abs. 2<sup>bis</sup> OR ist nämlich klar geworden, was der Gesetzgeber mit der qualifizierten Signatur sicherstellen möchte: Einerseits die Echtheit der Signatur (d.h. dass sie von demjenigen stammt, den sie als Urheber ausweist) und andererseits die Integrität des unterzeichneten Textes (d.h. dass er nach Unterzeichnung nicht mehr verändert wurde).<sup>91</sup> Die Zulassung der Kopie im Verfahren nach Art. 82

---

<sup>87</sup> BRÜGGER, SchKG Gerichtspraxis 1946-2005, Art. 82 N 64, 93 und 328; BSK SchKG I-STAEHELIN, 2. Aufl. 2010, Art. 82 N 17; FRITZSCHE/WALDER, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Band I, 1984, S. 259; GILLIÉRON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite I, 1999, Art. 82 N 38; STÜCHELI, Die Rechtsöffnung, Diss. Zürich, 2000, S. 165 f.; VEUILLET, in: Abbet/Veuillet, La mainlevée de l'opposition, 2017, Art. 82 N 30; SK-SchKG/VOCK/AEPLI-WIRZ, 4. Aufl. 2017, Art. 82 N 14; KUKO SchKG-VOCK, 2. Aufl. 2014, Art. 82 SchKG N 14 f.

<sup>88</sup> Nachweise wie Fn. 87.

<sup>89</sup> BSK OR-I/SCHWENZER, Art. 13 N 14a und Art. 14/15 N 6; KUKO OR-WIEGAND/HURNI, Art. 14/15 N 5.

<sup>90</sup> FISCHER, Rechtsöffnungspraxis in Basel-Stadt, BJM 1980, S. 113, 132.

<sup>91</sup> Botschaft zum Bundesgesetz über Zertifizierungsdienste im Bereich der elektronischen Signatur, BBl 2001, S. 5679, 5684.

SchKG stellt beides nicht grundsätzlich in Frage, da beide Aspekte durch den Abgleich mit dem Original geprüft werden können, natürlich aber erst, wenn es dem Betriebenen überhaupt gelingt, eine Fälschung zu substantiieren. Die Zulassung der Kopie für Art. 82 Abs. 1 SchKG reiht sich aber auch in eine verfahrensrechtliche Entwicklung ein, im Zuge derer die Beweisbeschränkung des alten Art. 73 SchKG, wonach der Titel im Original oder allenfalls in beglaubigter Kopie vorgelegt werden musste, zugunsten der einfachen Kopie entfallen ist.<sup>92</sup> Das beruhte auf der Erkenntnis des Gesetzgebers, dass in der Praxis die Echtheit der Kopie kaum je bestritten wurde.<sup>93</sup> In der ZPO können Urkunden, die in einem gerichtlichen Verfahren vorzulegen sind, gemäss Art. 180 Abs. 1 Satz 1 ZPO ebenfalls in Kopie eingereicht werden.<sup>94</sup>

### **bb) Telefax**

32. Eine per Telefax übermittelte Schuldanerkennung, die die (vermutlich echte) Unterschrift des Betriebenen wiedergibt, wird in der Literatur genauso als private Schuldurkunde i.S.v. Art. 82 Abs. 1 SchKG anerkannt,<sup>95</sup> obgleich damit häufig verbunden sein kann, dass dem Gläubiger das Original mit der Unterschrift selbst gar nicht zugegangen ist. Die Anerkennung des Telefax wird als logische Folge dessen betrachtet, dass man die Kopie anerkannt hat.<sup>96</sup>
33. Das Bundesgericht hat diese Auslegung im Jahr 2014 bestätigt.<sup>97</sup> Obwohl die Rechtslage insoweit höchstrichterlich geklärt ist, hat die Umfrage gezeigt, dass die Rechtsprechung der erstinstanzlichen Gerichte noch nicht vereinheitlicht ist. Zwar akzeptiert die Mehrheit das Telefax, aber immerhin 15 Gerichte (19 % aller Gerichte, die an der Umfrage teilgenommen haben) lehnen eine per Telefax übermittelte Schuldanerkennung als Rechtsöffnungstitel ab.<sup>98</sup> Eine mögliche Erklärung dafür könnte darin liegen, dass das Bundesgericht in einem anderen, prominenten verfahrensrechtlichen Kontext, nämlich für

<sup>92</sup> GASSER, AJP 2001, 91, 93.

<sup>93</sup> Botschaft über die Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) vom 8.5.1991, BBI 1991 III, S. 1, 62.

<sup>94</sup> Darauf verweisen: SK-SchKG/VOCK/AEPLI-WIRZ, 4. Aufl. 2017, Art. 82 N 14; VEUILLET, in: Abbet/Veuillet, La mainlevée de l'opposition, 2017, Art. 82 N 30.

<sup>95</sup> BRÜGGER, SchKG Gerichtspraxis 1946-2005, Art. 82 N 93; BSK SchKG EB-STAEHELIN, 2. Aufl. 2017, Art. 82 ad N 17; CR-SCHMIDT, Art. 82 N 20; STÜCHELI, Die Rechtsöffnung, Diss. Zürich, 2000, S. 165 f.; VEUILLET, in: Abbet/Veuillet, La mainlevée de l'opposition, 2017, Art. 82 N 30; KUKO SchKG-VOCK, 2. Aufl. 2014, Art. 82 SchKG N 14. Zur unklaren Rechtslage im OR: BK-OR AT/MÜLLER, Art. 13 N 99.

<sup>96</sup> BRÜGGER, SchKG Gerichtspraxis 1946-2005, Art. 82 N 93; CR-SCHMIDT, Art. 82 N 20; VEUILLET, in: Abbet/Veuillet, La mainlevée de l'opposition, 2017, Art. 82 N 30. Etwas zurückhaltender, aber im Ergebnis ebenso PETER, SJZ 95/1999, 133, 137.

<sup>97</sup> BGer v. 5.12.2014, 5A\_801/2014, E. 5.2.

<sup>98</sup> Siehe Sachverhalt 1, Variante 1 der Umfrage.

Eingaben bei Gericht, das Telefax eines unterschriebenen Originals gerade nicht als Unterschrift akzeptiert.<sup>99</sup> Diese Rechtsprechung ist wesentlich älter und mag damit noch wesentlich tiefer in der Rechtspraxis verankert sein. Sie kann die Rechtsprechung zu Art. 82 SchKG allerdings nicht in Frage stellen, da sich das Bundesgericht in seiner Entscheidung zu Art. 82 SchKG (wenn auch kurz, so doch explizit) von der Problematik der Eingaben und der Auslegung des Art. 130 Abs. 1 Satz 2 ZPO abgegrenzt hat.<sup>100</sup> Zudem wollte sich die alte Entscheidung zur Zurückweisung des Telefaxes für die Eingaben bei Gericht ausdrücklich nicht am OR und den dort angesprochenen Interessen der Parteien und des Geschäftsverkehrs orientieren,<sup>101</sup> an die sich Art. 82 Abs. 1 SchKG aber gerade anlehnt.<sup>102</sup> Das Bundesgericht geht bei Vorschriften wie Art. 130 ZPO also erkennbar von anderen Zwecksetzungen aus als im Fall von Art. 82 SchKG. Beide Entscheide lassen sich damit klar auseinanderhalten, so dass sich die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 82 Abs. 1 SchKG bald durchsetzen sollte.

34. Was die Prüfung der Echtheit des Telefaxes angeht, wird in der kantonalen Rechtsprechung die bundesgerichtliche Judikatur zur Echtheitsprüfung der Unterschrift auf den Fall des Telefaxes übertragen.<sup>103</sup> Das blosses Bestreiten der Echtheit des Telefaxes mit dem Argument, dass ein Stempel oder die Unterschrift in die Faxvorlage hineinkopiert worden wären, genügt daher nicht; dem Betriebenen wird vielmehr abverlangt, Tatsachen glaubhaft zu machen, die für eine Fälschung oder ein Aufkopieren sprechen und diese wahrscheinlicher machen.<sup>104</sup> Das kann für den Betriebenen im Einzelfall schwierig sein, insbesondere wenn es um sog. negative Tatsachen geht, die sich nicht in seiner Sphäre zugetragen haben. Hier kann es für den Betriebenen schwerer sein zu begründen, warum er keinen Bezug zu einer Fälschung hat, als für den Gläubiger, wenn dieser einen Bezug zum Betriebenen substantiieren müsste. Solche Schwierigkeiten stellen sich aber unweigerlich, wenn Kopien oder Telefaxe als Rechtsöffnungstitel akzeptiert werden. Würde man dem Betriebenen weniger zumuten, so hätte er es in der Hand, durch den blossen Einwand der Fälschung die Rechtsöffnung zu verhindern, was das Telefax sogleich wieder unattraktiv machen würde. Wenn man sich für die Zulassung solcher Formen ausspricht, muss man dem

---

<sup>99</sup> BGer v. 13.7.1995, BGE 121 II 252 S. 255.

<sup>100</sup> BGer v. 5.12.2014, 5A\_801/2014, E. 5.2.

<sup>101</sup> BGer v. 13.7.1995, BGE 121 II 252 S. 255 E.3.

<sup>102</sup> Oben V.-N 24.

<sup>103</sup> KGer BL, 8.1.2013, 410 12 307, E 3.2.

<sup>104</sup> KGer BL, 8.1.2013, 410 12 307, E 3.2.

Betriebenen also zwangsläufig höhere Substantiierungslasten zumuten. Das verlangt eine Gratwanderung, da es nicht angehen kann, dass der Einwand der Fälschung unzumutbar erhöht wird, was ausgerechnet den Fälscher begünstigen würde. Auf diese Gratwanderung zielt die Bemerkung in der Literatur, dass für die Bestreitung der Echtheit eines Telefaxes eine Substantiierung nötig ist, aber noch kein Glaubhaftmachen i.S.v. Art. 82 Abs. 2 SchKG verlangt werden könne.<sup>105</sup> Es spricht also einiges dafür, die strengeren Voraussetzungen des Einwands gegen die Echtheit der Unterschrift nicht auf den Einwand gegen die Echtheit des Telefaxes zu übertragen. Vom Rechtsöffnungsgericht ist jedenfalls das Gespür verlangt, Fälschungseinwände nicht zu schnell als Pauschalbehauptung abzutun, sondern genau zu prüfen, ob bloss «Trölerei» des Betriebenen oder aber Ansätze für eine glaubwürdige Verteidigung vorliegen, denen es nachzugehen gilt.

#### **cc) Gescanntes Dokument**

35. Zur per Scan übermittelten Schuldanerkennung gibt es für Art. 82 SchKG weit weniger Stellungnahmen als zum Telefax, was meist ein Indiz dafür ist, dass es in der veröffentlichten Judikatur noch nicht angekommen ist. In der Literatur zu Art. 82 Abs. 1 SchKG wird der per E-Mail verschickte Scan einer Schuldanerkennung akzeptiert, wenn der Scan ein Dokument darstellt, das eine (vermutlich) eigenhändig unterschriebene Schuldanerkennung enthält.<sup>106</sup> *Stücheli* argumentiert hier mit einer Analogie zum Telefax,<sup>107</sup> was aus folgendem Grund überzeugt. Ob eine Ablichtung des Originals per Telefax oder per Scan im Anhang einer E-Mail zum Empfänger gelangt, kann nämlich nicht entscheidend sein für die Frage, ob aus der Ablichtung gefolgert werden kann, dass es (vermutlich) ein eigenhändig unterschriebenes Original gibt. Nichts anderes würde sich ergeben, wenn man schlicht auf das Meinungsbild zu Art. 14 OR verweist. Auch dort akzeptiert die Literatur den per E-Mail versandten Scan eines unterschriebenen Dokuments.<sup>108</sup>

#### **dd) Eingescannte «eigenhändige» Unterschrift**

36. Problematischer ist es, wenn die eigenhändig geleistete Unterschrift eingescannt und digital unter das Dokument gesetzt wird, das die Schuldanerkennung enthält. Das kann durch den Betriebenen selbst

---

<sup>105</sup> BSK SchKG I-*STAEHELIN*, 2. Aufl. 2010, Art. 82 N 17.

<sup>106</sup> *STÜCHELI*, Die Rechtsöffnung, Diss. Zürich, 2000, S. 165 f.

<sup>107</sup> Siehe vorherige Fussnote.

<sup>108</sup> BSK OR-I/*SCHWENZER*, Art. 13 N 14c; KUKO OR-*WIEGAND/HURNI*, Art. 13 N 10; BK-OR AT/*MÜLLER*, Art. 13 N 96; OFK-OR/*KOSTKIEWICZ*, Art. 13 N 11.

geschehen, wenn er seine gespeicherte Unterschrift unter ein Dokument setzt, das er dann ausdruckt oder digital versendet. Es kann aber auch mittels einer vom Gläubiger verwendeten Software geschehen, in die der Betriebene seine Unterschrift anlässlich des Vertragsschlusses eingegeben hat (z.B. durch Unterzeichnung auf einem Unterschriftenpad). Im Unterschied zum per E-Mail übermittelten Scan gibt es hier kein physisches Original der Schuldanererkennung, auf das der Betriebene seine Unterschrift eigenhändig platziert hat.

37. In der Literatur zum SchKG wird diese Variante, soweit ersichtlich, nicht behandelt. In der Doktrin zu Art. 14 OR wird sie als unzureichend zurückgewiesen.<sup>109</sup> Für Art. 14 OR mag dies folgerichtig sein, da dort die Ausnahme zugunsten des Telefaxes vor allem damit begründet wird, dass das eigenhändig unterschriebene Original auf diesem Wege nicht als solches übermittelt werden könne,<sup>110</sup> während es in der Variante der eingescannten Unterschrift ein solches Original gerade nicht gibt.<sup>111</sup> Wenn man die Auslegung von Art. 82 Abs. 1 SchKG strikt an der Auslegung von Art. 14 OR anlehnen würde, müsste man diese Auffassung auf die Schuldanererkennung übertragen. Einer kategorischen Zurückweisung der gescannten Unterschrift könnte allerdings irgendwann der empirische Befund gegenüberstehen, dass es dem Gericht nicht immer erkennbar ist, ob die ihm vorgelegte Unterschrift eingescannt oder aber eigenhändig geleistet und gedruckt wurde. Aus dem Umstand heraus, dass das Rechtsöffnungsgericht Kopien akzeptiert, wird man es der Unterschrift womöglich häufig nicht ansehen, wie sie zustande gekommen ist. In solchen Fällen kann sie in der verfahrensrechtlichen Praxis *de facto* durchaus einen Rechtsöffnungstitel begründen, wenn die Genese der Unterschrift im Verfahren nicht erwähnt wird, weil die Parteien die Frage nicht aufwerfen. Von einer solchen empirischen Prämisse der Unerkennbarkeit wäre es dann nicht weit zu der Auffassung, eine solche Variante generell für Art. 82 Abs. 1 SchKG zu akzeptieren, wenn der Betriebene keine Einwendung geltend macht. Es bleibt aber festzuhalten, dass es zur Frage der gescannten Unterschrift keine gefestigte Literatur oder gar höchstrichterliche Rechtsprechung gibt und unter den wenigen Stellungnahmen die Ablehnung vorherrscht.
38. Dementsprechend ist es nicht verwunderlich, dass die Umfrage in dieser Hinsicht ein gespaltenes Bild der erstinstanzlichen Rechtsprechung zeigt. 67 %

---

<sup>109</sup> BSK OR-I/SCHWENZER, Art. 13 N 14c; BK-OR AT/MÜLLER, Art. 13 N 93.

<sup>110</sup> BSK OR-I/SCHWENZER, Art. 13 N 14b m.w.Nachw.

