

Scheibenstrasse 11 B
3600 Thun
Telefon 031 636 67 41
Fax 031 634 50 69
regionalgericht-zivil.thun@justice.be.ch
www.justice.be.ch/regionalgerichte

Entscheid

CIV 19 2967 HAA

Thun, 20. Dezember 2019

Gerichtspräsident Zbinden

Gerichtsschreiberin Häni

Zivilverfahren

A. _____

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. B. _____

Gesuchsteller



_____ gegen

C. _____

vertreten durch Rechtsanwalt D. _____

Gesuchsgegnerin

betreffend **Einstellung Betreuung SchKG 85a Abs. 2 SchKG**

Erwägungen:

Prozessgeschichte

1. In der mit *Klage* betitelten Eingabe vom 17.10.2019 beantragte der Gesuchsteller im Sinne von Art. 85a Abs. 2 SchKG, die Vollstreckung in der Betreuung Nr. F. _____ vor dem Betreibungsamt Oberland vorläufig einzustellen, bis das Verfahren über den materiellen Bestand der zugrundeliegenden Forderung in Deutschland rechtskräftig entschieden sei, unter Kosten- und Entschädigungsfolge.
2. Mit Verfügung vom 25.10.2019 wurde von Amtes wegen beim zuständigen Betreibungsamt Oberland der entsprechende Zahlungsbefehl samt Auskunft zum Stand des Betreibungsverfahrens ediert.

3. In der Stellungnahme vom 13.11.2019 beantragte die Gesuchsgegnerin die vollumfängliche Abweisung des Gesuchs resp. der Klage, soweit darauf einzutreten sei, unter Kosten- und Entschädigungsfolge.
4. Mit Verfügung vom 14.11.2019 wurde in der Folge in Kenntnis der Standpunkte beider Parteien in Aussicht genommen, die Eingabe („Klage“) vom 17.10.2019 als Gesuch im schriftlichen Verfahren zu beurteilen, unter Beizug der Rechtsöffnungsakten CIV 19 1334 gemäss Antrag der Gesuchsgegnerin.
5. Gemäss telefonischer Auskunft des Betreibungsamtes Oberland, Dienststelle G. _____, vom 17.12.2019 ist im Betreibungsverfahren Nr. F. _____ bislang lediglich notiert, dass ein Rechtsvorschlag erhoben wurde, ein Fortsetzungsbegehren wurde gestützt auf den in Rechtskraft erwachsenen Rechtsöffnungsentscheid noch nicht gestellt.

Ausgangssachverhalt

6. Mit Betreibungsbegehren vom 22.02.2019 (Gesuchsbeilage [GB] 8) hat die Gesuchsgegnerin gestützt auf eine öffentliche Urkunde (Grundschuldbestellurkunde mit Zwangsvollstreckungsunterwerfung vom 29.12.1998) die Schuldbetreibung über eine Forderung von CHF 236'562.85 nebst Zins zu 5% auf CHF 143'899.90 ab 23.02.2019 (Umrechnungskurs EUR/CHF: 1.1350) gegen den Gesuchsteller angehoben. Der Gesuchsteller hat Rechtsvorschlag erhoben und die Gesuchsgegnerin hat mit ihrem Gesuch vom 13.05.2019 die definitive Rechtsöffnung für CHF 157'980.62 nebst Zins zu 5% auf CHF 102'394.85 seit 23.02.2019 beantragt (Verfahren CIV 19 1334). Ihr Begehren stützte sie auf die fragliche Urkunde vom 29.12.1998, worin zu Gunsten der Gesuchsgegnerin eine Grundschuld in der Höhe von DM 168'000.00 nebst 19% Jahreszinsen vom heutigen Tag (gemeint somit der 29.12.1998) sowie einer einmaligen Nebenleistung von 5% des Grundschuldbetrags bestellt worden waren. Es kam im unangefochten gebliebenen Rechtsöffnungsentscheid vom 24.09.2019 zur inzidenten Vollstreckbarerklärung des fraglichen ausländischen Dokumentes und nach der Prüfung der Einwendungen des Gesuchstellers, wobei die Prüfung einer angeblichen Verwirkung des Anspruchs nach dem deutschen Recht abgelehnt wurde, schliesslich zur Erteilung der definitiven Rechtsöffnung für den Betrag von CHF 157'980.62 (entsprechend EUR 139'153.19) nebst Zins zu 5% auf CHF 102'394.85 (entsprechend EUR 90'191.89) seit 23.02.2019.

