



JEAN-DANIEL SCHMID

Die Zeugenbescheinigung im Verfahren der provisorischen Rechtsöffnung

Zur Zulässigkeit zur Glaubhaftmachung von Einwendungen (Art. 82 Abs. 2 SchKG)

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Grundlagen und Problemstellung
 - A. Die provisorische Rechtsöffnung (Art. 82 SchKG)
 - 1. Einbettung in das Betreibungsverfahren
 - 2. Natur und Charakteristika des Verfahrens
 - 3. Anwendbares Verfahrensrecht und allgemeine Bemerkungen zum Gang des Verfahrens
 - 4. Die Verweigerung der Rechtsöffnung infolge Glaubhaftmachung von Einwendungen (Art. 82 Abs. 2 SchKG)
 - 5. Praktische Bedeutung
 - B. Die Zeugenbescheinigung im Allgemeinen
 - 1. Begriff
 - 2. Beweisrechtliche Qualifikation
 - 3. Beweiswert
 - 4. (Un-)Zulässigkeit im Allgemeinen
 - C. Interessenlage des Schuldners und die daraus folgende Problemstellung
 - D. Stand der Rechtsprechung und Literatur
- III. Analyse
 - A. Vorbemerkungen
 - B. Grammatikalische Auslegung
 - C. Systematische Auslegung
 - D. Teleologische Auslegung
 - E. Historische Auslegung
 - F. Realistische Auslegung
 - G. Weitere Überlegungen
 - H. Ergebnis
- IV. Fazit

I. Einleitung

Der vom Betreibungsschuldner erhobene Rechtsvorschlag kann auf dem Weg der provisorischen Rechtsöffnung beseitigt werden, falls der Betreibungsgläubiger über einen provisorischen Rechtsöffnungstitel verfügt (Art. 82 Abs. 1 SchKG). Die provisorische Rechtsöffnung wird gewährt und der Rechtsvorschlag beseitigt, wenn der Betreibungsschuldner in diesem Verfahren nicht Einwendungen sofort glaubhaft macht (Art. 82 Abs. 2 SchKG). Die dafür zulässigen Beweismittel sind beschränkt; die Beweisführung mittels gerichtlicher Zeugeneinvernahme ist – zumindest im Regelfall – nicht vorgesehen. Der Betreibungsschuldner hat entsprechend regelmässig ein Interesse daran, schriftliche Bestätigungen von Dritten¹, welche sich zu wahrgenommenen Tatsachen äussern, einzubringen und auf diesem Weg Einwendungen sofort glaubhaft zu machen.²

JEAN-DANIEL SCHMID, Dr. iur., Rechtsanwalt, epartners Rechtsanwälte AG, Zürich. Der Beitrag wurde im Wesentlichen Mitte Juni 2020 fertiggestellt. Alle im Beitrag genannten Internetseiten wurden letztmals am 12.6.2020 abgerufen. Gerne danke ich Dr. iur. Urs Egli, Rechtsanwalt, für die kritische Durchsicht des Manuskripts und Bogdana Terenteva für die Unterstützung bei der Finalisierung der Fussnoten. Etwaige Fehler liegen allein in der Verantwortung des Autors.

¹ Gemeint sind Personen, welche nicht Parteien des Verfahrens sind und damit als Zeuge in Frage kommen. Siehe zu dieser Voraussetzung Art. 169 ZPO und zu den Anforderungen im Einzelnen statt vieler SVEN RÜETSCHI, in: Andreas Güngerich (Koord.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung, Art. 150–352 und 400–406 (Bd. II), Bern 2012 (zit. BK-Verfasser/in), Art. 169 N 2 f.; THOMAS WEIBEL/CLAUDIA WALZ, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016 (zit. ZPO Kommentar-Verfasser/in), Art. 169 N 1 f. Wenn nachfolgend von derartigen Dritten die Rede ist, wird die Erfüllung der bezeichneten Voraussetzung generell unterstellt, ohne dass dies erneut angemerkt wird.

² Siehe zum Ganzen einschliesslich der verwendeten Terminologie unten II.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob derartige Zeugenbescheinigungen³ in der provisorischen Rechtsöffnung⁴ zur Glaubhaftmachung von Einwendungen gemäss Art. 82 Abs. 2 SchKG im Allgemeinen zulässig sind. Gemeint ist damit primär die Frage, ob die Zeugenbescheinigung in diesem Kontext ein zulässiges Beweismittel darstellt, um die in Frage stehenden, streitigen Tatsachen glaubhaft zu machen,⁵ oder ob eine Beweismittelbeschränkung einer solchen Zulässigkeit entgegensteht.⁶ Damit einher geht die Frage, ob der Zeugenbescheinigung grundsätzlich ein Beweiswert⁷ zukommen kann bzw., negativ ausgedrückt, ob es zutrifft, dass ihr nicht von vornherein jeglicher Beweiswert abgesprochen werden darf.⁸

Die Fragestellung der Zulässigkeit ist bislang weitgehend ungeklärt: Soweit sich Rechtsprechung und Literatur im besagten Kontext überhaupt damit auseinandersetzen, geschieht dies regelmässig ohne eingehende Analyse bzw. Begründung. Ferner hat sich in der Literatur bislang keine dominante Ansicht herauskristallisiert.⁹ Das SchKG ist das älteste noch in Kraft stehende Bundesgesetz und Art. 82 SchKG wurde seit dem Inkrafttreten nicht modifiziert.¹⁰ Hinzu kommt, dass die provisorische Rechtsöffnung von äusserst grosser praktischer Bedeutung ist.¹¹ Entsprechend ist der genannte Befund nicht naheliegend.¹² Über die Ursa-

chen können nur Mutmassungen angestellt werden.¹³ Vor dem Hintergrund der praktischen Bedeutung des Verfahrens und des geschilderten Umstandes, dass der Betreibungsschuldner regelmässig auf die Beibringung von Zeugenbescheinigungen angewiesen ist,¹⁴ besteht jedenfalls nicht bloss ein akademisches Bedürfnis, sich mit dieser ungeklärten Fragestellung vertieft auseinanderzusetzen.¹⁵

³ Siehe zur verwendeten Begrifflichkeit unten II.B.

⁴ Mit dem Begriff der «provisorischen Rechtsöffnung» wird nachstehend zur Verbesserung der Leserlichkeit stets das Verfahren der provisorischen Rechtsöffnung bezeichnet.

⁵ Beweisgegenstand bilden rechtserhebliche, streitige Tatsachen (Art. 150 Abs. 1 ZPO). Darauf wird nachfolgend nicht mehr gesondert hingewiesen. Immerhin ist zugleich festzuhalten, dass sich das Element der Glaubhaftmachung von Einwendungen gemäss Art. 82 Abs. 2 SchKG einzig auf das Tatsachenfundament, nicht dagegen auf das Recht bezieht (dazu unten FN 60).

⁶ Siehe zur Bedeutung von Beweismittelbeschränkungen im Allgemeinen auch unten II.B.2.

⁷ Siehe zum Begriff unten II.B.3.

⁸ Falls der Zeugenbescheinigung von vornherein und im Allgemeinen jeglicher Beweiswert abzusprechen wäre, so wäre die Zeugenbescheinigung ein zwar (allenfalls) zulässiges, aber faktisch wertloses Beweismittel. Entsprechend ist die Frage der Zulässigkeit des Beweismittels bei genauer Betrachtung nur dann von Bedeutung, wenn die Zeugenbescheinigung überhaupt einen (positiven) Beweiswert haben kann. Siehe zum Beweiswert auch unten II.B.3.

⁹ Siehe zum Stand der Rechtsprechung und Literatur unten II.D.

¹⁰ Vgl. DAVID RÜETSCHI, Ausgewählte Entwicklungen zum provisorischen Rechtsöffnungstitel, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Alexander R. Markus/Rodrigo Rodriguez (Hrsg.), Rechtsöffnung und Zivilprozess – national und international, Bern 2014, 45 ff., 46. Vgl. ferner HANSJÖRG PETER, 125 Jahre SchKG – 125 Jahre Rechtsprechung zum SchKG, BLSchK 2017, 45 ff., 45, wonach es sich zumindest um eines der ältesten, in Kraft stehenden Bundesgesetze handelt.

¹¹ Siehe hierzu unten II.A.5.

¹² Vgl. in Bezug auf andere Fragen zum Verfahren der provisorischen Rechtsöffnung RÜETSCHI (FN 10), 46.

¹³ Eine der Ursachen dürfte – zumindest im Hinblick auf das Fehlen höchstrichterlicher Klärung – darin bestehen, dass kantonale Urteile betreffend die provisorische Rechtsöffnung erst seit jüngerer Zeit der bundesgerichtlichen Kontrolle unterstehen; mit Inkrafttreten des BGG am 1.1.2007 können derartige Urteile – bei entsprechendem Streitwert (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG) bzw. wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG) – mittels Beschwerde in Zivilsachen angefochten werden. Die Verletzung von Bundesrecht kann vom Bundesgericht frei geprüft werden (Art. 95 lit. a BGG) (vgl. dazu statt vieler KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. A., Bern 2013, § 19 N 24 und § 19 N 70; DOMINIK VOCK/DANIELE MEISTER-MÜLLER, SchKG-Klagen nach der Schweizerischen ZPO, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2018, 150). Bis zum Inkrafttreten der ZPO am 1.1.2011 war die provisorische Rechtsöffnung jedoch noch weitgehend vom kantonalen Verfahrensrecht (mit-)geprägt (dazu unten insbesondere II.A.3. f.); entsprechende Rechtsanwendung durch die kantonalen letztinstanzlichen Gerichte konnte in der Zwischenphase mittels bundesgerichtlicher Beschwerde entsprechend, vorbehaltlich eines Konflikts mit Bundesrecht, lediglich auf Willkür geprüft werden (vgl. statt vieler und im Allgemeinen MARCO CHEVALIER, Die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht, Diss. Basel, Basel 2009, N 375 f.). Vor dem 1. Januar 2011 war, wenn überhaupt, einzig die staatsrechtliche Beschwerde (Art. 84 aOG) einschlägig; die Rechtskontrolle war beschränkt auf eine Willkürprüfung (statt vieler PIERRE-ROBERT GILLIERON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Articles 1–88, Lausanne 1999, Art. 82 N 114–121 und Art. 84 N 98–108; DANIEL STAEHELIN, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin [Hrsg.], SchKG I, Art. 1–87, Basler Kommentar, Basel/Genf/München 1998 [zit. BSK SchKG 1998-Verfasser/in], Art. 84 N 96 f.; jeweils m.w.N.). In Bezug auf kantonale Urteile betreffend die provisorische Rechtsöffnung ist zudem zu beachten, dass diese – unter der Geltung des jeweiligen kantonalen Verfahrensrechts – in gewissen Kantonen über viele Jahre hinweg in aller Regel nicht schriftlich eröffnet und auch nicht in Fachzeitschriften publiziert wurden (vgl. dazu z.B. die Wiedergabe zur Praxis in den Kantonen BS und BL in Bezug auf Rechtsöffnungsverfahren im Allgemeinen in DIETRICH STAEHELIN, Vom gegenwärtigen Stand der Basler Rechtsöffnungspraxis, BJM 1958, 1 ff. [zit. D. STAEHELIN], 1). Siehe zudem zu alledem (in Bezug auf einen möglichen Begründungsansatz, warum gewisse Fragen der provisorischen Rechtsöffnung auch heute noch ungeklärt sind) ebenfalls RÜETSCHI (FN 10), 46 FN 2 und daneben PETER STÜCHELI, Die Rechtsöffnung, Diss. Zürich, Zürich 2000, 30 f.

¹⁴ Siehe neben der Einleitung auch unten unter anderem II.C.

¹⁵ Siehe hierzu auch unten III.A.

Damit zusammenhängende¹⁶ bzw. ähnliche Fragestellungen in Bezug auf andere Verfahren¹⁷ – einschliesslich des summarischen Verfahrens im Allgemeinen¹⁸ – wer-

¹⁶ Beispielsweise, wie und unter welchen Voraussetzungen derartige Zeugenbescheinigungen vorbereitet und abgefasst werden können, namentlich aus zivilprozessualer, anwalts- und strafrechtlicher Sicht. Siehe zu diesen und weiteren Fragestellungen insbesondere STEFAN FINK, *Private Zeugenbefragung im Zivilprozess*, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2015, und die dortigen Nachweise.

¹⁷ Zu denken ist namentlich an das Verfahren der definitiven Rechtsöffnung gemäss Art. 80 f. SchKG, insbesondere im Hinblick auf die Geltendmachung von Einwendungen gemäss Art. 81 Abs. 1–3 SchKG (ablehnend im Hinblick auf Art. 81 Abs. 1 SchKG z.B. OGer LU, 28.11.1962, in: Max XI, Nr. 149; OGer ZH, 8.7.1988, E. 4, in: ZR 1988, Nr. 62; OGer ZG, JZ 1993/83.144, 13.1.1994, E. 1b)/bb) mit diesbezüglicher Wiedergabe in OGer ZG, 27.5.2009, E. 2.3.1, in: GVP ZG 2009, 295 ff.; OGer ZG, 19.11.1999, E. 3b)/aa), in: GVP ZG 1999, 129 ff.; anders demgegenüber – wenn auch bloss implizit – OGer LU, SK 98 138/SK 98 139, 18.12.1998, E. 8.2.2, in: LGVE 1999 I, Nr. 41; befürwortend im Hinblick auf Art. 81 Abs. 2 SchKG OGer ZH, RT140112-O/U, 13.3.2015, E. II./4b); die vorgenannten Urteile sind in Bezug auf die Fragestellung nicht immer gleichermassen eindeutig; siehe aus der Literatur ferner statt vieler DIETER GESSLER, *Scheidungsurteile als definitive Rechtsöffnungstitel*, SJZ 1987, 249 ff., 252; DANIEL STAEHELIN, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin [Hrsg.], *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I*, Art. 1–158 SchKG, Basler Kommentar, 2. A., Basel 2010 [zit. BSK SchKG-Verfasser/in], Art. 81 N 4, Art. 81 N 24 und Art. 84 N 56; DOMINIK VOCK/MARTINA AEPLI-WIRZ, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Dominik Vock [Hrsg.], *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, 4. A., basierend auf der 1911 erschienen 3. A. von Carl Jaeger, Zürich/Basel/Genf 2017 [zit. SK SchKG-Verfasser/in], Art. 81 N 4). Da und dort wird nachfolgend, soweit erforderlich, gleichwohl auch auf die definitive Rechtsöffnung im Allgemeinen Bezug genommen. Ferner stellt sich die Frage auch im Hinblick auf den regulären Zivilprozess im ordentlichen (Art. 219 ff. ZPO) bzw. vereinfachten (Art. 243 ff. ZPO) Verfahren. Siehe dazu auch unten II.B.4.

¹⁸ Die provisorische Rechtsöffnung untersteht grundsätzlich den Bestimmungen des summarischen Verfahrens. In Bezug auf die im vorliegenden Beitrag thematisierten Fragestellungen wird das Verfahren jedoch auch wesentlich durch das SchKG geprägt (im Einzelnen unten II.A.). Vor diesem Hintergrund werden Überlegungen, welche sich auf die Zulässigkeit von Zeugenbescheinigungen im summarischen Verfahren im Allgemeinen beziehen, punktuell berücksichtigt. Siehe zu dieser Fragestellung und insbesondere der diesbezüglichen Rechtsprechung unten II.B.4. Siehe ferner statt aller tendenziell für die Zulässigkeit im summarischen Verfahren – teilweise mit Unterschieden im Begriffsverständnis – im Allgemeinen FRANÇOIS BOHNET, in: François Bohnet/Jacques Haldy/Nicolas Jeandin/Philippe Schweizer/Denis Tappy (Hrsg.), *Code de procédure civile, Commentaire Romand*, 2. A., Basel 2019 [zit. CPC-Verfasser/in], Art. 254 N 3; FRANÇOIS BOHNET, *La procédure sommaire*, in: François Bohnet (Hrsg.), *Procédure civile suisse*, Neuenburg 2010, 193 ff., N 24; FRANÇOIS BOHNET, *La procédure sommaire selon le Code de procédure civile suisse*, RJJ 2008, 263 ff., 272; ANNETTE DOLGE, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), *Schweizerische Zivilprozessordnung*, Basler Kommentar, 3. A., Basel 2017 [zit. BSK ZPO-Verfasser/in], Art. 177 N 9 und N 12; FINK (FN 16), N 417–420; BSK ZPO-HAFNER (FN 18), Art. 190 N 1; INGRID JENT-SØRENSEN, in: Paul Oberhammer/Tanja Domej/Ulrich Haas (Hrsg.), *Kurzkomentar zur Schweizerischen*

den bei alledem nachfolgend nicht vertieft thematisiert. Gleiches gilt im Hinblick auf andere Dokumente.¹⁹

Der Beitrag beschlägt nach dem Vorgesagten die Frage der Zulässigkeit von Zeugenbescheinigungen im genannten Kontext. Damit wird auch geprüft werden müssen, ob es der Zeugenbescheinigung nicht von vornherein an einem Beweiswert mangelt;²⁰ die Frage des konkreten Umfangs des Beweiswerts wird hierbei lediglich gestreift. Dies gilt auch für den weitgehend anerkannten Umstand,²¹ dass dieser Beweiswert im Verhältnis zum Beweiswert des Zeugnisses (Art. 168 Abs. 1 lit. a ZPO, Art. 169–176 ZPO) – dem seinerseits mit Vorbehalten zu begegnen ist²² – in aller Regel reduziert ausfallen dürfte.²³ Im Einzelfall ist es selbstredend möglich,

Zivilprozessordnung, 2. A., Basel 2014 (zit. KUKO ZPO-Verfasser/in), Art. 254 N 3; KUKO ZPO-SCHMID (FN 18), Art. 169 N 11; KARL SPÜHLER, *Obergericht des Kantons Luzern*, 3. Abteilung, 16.6.2011, 3B 11 21, Bemerkungen, CAN 2012, Nr. 30 sowie spezifisch im Hinblick auf das Verfahren zur Anordnung vorsorglicher Massnahmen (Art. 261 ff. ZPO), welches auch den Regeln des summarischen Verfahrens untersteht (Art. 248 lit. d ZPO); MARK SCHWEIZER/CHRISTIAN EICHENBERGER, *Schriftliche Zeugenaussagen*, Jusletter vom 28.2.2011, passim. Kritisch demgegenüber z.B. MARTIN KAUFMANN, in: Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo Schwander (Hrsg.), *ZPO, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, 2. A., Zürich/St. Gallen 2016 (zit. DIKE-Komm-Verfasser/in), Art. 254 N 14; DIKE-Komm-MÜLLER (FN 18), Art. 190 N 33. Siehe schliesslich für summarische Verfahren im Allgemeinen (noch unter der Geltung der kantonalen ZPO) auch die Bemerkungen bei ISAAK MEIER, *Rechtsschutz im summarischen Verfahren als Alternative zum ordentlichen Zivilprozess im schweizerischen Recht*, Köln 1997, 99 f.

¹⁹ Angesprochen sind namentlich vergleichbare Dokumente des ausländischen Rechts (z.B. Affidavits/eidesstattliche Erklärungen). Siehe dazu beispielsweise die Bemerkungen bei SCHWEIZER/EICHENBERGER (FN 18), N 2 und N 21–24 sowie insbesondere FINK (FN 16), N 558–564.

²⁰ Siehe oben und insbesondere FN 8.

²¹ Siehe zur Frage der Zulässigkeit allgemeiner Erfahrungssätze unten II.B.3.

²² Zeugen unterliegen – wie alle Menschen – Fehlern bei der Wahrnehmung, der Erinnerung und der Aussage; dies macht das Zeugnis bereits an und für sich zu einem vergleichsweise unzuverlässigen Beweismittel (statt vieler BSK ZPO-GUYAN [FN 18], Art. 157 N 6a; DIKE-Komm-LEU [FN 18], Art. 157 N 41; siehe beispielsweise zur Störmungsanfälligkeit des Gedächtnisses die Bemerkungen und Nachweise bei MARTIN KAUFMANN, *Beweiserhebung durch das Gericht vs. Beweiserhebung durch die Parteien*, in: Rechtswissenschaftliche Abteilung der Universität St. Gallen [Hrsg.], *Rechtliche Rahmenbedingungen des Wirtschaftsstandortes Schweiz*, Festschrift 25 Jahre juristische Abschlüsse an der Universität St. Gallen (HSG), Zürich 2007, 657 ff., 659 f.; siehe schliesslich auch die Bemerkungen in OGer ZH, LB150017, 8.5.2015, E. II./4.2).

²³ Zu denken ist namentlich an folgende Umstände, welche einen derart verminderten Beweiswert nahelegen: Die unrichtige Zeugenaussage ist, bei gegebener Voraussetzung, strafbar (Art. 307 StGB). Das Gericht kann sich im Rahmen der Zeugenbefragung einen persönlichen Eindruck verschaffen. Ferner können die Parteien Ergänzungsfragen stellen (Art. 173 ZPO) und eine Konfrontation mit anderen Zeugen ist möglich (Art. 174 ZPO). All dies ist bei der Erstattung einer Zeugenbescheinigung notgedrungen nicht der Fall. Dies legt nahe, dass der Beweiswert im Vergleich zum Zeugnis reduziert ausfällt (siehe zu alledem statt vieler SCHWEIZER/

dass einer Zeugenbescheinigung aufgrund ihres Inhalts oder anderweitiger Umstände schlicht gar kein Beweiswert zukommt.²⁴ Hierauf wird nachfolgend lediglich punktuell hingewiesen.

Nachstehend werden zuerst die Grundlagen und die Problemstellung erörtert (unten II.). Dabei wird auch auf die aufgeworfene Frage des (Nicht-)Bestehens eines Beweiswerts eingegangen. Anschliessend erfolgt die Analyse zur Frage der Zulässigkeit (unten III.). Dabei wird wiederholt auf den Grundlagenteil zurückgegriffen werden müssen. Zuletzt folgt ein Fazit (unten IV.).

II. Grundlagen und Problemstellung

A. Die provisorische Rechtsöffnung (Art. 82 SchKG)

1. Einbettung in das Betreibungsverfahren

Nach Anhebung der Betreibung mittels des Betreibungsbegehrens (Art. 67 SchKG) durch den Gläubiger²⁵ erlässt das Betreibungsamt den Zahlungsbefehl (Art. 69 SchKG) und stellt diesen dem Schuldner²⁶ zu (Art. 71 f. SchKG). Falls der Schuldner Rechtsvorschlag erhoben hat (Art. 74 SchKG), muss der Gläubiger diesen beseitigen, soweit er die Zwangsvollstreckung mittels des Fortsetzungsbegehrens (Art. 88 SchKG) weiterführen möchte (Art. 79 ff. SchKG).²⁷

Falls die Forderung des Gläubigers auf einer durch öffentliche Urkunde festgestellten oder durch Unterschrift bekräftigten Schuldanerkennung beruht, kann er zu diesem Zweck den Weg der provisorischen Rechtsöffnung beschreiten (Art. 82 Abs. 1 SchKG). Dringt der Gläubiger mit der provisorischen Rechtsöffnung

durch, kann er als sichernde Massnahme bei gegebener Voraussetzung die provisorische Pfändung bzw. die Aufnahme des Güterverzeichnisses beantragen (Art. 83 Abs. 1 SchKG).²⁸ Dem Schuldner seinerseits steht nach Gewährung der provisorischen Rechtsöffnung die Möglichkeit offen, innert zwanzig Tagen Aberkennungsklage (Art. 83 Abs. 2 SchKG) zu führen. Falls der Schuldner dies unterlässt oder die Aberkennungsklage abgewiesen wird, ist der Rechtsvorschlag definitiv beseitigt (Art. 83 Abs. 3 SchKG) und die Betreibung kann mittels Stellung des Fortsetzungsbegehrens fortgesetzt werden (Art. 88 SchKG). Falls die provisorische Rechtsöffnung nicht gewährt wird, kann der Rechtsvorschlag in der gleichen Betreibung einzig nach Durchführung eines ordentlichen Prozesses²⁹ beseitigt werden.³⁰

²⁸ Siehe zum Wesen und zu den Voraussetzungen statt vieler BSK SchKG-STAEHELIN [FN 17], Art. 83 N 3–12; SK SchKG-VOCK/AEPLI-WIRZ [FN 17], Art. 83 N 2–10.

²⁹ Mit dem Begriff des «ordentlichen Prozesses» wird vorliegend ein Erkenntnisverfahren bezeichnet, in dem (auch oder alleine) materiell über die in Frage stehende Forderung mit all ihren Eigenheiten (Begründetheit, Umfang usw.) befunden wird (vgl. statt vieler zum Gegenstand des Erkenntnisverfahrens MAX GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979, 46), sei dies im ordentlichen (Art. 219 ff. ZPO), vereinfachten (Art. 243 ff. ZPO) oder – im Fall des Rechtsschutzes in klaren Fällen (Art. 257 ZPO) – im summarischen (Art. 248 ff. ZPO) Verfahren; im vorliegenden Kontext sind dies insbesondere die Anerkennungsklage (Art. 79 SchKG), d.h. eine materiellrechtliche Klage, mit welcher auch die Beseitigung des Rechtsvorschlags angestrebt wird (vgl. statt vieler BSK SchKG-STAEHELIN [FN 17], Art. 79 N 3; SK SchKG-VOCK/AEPLI-WIRZ [FN 17], Art. 79 N 2) bzw. eine Leistungsklage (Art. 84 ZPO), in deren Rahmen nicht gleichzeitig die Beseitigung des Rechtsvorschlags verlangt wird. Das Verfahren der provisorischen Rechtsöffnung ist demgegenüber gerade kein Erkenntnisverfahren, sondern ein Vollstreckungsverfahren (statt vieler BGE 136 III 556 E. 3.3; BSK SchKG-STAEHELIN [FN 17], Art. 84 N 25; VOCK/MEISTER-MÜLLER [FN 13], 138 und 140 FN 574). Ferner hat die provisorische Rechtsöffnung lediglich betreibungsrechtliche Wirkung (FN 38). Siehe zu alledem auch die Bemerkungen in FN 30 und die nachstehenden Bemerkungen.

³⁰ Nach Verweigerung der provisorischen Rechtsöffnung kann in der gleichen Betreibung Anerkennungsklage (Art. 79 SchKG) geführt werden; die Anhebung einer neuen Betreibung ist entbehrlich (vgl. BGE 135 III 315 E. 2.6, worin dies im Kontext der definitiven Rechtsöffnung [Art. 80 f. SchKG] in allgemeiner Form festgehalten wird; BSK SchKG-STAEHELIN [FN 17], Art. 79 N 7; DOMINIK VOCK, in: Daniel Hunkeler [Hrsg.], Kurzkomentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG), 2. A., Basel 2014 [zit. KUKO SchKG-Verfasser/in], Art. 79 N 1; entgegen der beiden letztgenannten Fundstellen wird die Frage durch BGE 75 III 44 nicht beantwortet, da dort ein anderer Ablauf in Frage stand). Vorstellbar ist daneben auch, dass der Gläubiger einen ordentlichen Prozess (jedoch keine Anerkennungsklage) anstrebt, ohne darin die Beseitigung des Rechtsvorschlags zu verlangen, um sodann, gestützt auf ein entsprechendes Urteil, die definitive Rechtsöffnung (Art. 80 f. SchKG) anzubekommen. Die etwaige materielle Rechtskraft des abweisenden Rechtsöffnungsentscheids betreffend provisorische Rechtsöffnung steht diesem Vorgehen jedenfalls nicht entgegen, da der Rechtsöffnungstitel, d.h. das Urteil, welches zur definitiven Rechtsöffnung berechtigt (Art. 80 Abs. 1 SchKG), in

EICHENBERGER [FN 18], N 25; siehe ferner zum Beweiswert unten II.B.3.). Siehe zum Beweiswert in einem konkreten Fall und damit einhergehenden Umständen, welche für den Beweiswert im Einzelfall relevant sein können KGer SZ, BEK 2017 16, 21.3.2017, E. 3a), in: EGV-SZ 2017, A. 6.4, und dazu BGer, 5A_349/2017, 26.1.2018, E. 4.2–4.4 (siehe zu diesem Urteil auch unten II.D.).

