

Art. 85a Abs. 2 SchKG und eine analoge Anwendung von § 20 lit. c EG SchKG ist aus den erwähnten Gründen abzulehnen.

4.3. Der Entscheid über die vorläufige Einstellung der Betreuung gemäss Art. 85a Abs. 2 SchKG ist per definitionem kein Endentscheid, sondern lediglich ein (vorläufiger) Zwischenentscheid im beschleunigten Verfahren gemäss Art. 85a SchKG (Art. 85a Abs. 3 SchKG), so dass sowohl die Appellation gemäss § 317 ZPO als auch die Beschwerde gemäss § 335 lit. a ZPO von vornherein ausscheiden (§ 318 ZPO ist nicht anwendbar, da die vorläufige Einstellung der Betreuung kein Zwischenentscheid im Sinne von § 274 ZPO ist). In Frage kommt demnach höchstens die Beschwerde gemäss § 335 lit. b ZPO. Danach ist die Beschwerde zulässig gegen prozessleitende Entscheide, wenn sie nach dem Gesetz selbständig weiterziehbar sind, sowie wenn sie gegen grundlegende gesetzliche Bestimmungen verstossen und daraus einer Partei ein schwer wieder gutzumachender Nachteil entsteht. Die erste Eventualität liegt nicht vor, da weder im revidierten Einführungsgesetz zum SchKG noch in der Zivilprozessordnung die Möglichkeit der Weiterziehung der Entscheide nach Art. 85a Abs. 2 SchKG vorgesehen ist. Aber auch eine Beschwerdemöglichkeit nach der zweiten Eventualität ist zu verneinen, da der angefochtene Entscheid des Präsidenten des Bezirksgerichts K. vom 27. Juni 2006 nicht gegen grundlegende gesetzliche Bestimmungen verstösst (AGVE 1997 Nr. 10 S. 51 ff. Erw. 2a).

4 Art. 82 Abs. 2 SchKG; provisorische Rechtsöffnung.

Bestreitet der aus einem synallagmatischen Vertrag verpflichtete Schuldner die Erfüllung der Gegenleistung, ist die Rechtsöffnung zu verweigern, wenn sich die Einwendungen nicht zum vornherein als haltlos erweisen oder vom Gläubiger sofort durch Urkunden widerlegt werden. Auch nach vorbehaltloser Entgegennahme der Sache genügt es, dass der Schuldner Mängel in der Erfüllung substantiiert behauptet, um das Rechtsöffnungsbegehren zu Fall zu bringen, und vom betriebenen Schuldner darf die Glaubhaftmachung einer rechtzeitigen Mängelrüge nicht verlangt werden.

Aus dem Entscheid des Obergerichts, Zivilgericht, 5. Kammer, vom 23. Oktober 2006 in Sachen S.T. gegen L.D.

Aus den Erwägungen

Beim Kaufvertrag handelt es sich um einen synallagmatischen Vertrag, bei dem Leistung (Lieferung der Kaufsache) und Gegenleistung (Bezahlung des Preises) Zug um Zug zu erbringen sind, sich mithin in einem Austauschverhältnis gegenüberstehen (Art. 184 Abs. 1 und 2 OR; Leu, Basler Kommentar, 3. A., Basel/Genf/München 2003, N 4 zu Art. 82 OR; Koller, Basler Kommentar, a.a.O., N 89 zu Art. 184 OR). Die Zug-um-Zug-Regel ist nicht auf die Hauptleistungspflichten beschränkt, sondern gilt für jede in das Austauschverhältnis einbezogene Leistung. So kann der Käufer den Kaufpreis zurückbehalten, wenn der Verkäufer zusätzlich zur Lieferung des Kaufgegenstandes eine kauffremde Nebenpflicht übernommen hat und diese ins Synallagma einbezogen wurde (Koller, a.a.O., N 92 und 96 zu Art. 184 OR; BGE 127 III 199). Ob dies der Fall ist, lässt sich nicht in allgemeiner Weise beantworten. Schweigt die vertragliche Abrede, so ist massgeblich auf die Bedeutung der Nebenpflicht im Vertragsganzen abzustellen. Der Austauschcharakter einer Nebenpflicht ist dann zu bejahen, wenn ohne sie die Hauptleistung erheblich entwertet würde (Leu, a.a.O., N 6 zu Art. 82 OR; Koller, a.a.O., N 72 zu Art. 184 OR; Weber, Berner Kommentar, Bern 2005, N 91 zu Art. 82 OR).

Ein synallagmatischer Vertrag, bei dem sich Leistung und Gegenleistung der beiden Parteien in einem Austauschverhältnis gegenüberstehen, gilt als Schuldanerkennung im Sinne von Art. 82 Abs. 1 SchKG, wenn er die Zahlungsverpflichtung des betriebenen Schuldners enthält. Diese ist bei vertraglicher Vorleistungspflicht des Betriebenen unbedingt, sonst jedoch nur bedingt, weil der Schuldner seine Leistung nur für den Fall verspricht, dass er die Gegenleistung erhalten hat bzw. sie ihm zumindest angeboten wurde (Art. 82 OR; Meyer, Die Rechtsöffnung auf Grund synallagmatischer Schuldverträge, Diss. Zürich 1979, S. 50 f.; Stücheli, Die Rechtsöffnung, Diss.

