

APH 09 53 , publiziert April 2009

Entscheid der 1. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Bern,

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

vom 18. März 2009

in der Streitsache zwischen

Erbengemeinschaft A., bestehend aus:

- B.**
- C.**
- D.**
- E.**
- F.**

alle vertreten durch Fürsprecher X.

Gesuchsteller/Appellanten

G.

Gesuchsgegnerin/Appellatin

Regeste:

- *Art. 82 SchKG, provisorische Rechtsöffnung*
- *Gemäss Beschluss des Appellationshofs des Obergerichts des Kantons Bern vom 12. März 1999 gilt in Rechtsöffnungsverfahren der Grundsatz, dass unechte Noven in appellatorio zu beachten sind, sofern sich aus ihnen zweifelsfrei die Unrichtigkeit des erstinstanzlichen Entscheides ergibt.*

Im Erbteilungsvertrag haben die Parteien vereinbart, dass die Darlehen bis 31. Dezember 2005 zinsfrei und anschliessend zum jeweils für 1. Hypotheken für Wohnbauten der BEKB Berner Kantonalbank geltenden Zinssatz zu verzinsen seien. Anders als beim Landesindex für Konsumentenpreise ist nicht gerichtsnotorisch, wie hoch der jeweilige Zinssatz für 1. Hypotheken bei der BEKB ist. Zum Zeitpunkt der Unterzeichnung des Erbteilungsvertrags war die Höhe des Zinssatzes noch nicht exakt bestimmbar, denn die Hypothekenzinssätze sind variabel. Dass die Höhe des Hypothekenzinssatzes nicht vom Willen der Appellanten abhängig ist, spielt dabei keine Rolle. Gegen die Erteilung der Rechtsöffnung bei variablem – nicht unterschriftlich anerkanntem – Zins spricht zudem, dass sich die anwendbaren Zinssätze aufgrund des aktuell geltenden Zinsbandes gar nicht exakt bestimmen lassen. Mangels unterschriftlicher Anerkennung des geltend gemachten Zinssatzes kann für den Darlehenszins keine Rechtsöffnung erteilt werden.

Redaktionelle Vorbemerkungen:

Der vorliegenden Streitsache liegt der Erbteilungsvertrag über den Nachlass von Frau A. zugrunde. Gemäss Erbteilungsvertrag beträgt die Herausschuld der Appellatin an ihre Geschwister Fr. 175'000.00. Aus dem Erbteilungsvertrag ist weiter ersichtlich, dass die Appellanten ihr Guthaben der Appellatin als Darlehen stehen liessen. Diese Darlehen sind bis 31. Dezember 2005 zinsfrei und anschliessend zum jeweils für 1. Hypotheken für Wohnbauten der BEKB Berner Kantonalbank geltenden Zinssatz zu verzinsen. Die Appellanten verlangen die Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung für den Darlehenszins.

Auszug aus den Erwägungen:**I.**

(...)

7. Gemäss Art. 93 Abs. 1 ZPO, welcher auch im Appellationsverfahren gilt (LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 5. Auflage, Bern 2000, N 1b zu Art. 93 und N 2c zu Art. 346), werden oberinstanzlich neue Angriffs- oder Verteidigungsmittel nur gehört und neue Beweismittel nur berücksichtigt, wenn die Partei genügende Entschuldigungsgründe für die nachträgliche Geltendmachung glaubhaft macht oder der Richter die Anbringen gemäss Art. 89 ZPO von Amtes wegen berücksichtigt. Stets zu hören, weil die Verspätung eo ipso entschuldigt ist, sind echte Noven, d.h. im Appellationsverfahren nach dem erstinstanzlichen Urteil entstandene Tatsachen (LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, a.a.O., N 3 zu Art. 93). Im Summarverfahren sind die Schranken von Art. 93 ZPO mit Rücksicht auf dessen Charakter besonders strikte zu respektieren (LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, a.a.O., N 1a zu Art. 93). Gemäss Beschluss des Appellationshofs vom 12. März 1999 gilt in Rechtsöffnungsverfahren der Grundsatz, dass unechte Noven in appellatorio zu beachten sind, sofern sich aus ihnen zweifelsfrei die Unrichtigkeit des erstinstanzlichen Entscheides ergibt (LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, a.a.O., N 4 zu Art. 93, vgl. Entscheid der 2. Zivilkammer Nr. 87/99 vom 25. März 1999). Dies trifft etwa auf eine Quittung zu, welche den Nachweis für eine Zahlung erbringt.

