

APH-08 338, publiziert September 2008

Entscheid der 2. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Bern,

unter Mitwirkung von Oberrichter Bühler (Referent), Oberrichterin Wüthrich-Meyer,
Oberrichterin Pfister Hadorn sowie Kammerschreiber Warth

vom 19. August 2008

hat in der Streitsache zwischen

G.-bank, (...)

vertreten durch Fürsprecher X.

Gesuchstellerin/Appellantin

(nachstehend: Gesuchstellerin)

und

B, (...)

vertreten durch Fürsprecher Z.

Gesuchsgegnerin/Appellatin

(nachstehend: Gesuchsgegnerin)

Regeste:

Provisorische Rechtsöffnung gestützt auf zwei Schuldbriefe, welche in oberer Instanz im Original eingereicht wurden.

Aufgrund einer von der Gesuchsgegnerin gemachten Zustimmung auf einem von ihrem Ehegatten als Partei unterzeichneten Sicherungsübereignungsvertrag verpflichtet sie sich in Anwendung von Art. 166 ZGB solidarisch für die Schuldbriefforderung. Das Pfandrecht lastet auf Grundstücken, welche sich im Eigentum des Ehemannes befinden. Ein Drittpfand liegt aber nicht vor, da sich die Schuldbriefforderung auch gegen den Ehemann richtet (vgl. Art. 845 ZGB).

Redaktionelle Vorbemerkungen:

Die Gesuchstellerin beantragte in ihrem Gesuch, es sei ihr im Sinne von Art. 82 SchkG die provisorische Rechtsöffnung für folgende Beträge zu gewähren:

Fr. 525'000.00 nebst Zins zu 2.875 % seit 01.07.2007

Fr. 5'031.20 Zinsausstand per 30.06.2007

Fr. 30.60 Verzugszins bis 30.06.2007

Fr. 65'000.00 nebst Zins zu 4.5% seit 01.07.2007

Fr. 243.75 Zins vom 31.05.2007 bis 30.06.2007

Fr. 300.00 Kosten des Zahlungsbefehls Nr. XXXXXXXX

Fr. 80.00 Inkassospesen

Der Gerichtspräsident wies das Rechtsöffnungsgesuch mit Entscheid vom 19. Juni 2008 ab. Gegen diesen Entscheid appellierte die Gesuchstellerin am 30. Juni 2008 und beantragte, es sei ihr die provisorische Rechtsöffnung für einen Betrag von Fr. 525'000.00 nebst Zins zu 2.875% seit 01.07.2007, einen Betrag von Fr. 65'000.00 nebst Zins zu 4.5% seit 01.07.2007 und für ausstehende Zinsen im Betrag von insgesamt Fr. 5'274.95 sowie für Grundpfandrechte, verkörpert in den zwei Namens-Schuldbriefen von Fr. 600'000.00 im 1. Rang, lastend auf den Grundstücken Gbbl.-Nr. YYY-10 (Stockwerkeigentum), Gbbl.-Nr. YYY-15-10 (Miteigentumsanteil) und YYY-15-11 (Miteigentumsanteil), alle Gemeinde Y., und von Fr. 200'000.00 im 2. Rang, lastend auf dem Grundstück Gbbl.-Nr. YYY-10 (Stockwerkeigentum), Gemeinde Y., zu erteilen. Oberinstanzlich reichte die Gesuchstellerin die beiden Schuldbriefe im Original ein.

Auszug aus den Erwägungen:

I. Prozessgeschichte

(...)

II. Formelles

1. Gemäss Art. 336 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 317 Ziff.4 ZPO sind Rechtsöffnungsentscheide appellabel, sofern der Streitwert mindestens Fr. 8'000.00 beträgt. Der Wert des Streitgegenstandes ist nach dem zu bestimmen, was der Kläger in seinem Begehren fordert, ohne Hinzurechnung der Zinsen und Kosten (vgl. Art. 138 ZPO), wobei für die Zulässigkeit der Appellation derjenige Streitwert massgebend ist, welcher dem erstinstanzlichen Entscheid zugrunde gelegen hat (vgl. Art. 141 ZPO). Der Streitwert beträgt somit vorliegend Fr. 590'000.00 (vgl. pag. 1). Beim Entscheid des Gerichtspräsidenten (...) des Gerichtskreises Biel-Nidau vom 19.06.2008 handelt es sich um ein appellables Anfechtungsobjekt.

