

APH 08 452, publiziert Oktober 2008

Entscheid der 1. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Bern,

unter Mitwirkung von Oberrichterin Lüthy-Colomb (Präsidentin), Oberrichter Kunz und Oberrichterin Pfister Hadorn sowie Kammerschreiberin Wehren

vom 25. September 2008

in der Streitsache zwischen

A.

vertreten durch Fürsprecher X.

Beschwerdeführer

und

Gerichtspräsident B.

Beschwerdegegner

Regeste:

- Art. 83 Abs. 2 SchKG, Aberkennungsklagefrist
- Wenn gegen einen provisorischen Rechtsöffnungsentscheid ein ordentliches Rechtsmittel, mithin die Appellation, ergriffen wird, so ist die Zustellung des oberinstanzlichen Entscheides fristauslösend für die Aberkennungsklage, und zwar unabhängig davon, ob ein Entscheid (vorläufig) vollstreckbar ist.

Vom Zeitpunkt der Zustellung des oberinstanzlichen Rechtsöffnungsentscheides an stellt die negative Feststellungsklage gemäss Art. 85a SchKG eine fristgerecht eingereichte Aberkennungsklage im Sinne von Art. 83 Abs. 2 SchKG dar.

Wird vor der Zustellung des oberinstanzlichen Rechtsöffnungsentscheids ein Ladungsbegehren zum Aussöhnungsversuch gestellt, so darf dieses vom Gerichtspräsidenten nicht zurückgewiesen werden, denn faktisch liegt eine negative Feststellungsklage im Sinne von Art. 85a SchKG vor, die jederzeit erhoben und deshalb nicht als verfrüht bezeichnet werden kann. Der Rückweisungsentscheid der Vorinstanz stellte somit faktisch eine Rechtsverweigerung im Sinne von Art. 374 Ziff. 1 ZPO dar, weshalb die Beschwerde gutzuheissen war.

Redaktionelle Vorbemerkungen:

Mit Entscheid vom 8. Juli 2008 wurde erstinstanzlich die provisorische Rechtsöffnung gegen den Beschwerdeführer erteilt. Gegen diesen Entscheid erhob der Beschwerde-

führer mit Schreiben vom 21. Juli 2008 die Appellation. Am 23. Juli 2008 stellte der Beschwerdeführer sodann beim Gerichtspräsidenten B. das Ladungsgesuch zum Aussöhnungsversuch betreffend Aberkennungsklage gemäss Art. 83 Abs. 2 SchKG. Mit Verfügung vom 18. August 2008 wies der Gerichtspräsident B. das Ladungsgesuch zum Aussöhnungsversuch zurück mit der Begründung, die Frist gemäss Art. 83 Abs. 2 beginne erst mit der Eröffnung des Rechtsöffnungsentscheids der oberen kantonalen Instanz zu laufen. Der Beschwerdeführer erhob gegen den Rückweisungsentscheid mit Eingabe vom 1. September 2008 die Appellation.

Diese Appellationserklärung wurde als Beschwerde entgegengenommen, da der angefochtene Rückweisungsentscheid kein Endurteil darstellt und deshalb weder die Appellation noch die Nichtigkeitsklage zur Verfügung stehen.

Auszug aus den Erwägungen:

I.

(...)

II.

(...)

III.