<sup>111</sup> So lautete auch eine häufige Begründung für die Ablehnung der Rechtsöffnung in Sachverhalt 5 der Umfrage.

der befragten Gerichte wären bereit, eine eingescannte Unterschrift in einer E-Mail zu akzeptieren – jedenfalls wenn der Betriebene die Echtheit nicht bestreitet. Anders sieht es mit der auf ein Unterschriftenpad geleisteten Unterschrift aus, also derjenigen, die eigenhändig vorgenommen wird, von der es aber kein physisches Original gibt, weil sie unmittelbar digitalisiert wird. Hier wären nur 41 % der Gerichte bereit, eine solche Unterschrift als mit Art. 82 Abs. 1 SchKG vereinbar anzusehen.<sup>112</sup> Aus dieser durch die Umfrage gewonnenen Haltung der erstinstanzlichen Gerichte lässt sich der folgende – dem Gutachtenauftrag entsprechende – Schluss ziehen: Zur Behandlung der eingescannten Unterschrift herrscht keine Rechtssicherheit und es besteht Klärungsbedarf. Der Schluss, dass eine Mehrheit der Gerichte bereit wäre, für die in eine E-Mail eingescannte Unterschrift von Art. 14 OR abzuweichen, soll hingegen ausdrücklich nicht gezogen werden, da die Frage in der Literatur zu Art. 14 OR nicht in gleicher Weise geklärt ist, wie im Fall des Telefaxes. Zudem ist eine Umfrage angesichts der Vielseitigkeit der denkbaren Sachverhalte und Verfahrenssituationen zu offen formuliert, um daraus eine Rechtsauffassung ableiten zu können.

### c) Unterschrift des (vermutlichen) Vertreters

39. Seit den Anfängen des SchKG<sup>113</sup> ist es anerkannt, dass eine auf Seiten des Betriebenen durch einen Vertreter geleistete eigenhändige Unterschrift genügt, wenn das Vertretungsverhältnis liquide nachgewiesen wird.<sup>114</sup> Im Kontext von Art. 82 Abs. 1 SchKG bedeutet dies, dass es keiner eigenhändigen Unterschrift des Betriebenen bedarf, sondern liquide Dokumente genügen, aus denen das Vertretungsverhältnis hervorgeht.<sup>115</sup> Für den Nachweis des Vertretungsverhältnisses können eine je nach Kontext anzunehmende konkludente Vollmacht oder gar Umstände genügen, die bei unklarem Vertretungsverhältnis gemäss Art. 32 Abs. 2 OR für eine Vertretung sprechen.<sup>116</sup> Auch wenn der Wortlaut von Art. 82 Abs. 1 SchKG nur von einer «durch Unterschrift bekräftigten Schuldanerkennung» spricht, also die Person des Unterschriftsleistenden gar nicht benennt, wird davon ausgegangen, dass

<sup>112</sup> Vgl. Sachverhalt 3, Variante 2 im Vergleich zu Sachverhalt 3 Variante 1.

<sup>113</sup> Vgl. *JAEGER*, SchKG, Bd. I, 3. Aufl. 1911, Art. 82 N 3; *BLUMENSTEIN*, Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechts, 1911, § 27 II 3 b.

<sup>114</sup> *WALDER/KULL/KOTTMANN*, in: Jaeger, SchKG I, 4. Aufl. 1997, Art. 82 N 7.

<sup>115</sup> BGer v. 7.10.2005, BGE 132 III 140 S. 142, E.4.1.1 (nicht willkürlich); ebenso: BGer v. 17.9.1986, BGE 112 III 88 S. 89; BGer v. 20.2.2003, 5P.449/2002, E.4. BSK SchKG EB-*STAEHELIN*, 2. Aufl. 2017, Art. 82 ad N 59-b; BSK SchKG I-*STAEHELIN*, Art. 82 N 57; *KREN KOSTKIEWICZ*, OFK-SchKG, 19. Aufl. 2016, Art. 82 N 6; *VEUILLET*, in: Abbet/Veuillet, La mainlevée de l'opposition, 2017, Art. 82 N 18; *GILLIÉRON*, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite I, 1999, Art. 82 N 34; *FL. KRAUSKOPF*, JdT 2008 II, 23, 27.

<sup>116</sup> KGer BL, 9.9.2014, 410 14 150, E 2.3. ff.

diese Auslegung eine Ausnahme vom Erfordernis der eigenhändigen Unterschrift des Betriebenen darstellt.<sup>117</sup> Dass diese Einstufung als Ausnahmefall richtig ist, wird aus dem Beispiel deutlich, in dem ein Vertreter eigenhändig einen Kaufvertrag im Namen des Betriebenen unterschrieben hat. Wenn sich die Vollmacht für den Vertreter aus einem E-Mail- oder gar SMS-Verkehr des Betriebenen ergibt, so genügt das wegen Art. 254 i.V.m. Art. 177 ZPO als liquider Nachweis des Vertretungsverhältnisses. Dann aber trägt der Betriebene die prozessualen Konsequenzen aus einer E-Mail oder SMS, ohne dass die Schuldanerkennung selbst auf seine eigenhändige Unterschrift zurückgeht. Hier wird die provisorische Rechtsöffnung gegen den Betriebenen erteilt, obwohl ihm eine Schuldanerkennung nur aufgrund einer einfachen E-Mail oder SMS zugeschrieben wird.

40. Da diese Ausnahme seit jeher gepflegt wird,<sup>118</sup> finden sich kaum Begründungsansätze. *Peter* nimmt zur Begründung Anlehnung an Art. 12 ff. OR, da dort vertreten wird, dass die Vollmacht grundsätzlich nicht die Form erfüllen muss, der das Hauptgeschäft unterliegt.<sup>119</sup> *Fischer* sieht den Grund in der Eigenart der provisorischen Rechtsöffnung, die selbst denjenigen Gläubiger vollstreckungsrechtlich begünstigen soll, für den nur der Schein eines Rechts spricht.<sup>120</sup>

### 3. Zusammenhängende Urkunde

41. Das Phänomen der zusammenhängenden Urkunde beschreibt, dass nicht alle Wesensbestandteile einer Schuldanerkennung in einer einzigen Urkunde enthalten sein müssen, wenn klar ist, dass sich die Urkunden aufeinander beziehen. Das ermöglicht Schuldanerkennungen, die im Zeitpunkt der Unterschrift noch unbestimmt sind und deren Gegenstand oder Höhe sich aus einem anderen Dokument oder einem Index ergibt.<sup>121</sup> Das Dokument, aus dem der Betrag hervorgeht, muss dann nicht gesondert unterschrieben sein.<sup>122</sup> Damit eine solche Gesamtheit von Urkunden als Schuldanerkennung i.S.v. Art. 82 Abs. 1 SchKG in Frage kommt, muss der erst im weiteren Verlauf bestimmte Betrag bereits zum Zeitpunkt der Unterschrift bestimmbar gewesen sein. Diese Bestimmbarkeit ist gegeben, wenn der Betrag sich aus objektiven

---

<sup>117</sup> *FISCHER*, Rechtsöffnungspraxis in Basel-Stadt, BJM 1980, S. 113, 131; lediglich vorsichtig formuliert, aber ebenfalls eine Ausnahme bejahend: *STOFFEL*, FS 100 Jahre SchKG, S. 239, 243 „on peut éventuellement en voir une [exception]“.

<sup>118</sup> Oben Fn. 113.

<sup>119</sup> *PETER*, SJZ 95/1999, 133, 140; zum OR vgl. KUKO OR-*WIEGAND/HURNI*, Art. 13 N 3.

<sup>120</sup> *FISCHER*, Rechtsöffnungspraxis in Basel-Stadt, BJM 1980, S. 113, 132.

<sup>121</sup> BGer v. 19.10.1988, BGE 114 III 71 S. 74 f.; BGer v. 20.2.2003, 5P.449/2002, E.3.

<sup>122</sup> BGer. v. 12.10.2006, 5P.290/2006 E.3.1.2; BSK SchKG I-*STAEHELIN*, 2. Aufl. 2010, Art. 82 N 15; *JAEGER*, SchKG, Bd. I, 3. Aufl. 1911, Art. 82 N 4.

Berechnungsgrößen ergibt, die schon zum Zeitpunkt der Unterschrift klar waren, deren Akzeptanz der Betriebene mit seiner Unterschrift bekräftigt hat und die nicht allein vom Gläubiger beeinflusst werden können.<sup>123</sup> Zwischen der Anerkennungserklärung und den weiteren Dokumenten muss ein offensichtlicher und unzweideutiger Zusammenhang bestehen, und der geschuldete Betrag muss aufgrund der vorliegenden Unterlagen leicht ausgerechnet werden können.<sup>124</sup> All diese Vorgaben sollen sicherstellen, dass spätere Urkunden einen Inhalt haben, der von der Willenserklärung des Betriebenen gedeckt ist.<sup>125</sup> Es soll ausgeschlossen werden, dass dem Betriebenen nachträglich eine Schuld untergeschoben wird. Bei dieser Rechtsprechung geht es also nicht um Formfragen, sondern um das *Willensprinzip*: Inhalt einer Schuldanerkennung kann selbstverständlich nur sein (und werden), was dem antezipiert erklärten Willen des Betriebenen entspricht.

42. Den Charakter einer Formfrage bekommt das Institut der zusammenhängenden Urkunde erst durch eine andere Diskussion. Obwohl Einigkeit besteht, dass nicht jeder Bestandteil der zusammenhängenden Urkunde eine Unterschrift tragen muss,<sup>126</sup> ist nämlich umstritten, auf welchem von mehreren zusammenhängenden Dokumenten die Unterschrift platziert sein muss, damit von einer «durch Unterschrift bekräftigen Schuldanerkennung» i.S.v. Art. 82 Abs. 1 SchKG gesprochen werden kann. Relevant wird dies insbesondere bei telefonisch oder online abgeschlossenen Kaufverträgen, die mangels eigenhändiger Unterschrift für sich allein keinen Rechtsöffnungstitel bilden würden. Wenn der Käufer bei einem solchen Vertrag beispielsweise den Lieferschein eigenhändig unterschreibt, so geht der Käufer erkennbar davon aus, dass die Vorgänge zusammengehören, wenn sich der Lieferschein auf den Kauf bezieht. Problematisch ist hier, dass seine eigenhändige Unterschrift nicht unter der Anerkennung der Kaufpreisschuld platziert ist, weil der Kaufvertrag nicht unterschrieben ist, sondern unter dem Lieferschein, der zwar einen Zusammenhang zum Kaufvertrag herstellt, aber als solcher nicht die Anerkennung des Kaufpreises zum Ausdruck bringt. Die Frage ist dann, was unter der Bekräftigung der

<sup>123</sup> BGer v. 19.10.1988, BGE 114 III 71 S. 74 f.

<sup>124</sup> BGer. v. 28.3.2006, BGE 132 III 480, 481 E.4.1; BGer, 7.3.2013, 5A\_867/2012, E. 4.1; KGer BL, 26.2.2013, 410 12 380, E 4.1; BSK SchKG EB-STAEHELIN, 2. Aufl. 2017, Art. 82 ad N 15; KUKO SchKG-VOCK, 2. Aufl. 2014, Art. 82 SchKG N 15.

<sup>125</sup> BGer. v. 28.3.2006, BGE 132 III 480, 481 E.4.3; OGer. ZH, 19.11.2018, RT180107-O/U, E.6.1.b; RÜETSCHI, in: Kostkiewicz/Markus/Rodriguez (Hrsg.), S. 45, 51.

<sup>126</sup> SK-SchKG/VOCK/AEPLI-WIRZ, 4. Aufl. 2017, Art. 82 N 13; VEUILLET, in: Abbet/Veuillet, La mainlevée de l'opposition, 2017, Art. 82 N 27; KUKO SchKG-VOCK, 2. Aufl. 2014, Art. 82 SchKG N 15; PANCHAUD/CAPREZ, Die Rechtsöffnung, § 6 N 6.

Schuldanerkenntnis durch die Unterschrift zu verstehen ist: Genügt das durch den urkundlichen Zusammenhang ausgedrückte (mittelbare) Anerkenntnis im Lieferschein, dass die Schuld aus dem (nicht unterschriebenen) Kaufvertrag besteht, oder muss die Urkunde, welche die Schuldanerkenntnis (unmittelbar) enthält, durch Unterschrift bekräftigt werden?

43. Rechtsprechung und Literatur lassen keinen eindeutigen Schluss über die Rechtslage zu. Es finden sich nuancenreiche Formulierungen. In der Literatur heisst es mehrheitlich, dass die «eigentliche Anerkennungserklärung» bzw. die Urkunde mit dem «caractère décisif» unterzeichnet sein muss.<sup>127</sup> In Bezug auf einen Lieferschein wird daraus gefolgert, dass dieser trotz Unterschrift nicht als Schuldanerkenntnis genüge, da er nicht das eigentliche Dokument sei, jedenfalls wenn er den Preis nicht aufweist.<sup>128</sup> Er verurkunde keinen Rechtsschein für die Kaufpreisforderung, sondern belege nur, dass eine Leistung erbracht wurde.<sup>129</sup> Demgegenüber soll eine unterschriebene Rechnung als «eigentliche Anerkennungserklärung» genügen, weil sie die Anerkennung einer Schuld zum Ausdruck bringe.<sup>130</sup>

44. Die Aussagen zur «eigentlichen Anerkennungserklärung» gehen, soweit ersichtlich, auf eine Formulierung aus der Genfer Rechtsprechung und auf die Kommentierung von *Gilliéron* zurück:<sup>131</sup> Dort heisst es:

*«autrement dit, la signature doit figurer sur celui des documents qui impose une obligation au poursuivi et qui a un caractère décisif (GILLIÉRON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, 1999, n. 33 ad art. 82 LP)»*<sup>132</sup>

45. In den von der Literatur in Bezug genommenen Entscheiden des Bundesgerichts findet sich diese Formulierung, soweit ersichtlich, aber nicht. Allenfalls findet sich dort der Satz, dass aus der Gesamtheit der Urkunden die

---

<sup>127</sup> GILLIÉRON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite I, 1999, Art. 82 N 33; KUKO SchKG-VOCK, 2. Aufl. 2014, Art. 82 SchKG N 15; BSK SchKG I-STAEHELIN, 2. Aufl. 2010, Art. 82 N 15; VOCK/MEISTER-MÜLLER, SchKG-Klagen nach der Schweizerischen ZPO, 2. Aufl. 2018, S. 134; FL. KRAUSKOPF, JdT 2008 II, 23, 26 und PANCHAUD/CAPREZ, Die Rechtsöffnung, § 3 N 4 und § 6 N 2 (Unterschrift muss auf dem Dokument sein, das einen «caractère décisif» hat) unter Verweis auf alte Genfer Rechtsprechung.

<sup>128</sup> FL. KRAUSKOPF, JdT 2008 II, 23, 26.

<sup>129</sup> FRITZSCHE/WALDER, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Band I, 1984, S. 260 Fn. 9; FL. KRAUSKOPF, JdT 2008 II, 23, 32 f.; im Ergebnis auch JAEGER, SchKG, Bd. I, 3. Aufl. 1911, Art. 82 N 3 zur Empfangsbescheinigung.

<sup>130</sup> FL. KRAUSKOPF, JdT 2008 II, 23, 32.

<sup>131</sup> Siehe FL. KRAUSKOPF, JdT 2008 II, 23, 26; MUSTER, Reconnaissance de dette abstraite, 2004, S. 177.