(...)

4. Eine Änderung der Klagebegehren, wonach mehr oder anderes verlangt wird, ist ohne Einwilligung der Gegenpartei nach Eintritt der Rechtshängigkeit nur zulässig, wenn gestützt auf den nämlichen Klagegrund an Stelle des ursprünglichen Anspruches ein anderer oder ein mit dem geltend gemachten im Zusammenhang stehender weitere Anspruch erhoben wird (vgl. Art. 94 Abs. 1 ZPO). Bleibt wie vorliegend somit der dem Gesuch zugrunde liegende Tatsachenkomplex identisch, durfte die Gesuchstellerin ohne weiteres erst in oberer Instanz auch noch Rechtsöffnung für das Grundpfandrecht verlangen (vgl. pag. 1, 44).
5. Die Parteien haben alle Angriffs- und Verteidigungsmittel auf einmal vorzubringen (Art. 92 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Unter Angriffs- und Verteidigungsmittel sind alle materiellen und prozessualen Rechtsbehelfe zu verstehen, Behauptungen und Erklärungen tatsächlicher Natur, Bestreitungen und Einreden, Beweismittel, nicht dagegen Rechtsbegehren, Rechtserörterungen und Widerklagen (vgl. Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, a.a.O., N

1b ad Art. 92; Kellerhals/Güngerich/Berger, a.a.O. , N 03.28; Kummer, Grundriss des Zivilprozessrechts, 4. Auflage, S. 83). Den Parteien ist gestattet die Angriffs- und Verteidigungsmittel bis und mit den ersten Parteivorträgen in der Hauptverhandlung der ersten Instanz zu ergänzen oder zu berichtigen. Dies gilt sinngemäss auch für ein Summarverfahren und ist dort besonders strikte zu handhaben (vgl. Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, a.a.O., N 1a ad Art. 93). Nach diesem Zeitpunkt – also auch in appellatorio (vgl. Kellerhals/Güngerich/Berger, a.a.O., N 03.28) – können neue Angriffs- und Verteidigungsmittel nur gehört werden, wenn die Partei genügend Entschuldigungsgründe für die nachträgliche Geltendmachung glaubhaft macht oder der Richter die Anbringen gemäss Art. 89 ZPO von Amtes wegen berücksichtigt (vgl. Art. 93 Abs. 1 ZPO). Gemäss Beschluss des Appellationshofes vom 12.03.1999 sind bei Rechtsöffnungen aus prozessökonomischen Überlegungen vom Appellanten eingereichte unechte Noven in oberer Instanz zu berücksichtigen, wenn sich aus ihnen zweifelsfrei die Unrichtigkeit des erstinstanzlichen Entscheids ergibt (vgl. Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, a.a.O., N 4 ad 93; APH 07 628).

Der Richter kann in jedem Stadium des Prozesses von Amtes wegen zur Ergänzung oder wahrheitsgemässen Feststellung des Tatbestandes die ihm notwendig erscheinenden Beweisverfügungen treffen. Die amtliche Beiziehung von Beweismitteln ist in jedem Stadium des Verfahrens tunlich (vgl. Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, a.a.O., N 3 ad Art. 89), somit entgegen der Ansicht der Gesuchsgegnerin auch nach Ablauf der Rechtsmittelfrist möglich (vgl. pag. 71). Vorliegend erachtete die Vorinstanz es als nicht erstellt, dass der Gesuchsgegnerin die Kündigung zugegangen war und liess im übrigen durchblicken, es hätten auch die Schuldbriefe im Original vorgelegt werden müssen (vgl. pag. 34). Nachdem ein er Rechtsöffnung materielle Rechtskraft nur in der hängigen Betreibung zukommt, der Gläubiger also jederzeit zum identischen Streitgegenstand eine neue Betreibung anheben kann, erachtet es die Kammer als prozessökonomisch, diese nunmehr in oberer Instanz eingereichten Beweismittel von Amtes wegen beizuziehen. Es handelt sich um die Einschreibequittung vom 07.06.2007, den Empfangsnachweis vom 13.06.2008 (APB 6, 7) sowie den Namensschuldbrief im Original im Nominalwert von Fr. 600'000.00, lastend im 1. Rang auf Y. Gbbl.-Nr. YYY-10, YYY-15-10, YYY-15-11 und Namensschuldbrief im Original im Nominalwert von Fr. 200'000.00, lastend im 2. Rang auf Y. Gbbl.-Nr. YYY-10.

