

# **BE\_ZIVILSTRAF ZK 2008 338 vom 19. August 2008**

BE Obergericht, 2008-08-19, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be\\_zivilstraf\\_ZK\\_2008\\_338](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_zivilstraf_ZK_2008_338)

FR: BE\_ZIVILSTRAF ZK 2008 338 du 19 août 2008

IT: BE\_ZIVILSTRAF ZK 2008 338 del 19 agosto 2008

## **Regeste**

Provisorische Rechtsöffnung gestützt auf zwei Schuldbriefe, welche in oberer Instanz im Original eingereicht wurden | Provisorische Rechtsöffnung

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Am 08.01.1997 wurde auf den Grundstücken Y. Gbbl.-Nr. YYY-10, YYY-15-10, YYY-15-11 ein Grundpfand im 1. Rang in der Form eines Namensschuldbriefes über Fr. 600'000.00 errichtet (vgl. GB 6).

### **E. 2**

Am 29.10.1997, ersetzt am 12.09.2000, wurde auf dem Grundstück Y. Gbbl.-Nr. YYY-10 ein Namen-Schuldbrief im 2. Rang in der Form eines Namensschuldbriefes über Fr. 200'000.00 errichtet (vgl. GB 7).

### **E. 3**

Die Gesuchstellerin schloss mit der Gesuchsgegnerin und dessen Ehemann (E.) als solidarisch haftende Schuldner am 31.08.2000 einen Darlehensvertrag im Betrag von Fr. 100'000.00 zu 4.5%, wobei die Bank berechtigt ist, den Zinssatz nach Voranzeige jederzeit den Marktverhältnissen anzupassen (vgl. GB 4 = APB 2).

### **E. 4**

Das Darlehen über Fr. 100'000.00 und angebliche weitere Darlehen über Fr. 550'000.00 und Fr. 30'000.00 sowie sämtliche gegenwärtigen und künftigen Forderungen wurden mit Sicherungsübereignungsvertrag vom 12.10.2001 gesichert. Darin verpflichtete sich E. als Sicherungsgeber und Berechtigter die vorerwähnten Namensschuldbriefe über Fr. 600'000.00 und Fr. 200'000.00 der Gesuchstellerin zu Eigentum zu übertragen. Die Gesuchsgegnerin unterschrieb als Ehegattin (vgl. GB 5)

### **E. 5**

Am 31.12.2004 schloss die Gesuchstellerin mit der Gesuchsgegnerin und dessen Ehemann als solidarisch haftende Schuldner einen Darlehensvertrag im Betrag von Fr. 534'000.00 zu 2.875 % Zins pro Jahr und Fr. 146'000.00 zu 3.875 % Zins pro Jahr. Der Darlehensvertrag ersetzte einen Vertrag vom 03.09.2004, welcher der Kammer nicht vorliegt (vgl. GB 2 = APB 3).

### **E. 6**

Das Darlehen über Fr. 680'000.00 sowie sämtliche gegenwärtigen und künftigen Forderungen wurden mit Sicherungsübereignungsvertrag vom 31.12.2004 gesichert. Darin verpflichtete sich E. als Sicherungsgeber und Berechtigter aus Schuldbriefen die erwähnten

Namenschuldbriefe über Fr. 600'000.00 und Fr. 200'000.00 der Gesuchstellerin zu Eigentum zu übertragen. Die Gesuchsgegnerin unterschrieb als zustimmender Ehepartner (vgl. GB 3). Weil dieser Sicherungsübereignungsvertrag die Sicherung sämtliche gegenwärtigen Forderungen nennt und die Gesuchstellerin bereits mit Sicherungsübereignungsvertrag vom 12.10.2001 Eigentümerin der erwähnten zwei Schuldbriefe wurde, ersetzt der Sicherungsübereignungsvertrag vom 31.12.2004 offenbar denjenigen vom 12.10.2001 (vgl. GB 3, 5).

#### **E. 7**

Im März 2005 lösten die Gesuchsgegnerin und E. den gemeinsamen Haushalt auf (vgl. APH 06 524, pag. 19).