<sup>132</sup> CJ Genève v. 20.11.2015, ACJC/1430/2015, S. 9; ebenso CJ Genève v. 10.2.2017, ACJC/146/2017, S. 11.

für eine Schuldanerkennung «notwendigen Elemente»<sup>133</sup> bzw. «*éléments nécessaires*»<sup>134</sup> hervorgehen müssen. Das bezieht sich jedoch nicht auf die Verortung der Unterschrift, sondern könnte im Gegenteil suggerieren, dass in dieser Gesamtheit nur irgendeine Urkunde die Unterschrift tragen muss. In dem (soweit ersichtlich) einzigen Entscheid, in dem das Bundesgericht das Kriterium des «*caractère décisif*» erwähnt, gibt es die genannte kantonale Rechtsprechung wieder, ohne diese aber zu übernehmen, weil es darauf *in casu* nicht ankam.<sup>135</sup> Zudem formulierte das Bundesgericht hier lediglich, dass es «ausreiche», wenn die eigentliche Anerkennungserklärung unterzeichnet ist. Das ist immer noch schwächer als der Satz, dass die Unterschrift dort platziert sein «müsse», wie es die Genfer Rechtsprechung verlangt. Die wohl konkreteste Stellungnahme des Bundesgerichts zur vorliegenden Problematik findet sich in einer Entscheidung aus dem Jahr 2006, in der das Bundesgericht dem unterschriebenen Lieferschein die Anerkennung als Rechtsöffnungstitel verweigert hat.<sup>136</sup> Gleichwohl fällt es schwer, dieser Entscheidung eine allgemeine Haltung des Bundesgerichts zu entnehmen, weil es auf die vorerwähnte Dogmatik nicht eingegangen ist. Diese Entscheidung aus dem Jahr 2006 ist nicht eindeutig, sondern lässt sich in zwei Richtungen deuten. Einerseits könnte das Bundesgericht die Frage als Formproblem gesehen haben, weil nicht die eigentliche Kaufvertragsurkunde, sondern lediglich der Lieferschein unterschrieben war. Andererseits könnte es ihm um das Willensprinzip gegangen sein, weil *in casu* die Parameter der Kaufpreisberechnung zwischen den Parteien nicht festgelegt waren, so dass sie durch die Bestätigung des Erhalts der Lieferung nicht nachträglich zum Vertragsinhalt werden konnten. Für letztere Deutung spricht, dass das Bundesgericht in erster Linie argumentierte, dass andernfalls der Gläubiger einseitig den Preis festlegen könnte. Aber auch für die erstere Deutung als Formproblem findet sich ein Anhaltspunkt in dem *obiter dictum* des Bundesgerichts, dass es eine Unterschrift unter die Preislisten verlangt hätte, wenn diese an die Betriebene ausgehändigt worden wären.<sup>137</sup> Die Entscheidung gibt also keine klare Linie vor, so dass es zur Frage, welches

---

<sup>133</sup> BGer. v. 28.3.2006, BGE 132 III 480, 481 E.4.1.

<sup>134</sup> BGer. v. 10.4.1996, BGE 122 III 125, 126 E. 2; BGer v. 12.10.2006, 5P.290/2006, E.3.1.2.

<sup>135</sup> BGer v. 16.10.2002, 5P.259/2002, E.3.: «Selon la jurisprudence cantonale (JdT 1995 II 32, consid. 2), il suffirait par ailleurs que la signature figure sur le document qui impose une obligation au poursuivi et qui a un caractère décisif».

<sup>136</sup> BGer. v. 12.10.2006, 5P.290/2006 E.3.3.

<sup>137</sup> BGer. v. 12.10.2006, 5P.290/2006 E.3.3:« au demeurant, si tel avait été le cas, la créancière ne pourrait en tirer argument que si la débitrice avait signé ces pièces ».

Dokument die Unterschrift tragen muss, noch keine klaren und allgemeingültigen Vorgaben des Bundesgerichts gibt.

46. Es verwundert daher nicht, dass die veröffentlichte kantonale Rechtsprechung ein vielfältiges Bild abgibt. Während sich die striktesten Vorgaben in der vorerwähnten Genfer Rechtsprechung finden, erwähnen auch andere kantonale Gerichte die Vorgabe von der Unterschrift auf der «eigentlichen Anerkennungserklärung». <sup>138</sup> Deren Formulierungen lassen immerhin die Deutung zu, dass es eher darum geht, dass nicht ein jedes Dokument gezeichnet sein muss, so dass – wenn man das so verstehen darf – Raum für die Auslegung bleibt, dass die Unterschrift auch auf anderen Urkunden platziert sein darf. Eine Formulierung des Obergerichts Zürich ist noch etwas offener: Zur eigentlichen Anerkennung wird hier nämlich nicht nur das Dokument erklärt, das alle massgeblichen Informationen enthält, sondern auch dasjenige, welches auf die anderen Dokumente verweist. <sup>139</sup> Schliesslich findet sich auch kantonale Rechtsprechung, die den Lieferschein als provisorischen Rechtsöffnungstitel explizit anerkennt. <sup>140</sup>
47. Die für dieses Gutachten durchgeführte Umfrage bestätigt den Eindruck des vielseitigen Bildes. Wenn es auf den Lieferschein ankommt, weil der Kaufvertrag mangels eigenhändiger Unterschrift aus formellen Gründen nicht als Rechtsöffnungstitel in Frage kommt, so würden zwar fast 90 % der Gerichte die Rechtsöffnung erteilen, wenn statt des Vertrags der Lieferschein eigenhändig unterschrieben ist. <sup>141</sup> Sobald der Lieferschein den Preis hingegen nicht ausweist, sind es nur noch rund 60 % der Gerichte, die ihn als Schuldanerkennung akzeptieren würden. <sup>142</sup> Aus den Antworten und individuellen Anmerkungen der ablehnenden Gerichte geht die Annahme hervor, dass diejenige Urkunde die Unterschrift tragen müsse, die Aufschluss über die Zahlungspflicht gibt, oder aber, dass ein Lieferschein schlechthin

---

<sup>138</sup> KG GR v. 2.5.2006, SKG 06 17, E.2.a: «Eine Schuldanerkennung kann auch aus mehreren Urkunden bestehen, wobei nur die eigentliche Anerkennungserklärung unterzeichnet sein muss.»; ebenso OGer TG, 25.8.2003, BR.2003.66, RBOG 2003 Nr. 18.

<sup>139</sup> OGer ZH v. 16.10.2015, RT150133-O/U, E 6.1: «Die Unterschrift des Schuldners muss nicht auf allen Dokumenten angebracht sein, die in Form einer Dokumentenmehrheit den Rechtsöffnungstitel darstellen. Sie muss aber derart platziert sein, dass sie alle den Titel bildenden Elemente deckt, somit unter dem Text, in dem die massgeblichen Elemente festgelegt sind bzw. der auf die anderen Dokumente verweist.»

<sup>140</sup> KGer BL, 9.9.2014, 410 14 150, E 2.1; So auch *MEIER*, Rechtsschutz im summarischen Verfahren, 1997, S. 166, mit Verweis auf die Gerichtspraxis.

<sup>141</sup> Vgl. Sachverhalt 3, Variante 1. Die Basler Rechtsöffnungspraxis scheidet hier als Rechtfertigung, dass es auf den Lieferschein gar nicht ankomme, aus, da der nach ihr grundsätzlich ausreichende gegenseitige Vertrag nicht die formellen Anforderungen des Art. 82 Abs. 1 SchKG erfüllt.

<sup>142</sup> Vgl. Sachverhalt 3, Variante 4 (wegen Mehrfachnennungen auf entweder der Ja- oder der Nein-Seite gibt es mehr Antworten als teilnehmende Gerichte).

keine Schuldanerkennung sein könne, weil ihm in der Regel der Erklärungswert einer Zahlungsanerkennung fehlt bzw. er darauf gerichtet ist, den Erhalt der Ware zu bestätigen.<sup>143</sup> Das lässt sich mit der oben geschilderten kantonalen Rechtsprechung in Bezug setzen, wonach die «eigentliche Anerkennungserklärung» die Unterschrift tragen muss.

48. Damit kann die Thematik der zusammenhängenden Urkunde wie folgt zusammengefasst werden: Es ist geklärt, dass das Dokument, aus dem sich der Betrag der Schuld ergibt, den die unterschriebene Schuldanerkennung noch offengelassen hatte, nicht unterschrieben werden muss. Wenn allerdings die Vertragsurkunde, aus dem sich die Zahlungspflicht ergibt, keine Unterschrift gemäss Art. 82 Abs. 1 SchKG trägt, besteht keine schweizweit einheitliche Rechtsprechung zu der Frage, ob dieser Mangel durch die Einholung einer Unterschrift im Laufe der Vertragsdurchführung noch behoben werden kann. Diese Rechtsunsicherheit wirkt sich insbesondere auf Verträge auf, die mittels digitaler Kommunikation zustande kommen (dazu sogleich). Da es im Einzelfall sehr stark auf den Inhalt des Dokuments, den Erklärungswert und die Umstände der Unterschrift ankommt und da es – je nach Sachverhalt – um ein Problem des Willensprinzips oder der Form geht, kann eine Klärung wohl nur durch die Rechtsprechung erfolgen.

#### **4. Durchsetzung von Zahlungsforderungen aus Bestellung von Waren oder Dienstleistungen im elektronischen Rechtsverkehr**

49. Auch wenn die provisorische Rechtsöffnung in der Praxis für die Durchsetzung verschiedenster Forderungen genutzt wird,<sup>144</sup> besteht für die Durchsetzung von Zahlungsforderungen für online bestellte Waren oder Dienstleistungen in der Praxis ein erhöhtes Interesse.<sup>145</sup> Im Folgenden sollen daher aus Sicht eines Gläubigers all die verfahrensrechtlichen Fallstricke beleuchtet bzw. zusammengefasst werden, die sich bei der provisorischen Rechtsöffnung für Zahlungsforderungen aus Kauf- oder Dienstleistungsverträgen regelmässig ergeben, wenn diese Verträge mittels digitaler Kommunikation geschlossen wurden.

##### **a) Unterschrift des Betriebenen bei Gelegenheit der Leistungserbringung**

50. Da sich die Bestellung von Waren und Dienstleistungen in das Internet verlagert hat und der elektronische Vertragsschluss häufig nicht mehr den

---

<sup>143</sup> So die individuellen Anmerkungen zu Sachverhalt 3 Varianten 1 und 4.

<sup>144</sup> Siehe die Beispiele bei *KRAUSKOPF*, JdT 2008 II, 23, 31 ff.

<sup>145</sup> Vgl. eine aktuelle Motion zur Anpassung von Art. 82 SchKG an das digitale Zeitalter: Motion 19.3448 „Provisorische Rechtsöffnung - Anpassung an die gewandelte Geschäftspraxis (Digitalisierung)“, <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20193448> (Stand 12. Juni 2019).

oben dargelegten formellen Anforderungen des Art. 82 Abs. 1 SchKG genügt, rückt die Unterschrift des Kunden in den Fokus, die der Gläubiger einholen kann, wenn er seine Leistung an den Kunden erbringt. Sie führt zur schon oben untersuchten Frage, inwieweit die Bestätigung über den Empfang der Leistung (d.h. z.B. der Lieferschein) – ggf. in Zusammenhang mit der elektronischen Bestellung – einen provisorischen Rechtsöffnungstitel begründen kann. An dieser Stelle seien die Ergebnisse der Umfrage über die herrschende Gerichtspraxis etwas vertiefter dargestellt.

51. Zunächst sollte die Umfrage anhand eines Beispiels analog abgeschlossener Verträge grundsätzlich abklären, ob Rechtsöffnungsgerichte bei der Auslegung von Art. 82 Abs. 1 SchKG dem Konzept der zusammenhängenden Urkunde folgen oder ob sie nach einem rein formalistischen Ansatz verlangen, dass jedes vom Gläubiger zum Beleg der anerkannten Schuld vorzulegende Dokument eine eigenhändige Unterschrift tragen muss. Die ganz überwiegende Mehrheit verfolgt keinen rein formalistischen Ansatz:<sup>146</sup> Falls der Gläubiger für die Fälligkeit seines Kaufpreisanspruchs die Lieferung der Kaufsache nachweisen muss und der Kaufvertrag den Formanforderungen des Art. 82 Abs. 1 SchKG entspricht, muss etwa der Lieferschein den Anforderungen des Art. 82 Abs. 1 SchKG nicht entsprechen. Es genügt, wenn ein Dokument den Bezug zu den anderen Urkunden herstellt; die Urkunden müssen nicht wechselseitig auf einander verweisen.
52. Sodann hat die Umfrage die im elektronischen Rechtsverkehr zustande gekommenen Verträge in den Blick genommen, bei denen es auf den Lieferschein ankommt, weil der Kaufvertrag keine eigenhändige Unterschrift trägt. Wie schon oben nachgewiesen, würden zwar fast 90 % der Gerichte die Rechtsöffnung erteilen, wenn der eigenhändig unterschriebene Lieferschein den Preis aufweist, aber eben nur 60 %, wenn dieser den Preis nicht nennt, weil er dann nicht als Schuldanerkennung gelten könne.<sup>147</sup> Wie wenig auch diese Zahl über die *praktische* Durchsetzbarkeit aussagt, wird allerdings deutlich, wenn die Unterschrift bei der Lieferung auf einem Unterschriftenpad geleistet wird. Die Mehrheit der Gerichte erkennt diese nicht als Unterschrift im Sinne von Art. 82 Abs. 1 SchKG an,<sup>148</sup> so dass die Erfolgsaussichten für eine Rechtsöffnung bei solchermassen unterschriebenen Lieferscheinen auf knapp unter 50 % sinken würden, wenn der Lieferschein den Kaufpreis angibt. Wenn der vom Betrieben digital unterschriebene Lieferschein keine Angaben zum

---

<sup>146</sup> Vgl. auch zum Folgenden: Sachverhalt 2, Varianten 1-4 der Umfrage.

<sup>147</sup> Oben bei Fn. 141.

<sup>148</sup> Vgl. Sachverhalt 3, Variante 2.

Kaufpreis erhält, würden die Erfolgssausichten nochmals erheblich sinken (ganz zu schweigen von den Fällen, in denen die Lieferung z.B. vom Nachbarn entgegengenommen wird, dazu sogleich). Da diese Form der Unterschrift auf dem «Pad» im heutigen Alltag wohl überwiegt, erfährt die Strategie des Gläubigers, die Unterschrift des Kunden bei Gelegenheit der Lieferung nachzuholen, also eine beträchtliche Einschränkung.

## **b) Nachweis der Leistungserbringung**

53. In den wenigen Fällen, in denen die Unterschrift des Betriebenen sichergestellt ist, kann es weitere Hindernisse bei der Durchsetzung der Zahlungspflicht im Wege der provisorischen Rechtsöffnung geben, nämlich bei dem Beweis der Erbringung der Leistung, sofern von ihr die Fälligkeit der Zahlungsforderung abhängt. Wegen der sog. Basler Rechtsöffnungspraxis genügt zwar der Nachweis des Vertrages, wenn der Betriebene sich am Verfahren nicht beteiligt oder auf die Lieferung nicht eingeht; der Gläubiger müsste dann also die Lieferung nicht belegen.<sup>149</sup>

54. Wenn aber der Betriebene bestreitet, die Gegenleistung erhalten zu haben, können sich erneute Schwierigkeiten auftun. Nach der Basler Rechtsöffnungspraxis muss im Falle eines nicht offensichtlich haltlosen Bestreitens nicht der Betriebene glaubhaft machen, dass er die Leistung nicht erhalten hat, sondern der Gläubiger muss die Leistungserbringung glaubhaft machen.<sup>150</sup> Insoweit zielte die Umfrage darauf ab, zu eruieren, welche Fallstricke sich in der Praxis bei dem solchermassen freien Nachweis der Lieferung stellen können.<sup>151</sup> Am verlässlichsten ist dementsprechend die Lieferung an eine volljährige Person im Haushalt des Betriebenen, während die Zustellung an ein Kind oder an einen Nachbarn (ohne vorgelegte Vollmacht)<sup>152</sup> von einer verhältnismässig bedeutenden Anzahl von Gerichten nicht als Beleg der Leistungserbringung anerkannt wird. Beide Formen der postalischen «Zustellung» genügen für viele Gerichte also nicht für den Rechtsschein, dass die Ware zum Betriebenen gelangt ist. Das ist rechtlich nicht zu beanstanden, sondern im Gegenteil Ausdruck einer genauen Vorgehensweise, auf Basis derer man dem Rechtsöffnungsverfahren nur klare Fälle überlässt. Diese Ergebnisse der Umfrage stehen selbstverständlich unter

---

<sup>149</sup> Zur Basler Rechtsöffnungspraxis: BSK SchKG I-*STAEHELIN*, 2. Aufl. 2010, Art. 82 N 99. Die überwiegende Mehrheit der Gerichte wendet die Basler Rechtsöffnungspraxis an (Sachverhalt 2, Variante 3).

<sup>150</sup> BSK SchKG I-*STAEHELIN*, 2. Aufl. 2010, Art. 82 N 99.