III. Sachverhalt

1. Am 08.01.1997 wurde auf den Grundstücken Y. Gbbl. -Nr. YYY-10, YYY-15-10, YYY-15-11 ein Grundpfand im 1. Rang in der Form eines Namensschuldbriefes über Fr. 600'000.00 errichtet (vgl. GB 6).
2. Am 29.10.1997, ersetzt am 12.09.2000, wurde auf dem Grundstück Y. Gbbl.-Nr. YYY-10 ein Namen-Schuldbrief im 2. Rang in der Form eines Namensschuldbriefes über Fr. 200'000.00 errichtet (vgl. GB 7).
3. Die Gesuchstellerin schloss mit der Gesuchsgegnerin und dessen Ehemann (E.) als solidarisch haftende Schuldner am 31.08.2000 einen Darlehensvertrag im Betrag von Fr. 100'000.00 zu 4.5%, wobei die Bank berechtigt ist, den Zinssatz nach Voranzeige jederzeit den Marktverhältnissen anzupassen (vgl. GB 4 = APB 2).

4. Das Darlehen über Fr. 100'000.00 und angebliche weitere Darlehen über Fr. 550'000.00 und Fr. 30'000.00 sowie sämtliche gegenwärtigen und künftigen Forderungen wurden mit Sicherungsübereignungsvertrag vom 12.10.2001 gesichert. Darin verpflichtete sich E. als Sicherungsgeber und Berechtigter die vorerwähnten Namensschuldbriefe über Fr. 600'000.00 und Fr. 200'000.00 der Gesuchstellerin zu Eigentum zu übertragen. Die Gesuchsgegnerin unterschrieb als Ehegattin (vgl. GB 5)
5. Am 31.12.2004 schloss die Gesuchstellerin mit der Gesuchsgegnerin und dessen Ehemann als solidarisch haftende Schuldner einen Darlehensvertrag im Betrag von Fr. 534'000.00 zu 2.875 % Zins pro Jahr und Fr. 146'000.00 zu 3.875 % Zins pro Jahr. Der Darlehensvertrag ersetzte einen Vertrag vom 03.09.2004, welcher der Kammer nicht vorliegt (vgl. GB 2 = APB 3).
6. Das Darlehen über Fr. 680'000.00 sowie sämtliche gegenwärtigen und künftigen Forderungen wurden mit Sicherungsübereignungsvertrag vom 31.12.2004 gesichert. Darin verpflichtete sich E. als Sicherungsgeber und Berechtigter aus Schuldbriefen die erwähnten Namensschuldbriefe über Fr. 600'000.00 und Fr. 200'000.00 der Gesuchstellerin zu Eigentum zu übertragen. Die Gesuchsgegnerin unterschrieb als zustimmender Ehepartner (vgl. GB 3). Weil dieser Sicherungsübereignungsvertrag die Sicherung sämtliche gegenwärtigen Forderungen nennt und die Gesuchstellerin bereits mit Sicherungsübereignungsvertrag vom 12.10.2001 Eigentümerin der erwähnten zwei Schuldbriefe wurde, ersetzt der Sicherungsübereignungsvertrag vom 31.12.2004 offenbar denjenigen vom 12.10.2001 (vgl. GB 3, 5).
7. Im März 2005 lösten die Gesuchsgegnerin und E. den gemeinsamen Haushalt auf (vgl. APH 06 524, pag. 19).
8. Im Schreiben vom 06.06.2007 an die Gesuchsgegnerin und dessen Ehemann kündigte die Gesuchstellerin die Darlehensverträge per sofort und die Schuldbriefe per 30.06.2007 (vgl. GB 8). Dieses Kündigungsschreiben nahm die Gesuchsgegnerin am 13.06.2007 in Empfang (vgl. APB 5, 6, 7).
9. E. ist Alleineigentümer der mit den beiden Schuldbriefen belasteten Grundstücken (vgl. Grudis, Art. 970 Abs. 4 ZGB). Als Gläubiger ist auf beiden Schuldbriefen die G.-bank indossiert (vgl. GB 6, 7).