1. Mit Beschwerde gemäss Art. 374 Ziff. 1 ZPO kann gerügt werden, eine Gerichtsperson habe sich geweigert, eine ihr nach Gesetz obliegende Handlung vorzunehmen oder deren Vornahme unbefugt verzögert. Lehnt der Richter eine beantragte Handlung mit unzutreffender Begründung ab oder verfügt oder entscheidet er falsch, so stellt dies an sich weder eine Rechtsverweigerung noch eine ungebührliche Behandlung der betroffenen Partei dar. Die Beschwerde dient in solchen Fällen als „Notrechtsmittel“ (Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, a.a.O. N 1.d zu Bem. vor Art. 374 ZPO). Wenn ein richterlicher Akt somit im praktischen Resultat zu einer Rechtsverweigerung führt, so ist er gestützt auf Art. 374 Ziff. 1 ZPO ebenfalls mit Beschwerde anfechtbar, sofern er qualifiziert unrichtig ist, d.h. aus unsachlichen oder solchen Gründen erfolgt, deren Unrichtigkeit bei gehöriger Aufmerksamkeit erkennbar gewesen wäre. Wird die Durchführung eines Aussöhnungsversuchs wegen fehlender örtlicher Zuständigkeit verweigert oder die Klage kurz vor Ablauf der Verwirkungsfrist zurückgewiesen, so muss die Beschwerdeinstanz ausnahmsweise über freie Kognition verfügen, da andernfalls eine rechtsstaatlich nicht akzeptable Rechtsverweigerung die Folge wäre. (Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, a.a.O., N 2 zu Art. 374).
2. Gemäss Art. 83 Abs. 2 SchKG 2 kann der Betrieben innert 20 Tagen nach der Rechtsöffnung auf dem Weg des ordentlichen Prozesses beim Gericht des Betreibungsortes auf Aberkennung der Forderung klagen. Diese 20-tägige Frist beginnt gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung für den Fall, dass das kantonale Recht ein ordentliches Rechtsmittel vorsieht, erst mit der Zustellung des oberinstanzlichen Rechtsöffnungsentscheids bzw. mit dem unbenutztem Ablauf der Rechtsmittel-

frist (BGE 100 III 76, 104 II 141, 115 III 91, 124 III 34, 127 III 569; ZBJV Nr. 135 (1999) S. 243). Wurde einem ausserordentlichen Rechtsmittel die aufschiebende Wirkung erteilt, so beginnt die Frist ebenfalls erst mit Zustellung des oberinstanzlichen Rechtsöffnungsentscheides (BGE 127 III 569, ZB JV Nr. 138 (2002) S. 268). Wenn die aufschiebende Wirkung bei einem ausserordentlichen Rechtsmittel verweigert wurde, so beginnt die Frist zur Erhebung der Aberkennungsklage gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bereits mit der Zustellung des erstinstanzlichen Entscheids (BGE 124 III 34). Welches Rechtsmittel gegen einen erstinstanzlichen Rechtsöffnungsentscheid zur Verfügung steht, ist eine Frage des kantonalen Rechts.

Das Bundesgericht stellte in BGE 124 III 34 im Gegensatz zur früheren Rechtsprechung (vgl. BGE 100 III 76, 104 II 141, 115 III 9) nicht nur auf die Unterscheidung „ordentliches/ausserordentliches Rechtsmittel“ ab, sondern unterstellte beim ordentlichen Rechtsmittel implizit zugleich die Suspensivwirkung. In BGE 127 III 569 nahm das Bundesgericht indessen erneut nur die Unterscheidung „ordentliches/ausserordentliches Rechtsmittel“ vor. Ein Rechtsmittel ist ordentlich, wenn der angefochtene Entscheid bei Ergreifung des Rechtsmittels nicht in formelle Rechtskraft erwächst und die obere Instanz über umfassende Kognition verfügt (Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, a.a.O. Bem. vor Art. 333). Demgegenüber richtet sich ein ausserordentliches Rechtsmittel, über welches die obere Instanz lediglich mit beschränkter Kognition entscheiden darf, gegen formell rechtskräftige Entscheide (Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, a.a.O. Bem. vor Art. 333). Nach Daniel Staehelin ist nicht entscheidend, ob dem ordentlichen Rechtsmittel von Gesetzes wegen die aufschiebende Wirkung zukommt, sondern nur, ob die obere Instanz über umfassende Kognition verfügt (Staehelin/Bauer/Staehelin, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Basel/Genf/München 1998, N 22 zu Art. 83 SchKG; vgl. auch BGE 104 II 141; a.M. BGE 124 III 35). Somit beginnt die Frist nach Auffassung von Staehelin mit der Eröffnung des Rechtsöffnungsentscheides der oberen kantonalen Instanz, respektive mit dem unbenützten Ablauf der Rechtsmittelfrist oder dem Rückzug des Rechtsmittels, und zwar auch dann, wenn trotz Einlegung des ordentlichen Rechtsmittels der Entscheid vorläufig vollstreckbar wird (Staehelin/Bauer/Staehelin, a.a.O. N 22 zu Art. 83 SchKG). Ammon/Walther erachten den Eintritt der formellen Rechtskraft als massgeblichen Zeitpunkt für den Beginn der Frist zur Einreichung der Aberkennungsklage (Ammon/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 7. Auflage, Bern 2003, § 19 N 98).