#### **E. 8**

Im Schreiben vom 06.06.2007 an die Gesuchsgegnerin und dessen Ehemann kündigte die Gesuchstellerin die Darlehensverträge per sofort und die Schuldbriefe per 30.06.2007 (vgl. GB 8). Dieses Kündigungsschreiben nahm die Gesuchsgegnerin am 13.06.2007 in Empfang (vgl. APB 5, 6, 7).

#### **E. 9**

E. ist Alleineigentümer der mit den beiden Schuldbriefen belasteten Grundstücken (vgl. Grudis, Art. 970 Abs. 4 ZGB). Als Gläubiger ist auf beiden Schuldbriefen die G.-bank indossiert (vgl. GB 6, 7). IV. Materielles 1. Bei der Sicherungsübereignung wird im Unterschied zum direkten Grundpfandrecht und in Anwendung von Art. 855 Abs. 2 ZGB die Grundforderung nicht noviert (vgl. Staehelin, in: AJP/PJA 10/94, *Betreibung und Rechtsöffnung beim Schuldbrief*, S. 1256 [im folgenden: Staehelin, a.a.O.]). In einer *Betreibung* auf Grundpfandverwertung, welche zuerst realisiert werden muss, wird dennoch nur die Schuldbriefforderung in *Betreibung* gesetzt (vgl. Staehelin, a.a.O., S. 1260, 1265; vgl. Staehelin, in: Honsell/Vogt/Geiser, *Zivilgesetzbuch II (Basler Kommentar)*, N 20, 23 ad Art. 855).

Vorliegend handelt es sich um eine Sicherungsübereignung, da die Parteien vereinbarten, die Bank sei auch berechtigt, anstelle des ihr zu Eigentum übertragenen Schuldbriefs die damit gesicherte Forderung geltend zu machen (vgl. GB 3 Ziff. 3 Abs. 2). Zudem wurde korrekterweise eine *Betreibung* auf Grundpfandverwertung initiiert (vgl. GB 1) und damit die Schuldbriefforderung und nicht die Grundforderung (*Darlehensforderung*) in *Betreibung* gesetzt. 2. Beruht die Forderung auf einer durch öffentliche Urkunde oder durch Unterschrift bekräftigten Schuldanerkennung, so kann der Gläubiger die provisorische Rechtsöffnung verlangen. Das Gericht spricht die provisorische Rechtsöffnung aus, sofern der Betriebene nicht Einwendungen, welche die Schuldanerkennung entkräften sofort glaubhaft macht (Art. 82 SchKG). Im Falle einer Sicherungsübereignung können sich die Einwendungen auch auf das Grundverhältnis beziehen (vgl. Art. 872 ZGB; vgl. Staehelin, a.a.O., S. 1259). 3. Ein Schuldbrief stellt eine öffentliche Urkunde dar, welche die Anerkennung einer bestimmten Schuld und die Haftung eines Grundstückes als Pfand dafür ausweist. Der Schuldbrief kann daher als provisorischer Rechtsöffnungstitel sowohl für die Forderung als auch für das Pfandrecht in der Höhe des verurkundeten Betrages qualifiziert werden (vgl. Stücheli, a.a.O., S. 377). Bei der Sicherungsübereignung ist, wie vorliegend in oberer Instanz erfolgt, der Schuldbrief als Wertpapier im Original vorzulegen (vgl. Art. 868 Abs. 1 ZGB; vgl. Stücheli, a.a.O., S. 380f.; Staehelin, in: Staehelin/Bauer/Staehelin, *SchKG I*, N 82 ad Art. 82). 4. Schuldner der

