

Hochschulstrasse 17
Postfach 7475
3001 Bern
Telefon 031 635 48 03
Fax 031 635 48 14
handelsgericht.bern@justice.be.ch
www.justice.be.ch/obergericht

Entscheid

HG 11 28 POP

Bern, 29. April 2011

Verfahrensbeteiligte

A. _____

vertreten durch Rechtsanwältin B. _____

Gesuchstellerin

gegen

C. _____ S.A.

vertreten durch Rechtsanwalt D. _____

Gesuchsgegnerin



Gesuch um vorläufige Einstellung der Betreuung vom 08.04.2011

Erwägungen:

I.

1. Die Gesuchstellerin reichte am 8. April 2011 (Eingang am 11. April 2011) eine negative Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG gegen die Gesuchsgegnerin ein und verlangte vom Handelsgericht, festzustellen, dass die von der Gesuchsgegnerin am 23. Dezember 2010 in Betreuung gesetzte Forderung über Fr. 46'570.05 nebst Zins nicht bestehe, und die Betreuung Nr. E. _____ des Betreibungsamtes Bern-Mittelland aufzuheben, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (Rechtsbegehren 1 und 2). In diesem Zusammenhang beantragte die Gesuchstellerin zudem die vorläufige Einstellung der Betreuung bis zum Vorliegen eines Entscheides über die gleichzeitig eingereichte Klage (Rechtsbegehren 3; pag. 1 ff.).
2. Das Handelsgericht verfügte am 12. April 2011, dass das Rechtsbegehren 3 als Gesuch um vorsorgliche Massnahme entgegen genommen werde und forderte die Beklagte auf, innert nicht verlängerbarer Frist von 10 Tagen zum Gesuch um vorläufige Einstellung der Betreuung (HG 11 28) Stellung zu nehmen. Gleichzeitig wurde die Frist zur Einreichung einer Klageantwort (HG 11 27) auf drei Wochen festgelegt (pag. 8 f.).

3. Die Gesuchsgegnerin reichte daraufhin am 26. April 2011 (Eingang 28. April 2011) fristgerecht eine Gesuchsantwort ein und beantragte, das Gesuch um vorläufige Einstellung des Betreibungsverfahrens sei abzuweisen (pag. 11 ff.).

II.

1. Das Handelsgericht des Kantons Bern ist in Anwendung von Art. 85a Abs. 1 SchKG und Art. 6 Abs. 1 und 2 ZPO i.V.m. Art. 7 Abs. 1 EG ZSJ örtlich und sachlich zur Beurteilung des vorliegenden Gesuchs um vorläufige Einstellung der Betreibung Nr. E. _____ des Betreibungsamtes Bern-Mittelland zuständig.
2. Die Beurteilung des vorliegenden Gesuchs obliegt – da der Hauptprozess bereits hängig ist – gemäss Art. 12 Abs. 4 i.V.m. Abs. 3 lit. c EG ZSJ dem Präsidenten des Handelsgerichts.
3. Bei der von der Gesuchstellerin anhängig gemachten Klage handelt es sich um eine negative Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG. Der Nachweis eines besonderen Feststellungsinteresses ist bei der Klage nach Art. 85a SchKG nicht erforderlich; es genügt die Tatsache, dass eine Person betrieben ist (BODMER/ BANGERT, BSK SchKG I, 2. Auflage, Basel 2010, N. 4 zu Art. 85a, m.w.H.). Die blossе Tatsache des Betriebenseins reicht als Feststellungsinteresse für das Vorgehen nach Art. 85a SchKG aus. Das Feststellungsinteresse ist gesetzlich definiert (BODMER/ BANGERT, BSK SchKG I, 2. Auflage, Basel 2010, N. 6 zu Art. 85a).

In casu wurde gegen die Gesuchstellerin mit Zahlungsbefehl vom 23. Dezember 2010 die Betreibung über Fr. 46'570.05 nebst 5% Zins seit 28. Juni 2010 eingeleitet (Klagebeilage [KB] 2) und ihr am 2. März 2011 (Zustellung am 15. März 2011) der Konkurs angedroht (KB 6). Mit Schreiben vom 22. April 2011 hat die Gesuchsgegnerin schliesslich beim zuständigen Konkursgericht das Konkursbegehren gestellt (Gesuchsantwortbeilage [GAB] 2). Damit ist das Feststellungsinteresse der Gesuchstellerin offensichtlich gegeben.

Wenn die Gesuchsgegnerin in ihrer Gesuchsantwort nun geltend macht, die Gesuchstellerin habe aufgrund ihres „passiven Verhaltens“ ihr Feststellungsinteresse verwirkt (pag. 14) und ihr sei aufgrund des bisherigen Verhaltens jegliches Feststellungsinteresse abzusprechen (pag. 13), so gehen diese Behauptungen aufgrund der obigen Ausführungen ins Leere.