IV. Materielles

1. Bei der Sicherungsübereignung wird im Unterschied zum direkten Grundpfandrecht und in Anwendung von Art. 855 Abs. 2 ZGB die Grundforderung nicht noviert (vgl. Staehelin, in: AJP/PJA 10/94, Betreuung und Rechtsöffnung beim Schuldbrief, S. 1256 [im folgenden: Staehelin, a.a.O.]). In einer Betreuung auf Grundpfandverwertung, welche zuerst realisiert werden muss, wird dennoch nur die Schuldbriefforderung in Betreuung gesetzt (vgl. Staehelin, a.a.O., S. 1260, 1265; vgl. Staehelin, in: Honsell/Vogt/Geiser, Zivilgesetzbuch II (Basler Kommentar), N 20, 23 ad Art. 855).

Vorliegend handelt es sich um eine Sicherungsübereignung, da die Parteien vereinbarten, die Bank sei auch berechtigt, anstelle des ihr zu Eigentum übertragenen Schuldbriefs die damit gesicherte Forderung geltend zu machen (vgl. GB 3 Ziff. 3 Abs. 2). Zudem wurde korrekterweise eine Betreibung auf Grundpfandverwertung initiiert (vgl. GB 1) und damit die Schuldbriefforderung und nicht die Grundforderung (Darlehensforderung) in Betreibung gesetzt.

2. Beruht die Forderung auf einer durch öffentliche Urkunde oder durch Unterschrift bekräftigten Schuldanerkennung, so kann der Gläubiger die provisorische Rechtsöffnung verlangen. Das Gericht spricht die provisorische Rechtsöffnung aus, sofern der Betriebene nicht Einwendungen, welche die Schuldanerkennung entkräften sofort glaubhaft macht (Art. 82 SchKG). Im Falle einer Sicherungsübereignung können sich die Einwendungen auch auf das Grundverhältnis beziehen (vgl. Art. 872 ZGB; vgl. Staehelin, a.a.O., S. 1259).
3. Ein Schuldbrief stellt eine öffentliche Urkunde dar, welche die Anerkennung einer bestimmten Schuld und die Haftung eines Grundstückes als Pfand dafür ausweist. Der Schuldbrief kann daher als provisorischer Rechtsöffnungstitel sowohl für die Forderung als auch für das Pfandrecht in der Höhe des verkündeten Betrages qualifiziert werden (vgl. Stücheli, a.a.O., S. 377). Bei der Sicherungsübereignung ist, wie vorliegend in oberer Instanz erfolgt, der Schuldbrief als Wertpapier im Original vorzulegen (vgl. Art. 868 Abs. 1 ZGB; vgl. Stücheli, a.a.O., S. 380f.; Staehelin, in: Staehelin/Bauer/Staehelin, SchKG I, N 82 ad Art. 82).
4. Schuldner der Schuldbriefforderung ist grundsätzlich nur die auf dem Schuldbrief vermerkte Person. Ist kein Schuldner vermerkt, bildet der Schuldbrief für sich alleine keinen Rechtsöffnungstitel. Der Kläger hat alsdann die Schuldnerstellung des Betriebenen durch eine weitere öffentliche Urkunde oder durch eine private Schuldanerkennung zu belegen (vgl. Stücheli, a.a.O., S. 381).