<sup>151</sup> Dafür wurde in Sachverhalt 2 Variante 2 das Szenario einer formell unproblematischen Schuldanererkennung in Form eines durch den Betriebenen unterschriebenen Kaufvertrags gewählt.

<sup>152</sup> Das ergibt sich aus individuellen Anmerkungen auf den Antwortbögen.

dem Vorbehalt der Tatsachenwürdigung im Einzelfall.<sup>153</sup> Aber der Befund belegt doch, dass sich bei der Durchsetzung von Kaufverträgen noch weitere Probleme praktischer Art stellen können, wenn der Betriebene den Erhalt der Leistung bestreitet. Der Vertragspartner des Betriebenen und Absender der Ware kann diese Probleme praktisch nur eingeschränkt vermeiden, da die Post – ohne gegenläufige (aber auch unpraktikable) Weisung – *gegenüber dem sie beauftragenden Gläubiger* vertraglich ermächtigt ist, an sämtliche im selben Wohn- oder Geschäftsdomizil anzutreffenden Personen oder auch an Nachbarn zuzustellen.<sup>154</sup>

55. Eignet sich ein durch einen Dritten gezeichneter Lieferschein damit nicht als Beleg der Leistungserbringung, so wird er in der Regel auch nicht als Schuldanerkennung i.S.v. Art. 82 Abs. 1 SchKG in Betracht kommen, und zwar selbst wenn er im Einzelfall den Inhalt einer Schuldanerkennung aufweisen würde oder die Voraussetzungen der zusammenhängenden Urkunde erfüllt wären. Zwar liesse sich eine Vollmacht für den Dritten sogar mit digitaler Kommunikation nachweisen (s. oben V.2.c.). Die Vollmacht für den Dritten, Postlieferungen entgegenzunehmen, wird in der Regel aber nicht die Vollmacht enthalten, Zahlungsverpflichtungen für den Empfänger anzuerkennen. Der durch den Dritten unterschriebene Lieferschein kann in der Regel also auch keine Schuldanerkennung begründen. Genau das stellt einen Zusammenhang mit den Schwachstellen des elektronischen Rechtsverkehrs her. Zwar bestehen die festgestellten Beweisprobleme für die Erbringung der Leistung unabhängig davon, ob der Vertrag digital oder analog geschlossen wird. Wenn allerdings der Vertrag analog per Unterschrift geschlossen wurde, muss der Gläubiger wegen der Basler Rechtsöffnungspraxis die Art und Weise der Leistungserbringung gar nicht näher offenbaren, wenn der Betriebene sich am Verfahren nicht beteiligt. Wenn hingegen wegen des digitalen Vertragsschlusses die Unterschrift auf dem Lieferschein in den Fokus rückt, kann der Zufall, ob die Leistung vom Betriebenen selbst oder vom Nachbarn entgegengenommen wurde, über den Erfolg des Rechtsöffnungsgesuchs entscheiden, selbst wenn der Betriebene sich nicht am Verfahren beteiligt.

---

<sup>153</sup> Beispielsweise erscheint es bei der Lieferung eines grösseren Möbelstücks an ein vierzehnjähriges Kind im Haushalt des Betriebenen als wahrscheinlicher, dass es den Betriebenen tatsächlich erreicht hat, als bei Kleinteilen, die leicht verloren gehen können.

<sup>154</sup> Vgl. AGB «Postdienstleistungen für Privatkunden» Ziff. 2.5.5, abrufbar auf <https://www.post.ch/de/pages/footer/allgemeine-geschaeftsbedingungen-agb> (Stand: 12. Juni 2019).

### c) Nachweis der Durchsetzbarkeit der Zahlungsforderung

56. Schliesslich kann es Hindernisse bei der Durchsetzung der hier näher untersuchten Verträge geben, die darauf zurückgehen, dass noch immer nicht höchstrichterlich geklärt ist, wie weit der Nachweis der Schuldanererkennung i.S.v. Art. 82 Abs. 1 SchKG reicht. Es geht um die Frage, ob Rechtsöffnung nur erteilt werden darf, wenn aus der vom Gläubiger darzubringenden Schuldanererkennung die Durchsetzbarkeit der Beforderungsforderung, mithin ihre Fälligkeit, hervorgeht, oder ob es genügt, dass der Beforderungsgrund bewiesen wird. Das Bundesgericht hat diese Frage erst kürzlich und nur teilweise in letzterem Sinne geklärt, nachdem sie zuvor umstritten war.<sup>155</sup> Die bis dahin bestehende Unsicherheit zeigt sich in der Umfrage unter den erstinstanzlichen Gerichten.<sup>156</sup> Auch wenn die Praxis von nahezu 60 % der Gerichte auf der Linie des Bundesgerichts liegt, wonach die provisorische Rechtsöffnung selbst dann aufgrund eines Vertrags erteilt werden kann, wenn der Gläubiger den Fälligkeitssachweis nicht erbringt, spiegelt der hohe Anteil der Gegenstimmen noch die bis dato zum Teil anderslautende Praxis wieder. Interessant an den Gegenstimmen ist jedoch, dass man dies offensichtlich als ein Problem der Abgrenzung von Art. 82 Abs. 1 und Abs. 2 SchKG ansieht, während nur eine sehr geringe Anzahl von Gerichten darin ein formales Problem der Unterschrift sieht. Daraus folgt, dass die grosse Mehrzahl der teilnehmenden Gerichte den Nachweis der Fälligkeit auch durch eine nicht unterschriebene Rechnung als erbracht ansähe. Man kann also folgern, dass das Unterschriftserfordernis nur auf die Schuldanererkennung selbst bezogen wird und nicht auf alles, was der Gläubiger darüber hinaus gemäss Art. 82 Abs. 1 SchKG zu beweisen hätte. Das entspricht dem Konzept der zusammenhängenden Urkunde (siehe V.3.). Auch wenn sich die Entscheidung des Bundesgerichts in der Praxis bald durchsetzen wird, zeigt die Umfrage doch, dass sich aus dem unklaren Verhältnis von Art. 82 Abs. 1 und Abs. 2 SchKG weitere Rechtsunsicherheit für die Durchsetzung gegenseitiger Verträge ergeben kann.

### 5. Fazit

57. Das Dogma von der eigenhändigen Unterschrift kennt in der gegenwärtigen Gerichtspraxis einerseits deutliche Ausnahmen (so bei der Stellvertretung) und andererseits in ihrem Umfang noch nicht absehbare Ausnahmen, deren Entwicklung durch die höchstrichterliche Rechtsprechung noch abzuwarten ist

---

<sup>155</sup> BGer v. 18.7.2018, 5A\_695/2017, E.3.2. m.w.N. (offen gelassen wurde die Frage, ob der Betriebene eine Gegenbehauptung glaubhaft zu machen hätte oder ob substantiiertes Bestreiten genügen würde).

<sup>156</sup> Vgl. auch zum Folgenden: Sachverhalt 3 Variante 3.

(so bei der zusammenhängenden Urkunde). Es hat aber auch eine gewisse Anpassung an moderne Kommunikationsmittel erfahren, die jedoch auf dem Stand der Technik der 1990er-Jahre stehen geblieben ist (Kopie, Telefax, Scan eines im Original unterschriebenen Dokuments). Eine Schuldanererkennung per E-Mail oder per eingescannter Unterschrift wird mehrheitlich abgelehnt, was wenig verheissungsvoll ist, wenn man auf die Art und Weise blickt, wie digitale Vertragsabschlüsse im 21. Jahrhundert zustande kommen werden. Für Verträge, die mit digitaler Kommunikation geschlossen werden, bedeutet dies, dass die Erfolgsaussichten für die Durchsetzung von Zahlungspflichten mittels provisorischer Rechtsöffnung nach gegenwärtiger Praxis gering sind, da selbst die Verlegenheitslösung, die Unterschrift des Betriebenen nachträglich bei Leistungserbringung nachzuholen, an dem Einsatz von Unterschriften-Pads scheitern kann. Inwieweit dieser empirisch abgestützte Befund *de lege lata* zwingend vorgegeben ist und inwieweit *de lege ferenda* Möglichkeiten bestehen, Abhilfe zu schaffen, war nicht Gegenstand dieses Gutachtens.

## **VI. Einwendungen gemäss Art. 82 Abs. 1 SchKG und Verfahren (zugleich: Rahmenbedingungen für den Betriebenen)**

58. Der eine Rechtsöffnung legitimierende Rechtsschein beruht nicht nur auf der formgebundenen Schuldanererkennung, sondern auch auf dem Ausbleiben genügender Einwendungen des Betriebenen.<sup>157</sup> Das rückt erstens die Anforderungen in den Fokus, wie der Betriebene diese Einwendungen darzubringen hat (unten 1.), und zweitens das Verfahren, in dem er Gelegenheit erhält, seine Einwendungen in der erforderlichen Art und Weise vorzubringen (unten 2.).

### **1. Einwendungen gemäss Art. 82 Abs. 2 SchKG**

59. Art. 82 Abs. 2 SchKG erlaubt (bzw. verlangt es dem Betriebenen auch ab), Einwendungen, welche die Schuldanererkennung entkräften, «sofort glaubhaft» zu machen. Neben prozessualen Einwendungen kann der Betriebene alle materiell-rechtlichen Einwendungen geltend machen, die sich auf die Entstehung, das Erlöschen oder die Durchsetzbarkeit der Schuld beziehen.<sup>158</sup> Zu letzteren gehören z.B. Gewährleistungsrechte oder konsumentenschutzrechtliche Einwendungen, wie etwa der Widerruf des Vertrags gemäss Art. 40a OR.<sup>159</sup>

---

<sup>157</sup> Oben IV.-N 23.

<sup>158</sup> FL. KRAUSKOPF, JdT 2008 II, 23, 43; PETER, SJZ 95/1999, 133, 141.

<sup>159</sup> FL. KRAUSKOPF, JdT 2008 II, 23, 33.

60. Dennoch ist der Betriebene in seiner Verteidigung eingeschränkt, da er diese Einwendungen nur mit sofort verfügbaren, also «liquiden» Beweismitteln geltend machen kann. Was unter sofort verfügbaren Beweismitteln zu verstehen ist, war vor dem Inkrafttreten der ZPO allein durch Art. 82 Abs. 2 SchKG vorgegeben. Seither beansprucht wegen Art. 251 lit. a ZPO auch Art. 254 ZPO Geltung, nach dessen Absatz 1 der Beweis im summarischen Verfahren durch Urkunden zu erbringen ist, soweit nicht aus seinem Absatz 2 anderes folgt.

61. Vor dem Inkrafttreten der ZPO hat man Art. 82 Abs. 2 SchKG so verstanden, dass er die Beweismittel im Gegensatz zu Art. 82 Abs. 1 SchKG gerade nicht auf Urkunden beschränkt, sondern allgemein auf Beweismittel, die unmittelbar im anberaumten Termin verfügbar sind.<sup>160</sup> Im Gegensatz zu den Anforderungen für den Gläubiger in Art. 82 Abs. 1 SchKG müssen die einwendungsbegründenden Tatsachen also selbst nicht einer bestimmten Form entsprechen. Es sollte daher grundsätzlich unbedenklich sein, wenn der Betriebene die Einwendungen mit E-Mails oder SMS belegen will.<sup>161</sup> Die Beschränkung auf liquide Beweismittel kann allenfalls die Aussage rechtfertigen, dass Urkunden in der Praxis als Regelbeweismittel gelten, weil sie *de facto* regelmässig sofort verfügbar sind.<sup>162</sup> Mit dem gleichen Argument könnte man allerdings auf die Einvernahme der Parteien verweisen, die ebenfalls ein liquides Beweismittel ist.<sup>163</sup> Umgekehrt können Urkunden, wenn sie aufwändige Feststellungen zu ihrem Verständnis erfordern, unzulässig sein, genauso wie die Einholung von Sachverständigengutachten in der Regel wegen zu hohen Aufwands nicht zugelassen wird.<sup>164</sup> Dieses differenzierte Bild entsprach dem Verständnis in kantonalen Verfahren klaren Rechts, in denen neben Urkunden auch die persönliche Befragung und schriftliche Erklärungen von Zeugen zugelassen wurden, wenn sie sofort vorlegbar und ohne weitere Erklärungen verständlich waren.<sup>165</sup> Selbst die Einvernahme von Zeugen hat man als zulässig angesehen, wenn es um wenig Streitige Fragen geht bzw. um einen oder sehr wenige Zeugen, die sofort verfügbar sind.<sup>166</sup> Was Tatsachen angeht, die sich mündlich in Gegenwart von nicht sofort

---

<sup>160</sup> STOFFEL, FS 100 Jahre SchKG, S. 239, 245; PETER, SJZ 95/1999, 133, 141.

<sup>161</sup> Vgl. MUSTER, Reconnaissance de dette abstraite, 2004, S. 181 zu digitalen Beweismitteln.

<sup>162</sup> STOFFEL, FS 100 Jahre SchKG, S. 239, 245.

<sup>163</sup> STOFFEL, FS 100 Jahre SchKG, S. 239, 245.

<sup>164</sup> MEIER, Rechtsschutz im summarischen Verfahren, 1997, S. 99.

<sup>165</sup> MEIER, Rechtsschutz im summarischen Verfahren, 1997, S. 99; MEYER, Rechtsöffnung aufgrund synallagmatischer Schuldverträge, 1979, S. 33.

<sup>166</sup> MEIER, Rechtsschutz im summarischen Verfahren, 1997, S. 99.

erreichbaren Zeugen abgespielt haben sollen, ist der Betriebene in seiner Verteidigung aber jedenfalls etwas eingeschränkt.

62. Fraglich ist, ob sich mit Inkrafttreten von Art. 254 ZPO Änderungen ergeben haben, da die ZPO das Rechtsöffnungsverfahren subsidiär regelt (Art. 251 lit. a ZPO). Art. 254 Abs. 1 ZPO («Beweis ist durch Urkunden zu erbringen.») ist deutlich einschränkender formuliert als Art. 82 Abs. 2 SchKG. Da Art. 82 Abs. 2 SchKG selbst unverändert geblieben ist, sollte an sich aber kein Grund bestehen, die bisherige Praxis wegen Art. 251 lit. a ZPO zu ändern, da Art. 254 Abs. 2 lit. b ZPO und der *lex specialis*-Grundsatz einen Vorrang von Art. 82 Abs. 2 SchKG rechtfertigen.

63. Die Umfrage unter den erstinstanzlichen Gerichten zeichnet demgegenüber ein anderes Bild von der Beweispraxis als diejenige, wie sie sich aus den in der Literatur wiedergegebenen Vorgaben ergibt. Zwar befürwortet die Mehrheit, nämlich 57 % der teilnehmenden Gerichte unter Verweis auf Art. 82 SchKG oder Art. 254 Abs. 2 ZPO, dass andere Beweismittel als Urkunden (jedenfalls theoretisch) zulässig sind und teilt damit die geschilderte Rechtslage.<sup>167</sup> Jedoch gab eine beträchtliche Anzahl von 34 Gerichten unter Verweis auf Art. 254 Abs. 1 ZPO an, dass die Einwendungen des Betriebenen nur mittels Urkunden glaubhaft gemacht werden könnten.<sup>168</sup> Wenn dies, was der Umfrage nicht entnommen werden kann, eine erst durch Art. 254 Abs. 1 ZPO angestossene Entwicklung hin zu einem reinen Urkundenprozess wäre, so wäre diese Entwicklung im Hinblick auf den Schutz des Betriebenen bedenklich. Bemerkenswert ist auch, dass 76 % der teilnehmenden Gerichte die Zulassung des Zeugenbeweises kategorisch ablehnen.<sup>169</sup> 24 % lassen einen Zeugenbeweis zu, dann aber – von zwei Ausnahmen abgesehen – nur, wenn die Einvernahme in der ersten mündlichen Verhandlung durchführbar ist und keine weiteren Termine in Anspruch nimmt.<sup>170</sup> Dieses unterschiedliche Verständnis offenbart ungleiche Verfahrensbedingungen, die in einer kategorischen Handhabung rechtlich bedenklich sind.

