

ZK 15 206, publiziert November 2015

Entscheid der 1. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Bern

vom 15. Juli 2015

Besetzung

Oberrichter Josi (Referent), Oberrichterin Pfister Hadorn und Oberrichter Studiger
Gerichtsschreiberin von Hünenstein

Verfahrensbeteiligte

X.,
vertreten durch Rechtsanwälte A. und B.
Gesuchstellerin/Berufungsklägerin

gegen

Y.,
vertreten durch Fürsprecher C. und D.
Gesuchsgegnerin/Berufungsbeklagte

Gegenstand

Vorsorgliche Massnahmen

Berufung gegen den Entscheid des Regionalgerichts Bern-Mittelland vom 9. April 2015

Regeste:

- Art. 229 i.V.m. Art. 219 sowie Art. 225, 254 und 256 ZPO; Art. 261 ZPO; Art. 3 ZGB
- *Bestätigung der Praxis des Obergerichts, wonach im Summarverfahren sämtliche Tatsachen und Beweismittel bereits mit dem Gesuch bzw. der Gesuchsantwort einzureichen sind (publizierte Entscheide ZK 12 217 vom 21. September 2012 und 14 476 vom 4. Dezember 2014). Diese Obliegenheit gilt grundsätzlich unabhängig von der Beweislast. Voraussehbare Einreden und Einwendungen der gesuchsgegnerischen Partei sind bereits im Gesuch zu entkräften und erfolgen mit der Replik verspätet.*

Redaktionelle Vorbemerkungen:

Die Berufungsklägerin kaufte beim Instrumentenbauer Z. ein wertvolles Instrument. Das Instrument gelangte in der Folge gegen den Willen der Berufungsklägerin in die Hände der Berufungsbeklagten, bei welcher es sich auch zum Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs um Erlass vorsorglicher Massnahmen (Hinterlegung, evtl. Verfügungssperre) noch befand. Die Vorinstanz wies das Gesuch ab, weil es der Berufungsklägerin nicht gelungen sei, ihren Verfügungsanspruch glaubhaft zu machen (Art. 261 Abs. 1 lit. a ZPO). Der Instrumentenbauer Z. war unbestritten nie Eigentümer des Instruments, womit einzig ein gutgläubiger Eigentumserwerb nach Art. 714 Abs. 2 i.V.m. Art. 933 ZGB in Frage kam.

Die Kammer bestätigt den vorinstanzlichen Entscheid und weist das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen ab.

Auszug aus den Erwägungen:

(...)

IV.

1. (...)

2. (...)

2.1. (...)

2.2. (...)

2.3. (...)

2.3.1. Wie die Berufungsbeklagte zu Recht darauf hinweist, sind im Summarverfahren nach der Praxis des Obergerichts sämtliche Tatsachen und Beweismittel bereits mit dem Gesuch bzw. der Gesuchsantwort einzureichen (vgl. Entscheid ZK 12 217 vom 21. September 2012 der 2. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Bern E. 19-26; bestätigt im Entscheid ZK 14 476 vom 4. Dezember 2014 der 2. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Bern E. 6. f.).

Das Summarverfahren ist auf eine rasche Streiterledigung ausgerichtet, was sich auch aus der Art der diesem Verfahren gemäss Art. 248 – 251 ZPO zugewiesenen Streitigkeiten ergibt: Dabei handelt es sich entweder um klare Fälle (klares Recht), solche besonderer Dringlichkeit oder vorläufiger Natur (vorsorgliche Massnahmen), beschränkter Tragweite oder besonderer Einfachheit (freiwillige Gerichtsbarkeit sowie gesetzlich ins Summarium verwiesene Fälle) oder solche mit beschränkter Rechtskraft (freiwillige Gerichtsbarkeit, vgl. Art. 256 Abs. 2 ZPO). Mit einem auf Einfachheit und Raschheit ausgerichteten Verfahren verträgt sich weder ein langes Behauptungsstadium noch ein weitläufiges Beweisverfahren. Andere Beweismittel als Urkunden sind daher abgesehen von hier nicht relevanten Fällen nur zulässig, wenn sie das Verfahren nicht verzögern (Art. 254 Abs. 2 lit. a ZPO). Das Gericht kann zudem auf eine Verhandlung verzichten und aufgrund der Akten entscheiden, wenn das Gesetz nichts anderes bestimmt (Art. 256 Abs. 1 ZPO). Ein zweiter Schriftenwechsel, der selbst im ordentlichen Verfahren nicht zwingend vorgeschrieben ist (Art. 225 ZPO), findet nur ausnahmsweise statt. Der gemäss Art. 219 ZPO vorgeschriebenen sinngemässen Anwendung der Bestimmungen des