²⁴ Hypothetische Beispiele: a) In der Zeugenbescheinigung wird offengelegt, dass der Aussteller selbst erhebliche und unüberwindbare Zweifel an der Richtigkeit des Inhalts hat. b) Der Aussteller ist erwiesenermassen ein pathologischer Lügner.

²⁵ Gemeint ist der Betreibungsgläubiger, d.h. diejenige Person, welche im Rahmen des Betreibungsverfahrens geltend macht, Gläubiger einer Forderung gegen den Betreibungsschuldner (FN 26) zu sein (ähnlich statt vieler AMONN/WALTHER [FN 13], § 8 N 7). Zur Verbesserung der Leserlichkeit wird nachstehend diesbezüglich stets vom «Gläubiger» gesprochen.

²⁶ Gemeint ist der Betreibungsschuldner, d.h. diejenige Person, gegen welche sich die Betreibung des Betreibungsgläubigers (FN 25) richtet (ähnlich statt vieler AMONN/WALTHER [FN 13], § 8 N 15). Zur Verbesserung der Leserlichkeit wird nachstehend diesbezüglich stets vom «Schuldner» gesprochen.

²⁷ Bei genauer Betrachtung wird nicht der Rechtsvorschlag beseitigt, sondern dessen Wirkungen. Die verwendete Terminologie hat sich jedoch eingebürgert (vgl. statt vieler AMONN/WALTHER [FN 13], § 19 N 4), weshalb hieran im Rahmen des vorliegenden Beitrags festgehalten wird.

2. Natur und Charakteristika des Verfahrens

Im Rahmen der provisorischen Rechtsöffnung (Art. 82–84 SchKG)³¹ befindet das Gericht³² – anders als im ordentlichen Prozess – nicht über die in Frage stehende, in Betreibung gesetzte Forderung, sondern einzig darüber, ob der Rechtsvorschlag auf der Grundlage des Rechtsöffnungstitels – unter Vorbehalt der Aberkennungsklage (Art. 83 Abs. 2 SchKG) – beseitigt werden kann.³³ Die primäre Funktion der provisorischen Rechtsöffnung besteht vor diesem Hintergrund darin, den Rechtsvorschlag zu beseitigen und dem Gläubiger damit die nächste Phase des Zwangsvollstreckungsverfahrens zu eröffnen.³⁴ Eine weitere Funktion lässt sich darin erblicken, die Parteirollen für den etwaigen späteren ordentlichen Prozess, in dem über die in Betreibung gesetzte Forderung entschieden wird, festzulegen.³⁵ Damit ein-

her gehen weitere prozessuale Folgen.³⁶ Die provisorische Rechtsöffnung stellt vor diesem Hintergrund ein Vollstreckungsverfahren dar³⁷ und der Entscheid, der im Rahmen dieses Verfahrens ergeht, hat einzig betreibungsrechtliche Wirkung.³⁸ Rein faktisch kommt dem gutheissenden Rechtsöffnungsentscheid jedoch – soweit der Schuldner keine Aberkennungsklage (Art. 83 Abs. 2 SchKG) erhebt³⁹ – zwangsvollstreckungsrechtlich die gleiche Wirkung zu, wie wenn nach einem ordentlichen Prozess ein die Klage gutheissendes Urteil vorliegt.⁴⁰

Der Gesetzgeber wollte mit der provisorischen Rechtsöffnung ein Verfahren schaffen, in dem der Gläubiger einen Rechtsvorschlag auf schnelle Weise beseitigen kann.⁴¹ Entsprechend zeichnet sich die pro-

der bezeichneten Konstellation erst nach diesem Rechtsöffnungsentscheid erlangt wurde (vgl. z.B. ADRIAN STAEHELIN, Die materielle Rechtskraft des Rechtsöffnungsentscheides, SJZ 1968, 314 ff., 316 f.; BERNHARD F. MEYER, Die Rechtsöffnung auf Grund synallagmatischer Verträge, Diss. Zürich, Zürich 1979, 24 f., und aus der jüngeren Literatur statt vieler VOCK/MEISTER-MÜLLER [FN 13], 148; in diese Richtung implizit auch OGer OW, 19.9.1995, E. 1b), in: AbR 1994/95, Nr. 20; a.M. EUGEN FISCHER, Rechtsöffnungspraxis in Basel-Stadt, BJM 1980, 113 ff., 119 f.; STÜCHELI [FN 13], 158; vgl. ferner auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung, welche im Allgemeinen dazu tendiert, abweisenden Rechtsöffnungsentscheiden keine materielle Rechtskraft beizumessen, soweit in der Zwischenzeit der in Frage stehende Mangel beseitigt wurde; BGer, 5A_696/2012, 23.1.2013, E. 4.1 f. [definitive Rechtsöffnung] und darauf Bezugnehmend BGE 140 III 456 E. 2.5 [provisorische Rechtsöffnung]). Wie es sich damit verhält, kann für die Zwecke des vorliegenden Beitrags offen bleiben.

³¹ Art. 82 f. SchKG betreffen ausschliesslich die provisorische Rechtsöffnung. Art. 84 SchKG regelt demgegenüber auch das Verfahren der definitiven Rechtsöffnung (Art. 80 f. SchKG) (vgl. die entsprechenden Marginalien; siehe zudem zu Art. 84 SchKG statt vieler KUKO SchKG-VOCK [FN 30], Art. 84 N 1; SK SchKG-VOCK/AEPLI-WIRZ [FN 17], Art. 84 N 1).

³² Zur sprachlichen Vereinfachung wird nachfolgend stets vom «Gericht» gesprochen, auch wenn im Einzelfall ein Einzelrichter zuständig ist (so z.B. im Kanton Zürich das Einzelgericht, siehe § 24 lit. c GOG/ZH).

³³ Statt vieler BGE 133 III 645 E. 5.3; BGE 132 III 140 E. 4.1.1. In diesem Sinn auch bereits BGE 58 I 363 E. 2. Siehe ferner hierzu statt vieler AMONN/WALTHER (FN 13), § 19 N 22; GILLIÉRON (FN 13), Art. 82 N 10.

³⁴ IVO SCHWANDER, Zu den verschiedenen Funktionen der Rechtsöffnung, in: Paul Angst/Flavio Cometta/Dominik Gasser (Hrsg.), Schuldbetreibung und Konkurs im Wandel, Festschrift 75 Jahre Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz, Basel/Genf/München 2000, 373 ff., 378.

³⁵ Dringt der Gläubiger mit der provisorischen Rechtsöffnung durch, wird die Klägerrolle im Hinblick auf die Aberkennungsklage (Art. 83 Abs. 2 SchKG) dem Schuldner zugewiesen; dringt der Gläubiger mit der provisorischen Rechtsöffnung nicht durch, hat der Gläubiger später die Rolle des Klägers inne, sei dies im Rahmen einer Anerkennungsklage (Art. 79 SchKG) bzw. eines anderen ordentlichen Prozesses (statt vieler zu diesen Zusammenhängen GILLIÉRON [FN 13], Art. 82 N 11; HANSJÖRG PETER, La mainlevée de l'opposition – La mainlevée définitive, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Alexander R. Markus/Rodrigo Rodriguez [Hrsg.], Rechtsöffnung

und Zivilprozess – national und international, Bern 2014, 1 ff., 4 f., und daneben z.B. BGE 133 III 645 E. 5.3; BGE 79 I 44 E. 2; OGer ZG, BZ 2011 68, 2.2.2012, E. 4.4, in: CAN online 2013, Nr. 34, sowie die vorstehenden Bemerkungen). Siehe zur damit einhergehenden Verteilung der Prozessführungslast SCHWANDER (FN 34), 378 f. und 382. Keine Anpassung ergibt sich demgegenüber in Bezug auf die Beweislast (statt vieler im Hinblick auf die Aberkennungsklage BGE 130 III 285 E. 5.3.1; BGE 95 II 617 E. 2; BSK SchKG-STAEHELIN [FN 17], Art. 83 N 55; a.M. noch JOST GROB, Die Bestreitung der materiellrechtlichen Grundlage der Schuldbetreibung nach Schweizerischem Recht, Diss. Zürich, Zürich 1954, 24).

³⁶ Beispiele: Örtliche und sachliche Zuständigkeit, Verteilung der Pflicht zur Leistung eines Kostenvorschusses, Qualifikation der Klage usw. Siehe dazu STÜCHELI (FN 13), 40 f. und dort FN 42.

³⁷ Siehe die Bemerkungen und Nachweise in FN 29.

³⁸ Statt vieler BGE 100 II 48 E. 3 und daneben BGer, 5P.393/1999, 11.1.2000, E. 2b); BGer, 5P.398/2006, 10.1.2007, E. 2.3. Siehe zur allgemeinen Bedeutung dieser Qualifikation statt vieler AMONN/WALTHER (FN 13), § 4 N 51–52a; ADRIAN STAEHELIN, Die betreibungsrechtlichen Streitigkeiten, in: Louis Dallevés/Beat Kleiner/Lutz Krauskopf/Rolf Raschein/Henri Schüpbach/Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz (Hrsg.), Festschrift 100 Jahre SchKG – Centenaire de LP, Zürich 1989, 71 ff., 71–74.

³⁹ Siehe dazu auch die vorstehenden Bemerkungen und unten II.A.5.

⁴⁰ Siehe dazu mit kritischen Bemerkungen SCHWANDER (FN 34), 378 f. und 381–383.

⁴¹ Der Gesetzgeber befürchtete, dass der Schuldner durch Erhebung bzw. Unterlassung des Rechtsvorschlags ohne triftigen Grund einzelne, parallel betreibende Gläubiger, welche vor dem Hintergrund ihres Rechtsöffnungstitels einen besonderen Schutz verdienen, benachteiligen und ihnen – bei der Betreibung auf Pfändung – den Pfändungsanschluss (Art. 110 SchKG) verunmöglichen könnte; der Pfändungsanschluss erfordert nämlich das Stellen eines Fortsetzungsbegehrens innert einer Frist von 30 Tagen seit Vollzug der Pfändung (Art. 110 Abs. 1 SchKG). Vor diesem Hintergrund sah der Gesetzgeber für die Rechtsöffnung ein summarisches Verfahren vor, wobei Rechtsöffnungsgesuche gemäss dieser Konzeption innert fünf Tagen durch das Gericht zu entscheiden sind, sodass die Anschlussfrist von 30 Tagen gemäss Art. 110 Abs. 1 SchKG – und sei es nur im Hinblick auf die provisorische Pfändung (Art. 83 Abs. 1 SchKG; siehe dazu die vorherigen Ausführungen) – gewahrt werden kann. Das Rechtsöffnungsverfahren bezweckt letztlich diesen Schutz (siehe zu alledem BGE 138 III 483 E. 3.2.4; Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung betreffend den in Gemässheit des Beschlusses der Bundesversammlung vom 29. Juni 1888 ausgearbeiteten definitiven Entwurf des Bundesgesetzes über

visorische Rechtsöffnung unter anderem durch ihre besondere, qualifizierte Raschheit aus.⁴² Diese Konzeption findet verschiedentlich ihren Niederschlag: Beispielsweise soll der Schuldner «*sofort*» nach Eingang des Gesuchs Gelegenheit zur Stellungnahme haben; ferner soll der Entscheid des Gerichts innert fünf Tagen nach erfolgter bzw. möglicher Stellungnahme des Schuldners erfolgen (Art. 84 Abs. 2 SchKG).⁴³ Die qualifizier-

te Raschheit schlägt sich auch in der Verfahrensdauer nieder; 1992 – also noch unter der Geltung der kantonalen Zivilprozessordnungen⁴⁴ – wurde in einer Untersuchung solcher Verfahren an drei Bezirksgerichten gezeigt, dass die dortige durchschnittliche Verfahrensdauer unter drei Monaten liegt.⁴⁵ Ein weiteres Beispiel der genannten Konzeption lässt sich im Umstand erblicken, dass das Rechtsöffnungsverfahren in aller Regel nicht sistiert werden kann (Art. 126 ZPO).⁴⁶ Die provisorische Rechtsöffnung und die damit einhergehenden vorgenannten Eigenheiten gründen letztlich auch auf der Überlegung, dass die öffentliche Urkunde bzw. die schriftliche Schuldanerkennung, über welche der Gläubiger im Hinblick auf die provisorische Rechtsöffnung verfügen muss, zumindest in engen Grenzen nahelegt, dass die vom Gläubiger in Betreuung gesetzte Forderung effektiv besteht.⁴⁷

3. Anwendbares Verfahrensrecht und allgemeine Bemerkungen zum Gang des Verfahrens

Die provisorische Rechtsöffnung untersteht seit Inkrafttreten der ZPO den bundesrechtlich vereinheitlichten Bestimmungen des summarischen Verfahrens (Art. 251 lit. a ZPO). Davor war die Regelung des Verfahrens weitgehend dem kantonalen Recht überlassen,⁴⁸ worauf zu-

Schuldbetreibung und Konkurs vom 7. Dezember 1888, BBl 1888 IV 1137 ff. [zit. Botschaft SchKG 1888], auch abgedruckt in Vereinigung für Schuldbetreibungs- und Konkursrecht [Hrsg.], Materialien zum Schuldbetreibungs- und Konkursrecht 1869–1889, Zürich/St. Gallen 2017, 709 ff., 1145–1147; GILLIÉRON [FN 13], Art. 84 N 11 und N 33; STÜCHELI [FN 13], 35 und 38). Die Einhaltung der Frist ist längst illusorisch geworden (vgl. RAINER EGLI, Muss der Schuldner im Rechtsöffnungsverfahren mit einer Zustellung rechnen?, in: Alexander R. Markus/Stephanie Hrubesch-Millauer/Rodrigo Rodriguez [Hrsg.], Zivilprozess und Vollstreckung national und international – Schnittstellen und Vergleiche, Festschrift für Jolanta Kren Kostkiewicz, Bern 2018, 481 ff., 482–484, ebenfalls mit Bemerkungen zu den vorstehenden Umständen; vgl. ferner die Bemerkungen in OGer ZH, 28.2.1990, in: ZR 1989, Nr. 97). Siehe zu BGE 138 III 483 und der genannten Frist auch die nachstehenden Ausführungen und FN 42 und FN 43.

⁴² Der Umstand, dass es sich um ein summarisches Verfahren handelt (siehe dazu die nachfolgenden Ausführungen), impliziert bereits eine gewisse Raschheit (siehe dazu im Allgemeinen und statt vieler BK-GÜNGERICH [FN 1], Vorbemerkungen zu Art. 248–270 N 3; BSK ZPO-MAZAN [FN 18], Vorbemerkungen zu Art. 248–256 N 8; siehe spezifisch im Kontext des Rechtsöffnungsverfahrens z.B. OGer BE, ZK 12 217, 21.9.2012, E. III.21, in: CAN 2012, Nr. 72). Die in Frage stehende Raschheit geht jedoch über diese inhärente Raschheit hinaus; mit anderen Worten handelt es sich um eine qualifizierte Raschheit. Siehe zu dieser Qualifikation z.B. OGer ZH, RT180012, 13.4.2018, E. 6.1; OGer ZH, RT140129, 3.10.2014, E. 2.2; OGer ZH, RT130076, 30.5.2013, E. 2c); OGer ZH, RT120122, 1.10.2012, E. II./4.2; BezGer ZH, EB171239, 23.9.2017, E. 2.6.4, in: ZR 2018, Nr. 33; BezGer ZH, EB170471, 26.5.2017, E. 2.6, in: ZR 2018, Nr. 35; EGLI (FN 41), 482–484; SERAINA FÜRST, Das Rechtsöffnungsverfahren, ZZZ 2016, 117 ff., 121. Ähnlich auch STÜCHELI (FN 13), 38 f. In diese Richtung – wenn auch nicht mit letzter Deutlichkeit im Hinblick auf die Frage, ob es sich um eine besondere Raschheit handelt – BGE 138 III 483 E. 3.2.4 (siehe dazu auch oben FN 41 und die Zusammenfassung bei CHRISTOPH LEUBENBERGER, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Zivilprozessrecht im Jahr 2012, 1. Teil: Zivilprozessrecht im internen Verhältnis, ZBJV 2014, 1 ff., 18 f.; ähnliches Verständnis zu diesem Urteil z.B. bei DENIS TAPPY, Les différentes procédures selon le Code de procédure civile et les litiges judiciaires en matière de poursuites, JdT 2014 II, 77 ff., 95 und dort FN 66, wobei das Urteil auf das summarische Verfahren im Allgemeinen bezogen wird; siehe z.B. auch BGER, 5A_82/2015, 16.6.2015, E. 4.1, was ebenfalls eher darauf hindeutet, dass die Raschheit des summarischen Verfahrens im Allgemeinen angesprochen ist; anders demgegenüber BGE 140 III 456 E. 2.4, worin die Geschwindigkeit des Rechtsöffnungsverfahrens hervorgehoben wird, dabei jedoch auch klargestellt wird, dass nicht die gleiche Dringlichkeit besteht wie im Arrestverfahren [Art. 271 ff. SchKG]).

⁴³ Es handelt sich um eine Ordnungsfrist (Botschaft vom 8. Mai 1991 über die Aenderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs [SchKG], BBl 1991 III 1 ff. [zit. Botschaft SchKG 1997], 68; GILLIÉRON [FN 13], Art. 84 N 59). Bis

zum 31.12.1996 sah die damalige Fassung von Art. 84 Abs. 2 SchKG vor, dass der Rechtsöffnungsrichter über das Gesuch innert einer Frist von fünf Tagen zu entscheiden hatte; auch dabei handelte es sich um eine Ordnungsfrist (vgl. statt vieler BGE 104 Ia 465 E. 3; OGer ZH, 28.2.1990, in: ZR 1989, Nr. 97). Die genannten Elemente sprechen jedoch für die qualifizierte Raschheit des Rechtsöffnungsverfahrens (siehe statt aller OGer ZH, RT140129, 3.10.2014, E. 2.2; OGer ZH, RT130076, 30.5.2013, E. 2c); OGer ZH, RT120122, 1.10.2012, E. II./4.2; siehe in diese Richtung auch BGE 138 III 483 E. 3.2.4 und zu diesem Urteil die Bemerkungen in FN 42). Siehe zur Frist und zur Bedeutung auch oben FN 41.

⁴⁴ Siehe dazu auch unten II.A.3. und FN 48.

⁴⁵ MEIER (FN 18), 174 und 185. Es muss für die Zwecke dieses Beitrags offen bleiben, wie sich die Geschwindigkeit seither unter der Geltung der ZPO verändert hat.

⁴⁶ Rechtsprechung und Literatur sprechen sich regelmässig dafür aus, eine Sistierung des Rechtsöffnungsverfahrens nur ganz ausnahmsweise zuzulassen (siehe statt aller – z.T. im Hinblick auf besondere Konstellationen – FÜRST [FN 42], 122; BSK SchKG-STAEHELIN [FN 17], Art. 84 N 48 und N 63; STÜCHELI [FN 13], 94; siehe aus der Praxis OGer ZH, RT140129, 3.10.2014, E. 2.2; OGer ZH, RT130076, 30.5.2013, E. 2c); OGer ZH, RT120122, 1.10.2012, E. II./4.2).

⁴⁷ Vgl. statt vieler HANS FRITZSCHE/HANS ULRICH WALDER, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Band I, 3. A., Zürich 1984, § 20 N 1, und daneben AMONN/WALTHER (FN 13), § 19 N 7 und N 66; MEYER (FN 30), 9.

⁴⁸ Vgl. Art. 25 Ziff. 2 lit. a SchKG (in der bis zum 31.12.2010 geltenden Fassung), wonach die Kantone die Bestimmungen über das summarische Prozessverfahren unter anderem für Entscheide, die vom Rechtsöffnungsrichter getroffen werden, zu erlassen haben. Siehe dazu – und zum Umstand, dass das Verfahren damit, unter Vorbehalt gewisser bundesrechtlicher Verfahrensvorschriften, d.h. insbesondere Art. 84 SchKG, weitgehend dem kantonalen Recht überlassen war – statt vieler ANDRÉ SCHMIDT, in: Louis Dallèves/Bénédict Foëx/Nicolas

rückzukommen sein wird.⁴⁹ Gewisse Verfahrensfragen werden ferner durch Art. 82 SchKG und Art. 84 SchKG geregelt. Ihnen kommt Vorrang vor der ZPO zu.⁵⁰

Das Verfahren wird durch ein Gesuch des Gläubigers beim zuständigen Gericht am Betreibungsort eingeleitet (Art. 252 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 84 Abs. 1 SchKG).

Dem Schuldner wird sofort nach Eingang des Gesuchs Gelegenheit zur mündlichen oder schriftlichen Stellungnahme gegeben (Art. 84 Abs. 2 SchKG). Es steht sodann im Ermessen des Gerichts, ob eine Verhandlung durchgeführt wird.⁵¹ Ob der Schuldner aufgrund von Art. 6 Ziff. 1 EMRK Anspruch auf Durchführung einer Verhandlung hat, wurde vom Bundesgericht bislang nicht eindeutig geklärt.⁵² Auf innerstaatlicher Grundla-

ge besteht jedenfalls kein solcher Anspruch.⁵³ Ob eine Verhandlung durchgeführt wird, hängt damit von der Praxis des jeweiligen Gerichts ab.⁵⁴

Nachdem dem Schuldner Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben wurde, hat das Gericht innert kurzer Frist das Urteil zu fällen.⁵⁵

4. Die Verweigerung der Rechtsöffnung infolge Glaubhaftmachung von Einwendungen (Art. 82 Abs. 2 SchKG)

Das Gericht verweigert die Rechtsöffnung, wenn der Schuldner Einwendungen, welche die Schuldanerkennung entkräften, sofort glaubhaft macht (vgl. Art. 82 Abs. 2 SchKG). Dem Schuldner stehen in diesem Zusammenhang insbesondere sämtliche Einreden und

Jeandin (Hrsg.), *Poursuite et faillite*, Commentaire Romand, Basel/Genf/München 2005 (zit. CR LP-Verfasser/in), Art. 84 N 1 f.; BSK SchKG 1998-STAEHELIN (FN 13), Art. 84 N 5 und ausführlich FRANCO LORANDI, *Betreibungsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit*, Basel 2000, Art. 25 N 29–49. Siehe ferner zum Vorbehalt bundesrechtlicher Verfahrensvorschriften z.B. BGE 58 I 363 E. 2, BGE 59 I 197 E. 2 und ALFRED VON OVERBECK, *Schuldbetreibung und Konkurs*, 2. A., Zürich 1940, 52 FN 2. Die erstgenannte Bestimmung wurde mit Inkrafttreten der ZPO am 1.1.2011 aufgehoben (vgl. Art. 402 ZPO i.V.m. Anhang 1 zur ZPO, Ziff. II., Nr. 17).

⁴⁹ Siehe unten II.A.4. und III.E.

⁵⁰ Vgl. FÜRST (FN 42), 121, und in diesem Sinn auch EVA BACHOFNER, *Neues und Bewährtes zum Rechtsöffnungsverfahren*, BJM 2020, 1 ff., 17, und daneben OGer ZH, RT190071, 20.6.2019, E. 3.7.1 (im Kontext der definitiven Rechtsöffnung).

⁵¹ Statt vieler FÜRST (FN 42), 125; SK SchKG-VOCK/AEPLI-WIRZ (FN 17), Art. 84 N 25. Siehe im Allgemeinen im Hinblick auf das summarische Verfahren Art. 253 ZPO und dazu statt vieler BK-GÜNGERICH (FN 1), Art. 253 N 7; BSK ZPO-MAZAN (FN 18), Art. 253 N 11.

⁵² In Bezug auf die definitive Rechtsöffnung (Art. 80 f. SchKG) hat das Bundesgericht die Frage zwischenzeitlich verneint; sie fällt gemäss dieser Rechtsprechung nicht in den Anwendungsbereich von Art. 6 Ziff. 1 EMRK (BGE 141 I 97 E. 5.2 und dazu statt vieler SK SchKG-VOCK/AEPLI-WIRZ [FN 17], Art. 84 N 25; anders noch BGer, 5D_181/2011, 11.4.2012, E. 3.1.1; BGer, 5D_192/2013, 30.4.2014, E. 4.3.1; kritisch dazu IVO SCHWANDER, *Bemerkungen zu Bundesgericht, II. zivilrechtliche Abteilung, Urteil vom 30. April 2014*, BGer 5D_192/2013, ZZZ 2014/2015, 96 f., insb. 97; siehe ferner die Bemerkungen bei SCHWANDER [FN 34], 382 f.; a.M. bspw. OGer ZH, RT130177, 11.2.2014, E. 4.1, in: ZR 2014, Nr. 19). Die Literatur vertritt teilweise die Auffassung, dass es sich bei der provisorischen Rechtsöffnung anders verhält (siehe z.B. FÜRST [FN 42], 125; DAVID HENSELER/SIMON HENSELER, *Öffentliche Verhandlung und Rechtsöffnung*, ZZZ 2016, 312 ff., 319 f.; DANIEL STAEHELIN, *Die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Rechtsöffnung*, ZZZ 2016, 24 ff., 30; WALTER A. STOFFEL/ISABELLE CHABLOZ, *Voies d'exécution*, 3. A., Bern 2016, § 4 N 86; a.M. KURT BOESCH, in: Kurt Boesch/Vanessa Duss Jacobi/Daniel Hunkeler/Pierre-Yves Marro/Felix C. Meier-Dieterle/Helen Renggli/Zeno Schönmann, *Klagen und Rechtsbehelfe im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht*, Basel 2018, N 6.288; VOCK/MEISTER-MÜLLER [FN 13], 138). Jüngst hat das Bundesgericht signalisiert, dass es im Verfahren der provisorischen Rechtsöffnung auf die konkreten Umstände im Einzelfall ankommt: BGer, 5A_394/2019, 5.5.2020, E. 2.2.2–2.2.4; BGer, 5A_397/2019, 5.5.2020, E. 2.2.2–2.2.4.