3. (...) Gegen Rechtsöffnungsentscheide steht im Kanton Bern gemäss Art. 336 i.V.m. Art. 317 Ziff. 4 ZPO im summarischen Verfahren die Appellation zur Verfügung, sofern der Streitwert mindestens Fr. 8'000.00 beträgt. Der Streitwert beträgt (...) Fr. 75'000.00, weshalb der Rechtsöffnungsentscheid appellabel ist.

Die bernische Appellation stellt ein ordentliches Rechtsmittel dar und der Appellationshof verfügt über umfassende Kognition. Die Appellation hindert den Eintritt der formellen Rechtskraft immer, auch wenn die Vollstreckbarkeit bei Summarentscheiden nur auf präsidiale Anordnung hin aufgeschoben wird, d.h. die Suspensivwirkung nur auf präsidiale Anordnung hin eintritt (Art. 334 Abs. 1 i.V.m. Art. 336a Abs. 1 ZPO; Entscheid II. Zivilkammer des Appellationshofes des Kantons Bern vom 18. Januar 2000, Nr. 298/99; Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, a.a.O., N 2.f zu Art. 318 ZPO, N 1a zu Art. 334 ZPO sowie Bem. vor Art. 333 ZPO). Das Obergericht des Kantons Bern stellt

nicht auf die Suspensivwirkung, sondern in Übereinstimmung mit BGE 100 III 76, 104 II 141, 115 III 9 sowie BGE 127 III 569, Staehelin sowie Amonn/Walther auf die Unterscheidung ordentliches/ausserordentliches Rechtsmittel bzw. auf die Frage des Eintrittes der formellen Rechtskraft ab. Wird ein ordentliches Rechtsmittel, mithin die Appellation, ergriffen, so ist die Zustellung des oberinstanzlichen Entscheides fristauslösend, und zwar unabhängig davon, ob ein Entscheid (vorläufig) vollstreckbar ist (Entscheid II. Zivilkammer des Appellationshofes des Kantons Bern vom 18. Januar 2000, Nr. 298/99; Staehelin in Staehelin/Bauer/Staehelin, a.a.O. N 22 zu Art. 83 SchKG).

4. In casu erhob der Appellant mit Eingabe vom 21. Juli 2008 die Appellation gegen den Rechtsöffnungsentscheid (...) vom 8. Juli 2008. Obgleich das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung mit Verfügung vom 28. Juli 2008 abgewiesen wurde, begann die 20-tägige Frist zur Einleitung der Aberkennungsklage erst mit Zustellung des oberinstanzlichen Rechtsöffnungsentscheids (...), mithin am 29. August 2008, und endete am 18. September 2008. Somit erfolgte das Ladungsbegehren zum Aussöhnungsversuch, datiert vom 23. Juli 2008, noch vor dem Beginn der 20-tägigen Frist zur Einleitung der Aberkennungsklage.

Das Bundesgericht hielt in BGE 117 III 17 fest, dass eine vor dem Fristbeginn erhobene Klage dieselben Wirkungen hat wie eine innert der Frist von Art. 83 Abs. 2 SchKG erhobene Klage. Als materiellrechtliche negative Feststellungsklage kann und muss die Aberkennungsklage nicht mehr erhoben werden, wenn über dieselbe Forderung bereits eine andere materiellrechtliche Klage hängig ist (Daniel Staehelin in Staehelin/Bauer/Staehelin, a.a.O. N 19 zu Art. 83 SchKG). Wenn der Betriebene schon vor der Rechtsöffnung eine negative Feststellungsklage erhoben hat, so bedarf es keiner nochmaligen besonderen Klagerhebung, da seine erste Klage die gleiche Wirkung wie die spezifische Aberkennungsklage nach Art. 83 Abs. 2 SchKG hat. (vgl. Jaeger/Walter/Kull/Kottmann, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. Auflage, Zürich 1997, N 8 zu Art. 83 SchKG; Daniel Staehelin in Staehelin/Bauer/Staehelin N 19 zu Art. 83 SchKG; Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 7. Auflage, Bern 2003, § 19 N 100).