Schuldbriefforderung ist grundsätzlich nur die auf dem Schuldbrief vermerkte Person. Ist kein Schuldner vermerkt, bildet der Schuldbrief für sich alleine keinen Rechtsöffnungstitel. Der Kläger hat alsdann die Schuldnerstellung des Betriebenen durch eine weitere öffentliche Urkunde oder durch eine private Schuldanerkennung zu belegen (vgl. Stücheli, a.a.O., S. 381). Der Schuldner geht aus den eingereichten Schuldbriefen nicht hervor (vgl. GB 6, 7). Aus dem Sicherungsübereignungsvertrag geht aber hervor, dass die Bank berechtigt ist, die Schuldbriefforderungen nebst drei verfallenen Jahreszinsen und dem laufenden Zins jeweils bis zur Höhe des Maximalzinssatzes geltend zu machen (vgl. GB 3 Ziff. 3 Abs. 1, vgl. auch GB 5 Ziff. 3). Als Partei dieses Vertrages aufgeführt sind E., der Ehemann der Gesuchsgegnerin, und die Gesuchstellerin. Die Gesuchsgegnerin gab ihre Zustimmung zum Sicherungsübereignungsvertrag (vgl. GB 3, vgl. auch GB 5). Dies war zu einem Zeitpunkt, als der gemeinsame Haushalt noch nicht aufgelöst war (vgl. APH 06 524, pag. 19). Bei der Bezahlung der Schuldbriefforderungen handelt es sich um ein übriges Bedürfnis der Familie i.S.v Art. 166 Abs. 2 ZGB. Mit ihrer Zustimmung auf dem Sicherungsübereignungsvertrag wurde die Gesuchsgegnerin somit für die beiden Schuldbriefforderungen solidarisch haftbar (vgl. Art. 166 Abs. 2 Ziff. 1, Art. 166 Abs. 3 ZGB; vgl. Hegnauer/Breitschmid, Grundriss des Eherechts, 4. Auflage, N 18.16; APH 07 104). Entgegen der Ansicht der Gesuchsgegnerin war hiezu keine Bürgschaft notwendig (vgl. pag. 75). Die Gesuchsgegnerin ist nebst ihrem Ehemann aus der Schuldbriefforderung verpflichtet und damit passivlegitimiert (vgl. Art. 144 Abs. 1 OR). Die Schuldbriefforderung ist grundpfändlich an den Grundstücken Y. Gbbl.-Nr. YYY-10, YYY-

15-10, YYY-15-11 sichergestellt (vgl. Art. 842 ZGB), ohne dass ein Drittpfand bestünde (vgl. Art. 845 Abs. 1 ZGB). Die Gesuchsgegnerin hat mit ihrer Unterschrift im übrigen zugestimmt, dass die Wohnung der Familie im Rahmen einer Betreibung auf Pfandverwertung zwangsverwertet werden könnte (vgl. Schwander, in: Honsell/Vogt/Geiser, Zivilgesetzbuch II (Basler Kommentar), N 16 ad Art. 169). Insofern liegt auch ein Anwendungsfall von Art. 169 ZGB vor, den die Gesuchsgegnerin erwähnte (vgl. pag. 73). 5. Bei einer Sicherungsübereignung müssen sowohl die Grund- als auch die Schuldbriefforderung im Zeitpunkt der Betreibung fällig gewesen sein (vgl. Stücheli, S. 381f). Dies hat die Vorinstanz verneint, da die Kündigung nicht in den Machtbereich der Gesuchsgegnerin gelangt sei (vgl. pag. 34). Bei einer Sicherungsübereignung, bei welcher wie in casu das Grundverhältnis nicht noviert wird, können die gesetzlichen Kündigungsbestimmungen gemäss Art. 844 ZGB von den Parteien vorgängig abgeändert werden. Es kann insbesondere vereinbart werden, dass die Fälligkeit der gesicherten Forderung die Fälligkeit der Schuldbriefforderung bewirkt (vgl. Staehelin, a.a.O., S. 1265f). Solche Abreden sind in den AGBs der Banken üblich und es bedarf keiner öffentlichen Beurkundung (vgl. Stücheli S. 382, BGE 123 III 98f.). Im Sicherungsübereignungsvertrag vom 31.12.2004 wird festgehalten, dass bezüglich der Kündigungsfristen für die als Sicherheit übereignete Schuldbriefe die gleichen Bedingungen gelten, wie für die sichergestellte Grundforderung (vgl. GB 3 Ziff. 7, vgl. auch GB 8 Ziff. 7). Dies stellt somit eine gültige Vereinbarung dar. Gemäss Darlehensvertrag kann eine sofortige Kündigung erfolgen, wenn der Schuldner mit einer Zins oder Amortisationszahlung mehr als 30 Tage im Rückstand ist (vgl. GB 2 Ziff. 8, GB 4 Ziff. 8). Die Gesuchsgegnerin vertritt die Auffassung, sie habe nur für Zinsen und Amortisationen aus dem Darlehensvertrag über Fr. 100'000.00 aufkommen müssen, nur ihr Mann sei seinen Zahlungsverpflichtungen gegenüber der Gesuchstellerin nicht nachgekommen (vgl. pag. 73f, GB 4). Sie verkennt,