⁵³ Vgl. in diesem Sinn statt vieler HENSELER/HENSELER (FN 52), 312; KUKO SchKG-VOCK (FN 30), Art. 84 N 13 und daneben jüngst z.B. BGer, 5A_394/2019, 5.5.2020, E. 2.2.1; BGer, 5A_397/2019, 5.5.2020, E. 2.2.1. Siehe im Hinblick auf Art. 253 ZPO (vorstehend FN 51) auch Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), BBl 2006 7221 ff. (zit. Botschaft ZPO), 7351. Vor Inkrafttreten der ZPO wurde die Frage dem kantonalen Recht überlassen (vgl. OGer AG, 19.10.2000, E. 1a), in: AGVE 2000, Nr. 8; Botschaft SchKG 1997 [FN 43], 67 f. und statt vieler GILLIÉRON [FN 13], Art. 84 N 47; SABINE KOEMEL, *Die Rechtsöffnung gemäss revidiertem SchKG*, AJP 1996, 1349 ff., 1353; siehe zur gleichen Rechtslage vor Revision des SchKG [1997] z.B. OGer LU, 18.9.1972, in: Max XII, Nr. 97; OGer TG, R 68, 24.3.1983, in: RBOG 1983, Nr. 31; OGer ZH, 17.9.1984, E. 3, in: ZR 1985, Nr. 23; vgl. zum Verhältnis Bundesrecht und kantonales Recht bis zum Inkrafttreten der ZPO im Allgemeinen auch oben und FN 48 sowie unten II.A.4. und III.E.; von (innerstaatlichen) Bundesrechts wegen bestand auch damals kein Anspruch auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung (siehe z.B. IVO SCHWANDER, *Neuerungen in den Bereichen der Rechtsöffnung sowie der Aufhebung oder Einstellung der Betreibung, aber fehlende Regelung von Exequaturverfahren im SchKG*, in: Schweizerischer Anwaltsverband [Hrsg.], *Das revidierte Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz (SchKG)*, Bern 1995, 35 ff., 43 f.).

⁵⁴ Siehe z.B. zur Praxis am Bezirksgericht Zürich FÜRST (FN 42), 125 f., wonach jeweils auf die Einzelheiten des jeweiligen Falls abgestellt wird. Siehe zur Praxis des Zivilgerichts Basel-Stadt die Bemerkungen bei BACHOFNER (FN 50), insb. 18 und 22 f. Vgl. aus der kantonalen Praxis vor Inkrafttreten der ZPO, als die Frage noch dem kantonalen Recht überlassen wurde (oben FN 53), z.B. eher für ein schriftliches Verfahren im Kanton Thurgau OGer TG, R 68, 24.3.1983, in: RBOG 1983, Nr. 31, und eher für ein mündliches Verfahren im Kanton Luzern OGer LU, 18.9.1972, in: Max XII, Nr. 97. Siehe in Bezug auf die frühere Praxis am Bezirksgericht Zürich FÜRST (FN 42), 125 und RAINER EGLI, *Das Rechtsöffnungsverfahren und seine Einbettung in der ZPO*, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Alexander R. Markus/Rodrigo Rodriguez (Hrsg.), *Rechtsöffnung und Zivilprozess – national und international*, Bern 2014, 67 ff., 69 und 73, wonach das Verfahren in aller Regel mündlich durchgeführt wurde. In eine ähnliche Richtung im Allgemeinen z.B. CR LP-SCHMIDT (FN 48), Art. 84 N 7.

⁵⁵ Siehe die vorstehenden Bemerkungen zu Art. 84 Abs. 2 SchKG.

Einwendungen zivilrechtlicher Natur offen⁵⁶ (z.B. Tilgung⁵⁷, Verjährung⁵⁸, Dahinfallen infolge Willensmängeln⁵⁹).

Der Schuldner muss die Einreden und Einwendungen – bzw. das diesbezügliche Tatsachenfundament⁶⁰ – lediglich glaubhaft machen.⁶¹ Eine Einwendung gemäss Art. 82 Abs. 2 SchKG gilt dann als glaubhaft gemacht, wenn «für ihr Vorhandensein aufgrund objektiver Anhaltspunkte eine gewisse Wahrscheinlichkeit spricht, selbst wenn der Richter noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte».⁶² Hierbei muss für die Verwirklichung der Tatsache, welche die Rechtsöffnung verhindert, mehr sprechen, als gegen eine solche Verwirklichung. Die Wahrscheinlichkeit muss in

diesem Sinne überwiegen.⁶³ Mit anderen Worten gilt ein reduziertes Beweismass: Nicht zur Anwendung gelangt das ordentliche Beweismass bzw. das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit.⁶⁴ Nicht ausreichend ist die blossе Behauptung.⁶⁵

Welche Beweismittel durch den Schuldner im Allgemeinen zur Glaubhaftmachung von Einwendungen gemäss Art. 82 Abs. 2 SchKG verwendet werden können, war bereits vor Inkrafttreten der ZPO, als Verfahrensfragen einschliesslich der Frage des Beweisrechts noch weitgehend dem kantonalen Recht unterstanden,⁶⁶ umstritten. Anerkannt war vor dem Hintergrund der qualifizierten Raschheit des Verfahrens⁶⁷, dass als Beweismittel hauptsächlich Urkunden in Frage kommen.⁶⁸ Die Rechtsöffnung wird denn zuweilen auch als «Urkundenprozess» bezeichnet.⁶⁹ Ob sich der Schuldner – insbesondere aufgrund des kantonalen Rechts – zur Glaubhaftmachung der Einwendungen darüber hinaus anderer Beweismittel bedienen konnte, wurde demgegenüber nicht abschliessend geklärt.⁷⁰

⁵⁶ Statt vieler BGE 142 III 720 E. 4.1; BGE 131 III 268 E. 3.2 und daneben CARL JAEGER/HANS ULRICH WALDER/THOMAS M. KULL/MARTIN KOTTMANN, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Band I, Art. 1–158, 4. A., Zürich 1997, Art. 82 N 23; JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2018, N 602; SK SchKG-VOCK/AEPLI-WIRZ (FN 17), Art. 82 N 26. Dem Schuldner steht es zudem auch frei, prozessuale Einwendungen, welche sich auf verfahrensrechtliche Mängel beziehen, geltend zu machen (vgl. statt vieler BSK SchKG-STAEHELIN [FN 17], Art. 82 N 83; KUKO SchKG-VOCK [FN 30], Art. 82 N 38).

⁵⁷ Vgl. statt vieler BGer, 5A_142/2017, 18.8.2017, E. 4 f.; BGer, 5A_538/2010, 3.11.2010, 5.4, und daneben AMONN/WALTHER (FN 13), § 19 N 84.

⁵⁸ Statt vieler SK SchKG-VOCK/AEPLI-WIRZ (FN 17), Art. 82 N 26, und zur Praxis ANDRÉ PANCHAUD/MARCEL CAPREZ, Die Rechtsöffnung, Zürich 1980, § 37.

⁵⁹ Siehe z.B. BGer, 5A_898/2017 und 5A_899/2017, 11.1.2018, E. 2.1, und BGer, 5A_652/2011, 28.2.2012, E. 3.2.2.

⁶⁰ Das Beweismass des Glaubhaftmachens (siehe dazu die nachstehenden Ausführungen) passt notgedrungen einzig zu Tatsachenbehauptungen (vgl. SCHWANDER [FN 34], 381; siehe mit gleichem Ergebnis auch z.B. statt vieler RÜETSCHI [FN 10], 57 f.; vgl. auch KGer VS, 23.8.2004, E. 3a/aa), in: ZWR 2005, 201 ff.). Inwieweit sich das Gericht bei der Rechtsanwendung – welche von Amtes wegen zu erfolgen hat (Art. 57 ZPO) – auf ein summarisches Vorgehen beschränken darf, ist eine davon zu unterscheidende Frage (siehe zu diesem Problembereich neben den vorgenannten Fundstellen z.B. BSK SchKG-STAEHELIN [FN 17], Art. 82 N 88; STÜCHELI [FN 13], 117 f. und 348 f.).

⁶¹ Statt vieler AMONN/WALTHER (FN 13), § 19 N 85. Bei vollkommen zweiseitigen Verträgen kann die Gewährung der Rechtsöffnung gemäss der sogenannten «Basler Rechtsöffnungspraxis» in gewissen Konstellationen auch nur durch blossе Behauptungen seitens des Schuldners verhindert werden (siehe zur Basler Rechtsöffnungspraxis im Allgemeinen statt vieler BSK SchKG-STAEHELIN [FN 17], Art. 82 N 98 f. und N 101–108; SK SchKG-VOCK/AEPLI-WIRZ [FN 17], Art. 82 N 27–79). Die Anwendung dieser Praxis ist in den Kantonen nicht einheitlich (vgl. z.B. DOMINIK VOCK, Besondere Beweisaspekte bei SchKG-Klagen, in: Annette Dolge [Hrsg.], Substantiieren und Beweisen, Zürich/Basel/Genf 2013, 1 ff., 8 f.; VOCK/MEISTER-MÜLLER [FN 13], 145; siehe zum Stand der diesbezüglichen bundesgerichtlichen Rechtsprechung ferner STAEHELIN [FN 52], 25, und jüngst BGE 145 III 20 E. 4.3). Hierauf und auf diesbezügliche Fragestellungen wird nachfolgend nicht mehr gesondert hingewiesen.

⁶² Statt vieler aus der jüngeren Rechtsprechung BGer, 5A_51/2019, 7.10.2019, E. 3.1; BGer, 5A_898/2017 und 5A_899/2017, 11.1.2018, E. 2.1 mit Verweis auf unter anderem BGE 132 III 140 E. 4.1.2.

⁶³ Statt aller BGer, 5A_349/2017, 26.1.2018, E. 2.2; BGer, 5A_142/2017, 18.8.2017, E. 4.1; BGer, 5A_283/2016, 23.8.2016, E. 2.3.1; BGer, 5A_1008/2014, 1.6.2015, E. 3.2, und in diesem Sinn bereits BGE 132 III 140 E. 4.1.2.

⁶⁴ Statt vieler zur ersten Eigenheit STÜCHELI (FN 13), 348–350; KUKO SchKG-VOCK (FN 30), Art. 82 N 40; statt vieler zur Abgrenzung zur überwiegenden Wahrscheinlichkeit BGer, 5A_881/2011, 16.3.2012, E. 3.2–3.4.

⁶⁵ Statt vieler BGer, 5A_845/2009, 16.2.2010, E. 6.1; BGer, 5P.289/2003, 8.9.2003, E. 2.2. Siehe zur etwaigen Ausnahme bei Anwendung der «Basler Rechtsöffnungspraxis» vorstehend FN 61.

⁶⁶ Siehe zur Bedeutung des kantonalen Rechts im Allgemeinen vorstehend FN 48. Siehe spezifisch zum Umstand, dass das Beweisrecht grundsätzlich ebenfalls durch das kantonale Verfahrensrecht geregelt wurde, statt vieler LORANDI (FN 48), Art. 25 N 49; CR LP-SCHMIDT (FN 48), Art. 25 N 8.

⁶⁷ Oben II.A.2.

⁶⁸ Siehe aus der älteren Literatur z.B. MARCEL CAPREZ, Rechtsöffnung I, SJK 185, 5 (für das Rechtsöffnungsverfahren im Allgemeinen); JOHANN GASSMANN, Aus der Basler Rechtsöffnungspraxis, in: Juristische Fakultät der Universität Basel/ Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt (Hrsg.), Aus der Praxis schweizerischer Gerichte und Verwaltungsbehörden, Festgabe zum siebzigsten Geburtstag von Fritz Goetzinger, Basel 1935, 41 ff., 44; MAX GULDENER, Zwangsvollstreckung und Zivilprozess, ZSR 1955 I, 19 ff., 33; D. STAEHELIN (FN 13), 15. Vgl. ferner z.B. OGer AG, 22.12.1942, E. 3a), in: Vierteljahresschrift für Aargauische Rechtsprechung 1942, Nr. 39; KGer GE, 29.11.1979, E. 2, in: SJ 1980, 380 ff.

⁶⁹ Siehe statt vieler z.B. BGE 142 III 720 E. 4.1. Wie nachfolgend zu zeigen sein wird, ist diese Bezeichnung in Bezug auf die Zulässigkeit weiterer Beweismittel – im Hinblick auf die Möglichkeit des Schuldners, Einwendungen glaubhaft zu machen (Art. 82 Abs. 2 SchKG) – verkürzt. Siehe kritisch z.B. BSK SchKG-STAEHELIN (FN 17), Art. 84 N 53. In der älteren Rechtsprechung hat das Bundesgericht denn auch das Rechtsöffnungsverfahren lediglich im Hinblick auf die Seite des Gläubigers als «Urkundenprozess» bezeichnet; siehe dazu auch die nachfolgenden Ausführungen.

⁷⁰ Siehe für die grundsätzliche Zulässigkeit anderer Beweismittel (aus der Perspektive des Bundesrechts) aus der älteren Literatur z.B. ERNST BLUMENSTEIN, Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechtes, Bern 1911, 305; ERNST BRUNNER, Das Rechtsöffnungs-Verfahren, Diss. Bern, Solothurn 1898,

Das Bundesgericht hat in einem Entscheid aus dem Jahr 1932 signalisiert, dass Beweismittel, welche mit der Raschheit des Verfahrens nicht vereinbar sind, von Bundesrechts wegen unzulässig sind. Zugleich hat das Bundesgericht nicht festgehalten, dass ausschliesslich Urkunden als Beweismittel in Frage kommen; als «*Urkundenprozess*» bezeichnete es das Verfahren der Rechtsöffnung lediglich im Hinblick auf die Position des Gläubigers, nicht hingegen in Bezug auf die Position des Schuldners.⁷¹

Weitere Präzisierungen von Seiten des Bundesgerichts sind vor dem Jahr 2000 dünn gesät:⁷² 1984 hat das Bundesgericht in einem nicht in der amtlichen Sammlung erschienenen Urteil erwogen, dass die zur Glaubhaftmachung der Einwendungen (Art. 82 Abs. 2 SchKG) verwendeten Dokumente nicht die gleiche Form aufweisen müssen, wie die von Seiten des Gläubigers beigebrachten Dokumente zur Stützung seiner Position.⁷³ Ob das Bundesgericht insoweit derart zu verstehen ist, dass das Bundesrecht nicht vorschreibt, dass die Glaubhaftmachung mittels Urkunden zu erfolgen hat – wie das Bundesgericht selbst schon unter mittelbarer Bezugnahme auf dieses Urteil erwogen hat⁷⁴ –, erscheint zweifelhaft.⁷⁵

Unabhängig davon, wie dieses Urteil verstanden wird, dürfte es aufgrund der weiteren Umstände jedenfalls bloss von untergeordneter Bedeutung sein.⁷⁶ Wie es sich mit alledem letztlich verhält, braucht vorliegend nicht abschliessend geklärt zu werden.⁷⁷

Vor diesem Hintergrund ist es nicht verwunderlich, dass die kantonale Praxis im Hinblick auf die aufgeworfene Fragestellung von Unterschieden geprägt war. In gewissen Kantonen war es unter Geltung der kantonalen Zivilprozessordnungen beispielsweise möglich, dass das Gericht anlässlich einer etwaigen mündlichen Verhandlung Zeugen einvernahm. In anderen Kantonen galt ein solches Vorgehen demgegenüber als ausgeschlossen.⁷⁸

prodotti per il rigetto dell'opposizione e gli scritti a sostegno dell'eccezione»); von anderen Beweismitteln ist gar nicht die Rede. Auch der Folgesatz legt nahe, dass sich die Erwägung nur um Dokumente dreht (im Original: «Quest'ultima può desumersi anche da un complesso di documenti, purché sia, almeno, resa verosimile»). Ebenfalls nicht thematisiert wird die Frage, ob andere Beweismittel zulässig bzw. von Bundesrechts wegen vorgeschrieben sind. Insoweit ist es zutreffend, dass das Urteil nicht im besagten Sinn zu verstehen ist; siehe dazu BGer, 5A_467/2015, 25.8.2016, E. 4.5.2, in: SJ 2016 I, 481 ff. und daneben die nachfolgenden Ausführungen.

⁷⁶ Das Urteil wurde nicht in der amtlichen Sammlung publiziert; ferner ist das Urteil im Rahmen eines summarischen Rechtsmittelverfahrens ergangen. Schliesslich kommt hinzu, dass das Urteil in der Doktrin, soweit erkennbar, nicht thematisiert wurde. Siehe dazu zutreffend BGer, 5A_467/2015, 25.8.2016, E. 4.5.2, in: SJ 2016 I, 481 ff. Siehe zu diesem Urteil auch die nachfolgenden Ausführungen.

⁷⁷ Die Abgrenzung Bundesrecht/kantonales Recht – um die es (auch) geht – ist schon deshalb nicht mehr unmittelbar relevant, da seit Inkrafttreten der ZPO alle Verfahrensfragen durch Bundesrecht geregelt werden (oben II.A.3.). Siehe zu historischen Überlegungen jedoch immerhin unten III.E.

⁷⁸ Siehe aus der (teilweise antiquierten) Praxis: Zulässigkeit z.B. bejaht im Kanton AG (siehe dazu z.B. OGer AG, 20.4.1893, in: RB OGer AG 1893/1894, Nr. 22, und ferner JAEGER [FN 70], Art. 84 N 1 sowie KURT EICHENBERGER, Zivilrechtspflegegesetz des Kantons Aargau, Aarau/Frankfurt a.M./Salzburg 1987, § 301 N 2) und im Kanton BE (siehe dazu z.B. App/KassH BE, 9.7.1898, E. 2, in: ZBJV 1898, 349 ff.; siehe auch BLUMENSTEIN [FN 70], 305 FN 35) und zustimmend aus der älteren Literatur z.B. JAEGER (FN 70), Art. 84 N 1; WEBER/BRÜSTLEIN/REICHEL (FN 70), Art. 84 N 3b). Die Zulässigkeit wurde demgegenüber verneint z.B. im Kanton BS (siehe dazu z.B. AppGer BS, 30.5.1927, in: SJZ 1928/1929, 219 f., und daneben FISCHER [FN 30], 140; GASSMANN [FN 68], 43 f.; D. STAEHELIN [FN 13], 4), im Kanton GE (vgl. z.B. BGer, 5P.155/2002, 23.5.2002, E. 3a), und ferner FLORENCE KRAUSKOPF, La mainlevée provisoire: quelques jurisprudences récentes, JdT 2008 II, 23 ff., 23 und dort FN 5), im Kanton LU (siehe z.B. OGer LU, 4.2.1983, in: SJZ 1985, 269), im Kanton OW (OGer OW, 17.8.2005, E. 3b/aa), in: AbR 2004/05, Nr. 18), im Kanton SG (KGer SG, 10.12.1943, in: BlSchK 1944, 165) und im Kanton TI (vgl. FLAVIO COMETTA, Il rigetto provvisorio dell'opposizione nella prassi giudiziaria ticinese, Repertorio 1989, 329 ff., 330). Siehe daneben PANCHAUD/CAPREZ (FN 58), § 159, und die Übersicht bei ALAIN BROGLI, La procédure sommaire en droit des poursuites, Diss. Lausanne, Lausanne 2003, 31 f. FN 74; CAPREZ (FN 68), 5 (für das Rechtsöffnungsverfahren im Allgemeinen) sowie HESS (FN 70), 117. A.M. MEIER (FN 18), 169. Für eine abschliessende Regelung der zulässigen Beweismittel durch das Bundesrecht (und damit einen Ausschluss der Legiferierung durch den kantonalen Gesetzgeber) etwa GESSLER

106 f. und 117 f.; CAPREZ (FN 68), 5 (für das Rechtsöffnungsverfahren im Allgemeinen); ANTOINE FAVRE, Droit des poursuites, 3. A., Freiburg i.Ue. 1974, 145; FISCHER (FN 30), 140; HANS FRITZSCHE, Schuldbetreibung und Konkurs, Erster Halbband, Zürich 1954, 130; HEINZ HESS, Die materiellen Grundlagen der provisorischen Rechtsöffnung und der Aberkennungsklage, Diss. Bern, Bern 1946, 116–120; CARL JAEGER, Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, 3. A., Zürich 1911, Art. 82 N 11 und Art. 84 N 1; MEYER (FN 30), 33; HENRI PASCHOUD, La reconnaissance de dette, Diss. Lausanne, Vevey 1917, 22 f.; LEO WEBER/ALFRED BRÜSTLEIN/ALEXANDER REICHEL, Das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2. A., Zürich 1901, Art. 84 N 3b). Gegen ein solches Verständnis aus der älteren Literatur z.B. PANCHAUD/CAPREZ (FN 58), § 157. Kritisch ferner GULDENER (FN 68), 33. Siehe daneben die nachfolgenden Bemerkungen und die Nachweise und Bemerkungen in FN 78. Siehe zur neueren Literatur (insbesondere im Hinblick auf den Zeitpunkt ab der Geltung der ZPO) die nachfolgenden Ausführungen.

⁷¹ BGE 58 I 363 E. 2. In diese Richtung deutet z.B. auch OGer AG, 22.12.1942, E. 3a), in: Vierteljahresschrift für Aargauische Rechtsprechung 1942, Nr. 39, und Justizkommission LU, 16.8.1892, in: Archiv 1893, Nr. 136. Siehe eine ähnliche Interpretation des Urteils bei CAPREZ (FN 68), 5; GILLIÉRON (FN 13), Art. 84 N 56.

⁷² Siehe zu möglichen Ursachen die Bemerkungen oben I. und FN 13.

⁷³ BGer, P.299/1984, 12.7.1984, E. 2, in: Repertorio 1985, 33 ff. Siehe zu diesem Urteil auch BGer, 5A_556/2009, 30.11.2009, E. 2.3, und BGer, 5A_467/2015, 25.8.2016, E. 4.5.1 f., in: SJ 2016 I, 481 ff.

⁷⁴ BGer, 5A_556/2009, 30.11.2009, E. 2.3, wobei die besagte Erwägung unter mittelbarer Bezugnahme auf dieses Urteil erfolgt. Ähnliche Interpretation in BGer, 5A_467/2015, 25.8.2016, E. 4.5.1 f., in: SJ 2016 I, 481 ff. Siehe zu diesen Urteilen auch die nachfolgenden Ausführungen.

⁷⁵ Im zentralen Satz der entsprechenden Erwägung (BGer, P.299/1984, 12.7.1984, E. 2, in: Repertorio 1985, 33 ff.) wird, je nach Übersetzung, von Urkunden, Dokumenten oder Schriften gesprochen (im Original: «La legge non prescrive, in proposito, perfetta identità nella forma tra i documenti

Die jüngere Rechtsprechung des Bundesgerichts hielt zu dieser Frage regelmässig fest, dass als Beweismittel zur Glaubhaftmachung von Einwendungen (Art. 82 Abs. 2 SchKG) Urkunden oder andere sofort verfügbare Beweismittel zulässig sind.⁷⁹ Manchmal wurde auch erwogen, dass die Glaubhaftmachung «grundsätzlich» durch Urkunden erfolgen muss.⁸⁰ Editionsbegehren sind damit grundsätzlich nicht vereinbar.⁸¹ In der jüngeren Literatur⁸² werden, teilweise hieran anknüpfend, verschiedene Ansichten vertreten: Ein Teil der Literatur vertritt ein enges Verständnis und lässt die Verwendung anderer Beweismittel als Urkunden gar nicht oder lediglich in Ausnahmesituationen zu.⁸³ Der wohl überwiegende Teil spricht sich, dem vorne dargestellten Verständnis des Bundesgerichts folgend, dafür aus, dass andere Beweismittel zulässig sind, sofern sie sofort verfügbar und damit mit der qualifizierten Raschheit des Rechtsöffnungsverfahrens⁸⁴ vereinbar sind.⁸⁵ Entsprechend wird

beispielsweise die Ansicht vertreten, dass die Befragung von – vom Schuldner mitgebrachten – Zeugen an einer etwaigen mündlichen Rechtsöffnungsverhandlung zulässig ist.⁸⁶ Ein letzter Teil der Literatur tendiert dazu, die Beweismittel möglichst gar nicht zu beschränken.⁸⁷

In einem jüngeren, nicht in der amtlichen Sammlung publizierten Urteil aus dem Jahr 2016, welches seither wiederholt in anderen Urteilen zitiert wird,⁸⁸ hat das Bundesgericht die Frage neuerlich thematisiert. Demnach darf vom Erfordernis der Verwendung von Urkunden nur ausnahmsweise abgewichen werden. Diese

(FN 17), 250 f. m.V. auf OGer ZH, 8.5.1985, E. 4, in: ZR 1985, Nr. 69.

⁷⁹ Diese Rechtsprechung ist teilweise vor, teilweise nach Inkrafttreten der ZPO ergangen. Siehe z.B. BGE 132 III 140 E. 4.1.2 und daneben BGer, 5A_435/2015, 13.10.2015, E. 3.2.1.2; BGer, 5A_113/2014, 8.5.2014, E. 3.1.

⁸⁰ Siehe z.B. BGer, 5A_884/2014, 30.1.2015, E. 5.2; BGer, 5A_577/2013, 7.10.2013, E. 4.3.1; BGer, 5A_652/2011, 28.2.2012, E. 3.2.2; BGer, 5A_630/2010 und 5A_631/2010, 1.9.2011, E. 2.2.

⁸¹ Siehe mit Andeutung von möglichen Ausnahmen BGer, 5A_203/2017, 11.9.2017, E. 5.3. Siehe hierzu auch statt vieler GILLIERON (FN 13), Art. 82 N 98; VOCK/MEISTER-MÜLLER (FN 13), 147.

⁸² Diese jüngere Literatur bezieht sich teilweise auf den Zeitraum vor, teilweise auf jenen nach Inkrafttreten der ZPO. In Bezug auf die erstgenannte Literatur wird nachfolgend darauf abgestellt, was diese Literatur im Hinblick auf die bundesrechtlichen Vorgaben aussagt – und nicht auf etwaige kantonale Verfahrensbestimmungen. Darauf wird nachfolgend nur noch punktuell hingewiesen. Siehe zur älteren Literatur die vorstehenden Ausführungen und daneben FN 70.

⁸³ Siehe z.B. in diese Richtung AMONN/WALTHER (FN 13), § 19 N 19; BERNARD BERTOSSA/LOUIS GAILLARD/JAQUES GUYET/ANDRÉ SCHMIDT, Commentaire de la loi de procédure civile du canton de Genève du 10 avril 1987, Bd. III, Genf 1994, Art. 347 N 8; BOESCH (FN 52), N 6.321; FRANÇOIS BOHNET, Actions civiles, Conditions et conclusions, Basel 2014, § 116 N 29; PIERRE-ROBERT GILLIERON, Poursuite pour dettes, faillite, et concordat, 5. A., Basel 2012, N 786; MARCO LEVANTE, Aktuelles aus der Rechtsprechung zum Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, AJP 2015, 579 ff., 583 f.; ISAAK MEIER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich/Basel/Genf 2010, 359; CR LP-SCHMIDT (FN 48), Art. 82 N 31 und Art. 84 N 11; STÜCHELI (FN 13), 109–111; FRANCESCO TREZZINI, in: Francesco Trezzini/Stefano Fornara/Bruno Cocci/Giorgio A. Bernasconi/Francesca Verda Chiochetti, Commentario pratico al Codice di diritto processuale civile svizzero (CPC), Pregassona 2017, Art. 251 N 9.

⁸⁴ Siehe hierzu oben II.A.2. und ferner die vorstehenden Bemerkungen zu BGE 58 I 363.