Zuständigkeit

7. Art. 85a Abs. 1 SchKG hält fest, dass ein Betreibener jederzeit vom Gericht des Betreibungsortes feststellen lassen kann, dass die Schuld nicht oder nicht mehr besteht oder gestundet ist. Abs. 2 gibt vor, dass das Gericht nach Eingang der Klage die Parteien anhört und die Beweismittel würdigt. Erscheint dem Gericht die Klage als sehr wahrscheinlich begründet, stellt es die Betreibung vorläufig ein und zwar in der Betreibung auf Pfändung oder auf Pfandverwertung vor der Verwertung, oder falls diese bereits stattgefunden hat, vor der Verteilung (Ziff. 1) oder in der Betreibung auf Konkurs nach der Zustellung der Konkursandrohung (Ziff. 2). Abs. 3 führt aus, dass das Gericht die Betreibung aufhebt oder einstellt, wenn es die Klage gutheisst.

8. Für die Klage nach Art. 85a SchKG ist örtlich grundsätzlich das Gericht am Betreibungsort zuständig (Art. 85a iVm 46 SchKG). Die sachliche Zuständigkeit richtet sich nach kantonalem Recht (Art. 4 Abs. 1 ZPO und Art. 8 EG ZSJ).

Das angerufene Gericht hat lediglich seine Zuständigkeit für die beantragte vorsorgliche Massnahme zu prüfen. Für einen Entscheid über eine vorsorgliche Einstellung nach Abs. 2 bleibt in einem internationalen Fall wie vorliegend, wenn also unter der gegebenen Anwendung des LugÜ keine (materielle) Klage gemäss Art. 85a SchKG am Betreibungsort anhängig gemacht werden kann bzw. konnte, der Richter am Betreibungsort gestützt auf Art. 31 LugÜ für diesen betreibungsrechtlichen Aspekt zuständig (BSK SchKG I-BODMER/BANGERT, Art. 85a SchKG N 25a). Das Regionalgericht ist demnach sachlich zuständig zur Beurteilung des vorliegenden vorsorglichen Massnahmengesuchs.

Der Entscheid über die vorläufige Einstellung der Betreibung gemäss Art. 85a Abs. 2 SchKG ergeht im Rahmen einer vorsorglichen Massnahme im summarischen Verfahren (Art. 248 lit. d ZPO; BSK SchKG I-BODMER/BANGERT, Art. 85a SchKG N 2).

Ist im Ausland ein Prozess über die in Betreibung gesetzte Forderung hängig, so kann der Betriebene dennoch vom Richter am Betreibungsort die Einstellung oder Aufhebung der Betreibung verlangen (BSK SchKG EB-Staehelin, Art. 85a ad N 11). Diese Beurteilung der materiellrechtlichen Lage durch ein anderes, gemäss der ZPO bzw. vorliegend nach dem LugÜ zuständiges Gericht, steht dem nicht entgegen, wenn dieser Entscheid auch nach den allgemein anwendbaren Regeln für Feststellungsklagen und nicht nach den Voraussetzungen und mit den Wirkungen der Klage nach Art. 85a SchKG ergeht (BSK SchKG I-BODMER/BANGERT, Art. 85a SchKG N 24).

9. Die Klage nach Art. 85a SchKG soll dem Betriebenen als Notbehelf dienen und steht – entgegen dem Gesetzeswortlaut („jederzeit“) – nur offen, wenn der Zahlungsbefehl – sei es mangels rechtzeitig erhobenen Rechtsvorschlages, sei es zufolge dessen Beseitigung – rechtskräftig geworden ist. Dies geht insbesondere aus Abs. 2 hervor, da eine Einstellung der Betreibung nur bei rechtskräftigem Zahlungsbefehl nötig ist.

Die Betreibung Nr. F. _____ gegen den Gesuchsteller vor dem Betreibungsamt Oberland ist noch hängig, womit das für das Eintreten auf das Gesuch vorausgesetzte Rechtsschutzinteresse des Gesuchstellers an der beantragten Einstellung der Betreibung gegeben ist.

10. Gegen das Eintreten auf das vorliegende Gesuch hält die Gesuchsgegnerin insbesondere fest, dass das vorausgegangene Verfahren um Erteilung der definitiven Rechtsöffnung berücksichtigt werden müsse (Frage der *res iudicata*). Obschon es diesem Verfahren an materieller Rechtskraft gebreche, sei ein Verfahren nach Art. 85a SchKG nur noch zulässig, soweit erst danach neu eingetretene Tatsachen geltend gemacht würden, oder Einwendungen bzw. Einreden erhoben würden, die der Rechtsöffnungsrichter nicht zu prüfen gehabt habe bzw. nicht habe prüfen können. Die angebliche Verwirkung der Forderung nach deutschem Recht habe der Gesuchsteller schon im Rechtsöffnungsverfahren vorgetragen und dies habe die Rechtsöffnungsrichterin auch prüfen müssen. Das habe sie nicht getan und folgerichtig hätte der Gesuchsteller gegen den Rechtsöffnungsentscheid vorgehen müssen. Ein neuerliches Vorbringen der Verwirkung sei unter diesen Umständen im Massnahmeverfahren nach Art. 85a Abs. 2 SchKG nicht mehr möglich.