Der Schuldner geht aus den eingereichten Schuldbriefen nicht hervor (vgl. GB 6, 7). Aus dem Sicherungsübereignungsvertrag geht aber hervor, dass die Bank berechtigt ist, die Schuldbriefforderungen nebst drei verfallenen Jahreszinsen und dem laufenden Zins jeweils bis zur Höhe des Maximalzinssatzes geltend zu machen (vgl. GB 3 Ziff. 3 Abs. 1, vgl. auch GB 5 Ziff. 3). Als Partei dieses Vertrages aufgeführt sind E., der Ehemann der Gesuchsgegnerin, und die Gesuchstellerin. Die Gesuchsgegnerin gab ihre Zustimmung zum Sicherungsübereignungsvertrag (vgl. GB 3, vgl. auch GB 5). Dies war zu einem Zeitpunkt, als der gemeinsame Haushalt noch nicht aufgelöst war (vgl. APH 06 524, pag. 19). Bei der Bezahlung der Schuldbriefforderungen handelt es sich um ein übriges Bedürfnis der Familie i.S.v. Art. 166 Abs. 2 ZGB. Mit ihrer Zustimmung auf dem Sicherungsübereignungsvertrag wurde die Gesuchsgegnerin somit für die beiden Schuldbriefforderungen solidarisch haftbar (vgl. Art. 166 Abs. 2 Ziff. 1, Art. 166 Abs. 3 ZGB; vgl. Hegnauer/Breitschmid, Grundriss des Eherechts, 4. Auflage, N 18.16; APH 07 104). Entgegen der Ansicht der Gesuchsgegnerin war hierzu keine Bürgschaft notwendig (vgl. pag. 75). Die Gesuchsgegnerin ist nebst ihrem Ehemann aus der Schuldbriefforderung verpflichtet und damit passivlegitimiert (vgl. Art. 144 Abs. 1 OR). Die Schuldbriefforderung ist grundpfändlich an den Grundstücken Y. Gbbl.-Nr. YYY-10, YYY-

15-10, YYY-15-11 sichergestellt (vgl. Art. 842 ZGB), ohne dass ein Drittpfand bestünde (vgl. Art. 845 Abs. 1 ZGB).

Die Gesuchsgegnerin hat mit ihrer Unterschrift im übrigen zugestimmt, dass die Wohnung der Familie im Rahmen einer Betreibung auf Pfandverwertung zwangsverwertet werden könnte (vgl. Schwander, in: Honsell/Vogt/Geiser, Zivilgesetzbuch II (Basler Kommentar), N 16 ad Art. 169). Insofern liegt auch ein Anwendungsfall von Art. 169 ZGB vor, den die Gesuchsgegnerin erwähnte (vgl. pag. 73).

5. Bei einer Sicherungsübereignung müssen sowohl die Grund- als auch die Schuldbriefforderung im Zeitpunkt der Betreibung fällig gewesen sein (vgl. Stücheli, S. 381f). Dies hat die Vorinstanz verneint, da die Kündigung nicht in den Machtbereich der Gesuchsgegnerin gelangt sei (vgl. pag. 34).

Bei einer Sicherungsübereignung, bei welcher wie in casu das Grundverhältnis nicht noviert wird, können die gesetzlichen Kündigungsbestimmungen gemäss Art. 844 ZGB von den Parteien vorgängig abgeändert werden. Es kann insbesondere vereinbart werden, dass die Fälligkeit der gesicherten Forderung die Fälligkeit der Schuldbriefforderung bewirkt (vgl. Staehelin, a.a.O., S. 1265f). Solche Abreden sind in den AGBs der Banken üblich und es bedarf keiner öffentlichen Beurkundung (vgl. Stücheli S. 382, BGE 123 III 98f.).

Im Sicherungsübereignungsvertrag vom 31.12.2004 wird festgehalten, dass bezüglich der Kündigungsfristen für die als Sicherheit übereignete Schuldbriefe die gleichen Bedingungen gelten, wie für die sichergestellte Grundforderung (vgl. GB 3 Ziff. 7, vgl. auch GB 8 Ziff. 7). Dies stellt somit eine gültige Vereinbarung dar.