⁸⁵ Siehe z.B. BROGLI (FN 78), 31; FRITZSCHE/WALDER (FN 47), § 20 N 12; FÜRST (FN 42), 123; GILLIERON (FN 13), Art. 25 N 36, Art. 82 N 98 und Art. 84 N 56; BK-GÜNGERICH (FN 1), Art. 254 N 11; DOMINIQUE MÜLLER/DOMINIK VOCK, Behauptungs-, Bestreitungs- und Substantiierungslast im Rechtsöffnungsverfahren, ZZZ 2016, 130 ff., 136; ERIC MUSTER, Développements récents en matière de mainlevée de l'opposition, BLSchK 2008,

1 ff. (zit. Développements), 6; ERIC MUSTER, La reconnaissance de dette abtraite, Diss. Lausanne, Genf/Zürich/Basel 2004 (zit. Reconnaissance), 193; HANSJÖRG PETER, Fragen zur provisorischen Rechtsöffnung, SJZ 1999, 133 ff., 134 f. und 142; DOMINIQUE RIGOT, Le recouvrement forcé des créances de droit public selon le droit de poursuite pour dettes et la faillite, Diss. Lausanne, Yens-Sur-Morges 1991, 203 FN 412; THOMAS SPRECHER, Prozessieren zum SchKG unter neuer ZPO, SJZ 2011, 273 ff., 279; ADRIAN STAEHELIN, Der Beweis im schweizerischen Zivilprozess, in: Richard Frank (Hrsg.), Der Beweis im Zivil- und Strafprozess, Zürich 1996, 1 ff., 6; BSK SchKG-STAEHELIN (FN 17), Art. 82 N 89 und Art. 84 N 53, und DANIEL STAEHELIN, in: Thomas Bauer/Daniel Staehelin, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Ergänzungsband zur 2. A., Basel 2017 (zit. BSK SchKG EB-Verfasser/in), Art. 82 ad N 89; WALTER A. STOFFEL, La mainlevée d'opposition – modèle d'une «procédure simple et rapide?», in: Louis Dallèves/Beat Kleiner/Lutz Krauskopf/Rolf Raschein/Henri Schüpbach/Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz (Hrsg.), Festschrift 100 Jahre SchKG – Centenaire de LP, Zürich 1989, 239 ff., 245; JOHANNA TRÜMPY, La mainlevée d'opposition provisoire en droit de bail, BLSchK 2010, 105 ff., 116; KUKO SchKG-VOCK (FN 30), Art. 82 N 41 und Art. 84 N 20a f.; VOCK (FN 61), 7 f.; STOFFEL/CHABLOZ (FN 52), § 4 N 129; SK SchKG-VOCK/AEPLI-WIRZ (FN 17), Art. 84 N 19; VOCK/MEISTER-MÜLLER (FN 13), 146. Zu dieser Gruppe zählen auch all diejenigen Ansichten, welche mit Verweis auf Art. 254 Abs. 2 ZPO die Überlegung anstellen, dass sämtliche Beweismittel zulässig sind, welche im summarischen Verfahren – dem das Rechtsöffnungsverfahren grundsätzlich unterliegt (oben II.A.3.) – abgenommen werden können; das summarische Verfahren lässt nämlich die Abnahme anderer Beweismittel als Urkunden unter anderem dann zu, wenn die Abnahme das Verfahren nicht wesentlich verzögert (Art. 254 Abs. 2 lit. a ZPO).

⁸⁶ Siehe z.B. BROGLI (FN 78), 31; FÜRST (FN 42), 123; GILLIERON (FN 13), Art. 25 N 36, Art. 82 N 98 und Art. 84 N 56; KUKO SchKG-VOCK (FN 30), Art. 84 N 20b; VOCK/MEISTER-MÜLLER (FN 13), 146 (teilweise im Hinblick auf den Zeitraum vor Inkrafttreten der ZPO unter Vorbehalt kantonaler Verfahrensbestimmungen). Siehe zur früheren kantonalen Praxis auch die vorstehenden Ausführungen und FN 78. Siehe zur aktuellen Praxis die Bemerkungen unten bei III.C.

⁸⁷ In diese Richtung z.B. HANSJÖRG PETER, Bemerkungen zum Urteil des BGer vom 25. August 2016 (5A_467/2015), BLSchK 2017, 10 ff. (zit. Bemerkungen), 15 und – weniger klar – HANSJÖRG PETER, Le point sur le droit des poursuites et des faillites/Entwicklungen im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, SJZ 2017, 369 ff. (zit. Entwicklungen), 370. Siehe ferner auch die Bemerkung bei FABIANNE HOHL, La réalisation du droit et les procédures rapides, Habil. Freiburg, Freiburg 1994, N 782 FN 7.

⁸⁸ Siehe z.B. BGE 145 III 160 E. 5.1; BGer, 5A_139/2018, 25.6.2019, E. 2.6.2; BGer, 5A_105/2018, 12.10.2018, E. 2.3; BGer, 5A_898/2017 und 5A_899/2017, 11.1.2018, E. 2.1.

Ausnahme setzt voraus, dass die Glaubhaftmachung der Einwendung des Schuldners zwingend ein anderes Beweismittel als die Urkunde erfordert. Einzig dann und in diesem Umfang darf abgewichen werden.⁸⁹ Wenn eine Einwendung ihrer Natur nach grundsätzlich mittels Urkunden glaubhaft gemacht werden kann, fallen andere Beweismittel ausser Betracht.⁹⁰ Damit geht offenkundig eine Einschränkung im Vergleich zur früheren, jüngeren bundesgerichtlichen Rechtsprechung einher, welche nach dem Vorgesagten lediglich auf das Kriterium der sofortigen Verfügbarkeit abgestellt hat.⁹¹ Das Urteil stellt ferner klar, dass der Urkundenbegriff gemäss Art. 177 ZPO zur Anwendung gelangt.⁹² Mit diesem Urteil, welches in der Literatur bislang nur wenig Beachtung gefunden hat,⁹³ hat das Bundesgericht zugleich ein Urteil aus dem Jahr 2009⁹⁴ relativiert.⁹⁵ In diesem Urteil war unter mittelbarer Bezugnahme auf das vorbezeichnete Urteil aus dem Jahr 1984⁹⁶ noch erwogen worden, dass Art. 82 Abs. 2 SchKG in Bezug auf die Glaubhaftmachung von Einwendungen keine bestimmten Beweismittel vorschreibe.⁹⁷ Diesem Verständnis tritt das Bundesgericht nach dem Vorgesagten im Urteil aus dem Jahr 2016 deutlich entgegen.⁹⁸ Seit diesem Urteil verwendet das Bundesgericht regelmässig die Wendung, dass die Glaubhaftmachung von Einwendungen (Art. 82 Abs. 2 SchKG) mit Urkunden und «*ausnahmsweise*» mit anderen, leicht und sofort verfügbaren Beweismitteln erfolgen könne⁹⁹ bzw. die Glaubhaftmachung «*grundsätzlich*» mit Urkunden zu erfolgen habe.¹⁰⁰ Letztge-

nannte Wendung wurde schon vor dem Urteil aus dem Jahr 2016 verwendet,¹⁰¹ hat nun aber offenkundig eine andere Bedeutung.

Ob diese im Urteil aus dem Jahr 2016 begründete Rechtsprechung mit dem Wesen der provisorischen Rechtsöffnung vereinbar ist, kann für die Zwecke des vorliegenden Beitrags offen bleiben.¹⁰² Initiale Zweifel an der Richtigkeit der Rechtsprechung sind jedenfalls nicht von der Hand zu weisen: Weder der Gesetzestext noch die Materialien deuten darauf hin, dass der historische Gesetzgeber eine bestimmte Form von Beweismitteln – bzw. einen Primat des Beweismittels der Urkunde – von Bundesrechts wegen vorschreiben wollte.¹⁰³ Dieser Befund wird denn auch durch die ältere Rechtsprechung des Bundesgerichts gestützt, welche diejenigen Beweismittel von Bundesrechts wegen als unzulässig qualifizierte, welche nicht mit der qualifizierten Raschheit der provisorischen Rechtsöffnung vereinbar sind, ohne einen Primat des Beweismittels der Urkunde zu statuieren.¹⁰⁴

BGer, 5A_105/2018, 12.10.2018, E. 2.3; BGer, 5A_389/2016, 21.9.2016, E. 3.1.1.

¹⁰¹ Siehe die vorstehenden Ausführungen und FN 80.

¹⁰² Wie nachfolgend noch zu zeigen sein wird, handelt es sich bei einer Zeugenbescheinigung gemäss verbreitetem Verständnis um eine Urkunde (Art. 177 ZPO) (unten II.B.2.). Entsprechend ist die Rechtsprechung des Bundesgerichts – zumindest auf den ersten Blick – für die Frage des Beitrags nicht von zentraler Bedeutung (siehe auch unten III.A.).

¹⁰³ Siehe zu diesem Argument und zu weiteren kritischen Aspekten der genannten bundesgerichtlichen Rechtsprechung PETER, Bemerkungen (FN 87), 15, und PETER, Entwicklungen (FN 87), 370, unter anderem mit Verweis auf die 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), BBl 1886 II 1 ff. (zit. Botschaft SchKG 1886; auch abgedruckt in Vereinigung für Schuldbetreibungs- und Konkursrecht [Hrsg.], Materialien zum Schuldbetreibungs- und Konkursrecht 1869–1889, Zürich/St. Gallen 2017, 511 ff.), 65 (wobei immerhin festzuhalten ist, dass sich diese Botschaft insoweit noch auf einen Entwurf mit einem Rechtsöffnungsverfahren im beschleunigten Verfahren bezogen hat; siehe dazu STÜCHELI [FN 13], 34 f.). Siehe daneben auch Botschaft SchKG 1888 (FN 41), 1146, wobei – nun in Bezug auf das Verfahren, wie es schliesslich Gesetz geworden ist – kein solcher Primat des Beweismittels der Urkunde statuiert wird. Siehe ferner auch – in grösserer zeitlicher Nähe zum Erlass des SchKG – gegen eine bundesrechtliche Beweismittelbeschränkung auf ein bestimmtes Beweismittel der Urkunde z.B. App/KassH BE, 9.7.1898, E. 2, in: ZBJV 1898, 349 ff., und die Nachweise in FN 70. Siehe daneben aus der (kantonalen) Rechtsprechung und Literatur – explizit oder implizit zustimmend zur fehlenden bundesrechtlichen Vorgabe im Hinblick auf den Urkundenbeweis – die Nachweise in den vorstehenden FN 78 und FN 86 betreffend Zulässigkeit des Zeugenbeweises und ferner die Nachweise unten in FN 281. Siehe zum Ganzen und zur Frage, ob sich am besagten Befund durch die Einführung der ZPO etwas ändern sollte auch unten III.E. Siehe für ein gegenteiliges Verständnis und damit – zumindest teilweise – eine Beschränkung auf Urkunden die diesbezüglichen Nachweise in FN 70 und FN 83.

¹⁰⁴ Siehe dazu die vorstehenden Bemerkungen zu BGE 58 I 363.

⁸⁹ BGer, 5A_467/2015, 25.8.2016, E. 4, insbesondere E. 4.5.3, in: SJ 2016 I, 481 ff.

⁹⁰ BGer, 5A_467/2015, 25.8.2016, E. 4.5.3, in: SJ 2016 I, 481 ff. Siehe dazu auch BGE 145 III 160 E. 5.1 und OGer ZH, RT180193, 21.3.2019, E. III./4.2.

⁹¹ Siehe zu dieser Rechtsprechung oben und FN 79. Ein solches Verständnis andeutend auch PETER, Bemerkungen (FN 87), 15 und PETER, Entwicklungen (FN 87), 370. Vor diesem Hintergrund ist es erstaunlich, dass das Urteil nicht in der amtlichen Sammlung publiziert worden ist.

⁹² BGer, 5A_467/2015, 25.8.2016, E. 4.5.3, in: SJ 2016 I, 481 ff. Siehe dazu z.B. STÉPHANE ABBET, in: Stéphane Abbet/Ambre Veuillet, La mainlevée de l'opposition, Bern 2017, Art. 84 N 58 und dort FN 153.

⁹³ Vgl. immerhin die Thematisierung bei PETER, Bemerkungen (FN 87), 15; PETER, Entwicklungen (FN 87), 370; AMBRE VEUILLET, in: Stéphane Abbet/Ambre Veuillet, La mainlevée de l'opposition, Bern 2017, Art. 82 N 109.

⁹⁴ BGer, 5A_556/2009, 30.11.2009. Das Urteil scheint weder von der übrigen Rechtsprechung noch von der Literatur vertieft beachtet zu werden.

⁹⁵ BGer, 5A_467/2015, 25.8.2016, E. 4.5.1 f., in: SJ 2016 I, 481 ff.

⁹⁶ BGer, P.299/1984, 12.7.1984, in: Repertorio 1985, 33 ff. Siehe dazu die vorstehenden Ausführungen.

⁹⁷ BGer, 5A_556/2009, 30.11.2009, E. 2.3.

⁹⁸ In Bezug auf das Urteil aus dem Jahr 2009 hält es dazu namentlich zutreffend fest, dass das Urteil aus dem Jahr 1984 falsch interpretiert worden sein könnte (BGer, 5A_467/2015, 25.8.2016, E. 4.5.2, in: SJ 2016 I, 481 ff., und daneben die vorstehenden Ausführungen, insbesondere oben FN 75).

⁹⁹ Siehe z.B. BGer, 5A_898/2017 und 5A_899/2017, 11.1.2018, E. 2.1.

¹⁰⁰ Siehe z.B. BGE 145 III 160 E. 5.1; BGE 145 III 20 E. 4.1.2; BGE 142 III 720 E. 4.1; BGer, 5D_14/2019, 26.9.2019, E. 1.2;

5. Praktische Bedeutung

Die praktische Bedeutung der provisorischen Rechtsöffnung lässt sich kaum überschätzen: Rein quantitativ dürfte es sich um eines der häufigsten zivilrechtlichen Verfahren handeln, mit welchen sich erstinstanzliche Gerichte konfrontiert sehen.¹⁰⁵

Noch bedeutender ist jedoch der Umstand, dass durch das Verfahren der provisorischen Rechtsöffnung regelmässig definitiver Rechtsfrieden geschaffen werden dürfte. Mit anderen Worten verzichtet die im Verfahren der provisorischen Rechtsöffnung unterliegende Partei regelmässig darauf, weitere zur Verfügung stehende Rechtsbehelfe¹⁰⁶ zu beanspruchen. Dies legen sowohl persönlich geäußerte Einschätzungen in der Doktrin,¹⁰⁷ als auch eine Untersuchung aus dem Jahr 1992¹⁰⁸ nahe.¹⁰⁹ Es ist nicht der Platz, um über die Gründe zu spe-

kulieren bzw. diesen faktischen Umstand zu bewerten.¹¹⁰ Auf diese Umstände ist jedoch im Rahmen der Analyse zurückzukommen.¹¹¹

B. Die Zeugenbescheinigung im Allgemeinen¹¹²

1. Begriff

Die Zeugenbescheinigung¹¹³ – teilweise auch Zeugenerklärung¹¹⁴, Zeugenbestätigung¹¹⁵, privates Bestätigungsschreiben¹¹⁶ bzw. (Zeugen-)Bericht¹¹⁷ genannt – lässt sich definieren als schriftliche, zu Prozesszwecken erstellte¹¹⁸

und-behörden/gerichte/kantonsgericht [Abruf 12.6.2020]). Beispiel: Im Amtsbericht des KGer BL betreffend das Jahr 2010 wird etwa vermerkt, dass 2010 am BezGer Arlesheim 220 Urteile im Rahmen provisorischer Rechtsöffnungsverfahren gefällt wurden; im gleichen Zeitraum waren lediglich 16 Aberkennungsklagen hängig (siehe den bezeichneten Amtsbericht des KGer BL betreffend das Jahr 2010 [Internet: https://www.baselland.ch/politik-und-behorden/gerichte/kantonsgericht/downloads/2011-040_04.pdf/@download/file/2011-040_04.pdf (Abruf 12.6.2020)], 46 und 48). Seit 2011 weisen die Amtsberichte die Aberkennungsklagen nicht mehr separat aus.

¹¹⁰ Siehe mit einer kritischen Bemerkung z.B. MEIER (FN 18), 186. Siehe ferner kritisch zu den Auswirkungen des Systems SCHWANDER (FN 34), 378 f. und 381–383. Siehe zu möglichen Ursachen auch BK-GÜNGERICH (FN 1), Vorbemerkungen zu Art. 248–270 N 1 und daneben unten FN 295.

¹¹¹ Unten III.F.

¹¹² Nachfolgend zitierte Rechtsprechung und Literatur beziehen sich z.T. auch auf die kantonalen Zivilprozessordnungen; darauf wird nachfolgend nicht mehr in jedem Fall gesondert hingewiesen.

¹¹³ Begriffsverwendung z.B. bei HGer ZH, HE150183, 15.9.2015, E. 5.2.2d), in: ZR 2016, Nr. 16; OGer LU, 3B 11 21, 16.6.2011, in: LGVE 2011 I, Nr. 32 (vgl. dazu ferner LOUIS ISELI, Aus der Rechtsprechung des Obergerichts des Kantons Luzern, ZBJV 2012, 667 ff., 669 f., und SPÜHLER [FN 18]); STEFAN FINK/STEPHAN KESSELBACH, Beweisverfahren, Abschnitt II. A–D, F–G, in: Ulrich Haas/Reto Marghitola (Hrsg.), Fachhandbuch Zivilprozessrecht, Zürich/Basel/Genf 2020, N 20.147 und N 20.225; BSK ZPO-HAFNER (FN 18), Art. 190 N 1; DIKE-Komm-KAUFMANN (FN 18), Art. 254 N 14; KUKO ZPO-SCHMID (FN 18), Art. 169 N 11 f.

¹¹⁴ Vgl. z.B. FINK (FN 16), N 320 ff.; FINK/KESSELBACH (FN 113), N 20.225.

¹¹⁵ Vgl. z.B. SCHWEIZER/EICHENBERGER (FN 18), N 1 und dort FN 3, wobei der Begriff mit dem Begriff der Zeugnisurkunde (dazu unten II.B.2.) gleichgesetzt wird. Siehe dazu die Bemerkungen in FN 118.

¹¹⁶ Vgl. in diesem Sinn z.B. BSK ZPO-DOLGE (FN 18), Art. 177 N 12.

¹¹⁷ Vgl. in diesem Sinn z.B. BK-RÜETSCHI (FN 1), Art. 190 N 2 und DIKE-Komm-MÜLLER (FN 18), Art. 190 N 33.

¹¹⁸ Regelmässig wird bei den in Frage stehenden Definitionen darauf abgestellt, ob die Bescheinigung zu Prozesszwecken erstellt wurde (so z.B. explizit BSK ZPO-HAFNER [FN 18], Art. 190 N 1; BK-RÜETSCHI [FN 1], Art. 190 N 2; in diese Richtung auch KUKO ZPO-SCHMID [FN 18], Art. 169 N 11 f. und Art. 190 N 1). Andersorts wird auf dieses Begriffselement verzichtet (so z.B. SCHWEIZER/EICHENBERGER [FN 18], N 1 und dort FN 3; ebenso ohne entsprechenden Hinweis DIKE-Komm-KAUFMANN [FN 18], Art. 254 N 14; ZPO Kommentar-WEIBEL [FN 1], Art. 177 N 15). Wird dieses Element ausser Acht gelassen bzw. ausgeblendet, handelt es sich bei der Be-

¹⁰⁵ Vgl. z.B. für den Kanton Zürich die Statistik zum Berichtsjahr 2018, wonach im gesamten Kanton Zürich in diesem Jahr erstinstanzlich rund 1500 Verfahren betreffend provisorische Rechtsöffnung erledigt wurden, also ähnlich viele wie in familienrechtlichen (Summar-)Angelegenheiten. Zum Vergleich: Im ordentlichen Verfahren wurden im gleichen Zeitraum durch Einzelgerichte – über alle Rechtsgebiete – rund 4700 Zivilverfahren, im vereinfachten Verfahren rund 1100 Zivilverfahren erledigt. Von den Bezirksgerichten – also als Kollegialgericht – wurden demgegenüber rund 350 Zivilverfahren erledigt (siehe Rechenschaftsbericht des Obergerichts des Kantons Zürich über das Jahr 2018 [Internet: https://www.gerichte-zh.ch/fileadmin/user_upload/Dokumente/obergericht/Rechenschaftsberichte/Rechenschaftsbericht_2018.pdf (Abruf 12.6.2020)], 122, 124, 129, 136 und 145). Siehe ferner mit weiteren quantitativen Angaben MEIER (FN 18), 173, und bereits die Bemerkungen bei CARL JAEGER, Geleitwort zur französischen Ausgabe, in: André Panchaud/Marcel Caprez, Die Rechtsöffnung, Deutsche Übersetzung von Carl Jaeger/Marta Daeniker, Zürich 1945, 5 f. Siehe zur quantitativen Entwicklung auch die Bemerkungen bei ISAAK MEIER, Evaluative Justizstatistik – am Beispiel des Einleitungsverfahrens, ZZZ 2016, 5 ff.

¹⁰⁶ Im Fall des unterliegenden Schuldners die Aberkennungsklage, im Fall des unterliegenden Gläubigers der ordentliche Prozess (oben II.A.2.). Auf weitere dem Schuldner potentiell zur Verfügung stehende Rechtsbehelfe (Art. 85 ff. SchKG) wird nachfolgend nicht eingegangen.

¹⁰⁷ JAEGER (FN 105), 5, und zustimmend z.B. FRITZSCHE/WALDER (FN 47), § 18 N 9; GILLÉRON (FN 13), Art. 82 N 25. Siehe ferner auch BK-GÜNGERICH (FN 1), Vorbemerkungen zu Art. 248–270 N 1 (teilweise zur Rechtsöffnung im Allgemeinen) und FRANCO LORANDI, Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG), 4. A., Zürich/St. Gallen 2020, 23.

¹⁰⁸ Siehe MEIER (FN 18), 175 und 185 f., jeweils einzig in Bezug auf den unterliegenden Schuldner und die Anzahl der in der Folge angehobenen Aberkennungsklagen. Siehe ferner auch ISAAK MEIER, Die dogmatische Situation des Vollstreckungsrechts aus der Sicht des schweizerischen Rechts, 1. Teil: Vollstreckungstitel sowie Mittel und Zweck der Zwangsvollstreckung, ZZZ 2008, 295 ff., 315 und 321. Zustimmend FLORIAN EICHEL, Provisorische Rechtsöffnung in der Sackgasse?, AJP 2019, 920 ff., 921.

¹⁰⁹ In die gleiche Richtung weisen – im Hinblick auf den unterliegenden Schuldner und die Anzahl der angehobenen Aberkennungsklagen – z.B. die (älteren) Statistiken der Bezirksgerichte des Kantons BL, welche in den Amtsberichten des KGer BL enthalten sind (Internet: [https://www.baselland.ch/politik-](https://www.baselland.ch/politik-und-behorden/gerichte/kantonsgericht/downloads/2011-040_04.pdf/@download/file/2011-040_04.pdf)

Erklärung einer Person, welche sich in dieser Erklärung zu wahrgenommenen Tatsachen äussert, ohne dass es sich bei der erklärenden Person um eine Partei des Verfahrens handelt.¹¹⁹ Entsprechend dieser Definition muss sich die Zeugenbescheinigung notgedrungen auf ein – zumindest vorstellbares – Verfahren beziehen.¹²⁰ Ferner liegt es nahe, dass sich die Person zu Tatsachen äussert, welche für das Verfahren relevant sein können.¹²¹

2. Beweisrechtliche Qualifikation

Die ZPO bezeichnet die zulässigen Beweismittel in Art. 168 Abs. 1 ZPO abschliessend. Mit anderen Worten besteht ein Numerus clausus. Andere Beweismittel sind, vorliegend nicht bedeutende Ausnahmen vorbehalten,¹²² unzulässig.¹²³ Dass sich ein (potentielles) Beweismittel einer dieser Kategorien zuordnen lässt, bedeutet

scheinung schlicht um eine schriftliche Erklärung eines (potentiellen) Zeugen, welcher sich mit und in der Erklärung zu wahrgenommenen Tatsachen äussert. Dies entspricht im Wesentlichen der Definition der Zeugnisurkunde (vgl. zur Definition unten FN 135; so auch die explizite Gleichsetzung bei SCHWEIZER/EICHENBERGER [FN 18], N 1 und dort FN 3; in diesem Sinn auch die Bemerkungen von SPÜHLER [FN 18]; siehe zur Zeugnisurkunde auch die Bemerkungen unten II.B.2.). Für die Zwecke des vorliegenden Beitrags wird auf diese Unterscheidung nicht mehr spezifisch hingewiesen, da und zumal die zur Zeugenbescheinigung gemachten Überlegungen sinngemäss auch auf die blossen Zeugnisurkunde zutreffen.

¹¹⁹ Angelehnt an die Definitionen bei HGer ZH, HE150183, 15.9.2015, E. 5.2.2d), in: ZR 2016, Nr. 16; OGer LU, 3B 11 21, 16.6.2011, in: LGVE 2011 I, Nr. 32; BSK ZPO-HAFNER (FN 18), Art. 190 N 1; KUKO ZPO-SCHMID (FN 18), Art. 169 N 11 f. Siehe mit ähnlichem Verständnis z.B. FINK (FN 16), N 24–26, N 320 und N 339, und daneben die Nachweise und Bemerkungen in FN 116, FN 117 und FN 118. Siehe zur Bedeutung der Qualifikation als Drittperson bereits oben I. und die Bemerkungen und Nachweise in FN 1. Da und dort werden weitere, untergeordnete Anforderungen gestellt (z.B. Unterschrift durch den Dritten; vgl. z.B. OGer LU, 3B 11 21, 16.6.2011, in: LGVE 2011 I, Nr. 32, mit im Übrigen identischen Elementen). Diese sind nach dem hier vertretenen Verständnis nicht begriffsbildend und nicht massgeblich (im Hinblick auf die Unterschrift kann die Identifikation bzw. Zuweisung z.B. auch auf anderem Weg erfolgen, z.B. mit weiterer Korrespondenz oder dergleichen). Selbstverständlich beziehen sich diese Definitionen (und die weiteren Ausführungen zur Zeugenbescheinigung) jeweils auf den Zivilprozess (und nicht etwa den Strafprozess). Darauf wird im Folgenden nicht mehr besonders hingewiesen.

¹²⁰ Dies ergibt sich schon daraus, dass andernfalls keine Abgrenzung zwischen Parteien und Dritten (dazu oben FN 119) erfolgen kann. Siehe zur Frage des Bezugs zu einem (allenfalls erst noch einzuleitenden) Verfahren FINK (FN 16), N 26 f.

¹²¹ Siehe zu diesem Element z.B. DIKE-Komm-KAUFMANN (FN 18), Art. 254 N 14.

¹²² Art. 168 Abs. 2 ZPO bestimmt, dass die beweisrechtlichen Vorgaben von Art. 168 Abs. 1 ZPO in Verfahren betreffend Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten nicht zu beachten sind (sogenannter Freibeweis) (vgl. statt vieler KUKO ZPO-SCHMID [FN 18], Art. 168 N 2; ZPO Kommentar-WEIBEL/WALZ [FN 1], Art. 168 N 8).