4. Die gesuchstellende Partei hat neben dem Feststellungsinteresse ein schutzwürdiges Interesse vorzuweisen (Art. 59 Abs. 2 ZPO; vgl. auch GEHRI, BSK ZPO, Basel 2010, N. 8 zu Art. 59 ZPO). Ein schutzwürdiges Interesse ist vorhanden, wenn die Durchsetzung des materiellen Rechts gerichtlichen Rechtsschutz nötig macht (GEHRI, BSK ZPO, Basel 2010, N. 7 zu Art. 59 ZPO). Auch das Rechtsschutzinteresse ist aufgrund des drohenden Konkurses klar zu bejahen. Da die Gesuchstellerin die Forderung der Gesuchsgegnerin als nicht bestehend erachtet und insofern eine Erfüllung dieser Forderung für sie offenbar nicht in Frage kam und kommt, ist die Einreichung der Feststellungsklage

nach Art. 85a SchKG die einzig verbleibende Möglichkeit, den drohenden Konkurs noch abzuwenden.

Soweit die Gesuchsgegnerin vorbringt, das Rechtsschutzinteresse sei aufgrund des beim Richter gestellten Konkursbegehrens (nach Ablauf der letztmöglichen Zahlungsfrist gemäss Konkursandrohung) nicht mehr gegeben (pag. 15), ist dem entgegen zu halten, dass eine Einstellung des Betreibungsverfahrens jederzeit (während laufender Betreuung) bis zur Konkurseröffnung möglich ist (vgl. Art. 85a Abs. 1 SchKG und Art. 171 i.V.m. 173 Abs. 1 SchKG; vgl. auch BODMER/ BANGERT, BSK SchKG I, 2. Auflage, Basel 2010, N. 14 und 16a zu Art. 85a). Schliesslich kann gerade im Falle einer Klage nach Art. 85a SchKG das Rechtsschutzinteresse nicht von der Einhaltung einer letztmaligen Zahlungsmöglichkeit abhängig gemacht werden. Auch die diesbezüglichen Vorbringen der Gesuchsgegnerin sind daher nicht stichhaltig.

5. Im Übrigen sind auch die weiteren Prozessvoraussetzungen erfüllt, so dass auf das Gesuch einzutreten ist.

III.

1. Die Gesuchstellerin verlangt die vorläufige Einstellung der Betreuung Nr. E. _____ des Betreibungsamtes Bern-Mittelland. Sie begründet ihr Begehren zusammenfassend damit, dass die in Betreuung gesetzte Forderung nicht bestehe, dies gerichtlich festzustellen sei und die Betreuung daher aufzuheben sei. Da das Betreibungsverfahren mit der Zustellung der Konkursandrohung bereits weit fortgeschritten sei, seien die Voraussetzungen für eine vorläufige Einstellung der Betreuung erfüllt (pag. 6).

Die Gesuchsgegnerin beantragt demgegenüber die Abweisung des Gesuchs um Einstellung. Sie führt zusammenfassend aus, entgegen der Meinung der Gesuchstellerin seien die Voraussetzungen für eine vorläufige Einstellung des Verfahrens nicht gegeben, weil die Klage einerseits verspätet und andererseits unbegründet sei (pag. 13).

Es wird darauf verzichtet, an dieser Stelle sämtlich Argumente der Parteien wieder zu geben; vielmehr wird auf die entsprechenden Ausführungen in den Schriften (pag. 4 ff. bzw. 13 ff.) verwiesen. Auf diese wird – soweit angezeigt – in den nachfolgenden Erwägungen einzugehen sein.

2. Nach Art. 85a Abs. 2 SchKG kann das Gericht die Betreuung nach Eingang der Klage vorläufig einstellen, wenn ihm die Klage um Feststellung des Nichtbestands der Forderung als sehr wahrscheinlich begründet erscheint. Die vorläufige Einstellung der Betreuung erfolgt somit im Hinblick auf die vom Gericht zu treffende Hauptsacheprognose, ob die Klage „sehr wahrscheinlich begründet“ ist. Ist dies der Fall, stellt das Gericht i.S. einer vorsorglichen Massnahme im summarischen Verfahren nach den Art. 252 ff. ZPO die Betreuung vorläufig ein (BODMER/ BANGERT, BSK SchKG I, 2. Auflage, Basel 2010, N. 19 zu Art. 85a). „Sehr wahrscheinlich begründet“ bedeutet, dass die Prozesschance des Schuldners deutlich besser erscheinen muss als jene des Gläubigers (BODMER/ BANGERT, BSK SchKG I, 2. Auflage, Basel 2010, N. 21 zu Art. 85a, mit Hinweis auf BGer. 28.7.2008, 4D_68/2008). Fehlende Aussichtslosigkeit der Klage genügt nicht (Brönnimann, in: Hunkeler (Hrsg.), Kurzkommentar SchKG, Basel 2009, N. 11 zu Art.