## **2. Verfahren (Art. 84 SchKG, Art. 251 lit. a ZPO)**

### **a) Gesetzliche Vorgaben und historisches Leitbild**

64. Das Rechtsöffnungsverfahren ist in Art. 84 SchKG sowie in den Art. 251 ff. ZPO geregelt. Art. 84 Abs. 2 SchKG folgt dem Effizienzgrundsatz. Nach seiner

---

<sup>167</sup> Frage 1 der weiteren Fragen auf S. 5 des Fragebogens.

<sup>168</sup> Frage 1 der weiteren Fragen auf S. 5 des Fragebogens.

<sup>169</sup> Frage 2 der weiteren Fragen auf S. 5 des Fragebogens.

<sup>170</sup> Frage 3 der weiteren Fragen auf S. 5 des Fragebogens.

ursprünglichen Fassung sollte der Rechtsöffnungsprozess gemäss Art. 84 aSchKG noch innert fünf Tagen erledigt werden.<sup>171</sup> Da dies reichlich unrealistisch war,<sup>172</sup> wurde Art. 84 SchKG im Jahr 1994 neu gefasst.<sup>173</sup> Seinem heutigen Wortlaut nach besteht keine Eile um jeden Preis. Folgerichtig hat das Bundesgericht im Hinblick auf den «*fair-trial*-Grundsatz» gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 29 Abs. 1 BV entschieden, dass das Rechtsöffnungsgericht auch Duplik und Replik ermöglichen muss, obwohl Art. 84 Abs. 2 SchKG dies nicht vorsieht. Daraus resultiert sogar die Empfehlung in der Literatur, die provisorische Rechtsöffnung besser im mündlichen Verfahren zu erteilen, weil so schneller Klarheit über den Streitstoff erlangt werden kann.<sup>174</sup> Dem Betriebenen könnte also durchaus Zeit zugestanden werden, um im Einzelfall Zeugen in den Termin mitzubringen. Art. 84 Abs. 2 SchKG mahnt nur das Rechtsöffnungsgericht zur Eile, *nachdem* es den Parteien Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben hat.

65. Daraus wird deutlich, dass nach dem Gesetz das Rechtsöffnungsverfahren wohl durch eine zügige, aber nicht durch eine überaus kurze Verfahrensdauer charakterisiert wird, sondern durch den anderen Aspekt des summarischen Verfahrens, nämlich die Beschränkung auf die innert der Stellungnahmefrist organisierbaren Beweismittel (Art. 82 Abs. 2 SchKG). Diese Beschränkung sorgt dafür, dass das Verfahren zügig durchgeführt werden kann. Sie kann aber auch den Rechtsschutz des Betriebenen beschneiden, wenn eine zu kurz gesetzte Frist verhindert, dass er allfällige Beweismittel einholen kann. Die Freiheit bei der Festlegung der Frist ermöglicht dem Gericht jedoch, auf den Betriebenen Rücksicht zu nehmen, wenn der Einzelfall es nahelegt, dass die Vorbereitung der Verteidigung mehr Zeit in Anspruch nehmen könnte.

66. Der historische Gesetzgeber war sich durchaus bewusst, dass die Beschränkung auf liquide Beweismittel die Verteidigungsrechte des Betriebenen verkürzt,<sup>175</sup> war jedoch der Auffassung, dass das SchKG diese Beschränkung an anderer Stelle ausgleiche: Zum einen werde der Betriebene

---

<sup>171</sup> Vgl. MEYER, Rechtsöffnung aufgrund synallagmatischer Schuldverträge, 1979, S. 33. Art. 84 aSchKG lautete: „Im Rechtsöffnungsverfahren entscheidet der Richter nach Einvernahme der Parteien binnen fünf Tagen seit Anbringung des Begehrens.“

<sup>172</sup> Weshalb man die darin statuierte Frist schon früher nur als Ordnungsvorschrift qualifiziert hat, dazu STOFFEL, FS 100 Jahre SchKG, S. 239, 245 f. mit Fn. 33 auf S. 246.

<sup>173</sup> Vgl. BSK SchKG I-STAHELIN, 2. Aufl. 2010, Art. 84 N 2.

<sup>174</sup> BSK SchKG I-STAHELIN, 2. Aufl. 2010, Art. 82 N 49 am Ende; im Ergebnis ebenso PETER, SJZ 95/1999, 133, 134 f., der aber auch den Schutz des Betriebenen betont.

<sup>175</sup> Vgl. Protokoll über die Verhandlungen der ständerätlichen Kommission betreffend den vom Bundesrathe am 23. Februar 1886 festgestellten Entwurf eines Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs, BBl 1886 III, S. 682.

zu Einwendungen aller Art gehört<sup>176</sup> und zum anderen könne er immer noch im Aberkennungsprozess (Art. 83 Abs. 2 SchKG) seinerseits als Kläger auftreten, um die Rechtsöffnung unwirksam zu machen.<sup>177</sup> Dieser Ausgleich ist vor dem historischen Vorstellungsbild zu würdigen, für das die provisorische Rechtsöffnung geschaffen wurde. Man hatte einen Gläubiger vor Augen, der mit Urkunden einen klaren Fall belegen kann und der auf einen Schuldner trifft, der den Rechtsvorschlag gemäss Art. 74 SchKG dazu ausnutzt, um durch «ganz erlogene Einwendungen»<sup>178</sup> bzw. «trölerhafte Einreden»<sup>179</sup> die Betreibung hinauszuzögern. Für die Widerlegung solcher Einwände braucht es in der Tat weder einen ordentlichen Prozess noch die mit ihm verbundene aufwändige Tatsachenfeststellung.<sup>180</sup> Die Stellungnahme des Betriebenen sollte dem Gericht die Gelegenheit geben, herauszufinden, ob dessen Einwände «Trölererei» darstellen oder aber Substanz haben und einen Zivilprozess rechtfertigen. Aus dem Umstand, dass sich der Betriebene am Verfahren nicht oder nicht substantiell beteiligt, sollte das Rechtsöffnungsgericht schliessen dürfen, dass es angesichts des klaren Rechtsscheins der Schuldanerkennung überwiegend wahrscheinlich ist, dass der Betriebene keinen rechtlichen Grund für seinen Rechtsvorschlag hatte.

## **b) Praxis und Herausforderungen der Verfahrensgestaltung**

67. Die heutige Realität kann von diesem Leitbild in mehrfacher Hinsicht abweichen. Das kann zum einen an der überaus kurzen Verfahrensdauer liegen. Knapp 50 % der an der Umfrage teilnehmenden Gerichte gewähren dem Betriebenen maximal 10 Tage Gelegenheit zur Stellungnahme.<sup>181</sup> Innert dieser kurzen Zeitspanne muss der Betriebene einschlägigen Rechtsrat einholen und prüfen, welche Beweismittel bzw. Zeugen ihm zur Verfügung

---

<sup>176</sup> Protokoll über die Verhandlungen der ständeräthlichen Kommission betreffend den vom Bundesrathe am 23. Februar 1886 festgestellten Entwurf eines Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs, BBI 1886 III, S. 683.

<sup>177</sup> Botschaft des Bundesrathes an die Bundesversammlung betreffend den in Gemässheit des Beschlusses der Bundesversammlung vom 29. Juni 1888 ausgearbeiteten definitiven Entwurf des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs vom 7. Dezember 1888, BBI 1888 IV, S. 1146.

<sup>178</sup> Protokoll über die Verhandlungen der ständeräthlichen Kommission betreffend den vom Bundesrathe am 23. Februar 1886 festgestellten Entwurf eines Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs, BBI 1886 III, S. 683.

<sup>179</sup> Botschaft des Bundesrathes an die Bundesversammlung zu dem vom Bundesrathe am 23. Februar 1886 festgestellten Entwurfe eines Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs vom 6. April 1886, BBI 1886 II, S. 64.

<sup>180</sup> Botschaft des Bundesrathes an die Bundesversammlung zu dem vom Bundesrathe am 23. Februar 1886 festgestellten Entwurfe eines Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs vom 6. April 1886, BBI 1886 II, S. 64.

<sup>181</sup> Auf Frage 5 der weiteren Fragen auf S. 5 des Fragebogens gaben 52 % der Gerichte an, dass sie dem Betriebenen zwischen fünf (5 %) und zehn (47 %) Tagen Zeit zur Stellungnahme einräumen; nur 11 % der Gericht gewährt über 20 Tage Zeit.

stehen und ob ein Rechtsstreit zu finanzieren ist, wohingegen dem Gläubiger hierfür die Dauer einer Verjährungsfrist zusteht. Schafft der Betriebene dies nicht oder geht er es in dieser Frist nicht an, so hat er nach Rechtsöffnung nur weitere zwanzig Tage Zeit, um mit einem Zivilprozess die Betreuung zu verhindern. Zudem hat er mit der Rechtsöffnung schon eine gerichtliche Entscheidung hinnehmen müssen, die für ihn den Entschluss, einen Zivilprozess zu führen, noch erschwert. Wenn dem Betriebenen nur zehn Tage zur Verfügung stehen, um die Umkehr der Klagelast zu vermeiden, kann aus der kurzen Frist zur Aberkennungsklage, die als legitimer Ausgleich für die Beschränkung des Rechtsöffnungsverfahrens gedacht war, eine Bedrohung der prozessualen Waffengleichheit werden: Wenn der Betriebene beispielsweise einen Monat Zeit erhielte, um eine adäquate Rechtsauskunft einzuholen und die Verfügbarkeit von Beweismitteln abzuklären, können 20 Tage zur Vorbereitung eines Aberkennungsprozesses zumutbar sein, um zu beurteilen, ob er mit Beweismitteln, die nicht sofort verfügbar waren, selbst den Prozess wagen soll.<sup>182</sup> Wenn der Betriebene hingegen für die Verteidigung im Rechtsöffnungsverfahren nur zehn Tage Zeit erhält, so verkürzt sich nicht nur die zur Vorbereitung eines Zivilprozesses insgesamt verfügbare Zeit. Vielmehr erhöht eine kurze Stellungnahmefrist im Rechtsöffnungsverfahren auch die Wahrscheinlichkeit, dass der Betriebene allein deshalb im Rechtsöffnungsverfahren unterliegt, weil er in einer kurzen Frist weniger Beweismittel und Einwendungen parat hat als bei einer längeren. Dieses Ungleichgewicht ist nicht im geltenden Recht angelegt, sondern Folge einer Entwicklung, die aus einem zunächst erkennbar unrealistisch formulierten Art. 84 Abs. 2 aSchKG eine Praxis äusserst kurzer Stellungnahmefristen etabliert hat. Aus einem summarischen Verfahren wurde in der Praxis ein Schnellverfahren, welches das Bestreben in den Vordergrund rückt, dem Gläubiger möglichst innert weniger Wochen das Recht zur Zwangsvollstreckung zu erteilen, obwohl es Art. 82 SchKG in erster Linie darum geht, dem Gläubiger den aufwändigen Zivilprozess zu ersparen, was für sich allein schon ein wertvolles Privileg sein kann.

68. Die heutige Realität kann auch in anderer Hinsicht vom historischen Leitbild des «trölerhaften» Betriebenen abweichen, der seinen Rechtsvorschlag zur Verfahrensverzögerung nutzt. Das betrifft Situationen, in denen ein professioneller Anbieter eine strukturell schwächere Partei betreibt, deren ausbleibende oder nicht substantiierte Stellungnahme darauf beruht, dass

---

<sup>182</sup> MEIER, *Rechtsschutz im summarischen Verfahren*, 1997, S. 185 hält 30 Tage für die Entschlussfassung, einen Prozess zu führen, für angemessen.

diese Partei rechtlich nicht informiert, schriftsprachlich nicht gewandt oder durch den professionellen Schriftsatz des Gläubigers dermassen beeindruckt ist, dass es diesen zunächst als unangreifbar akzeptiert. Würde das Rechtsöffnungsgericht jetzt die ausbleibende oder wenig substantiierte Stellungnahme gemäss dem Leitbild von Art. 82 SchKG als Anzeichen für «Trölerie» interpretieren, so geht diese typisierte Betrachtung an der Lebenswirklichkeit vorbei. In einer solchen Situation kann ein Schnellverfahren dazu führen, dass das strukturelle Ungleichgewicht des Betriebenen noch einmal verstärkt wird, weil die gerichtliche Entscheidung ausgerechnet auf einer Erkenntnisgrundlage ergeht, zu der der Betriebene eben nicht «alle Einwendungen», sondern aufgrund der Kürze der Stellungnahmefrist nur wenig beitragen kann. Die Möglichkeit zur Aberkennungsklage liefert hier kaum den vom Gesetzgeber angedachten Ausgleich, wenn diese – wie empirisch belegt<sup>183</sup> – in solchen Situationen kaum erhoben wird, zumal der Betriebene jetzt selbst das Prozessrisiko trägt.

69. Dieses Szenario wird in der Praxis durch eine andere Entwicklung begünstigt, nämlich durch die deutliche Tendenz, das Verfahren rein schriftlich durchzuführen. 63 % der teilnehmenden Gerichte gaben in der Umfrage an, in 91-100 % der Fälle das provisorische Rechtsöffnungsverfahren allein schriftlich durchzuführen gegenüber nur 24 % der Gerichte, die ganz im Gegenteil überwiegend mündliche Termine ansetzen und lediglich 10 % aller Verfahren rein schriftlich durchführen.<sup>184</sup> Damit geben 63 % der Gerichte in der Regel keine Gelegenheit zur mündlichen Stellungnahme. Das sind, insbesondere für rechtlich nicht informierte oder schriftsprachlich nicht gewandte Parteien, schweizweit ungleiche Verfahrensbedingungen.

### c) Kritik

70. Es liegt auf der Hand, dass gerade die Schriftlichkeit des Verfahrens das geschilderte Ungleichgewicht noch verstärken kann: Denn auch Recht und Rechtsprechung, die den Schutz der Schwächeren bezwecken, werden erst angewandt, wenn das Gericht vom massgeblichen Sachverhalt erfährt (abgesehen davon, dass trotz «*iura novit curia*» auch manch ein rechtlicher Hinweis die richterliche Erkenntnis noch befördern kann). Darüber hinaus gilt, dass ein Gericht, das standardmässig 10 Tage zur schriftlichen Stellungnahme gewährt, mitunter nicht mitbekommt, wem es unter welchen

---

<sup>183</sup> Oben Fn. 57.

<sup>184</sup> Frage 4 der weiteren Fragen auf S. 5 des Fragebogens. Die (allerdings möglicherweise missverständlich formulierte) zweite Antwortalternative, ob stets Gelegenheit zur mündlichen Stellungnahme gewährt wird, wenn die Voraussetzungen für die provisorische Rechtsöffnung vorliegen, kreuzten nur 4 % der teilnehmenden Gerichte an.