¹²³ Siehe zum Ganzen statt vieler BGE 141 III 433 E. 2.5.1; BSK ZPO-HAFNER (FN 18), Art. 168 N 1; BK-RÜETSCHI (FN 1), Art. 168 N 1 f.

jedoch noch nicht, dass das Beweismittel im konkreten Fall zulässig ist. Je nach in Frage stehendem Verfahren sind Beweismittelbeschränkungen zu beachten, welche die Unzulässigkeit gewisser Beweismittel bewirken.¹²⁴

In zivilprozessualer Hinsicht handelt es sich bei der Zeugenbescheinigung gemäss verbreiteter Auffassung um eine Urkunde (Art. 177 ZPO).¹²⁵ Die Bestimmungen zur schriftlichen Auskunft (Art. 190 ZPO) kommen demgegenüber ebenso wenig zur Anwendung¹²⁶ wie diejenigen zum Zeugnis (Art. 169 ff. ZPO).¹²⁷ Schliesslich handelt es sich auch nicht um ein Beweismittel eigener Art.¹²⁸

¹²⁴ Beispiel: Im idealtypischen summarischen Verfahren ist der Beweis durch Urkunden zu erbringen. Andere, auch in Art. 168 Abs. 1 ZPO aufgezählte Beweismittel sind – gewisse Ausnahmen vorbehalten – unzulässig (Art. 254 ZPO und dazu statt vieler KUKO ZPO-JENT-SØRENSEN [FN 18], Art. 254 N 2–8; BSK ZPO-MAZAN [FN 18], Art. 254 N 2–8). Siehe zur Frage der Unzulässigkeit eines Beweismittels und zum Zusammenhang mit dem Beweiswert und zur Beweiswürdigung unten II.B.3.

¹²⁵ Statt aller HGer ZH, HE150183, 15.9.2015, E. 5.2.2d), in: ZR 2016, Nr. 16; OGer ZH, NG120015-O/U, 22.10.2012, E. 4.3.2 f., in: ZR 2012, Nr. 80; OGer LU, 3B 11 21, 16.6.2011, in: LGVE 2011 I, Nr. 32 (siehe zu diesem Urteil auch die Bemerkungen in FN 113); CPC-BOHNET (FN 18), Art. 254 N 3; FINK (FN 16), N 336–342; FINK/KESSELBACH (FN 113), N 20.147; BSK ZPO-HAFNER (FN 18), Art. 190 N 1; FRANZ HASENBÖHLER, Das Beweisrecht der ZPO, Bd. 2, Zürich/Basel/Genf 2019, N 4.199; DIKE-Komm-MÜLLER (FN 18), Art. 177 N 8 (anders demgegenüber Art. 190 N 33); KUKO ZPO-SCHMID (FN 18), Art. 169 N 12 und Art. 190 N 1; SCHWEIZER/EICHENBERGER (FN 18), N 9–13; FRANCESCO TREZZINI, Dichiarazioni testimoniali scritte oggi e alla luce del progetto di nuovo CPC federale, SSZP 2/2008, 211 ff., 213 f.; FRANÇOIS VOUILLOZ, Le témoignage écrit, ZWR 2016, 343 ff., 351; ZPO Kommentar-WEIBEL (FN 1), Art. 177 N 15. Zurückhaltender demgegenüber BK-RÜETSCHI (FN 1), Art. 190 N 2; CPC-SCHWEIZER (FN 18), Art. 177 N 4. A.M. z.B. EVA BORLA-GEIER, in: Myriam A. Gehri/Ingrid Jent-Sørensen/Martin Sarbach (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. A., Zürich 2015 (zit. OFK-Verfasser/in), Art. 168 N 3; JEAN-MARC REYMOND, Les conditions de recevabilité, la litispendance et les preuves dans le projet de Code de procédure civile suisse, in: Suzana Lukic (Hrsg.), Le projet de code de procédure civile fédérale, Lausanne 2008, 27 ff., 64; FRANÇOIS VOUILLOZ, La preuve dans le Code de procédure civile suisse (art. 150 à 193 CPC), AJP 2009, 830 ff., 840. In diesem Sinn schliesslich auch ROGER GRONER, Beweisrecht, Bern 2011, 204 f.

¹²⁶ Statt vieler HGer ZH, HE150183, 15.9.2015, E. 5.2.2d), in: ZR 2016, Nr. 16; KGer GR, ZK1 13 27, 29.4.2013, E. 2c); OGer LU, 3B 11 21, 16.6.2011, in: LGVE 2011 I, Nr. 32 (siehe zu diesem Urteil auch die Bemerkungen in FN 113); FINK (FN 16), N 322–335; FINK/KESSELBACH (FN 113), N 20.147; BSK ZPO-HAFNER (FN 18), Art. 168 N 7h und Art. 190 N 1; DIKE-Komm-MÜLLER (FN 18), Art. 190 N 9 und N 32 f.; BK-RÜETSCHI (FN 1), Art. 190 N 2; KUKO ZPO-SCHMID (FN 18), Art. 169 N 12 und Art. 190 N 1; SCHWEIZER/EICHENBERGER (FN 18), N 8; ADRIAN STAEHELIN/DANIEL STAEHELIN/PASCAL GROLIMUND, Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2019, § 18 N 134; OFK-WULLSCHLEGER (FN 125), Art. 190 N 11.

¹²⁷ Dies ergibt sich bereits daraus, dass Zeugen vom Gericht einvernommen werden (Art. 171 f. ZPO), was bei der Zeugenbescheinigung definitionsgemäss nicht der Fall ist. Siehe zu dieser Selbstverständlichkeit z.B. SCHWEIZER/EICHENBERGER (FN 18), N 7.

¹²⁸ KUKO ZPO-SCHMID (FN 18), Art. 169 N 11.

Bei einer Urkunde handelt sich um ein Dokument, welches geeignet ist, rechtserhebliche Tatsachen zu beweisen (Art. 177 ZPO). Unabhängig von der Art des in Frage stehenden Verfahrens¹²⁹ ist auf die abstrakte Geeignetheit zum Beweis abzustellen, nicht dagegen auf die konkrete Geeignetheit im Einzelfall.¹³⁰ Es leuchtet ein, dass Zeugenbescheinigungen im Allgemeinen als Erkenntnisquelle¹³¹ dienen können. Dieser Überlegung folgend ist ihnen Urkundenqualität zuzuerkennen.¹³² Ob eine Zeugenbescheinigung im Einzelfall im Rahmen der Beweiswürdigung von Bedeutung ist – d.h. insbesondere ob und welchen Beweiswert¹³³ sie aufweist –, ist eine davon grundsätzlich zu unterscheidende Frage.¹³⁴ Die Zeugenbescheinigung lässt sich gemäss verbreiteter Typologie schliesslich den Absichts- und Zeugnisurkunden zuordnen.¹³⁵

Das Bundesgericht gelangt in zwei neueren, nicht in der amtlichen Sammlung enthaltenen Entscheidungen zu einer anderen beweisrechtlichen Qualifikation: Im einen Fall erwog es in einem scheidungsrechtlichen Kontext, dass es sich bei der Zeugenbescheinigung um kein Beweismittel handle, welches sich in der Liste der Beweismittel gemäss Art. 168 ZPO auffinden lasse. Zugleich wurde signalisiert, dass die Frage der Qualifikation im dortigen Verfahren nicht abschliessend geklärt werden müsse.¹³⁶ Der zweite Fall, welcher eine Beschwerde gemäss Art. 17 SchKG betroffen hat, deutet in die gleiche Richtung.¹³⁷ Beide Urteile könnten dahingehend interpretiert werden, dass das Bundesgericht der Zeugenbescheinigung die Qualifikation als Urkunde (Art. 177 ZPO) – bzw. als Beweismittel gemäss Art. 168

ZPO überhaupt – abspricht.¹³⁸ Mangels vertiefter Auseinandersetzung mit der Fragestellung in den Urteilen und mangels Publikation der Urteile in der amtlichen Sammlung darf ihre Bedeutung jedoch nicht überschätzt werden. Es ist vor diesem Hintergrund zu unterstellen, dass sich das Bundesgericht in dieser Hinsicht noch nicht festgelegt hat.¹³⁹

3. Beweiswert

Der Beweiswert eines Beweismittels – gleichbedeutend ist der Begriff der Beweiskraft¹⁴⁰ – bezeichnet diejenige qualitative Bewertung, welche das Gericht im Beweisverfahren einem konkreten zulässigen¹⁴¹ Beweismittel im Rahmen der Beweiswürdigung zuerkennt.¹⁴²

Das Beweisrecht der ZPO basiert auf dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 157 ZPO). Dieser Grundsatz, welcher in allen Verfahren zur Anwendung gelangt,¹⁴³ bedeutet unter anderem, dass das Gericht den Beweiswert eines konkreten Beweismittels frei von starren, allgemeinen Beweisregeln bestimmt.¹⁴⁴ Gewissen an und für sich zulässigen Beweismitteln von vornherein feste Beweiswerte zuzuweisen bzw. den Beweiswert abzusprechen, wäre mit diesem Grundsatz unvereinbar.¹⁴⁵

¹³⁸ Vgl. in Bezug auf die Verneinung der Urkundenqualität SAMUEL BAUMGARTNER/ANNETTE DOLGE/ALEXANDER R. MARKUS/KARL SPÜHLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 10. A., Bern 2018, § 46 N 147. Nicht gegen die Qualifikation der Zeugenbescheinigung als Urkunde sprechen demgegenüber diejenigen Urteile, welche Privatgutachten die Urkundenqualität (bzw. die Qualität eines Beweismittels überhaupt) absprechen (vgl. insbesondere BGE 141 III 433 E. 2.5 f.; BGE 132 III 83 E. 3.4; siehe zur Begründung SCHWEIZER/EICHENBERGER [FN 18], N 13).

¹³⁹ Siehe zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung auch unten II.B.4. (im Allgemeinen) und II.D. (im Kontext der provisorischen Rechtsöffnung).

¹⁴⁰ Siehe z.B. die synonyme Begriffsverwendung bei ALFRED BÜHLER, Der Beweis im Zivilprozess, in: Christoph Leuenberger (Hrsg.), Der Beweis im Zivilprozess – Le preuve dans le procès civil, Bern 2000, 71 ff., 74.

¹⁴¹ Falls ein Beweismittel unzulässig ist, stellt sich die Frage des Beweiswerts nicht; das Beweismittel ist dann schlicht unbeachtlich und für die Zwecke der Beweisführung ausgeschlossen (vgl. statt vieler im Kontext von Art. 168 ZPO z.B. BK-RÜETSCHI [FN 1], Art. 168 N 2). Es werden in der Literatur jedoch auch andere Ansichten vertreten (vgl. z.B. die Bemerkungen bei BK-BRÖNNIMANN [FN 1], Art. 157 N 7 und – noch unter der Geltung des kantonalen Zivilprozessrechts – BÜHLER [FN 140], 73–77, und ausführlich zur Fragestellung MICHAEL NONN, Die Beweiswürdigung im Zivilprozess, Diss. Basel, Basel/Frankfurt a.M. 1996, 48–54).

¹⁴² Vgl. statt vieler BK-BRÖNNIMANN (FN 1), Art. 157 N 5; ZPO Kommentar-HASENBÖHLER (FN 1), Art. 157 N 3.

¹⁴³ Dies ergibt sich bereits aus der systematischen Verortung der Bestimmung. Damit gelangt der Grundsatz selbstverständlich auch im Kontext der provisorischen Rechtsöffnung zur Anwendung (statt vieler GILLIÉRON [FN 13], Art. 82 N 100).

¹⁴⁴ Vgl. Botschaft ZPO (FN 53), 7314, und daneben statt vieler BGE 143 III 297 E. 9.3.2; BGer, 4A_189/2018, 6.8.2018, E. 3.2.2; BSK ZPO-GUYAN (FN 18), Art. 157 N 2; KUKO ZPO-SCHMID (FN 18), Art. 157 N 3.

¹⁴⁵ Statt vieler BGE 143 III 297 E. 9.3.2; BGer, 4A_189/2018, 6.8.2018, E. 3.2.2. Ausgenommen davon (und damit zulässig)

¹²⁹ Siehe z.B. Botschaft ZPO (FN 53), 7322 f.

¹³⁰ Siehe im Allgemeinen DIKE-Komm-MÜLLER (FN 18), Art. 177 N 3 und dort FN 1; ZPO Kommentar-WEIBEL (FN 1), Art. 177 N 14. Teilweise wird in der Literatur die Ansicht vertreten, dass es auf die abstrakte Geeignetheit nicht ankommt (so z.B. BSK ZPO-DOLGE [FN 18], Art. 177 N 3–5; BK-RÜETSCHI [FN 1], Art. 177 N 5). Wie es sich damit verhält, kann vorliegend offen bleiben, da auch bei Zugrundelegung dieses Verständnisses von einer Urkunde auszugehen wäre.

¹³¹ Hierbei handelt es sich um das gemäss Botschaft ZPO (FN 53), 7322, massgebliche Kriterium.

¹³² So z.B. FINK (FN 16), N 337; SCHWEIZER/EICHENBERGER (FN 18), N 12. Siehe zu diesem Ergebnis auch die Nachweise in FN 125.

¹³³ Unten II.B.3.

¹³⁴ Siehe im Hinblick auf den Urkundenbegriff im Allgemeinen statt vieler DIKE-Komm-MÜLLER (FN 18), Art. 177 N 21; ZPO Kommentar-WEIBEL (FN 1), Art. 177 N 15. Siehe im Hinblick auf die Zeugenbescheinigung im Besonderen FINK (FN 16), N 342; SCHWEIZER/EICHENBERGER (FN 18), N 11 f. Siehe zur Frage des Beweiswerts auch unten II.B.3.

¹³⁵ Absichtsurkunden sind – im Gegensatz zu Zufallsurkunden – solche Urkunden, welche bereits bei ihrer Herstellung dazu bestimmt sind, Sachverhalte zu beweisen. Zeugnisurkunden sind – im Gegensatz zu Dispositivurkunden – Urkunden, welche Aufzeichnungen über das Wissen von Personen enthalten (siehe zu diesen Definitionen im Allgemeinen statt vieler BK-RÜETSCHI [FN 1], Art. 177 N 11 f. und spezifisch im Hinblick auf die Zeugenbescheinigung z.B. FINK [FN 16], N 338 f.).

¹³⁶ BGer, 5A_117/2015, 5.11.2015, E. 2.4.2.

¹³⁷ BGer, 5A_957/2012, 28.5.2013, E. 2.

Zulässig und üblich ist es demgegenüber, im Rahmen der Beweiswürdigung Erfahrungssätze zu beachten, welche sich im Hinblick auf die Bewertung von Beweismitteln herausgebildet haben.¹⁴⁶

Ohne auf die Einzelheiten des Beweiswerts der Zeugenbescheinigung eingehen zu wollen,¹⁴⁷ lässt sich vor diesem Hintergrund nur – aber immerhin – Folgendes festhalten: Der Zeugenbescheinigung aufgrund allgemeiner Überlegungen von vornherein *jedigen Beweiswert* abzusprechen, wie dies von Zeit zu Zeit zumindest für gewisse Verfahren propagiert wird,¹⁴⁸ ist mit dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung schlicht unvereinbar.¹⁴⁹ Der Beweiswert der Zeugenbescheinigung ergibt sich stattdessen – soweit das Beweismittel im konkreten Verfahren zulässig ist¹⁵⁰ – aufgrund der konkreten Umstände im Einzelfall.¹⁵¹ Im Rahmen dieser konkreten

Beweiswürdigung allgemeine Erfahrungssätze¹⁵² zu beachten und in die Beweiswürdigung mit einfließen zu lassen, erscheint demgegenüber unproblematisch.¹⁵³

4. (Un-)Zulässigkeit im Allgemeinen

Im Hinblick auf ordentliche Prozesse¹⁵⁴ stehen Rechtsprechung¹⁵⁵ und Literatur¹⁵⁶ der Zulässigkeit der Zeugenbescheinigung regelmässig kritisch gegenüber.¹⁵⁷ Die bundesgerichtliche Rechtsprechung, welche sich damit lediglich selten auseinandergesetzt hat, ist uneinheitlich,¹⁵⁸ in der Tendenz jedoch ablehnend: Teilweise wird die von unteren Instanzen erwogene Unzulässigkeit von Zeugenbescheinigungen gestützt;¹⁵⁹ vereinzelt finden

sind die in der ZPO enthaltenen Beweis(-wert-)regeln (vgl. dazu z.B. ZPO Kommentar-HASENBÖHLER [FN 1], Art. 157 N 8–13; DIKE-Komm-LEU [FN 18], Art. 157 N 8–12).

¹⁴⁶ Beispiel eines solchen Erfahrungssatzes: Urkunden dürfen im Allgemeinen zuverlässiger sein als Zeugen; vgl. dazu und zur Zulässigkeit solcher Überlegungen, welche jedoch im Rahmen der Beweiswürdigung kritisch zu hinterfragen sind, statt vieler BK-BRÖNNIMANN (FN 1), Art. 157 N 17; ZPO Kommentar-HASENBÖHLER (FN 1142), Art. 157 N 14 f.; FRANZ HASENBÖHLER, Das Beweisrecht der ZPO, Bd. 1, Zürich/Basel/Genf 2015, N 5.19 f.; KUKO ZPO-SCHMID (FN 18), Art. 157 N 7–9, und noch für den Zeitraum vor Inkrafttreten der ZPO NONN (FN 141), 60 f. Siehe auch die Bemerkungen in BGE 143 III 297 E. 9.3.2. Siehe schliesslich bereits die Bemerkungen oben I. und FN 22 f.

¹⁴⁷ Siehe zum Gegenstand dieses Beitrags oben I. Siehe eingehend zum Beweiswert FINK (FN 16), N 396 ff. und N 416 ff., und die Überlegungen bei DIKE-Komm-KAUFMANN (FN 18), Art. 254 N 14.

¹⁴⁸ Siehe z.B. BSK ZPO-DOLGE (FN 18), Art. 177 N 9 und N 12; DIKE-Komm-MÜLLER (FN 18), Art. 190 N 33 (anders demgegenüber Art. 177 N 8); HANS-ULRICH WALDER-RICHLI/BÉATRICE GROB-ANDERMACHER, Zivilprozessrecht, 5. A., Zürich/Basel/Genf 2009, 360 f., wonach Zeugenbescheinigungen – in gewissen Konstellationen – generell keinerlei Beweiswert zukommt. Siehe zum Stand der Rechtsprechung und Literatur ferner die Nachweise unten II.B.4.

¹⁴⁹ Vgl. z.B. FINK (FN 16), N 340; DIKE-Komm-MÜLLER (FN 18), Art. 177 N 8 (anders demgegenüber Art. 190 N 33). In diesem Sinn – wenn auch teilweise kritisch – letztlich auch z.B. HGer ZH, HE150183, 15.9.2015, E. 5.2.2d), in: ZR 2016, Nr. 16; OGer LU, 3B 11 21, 16.6.2011, in: LGVE 2011 I, Nr. 32 (siehe zu diesem Urteil auch die Bemerkungen in FN 113); BSK ZPO-HAFNER (FN 18), Art. 190 N 1; BK-RÜETSCHI (FN 1), Art. 177 N 11, N 17 und Art. 190 N 2; OFK-SCHÖNMANN (FN 125), Art. 177 N 4; ZPO Kommentar-WEIBEL (FN 1), Art. 177 N 15. Siehe zum Stand der Rechtsprechung und Literatur ferner die Nachweise unten (II.B.4).

¹⁵⁰ Siehe im Allgemeinen die Bemerkungen in FN 141 sowie unten II.B.4. sowie zur Analyse in Bezug auf die provisorische Rechtsöffnung unten III.

¹⁵¹ Statt vieler FINK (FN 16), N 340; SCHWEIZER/EICHENBERGER (FN 18), N 12 und N 26. Siehe ferner die Nachweise in FN 149. Siehe für einen Anwendungsfall HGer ZH, HE150183, 15.9.2015, E. 5.2.2e) f., in: ZR 2016, Nr. 16 und ferner – im Kontext der provisorischen Rechtsöffnung – die Bemerkungen in FN 23 und das dortige Beispiel. Siehe ferner auch – ohne sich mit der Frage eingehend auseinanderzusetzen –

zen – BGer, 5A_349/2017, 26.1.2018, insbesondere E. 4.4, und dazu die Bemerkungen unten bei II.D.

¹⁵² Siehe gerade die vorstehenden Bemerkungen und daneben FN 146 und bereits FN 23.

¹⁵³ So im Ergebnis im Hinblick auf die Zeugenbescheinigung auch SCHWEIZER/EICHENBERGER (FN 18), N 26. Zurückhalten der FINK (FN 16), N 428.

¹⁵⁴ Zum Begriff oben FN 29.

¹⁵⁵ Siehe z.B. OGer ZH, NG120015-O/U, 22.10.2012, E. 4.3.3, in: ZR 2012, Nr. 80; OGer LU, 11 09 13, 25.1.2010, in: LGVE 2010 I, Nr. 31; KGer GR, ZF 08 33, 21.10.2008, E. 4c)/ca); OGer LU, 11 00 22, 31.5.2001, E. a), in: LGVE 2001 I, Nr. 23; KGer GR, ZF 39/87, 12.2.1988, E. 1, in: PKG 1988, Nr. 22; KGer GR, ZF 20/77, 11.7.1977, E. 7, in: PKG 1977, Nr. 10; OGer LU, 29.12.1956, in: Max X, Nr. 409. Kritisch ferner auch z.B. OGer ZH, 24.10.2003, E. VI.5i, in: ZR 2007, Nr. 14; KassGer SG, 26.1.2007, in: GVP SG 2007, Nr. 81; KGer GR, ZF 15/82, 17.5.1982, in: PKG 1982, Nr. 3. Siehe zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung die nachstehenden Bemerkungen. A.M. – und damit für eine diesbezügliche potentielle Zulässigkeit – z.B. KassGer NE, 10.7.2001, in: RJN 2001, 145 ff.

¹⁵⁶ Siehe in diesem Sinn z.B. BSK ZPO-DOLGE (FN 18), Art. 177 N 12; BSK ZPO-HAFNER (FN 18), Art. 190 N 1; DIKE-Komm-MÜLLER (FN 18), Art. 190 N 33. Siehe ferner aus der älteren Literatur – zu den kantonalen Zivilprozessordnungen – z.B. KURT EICHENBERGER, Beiträge zum Aargauischen Zivilprozessrecht, Aarau 1949, 184; RICHARD FRANK/HANS STRÄULI/GEORG MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, § 168 N 2; GULDENER (FN 29), 332; GEORG LEUCH/OMAR MARBACH/Franz KELLERHALS/MARTIN STERCHI, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 5. A., Bern 2000, Art. 241 N 1b; PETER SCHLUEP, Der Urkundenbeweis im aargauischen Zivilprozess, Diss. Zürich, Zürich 1971, 95, wobei teilweise eine generell ablehnende Haltung vertreten oder zumindest zu grosser Zurückhaltung gemahnt wird. Siehe ferner zu denjenigen kantonalen Zivilprozessordnungen, welche Sonderbestimmungen dazu aufgestellt haben, die nachfolgenden Bemerkungen. Siehe zu abweichenden Meinungen die Nachweise bei FINK (FN 16), N 421, und daneben abweichend FINK/KESSELBACH (FN 113), N 20.225.

¹⁵⁷ Die im vorliegenden Abschnitt zitierte Rechtsprechung und Literatur bezieht sich teilweise auf die (Un-)Zulässigkeit des Beweismittels an und für sich, teilweise auf die Frage, ob der Zeugenbescheinigung von vornherein kein Beweiswert zukommt. Dies ist bei genauer Betrachtung nicht das Gleiche (oben II.B.3.). Darauf wird nachfolgend nicht mehr spezifisch hingewiesen.

¹⁵⁸ Ähnlich im Ergebnis FINK (FN 16), N 340 und dort FN 940, N 422 und N 426.

¹⁵⁹ Siehe z.B. BGer, 5A_723/2017, 17.12.2018, E. 7.4.2; BGer, 5A_619/2014, 5.1.2015, E. 3.2.3; BGer, 4A_74/2009, 28.4.2009, E. 2.3; BGer, 5P.489/2006, 21.2.2007, E. 2.2.1 (und

sich jedoch auch gegenteilige Urteile.¹⁶⁰ Die Bedeutung dieser bundesgerichtlichen Rechtsprechung darf jedoch nicht überschätzt werden, ergingen diese nicht in der amtlichen Sammlung erschienenen Urteile in aller Regel vor Inkrafttreten der ZPO und fand daher im Hinblick auf die Anwendung kantonalen Zivilprozessrechts lediglich eine Willkürprüfung statt.¹⁶¹ Die jüngeren Urteile, welche die ZPO betreffen, setzen sich mit der Fragestellung zudem nicht vertieft auseinander.¹⁶²

Skepsis gegenüber Zeugenbescheinigungen basiert oft auf der naheliegenden Überlegung, dass diese nicht dazu verwendet werden dürfen, um die Bestimmungen zum Zeugnis (Art. 169 ff. ZPO) zu umgehen.¹⁶³ In diesem Zusammenhang wird ferner auch die Befürchtung geäußert und die Unzulässigkeit damit begründet, dass die Äusserung in der Zeugenbescheinigung zu einer negativen Beeinflussung – namentlich im Hinblick auf eine spätere Zeugeneinvernahme – führen könnte.¹⁶⁴ In gewissen Kantonen sah das kantonale Zivilprozessrecht entsprechend vor, dass Zeugenbescheinigungen bzw. vergleichbare Urkunden im Hinblick auf ordentliche

Prozesse unzulässig sind, so z.B. in den Kantonen Graubünden¹⁶⁵, St. Gallen¹⁶⁶, Thurgau¹⁶⁷ und Zug¹⁶⁸.

Anders verhält es sich hinsichtlich des summarischen Verfahrens: Das summarische Verfahren unterliegt oft einer Beweismittelbeschränkung (Art. 254 ZPO).¹⁶⁹ Zeugen werden daher regelmässig nicht angehört.¹⁷⁰ Eine Zeugenbescheinigung kann daher im summarischen Verfahren in der Regel von vornherein nicht dazu verwendet werden, die Bestimmungen zum Zeugnis zu umgehen. Das Hauptargument, welches beim ordentlichen Prozess angeführt wird, um die Zulässigkeit der Zeugenbescheinigung zu verneinen, ist damit im Hinblick auf das summarische Verfahren oft nicht einschlägig.¹⁷¹ Vor diesem Hintergrund sprechen sich Teile der Rechtsprechung¹⁷²

im Parallelverfahren BGer, 5C.298/2006, 21.2.2007, E. 4.2). In eine ähnliche Richtung deutet BGer, 4A_220/2010 und 4A_222/2010, 11.10.2010, E. 10.1.1. Siehe ferner auch BGer, 4A_402/2008, 11.11.2008, E. 5.2 (wobei im Zusammenhang mit einer ungenügenden Willkürprüfung jedenfalls nicht erwogen wurde, dass die vorinstanzliche Erwägung unrichtig ist). Siehe ferner zu weiteren Urteilen (im Hinblick auf die beweisrechtliche Qualifikation) oben II.B.2.

¹⁶⁰ Siehe z.B. BGer, 5P.352/2001, 17.1.2002, E. 4b) (siehe zu diesem Urteil die Bemerkungen bei SCHWEIZER/EICHENBERGER [FN 18], N 3 und dort FN 14). Siehe ferner auch BGer, 4A_526/2009, 21.12.2009, E. 1.2.5 (wobei im Zusammenhang mit Zeugenbescheinigungen jedenfalls nicht erwogen wurde, dass diese unzulässig sind).

¹⁶¹ Siehe als Beispiel BGer, 5P.489/2006, 21.2.2007, E. 2.2.1. Siehe ferner zur Überprüfung der Anwendung kantonalen Rechts durch das Bundesgericht bereits oben FN 13.

¹⁶² Siehe BGer, 5A_723/2017, 17.12.2018, E. 7.4.2; BGer, 5A_619/2014, 5.1.2015, E. 3.2.3.