85a). In der Lehre wird jedoch die Auffassung vertreten, dass der Anspruch an diese Voraussetzung nicht all zu hoch gesetzt werden soll: SCHWANDER fordert, man dürfe die Anforderungen nicht zu hoch schrauben und drückt die Hoffnung aus, die Praxis werde den Begriff bis zu einer bloss „wahrscheinlichen“ Begründetheit abglätten. Für GASSER liegt die „sehr wahrscheinliche Begründetheit“ irgendwo zwischen „nicht aussichtslos“ und „offensichtlich begründet“ (BODMER/ BANGERT, BSK SchKG I, 2. Auflage, Basel 2010, N. 21 zu Art. 85a, m.w.H.).

3. In casu macht die Gesuchstellerin geltend, die Parteien hätten im Zeitraum Herbst 2009 bis Frühjahr 2010 über den Abschluss eines Franchisevertrags für einen Gastronomiebetrieb in der Liegenschaft „F. _____“ beim Hauptbahnhof G. _____ verhandelt, wobei die Gesuchstellerin als Franchisenehmerin und die Gesuchsgegnerin als Franchisegeberin agiert hätten. Die Gesuchsgegnerin habe zu diesem Zweck ab dem 1. Dezember 2009 Gewerberäumlichkeiten im Erdgeschoss des Hauptbahnhofes G. _____ gemietet, wovon sie erst am 20. November 2009 erfahren habe. Ein Entwurf des Franchisevertrages sei der Gesuchstellerin jedoch nie vorgelegt worden. Dass es letztlich nicht zum Abschluss eines Vertrages gekommen sei, sei darauf zurückzuführen, dass die Gesuchsgegnerin die erforderliche gewerbepolizeiliche Bewilligung für den Gastgewerbebetrieb nicht eingeholt bzw. nie erhalten habe (pag. 4). Nach dem Abbruch der Vertragsverhandlungen habe die Gesuchsgegnerin der Gesuchstellerin Rechnung über einen Betrag von Fr. 46'570.05 für angebliche Planungsaktivitäten, Geschäftsaktivitäten, Reisespesen und einen Anteil der aufgelaufenen Mietzinse in Rechnung gestellt. Die Gesuchstellerin habe die Rechnung auch auf Mahnung hin nicht bezahlt, da ein Rechtsgrund für die Überwälzung der entsprechenden Kosten nicht bestehe (pag. 5).

Die Gesuchsgegnerin bestreitet demgegenüber die Sachverhaltsdarstellung der Gesuchstellerin, verweist für eine detaillierte Erläuterung jedoch auf künftige Ausführungen im Hauptverfahren (pag. 13). Sie äussert die Ansicht, dass die Gesuchstellerin von den Verhandlungen zurückgetreten sei, nachdem sie zahlreiche Kosten und Spesen verursacht habe, und dies damit begründet habe, dass das Projekt für sie „zu teuer“ geworden sei (pag. 14). Die Parteien hätten sich im Rahmen der Vertragsverhandlungen nicht weniger als 15 Mal getroffen, wobei die Gesuchstellerin zahlreiche Arbeiten und Leistungen von externen Parteien verlangt und auch erhalten habe (pag. 13).

4. Es ist aufgrund der Ausführungen beider Parteien unbestritten, dass es zwischen den Parteien Vertragsverhandlungen in Bezug auf einen allfälligen Franchisingvertrag gegeben hat. Gestützt auf diese Vertragsverhandlungen und den darauf folgenden Abbruch derselben fordert die Gesuchsgegnerin offenbar die dabei entstandenen Kosten von der Gesuchstellerin zurück. Dazu ist festzuhalten, dass in den bisher dem Gericht vorliegenden Akten weder für die Vertragsverhandlungen selbst, noch für die dabei entstandenen Kosten oder für eine allfällige Forderungsgrundlage Belege vorhanden sind. Dem Gericht liegen weder Korrespondenz der Parteien noch irgendwelche Unterlagen Dritter darüber vor, wann, worüber und in welchem Umfang die Parteien vorvertraglich verhandelt hätten. In den Akten findet sich in diesem Zusammenhang einzig ein Mietvertrag betreffend gewerbliche Räume und betreffend einen Einstellhallenplatz zwischen der Gesuchsgegnerin als Mieterin und einer Drittperson als Vermieterin (KB 9