Zürich 2000, S. 341; Staehelin/Bauer/Staehelin, Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Basel/Genf/München 1998, N 99 zu Art. 82 SchKG). Wird die Erfüllung der Gegenleistung vom betriebenen Schuldner bestritten, ist die Rechtsöffnung zu verweigern, wenn sich die Einwendungen nicht zum vornherein als haltlos erweisen oder vom Gläubiger sofort durch Urkunden widerlegt werden (AGVE 1989, S. 47 mit Hinw.; Meyer, a.a.O., S. 51; Stücheli, a.a.O., S. 342; Staehelin/Bauer/Staehelin, a.a.O., N 99 zu Art. 82 SchKG). Haltlosigkeit ist dann anzunehmen, wenn sich der behauptete Einwand auf Grund der Gesamtumstände ohne weiteres als unzutreffend erweist oder wenn er angesichts klarer gegenteiliger Anhaltspunkte in erhöhtem Mass unglaubwürdig wirkt. Mithin darf Haltlosigkeit der schuldnerischen Einwände nicht leichtfertig bejaht werden, also nicht bereits dann, wenn die Wahrheit der Vorbringen als zweifelhaft erachtet wird (Stücheli, a.a.O., S. 342 f.). Die Behauptung der Mangelhaftigkeit der Gegenleistung muss aber, wenn nicht glaubhaft gemacht, so doch substantiiert werden, ansonsten sie als haltlos zu bezeichnen wäre (Staehelin/Bauer/Staehelin, a.a.O., N 105 zu Art. 82 SchKG). Andere Einwendungen, die nicht die Erfüllung der Gegenleistung betreffen, sind gemäss Art. 82 Abs. 2 SchKG vom Schuldner glaubhaft zu machen (AGVE 1989, S. 47 mit Hinw.; Meyer, a.a.O., S. 51; Stücheli, a.a.O., S. 342; Staehelin/Bauer/Staehelin, a.a.O., N 106 zu Art. 82 SchKG). Ebenfalls glaubhaft zu machen hat der Schuldner, dass die Gegenleistung in einem Austauschverhältnis zu seiner eigenen Leistung steht (Staehelin/Bauer/Staehelin, a.a.O., N 101 und N 104 zu Art. 82 SchKG). Ob liegen dem Schuldner, der die Leistung entgegengenommen hat, Prüfungs- und Rügepflichten, so genügt nach Auffassung eines Teils der Lehre und kantonalen Rechtsprechung das Bestreiten der Ordnungsmässigkeit der Gegenleistung nicht, sondern der Schuldner muss zudem glaubhaft machen, dass er rechtzeitig Mängelrüge erhoben hat (Staehelin/Bauer/Staehelin, a.a.O., N 104 zu Art. 82 SchKG mit Hinweisen). Damit soll dem Umstand Rechnung getragen werden, dass die Mängelfreiheit ohne Mitwirkung des Schuldners kaum je beweisbar wäre, zumal sich das Beweisobjekt in der Sphäre des Schuldners befindet (Meyer, a.a.O., S. 58 ff.; PKG 189, S. 134 ff.) Diese Argu-

mentation lässt ausser Acht, dass es in der Natur der provisorischen Rechtsöffnung liegt, dem Gläubiger nur dann zu einer raschen Beseitigung des Rechtsvorschlages zu verhelfen, wenn der Bestand seiner Forderung ausgewiesen ist. Ein allfälliger Beweisnotstand darf daher nicht zu einer Umkehr der Beweislast bezüglich Bestand des Rechtsöffnungstitels führen, da dem Gläubiger für die Durchsetzung nicht liquider Forderungen das ordentliche Zivilverfahren zur Verfügung steht (Stücheli, a.a.O., S. 344).

Gemäss Kaufvertrag vom 2. Juli 2005 und übereinstimmender Darstellung der Parteien vor Vorinstanz haben diese auch die Montage der veräusserten Kühlvitrine und Kühlzelle durch den Kläger vereinbart. In der Beschwerdeschrift gestand der Kläger sodann zu, dass in der Kühlvitrine der Motor nicht eingebaut war. Er habe dem Beklagten gesagt, dass der Motor von Fachleuten eingebaut werden müsse; am 3. Juli 2005 habe er die Montage der Kühlzelle vorgenommen und soweit als möglich auch die Kühlvitrine installiert; damit habe er seine sämtlichen Pflichten aus dem Vertrag erfüllt. Soweit mit diesen erstmals vor Obergericht vorgebrachten Ausführungen des Klägers die Sachdarstellung des Beklagten vor Vorinstanz bestätigt wird, steht ihrer Berücksichtigung nichts entgegen, da Zugeständnisse im Gegensatz zu neuen Angriffs- und Verteidigungsmitteln nicht Gegenstand des zweitinstanzlichen Novenverbotes bilden. Es ist daher mit dem Beklagten davon auszugehen, dass in der gekauften Kühlvitrine der Motor nicht eingebaut war und der Kläger diese Montagearbeit auch nicht nachträglich vorgenommen hat. Es erscheint im Weiteren als glaubhaft gemacht, dass der Einbau des Kühlmotors als im Austauschverhältnis zur Bezahlung des Kaufpreises stehende Vertragsleistung des Klägers zu gelten hat, nachdem die Montage der veräusserten Objekte ausdrücklich und vorbehaltlos im Kaufvertrag vereinbart war und eine Kühlvitrine ohne Motor notorischerweise betriebsuntauglich ist. Bei dieser Sachlage kann offenbleiben, ob es sich bei der Montage um eine vertragliche Haupt- oder Nebenleistungspflicht des Klägers handelte. Entgegen der Auffassung von Kläger und Vorinstanz kann sodann, wie vorab dargelegt, vom Beklagten nicht die Glaubhaftmachung einer rechtzeitigen Mängelrüge verlangt werden. Auch nach vorbehaltloser Entgegennahme

der Sache, genügt es vielmehr, dass der Schuldner Mängel in der Erfüllung substantiiert behauptet, um das Rechtsöffnungsbegehren zu Fall zu bringen (Stücheli, a.a.O., S. 344).