Das Mahnungsschreiben vom 23. Juni 2008 sowie der Auszug betreffend Entwicklung der Zinssätze der BEKB reichten die Appellanten vor erster Instanz nicht ein, sondern erst mit ihrem Appellationsschreiben vom 2. Februar 2009 (...). Die Appellanten nennen als Entschuldigungsgrund für die nachträgliche Einreichung des Mahnschreibens, dass sie im Rechtsöffnungsverfahren nicht anwaltlich vertreten gewesen seien und sich deshalb die nachträgliche Einreichung dieser Urkunde rechtfertige. Dieses Vorbringen stellt jedoch keinen genügenden Entschuldigungsgrund dar, weil das Mahnschreiben vom 23. Juni 2008 datiert und damit bereits im Zeitpunkt des erstinstanzlichen Urteils vorlag. Dasselbe gilt für die eingereichte Entwicklung der Zinssätze. Auch ist den neuen Beweismitteln nicht zweifelsfrei die Unrichtigkeit der vorinstanzlichen Entscheidung zu entnehmen. Demnach handelt es sich

beim Mahnungsschreiben vom 23. Juni 2008 sowie bei der Zinssatzentwicklung der BEKB um verspätet vorgebrachte Beweismittel, um so genannte unechte Noven, welche aus den Akten zu weisen sind. Der angefochtene Entscheid ist aufgrund der Beweismittel zu überprüfen wie sie dem erstinstanzlichen Verfahren zugrunde gelegen sind.

II.

1. Beruht die Forderung auf einer durch öffentliche Urkunde festgestellten oder durch Unterschrift bekräftigten Schuldanerkennung, so kann der Gläubiger die provisorische Rechtsöffnung verlangen (Art. 82 Abs. 1 SchKG). Der Richter spricht dieselbe aus, sofern der Betriebene nicht Einwendungen, welche die Schuldanerkennung entkräften, sofort glaubhaft macht (Art. 82 Abs. 2 SchKG). Die Einwendungen müssen damit nicht bewiesen werden, aber der Richter muss überwiegend geneigt sein, an die Wahrheit der vom Betriebenen geltend gemachten Umstände zu glauben (Stahelin in Stahelin/Bauer/Stahelin, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Basel/Genf/München 1998, N 87 zu Art. 82 SchKG).

Die Forderungssumme muss zum Zeitpunkt der Unterzeichnung der Schuldanerkennung bestimmbar sein (STAEHELIN, a.a.o., N 26 zu Art. 82 SchKG; BGE 114 III 71).

Nach STAEHELIN sind die Darlehen mit variablem Zins, wo der Zins jeweils vom Gläubiger einseitig angepasst werden kann, ein Grenzfall (STAEHELIN a.a.o., N 28 zu Art. 82). Falls die Parteien vereinbart haben, dass der Zins gemäss den Entwicklungen des Geldmarktes angepasst werden darf, wie dies im Bankengeschäft üblich ist, so ist der Gläubiger nicht frei, sondern wird den Zinssatz aufgrund der jeweiligen Situation am Geldmarkt anpassen. Daher sollte gemäss STAEHELIN für variable Zinsen im Hypothekengeschäft provisorische Rechtsöffnung erteilt werden (STAEHELIN, a.a.o., N 28 zu Art. 82).

Gemäss dem Bundesgerichtsurteil 114 III 71 vom 19. Oktober 1988 wird für Schuldverpflichtungen, welche mit einer Indexklausel versehen sind, nach ständiger Praxis die Rechtsöffnung erteilt, auch wenn deren endgültige Höhe im Zeitpunkt der Unterzeichnung der Schuldanerkennung nicht feststeht (BGE 114 III 71 E.2 S. 74). Zur Frage der Bestimmbarkeit eines Zinses für Hypotheken hat sich das Bundesgericht bisher noch nicht geäußert.