Umständen wirklich «Gelegenheit» zur Stellungnahme gibt. Jedenfalls verschliesst eine solche Verfahrensweise «Aug und Ohr» ausgerechnet für diejenigen, die ihrem Vermögen nach genau auf diese Sinne angewiesen wären, um das durch den Gläubiger professionell erzeugte Bild von selbst zurechtzurücken.<sup>185</sup> Schon *Meier* wies in seiner Studie darauf hin, dass in Szenarien des strukturellen Ungleichgewichts das mündliche Verfahren den Vorzug verdienen müsse, da es allein sicherstellt, dass das Rechtsöffnungsgericht zur Unterstützung einer nicht anwaltlich vertretenen Partei seine Fragepflicht ausüben kann.<sup>186</sup> Ein risikoaverser, passiver Betriebener, dessen abgesenkte Verteidigungskapazität durch ein Schnellverfahren noch weiter abgesenkt wird, entspricht nicht dem Leitbild des um Verzögerung bemühten Betriebenen. Das, was der Gesetzgeber als Ausgleich für die Einschränkung der Verteidigung des Betriebenen gedacht hat, kann dann seine Wirkung verfehlen. In einem schriftlichen Schnellverfahren ist die Waffengleichheit für einen regelmässig «schwächeren» Betriebenen nicht immer gewährleistet.<sup>187</sup>

#### d) Folgerung

71. Es ist nicht Auftrag dieses Gutachtens zu klären, ob das Rechtsöffnungsverfahren sozial ausgewogen ist. Die Umfrage eignet sich für dahingehende Schlüsse nicht. Sie hat aber deutlich gemacht, dass sich die Praxis der provisorischen Rechtsöffnung zu einem Urkunden- und Schnellverfahren entwickelt hat. Das ist in vielen Fällen angebracht, um «Trölerei» entgegenzuwirken, wird aber vom Gesetz nicht für alle Situationen verlangt. Diese Entwicklung gehört jedenfalls genauso zu den heutigen Rahmenbedingungen für die Durchsetzung von im digitalisierten Rechtsverkehr entstandenen Forderungen wie – auf Seiten der Gläubiger – die Fallstricke aus womöglich überholten Formvorstellungen. Denn das Rechtsöffnungsgericht stützt gemäss Art. 82 SchKG seine Entscheidung stets auf zwei Pfeiler, auf den vom Gläubiger gemäss Art. 82 Abs. 1 SchKG belegten Rechtsschein und auf das Verhalten des Betriebenen unter den Bedingungen des Art. 82 Abs. 2, 84 SchKG. Wer Art. 82 Abs. 1 an die Realität anpassen will, muss auch bei der Anwendung von Art. 82 Abs. 2, 84 SchKG die Realität zur Kenntnis nehmen, andernfalls wird die Entscheidung «schief». Dazu kann es gehören, in Situationen, die durch ein strukturelles Ungleichgewicht der Parteien geprägt sind, das Verfahren mit

---

<sup>185</sup> Im Ergebnis ebenso *PETER*, SJZ 95/1999, 133, 134 f.

<sup>186</sup> *MEIER*, Rechtsschutz im summarischen Verfahren, 1997, S. 184. Ebenso *PETER*, SJZ 95/1999, 133, 134 f.

<sup>187</sup> *MEIER*, Rechtsschutz im summarischen Verfahren, 1997, S. 185.

Fingerspitzengefühl so zu gestalten, dass der Betriebene eine situationsangemessene Gelegenheit zur Stellungnahme erhält.

## VII. Ergebnisse

72. Die dem Bundesgericht erst im Jahr 2007 ermöglichte umfassende Rechtsprüfung der Voraussetzungen von Art. 82 Abs. 1 SchKG macht sich bemerkbar. Zu vielen der Fragen, die Gegenstand dieses Gutachtens sind, gibt es noch keine (breite) höchstrichterliche Rechtsprechung, so dass die erstinstanzliche Rechtspraxis häufig noch uneinheitlich ist.
73. Die erstinstanzliche Gerichtspraxis und die Literatur zum Formerfordernis des Art. 82 Abs. 1 SchKG sind geprägt von dem Dogma der eigenhändigen Unterschrift, das jedenfalls nur solche Formen elektronisch übermittelter Erklärungen anerkennt, für die es eine eigenhändig unterzeichnete, physische Originalurkunde geben kann.
74. Die Rechtsentwicklung hat sich an das Telefax und den per E-Mail versandten Scan angepasst, ist dabei jedoch stehen geblieben. Der Vertragsschluss per E-Mail, Internetmaske, Messenger-Dienst, eingescannter Unterschrift oder per Unterschrift auf dem Unterschriften-Pad wird für das Unterschriftserfordernis des Art. 82 Abs. 1 SchKG mehrheitlich nicht anerkannt. Als Alternative bleibt weiterhin die qualifizierte, elektronische Signatur gemäss Art. 14 Abs. 2<sup>bis</sup> OR, die als Kommunikationsform jedoch offenbar nicht flächendeckend Verbreitung gefunden hat.
75. Verträge, die mit digitalen Kommunikationsmitteln abgeschlossen werden, entsprechen nach Auffassung des überwiegenden Teils der Lehre und der erstinstanzlichen Gerichte nicht den Anforderungen des Art. 82 Abs. 1 SchKG. Die Erfolgsaussichten, sie mittels der provisorischen Rechtsöffnung durchzusetzen, sind derzeit gering.
76. Die Ausweichstrategie, die eigenhändige Unterschrift des Betriebenen im Nachhinein anlässlich der Vertragsdurchführung einzuholen, ist ebenfalls vielfältigen Fallstricken ausgesetzt. Zu diesen gehört nicht nur eine grosse Zurückhaltung bei der Anerkennung der auf dem Unterschriften-Pad geleisteten Unterschrift, sondern genauso die Rechtsunsicherheit über die Frage, ob eine Unterschrift anlässlich der Abnahme der vertraglichen Leistung überhaupt als Bekräftigung der Schuldanerkennung i.S.v. Art. 82 Abs. 1 SchKG angesehen werden kann. Hier macht sich bemerkbar, dass es insoweit noch keine breite bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Dogmatik der zusammenhängenden Urkunde gibt.

77. Die Uneinheitlichkeit der erstinstanzlichen Rechtsöffnungspraxis betrifft nicht nur die vom Gläubiger sicherzustellenden Voraussetzungen gemäss Art. 82 Abs. 1 SchKG, sondern auch die Bedingungen, unter denen der Betriebene verfahrensmässigen Schutz erfährt. Schweizweit gibt es deutliche Unterschiede bei der Gestaltung des Verfahrens. An vielen Gerichten überwiegt eine Praxis, die das Rechtsöffnungsverfahren kategorisch als schriftliches Schnellverfahren handhabt, was von Gesetzes wegen nicht in jedem Fall geboten ist.

## **VIII. Beilagen**

## 1. Fragebogen



---

<sup>b</sup>  
**UNIVERSITÄT  
BERN**

Rechtswissenschaftliche Fakultät  
**Institut für Internationales  
Privatrecht und Verfahrensrecht**

Prof. Dr. Florian Eichel

Bern, 21. Dezember 2018

Sehr geehrte Damen und Herren

Die Universität Bern (Institut für Internationales Privatrecht und Verfahrensrecht, Abt. Prof. Dr. Florian Eichel) führt im Auftrag des Bundesamts für Justiz (BJ) eine Umfrage durch. Hintergrund der Umfrage sind allgemeine Bestrebungen um eine Entbürokratisierung des Rechts und dabei u.a. die Diskussion, das Unterschriftserfordernis für die provisorische Rechtsöffnung aus Art. 82 Abs. 1 SchKG an das digitale Zeitalter anzupassen. Ziel der Umfrage ist es, im Sinne einer ergebnisoffenen Bestandsaufnahme die derzeitige Gerichtspraxis bei der provisorischen Rechtsöffnung zu ermitteln. Die Umfrage wird in allen Kantonen durchgeführt, die Ergebnisse der Umfrage werden aber nicht auf einzelne Gerichte oder Kantone zurückgeführt.

Wir sind auf Ihre Unterstützung angewiesen und möchten Sie daher höflichst bitten, den Fragebogen an eine/n mit der Rechtsöffnungspraxis besonders vertrauten Richter/in oder Gerichtsschreiber/in an Ihrem Gericht weiterzuleiten. Die Umfrage dauert ca. 15 Minuten.

Wir wären Ihnen sehr verbunden, wenn Sie diesen Fragebogen bis am **25. Januar 2019** ausfüllen können und an die *Universität Bern, Institut für Internationales Privatrecht und Verfahrensrecht, Herrn Dario Zizzari, Schanzeneckstrasse 1, Postfach 3444, 3001 Bern*, oder per Scan an [dario.zizzari@civpro.unibe.ch](mailto:dario.zizzari@civpro.unibe.ch) retournieren. Herr Zizzari steht Ihnen für alle Fragen im Zusammenhang mit dieser Umfrage auch gerne telefonisch zur Verfügung (Tel.: 031 631 37 04).

**Die Universität Bern behandelt alle Antworten vertraulich; die Auswertung erfolgt nur mit anonymisierten Daten. Es sind daher keine Rückschlüsse auf Ihre Person oder das Gericht möglich.**

Für Ihre wertvolle Mitarbeit danken wir Ihnen bereits im Voraus herzlich und wünschen Ihnen frohe Festtage sowie einen guten Rutsch ins Neue Jahr!

Freundliche Grüsse

Anhand von verschiedenen Anwendungsfällen und Fragen wollen wir mit Ihrer Hilfe ermitteln, welche Anforderungen in der gerichtlichen Praxis an die „durch Unterschrift bekräftigte Schuldanererkennung“ und den Nachweis der Einwendungen gestellt werden (Art. 82 Abs. 1 und 2 SchKG). Die **mit „Ja“ oder „Nein“ zu beantwortende Frage** in den nachfolgenden Sachverhalten lautet stets: **Würde nach der Praxis Ihres Gerichtes die provisorische Rechtsöffnung erteilt werden?**

Wenn mehrere Antworten zur Auswahl stehen, sind auch Mehrfachantworten möglich.

### **Sachverhalt 1 (Einführung)**

Die Schuldanererkennung ist dem Gläubiger mit Unterschrift des Schuldners (1.) per Fax, (2.) per Mail mit eingescannter Unterschrift oder (3.) – ohne qualifizierte elektronische Signatur und ohne eingescannte Unterschrift – per E-Mail zugegangen.

**Fax:**            Ja    Nein

**Scan:**           Ja    Nein

**E-Mail:**        Ja    Nein

### **Sachverhalt 2 (Zusammengesetzte Urkunden im Zusammenhang mit der Zustellung)**

Zur Durchsetzung eines Kaufpreisanspruchs ersucht die A GmbH (Gesuchstellerin) Ihr Gericht um Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung gegen den Betriebenen B, der bei A einen Sessel gekauft hat. Die Gesuchstellerin reicht den **beidseitig unterschriebenen Kaufvertrag** samt einem durch B unterschriebenen Lieferschein inkl. fälliger Rechnung ein. Preis und Kaufgegenstand sind sowohl auf dem Vertrag als auch auf dem Lieferschein beschrieben. Da allfällige, nicht explizit erwähnte Voraussetzungen des Art. 82 SchKG ebenfalls erfüllt sind, kann Ihr Gericht die provisorische Rechtsöffnung erteilen. Gilt das gemäss Ihrer Praxis auch für die folgenden Varianten?

Variante 1: Im Gegensatz zum Kaufvertrag wurde der Lieferschein vom Betriebenen nicht handschriftlich, sondern auf dem elektronischen „Unterschriftenpad“ der Post unterschrieben.

Ja

Nein                    Begründung (fakultativ):

Variante 2: Im Gegensatz zum Kaufvertrag wurde der Lieferschein nicht vom Betriebenen, sondern nur von einem Mitglied seines Haushaltes unterschrieben.

Ja, bei Unterschrift von:

der Ehefrau

seinem 14-jährigen Kind

der Partnerin

seinem volljährigen Wohngenossen

**seiner Nachbarin**

**Nein, weil der Betriebene den Lieferschein nicht selber unterschrieben hat.**

**Nein** Begründung (fakultativ):

Variante 3: Im Gegensatz zum Kaufvertrag wurde der Lieferschein nicht unterschrieben.

**Ja**

**Ja, wenn die Zustellungsperson den Empfang per Unterschrift bestätigt hat.**

**Ja, sofern die Zustellung durch einen Auszug von „Track & Trace“ dargelegt wird.**

**Nein, da die Erfüllung durch den Gläubiger so nicht dargelegt ist.**

**Nein, da die Fälligkeit so nicht dargelegt ist.**

**Nein, allein weil die Unterschrift auf dem Lieferschein fehlt.**

**Nein** Begründung (fakultativ):

Variante 4: Es werden die gleichen Unterlagen wie im Ausgangsfall eingereicht. Während aus dem Kaufvertrag Preis und Ware ersichtlich sind, enthält der Lieferschein Angaben zum Sessel, nicht aber zum Preis. Der Lieferschein verweist allerdings auf den näher bezeichneten Kaufvertrag. Beide Dokumente sind von B unterschrieben.

**Ja**

**Ja, selbst wenn der Lieferschein nicht auf den Kaufvertrag verweisen würde**

**Nein, da der Preis auf dem Lieferschein nicht vermerkt ist.**

**Nein** Begründung (fakultativ):

### **Sachverhalt 3 (Onlinebestellungen)**

Variante 1: Der Sessel wird vom Betriebenen online gekauft. Die Gesuchstellerin reicht dem Gericht einen Ausdruck der per E-Mail versandten Bestellbestätigung sowie einen durch den Betriebenen eigenhändig unterschriebenen Lieferschein mit Angabe von Preis und Kaufgegenstand ein. Dazu wird eine Kopie der fälligen, nicht bezahlten Rechnung beigelegt.

**Ja**

**Nein** Begründung (fakultativ):

Variante 2: Wie in Variante 1, nur wird ein Lieferschein beigelegt, den B lediglich per elektronischem „Unterschriftenpad“ unterzeichnet hat.

**Ja**

Fragebogen «Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung»

**Nein, da die Erfüllung des Gläubigers so nicht dargelegt ist.**

**Nein, da hiermit keines der Dokumente eine eigenhändige Unterschrift aufweist.**

**Nein** Begründung (fakultativ):

Variante 3: Wie in Variante 1, nur wird die Rechnung nicht beigelegt.

**Ja**

**Nein, da die Fälligkeit so nicht dargelegt ist.**

**Nein, weil sich die Unterschrift von B nicht auf die Fälligkeit bezieht.**

**Nein** Begründung (fakultativ):

Variante 4: Der durch B eigenhändig unterschriebene Lieferschein gibt nur den Kaufgegenstand, nicht den Preis an, verweist aber auf die eindeutig bezeichnete Online-Bestellung.

**Ja**

**Ja, selbst wenn der Lieferschein nicht auf die Bestellung verweisen würde**

**Nein, da der Preis auf dem Lieferschein nicht vermerkt ist.**

**Nein, da die Bestellung nicht eigenhändig unterschrieben ist.**

**Nein** Begründung (fakultativ):

**Sachverhalt 4 (Einwendungen nach Art. 82 Abs. 2 SchKG)**

Variante 1: Die Gesuchstellerin ersucht Ihr Gericht um Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung gegen den Betriebenen B. Sie reicht einen schriftlichen, von beiden Parteien unterschriebenen Kaufvertrag über einen Sessel ein. Ein Lieferschein wird nicht beigelegt. B behauptet ohne weitere Angaben, er habe die Ware nie erhalten.

**Ja** Begründung (fakultativ):

**Nein** Begründung (fakultativ):

Variante 2: B legt zum Beweis seiner Behauptung eine an die Gesuchstellerin gerichtete E-Mail bei, in der er den Nichterhalt der Ware reklamiert hat.

**Ja**

**Nein** Begründung (fakultativ):

**Sachverhalt 5 (Vertrag mit eingescannter Unterschrift)**

## Fragebogen «Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung»

Eine Hausratsversicherung ersucht Ihr Gericht um Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung. Sie reicht einen Versicherungsvertrag ein, auf welchem lediglich die gescannte Unterschrift des Betriebenen vorhanden ist, sowie die fällige, nicht bezahlte Rechnung über eine Prämie. Genügen die beiden Dokumente den Anforderungen der Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung?

**Ja, im Hinblick auf Art. 14 Abs. 2 OR**

**Ja** Begründung (fakultativ):

**Nein** Begründung (fakultativ):

### **Weitere Fragen**

1. Kann der Betriebene die Einwendungen nach Art. 82 Abs. 2 SchKG nur durch Urkundenbeweis darlegen?

**Ja, aufgrund folgender Vorschrift:**

**Nein, aufgrund folgender Vorschrift:**

2. Lassen Sie auch den Zeugenbeweis zu?

**Ja**

**Nein**

3. Wenn ja: Lassen Sie den Zeugenbeweis nur dann zu, wenn der Zeuge anlässlich der mündlichen Verhandlung mitgebracht wird oder gestatten Sie dafür weitere Termine?