¹⁶³ Vgl. in diesem Sinn z.B. OGer ZH, NG120015-O/U, 22.10.2012, E. 4.3.3, in: ZR 2012, Nr. 80; KGer GR, ZF 39/87, 12.2.1988, E. 1, in: PKG 1988, Nr. 22; BSK ZPO-DOLGE (FN 18), Art. 177 N 12; DIKE-Komm-MÜLLER (FN 18), Art. 177 N 8; ZPO Kommentar-WEIBEL (FN 1), Art. 177 N 15. Dieses Verständnis deutet auch das Bundesgericht an, wenn es festhält, Zeugenbescheinigungen vermögen eine Zeugeneinvernahme nicht zu ersetzen (vgl. BGer, 5A_619/2014, 5.1.2015, E. 3.2.3). Siehe ferner aus der älteren Literatur z.B. GULDENER (FN 29), 332. Die Unzulässigkeit der Zeugenbescheinigung im ordentlichen Prozess ist gemäss diesem Verständnis also gerade nicht darauf zurückzuführen, dass die Zeugenbescheinigung nicht einem Beweismitteltypus zugeordnet werden kann; nach dem Vorgesagten handelt es sich ja um eine Urkunde (Art. 177 ZPO; oben II.B.2.).

¹⁶⁴ Vgl. z.B. KGer GR, ZF 08 33, 21.10.2008, E. 4c)/ca); KGer GR, ZF 39/87, 12.2.1988, E. 1, in: PKG 1988, Nr. 22; KGer GR, ZF 20/77, 11.7.1977, E. 7, in: PKG 1977, Nr. 10. Siehe ferner zu dieser Überlegung etwa HANS HÜRLIMANN, Der Urkundenbeweis im Zivilprozess, Diss. Freiburg, Zürich 1944, 83; DIKE-Komm-MÜLLER (FN 18), Art. 177 N 8.

¹⁶⁵ Vgl. Art. 162 Abs. 3 aZPO/GR und hierzu PETER GUYAN, Beweisverfahren im ordentlichen Verfahren vor Bezirksgerichtsausschuss und Bezirksgericht, Diss. Zürich, Zürich 2000, 56 f.; DOMINIK CHRISTOPHER INFANGER, Erstinstanzliche Zivilstreitsachen im ordentlichen Verfahren vor dem Bündner Einzelrichter, Diss. Zürich, Zürich 2000, 202.

¹⁶⁶ Vgl. Art. 111 aZPO/SG und dazu CHRISTOPH LEUENBERGER/BEATRICE UFFER-TOBLER, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, Bern 1999, Art. 111 N 1, sowie SCHWEIZER/EICHENBERGER (FN 18), N 3.

¹⁶⁷ Vgl. § 191 aZPO/TG und dazu BARBARA MERZ, Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung, 2. A., Bern 2007, § 191 N 4.

¹⁶⁸ Vgl. § 157 Abs. 3 aZPO/ZG und dazu HÜRLIMANN (FN 164), 83. Vgl. zur Rechtslage in den Kantonen auch die Bemerkungen bei SCHWEIZER/EICHENBERGER (FN 18), N 3 und dort FN 12.

¹⁶⁹ Im Regelfall ist der Beweis durch Urkunden zu erbringen (dazu bereits oben FN 124).

¹⁷⁰ Die in Art. 254 Abs. 2 ZPO enthaltenen Ausnahmen können jedoch – je nachdem – eine Zeugeneinvernahme im Einzelfall zulassen. Dies gilt namentlich für die Ausnahme, wonach andere Beweismittel zulässig sind, soweit das Verfahren nicht wesentlich verzögert wird (Art. 254 Abs. 2 lit. a ZPO) (vgl. dazu BK-GÜNGERICH [FN 1], Art. 254 N 5; ZPO Kommentar-KLINGLER [FN 1], Art. 254 N 6; kritisch demgegenüber z.B. KUKO ZPO-JENT-SØRENSEN [FN 18], Art. 254 N 5). Dies ändert jedoch nichts daran, dass das summarische Verfahren vom Grundsatz der Ausschliesslichkeit des Urkundenbeweises ausgeht und dieser daher den Regelfall darstellt (siehe dazu die vorstehenden Bemerkungen und siehe für einen entsprechenden Anwendungsfall z.B. HGer ZH, HE120253, 8.11.2012, E. 6.3).

¹⁷¹ Vgl. z.B. HGer ZH, HE150183, 15.9.2015, E. 5.2.2d), in: ZR 2016, Nr. 16; KGer GR, ZK1 13 27, 29.4.2013, E. 2c); OGer ZG, JZ 1994/20.37, 3.3.1994, E. 1c); OGer TG, ZR.2000.78, 6.11.2001, in: RBOG TG 2001, Nr. 37.

¹⁷² So z.B. AppGer TI, 14.2017.13, 11.5.2017, E. 6.2, in: RtiD I-2018, Nr. 38c; KGer GR, ZK1 13 27, 29.4.2013, E. 2c); KGer GR, ZK1 12 3, 15.3.2012, E. 4c); OGer LU, 2K 12 1, 15.3.2012, E. 11, in: LGVE 2012 I, Nr. 54; OGer ZG, 27.5.2009, E. 2.3.1, in: GVP ZG 2009, 295 ff.; OGer LU, 11 08 171, 5.2.2009, E. 4.2, in: LGVE 2009 I, Nr. 24; OGer LU, 11 05 105, 24.8.2005, E. 8, in: LGVE 2005, Nr. 24; OGer TG, ZR.2000.78, 6.11.2001, in: RBOG TG 2001, Nr. 37; KassGer NE, 10.7.2001, in: RJN 2001, 145 ff.; OGer LU, SK 98 209, 7.1.1999, in: LGVE 1999 I, Nr. 39; OGer OW, 29.7.1997, E. 2c), in: AbrR 1996/97, Nr. 7; OGer ZG, JZ 1994/20.37, 3.3.1994, E. 1c); OGer LU, 27.4.1989, in: LGVE 1989 I, Nr. 25; OGer LU, 19.10.1982, in: LGVE 1982 I, Nr. 46; OGer ZH, 28.11.1979, in: ZR 1980, Nr. 88. Siehe zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung die nachstehenden Bemerkungen. Siehe zur Rechtsprechung zur provisorischen

und Literatur¹⁷³ denn auch dafür aus, die Zeugenbescheinigung im summarischen Verfahren als Beweismittel zuzulassen. Zudem sahen auch gewisse kantonale Zivilprozessordnungen die Zulässigkeit von Zeugenbescheinigungen im summarischen Verfahren zumindest implizit vor, so z.B. diejenige des Kantons Aargau¹⁷⁴ und des Kantons Thurgau¹⁷⁵. In anderen Kantonen entsprach dies zumindest einer langjährigen Praxis.¹⁷⁶ Das Bundesgericht musste sich mit dieser Fragestellung, soweit ersichtlich, noch nie explizit und in allgemeiner Hinsicht befassen.¹⁷⁷ Ein jüngeres Urteil des Bundesgerichts verweist in einem Fall, welcher kein summarisches Verfahren betroffen hat, immerhin auf eine Literaturstelle, welche eine etwaige Zulässigkeit im summarischen Verfahren vorbehält. Das Bundesgericht hat diesen Vorbehalt explizit hervorgestrichen und nicht in Frage gestellt.¹⁷⁸

C. Interessenlage des Schuldners und die daraus folgende Problemstellung

Nach dem Vorgesagten kann der Schuldner die provisorische Rechtsöffnung insbesondere dadurch abwenden, dass er erfolgreich Einwendungen glaubhaft macht. Das notwendige Tatsachenfundament muss er zu diesem Zweck sofort glaubhaft machen (vgl. Art. 82 Abs. 2 SchKG). Als zulässige Beweismittel gelten dafür hauptsächlich Urkunden (Art. 177 ff. ZPO).¹⁷⁹

Zum Zweck der Glaubhaftmachung des Sachverhalts ist der Schuldner – je nach Art der Einwendung und der Umstände im Einzelfall – regelmässig an der Beibringung einer individuellen Bestätigung eines Dritten betreffend von diesem wahrgenommene Sachverhalte interessiert.¹⁸⁰ Zu denken ist beispielsweise an die Einwendung des Dahinfallens infolge eines Grundlagenirrtums (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR):¹⁸¹ Damit der Schuldner mit dieser Einwendung durchdringen kann, wird

er unter anderem glaubhaft machen müssen, dass er einem Irrtum erlegen ist.¹⁸² Der Irrtum kann sich etwa dadurch manifestieren und damit glaubhaft machen lassen, dass der Schuldner über den entsprechenden, irrtümlich vorgestellten Sachverhalt mit einem aussenstehenden Dritten spricht, was der Dritte in der Folge bestätigen kann. Entsprechend liegt es für den Schuldner nahe, das Bestehen des Irrtums durch Beibringung der Bestätigung des Dritten im Verfahren der provisorischen Rechtsöffnung glaubhaft zu machen. In einem ordentlichen Prozess¹⁸³ würde der Schuldner dazu das Beweismittel des Zeugnisses anbieten (Art. 169 ff. ZPO); ob und unter welchen Voraussetzungen dieses in der provisorischen Rechtsöffnung zur Verfügung steht, ist jedoch unklar. Jedenfalls wird der vorsichtige Schuldner davon ausgehen müssen, dass der Zeugenbeweis nicht abgenommen wird.¹⁸⁴ Um diesem Problem aus dem Weg zu gehen, hat der Schuldner in der geschilderten Konstellation ein offensichtliches Interesse daran, sich der Zeugenbescheinigung zu bedienen, um den Irrtum auf diesem Weg glaubhaft zu machen.¹⁸⁵

D. Stand der Rechtsprechung und Literatur

Ob Zeugenbescheinigungen in der provisorischen Rechtsöffnung zur Glaubhaftmachung von Einwendungen (Art. 82 Abs. 2 SchKG) zulässig¹⁸⁶ sind, ist bis heute nicht abschliessend geklärt.¹⁸⁷

Das Bundesgericht hat sich hierzu, soweit ersichtlich, noch nicht eindeutig geäussert.¹⁸⁸

In einem Urteil aus dem Jahr 2001 wurde im Rahmen einer staatsrechtlichen Beschwerde gerügt, dass die Vorinstanz eine eingebrachte Zeugenbescheinigung zu Unrecht unbeachtet liess. Die Vorinstanz hat ihr Vorge-

Rechtsöffnung – welche auch den Bestimmungen des summarischen Verfahrens unterliegt – unten II.D.

¹⁷³ Siehe zum Stand der Literatur bereits oben FN 18.

¹⁷⁴ Vgl. § 248 aZPO/AG und dazu EICHENBERGER (FN 156), 184; SCHLUEP (FN 156), 94 f.

¹⁷⁵ Vgl. § 191 aZPO/TG und dazu MERZ (FN 167), § 191 N 4.

¹⁷⁶ Siehe die Nachweise in FN 172 und spezifisch für den Kanton Luzern z.B. URS W. STUDER/VIKTOR RÜEGG/HEINER EIHOLZER, Der Luzerner Zivilprozess, Kriens 1994, § 234 N 2.

¹⁷⁷ Siehe zu den wenigen Urteilen, welche die Frage gestreift haben und welche gerade die provisorische Rechtsöffnung betroffen haben, die nachstehenden Ausführungen unten II.D.

¹⁷⁸ BGer, 5A_723/2017, 17.12.2018, E. 7.4.2, verweist auf BSK ZPO-DOLGE (FN 18), Art. 177 N 12, mit der Anmerkung «mit Hinweisen, mit Vorbehalt für das summarische Verfahren».

¹⁷⁹ Zum Ganzen oben II.A.4.

¹⁸⁰ Siehe dazu auch unten III.D. und III.F.

¹⁸¹ Siehe zur Zulässigkeit dieser Einwendung oben II.A.4. Gegenbeispiel, bei dem es sich anders verhält: Einwendung der Tilgung der Schuld (siehe zur Zulässigkeit dieser Einwendung oben II.A.4.) durch Banküberweisung: In diesem Fall bedarf der Schuldner keiner derartigen individuellen Bestätigung eines Dritten; der Beleg der Bank, welcher die Zahlung beweist, wird hier ohne Weiteres für die Glaubhaftmachung der Einwendung ausreichen.

¹⁸² Das Bestehen eines Irrtums ist eine der Tatbestandsvoraussetzungen des Grundlagenirrtums (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR) (vgl. statt vieler BGE 136 III 528 E. 3.4.1). Entsprechend muss im Rahmen der Rechtsöffnung unter anderem das Bestehen eines Irrtums bzw. des diesbezüglichen Sachverhalts (dazu oben II.A.4.) glaubhaft gemacht werden, um mit dieser Einwendung durchzudringen (siehe als Beispiel KGer GR, KSK 16 28, 7.10.2016, E. 7b)/bb); vgl. in diesem Sinn auch z.B. MUSTER, Reconnaissance [FN 85], 200).

¹⁸³ Siehe zum Begriff oben FN 29.

¹⁸⁴ Das Zeugnis dürfte in aller Regel ausser Betracht fallen. Siehe oben II.A.4. und unten III.C.

¹⁸⁵ Selbstverständlich kann es sich in Bezug auf die Beweislage und die Beweismittel auch im Hinblick auf die Einwendung des Willensmangels im Einzelfall anders verhalten (siehe z.B. KassGer ZH, 10.8.1966, in: ZR 1967, Nr. 110, und die dortige Prozessgeschichte; siehe ferner – wenn auch weniger eindeutig – AGer Luzern-Land, 25.5.1964, in: SJZ 1965, 97).

¹⁸⁶ Siehe zum Begriff der Zulässigkeit oben I. und II.B.4.

¹⁸⁷ Vor dem Hintergrund, dass die provisorische Rechtsöffnung im summarischen Verfahren ergeht (oben II.A.3.) ist auch auf den Stand von Rechtsprechung und Literatur im Hinblick auf die Zulässigkeit von Zeugenbescheinigungen im summarischen Verfahren im Allgemeinen hinzuweisen. Siehe dazu oben II.B.4.

¹⁸⁸ Siehe zur möglichen Ursache dieses Befunds oben I. und FN 13.

hen damit begründet, dass die in Frage stehende Zeugin unglaubwürdig sei und dass die Zeugenbescheinigung unpräzise ausfalle. Da der Beschwerdeführer lediglich eine dieser zwei Begründungen der Vorinstanz in seiner Beschwerde gerügt hat, musste das Bundesgericht auf die Beschwerde insoweit nicht eintreten.¹⁸⁹

Ein anderes Urteil des Bundesgerichts aus dem Jahr 2018 betraf eine gegen ein Urteil des Kantonsgerichts Schwyz erhobene Beschwerde in Zivilsachen: Dem Urteil liegt ein Urteil des Einzelrichters am Bezirksgericht Höfe zu Grunde. Dieser hat zwei Zeugenbescheinigungen, welche der Schuldner eingereicht hat, um Einwendungen glaubhaft zu machen (Art. 82 Abs. 2 SchKG), als Beweismittel berücksichtigt und gewürdigt. Aufgrund der konkreten Umstände ging der Einzelrichter davon aus, dass den Zeugenbescheinigungen lediglich ein reduzierter Beweiswert zukommt. Die Einwendung erachtete er als nicht glaubhaft gemacht.¹⁹⁰ Das Kantonsgericht Schwyz schützte diesen Befund, ohne sich mit der Frage der Zulässigkeit der Zeugenbescheinigung an und für sich auseinanderzusetzen.¹⁹¹ Das Bundesgericht seinerseits hat dieses Urteil geschützt und die Beweiswürdigung als nicht willkürlich qualifiziert. Auf die Frage der Zulässigkeit ist das Bundesgericht dabei ebenfalls nicht eingegangen. Zugleich hat es festgehalten, dass die Vorinstanz die Zeugenbescheinigungen in Anwendung des Grundsatzes der freien Beweiswürdigung nachvollziehbar gewürdigt hat.¹⁹²

Ein drittes Urteil des Bundesgerichts erging schliesslich im Jahr 2019. Dieses hat eine subsidiäre Verfassungsbeschwerde gegen ein Urteil des Kantonsgerichts Luzern betroffen. Das Kantonsgericht Luzern hat eine im Beschwerdeverfahren erstattete Zeugenbescheinigung vor dem Hintergrund des Novenverbots (Art. 326 Abs. 1 ZPO) unbeachtet gelassen. Dies erachtete der Beschwerdeführer im bundesgerichtlichen Verfahren als willkürlich. Das Bundesgericht ist auf die Rüge nicht eingetreten, da sich diese nicht mit der vorinstanzlichen Begründung auseinandersetze. Dabei hat sich das Bundesgericht zumindest nicht negativ zur Frage der Zulässigkeit von Zeugenbescheinigungen geäussert.¹⁹³

Aus diesen Urteilen dürfte nur, aber immerhin, zu folgern sein, dass sich das Bundesgericht bislang nicht gegen die Zulässigkeit von Zeugenbescheinigungen in der provisorischen Rechtsöffnung im Hinblick auf die Glaubhaftmachung von Einwendungen (Art. 82 Abs. 2 SchKG) ausgesprochen hat. Andernfalls wären in den genannten Urteilen andere Erwägungen – und sei es nur im Rahmen von *obiter dicta* – zu erwarten gewesen.

¹⁸⁹ BGer, 5P.360/2001, 14.12.2001, E. 5b). Siehe zur Grundlage des bundesgerichtlichen Vorgehens BGE 111 II 398 E. 2b).

¹⁹⁰ Siehe KGer SZ, BEK 2017 16, 21.3.2017, E. 2, in: EGV-SZ 2017, A. 6.4.

¹⁹¹ KGer SZ, BEK 2017 16, 21.3.2017, E. 3a), in: EGV-SZ 2017, A. 6.4.

¹⁹² Siehe zum Ganzen BGer, 5A_349/2017, 26.1.2018, insbesondere E. 4.4.

¹⁹³ Siehe zum Ganzen BGer, 5A_522/2018, 7.5.2019, insbesondere E. 2.2.

Grosse Teile der kantonalen Rechtsprechung sprechen sich zumindest implizit für die Zulässigkeit von Zeugenbescheinigungen zur Glaubhaftmachung von Einwendungen (Art. 82 Abs. 2 SchKG) aus. Die entsprechenden Urteile sind in aller Regel vor Inkrafttreten der ZPO ergangen.¹⁹⁴

Die Literatur ist im Wesentlichen viergeteilt:¹⁹⁵ Ein erster Teil der Literatur lehnt die Zulässigkeit von Zeugenbescheinigungen ab.¹⁹⁶ Ein zweiter Teil spricht sich für die Zulässigkeit aus.¹⁹⁷ Ein dritter Teil geht davon aus, dass Zeugenbescheinigungen als Beweismittel zulässig sind, soweit im konkreten Fall keine Zeugen angehört werden.¹⁹⁸ Ein vierter Teil stellt sich – im Hinblick auf die ausser Kraft getretenen kantonalen Zivilprozessordnungen – auf den Standpunkt, dass die Frage vom kantonalen Zivilprozessrecht abhängig sei.¹⁹⁹

Auf die dieser Rechtsprechung und Literatur zu Grunde liegenden Überlegungen wird, soweit erforderlich, im Rahmen der nachfolgenden Analyse eingegangen.

III. Analyse

A. Vorbemerkungen

Es wurde gezeigt, dass es sich bei der Zeugenbescheinigung nach verbreitetem Verständnis um eine Urkunde (Art. 177 ZPO) handelt.²⁰⁰ Urkunden sind ein zulässiges Beweismittel, um Einwendungen im Rahmen der provisorischen Rechtsöffnung glaubhaft zu machen (Art. 82

¹⁹⁴ Siehe z.B. KGer SZ, BEK 2017 16, 21.3.2017, E. 3a), in: EGV-SZ 2017, A. 6.4; AppGer TI, 14.2013.61, 20.6.2013, E. 4.3, in: RtiD I-2014, Nr. 46c; OGer ZG, 27.5.2009, E. 2.3.1, in: GVP ZG 2009, 295 ff.; KassGer NE, 10.7.2001, in: RJN 2001, 145 ff.; OGer AG, 19.10.2000, E. 1c), in: AGVE 2000, Nr. 8; AppGer TI, 14.2000.00002, 20.9.2000, E. 1f); OGer LU, 12.9.1995, E. 6c), in: LGVE 1995 I, Nr. 3; OGer LU, 27.4.1989, in: LGVE 1989 I, Nr. 25; OGer LU, 19.10.1982, in: LGVE 1982 I, Nr. 46; App/KassH BE, 11.5.1906, in: ZBJV 1907, 293 f. (und dazu JAEGER [FN 70], Art. 82 N 11); OGer AG, 20.4.1893, in: RB OGer AG 1893/1894, Nr. 22 (und dazu vorstehend FN 78). Siehe ferner zur (früheren) Praxis im Kanton Tessin COMETTA (FN 78), 330. Anders noch OGer LU, 28.11.1962, in: Max XI, Nr. 149.

¹⁹⁵ Die zitierte Literatur äussert sich nicht immer völlig klar. Dies gilt namentlich dafür, ob sie sich auf die Vorgaben des SchKG oder das (allenfalls im jeweiligen Erscheinungszeitpunkt noch relevante) kantonale Zivilprozessrecht bezieht. Auf derartige Differenzierungen wird bei der nachfolgenden Übersicht daher grundsätzlich verzichtet.

¹⁹⁶ Vgl. PANCHAUD/CAPREZ (FN 58), § 160; MEIER (FN 18), 169; D. STAEHELIN (FN 13), 5.

¹⁹⁷ Vgl. FISCHER (FN 30), 136; MEYER (FN 30), 33; MÜLLER/VOCK (FN 85), 136; BSK SchKG EB-STAEHELIN (FN 85), Art. 84 ad N 56; STÜCHELI (FN 13), 110 f.

¹⁹⁸ BSK SchKG-STAEHELIN (FN 17), Art. 84 N 56; KUKO SchKG-VOCK (FN 30), Art. 84 N 20b; VOCK (FN 61), 5; VOCK/MEISTER-MÜLLER (FN 13), 146. In diese Richtung wohl auch GILLIERON (FN 13), Art. 82 N 98.

¹⁹⁹ Diesem Verständnis folgend wohl JAEGER (FN 70), Art. 82 N 11.

²⁰⁰ Oben II.B.2.

Abs. 2 SchKG).²⁰¹ Bereits diese Überlegungen legen die Zulässigkeit der Zeugenbescheinigung als Beweismittel zur Glaubhaftmachung von Einwendungen (Art. 82 Abs. 2 SchKG) – bzw. des diesbezüglichen Tatsachensfundaments²⁰² – nahe.

Zum gleichen Schluss ist auch aus einer weiteren Perspektive zu gelangen: Das Verfahrensrecht hat eine dienende Funktion. Es ist entsprechend darauf ausgerichtet, dem materiellen Recht zum Durchbruch zu verhelfen. Die dienende Funktion ist auch bei der Auslegung verfahrensrechtlicher Bestimmungen zu berücksichtigen.²⁰³ Diese sind deshalb nicht derart auszulegen, dass die Verfolgung materieller Ansprüche übermässig erschwert wird.²⁰⁴ Auch die Abwehr angeblicher materieller Ansprüche darf durch die Auslegung nicht übermässig erschwert werden.²⁰⁵ Da die dienende Funktion ebenfalls für das Vollstreckungsrecht als Teil des Verfahrensrechts gilt,²⁰⁶ erscheint es sachgerecht, vorgenannte Überlegung auch vorliegend zur Anwendung zu bringen, obschon im Rahmen der provisorischen Rechtsöffnung nicht die Abwehr eines materiellen Anspruchs im Rahmen eines Erkenntnisverfahrens in Frage steht.²⁰⁷ Zum gleichen Schluss drängt der Umstand, dass ein gutheissendes Urteil, welches im Verfahren der provisorischen Rechtsöffnung ergeht, in der praktischen Bedeutung regelmässig einem Urteil eines regulären Prozesses – und damit eines Erkenntnisverfahrens – gleichkommt.²⁰⁸ Entsprechend sind die Bestimmungen zur provisorischen Rechtsöffnung gerade nicht derart auszulegen, dass die Abwehr für den Schuldner übermässig erschwert wird.

Vor diesem Hintergrund wird im Sinne einer These unterstellt, dass die Zeugenbescheinigung ein zulässiges Beweismittel zur Glaubhaftmachung von Einwendungen (Art. 82 Abs. 2 SchKG) darstellt. Da sich das Bundesgericht mit der beitragsgegenständlichen Frage bislang nicht vertieft auseinandergesetzt hat²⁰⁹ und die Literatur geteilter Meinung ist,²¹⁰ besteht der naheliegende Anlass, sich mit dieser Fragestellung im Rahmen der nachfolgenden Analyse vertieft auseinanderzusetzen.

zen.²¹¹ Die nachstehende Analyse dient entsprechend schwer gewichtig der Prüfung, ob Aspekte identifiziert werden können, welche für bzw. gegen die Ausgangsthese sprechen. Die Aufteilung der Analyse orientiert sich hierbei an den üblichen Auslegungselementen.²¹²

Bei alledem wird unterstellt, dass die Zeugenbescheinigung – in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre und den im Grundlagenteil aufgestellten Überlegungen – als Urkunde zu qualifizieren ist.²¹³ Entsprechend wird diese Qualifikation nachfolgend nicht weiter geprüft, sondern als gegeben angenommen. Zudem wurde bereits dargelegt, dass der Beweiswert der Zeugenbescheinigung der freien Beweiswürdigung unterliegt (Art. 157 ZPO) und die generelle Verneinung eines Beweiswerts diesem Grundsatz widerspricht.²¹⁴ Darauf wird im Rahmen der nachfolgenden Analyse ebenfalls nicht mehr eingegangen. Stattdessen wird auf die Frage der Zulässigkeit *an und für sich*²¹⁵ fokussiert.

B. Grammatikalische Auslegung

Wird die Zeugenbescheinigung – wie angenommen²¹⁶ – beweisrechtlich als Urkunde (Art. 177 ZPO) qualifiziert, deutet die grammatikalische Auslegung ohne Weiteres auf die Zulässigkeit der Zeugenbescheinigung in der provisorischen Rechtsöffnung als Mittel zur Glaubhaftmachung von Einwendungen (Art. 82 Abs. 2 SchKG) hin.²¹⁷ Art. 254 Abs. 1 ZPO hält nämlich explizit fest, dass Urkunden im summarischen Verfahren, dem die provisorische Rechtsöffnung untersteht,²¹⁸ als Beweismittel zulässig sind.²¹⁹

²⁰¹ Oben II.A.4.

²⁰² Oben II.A.4.

²⁰³ Siehe zum Ganzen aus der jüngeren Rechtsprechung statt vieler BGE 139 III 457 E. 4.4.3.3; BGer, 4A_686/2014, 3.6.2015, E. 4.3.1. Siehe aus der Literatur z.B. STAHELIN/STAHELIN/GROLIMUND (FN 126), § 1 N 6 und grundlegend GULDENER (FN 29), 52 f.

²⁰⁴ Vgl. grundlegend BGE 116 II 215 E. 3; GULDENER (FN 29), 52 f.

²⁰⁵ Siehe zu dieser Überlegung z.B. JEAN-DANIEL SCHMID, Die thematisch beschränkte Klageantwort, ZZZ 2017/2018, 115 ff., 121.

²⁰⁶ Siehe z.B. BGer, 4A_686/2014, 3.6.2015, E. 4.3.1.

²⁰⁷ Bei der provisorischen Rechtsöffnung handelt es sich um ein Vollstreckungsverfahren (oben II.A.).