dass sie mit ihrem Ehemann solidarisch auch für den Darlehensbetrag von total Fr. 680'000.00 haftet (vgl. GB 2, 4 pag. 73). Zusammen mit dem Kündigungsschreiben ist somit glaubhaft, dass die Gesuchsgegnerin und ihr Ehemann den Zahlpflichten nicht nachkam (vgl. GB 8), weshalb ohne weiteres die Kündigung des Darlehensvertrages per sofort und der beiden Schuldbriefe per 30.06.2007 erfolgen konnte (vgl. GB 8). Nachdem in oberer Instanz nun aber der Zugang der Kündigung der Darlehensverträge und der beiden Schuldbriefe per 30.06.2007 bei der Gesuchstellerin am 13.06.2007 nachgewiesen worden ist (vgl. APB 5, 6, 7), waren die Forderungen bei Anhebung der Betreuung im Oktober 2007 fällig (vgl. GB 9). 6. Nach den gemachten Ausführungen ist die provisorische Rechtsöffnung im Umfang des beantragten Kapitals von Fr. 525'000.00 und Fr. 65'000.00 als auch für das Pfandrecht (vgl. Art. 818 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB) zu erteilen.

7. Die Art. 818 ZGB und Art. 819 ZGB bestimmen den Betrag, bis zu welchem das Grundpfand bei einem genügenden Verwertungsergebnis Sicherheit für die Forderung bietet. Dazu gehören auch die drei zur Zeit der Konkurseröffnung oder des Pfandverwertungsbegehrens verfallenen Jahreszinse und den seit dem letzten Zinstag laufenden Zins (vgl. Art. 818 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB). Wenn in einem Schuldbrief ein Maximalzinsfuß angegeben wird, so bildet der Schuldbrief hierfür keinen Rechtsöffnungstitel. In einem solchen Fall muss eine vom Schuldner unterschriebene, separate Vereinbarung eingereicht werden. Die separaten Vereinbarungen gelten als provisorischer Rechtsöffnungstitel, sofern sie unterzeichnet sind (vgl. Staehelin, a.a.O., S. 1266). Vorliegend geben die beiden Schuldbriefe nur einen Maximalzinsfuß von 8% an, doch kann in den Darlehensverträgen die entsprechende Vereinbarung erblickt werden. Für das Restdarlehen von Fr. 65'000.00 beträgt er 4.5% und für das Restdarlehen von Fr. 525'000.00 beläuft er sich auf 2.875%. Diese Verträge hat die Gesuchsgegnerin als Solidarhaftende unterzeichnet (vgl. GB 2, 4). Die aufgelaufenen Schuldbriefzinse sind von der Gesuchstellerin glaubhaft dargelegt (vgl. GB 1, 8) und werden von der Gesuchsgegnerin nicht explizit bestritten. Für die Schuldbriefzinsen und das entsprechende Pfandrecht kann provisorische Rechtsöffnung erteilt werden. Es handelt sich somit um folgende Beträge (vgl. GB 1, 8, pag.1): - Zinsausstand von Fr. 5'274.95 (Fr. 5'031.20 plus Fr. 243.75) - Zins zu 2.875 % auf Fr. 525'000.00 seit 30.06.2007 - Zins zu 4.5% auf Fr. 65'000.00 seit 30.06.2007 8. In oberer Instanz werden nunmehr seitens der Gesuchstellerin weder Verzugszins, Inkassospesen noch die Kosten des Zahlungsbefehls geltend gemacht (vgl. pag. 1, 44). Für die letzteren könnte die Rechtsöffnung ohnehin nicht erteilt werden, da sie in der Betreuung vorab erhoben werden können (vgl. Art. 68 Abs. 2 SchKG). (...) Hinweis: Der Entscheid ist in Rechtskraft erwachsen.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.