Hauptverfahrens sind schon aufgrund dieser Eigenheiten enge Grenzen gesetzt. Art. 229 Abs. 2 ZPO, der bestimmt, dass neue Tatsachen und Beweismittel zu Beginn der Hauptverhandlung unbeschränkt vorgebracht werden können, wenn weder ein zweiter Schriftenwechsel noch eine Instruktionsverhandlung stattgefunden haben, kann seinem Wortlaut nach auch sinngemäss nur anwendbar sein, wenn tatsächlich eine mündliche Verhandlung stattfindet. Haben aber die Parteien weder Anspruch auf eine mündliche Verhandlung noch auf einen zweiten Schriftenwechsel, folgt daraus zwingend, dass sie die zur Beurteilung notwendigen Tatsachen und Beweismittel auf einmal vorbringen müssen. Denn die Anliegen der Gleichbehandlung aller Rechtssuchenden und der Rechtssicherheit erfordern es, dass der Zeitpunkt des Aktenschlusses für alle Summarverfahren gleich bestimmt wird. Deshalb kann dieser Zeitpunkt nicht davon abhängen, ob das Gericht einen zweiten Schriftenwechsel anordnet oder eine mündliche Verhandlung durchführt.

Diese Rechtslage läuft auch nicht den Art. 29 Abs. 2 BV sowie Art. 6 Nr. 1 EMRK zuwider. Gemäss diesen Bestimmungen haben die Parteien das Recht, von sämtlichen Eingaben der Gegenpartei Kenntnis zu erhalten und dazu Stellung zu nehmen (statt vieler BGE 138 I 484 E. 2.1). Wie das Bundesgericht bereits erkannt hat, ergibt sich daraus kein Anspruch, jederzeit mit neuen Tatsachenvorbringen gehört zu werden (vgl. Urteil des BGer 4A_252/2012 vom 27. September 2012 E. 5.6), sondern nur darauf, sich mit den Vorbringen der Gegenpartei argumentativ auseinanderzusetzen.

- 2.3.2. Die Obliegenheit, sämtliche Tatsachen und Beweismittel bereits im Gesuch vorzubringen, gilt grundsätzlich unabhängig von der Beweislast. Sie erstreckt sich damit nicht nur auf Tatsachen, für welche die gesuchstellende Partei beweispflichtig ist (Hauptbeweis), sondern auch auf sämtliche nach den Umständen voraussehbaren Einwendungen der Gegenpartei, mit denen diese den Beweis der gesuchstellenden Partei zu entkräften sucht (Gegenbeweis), und im Grundsatz auch auf deren voraussehbare Einreden. Macht z.B. die Gegenpartei schon in der vorprozessualen Auseinandersetzung Tilgung, Verjährung oder Verrechnung geltend, so hat die gesuchstellende Partei ihre eigenen Einwendungen gegen die entsprechenden rechtsaufhebenden bzw. -hemmenden Tatsachen bereits im Gesuch vorzubringen. Eine Ausnahme von dieser Regel ist dann gerechtfertigt, wenn in der Gesuchsantwort überraschend Tatsachen und Umstände vorgetragen werden, mit denen weder aufgrund der vorprozessualen Auseinandersetzung noch nach den Umständen gerechnet werden musste. In einem solchen Fall hat die gesuchstellende Partei gestützt auf Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO unverzüglich eine Noveneingabe zu machen bzw. zur Ergänzung ihres Tatsachenvortrags einen zweiten Schriftenwechsel zu beantragen. Diese Ausnahme ist für die klassischen Einreden (Tilgung, Verrechnung, Verjährung), die neben dem Nachweis der sie begründenden Tatsachen zusätzlich eine rechtsgeschäftliche Erklärung erfordern (vgl. für die Verrechnung PETER, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529, 5. Aufl. 2011, Art. 124 N 1 und 1a; GAUCH, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 10. Aufl. 2014, § 31 N 3247 f.; für die Verjährung DÄPPEN, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529, 5. Aufl. 2011, Art. 142 N 1-3; GAUCH, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 10. Aufl. 2014, § 32 Rz. 3361 f.), grosszügiger zu handhaben als für

bloße Einwendungen der Gegenpartei. Denn es kann der gesuchstellenden Partei nicht zugemutet werden, die Gegenpartei darauf hinzuweisen, dass eine Forderung beispielsweise verjährt sein könnte, wenn die Verjährung unter den Parteien bisher nicht zur Sprache gekommen ist. Geht es hingegen um Einwendungen, d.h. um Tatsachenvorbringen der Gegenpartei, die geeignet sind, den Bestand des eigenen behaupteten Rechts in Zweifel zu ziehen (vgl. GAUCH, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 10. Aufl. 2014, § 2 Rz. 78; BÜSSER, Einreden und Einwendungen der Bank als Garantin gegenüber dem Zahlungsanspruch des Begünstigten, Diss. 1997, Rz. 24 f.), sowie um bloße rechtshemmende oder -aufhebende Tatsachen, für welche die Gegenpartei selbst den Hauptbeweis trägt, hat die gesuchstellende Partei auch diese nach den Umständen voraussehbaren Vorbringen der Gegenpartei bereits im eigenen Tatsachenvortrag zu entkräften, ohne dass sie in der vorprozessualen Auseinandersetzung bereits zur Sprache gekommen sein müssten.