²⁰⁸ Oben II.A.5.

²⁰⁹ Oben II.D. Hinzu kommt, dass das Bundesgericht vereinzelt – wenn auch nicht im Kontext der provisorischen Rechtsöffnung – signalisiert hat, der Zeugenbescheinigung die Urkundenqualität absprechen zu wollen (oben II.B.2.).

²¹⁰ Oben II.D.

²¹¹ Siehe hierzu und zu weiteren Umständen, welche das Bedürfnis nach einer Analyse naheliegend erscheinen lassen, auch oben I.

²¹² Siehe statt vieler zu den üblichen Elementen der Auslegung PETER FORSTMOSER/HANS-UELI VOGT, Einführung in das Recht, 5. A., Bern 2012, § 9 N 63–161; SIBYLLE HOFER/STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER, Einleitungsartikel und Personenrecht, 2. A., Bern 2012, N 2.61–2.110. Siehe zur realistischen Auslegung, welche nachfolgend als Auslegungselement berücksichtigt wird (unten III.E.), die Bemerkungen in FN 297. Die Struktur der nachfolgenden Analyse folgt hierbei nicht sklavisch den einzelnen Auslegungselementen. Soweit sinnvoll wird im Rahmen der Analyse eines spezifischen Auslegungselements auch auf andere Auslegungselemente Bezug genommen.

²¹³ Oben II.B.2.

²¹⁴ Oben II.B.3.

²¹⁵ Siehe zur Unterscheidung Zulässigkeit und Beweiswert oben I. und II.B.3. f.

²¹⁶ Oben III.A.

²¹⁷ Siehe bereits die Ausgangsthese, welche auf diesem Befund basiert (oben III.A.).

²¹⁸ Oben II.A.3.

²¹⁹ Würde demgegenüber von der beweisrechtlichen Qualifikation als Urkunde Abstand genommen, wäre die grammatikalische Auslegung im Hinblick auf die Fragestellung für sich allein wenig ergiebig: Weder aus den vorliegend relevanten Bestimmungen zur provisorischen Rechtsöffnung (Art. 82 Abs. 2 SchKG und Art. 84 SchKG) noch aus den Bestimmungen zu den Beweismitteln im Allgemeinen (Art. 168 ZPO), bzw. zur Urkunde (Art. 177 ff. ZPO), noch aus den Bestim-

Die grammatikalische Auslegung spricht somit für die Zulässigkeit der Verwendung von Zeugenbescheinigungen zur Glaubhaftmachung von Einwendungen (Art. 82 Abs. 2 SchKG).

C. Systematische Auslegung

Der Rechtsöffnungsrichter gibt dem Schuldner nach Erhalt des Rechtsöffnungsgesuchs die Möglichkeit zur schriftlichen oder mündlichen Stellungnahme (Art. 84 Abs. 2 SchKG).²²⁰ In gewissen Kantonen bzw. an gewissen Gerichten wird deshalb als Regelfall eine Rechtsöffnungsverhandlung durchgeführt (vgl. Art. 84 Abs. 2 SchKG), während das Verfahren andernorts im Regelfall schriftlich durchgeführt wird.²²¹ Die Durchführung einer Rechtsöffnungsverhandlung steht im Ermessen des Gerichts.²²² Ein Anspruch auf Durchführung einer Verhandlung besteht zumindest nach derzeitigem Stand der Rechtsprechung nicht.²²³ Es liegt nahe zu vermuten, dass dem Schuldner diesfalls – wiederum in Abhängigkeit der lokalen Praxis – auch die Möglichkeit gewährt werden dürfte, sich, auch spontan und ohne vorherige Anordnung des Gerichts, von einem Zeugen zur Rechtsöffnungsverhandlung begleiten zu lassen. Dieser Überlegung folgend könnte der Schuldner in seiner mündlichen Stellungnahme (Art. 84 Abs. 2 SchKG) das Zeugnis des mitgebrachten Zeugen als Beweis anbieten, um auf diesem Weg, soweit der Beweis sodann in der gleichen Rechtsöffnungsverhandlung abgenommen wird,²²⁴ seine Einwendung (Art. 82 Abs. 2 SchKG) glaubhaft zu machen. Diese Möglichkeit wird jedenfalls regelmässig diskutiert²²⁵ und sie erscheint nicht von vornherein mit

den Bestimmungen zum summarischen Verfahren²²⁶ und zur Vorladung von Zeugen (Art. 170 ZPO)²²⁷ unvereinbar. Ob und unter welchen konkreten Voraussetzungen das Beweismittel des Zeugnisses insoweit zulässig ist und inwieweit ein solches Vorgehen rein praktisch realistisch ist,²²⁸ muss an dieser Stelle offen bleiben.²²⁹ Eine aktuelle Befragung erstinstanzlicher Gerichte deutet jedenfalls darauf hin, dass Zeugen in der Praxis auf Seiten des Schuldners angehört werden – wenn auch von einer Minderheit der erstinstanzlichen Gerichte.²³⁰ Die jüngere bundesgerichtliche Rechtsprechung, welche eindeutig auf den Urkundenbeweis fokussiert,²³¹ lässt jedenfalls Zweifel aufkommen, ob und inwiefern ein solches Vorgehen mit den bundesrechtlichen Vorgaben vereinbar ist.²³² Mit Blick auf die Bedeutung der nachfolgenden Überlegung ist deshalb Zurückhaltung angebracht.

Wird angenommen, dass das Beweismittel des Zeugnisses zumindest in gewissen Konstellationen zulässig ist – so namentlich falls im Einzelfall eine Rechtsöffnungsverhandlung im vorbezeichneten Sinn durchge-

mungen zu den Beweismitteln im summarischen Verfahren (Art. 254 ZPO) liessen sich diesfalls vorliegend eindeutige Schlüsse zur Frage der Zulässigkeit von Zeugenbescheinigungen ziehen.

²²⁰ Oben II.A.3. f.

²²¹ Oben II.A.3. und die Nachweise in FN 54. Siehe ferner die nachfolgenden Ausführungen.

²²² Oben II.A.3.

²²³ Siehe – namentlich auch zu Art. 6 Ziff. 1 EMRK – oben II.A.3. Sollte in Zukunft ein solcher Anspruch bestehen, könnte dies die nachfolgenden Überlegungen relativieren.

²²⁴ Die Beweisabnahme in einer späteren Verhandlung erscheint – ebenso wie die Durchführung eines schriftlichen Verfahrens und die sodann erfolgende Durchführung einer Beweisverhandlung – mit den Vorgaben der ZPO zum summarischen Verfahren (vgl. Art. 254 Abs. 2 lit. a ZPO; siehe dazu oben II.A.2. f. und FN 170) als auch mit der qualifizierten Raschheit des Rechtsöffnungsverfahrens (oben II.A.2.) von vornherein unvereinbar (siehe zur erstgenannten Variante auch die Bemerkungen in OGer ZH, RT130115, 16.7.2013, E. 3.2; siehe zur zweitgenannten Variante die Bemerkungen in OGer ZH, RT150112, 13.11.2015, E. III./3.8, in: ZR 2015, Nr. 81). Entsprechend wird auf diese theoretischen Varianten nicht näher eingegangen.

²²⁵ Siehe zu den genannten Überlegungen die Nachweise oben in FN 86. Siehe ferner z.B. die Bemerkungen in OGer ZH, RT130115, 16.7.2013, E. 3.2, welche die Zulässigkeit eines solchen Vorgehens nahelegen. Siehe ferner OGer ZH, RT150112, 13.11.2015, E. III./3.8, in: ZR 2015, Nr. 81, welches ein solches Vorgehen zumindest nicht ausschliesst.

²²⁶ Siehe die Bemerkungen und Nachweise in FN 170. Siehe daneben jüngst BGer, 5A_394/2019, 5.5.2020, E. 2.2.4; BGer, 5A_397/2019, 5.5.2020, E. 2.2.4, wobei diese Möglichkeit jedenfalls nicht kategorisch ausgeschlossen wird.

²²⁷ Zeugen werden vom Gericht vorgeladen (Art. 170 Abs. 1 ZPO). Das Gericht kann den Parteien gestatten, Zeugen ohne Vorladung mitzubringen (Art. 170 Abs. 2 ZPO). Das Gericht kann im Einzelfall auch die spontane Mitnahme eines angebotenen Zeugen bewilligen (siehe Botschaft ZPO [FN 53], 7321, und daneben statt vieler mit Mahnung zu Zurückhaltung BSK ZPO-GUYAN [FN 18], Art. 170 N 3; DIKE-Komm-MÜLLER [FN 18], Art. 170 N 12; BK-RÜETSCHI [FN 1], Art. 170 N 8, und insbesondere KUKO ZPO-SCHMID [FN 18], Art. 170 N 2–4).

²²⁸ Zeugen dürften insbesondere dann glaubwürdig sein, wenn sie kein Interesse am Ausgang des Verfahrens haben und entsprechend keiner der Parteien verpflichtet sind. Ob gerade solche Zeugen bereit sind, sich die Zeit für eine Teilnahme an einer Verhandlung zu nehmen, ohne zu wissen, ob sie überhaupt angehört werden, erscheint jedenfalls zweifelhaft (siehe zum Ganzen SCHWEIZER/EICHENBERGER [FN 18], N 4 m.w.H., und ähnlich FINK [FN 16], N 417). Darin alleine ist auch ein – wenn auch nicht besonders starkes – Argument für die Zulassung von Zeugenbescheinigungen zu erblicken.

²²⁹ Siehe jedoch immerhin zur historischen Auslegung unten III.E.

²³⁰ Gemäss den Nachweisen bei FLORIAN EICHEL, Gutachten zum Erfordernis der eigenhändigen Unterschrift als Voraussetzung an den provisorischen Rechtsöffnungstitel im Zeitalter des elektronischen Rechtsverkehrs, Bern 2019 (Internet: <https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/publiservice/publikationen/externe/gutachten-unterschriften-e-rechtsverkehr-d.pdf.download.pdf/gutachten-unterschriften-e-rechtsverkehr-d.pdf> [Abruf 12.6.2020]), N 3, N 63 und 57, erlaubt rund ein Viertel der an der entsprechenden Umfrage teilnehmenden erstinstanzlichen Zivilgerichte die Befragung von Zeugen. Die übrigen antwortenden erstinstanzlichen Zivilgerichte lehnen die Befragung von Zeugen kategorisch ab.

²³¹ Oben II.A.4.

²³² Siehe – auch vor dem Hintergrund der jüngsten bundesgerichtlichen Rechtsprechung – einen (gewissen) Anwendungsbereich behandelnd immerhin OGer ZH, RT180193, 21.3.2019, E. III./4.2.

führt wird –, so ergäbe sich im Fall der Unzulässigkeit der Zeugenbescheinigung zur Glaubhaftmachung von Einwendungen (Art. 82 Abs. 2 SchKG) ein Wertungswiderspruch: Ob sich ein Schuldner zur Glaubhaftmachung seiner Einwendung eines Zeugen – auf dem Weg des Zeugnisses bzw. der Zeugenbescheinigung – bedienen könnte, würde in diesem Fall davon abhängen, ob eine Rechtsöffnungsverhandlung durchgeführt wird. Bejahendenfalls könnte der Zeuge anlässlich der Rechtsöffnungsverhandlung das Zeugnis erstatten. Falls keine Rechtsöffnungsverhandlung durchgeführt würde, wäre der Zeuge für den Schuldner demgegenüber von keinem Nutzen, da bei Anwendung dieser Hypothese keine Zeugenbescheinigung erstattet werden könnte. Dadurch wäre der Schuldner in dieser Konstellation beweismässig deutlich schlechter gestellt, als wenn eine Rechtsöffnungsverhandlung durchgeführt würde.²³³ Für einen derartigen Wertungswiderspruch und eine derartige Benachteiligung des Schuldners besteht – auch im Lichte des Grundsatzes der Einheit der Rechtsordnung²³⁴ – nach der hier vertretenen Auffassung kein Anlass. Ein triftiger Grund für eine solche Ungleichbehandlung ist jedenfalls nicht erkennbar.²³⁵ Dies gilt umso mehr, als die Möglichkeit des Schuldners, sich zur Glaubhaftmachung seiner Einwendungen eines Zeugen zu bedienen, diesfalls von der «Zufälligkeit» der kantonalen bzw. lokalen Praxis, bzw. der Verfahrensgestaltung des Rechtsöffnungsrichters im Einzelfall, abhängig wäre. Dies erscheint gerade auch vor dem Hintergrund der praktischen Bedeutung der provisorischen Rechtsöffnung²³⁶ nicht angemessen. Diese Überlegung drängt zum Schluss, dass die Zeugenbescheinigung zur Glaubhaftmachung von Einwendungen (Art. 82 Abs. 2 SchKG) zuzulassen ist.

Es liesse sich jedoch auch die vermittelnde Position einnehmen, Zeugenbescheinigungen einzig dann zuzulassen, wenn im Einzelfall keine Rechtsöffnungsverhandlung durchgeführt wird und der Schuldner entsprechend im Einzelfall keine Möglichkeit hat, sich des Beweismittels des Zeugnisses zu bedienen.²³⁷ Diese Position liesse sich etwa auf der Überlegung basieren, dass die Zeugenbescheinigung nicht dazu genutzt

werden soll, das Zeugnis zu umgehen.²³⁸ Eine solche Differenzierung, welche auf die konkrete Verfahrensgestaltung im Einzelfall abstellt, erscheint jedoch nicht sachgerecht: Aufgrund der qualifizierten Raschheit des Rechtsöffnungsverfahrens²³⁹ muss der Schuldner von Anfang an, d.h. sobald die provisorische Rechtsöffnung droht,²⁴⁰ wissen, welche Arten an Beweismitteln zur Abwendung der provisorischen Rechtsöffnung zur Verfügung stehen.²⁴¹ Erhält der Schuldner davon erst Kenntnis, wenn feststeht, ob eine Rechtsöffnungsverhandlung durchgeführt wird – d.h. mit der Vorladung zur Rechtsöffnungsverhandlung bzw. mit der Fristansetzung zur Einholung der schriftlichen Gesuchantwort (Art. 84 Abs. 2 SchKG) –, hat der Schuldner lediglich noch eine äusserst limitierte Zeitspanne²⁴² zur Verfügung, um sich zu überlegen, welches Beweismittel er sich nun im konkreten Fall bedienen kann. Hinzu kommt, dass die Vorbereitung einer Zeugenbescheinigung für den Schuldner mutmasslich mehr Zeit in Anspruch nehmen dürfte als die Vorbereitung des Zeugnisses²⁴³ für die Rechtsöffnungsverhandlung. Eine derartige Differenzierung erscheint deshalb – wie auch aufgrund der praktischen Bedeutung der provisorischen Rechtsöffnung²⁴⁴ – nicht sachgerecht. Anders zu entscheiden würde zudem bedeuten, dass einem Beweismittel (Zeugnis) vor einem anderen Beweismittel (Urkunde) Vorrang eingeräumt wird. Ein solcher grundsätzlicher Vorrang ist der ZPO jedoch fremd.²⁴⁵ Basierend auf der Annahme, dass das Zeugnis im Rechtsöffnungsverfahren an und für sich – bzw. zumindest in gewissen Konstellationen – zulässig ist, erscheint es entsprechend in systematischer Hinsicht sachgerecht, die Zeugenbescheinigung, zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen, ganz generell zur Glaubhaftmachung von Einwendungen (Art. 82 Abs. 2 SchKG) zuzulassen; dies selbst dann, falls im Einzelfall eine Rechtsöffnungsverhandlung durchgeführt wird.²⁴⁶ Dass die Zeugenbescheinigung damit im Einzelfall – theo-

²³³ Der Vollständigkeit halber ist daran zu erinnern, dass der Zeugenbescheinigung in aller Regel ein reduzierter Beweiswert zugeschrieben wird (oben I. und FN 23). Selbst wenn der Schuldner – anstelle des Zeugnisses – zumindest eine Zeugenbescheinigung verwenden kann, so dürfte von einer (gewissen) beweismässigen Schlechterstellung auszugehen sein.

²³⁴ Gemäss dem Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung ist im Rahmen der systematischen Auslegung als Leitprinzip darauf zu achten, dass Wertungswidersprüche innerhalb der Rechtsordnung vermieden werden (siehe z.B. ERNST A. KRAMER, Juristische Methodenlehre, 6. A., Bern 2019, 99–102).

²³⁵ Siehe zum Umstand, dass kein Anlass erkennbar ist, die Zeugenbescheinigung im beitragsgegenständlichen Kontext nicht zuzulassen, vor allem unten III.D.

²³⁶ Oben II.A.5.

²³⁷ Siehe zu dieser in der Literatur vertretenen Ansicht oben II.D. und FN 198.

²³⁸ Siehe dazu im Allgemeinen oben II.B.4.

²³⁹ Oben II.A.2. und II.A.4.

²⁴⁰ Die provisorische Rechtsöffnung droht dann, wenn der Schuldner Rechtsvorschlag erhebt (siehe oben II.A.1.).

²⁴¹ Siehe im Allgemeinen zur Bedeutung eines geordneten und für die Parteien voraussehbaren Verfahrensablaufs z.B. BGE 140 III 312 E. 6.3.2.3 (im Hinblick auf Art. 229 ZPO im ordentlichen Verfahren).

²⁴² Regelmässig wird dem Schuldner lediglich eine Frist von zehn Tagen angesetzt, um zum Gesuch des Gläubigers Stellung zu nehmen (siehe die Nachweise bei EICHEL [FN 230], N 3, N 67 und 58). Siehe zur qualifizierten Raschheit des Verfahrens auch oben II.A.2.

²⁴³ Gemeint ist der organisatorische Aufwand, um darauf hinzuwirken, dass der Zeuge zur Rechtsöffnungsverhandlung erscheint.

²⁴⁴ Oben II.A.5.

²⁴⁵ Vgl. FINK (FN 16), N 424 (im Hinblick auf Zeugenbescheinigungen im Allgemeinen). Siehe ferner zum Verbot von (starken) Beweis(-wert-)regeln – auch wenn es nicht um die Frage des Beweiswerts geht – oben II.B.3.

²⁴⁶ Siehe zu Nachweisen mit dem gleichen Ergebnis FN 197. Siehe zu abweichenden Meinungen die Nachweise in FN 198.

retisch²⁴⁷ – zur Umgehung des Zeugnisses missbraucht werden kann, ist im Lichte der geschilderten Umstände nach der hier vertretenen Auffassung hinzunehmen.

Ferner ist zu beachten, dass Rechtsprechung und Literatur dazu tendieren, die Zeugenbescheinigung in anderen summarischen Verfahren zuzulassen.²⁴⁸ Wiederum im Hinblick auf den Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung erscheint es zumindest auf den ersten Blick nicht naheliegend, das Verfahren der provisorischen Rechtsöffnung, welches ebenfalls ein summarisches Verfahren darstellt,²⁴⁹ anders zu behandeln als andere summarische Verfahren. Offensichtliche Gründe für einen derartigen Wertungswiderspruch sind jedenfalls nicht ersichtlich.²⁵⁰ Hinzu kommt, dass, wenn die Zeugenbescheinigung im summarischen Verfahren im Allgemeinen – bzw. zumindest in gewissen anderen summarischen Verfahren – zulässig ist, dies umso mehr für das Verfahren der provisorischen Rechtsöffnung und den Schuldner gelten muss: Der Schuldner befindet sich im Kontext einer gewährten provisorischen Rechtsöffnung in einer nachteiligeren Lage, als dies – zumindest bei gewissen – anderen summarischen Verfahren der Fall ist.²⁵¹ Dies legt nahe, dass er umso mehr als Parteien in anderen summarischen Verfahren die Möglichkeit haben muss, das Beweismittel der Zeugenbescheinigung für sich nutzbar zu machen. Es handelt sich dabei jedoch um kein starkes Argument, da einige Überlegungen, welche für eine Zulassung der Zeugenbescheinigung im vorliegenden Kontext sprechen,²⁵² gleichermaßen für

die Zulassung der Zeugenbescheinigung in jeglichen summarischen Verfahren angeführt werden können.²⁵³

Die systematische Auslegung spricht somit – zumindest in der Tendenz – für die Zulässigkeit der Verwendung von Zeugenbescheinigungen zur Glaubhaftmachung von Einwendungen (Art. 82 Abs. 2 SchKG).

D. Teleologische Auslegung

Die Unzulässigkeit von Zeugenbescheinigungen wird im Allgemeinen regelmässig damit begründet, dass die Zeugenbescheinigung nicht die Umgehung des Zeugnisses und der diesbezüglichen zivilprozessualen Vorgaben ermöglichen soll. Falls das Zeugnis aufgrund der in Frage stehenden Verfahrensart (zumindest im Regelfall) ausser Betracht fällt – d.h. insbesondere im summarischen Verfahren –, besteht von vornherein keine derartige Umgehungsgefahr. Aus diesem Grund wird gerade im Hinblick auf das summarische Verfahren im Allgemeinen regelmässig die Zulässigkeit der Zeugenbescheinigung vertreten.²⁵⁴ Diese Überlegungen lassen sich auch für die Zeugenbescheinigung in der provisorischen Rechtsöffnung zur Glaubhaftmachung von Einwendungen heranziehen: Das Zeugnis fällt als Beweismittel in aller Regel ausser Betracht.²⁵⁵ Die Gefahr der Umgehung der Bestimmungen zum Zeugnis besteht entsprechend in aller Regel nicht.²⁵⁶

Zum gleichen Ergebnis ist auch im Hinblick auf den Sinn und Zweck der Beweismittelbeschränkung in der provisorischen Rechtsöffnung zu gelangen: Das Verfahren der provisorischen Rechtsöffnung zeichnet sich durch seine qualifizierte Raschheit aus.²⁵⁷ Beweismittel, welche mit dieser qualifizierten Raschheit nicht vereinbar sind, können entsprechend nicht zur Glaubhaftmachung von Einwendungen (Art. 82 Abs. 2 SchKG) verwendet werden.²⁵⁸ Die Zulassung von Zeugenbescheinigungen als Beweismittel bewirkt – wie die Zulassung jeder anderen Urkunde²⁵⁹ – keine Verfahrensverzögerung. Sinn und Zweck der Beweismittelbeschränkung

²⁴⁷ Aufgrund des – mutmasslich regelmässig verminderten – Beweiswerts einer Zeugenbescheinigung (oben I. und FN 23) ist anzunehmen, dass der Schuldner, wenn möglich, das Zeugnis der Zeugenbescheinigung vorziehen wird.

²⁴⁸ Oben II.B.4.

²⁴⁹ Oben II.A.2.

²⁵⁰ Die qualifizierte Raschheit des Rechtsöffnungsverfahrens (oben II.A.2.) spricht jedenfalls nicht für einen solchen Widerspruch: Wie noch zu zeigen sein wird, geht mit der Zeugenbescheinigung keine (besondere) Verzögerung im Vergleich zu anderen Urkunden einher (unten III.D.).

²⁵¹ Die Gewährung der provisorischen Rechtsöffnung kann als Grundlage der Zwangsvollstreckung dienen. Will sich der Schuldner dagegen zur Wehr setzen – und damit die definitive Zwangsvollstreckung verhindern –, muss er Aberkennungsklage erheben, wodurch er in die Klägerrolle gedrängt wird (siehe hierzu oben II.A.1. f. und unten III.F.). Anders verhält es sich z.B. im Hinblick auf vorsorgliche Massnahmen, welche ebenfalls im summarischen Verfahren ergehen (Art. 248 lit. d ZPO): Wird eine vorsorgliche Massnahme gewährt, muss derjenige, der um die vorsorgliche Massnahme ersucht hat, die vorsorgliche Massnahme mittels der Klage in der Hauptsache prosequieren, will er einen definitiven Zustand schaffen bzw. die vorsorgliche Massnahme aufrecht erhalten; ansonsten fällt sie dahin (vgl. Art. 263 ZPO; siehe statt vieler zur Prosequierungslast KUKO ZPO-KOFMEL EHRENZELER [FN 18], Art. 263 N 4). Anders ausgedrückt: Der von der vorsorglichen Massnahme Betroffene wird nicht in die Klägerrolle gedrängt.

²⁵² Dies gilt namentlich für dasjenige Hauptargument, welches gegen Zeugenbescheinigungen im Allgemeinen ins Feld geführt wird und im summarischen Verfahren keine (oder bloss eine untergeordnete) Relevanz hat: Die Möglichkeit der Um-

gehung der Bestimmungen zum Zeugnis mittels Zeugenbescheinigungen (dazu oben II.B.4. und unten III.D.).

²⁵³ Würde die Zulässigkeit der Zeugenbescheinigung im summarischen Verfahren im Allgemeinen verneint, so wäre entsprechend darin auch ein (schwaches) Argument dafür zu erblicken, dass es sich im Kontext der provisorischen Rechtsöffnung gleich verhalten muss.

²⁵⁴ Siehe zum Ganzen oben II.B.4.

²⁵⁵ Oben II.A.4. Siehe zu möglichen Ausnahmen auch oben III.C.

²⁵⁶ Siehe ähnlich, zumindest zwischen den Zeilen, OGer ZG, 27.5.2009, E. 2.3.1, in: GVP ZG 2009, 295 ff. Und selbst falls im Einzelfall das Zeugnis als Beweismittel in Frage kommt, so erscheint es nach der hier vertretenen Auffassung sachgerecht, die Zeugenbescheinigung zuzulassen (siehe dazu oben III.C.).

²⁵⁷ Oben II.A.2.

²⁵⁸ Oben II.A.4.

²⁵⁹ Siehe zur Qualifikation der Zeugenbescheinigung oben II.B.2.

sprechen also gerade nicht gegen die Zulassung der Zeugenbescheinigung.²⁶⁰

Schliesslich scheint es sinnvoll, sich auch den Sinn und Zweck des Verfahrens der provisorischen Rechtsöffnung und dessen Hintergrund vor Augen zu führen. Die Konzeption dieses Verfahrens gründet letztlich auch auf der Überlegung, dass das Bestehen eines provisorischen Rechtsöffnungstitels nahelegt bzw. den Anschein schafft, dass die vom Gläubiger in Betreibung gesetzte Forderung besteht. Wer über einen solchen Rechtsöffnungstitel verfügt, soll entsprechend in den Genuss dieses raschen Verfahrens kommen können.²⁶¹ Als Verteidigungsmittel steht dem Schuldner die Möglichkeit offen, Einwendungen glaubhaft zu machen (Art. 82 Abs. 2 SchKG).²⁶² Der Umstand, dass der Schuldner zur Vereitelung der Gewährung der provisorischen Rechtsöffnung derartige Umstände bloss glaubhaft machen (und nicht etwa beweisen) muss,²⁶³ lässt sich als ein Element verstehen, welches dazu dient, im Hinblick auf die Eigenheiten des Verfahrens der provisorischen Rechtsöffnung eine angemessene Balance zwischen den Interessen des Gläubigers und denjenigen des Schuldners herzustellen.²⁶⁴ Es fragt sich, ob dieses Element alleine genügt, oder ob nicht auch die Zulassung von Zeugenbescheinigungen als derartiges Element erforderlich ist, dass in diesem Verfahren die Interessen von Gläubiger und Schuldner gleichermassen angemessen berücksichtigt werden. Es liegt nämlich nahe zu vermuten, dass der Schuldner nicht selten mit einer Situation konfrontiert ist, in der er die ihm zur Verfügung stehende Einwendung nicht anders glaubhaft machen kann als auf dem Weg der Zeugenbescheinigung.²⁶⁵ Wenn der Gesetzgeber schon die Möglichkeit schafft, dass der Schuldner schlicht alle Arten an Einwendungen vorbringen kann, um die provisorische Rechtsöffnung abzuwenden,²⁶⁶ so erscheint es naheliegend zu unterstellen, dass der Gesetzgeber ihm auch die (Beweis-)Mittel in die Hände geben wollte, um von dieser Möglichkeit effektiv Gebrauch machen zu können.²⁶⁷ Auf den ersten Blick

scheint dies – auch im beschriebenen Sinn der Herstellung einer angemessenen Balance – für die Zulässigkeit der Zeugenbescheinigung zu sprechen.²⁶⁸ Auf den zweiten Blick wird jedoch klar, dass die gleiche Überlegung auch für die Zulässigkeit anderer Beweismittel sprechen würde, welche jedoch aus anderen Gründen unzulässig sind und sein müssen.²⁶⁹ Entsprechend handelt es sich im vorliegenden Kontext²⁷⁰ eher um ein schwaches Argument.