und 10), ein entsprechendes Schreiben der Gesuchsgegnerin vom 20. November 2009, mit welchem diese Verträge der Gesuchstellerin zugestellt werden (KB 9), eine Rechnung vom 27. Mai 2010 (KB 4) sowie eine Mahnung der Gesuchsgegnerin an die Adresse der Gesuchstellerin vom 28. Juli 2010 (KB 5). Es handelt sich dabei samt und sonders um einseitiges Parteimaterial, ohne Beteiligung der Gegenpartei oder massgebender Drittparteien, aus welchem sich nur schwer eine bestehende Forderung der Gesuchsgegnerin gegenüber der Gesuchstellerin ableiten lässt. Dies betrifft insbesondere auch die – neben dem Konkursbegehren (GAB 2) – einzige im Rahmen der Vernehmung eingereichte Zusammenstellung vom 17. März 2010 (GAB 1), welche wiederum nur eine blosser Parteiwiedergabe der behaupteten Kosten darstellt.

5. Dem Handelsgericht liegen damit derzeit keine Beweismittel vor, welche den Bestand der Forderung der Gesuchsgegnerin auch nur summarisch begründen würden (vgl. dazu auch JAEGER, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. Auflage, Zürich 1997, N. 22 zu Art. 85a). Damit erscheint der Bestand der in Betreibung gesetzten Forderung in der Höhe von Fr. 46'570.05 als höchst fraglich, so dass die Prozesschancen der Gesuchstellerin beim momentanen Stand der Dinge deutlich besser erscheinen, als jene der Gesuchsgegnerin. Aus heutiger Beurteilungssicht und gestützt auf die bisher vorliegenden Akten erscheint die Klage im Sinne des Gesetzes als „sehr wahrscheinlich begründet“. Die Gesuchsgegnerin vermochte den behaupteten Nichtbestand der Forderung bislang nicht entscheidend in Frage zu stellen, so dass ein Obsiegen der Klägerin im Hauptprozess derzeit wesentlich wahrscheinlicher erscheint, denn ein Obsiegen der Beklagten. Daran ändert sich auch nichts, wenn die Gesuchsgegnerin behauptet, die Gesuchstellerin habe sich bloss derart passiv verhalten, weil sie gewusst habe, dass ihre Forderung berechtigt sei und den mündlichen Abmachungen entspreche, und dies von einer Vielzahl von in die Verhandlungen involvierten Personen bestätigt werden könne (pag. 13). Wie sich dannzumal das Beweisergebnis nach durchgeführtem Beweisverfahren und nach Vorliegen einer detaillierten Klageantwort präsentieren wird, ist derzeit nicht abzuschätzen.
6. Aufgrund der obigen Ausführungen kommt das Handelsgericht nach Prüfung der eingereichten Stellungnahmen und Beweismittel zum Schluss, dass die Betreibung Nr. E._____ des Betreibungsamtes Bern-Mittelland in Anwendung von Art. 85a Abs. 2 SchKG bis zum rechtskräftigen Entscheid über die Klage im Verfahren HG 11 27 vorläufig einzustellen ist.

IV.

Über die Höhe der Prozesskosten dieses Massnahmeverfahrens und deren Verteilung wird im Rahmen des Hauptprozesses (HG 11 27) entschieden.

Der Präsident des Handelsgerichts entscheidet:

1. Die Betreuung Nr. E. _____ des Betreibungsamtes Bern-Mittelland wird bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Urteils im Verfahren HG 11 27 vorläufig eingestellt (Art. 85a Abs. 2 SchKG).
2. Die Kosten dieses Verfahrens werden zur Hauptsache geschlagen und im Rahmen des Entscheides über die Hauptsache (HG 11 27) verlegt.
3. Zu eröffnen:
 - den Parteien (GU), der Gesuchstellerin unter Beilage der Gesuchsantwort
 - dem Regionalgericht Bern-Mittelland (chargé)
 - dem Betreibungsamt Bern-Mittelland, Dienststelle Mittelland (chargé)

Bern, 29. April 2011

Der Präsident des Handelsgerichts
des Kantons Bern:

Oberrichter Greiner

Der Gerichtsschreiber:

Poggio

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Entscheid über vorsorgliche Massnahmen kann innert 30 Tagen seit Zustellung der schriftlichen Begründung beim Bundesgericht, Av. du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 39 ff., 72 ff. und 90 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110) geführt werden. Dabei kann nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden (Art. 98 BGG). Die Art. 95, 97 und 105 Abs. 2 BGG gelangen nicht zur Anwendung. Die Beschwerde muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen. Die Verletzung von Grundrechten und von kantonalem sowie interkantonalem Recht ist ausdrücklich zu rügen und zu begründen (Art. 106 Abs. 2 BGG). Der Streitwert im Sinn von Art. 51 ff. BGG beträgt mehr als CHF 30'000.00.