Der Einzelrichter des Bezirkes Winterthur hielt in seiner Verfügung vom 3. Oktober 1991 fest, dass die Hypothekarzinsen bei Abschluss der Vereinbarung noch nicht bestimmbar gewesen seien, zumal damals andere Hypothekarzinsen festgehalten und der Gläubigerin das Recht zur Anpassung eingeräumt worden seien. Somit stelle die Vereinbarung keinen Rechtsöffnungstitel für die Hypothekarzinsen dar (vgl. Verfügung vom 3. Oktober 1991 in BISchK 1992 S. 154).

Gemäss STÜCHELI bildet der Darlehensvertrag für den darin vereinbarten Zins einen Rechtsöffnungstitel. Ohne eine solche Vereinbarung könne dagegen mangels Titels keine Rechtsöffnung gewährt werden. (STÜCHELI, a.a.o., S. 373). Weil der Vertragszins schon im Zeitpunkt der Unterschrift genau bestimmt oder ohne weiteres bestimmbar sein müsse, könne für variable Zinsen keine Rechtsöffnung erteilt werden, selbst wenn sich die Veränderlichkeit nach objektiven, ausserhalb des Willens der Parteien liegenden Kriterien richte, wie beispielsweise nach dem Hypothekarzinsfuss einer Kantonalbank (STÜCHELI, a.a.o., S. 373).

2. Zu prüfen ist somit, ob die Zinsforderung der Appellanten gemäss Erbteilungsvertrag bestimmbar ist und damit die provisorische Rechtsöffnung erteilt werden kann.

Im Erbteilungsvertrag (...) haben die Parteien (...) vereinbart, dass die Darlehen bis 31. Dezember 2005 zinsfrei und anschliessend zum jeweils für 1. Hypotheken für Wohnbauten der BEKB Berner Kantonalbank geltenden Zinsen zu verzinsen seien. Mithin wurde ein verzinsliches Darlehen vereinbart. Die Appellatin hat mit ihrer Unterschrift die Darlehensbeträge anerkannt. In diesem Umfang ist der Vertrag somit Schuldanerkennung und Rechtsöffnungstitel im Sinne von Art. 82 SchKG. Die genaue Höhe des Zinssatzes indessen ist aus dem Erbteilungsvertrag nicht ersichtlich. Anders als beim Landesindex für Konsumentenpreise ist nicht gerichtsnotorisch, wie hoch der jeweilige Zinssatz für 1. Hypotheken bei der BEKB ist. Zum Zeitpunkt der Unterzeichnung des Erbteilungsvertrags war die Höhe des Zinssatzes noch nicht exakt bestimmbar, denn die Hypothekarzinssätze sind variabel. Dass die Höhe des Hypothekarzinssatzes nicht vom Willen der Appellanten abhängig ist, spielt dabei entgegen der Auffassung der Appellanten sowie Staehelin keine Rolle. Gegen die Erteilung der Rechtsöffnung bei variablem – nicht unterschriftlich anerkanntem – Zins spricht zudem, dass sich die anwendbaren Zinssätze aufgrund des aktuell geltenden Zinsbandes gar nicht exakt bestimmen lassen. Demzufolge ist unerheblich, ob die Appellanten die Entwicklung der Zinssätze der BEKB rechtzeitig eingereicht haben oder nicht.

Solange die Appellatin den Zins nicht unterschriftlich anerkannt hat, kann – der Auffassung von Stücheli folgend – somit keine Rechtsöffnung erteilt werden.

Mangels unterschriftlicher Anerkennung des geltend gemachten Zinssatzes ist das Rechtsöffnungsgesuch abzuweisen und damit der vorinstanzliche Entscheid zu bestätigen.

III.

(...)

Hinweis:

Das Urteil ist nicht rechtskräftig.