Die teleologische Auslegung spricht insgesamt deutlich für die Zulässigkeit der Verwendung von Zeugenbescheinigungen zur Glaubhaftmachung von Einwendungen (Art. 82 Abs. 2 SchKG).

E. Historische Auslegung

Die Materialien sind für die Beantwortung der sich stellenden Frage wenig ergiebig. Weder die ursprünglichen Materialien zum SchKG²⁷¹ noch diejenigen zur Revision des SchKG (1997),²⁷² noch diejenigen zur Einführung der ZPO²⁷³ äussern sich im hier in Frage stehenden

ihrer Natur nach grundsätzlich mittels Urkunden glaubhaft gemacht werden kann (oder nicht). Siehe zu dieser Rechtsprechung oben II.A.4.

²⁶⁸ Im Ergebnis ähnlich z.B. FRITZSCHE/WALDER (FN 47), § 20 N 12; MEYER (FN 30), 33. Siehe zur ähnlichen Argumentation des praktischen Bedürfnisses der Zeugenbescheinigung (im Kontext des summarischen Verfahrens im Allgemeinen) z.B. BSK ZPO-HAFNER (FN 18), Art. 190 N 1; ZPO Kommentar-WEIBEL/WALZ (FN 1), Art. 190 N 2.

²⁶⁹ Beispiel: Zu denken ist bspw. an Gutachten (Art. 168 Abs. 1 lit. d ZPO): Komplexe technische Zusammenhänge dürften sich regelmässig nur mittels Gutachten glaubhaft machen lassen. Gutachten fallen als Beweismittel zur Glaubhaftmachung von Einwendungen (Art. 82 Abs. 2 SchKG) – insbesondere aufgrund der Unvereinbarkeit mit der qualifizierten Raschheit des Verfahrens der provisorischen Rechtsöffnung (oben II.A.2.) – naheliegenderweise ausser Betracht (siehe z.B. statt vieler GILLIÉRON [FN 13], Art. 82 N 98; MEYER [FN 30], 33; MÜLLER/VOCK [FN 85], 136; a.M. WEBER/BRÜSTLEIN/REICHEL [FN 70], Art. 84 N 3b, betreffend die Mitnahme eines Gutachters an die Rechtsöffnungsverhandlung). Nach dem Vorgesagten verhält es sich hinsichtlich der Zeugenbescheinigung immerhin – in Bezug auf das Risiko der Verfahrensverzögerung – jedoch gerade anders.

²⁷⁰ Siehe jedoch unten III.F. zur ähnlichen Überlegung im Kontext des realistischen Elements.

²⁷¹ Siehe Botschaft SchKG 1886 (FN 103), 64–66 (zur Rechtsöffnung und zum damals noch vorgesehenen beschleunigten Verfahren; siehe auch oben FN 103) und daneben Botschaft SchKG 1888 (FN 41), 1144 (zu Art. 25 aSchKG) und 1145–1147 (zur Rechtsöffnung und zum schliesslich vorgesehenen summarischen Verfahren).

²⁷² Siehe Botschaft SchKG 1997 (FN 43), 39 (zur Anpassung von Art. 25 aSchKG), 66 (zur bloss redaktionellen Anpassung von Art. 82 SchKG [französischsprachige Fassung]) und 67 f. (zur Anpassung von Art. 84 aSchKG).

²⁷³ Siehe Botschaft ZPO (FN 53), 7321–7326 (zu den Beweismitteln im Allgemeinen) und 7350 (zu Beweismitteln im summarischen Verfahren), sowie AB 2007 S 516 f., AB 2008 N 947 (zu den Beweismitteln im Allgemeinen) und AB 2007 S 533, AB 2008 N 969 (zu den Beweismitteln im summarischen Verfahren). Im Rahmen der Vernehmlassung wurde immerhin vom Kanton LU angeregt, die Liste zulässiger Beweismittel im

²⁶⁰ Vgl. z.B. DIKE-Komm-KAUFMANN (FN 18), Art. 254 N 14, und im Ergebnis wohl ebenso SCHWEIZER/EICHENBERGER (FN 18), N 8 (jeweils im Kontext des summarischen Verfahrens im Allgemeinen).

²⁶¹ Oben II.A.2.

²⁶² Oben II.A.4.

²⁶³ Oben II.A.4.

²⁶⁴ In eine ähnliche Richtung AMONN/WALTHER (FN 13), § 19 N 82. Anders demgegenüber FRITZSCHE/WALDER (FN 47), § 20 N 12, wonach das Beweismass mit der qualifizierten Raschheit des Verfahrens zusammenhängt.

²⁶⁵ Oben II.C.

²⁶⁶ Oben II.A.4.

²⁶⁷ In diese Richtung weist auch die jüngste bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach vom Erfordernis der Verwendung von Urkunden abgewichen werden kann, wenn die Glaubhaftmachung der Einwendung des Schuldners zwingend ein anderes Beweismittel als die Urkunde erfordert. Anders als im Kontext der vorliegenden Überlegung stellt die bundesgerichtliche Rechtsprechung aber nicht darauf ab, ob die Glaubhaftmachung der Einwendung im konkreten Fall ein anderes Beweismittel erfordert, sondern ob die Einwendung

Kontext zur Frage der Zulässigkeit von Zeugenbescheinigungen.²⁷⁴

In historischer Hinsicht scheinen jedoch immerhin folgende Überlegungen bedeutsam: Bis zum Inkrafttreten der ZPO (2011) war es, unter Beachtung der Vorgaben des SchKG, Aufgabe der Kantone, die Einzelheiten des Rechtsöffnungsverfahrens zu regeln.²⁷⁵ Ob und inwiefern der kantonale Gesetzgeber auch andere Beweismittel als Urkunden zulassen konnte, um Einwendungen glaubhaft zu machen (Art. 82 Abs. 2 SchKG), gilt als ungeklärt.²⁷⁶ Vor dem Hintergrund der älteren bundesgerichtlichen Rechtsprechung aus dem Jahr 1932 erscheint es immerhin klar, dass Beweismittel, welche mit der besonderen Raschheit des Verfahrens nicht vereinbar sind, von Bundesrechts wegen als unzulässig qualifiziert wurden.²⁷⁷ Ein Primat der Urkunde, d.h. dass ausschliesslich diese als bundesrechtlich beweisrechtlich zulässig gelten, lässt sich den ursprünglichen Materialien zum SchKG jedoch nicht entnehmen.²⁷⁸ Die Materialien deuten nur – aber immerhin – an, dass sich das Rechtsöffnungsverfahren von Bundesrechts wegen besonders rasch abwickeln lassen soll und dabei nicht alle Beweismittel zulässig sein sollen.²⁷⁹ Zugleich halten die Materialien fest, dass das kantonale Verfahrensrecht nicht im Widerspruch zur vorgesehenen Geschwindigkeit des Verfahrens stehen darf.²⁸⁰

Sowohl in der kantonalen Praxis als auch von Seiten der kantonalen Gesetzgeber wurden diese Vorgaben und die bundesgerichtliche Rechtsprechung bis zum Inkrafttreten der ZPO offensichtlich – zumindest teilweise – derart verstanden, dass damit auch andere Beweismittel als Urkunden aus der Perspektive des Bundes

rechts zulässig sind, solange sie mit der qualifizierten Raschheit des Verfahrens vereinbar sind. Zu denken ist insbesondere an die Befragung mitgebrachter Zeugen anlässlich einer Rechtsöffnungsverhandlung.²⁸¹

Vorgenannte Grundsätze wurden, soweit aus den Materialien erkennbar, weder durch die Revision des SchKG (1997)²⁸² noch durch die Einführung der ZPO (2011) – und damit Art. 254 Abs. 1 und Abs. 2 lit. a ZPO, welche für das Rechtsöffnungsverfahren zur Anwendung gelangen²⁸³ – in Frage gestellt.²⁸⁴ Letzteres zeigt sich auch daran, dass Art. 84 SchKG – und damit auch dessen Abs. 2, der auf die besondere Raschheit des Rechtsöffnungsverfahrens als seine besondere Eigenart hinweist²⁸⁵ – durch die ZPO nicht revidiert wurde.²⁸⁶ Ausgangspunkt und Hauptpfeiler des Rechtsöffnungsverfahrens bildet damit, nach wie vor, insbesondere Art. 84 SchKG.²⁸⁷

Aufgrund ihrer Qualifikation als Urkunde²⁸⁸ ist die Zulässigkeit der Zeugenbescheinigung ohne Weiteres mit der historischen Auslegung vereinbar. Die Zeugenbescheinigung ist, wie auch bereits im Kontext der teleologischen Auslegung hervorgehoben,²⁸⁹ insbeson-

summarischen Verfahren um dasjenige der Zeugenbescheinigung zu ergänzen (siehe Vorentwurf für ein Bundesgesetz über die schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Zusammenstellung der Vernehmlassungen, 2004 [Internet: <https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/staat/gesetzgebung/archiv/zivilprozessrecht/ve-ber.pdf.download.pdf/ve-ber.pdf> (Abruf 12.6.2020)], 425).

²⁷⁴ In Bezug auf die Materialien zum SchKG erscheint dies wenig erstaunlich, wenn bedacht wird, dass die Verfahrensausgestaltung bis zum Inkrafttreten der ZPO weitgehend den Kantonen überlassen war (oben II.A.3. f.). Entsprechend wurde im Rahmen dieses Beitrags darauf verzichtet, diesbezüglich die weiteren Materialien (namentlich das amtliche Bulletin) systematisch zu analysieren. Darauf wird nachfolgend nicht spezifisch hingewiesen.

²⁷⁵ Oben II.A.3.

²⁷⁶ Oben II.A.3. f.

²⁷⁷ Oben II.A.4., insbesondere im Hinblick auf BGE 58 I 363.

²⁷⁸ Oben II.A.4. und insbesondere FN 103.

²⁷⁹ Vgl. Botschaft SchKG 1888 (FN 41), 1146 f., und daneben oben II.A.4. sowie insbesondere FN 103 f. Siehe ferner zu den Charakteristika des Rechtsöffnungsverfahrens oben II.A.2. Siehe schliesslich zur Geschwindigkeit des Rechtsöffnungsverfahrens auch die Verhandlungen der ständerätlichen Kommission betreffend den vom Bundesrathe am 23. Februar 1886 festgestellten Entwurf eines Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs, BBl 1886 III 605 ff., 682–684.

²⁸⁰ Vgl. Botschaft SchKG 1886 (FN 103), 64 f., jedoch noch im Kontext des vorgesehenen beschleunigten Verfahrens (siehe auch oben FN 103).

²⁸¹ Zum Ganzen oben II.A.4. Die Zulässigkeit weiterer, sofort verfügbarer Beweismittel als bloss der Urkunde – vor dem Inkrafttreten der ZPO – grundsätzlich explizit oder implizit bejahend z.B. OGer AG, 19.10.2000, E. 1b), in: AGVE 2000, Nr. 8; OGer OW, 17.8.2005, E. 3b/aa), in: AbR 2004/05, Nr. 18; OGer AG, 22.12.1942, E. 3a), in: Vierteljahresschrift für Aargauische Rechtsprechung 1942, Nr. 39; App/KassH BE, 9.7.1898, E. 2, in: ZBJV 1898, 349 ff.; App/KassH BE, 3.4.1897, in: Monatsblatt für bernische Rechtsprechung 1897, Nr. 85; OGer AG, 20.4.1893, in: RB OGer AG 1893/1894, Nr. 22; Justizkommission LU, 16.8.1892, in: Archiv 1893, Nr. 136. Siehe ferner für eine Übersicht der zulässigen Beweismittel aus Perspektive der jeweiligen kantonalen Rechte (in zeitlicher Nähe zum Inkrafttreten des SchKG) z.B. BRUNNER (FN 70), 117–119.

²⁸² FN 272.

²⁸³ Siehe zur Anwendung des summarischen Verfahrens oben II.A.3.

²⁸⁴ Art. 254 Abs. 1 und Abs. 2 lit. a ZPO, wonach andere Beweismittel als Urkunden insbesondere dann im summarischen Verfahren zulässig sind, wenn keine Verfahrensverzögerung bewirkt wird (siehe auch oben II.A.4.), sind mit den bezeichneten Grundsätzen des Rechtsöffnungsverfahrens offensichtlich vereinbar (siehe auch oben II.A.2. und II.A.4.). Inwiefern die jüngere bundesgerichtliche Rechtsprechung (oben II.A.4.) mit den bezeichneten Grundsätzen vereinbar ist, muss an dieser Stelle demgegenüber offen bleiben (siehe zur Begründung auch oben III.A. und FN 102). Den Materialien zur ZPO lassen sich keine Hinweise dazu entnehmen, dass das Rechtsöffnungsverfahren an und für sich durch die ZPO verändert werden sollte. Siehe dazu auch EGLI (FN 54), 69 und passim (mit Hinweisen zu Veränderungen aus Sicht der Gerichte, auch im Vergleich zum früheren kantonalen Prozessrecht).

²⁸⁵ Oben II.A.2.

²⁸⁶ Siehe zu den Änderungen des SchKG infolge Einführung der ZPO Art. 402 ZPO i.V.m. Anhang 1 zur ZPO, Ziff. II., Nr. 17.

²⁸⁷ Die Bestimmungen der ZPO, namentlich zum summarischen Verfahren, gelangen lediglich subsidiär – soweit keine Regelung durch das SchKG erfolgt – zur Anwendung. Siehe dazu bereits oben II.A.3.

²⁸⁸ Siehe zur unterstellten Ausgangsthese oben III.A.

²⁸⁹ Oben III.D.

dere ohne Weiteres mit der qualifizierten Raschheit des Rechtsöffnungsverfahrens kompatibel.²⁹⁰ Hinzu kommt, dass vorgenannte Überlegungen nahelegen, dass die Anhörung mitgebrachter Zeugen bis zum Inkrafttreten der ZPO aus bundesrechtlicher Perspektive zulässig war und sich hieran durch die Einführung der ZPO nichts ändern sollte.²⁹¹ Auch um Wertungswidersprüche zum Zeugnis zu vermeiden, drängt sich entsprechend die Zulassung von Zeugenbescheinigungen auf.²⁹²

Die – vorliegend zugegebenermassen wenig ergiebige – historische Auslegung spricht somit zumindest nicht gegen die Zulässigkeit der Verwendung von Zeugenbescheinigungen zur Glaubhaftmachung von Einwendungen (Art. 82 Abs. 2 SchKG).

F. Realistische Auslegung

Wird die provisorische Rechtsöffnung gewährt, so kommt dem gutheissenden Rechtsöffnungsentscheid zwangsvollstreckungsrechtlich die gleiche Wirkung zu, wie wenn nach einem ordentlichen Prozess ein die Klage gutheissendes Urteil vorliegt. Vorbehalten bleibt die Aberkennungsklage (Art. 83 Abs. 2 SchKG), die jedoch nur selten erhoben werden dürfte. Die Gewährung der provisorischen Rechtsöffnung dürfte in der Praxis entsprechend regelmässig zu definitivem Rechtsfrieden führen.²⁹³ Es drängt sich deshalb die Vermutung auf, dass der Rechtsschutz in vielen Fällen aus dem regulären Prozess in das summarische Rechtsöffnungsverfahren verlagert wird. Die Gewährung der provisorischen Rechtsöffnung dürfte für den Schuldner entsprechend oftmals definitive Wirkung entfalten.²⁹⁴

Es ist nicht der Ort, um diese durch das Gesetz begünstigte²⁹⁵ faktische Bedeutung der Gewährung der provisorischen Rechtsöffnung zu beurteilen.²⁹⁶ Diese faktische Bedeutung für den Schuldner darf jedoch im

Rahmen einer realistischen Auslegung²⁹⁷ nicht ausser Acht gelassen werden. Der Umstand drängt dazu, ein besonderes Augenmerk darauf zu haben, dass zwischen den Interessen des Gläubigers und des Schuldners eine angemessene Balance hergestellt wird.²⁹⁸ Nach der hier vertretenen Auffassung ist auch in diesem Umstand ein Argument zu erkennen, welches für die Zulässigkeit der Zeugenbescheinigung sprechen muss: Da die provisorische Rechtsöffnung für den Schuldner regelmässig dasjenige Verfahren darstellt, in dem rein faktisch²⁹⁹ definitiv über die in Frage stehende Forderung entschieden wird, muss dem Schuldner das beweisrechtliche Instrumentarium zur Verfügung gestellt werden, um sich hiergegen – mit allen möglichen Einwendungen – zur Wehr setzen zu können.³⁰⁰ Dies zumindest unter dem Vorbehalt, dass das entsprechende Instrumentarium mit dem Verfahren und seinen Eigenheiten – z.B. der qualifizierten Raschheit³⁰¹ – an und für sich vereinbar ist; ansonsten würde das Rechtsöffnungsverfahren seiner Eigenheiten entleert.³⁰² Da dies bei der Zeugenbescheinigung der Fall ist,³⁰³ spricht dies nach der hier vertretenen Auffassung für die Zulässigkeit der Zeugenbescheinigung.

Die realistische Auslegung spricht somit für die Zulässigkeit der Verwendung von Zeugenbescheinigungen zur Glaubhaftmachung von Einwendungen (Art. 82 Abs. 2 SchKG).

G. Weitere Überlegungen

Es liesse sich ferner die Überlegung anstellen, dass dem Schuldner aus dem Umstand, dass die Zeugenbescheinigung als Beweismittel nicht zugelassen wird, kein Nachteil erwächst, da er sich gegen die Gewährung der provisorischen Rechtsöffnung mittels der Aberken-

²⁹⁰ Entsprechend widerspräche die Zulassung von Zeugenbescheinigungen der genannten historischen Auslegung selbst dann nicht, wenn die Zeugenbescheinigung – anders als unterstellt – nicht als Urkunde qualifiziert würde.

²⁹¹ Die jüngere bundesgerichtliche Rechtsprechung weist indes in eine andere Richtung (oben II.A.4.).

²⁹² Dies wurde bereits im Kontext der systematischen Auslegung diskutiert. Siehe oben III.C.

²⁹³ Siehe zum Ganzen oben II.A.2. f. und II.A.5.

²⁹⁴ Siehe MEIER (FN 18), 185 f. In eine andere Richtung z.B. OGer ZG, BZ 2011 68, 2.2.2012, E. 4.4, in: CAN online 2013, Nr. 34, wonach ein materiell unrichtiger Entscheid im Rahmen der provisorischen Rechtsöffnung nicht besonders schwer wiege, was die faktische Bedeutung offensichtlich ausklammert. Ähnlich auch bereits die Überlegungen in AppGer BS, 30.5.1927, in: SJZ 1928/1929, 219 f. Dies erscheint zumindest für den eine provisorische Rechtsöffnung gewährenden Entscheid – und den Schuldner – zweifelhaft.

²⁹⁵ Die Entstehung des Umstands dürfte namentlich dadurch begünstigt werden, dass den Schuldner die Prozessführungslast und damit auch das initiale Kosten(-vorschuss-)risiko trifft (siehe zu möglichen anderen Gründen MEIER [FN 18], 186 und zu den Eigenheiten der Aberkennungsklage auch die Nachweise oben in FN 35 f.).

²⁹⁶ Siehe hierzu bereits die Nachweise oben in FN 110.

²⁹⁷ Siehe zur realistischen Auslegung z.B. SUSAN EMMENEGGER/AXEL TSCHENTSCHER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Einleitung, Art. 1–9 ZGB, Bd. I/1., Bern 2012, Art. 1 N 325–328.

²⁹⁸ Siehe zu dieser Überlegung bereits oben III.D.

²⁹⁹ Rechtlich wird im Rahmen der provisorischen Rechtsöffnung nicht über die in Frage stehende Forderung befunden (siehe oben II.A.2.).

³⁰⁰ Weitergehend SCHWANDER (FN 34), 382 f., wonach im Verfahren der provisorischen Rechtsöffnung die gleichen Verfahrensgarantien zur Anwendung gelangen sollten wie im regulären Zivilprozess. Ob diesem Befund auch dann zuzustimmen wäre, wenn die Gewährung der provisorischen Rechtsöffnung nicht regelmässig zu definitivem Rechtsfrieden führen würde, muss an dieser Stelle offen bleiben. Siehe hierzu auch die Bemerkungen in BGE 138 III 483 E. 3.2.3. Siehe zu einer ähnlichen Überlegung – aus einer anderen Perspektive – oben III.D.

³⁰¹ Oben II.A.2.

³⁰² Dem in AppGer BS, 30.5.1927, in: SJZ 1928/1929, 219 f., im Hinblick auf die Frage, ob im Rahmen der provisorischen Rechtsöffnung Zeugen anzuhören sind, identifizierten Risiko wäre damit Genüge getan. Kommt hinzu, dass die provisorische Rechtsöffnung und das Aberkennungsverfahren auch ansonsten zahlreiche Unterschiede aufweisen (siehe die Nachweise in FN 35 f.).

³⁰³ Siehe insbesondere oben III.D.

nungsklage zur Wehr setzen kann.³⁰⁴ Diese Überlegung überzeugt bereits deshalb nicht, da das Rechtsöffnungsverfahren in der Praxis regelmässig ein definitives Ergebnis schafft.³⁰⁵ Ferner berechtigt die Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung zu sichernden Massnahmen (provisorische Pfändung bzw. Güterverzeichnis).³⁰⁶ Diese sichernden Massnahmen können bereits an und für sich eine nicht völlig unerhebliche Beeinträchtigung zu Lasten des Schuldners bewirken.³⁰⁷ Mit anderen Worten kann dem Schuldner durch sein Unterliegen im Rechtsöffnungsverfahren sehr wohl unmittelbar ein Nachteil erwachsen.³⁰⁸

Kein Argument für die Zulassung von Zeugenbescheinigungen bildet der Umstand, dass der Schuldner als gesuchsgegnerische Partei das Verfahren der provisorischen Rechtsöffnung nicht angestrebt hat und ihm aus einer etwaigen Beweismittelbeschränkung daher keine Nachteile erwachsen dürfen.³⁰⁹ Die Überlegung überzeugt schon deshalb nicht, da dieser Umstand, d.h. dass eine beklagte Partei das betreffende Verfahren nicht angestrengt hat, schlicht für alle Verfahren und für alle Beweismittelbeschränkungen gilt. Anders ausgedrückt könnten mit dieser Argumentation, wenn sie haltbar wäre, alle Beweismittelbeschränkungen in allen Verfahren aufgegeben werden. Ferner ist zu beachten, dass der Schuldner das Verfahren der provisorischen Rechtsöffnung nicht angestrengt haben mag; er hat aber – zumindest im Regelfall³¹⁰ – auch Tatsachen (mit-)geschaffen, welche das Verfahren erst ermöglichen, d.h. namentlich das Bestehen eines provisorischen Rechtsöffnungstitels (Art. 82 Abs. 1 SchKG). Mit anderen Worten hat er das Verfahren zumindest mittelbar mitverursacht. Auch aus dieser Perspektive überzeugt die bezeichnete Überlegung nicht.

Die weiteren Überlegungen sprechen jedenfalls nicht gegen die Zulässigkeit der Verwendung von Zeugenbe-

scheinigungen zur Glaubhaftmachung von Einwendungen (Art. 82 Abs. 2 SchKG).

H. Ergebnis

Die vorgenannten Aspekte der Auslegung haben gezeigt, dass die Mehrzahl der Auslegungselemente für die Zulässigkeit der Zeugenbescheinigung zur Glaubhaftmachung von Einwendungen (Art. 82 Abs. 2 SchKG) spricht. Gegenteilige Aspekte sind nicht auszumachen. Besonders gewichtig erscheint, dass die Zeugenbescheinigung mit den Eigenheiten des Verfahrens der provisorischen Rechtsöffnung – insbesondere der qualifizierten Raschheit des Verfahrens – ohne Weiteres vereinbar ist. Gleiches gilt dafür, dass die Zeugenbescheinigung in aller Regel nicht dazu dient und nicht dazu dienen kann, das Zeugnis (Art. 177 ZPO) zu umgehen.³¹¹ Hinzu kommt schliesslich, dass auch die – zu vermutende – regelmässige Vorverlagerung des Rechtsschutzes vom regulären Prozess in die provisorische Rechtsöffnung nach der hier vertretenen Auffassung deutlich für das vorgenannte Ergebnis spricht.³¹² An diesem Ergebnis würde sich auch dann nichts ändern, wenn die Zeugenbescheinigung, entgegen der Ausgangsthese, nicht als Urkunde zu qualifizieren sein sollte.

IV. Fazit

Nach der hier vertretenen Auffassung sprechen viele Gründe für – und praktisch keine gegen – die Zulässigkeit der Zeugenbescheinigung zur Glaubhaftmachung von Einwendungen (Art. 82 Abs. 2 SchKG).

³⁰⁴ Vgl. z.B. AppGer BS, 30.5.1927, in: SJZ 1928/1929, 219 f. (im Hinblick auf die Frage, ob im Rahmen der provisorischen Rechtsöffnung Zeugen anzuhören sind).

³⁰⁵ Siehe dazu und zu den diesbezüglichen Hintergründen bereits oben II.A.5. und III.F.

³⁰⁶ Oben II.A.1.

³⁰⁷ Siehe zur faktischen Bedeutung der Sicherungsmittel auch MEIER (FN 18), 186. A.M. z.B. GILLIERON (FN 13), Art. 83 N 13 und daneben AppGer BS, 30.5.1927, in: SJZ 1928/1929, 219 f. (im Hinblick auf die Frage, ob im Rahmen der provisorischen Rechtsöffnung Zeugen anzuhören sind), welches suggeriert, dass in der Anordnung etwaiger sichernder Massnahmen kein Nachteil zu erblicken ist.

³⁰⁸ Ähnlich in Bezug auf die allgemeine Wirkung von Rechtsöffnungsentscheiden SCHWANDER (FN 53), 44.

³⁰⁹ Siehe zu dieser Überlegung MEIER (FN 18), 99 f. (für Verfahren zur Handhabung klaren Rechts des früheren kantonalen Rechts).

³¹⁰ Ein Gläubiger kann das Verfahrens selbstredend auch ohne Bestehen eines provisorischen Rechtsöffnungstitels anstrengen. Ohne provisorischen Rechtsöffnungstitel wird das Gesuch jedoch abgewiesen werden (vgl. Art. 82 Abs. 1 SchKG). Der Schuldner hat in dieser Konstellation auch keinen Bedarf nach einer Zeugenbescheinigung.

³¹¹ Oben III.D.

³¹² Oben III.F.