**Nur in der ersten mündlichen Verhandlung**

**Auch weitere Termine möglich**

4. Wie oft entscheiden Sie über die provisorische Rechtsöffnung im rein schriftlichen Verfahren?

**In ca. \_\_\_\_\_ % der Fälle**

**Wenn die provisorische Rechtsöffnung erteilt wird, wird dem Betriebenen stets eine Gelegenheit zur mündlichen Stellungnahme gewährt.**

5. Wie lange ist Ihre dem Betriebenen gewährte Frist zur Stellungnahme gemäss Art. 84 Abs. 2 SchKG?

**Einzelfallabhängig**

**Normalerweise nicht länger als \_\_\_\_\_ Tage.**

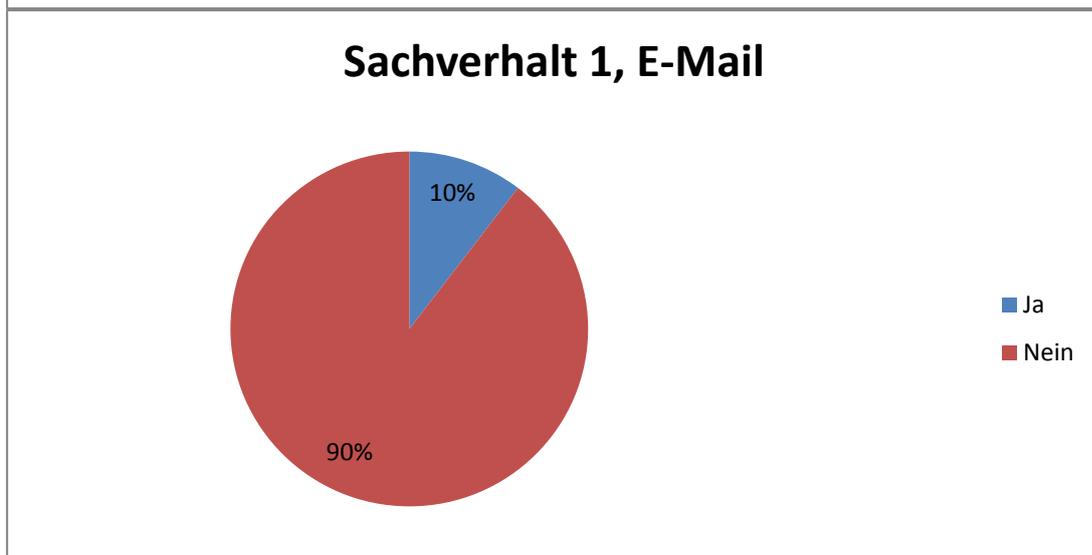
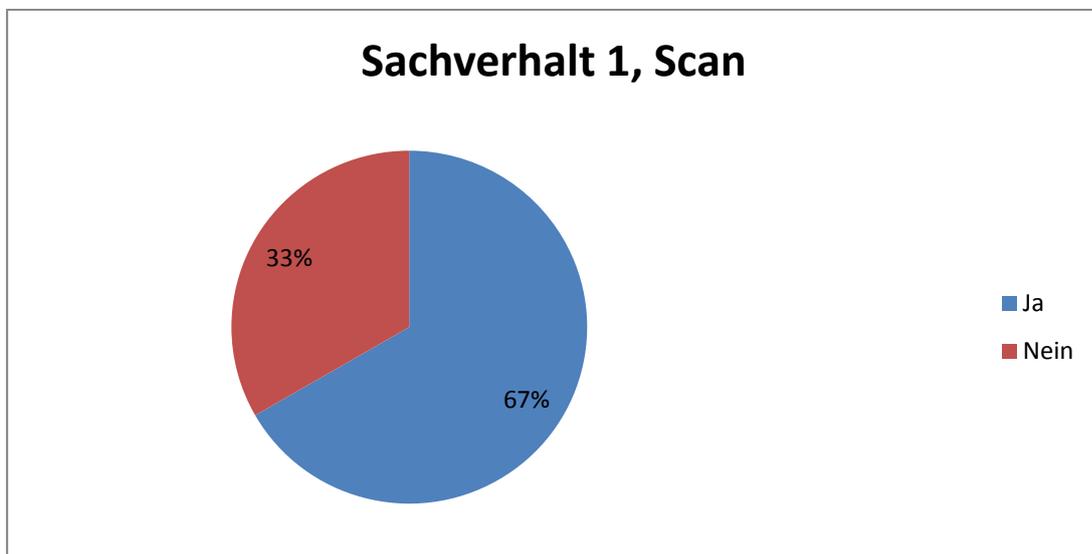
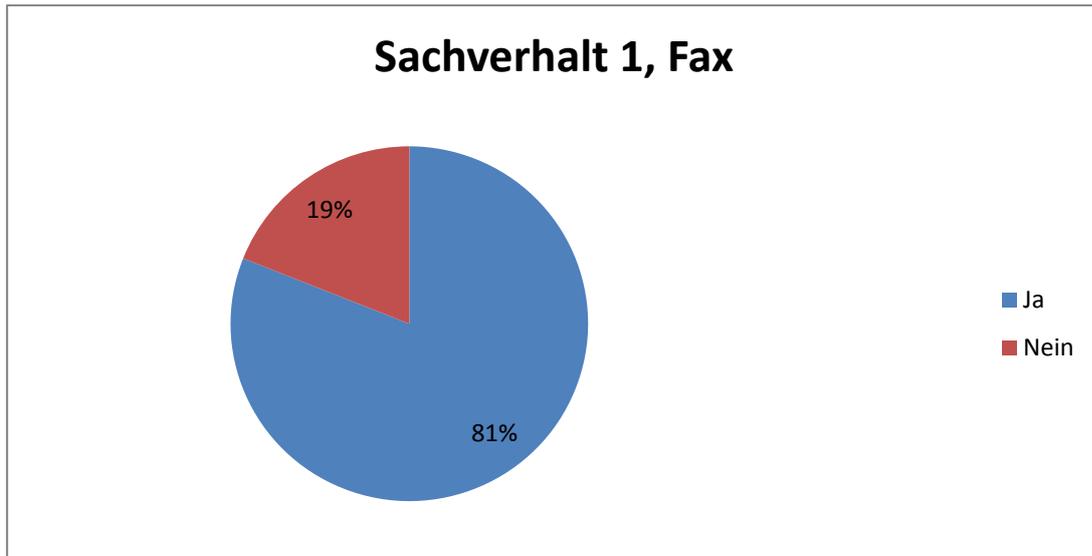
Fragebogen «Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung»

6. Gibt es typische Fälle, die Sie in Ihrer Praxis regelmässig im Hinblick auf die fehlenden formellen Voraussetzungen zurückweisen? Wenn ja, welche?

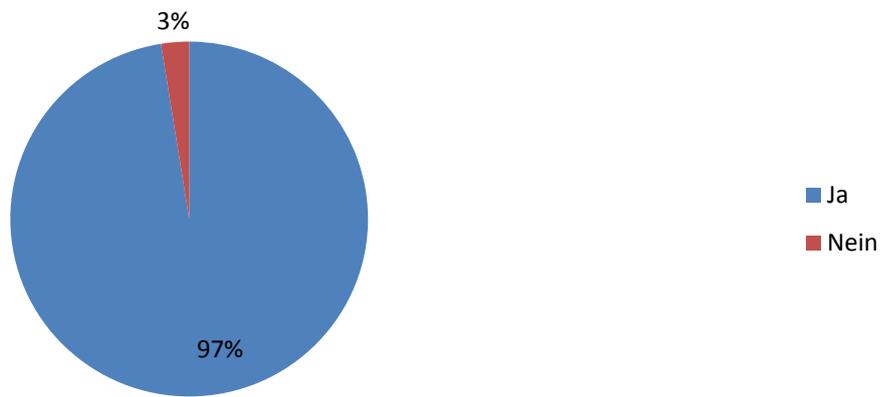
**Zusätzliche Bemerkungen:**

**Herzlichen Dank für Ihre Unterstützung!**

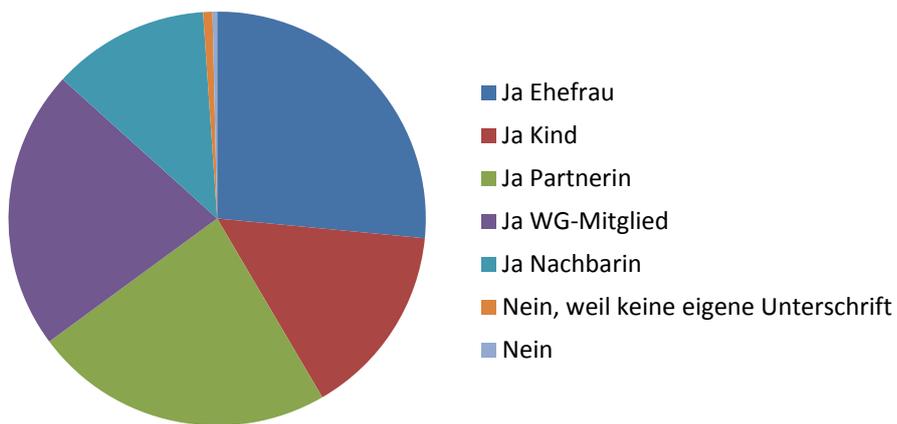
## 2. Beilage II: Auswertung der Umfrage



