

Entscheid der 2. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Bern,

unter Mitwirkung von Oberrichterin Wüthrich-Meyer (Referentin), Oberrichter Messer und Oberrichter Bähler sowie Kammerschreiber Weder

vom 4. Dezember 2009

in der Streitsache zwischen

A.

vertreten durch Fürsprecher Z.

Gesuchsgegner/Appellant

und

Einwohnergemeinde B

handelnd durch die Vormundschaftsbehörde

Gesuchstellerin/Appellatin

Regeste:

1) Art. 77, 80 und 85a SchKG, Art. 170 Abs. 1 OR und Art. 289 Abs. 2 ZGB, definitive Rechtsöffnung für zederte Forderungen

2) Ob einem Zessionar, an welchen eine Forderung übergegangen ist, die definitive oder provisorische Rechtsöffnung erteilt werden kann, ist umstritten, sofern nicht im Urteil die gültige Zession als *res iudicata* festgestellt wurde.

Da dem Schuldner der Weg des ordentlichen Verfahrens nach Art. 85a SchKG offen steht, erscheint es sachgerecht, die bevorzugte Stellung des Gläubigers, dessen Forderung auf einem definitiven Rechtsöffnungstitel beruht, auch dem Zessionar zuzugestehen, welcher die Forderung vom Gläubiger übernommen hat. Dies muss jedenfalls dann gelten, wenn eine grosse Wahrscheinlichkeit für das Vollsteckungsrecht des Zessionars spricht.

Redaktionelle Vorbemerkungen:

Der Gesuchsgegner/Appellant (nachfolgend Gesuchsgegner) wurde im Jahre 2006 von der 1. Zivilkammer des Appellationshofes des Kantons Bern verurteilt, für seine Tochter T. Unterhaltsbeiträge zu bezahlen. Die Unterhaltsbeiträge wurden von der Gemeinde B. (nachfolgend Gesuchstellerin) bevorschusst.

Die Vorinstanz erteilte der Gesuchstellerin für die Forderung aus bevorschussten Unterhaltsbeiträgen die definitive Rechtsöffnung. Gegen diesen Entscheid appellierte der Gesuchsgegner und beantragte die Aufhebung des erstinstanzlichen Entscheides. Der erstinstanzliche Entscheid wurde von der 2. Zivilkammer des Appellationshofes des Kantons Bern bestätigt.

Auszug aus den Erwägungen:

I.

(...)

II.

1. (...)

2. (...)

3. Gemäss Art. 80 Abs. 1 und Art. 81 Abs. 1 SchKG hat der Richter die definitive Rechtsöffnung zu erteilen, wenn die in der Betreuung geltend gemachte Forderung auf einem vollstreckbaren gerichtlichen Urteil beruht und der Betreibende nicht durch Urkunden beweist, dass die Schuld seit Erlass dieses Urteils getilgt, gestundet worden ist, oder die Verjährung anruft. Ob ein definitiver Rechtsöffnungstitel im Sinne von Art. 80 Abs. 1 SchKG zugunsten der Gesuchstellerin vorliegt, hat der Richter von Amtes wegen zu prüfen¹. Die im Entscheid als Gläubiger bezeichnete Person und der Betreibende müssen identisch sein. Die Identität des Betreibenden mit dem aus dem Urteil Berechtigten hat der Richter von Amtes wegen zu prüfen². Die Frage, ob einem gesetzlichen oder vertraglichen Vertreter dieses Gläubigers oder einem Zessionar, an welchen seine Forderung übergegangen ist, die definitive oder die provisorische Rechtsöffnung erteilt werden kann, ist in der Literatur und Rechtsprechung umstritten, wenn im betreffenden Urteil (definitiver Rechtsöffnungstitel) die Vertretungsmacht dieses Vertreters bzw. die gültige Zession nicht als *res iudicata* festgestellt wurde.

Von PANCHAUD/CAPREZ wird die Meinung vertreten, dass diesfalls nur die provisorische Rechtsöffnung erteilt werden könne³. STAEHELIN hingegen vertritt die Ansicht, dass die definitive Rechtsöffnung erteilt werden könne, weil provisorische Rechtsöffnung für eine auf einem definitiven Rechtsöffnungstitel beruhende Forderung unmöglich sei⁴.

Das Bundesgericht hat in seinem Entscheid BGE 91 III 7 ausgeführt, dass bei einer Forderungsabtretung dem betriebenen Schuldner der nachträgliche Rechtsvorschlag im Sinne von Art. 77 altSchKG gewährt werden müsse, damit er Gelegenheit erhalte, die ihm allenfalls gegenüber dem Zessionar zustehenden Einreden zu erheben.

Dem Entscheid des Bezirksgerichtspräsidiums Appenzell/AI vom 4. Juni 1975 (abgedruckt in SJZ 72/1976, S. 192 ff.) ist diesbezüglich zu entnehmen, dass dem Schuldner auch die Möglichkeit einzuräumen sei, seine allfälligen persönlichen Einreden gegen den Zessionar und diejenigen hinsichtlich der Voraussetzungen einer gültigen Zession in einem ordentlichen Verfahren überprüfen zu lassen. Sofern die in Betreuung gesetzte Forderung auf einer gerichtlichen Schuldanerkennung des Schuldners ruhe, könne die provisorische Rechtsöffnung erteilt werden; diesfalls habe der Schuldner die Gelegenheit,

¹ PANCHAUD/CAPREZ, Die Rechtsöffnung, Zürich 1980, § 107, S. 257, N 1.

² STAEHELIN, in: STAEHELIN/BAUER/STAEHELIN [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Unter Einbezug der Nebenerlasse, SchKG I, Art. 1 – 87, Basel 1998, N 33 ad Art. 80 SchKG.