Diesen Vorbringen ist entgegenzuhalten, dass einem definitiven Rechtsöffnungsentscheid selbst dann, wenn er über neue Tatsachen befindet, welche erst nach dem „Erlass“ des definitiven Rechtsöffnungstitels eingetreten sind, sei es bezüglich Suspensiv- oder Resolutivbedingungen, sei es bezüglich zulässiger Einwendungen gemäss Art. 81 Abs. 1 SchKG (Tilgung, Stundung, Verjährung nach Erlass des definitiven Rechtsöffnungstitels), keine materielle Rechtskraft zukommt, da nur im summarischen Verfahren mit Beweismittelbeschränkung entschieden wird (BGer, 27.04.2016, 5A_424/2015, E. 4.2). Unbeachtlich kann vorliegend somit bleiben, ob es der Rechtsöffnungsrichterin zugestanden hätte, die Verwirkung summarisch zu prüfen, oder nicht. In einem solchen Fall, in welchem ein Hauptprozess hinsichtlich der Verwirkung noch offensteht, kann mithin jedenfalls auch nach der Erteilung der definitiven Rechtsöffnung die Klage gemäss Art. 85a SchKG und somit auch ein Gesuch nach Art. 85a Abs. 2 SchKG erhoben werden (BSK SchKG EB-STAEHELIN, Art. 85a ad N 11b).

Materielles

11. Im hier zu beurteilenden Summarverfahren ist lediglich eine Hauptsachenprognose zu fällen. Ein definitiver Entscheid bleibt dem Hauptverfahren überlassen. Nach dem Gesetz gewordenen Wortlaut von Art. 85a SchKG muss die Klage „als sehr wahrscheinlich begründet“ erscheinen, damit die Betreibung vorläufig eingestellt werden kann. Dies bedeutet bzw. kann nach einem Teil der Lehre gleichwohl so verstanden werden, dass die Chancen des Hauptprozesses für eine lediglich vorläufige Einstellung des Betreibungsverfahrens zwischen „nicht aussichtslos“ und „offensichtlich begründet“ liegen müssen (GASSER, Revidiertes SchKG – Hinweise auf kritische Punkte, ZBJV 1996, 627 ff, 641 f). Fehlende Aussichtslosigkeit sei nicht ausreichend, andererseits auch nicht gefordert, dass die Klage offensichtlich begründet ist (KUKO SchKG-BRÖNNIMANN, Art. 85a N 11 mit Hinweisen).

Mit SCHWANDER (zitiert gemäss BSK SchKG I-BODMER/BANGERT, Art. 85a SchKG N 21) erachtet es das Gericht in der vorliegenden Konstellation für angemessen, die Anforderungen an die Hauptsachenprognose nicht zu hoch zu schrauben. Mit der Klage vom 19.10.2019 an das Landgericht E._____ (Gesuchsbeilage 1) hat der Gesuchsteller eine negative Feststellungsklage, in welcher neben weiteren Vorbringen die letztlich im Rechtsöffnungsverfahren nicht konkret geprüfte Verwirkungseinwendung angerufen wird, vor dem international zuständigen und des deutschen Rechts kundigen Gericht anhängig gemacht. Eine erste summarische Sicht auf die rechtliche Lage zeigt vor allem, dass es sich bei der Beurteilung der allfälligen Verwirkung um einen breiten Ermessensspielraum der urteilenden Instanz handelt (vgl. die diesbezüglichen Ausführungen zur Verwirkung eines titulierten Darlehensanspruchs einer Bank nach der letzten Vollstreckungsmassnahme gemäss der deutschen Rechtsprechung innert 16, 8 oder 6.5 Jahren [PALANDT, Bürgerliches Gesetzbuch, 71. Auflage, §§ 242 N 98]). Demzufolge lässt sich in casu noch weniger als in anderen Fällen eine klare Prognose abgeben. Die vorliegende Kombination eines Ermessensentscheides in der Hauptsache (insbesondere Verwirkung eingetreten?) und des richterlichen Ermessens hinsichtlich des vorliegend abzugebenden Urteils (sehr wahrscheinlich begründet?) hat dazu zu führen, Zurückhaltung zu üben. Zudem ist beachtlich, dass durch die Einstellung der Betreibung, welche von Gesetzes wegen ja erst nach der Pfändung bzw. erst vor der Verwertung bzw. Verteilung angeordnet werden kann, die

Gesuchsgegnerin ihre betreibungsrechtlichen Sicherungen durch eine – wenn nicht ohnehin bereits vollzogen – weiterhin mögliche Pfändung nicht verliert. Das Zuwarten auf den definitiven Abschluss des Hauptprozesses in Deutschland nach erfolgter Pfändung lässt sich damit unter keinem massgeblichen Aspekt als unverhältnismässig beurteilen.