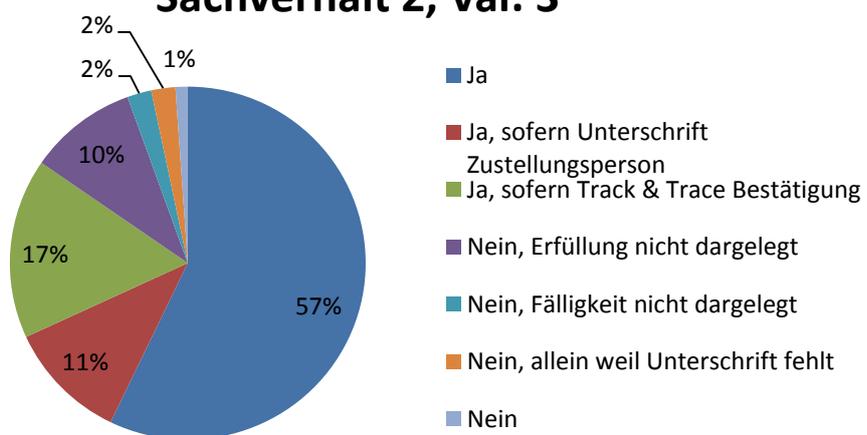
### Sachverhalt 2, Var. 1



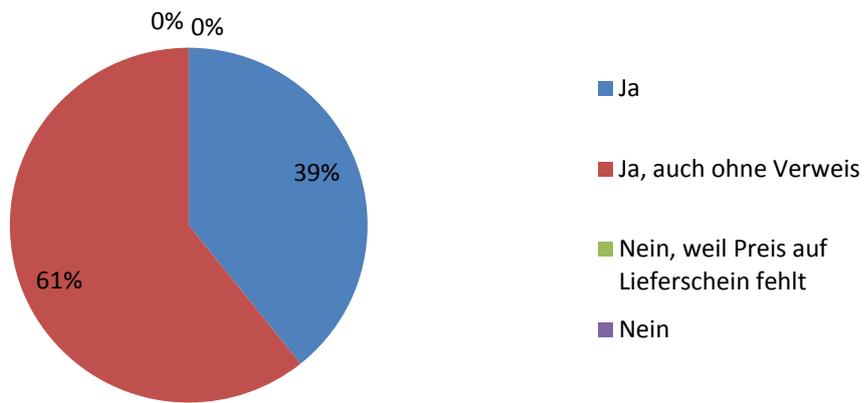
### Sachverhalt 2, Var. 2



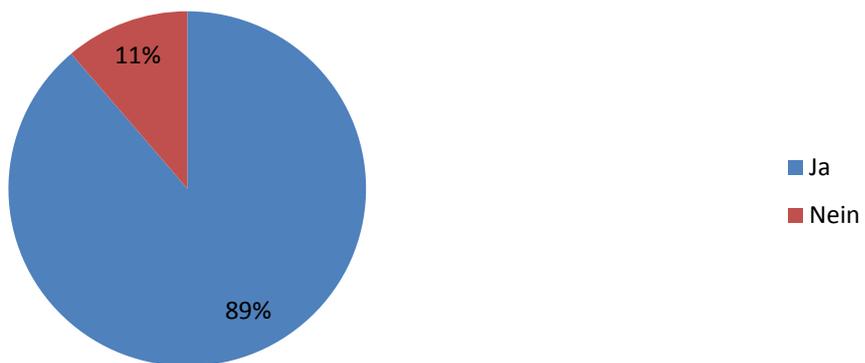
### Sachverhalt 2, Var. 3



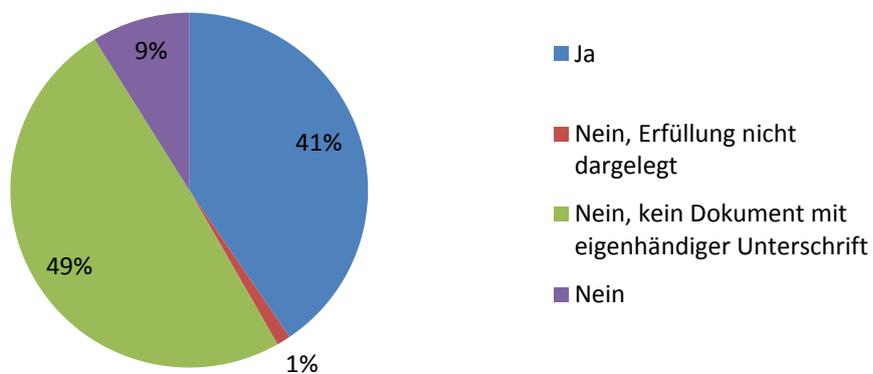
### Sachverhalt 2, Var. 4



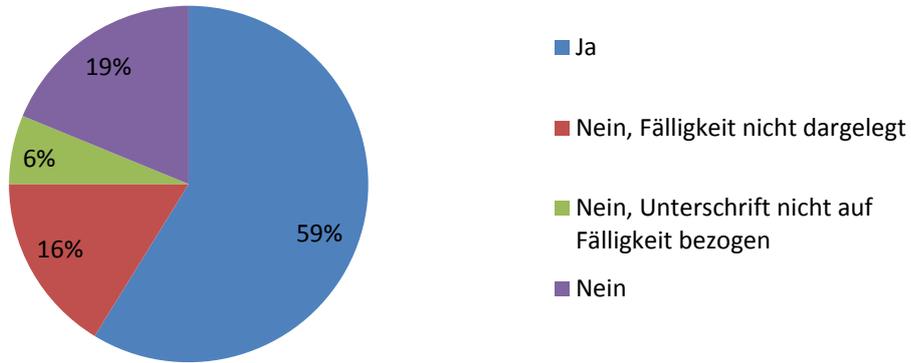
### Sachverhalt 3, Var. 1



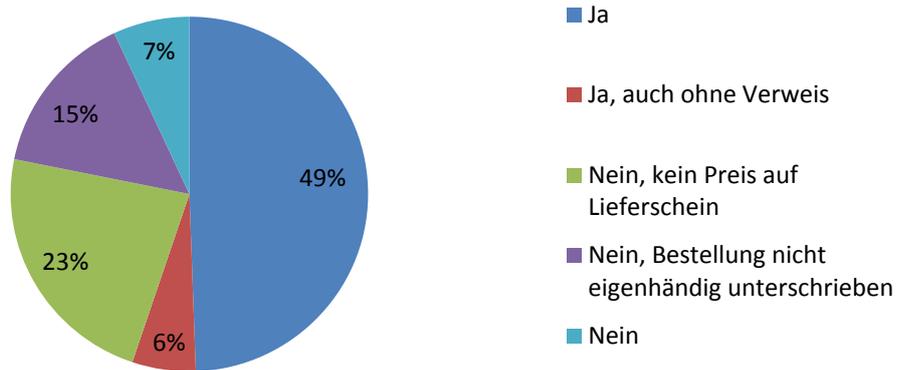
### Sachverhalt 3, Var. 2



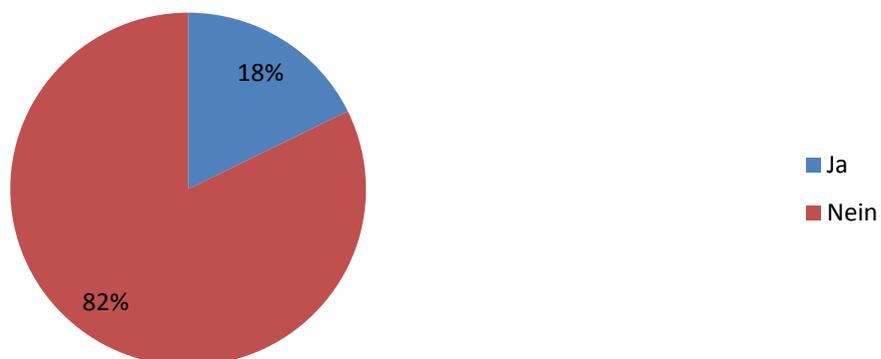
### Sachverhalt 3, Var. 3



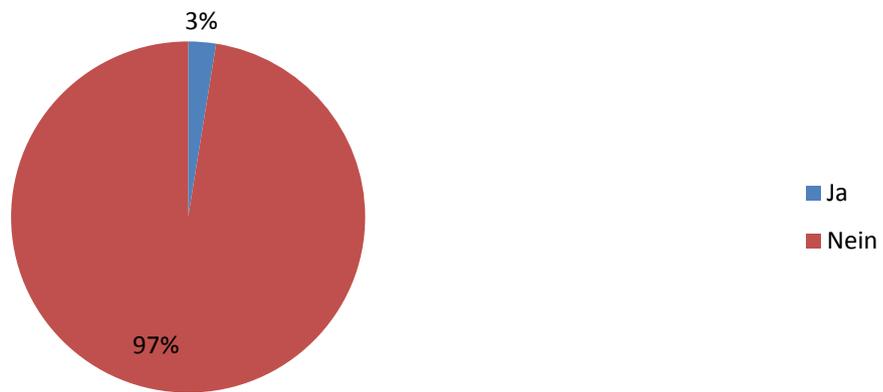
### Sachverhalt 3, Var. 4



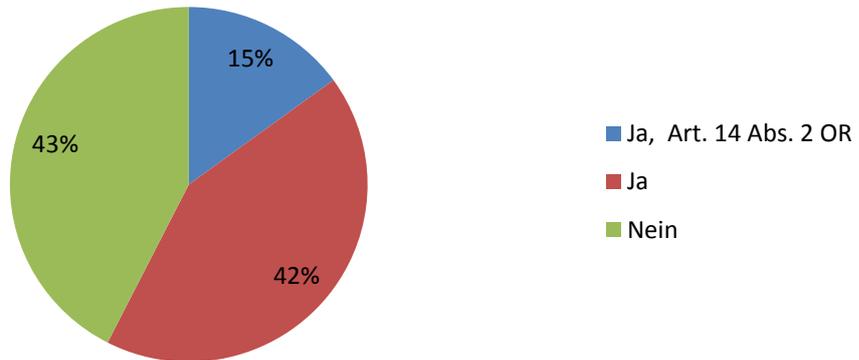
### Sachverhalt 4, Var. 1



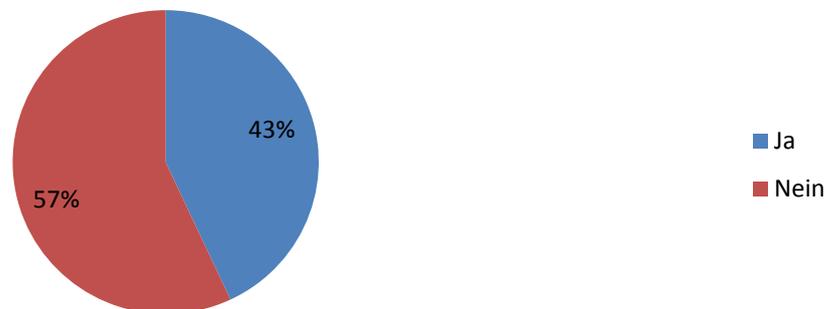
### Sachverhalt 4, Var. 2



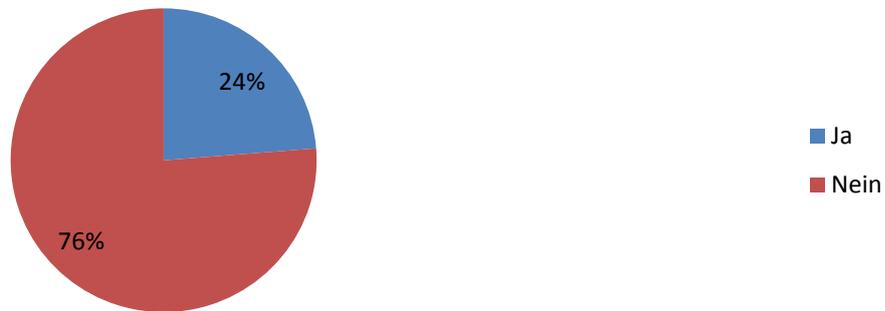
### Sachverhalt 5



### Frage 1 - Einwendungen nur durch Urkunden?



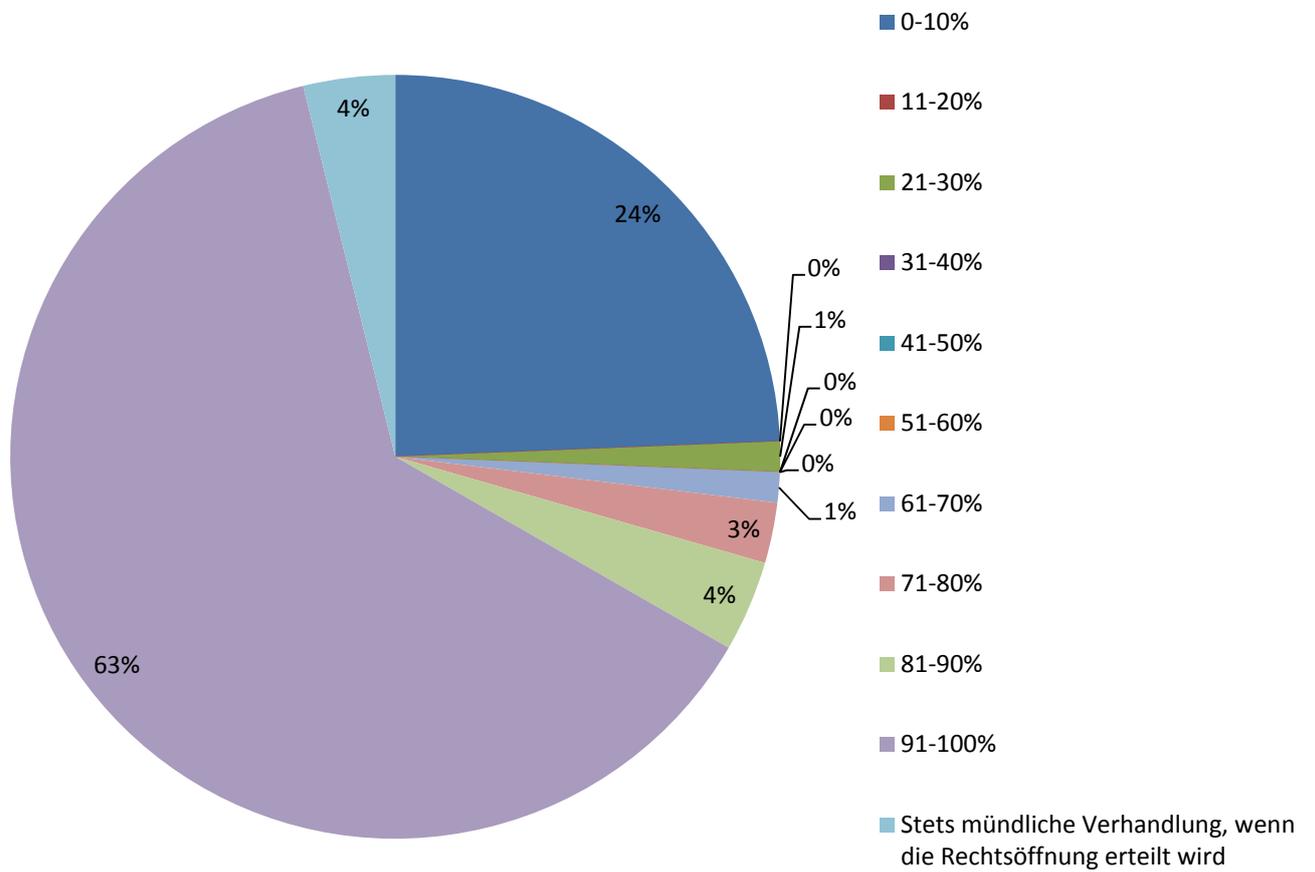
## Frage 2 - Wird der Zeugenbeweis zugelassen?



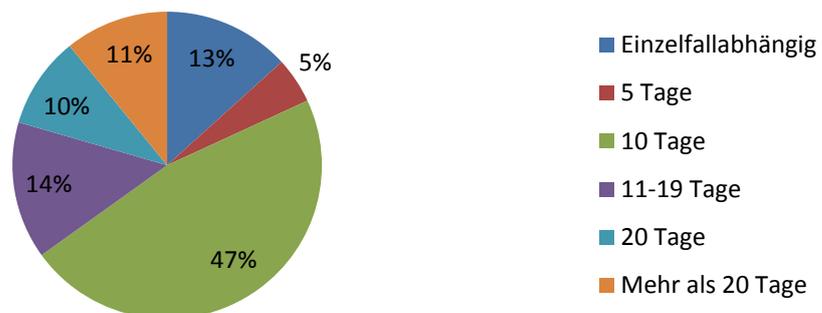
## Frage 3 - Wenn ja zum Zeugenbeweis: Nur an der mündl. Verhandlung oder auch an weiteren Terminen?



### Frage 4 - Wie oft wird im rein schriftlichen Verfahren entschieden?



### Frage 5 - Wie lange ist die Frist zur Stellungnahme für den Betriebenen?



### 3. Beilage III: Literaturverzeichnis

ABBET STÉPHANE/VEUILLET AMBRE, La mainlevée de l'opposition, Commentaire des Articles 79 à 84 LP, Bern 2017

AMONN KURT/WALTHER FRIDOLIN, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl., Bern 2013

BAUER THOMAS/STAEHELIN DANIEL (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Ergänzungsband zur 2. Aufl., Basel 2017 (zit. BSK SchKG EB-BEARBEITERIN)

BLUMENSTEIN ERNST, Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechts, Bern 1911

BRÜGGER, Kommentar zur SchKG Gerichtspraxis 1946-2005, Zürich 2006

DALLÈVES LOURS/FOËX BÉNÉDICT/JEANDIN NICOLAS (Hrsg.), Commentaire Romand de la Loi federale sur la poursuite pour dettes et la faillite ainsi que des articles 166 à 175 de la Loi federale sur le droit international privé, Basel 2005 (zit. CR-BEARBEITERIN)

FISCHER EUGEN, Rechtsöffnungspraxis in Basel-Stadt, BJM 1980, 113 ff.

FRITZSCHE HANS/WALDER-BOHNER HANS U., Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Bd. I, 3. Aufl., Zürich 1984

GASSER DOMINIK, Rechtsöffnung im Cyberspace?, AJP 2001, 91 ff.

GILLIÉRON PIERRE-ROBERT, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Art. 1–88, Lausanne 1999

GILLIÉRON PIERRE-ROBERT, Poursuite pour dettes, faillite et concordat, 5. Aufl., Basel 2012

HEINEL BASTIAN/HÄRTSCH TEODOR, Die Schuldanerkennung nach Art. 17 OR im Rahmen des Factoringvertrages, GesKR 2018, 287 ff.

HONSELL HEINRICH, Kurzkommentar Obligationenrecht, Art. 1–1186 OR, Zürich 2014 (zit. KUKO OR-BEARBEITERIN)

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM P./WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht, Art. 1–529 OR, Bd. I, 6. Aufl., Basel 2015 (zit. BSK OR-I/BEARBEITERIN)

HUNKELER DANIEL (HRSG.), Kurzkommentar, Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, 2. Aufl., Basel 2014 (zit. KUKO SchKG-BEARBEITERIN)

KRAUSKOPF FLORENCE, La mainlevée provisoire: quelques jurisprudences récentes, JdT 2008 II, 23 ff. (zit. FL. KRAUSKOPF)

KRAUSKOPF FRÉDÉRIC, Die Schuldanerkennung im schweizerischen Obligationenrecht, Diss. Fribourg 2003

KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs mit weiteren Erlassen, 19. Aufl., Zürich 2016 (zit. KREN KOSTKIEWICZ, OFK-SchKG)

KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA/VOCK DOMINIK (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. Aufl., basierend auf der 1911 erschienenen 3. Aufl. von Carl Jaeger, Zürich 2017 (zit. SK SchKG-BEARBEITERIN)

KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA/WOLF STEPHAN/AMSTUTZ MARC/FANKHAUSER ROLAND, Kommentar zum schweizerischen Obligationenrecht, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. OFK-OR/KREN KOSTKIEWICZ)

JAEGER CARL, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. I und II, 3. Aufl., Lausanne 1911

JAEGER CARL/WALDER HANS ULRICH/KULL THOMAS M./KOTTMANN MARTIN, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. I, 4. Aufl., Zürich 1997 (zit. WALDER/KULL/KOTTMANN, in: Jaeger, SchKG I, 4. Aufl. 1997)

MABILLARD RAMON, Rechtsschutz in klaren Fällen und provisorische Rechtsöffnung, SZSP/RSPC 2011, 435 ff.

MEIER ISAAK, Rechtsschutz im summarischen Verfahren als Alternative zum ordentlichen Zivilprozess im schweizerischen Recht, Köln 1997

MEYER BERNHARD F., Die Rechtsöffnung aufgrund synallagmatischer Schuldverträge, Diss. Zürich 1979

MÜLLER CHRISTOPH, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, Art. 1–18 OR, Bern 2018 (zit. BK-OR AT/MÜLLER)

MUSTER ERIC, La reconnaissance de dette abstraite. Art. 17 CO et 82 ss LP : Etude historique et de droit actuel, Diss. Lausanne 2004

MUSTER ERIC, Développements récents en matière de mainlevée de l'opposition, BISchK 2008, 1 ff.

PANCHAUD ANDRÉ/CAPREZ MARCEL, Die Rechtsöffnung. Die Praxis der Rechtsöffnung seit 1940, Zürich 1980

PETER HANS JÖRG, Fragen zur provisorischen Rechtsöffnung, SJZ 95/1999, 133 ff.

RÜETSCHI DAVID, Ausgewählte Entwicklungen zum provisorischen Rechtsöffnungstitel, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Markus Alexander/Rodriguez Rodrigo (Hrsg.), Rechtsöffnung und Zivilprozess – national und international, 2014, 45 ff.

SCHLAURI SIMON, Elektronische Signaturen, Diss. Zürich 2002

SPÜHLER KARL/INFANGER DOMINIK, Grundlegendes zur Rechtsöffnung, BISchK 2000, 1 ff.

SPÜHLER KARL/TENCHIO LUCA/INFANGER DOMINIK (Hrsg.), Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Basel 2017 (zit. BSK ZPO-BEARBEITERIN)

STAEHELIN ADRIAN/BAUER THOMAS/STAEHELIN DANIEL (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Art. 1–158 SchKG, Bd. I, 2. Aufl., Basel 2010 (zit. BSK SchKG I-BEARBEITERIN)

STAEHELIN DANIEL, Die Beseitigung des Rechtsvorschlages (Art. 79–84 SchKG), Sonderdruck aus dem Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Basel 1998

STOFFEL WALTER A., La mainlevée d'opposition – modèle d'une « procédure simple et rapide »?, in: Dallèves Louis/Kleiner Beat/Krauskopf Lutz/Raschein Rolf/Schüpbach Henri und die Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz (Hrsg.), Festschrift 100 Jahre SchKG, Zürich 1989, 239 ff. (zit. STOFFEL, FS 100 Jahre SchKG)

STÜCHELI PETER, Die Rechtsöffnung, Diss. Zurich 2000

VOCK DOMINIK/MEISTER-MÜLLER DANIELE, SchKG-Klagen nach der Schweizerischen ZPO, 2. Aufl., Zürich 2018