³ PANCHAUD/CAPREZ, a.a.O., S. 257 ff.,

⁴ STAEHELIN, a.a.O., N 35 ad Art. 80 SchKG.

seine Einreden noch in einem (ordentlichen) Aberkennungsverfahren nach Art. 83 Abs. 2 SchKG überprüfen zu lassen.

Diese Ansicht, welche auch noch im Entscheid der I. Zivilkammer des Appellationshofes des Kantons Bern vom 5. August 1992 (Nr. 153/I/92), abgedruckt in der ZBJV 1994, S. 93, vertreten wurde, überzeugt mit Blick auf die am 1. Januar 1997 in Kraft getretenen SchKG-Revision vom 16. Dezember 1994 nicht mehr.

Der Zessionar nimmt die betreibungsrechtliche Stellung des betreibenden Gläubigers ein, wenn dieser seine Forderung während des Betreibungsverfahrens an ihn abtritt. Grundsätzlich soll sich der Zessionar die vom Zedenten im Betreibungsverfahren erworbene Stellung zunutze machen können. Demnach sind die sich aus der Betreibung ergebenden Rechte Vorzugs- und Nebenrechte im Sinne von Art. 170 Abs. 1 OR. Diese Rechte werden vom Zessionar, soweit sie nicht untrennbar mit der Person des Zedenten verbunden sind (wie z.B. das Recht aus Art. 111 SchKG), mit der Forderung erworben. Absatz 2 von Art. 170 OR räumt dem Zessionar ferner ausdrücklich das Recht ein, die Schuldurkunde sowie alle vorhandenen Beweismittel vom Zedenten herauszuverlangen. Der Besitz eines definitiven Rechtsöffnungstitels erscheint somit als ein mit der abgetretenen Forderung verbundenes, nicht mit der Person des Zedenten untrennbar verknüpftes Recht im Sinne von Art. 170 Abs. 1 OR⁵.

Nach dem Entscheid des Bundesgerichtes - BGE 91 III 7 – muss dem Schuldner lediglich Gelegenheit geboten werden, allfällige ihm gegenüber dem Zessionar oder hinsichtlich der Zession zustehenden Einreden im Betreibungsverfahren geltend machen zu können, ohne auf eine betreibungsrechtliche Rückforderung nach Art. 86 SchKG angewiesen zu sein. Tatsächlich wäre es geradezu stossend, wenn der Schuldner ohne jegliche Möglichkeit, seine Einreden gegenüber dem Zessionar vorzubringen, der Betreibung freien Lauf lassen müsste, nur weil er beispielsweise anlässlich der Zustellung des Zahlungsbefehls den Rechtsvorschlag mangels Einreden gegenüber seinem damaligen Gläubiger, dem Zedenten, unterlassen hat. Dem ist nun aber mit der SchKG-Revision vom 16. Dezember 1994, welche am 1. Januar 1997 in Kraft getreten ist, Rechnung getragen worden.

Gemäss Art. 77 Abs. 1 SchKG kann der Betriebene einen Rechtsvorschlag noch nachträglich bis zur Verteilung oder Konkursöffnung anbringen, um Einreden gegen den Zessionar vorzubringen. Der Schuldnerschutz aus materiellrechtlichen Gründen ist jedoch mit der Revision noch ausgedehnt worden. Der Betriebene kann aufgrund von Art. 85a SchKG jederzeit vom zuständigen Gericht im beschleunigten Verfahren ohne Beweismittelbeschränkung feststellen lassen, dass die Schuld, für welche er in Anspruch genommen wird, nicht oder nicht mehr besteht oder gestundet ist. Angesichts dieser Möglichkeit des Schuldners, seine Einreden gegen den Zessionar oder gegen die Zession in einem ordentlichen Verfahren vorzubringen und überprüfen zu lassen, erscheint es sachgerecht, die bevorzugte Stellung des Gläubigers, dessen Forderung auf einen definitiven Rechtsöffnungstitel beruht, auch dem Zessionar zuzugestehen, welcher die Forderung von diesem Gläubiger übernommen hat. Dies muss jedenfalls dann gelten,

⁵ Entscheid der 1. Zivilkammer des Appellationshofes des Kantons Bern vom 25. August 1998 (Nr. S-0304/I/98, S. 4), mit weiteren Hinweisen.

wenn eine grosse Wahrscheinlichkeit für das Vollstreckungsrecht des Zessionars spricht, sei es weil die Voraussetzungen der gültigen Zession im Rechtsöffnungsverfahren unbestritten geblieben sind oder weil die vom Betriebenen erhobenen Einreden gegenüber dem Zessionar oder der Zession aufgrund der von ihm eingereichten Urkunden und der übrigen Akten als unbegründet erscheinen.

Vor allem – wie vorliegend – in den Fällen, in denen das Gemeinwesen den aufgrund der Legalzession gemäss Art. 289 Abs. 2 ZGB erworbenen, auf einem rechtskräftigen Urteil beruhenden und auf das Existenzminimum beschränkten Unterhaltsanspruch eines Kindes im Betreibungsverfahren gelten machen muss, ist der Widerstand des Schuldners aller Regel nach auf Unbelehrbarkeit und Renitenz zurückzuführen; durch die dadurch begründeten Verfahrensverzögerung soll der Richter nun aber gerade durch Erteilung der (definitiven) Rechtsöffnung entgegenwirken⁶.

(...)

Hinweis:

Der Entscheid ist rechtskräftig.

⁶ Entscheid der 1. Zivilkammer des Appellationshofes des Kantons Bern vom 25. August 1998 (Nr. S-0304/I/98, S. 4 - 5); FRITZSCHE/WALDER, Schuldbetreibung und Konkurs, Band I, Zürich 1984, S. 242, § 19, N 19, mit weiteren Hinweisen.