- 2.3.3. Gemäss Art. 3 Abs. 1 ZGB ist der gute Glaube zu vermuten, wo das Gesetz eine Rechtswirkung an den guten Glauben einer Person geknüpft hat. Unter gutem Glauben wird das fehlende Bewusstsein über einen Rechtsmangel verstanden (vgl. TUOR/SCHNYDER/SCHMID, in: Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Aufl. 2009, § 7 Rz. 15 mit Hinweis auf BGE 99 II 131 E. 6c S. 147; MIDDENDORF/GROB, in: Breitschmid/Rumo-Jungo [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, 2. Aufl. 2012, Art. 3 N 2; im Grundsatz gleich HONSELL, in: Honsell/Vogt/Geiser [Hrsg.], Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1 – 456 ZGB, 5. Aufl. 2014, Art. 3 N 10; a.A. HOFER, in: Hausheer/Walter [Hrsg.], Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Band I, Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung, Einleitung, Art. 1-9 ZGB, Bern 2012, Art. 3 N 27 - 37, wonach das Unrechtsbewusstsein nicht zur Gutgläubigkeitsdefinition hinzuzuziehen sei). Bösgläubig ist demgegenüber, wer diesen Mangel kennt. Das Bewusstsein als innere Tatsache genügt jedoch nicht. In diesem Sinne präzisiert Art. 3 Abs. 2 ZGB, dass sich auf den guten Glauben nicht berufen kann, wer bei der Aufmerksamkeit, wie sie nach den Umständen von ihm verlangt werden kann, nicht gutgläubig sein konnte.

Die gesetzliche Vermutung bewirkt eine Beweislastumkehr, indem der Gegenpartei der Nachweis des Gegenteils, d.h. der Bösgläubigkeit, aufgebürdet wird; stattdessen kann die Gegenpartei gemäss Art. 3 Abs. 2 ZGB aber auch nachweisen, dass die angeblich gutgläubige Person bei der Aufmerksamkeit, die von ihr in guten Treuen erwartet werden konnte, nicht gutgläubig sein konnte (BGE 139 III 305 E. 3.2.2; 131 III 511 E. 3.2.2). Dabei erhebt sie keine rechtsgeschäftliche Einrede im Sinne der vorstehenden Erwägungen, sondern tritt hinsichtlich einer Tatsache, die nach gesetzlicher Anordnung bereits als erwiesen gilt, den Beweis des Gegenteils (Beweis der Bösgläubigkeit) an bzw. führt den Beweis über rechtshindernde Tatsachen (Beweis der Verletzung der Sorgfaltspflicht). Wer den gutgläubigen Erwerb behauptet, kann sich somit nicht auf die gesetzliche Vermutung verlassen, sondern muss in naheliegender Weise damit rechnen, dass die Gegenpartei den guten Glauben in Frage stellen wird, und zwar auch dann, wenn – wie hier – darüber keine vorprozessuale Auseinandersetzung dokumentiert ist. Wie sich schon aus dem Gesuch ergibt, sah die Berufungsklägerin voraus, dass sich die Auseinandersetzung

im Kern um den gutgläubigen Erwerb drehen würde; sonst hätte sie nicht bereits im Gesuch Ausführungen zum guten Glauben gemacht und insbesondere darauf hingewiesen, dass ihr die verschiedenen Vorkommnisse erst nach Abschluss des Kaufvertrages zugetragen worden seien (vgl. Rz. 35, pag. 21). In dieser Situation hätte sie aber sämtliche Tatsachen, welche ihre Gutgläubigkeit belegen konnten, bereits im Gesuch vorbringen müssen.

Aus diesen Gründen sind die in der Replik vorgetragenen neuen Tatsachenbehauptungen und die entsprechenden Beweismittel nicht zu hören.

- 2.3.4. Im Ergebnis ist es daher nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz sich nicht eigens mit den in der Replik vorgebrachten neuen Tatsachen auseinandersetzt.

Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass das rechtliche Gehör nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung keinen Anspruch darauf gibt, dass sich das Gericht mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Die Begründung muss so abgefasst sein, dass der Betroffene den Entscheid gegebenenfalls sachgerecht anfechten kann. Dazu ist ausreichend, dass das Gericht die wesentlichen Überlegungen nennt, von denen es sich hat leiten lassen und auf die sich sein Entscheid stützt (BGE 130 II 530 E. 4.3 S. 540; BGE 129 I 232 E. 3.2; BGE 126 I 97 E. 2b).

Diesen Anforderungen wird der vorinstanzliche Entscheid gerecht. Aus dem Entscheid ergibt sich, dass die Vorinstanz den Sorgfaltspflichten gemäss Art. 3 Abs. 2 ZGB und damit den äusseren Umständen, welche die Berufungsklägerin hätten zweifeln lassen müssen, entscheidende Bedeutung beimass. Deshalb ist es unter dem Gesichtspunkt der Begründungsanforderungen nicht zu beanstanden, dass sie sich mit den aus ihrer Sicht nicht mehr relevanten Umständen wie der angeblichen langjährigen persönlichen Bekanntschaft der Berufungsklägerin mit Z. und dessen Reputation auseinandersetzte. Die Berufungsklägerin war denn auch ohne weiteres in der Lage, die angebliche Fehlerhaftigkeit des vorinstanzlichen Entscheides zu rügen.

(...)

Hinweis:

Das Urteil ist rechtskräftig.