Gemäss Art. 85a Abs. 1 SchKG kann der Betriebene jederzeit vom Gericht des Betreibungsortes feststellen lassen, dass die Schuld nicht oder nicht mehr besteht oder gestundet ist. Eine materiellrechtliche negative Feststellungsklage gemäss Art. 85a SchKG kann demnach im laufenden Betreibungsverfahren jederzeit eingereicht werden (Bodmer in Staehelin/Bauer/Staehelin, a.a.O. N 8 zu Art. 85a SchKG). Die Aberkennungsklage hat sodann dasselbe materiellrechtliche Prozessthema wie die negative Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG (Bodmer in Staehelin/Bauer/Staehelin, a.a.O. N 8 zu Art. 85a SchKG).

Obwohl der Beschwerdeführer in seinem Ladungsgesuch zum Aussöhnungsversuch vom 23. Juli 2008 geltend machte, es liege eine Aberkennungsklage gemäss Art. 83 Abs. 2 SchKG vor, ist zur Beurteilung der Rechtsnatur der Klage ausschliesslich auf seine Anträge abzustellen. Aus den Rechtsbegehren des Beschwerdeführers ist ersichtlich, dass er die Feststellung beantragte, dass die Forderung von Fr. 75'000.00 aus der Betreibung Nr. (...) nicht bestehe. Damit lag faktisch eine negative Feststellungsklage im Sinne von Art. 85a SchKG vor, die jederzeit erhoben und deshalb entgegen der Auffassung des Beschwerdegegners nicht als verfrüht bezeichnet werden

kann. Der Beschwerdegegner hätte somit das Ladungsbegehren zum Aussöhnungsversuch nicht zurückweisen dürfen, sondern das Verfahren antragsgemäss bis zum Rechtsöffnungsentscheid des Appellationshofs sistieren müssen. Die Unrichtigkeit des Rückweisungsentscheides hätte der Beschwerdegegner bei gehöriger Aufmerksamkeit erkennen können, da er sich bei der Beurteilung der Sache nach den Rechtsbegehren des Beschwerdeführers hätte richten müssen, aus welchen klar ersichtlich ist, dass eine negative Feststellungsklage vorliegt. Zudem musste dem Beschwerdegegner klar sein, dass eine negative Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG zu jedem Zeitpunkt, mithin auch nach der Zustellung des erstinstanzlichen Rechtsöffnungsentscheids, erhoben werden kann und diese sich vom materiellen Prozessthema her in keiner Weise von einer Aberkennungsklage unterscheidet, zu-mal das Bundesgericht in BGE 117 III 17 festgehalten hat, dass eine vor dem Fristbeginn erhobene negative Feststellungsklage dieselben Wirkungen hat wie eine innert der Frist von Art. 83 Abs. 2 SchKG erhobene Klage. Der Rückweisungsentscheid des Beschwerdegegners ist somit qualifiziert unrichtig und stellt faktisch eine Rechts-verweigerung im Sinne von Art. 374 Ziff. 1 ZPO dar, weshalb er aufzuheben ist.

Der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass das Ladungsbegehren zum Aussöhnungsversuch vom 23. Juli 2008 ab dem Zeitpunkt der Zustellung des oberinstanzlichen Rechtsöffnungsentscheids eine fristgerecht eingereichte Aberkennungsklage darstellt. Der oberinstanzliche Rechtsöffnungsentscheid wurde dem Beschwerdeführer am 29. August 2008 zugestellt, weshalb der Beschwerdegegner die Parteien nunmehr zum Aussöhnungsversuch vorzuladen hat.

5. Aus dem oben Gesagten ergibt sich, dass die Beschwerde gutzuheissen und der angefochtene Rückweisungsentscheid aufzuheben ist. Der Beschwerdegegner wird angewiesen, die Parteien (...) zum Aussöhnungsversuch vorzuladen.

Hinweis:

Das Urteil ist rechtskräftig.