Gemäss Darlehensvertrag kann eine sofortige Kündigung erfolgen, wenn der Schuldner mit einer Zins oder Amortisationszahlung mehr als 30 Tage im Rückstand ist (vgl. GB 2 Ziff. 8, GB 4 Ziff. 8). Die Gesuchsgegnerin vertritt die Auffassung, sie habe nur für Zinsen und Amortisationen aus dem Darlehensvertrag über Fr. 100'000.00 aufkommen müssen, nur ihr Mann sei seinen Zahlungsverpflichtungen gegenüber der Gesuchstellerin nicht nachgekommen (vgl. pag. 73f, GB 4). Sie verkennt, dass sie mit ihrem Ehemann solidarisch auch für den Darlehensbetrag von total Fr. 680'000.00 haftet (vgl. GB 2, 4 pag. 73). Zusammen mit dem Kündigungsschreiben ist somit glaubhaft, dass die Gesuchsgegnerin und ihr Ehemann den Zahlpflichten nicht nachkam (vgl. GB 8), weshalb ohne weiteres die Kündigung des Darlehensvertrages per sofort und der beiden Schuldbriefe per 30.06.2007 erfolgen konnte (vgl. GB 8).

Nachdem in oberer Instanz nun aber der Zugang der Kündigung der Darlehensverträge und der beiden Schuldbriefe per 30.06.2007 bei der Gesuchstellerin am 13.06.2007 nachgewiesen worden ist (vgl. APB 5, 6, 7), waren die Forderungen bei Anhebung der Betreibung im Oktober 2007 fällig (vgl. GB 9).

6. Nach den gemachten Ausführungen ist die provisorische Rechtsöffnung im Umfang des beantragten Kapitals von Fr. 525'000.00 und Fr. 65'000.00 als auch für das Pfandrecht (vgl. Art. 818 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB) zu erteilen.

7. Die Art. 818 ZGB und Art. 819 ZGB bestimmen den Betrag, bis zu welchem das Grundpfand bei einem genügenden Verwertungsergebnis Sicherheit für die Forderung bietet. Dazu gehören auch die drei zur Zeit der Konkursöffnung oder des Pfandverwertungsbegehrens verfallenen Jahreszinse und den seit dem letzten Zinstag laufenden Zins (vgl. Art. 818 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB).

Wenn in einem Schuldbrief ein Maximalzinsfuss angegeben wird, so bildet der Schuldbrief hierfür keinen Rechtsöffnungstitel. In einem solchen Fall muss eine vom Schuldner unterschriebene, separate Vereinbarung eingereicht werden. Die separaten Vereinbarungen gelten als provisorischer Rechtsöffnungstitel, sofern sie unterzeichnet sind (vgl. Staehelin, a.a.O., S. 1266). Vorliegend geben die beiden Schuldbriefe nur einen Maximalzinsfuss von 8% an, doch kann in den Darlehensverträgen die entsprechende Vereinbarung erblickt werden. Für das Restdarlehen von Fr. 65'000.00 beträgt er 4.5% und für das Restdarlehen von Fr. 525'000.00 beläuft er sich auf 2.875%. Diese Verträge hat die Gesuchsgegnerin als Solidarhaftende unterzeichnet (vgl. GB 2, 4). Die aufgelaufenen Schuldbriefzinse sind von der Gesuchstellerin glaubhaft dargelegt (vgl. GB 1, 8) und werden von der Gesuchsgegnerin nicht explizit bestritten. Für die Schuldbriefzinsen und das entsprechende Pfandrecht kann provisorische Rechtsöffnung erteilt werden. Es handelt sich somit um folgende Beträge (vgl. GB 1, 8, pag.1):

- Zinsausstand von Fr. 5'274.95 (Fr. 5'031.20 plus Fr. 243.75)
- Zins zu 2.875 % auf Fr. 525'000.00 seit 30.06.2007
- Zins zu 4.5% auf Fr. 65'000.00 seit 30.06.2007

8. In oberer Instanz werden nunmehr seitens der Gesuchstellerin weder Verzugszins, Inkassospesen noch die Kosten des Zahlungsbefehls geltend gemacht (vgl. pag. 1, 44).

Für die letzteren könnte die Rechtsöffnung ohnehin nicht erteilt werden, da sie in der Betreuung vorab erhoben werden können (vgl. Art. 6 8 Abs. 2 SchKG).

(...)

Hinweis:

Der Entscheid ist in Rechtskraft erwachsen.