Die Voraussetzungen für den Erlass einer vorläufigen Einstellung der Betreibung Nr. F. _____ des Betreibungsamt Oberland, Dienststelle G. _____, als vorsorgliche Massnahme liegen demzufolge vor.

12. Wegen des im Ausland hängigen Prozesses über die in Betreibung gesetzte Forderung (insbesondere die beantragte Feststellung, dass der Gesuchsgegnerin gegen den Gesuchsteller keinerlei Ansprüche aus Darlehen zustehen; vgl. die Klage Gesuchsbeilage 1), ist die Einstellung der Betreibung bis zum Abschluss dieses Verfahrens bzw. bis zum in-Rechtskrafterwachsen des Entscheides im Hauptprozess zu gewähren (BSK SchKG EB-STAEHELIN, Art. 85a ad N 11).

Soweit eine Pfändung noch nicht erfolgt sein sollte, kann diese weiterhin vorgenommen werden. Die Betreibung ist aber aufgrund des vorliegenden Entscheides in jedem Fall vor der Verwertung/Verteilung einzustellen.

Kostenliquidation

13. Der praxisübliche und gesetzlich vorgesehene Vorbehalt, dass die definitive Prozesskostenverteilung eines vorsorglichen Massnahmenverfahrens (Art. 104 Abs. 2 ZPO) mit dem Abschluss des Hauptprozesses vorgenommen werde, kann vorliegend nicht über die Grenzen der Schweiz hinaus verbindlich vorgesehen werden. Die Prozesskosten des vorliegenden Massnahmenverfahrens sind demzufolge nach Art. 106 Abs. 1 ZPO der unterliegenden Partei aufzuerlegen. Die Gesuchsgegnerin hat demzufolge dem Gesuchsteller die Gerichtskosten, bestimmt auf CHF 2'000.00, die mit dem Vorschuss des Gesuchstellers verrechnet werden, zu ersetzen. Weiter hat die Gesuchsgegnerin dem Gesuchsteller eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 105 Abs. 2 iVm Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Parteientschädigung wird nach Eingang der Kostennote von Rechtsanwalt Dr. B. _____ bestimmt. Rechtsanwalt Dr. B. _____ wird aufgefordert, dem Gericht innert 10 Tagen seine Kostennote einzureichen.

Der Gerichtspräsident entscheidet:

1. Für den Fall der Fortsetzung wird die Betreuung Nr. F. _____ des Betreibungsamtes Oberland, Dienststelle G. _____, gemäss Art. 85a Abs. 2 SchKG **nach erfolgten Pfändungen vorläufig** bis zum rechtskräftigen Abschluss des mit der Klage vom 19.10.2019 vor dem Landgericht E. _____ anhängig gemachten Verfahrens **eingestellt**.

2. Die **Gerichtskosten**, bestimmt auf **CHF 2'000.00**, werden der Gesuchsgegnerin zur Zahlung auferlegt und mit dem vom Gesuchsteller geleisteten Vorschuss verrechnet.

Die Gesuchsgegnerin hat dem Gesuchsteller demzufolge CHF 2'000.00 für vorge-schossene Gerichtskosten zu ersetzen.

3. Die Gesuchsgegnerin hat dem Gesuchsteller eine Parteientschädigung in gerichtlich noch zu bestimmender Höhe zu bezahlen. Rechtsanwalt Dr. B. _____ wird aufgefordert, dem Gericht innert 10 Tagen seine Kostennote einzureichen.

4. Zu eröffnen:
- den Parteien

Mitzuteilen:

- dem Betreibungsamt Oberland, Dienststelle G. _____

Regionalgericht Oberland
Zivilabteilung

Der Gerichtspräsident:

Zbinden

Die Gerichtsschreiberin:

Häni

Rechtsmittelbelehrung:

Der vorliegende Entscheid kann innert 10 Tagen seit Zustellung mit Beschwerde beim Obergericht des Kantons Bern, Zivilabteilung, Hochschulstrasse 17, Postfach 7475, 3001 Bern, angefochten werden. Die Frist kann nicht erstreckt werden (Art. 144 Abs. 1 ZPO). Der Fristenstillstand gemäss Art. 145 ZPO gilt nicht.

Hinweise:

Eingaben müssen spätestens am letzten Tag der Frist beim Gericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben werden (Art. 143 Abs. 1 ZPO).

Eingaben per Fax und E-Mail sind nicht rechtsgültig und haben keine fristwahrende Wirkung.

Unter bestimmten Voraussetzungen können Eingaben elektronisch erfolgen. Genauere Angaben hierzu finden Sie auf der Internetseite der Berner Justiz (<http://www.justice.be.ch/elektronische-eingaben>).

Bei Eingaben ist jeweils die Dossinummer (CIV 19 2967) anzugeben.