

Regionalgericht  
Bern-Mittelland

Zivilabteilung  
Gerichtspräsident  
Huber

11. März 2016

Effingerstrasse 34  
3008 Bern  
Telefon 031 635 46 00  
Fax 031 635 46 17  
regionalgericht-zivil.bern@justice.be.ch  
www.justice.be.ch/regionalgerichte

## Entscheid

---

CIV 15 6865 P68 / PUS

Bern, 10. März 2016

Gerichtspräsident          Huber  
Gerichtsschreiber i.V.      Schärli

Zivilverfahren



[REDACTED]

Gesuchstellerin

gegen

[REDACTED]

Gesuchsgegner

betreffend **Gesuch um Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung**  
Verfahren rechtshängig seit: 23.10.2015

**Erwägungen:****I. Prozessgeschichte / Formelles**

1. Mit Eingabe vom 23.10.2015 beantragt die Gesuchstellerin, es sei ihr in der Betreuung Nr. [REDACTED] des Betreibungsamtes Bern-Mittelland, Dienststelle Mittelland, für folgende Beträge die provisorische Rechtsöffnung zu erteilen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge:
  - CHF 37'498.50 nebst Zins zu 9.90 % seit 07.10.2014;
  - CHF 1'841.60 für aufgelaufene Verzugszinsen (31.10.2010 – 17.06.2014);
  - CHF 4'828.60 für aufgelaufene Verzugszinsen (18.06.2014 – 06.10.2014);
  - CHF 103.30 Betreuungskosten.
2. Der Gesuchsgegner stellt in seiner Gesuchsantwort vom 30.11.2015 den Antrag, das Rechtsöffnungsgesuch sei kostenfällig abzuweisen.
3. Auf Antrag der Gesuchstellerin vom 08.12.2015 wurde mit Verfügung vom 14.12.2015 ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet.
4. Die Gesuchstellerin reichte am 17.12.2015 ihre Replik ein mit folgendem, modifiziertem Rechtsbegehren:

Es sei der Gesuchstellerin in der Betreuung Nr. [REDACTED] des Betreibungsamtes Bern-Mittelland, Dienststelle Mittelland (Zahlungsbefehl vom 29.10.2014) die provisorische Rechtsöffnung zu erteilen für:

  - CHF 37'498.50 nebst Zins zu 9.90 % seit 07.10.2014;
  - CHF 1'841.60 für aufgelaufene Verzugszinsen (31.10.2010 – 17.06.2014);
  - CHF 103.30 Betreuungskosten;

unter Kosten- und Entschädigungsfolge.
5. Der Gesuchsgegner beantragte in der Duplik vom 19.01.2016 wiederum die Abweisung des Gesuchs um provisorische Rechtsöffnung unter Kostenfolgen.
6. Der angerufene Richter ist örtlich (Art. 46 ZPO i.V.m. Art. 84 Abs. 1 SchKG) und sachlich (Art. 12 EG SchKG) zur Beurteilung des vorliegenden Rechtsöffnungsgesuches im summarischen Verfahren (Art. 251 Bst. a ZPO) zuständig.

**II. Sachverhalt**

7. Die Parteien haben am 17. und 19.12.2009 einen Darlehensvertrag unterzeichnet. Darin verpflichtete sich die Gesuchstellerin zur Zahlung von CHF 30'000.00 an den Gesuchsgegner, welcher das Darlehen zuzüglich CHF 7'782.00 Zinsen und Kosten zurückzahlen hatte. Die Gesamtbelastung belief sich damit auf CHF 37'782.00. Für die Rückzahlung wurden 60 Monatsraten à CHF 629.70 vereinbart (GAB 1).

Bei der Berechnung des monatlichen Budgetüberschusses gingen die Parteien von einem Nettoeinkommen des Gesuchsgegners von CHF 5'200.00 aus, welchem Ausgaben von CHF 4'168.55 gegenüberstanden. Daraus ergab sich ein monatlicher Budgetüberschuss von CHF 1'031.45 (GAB 1).

8. Am 10.02.2010 stellte der Gesuchsgegner einen weiteren Kreditantrag an die Gesuchstellerin (GB 5). Die neuerliche Budgetberechnung ergab einen Überschuss von CHF 1'104.15 bei einem Nettoeinkommen von CHF 5'253.15 und monatlichen Ausgaben von CHF 4'149.00 (GB 29).

Daraufhin gewährte die Gesuchstellerin dem Gesuchsgegner ein zweites Darlehen im Umfange von CHF 33'000.00 mit einem Jahreszins von 9.90 %, ausmachend CHF 8'562.00 an Zinsen und Kosten. Die Laufzeit betrug 60 Monate mit monatlichen Rückzahlungsraten à CHF 692.70. Dadurch ergab sich für den Gesuchsgegner eine Gesamtbelastung von CHF 41'562.00 (GB 2).

Die Parteien vereinbarten, das neue Darlehen mit der alten Kreditschuld zu verrechnen. Der Verrechnungsbetrag belief sich am 15.02.2010 auf CHF 29'749.85, weshalb dem Gesuchsgegner am 16.02.2010 CHF 3'250.15 vergütet wurden (GB 8).

9. Der Gesuchsgegner leistete die Ratenzahlungen ab 09.04.2010 zunächst vertragsgemäss (GB 8). Erstmals für die Juni-Rate 2010 bat der Gesuchsgegner um Sistierung der Zahlung. Diese wurde ihm von der Gesuchstellerin gewährt (GB 9), ebenso wie für die Monate August und September 2010 (GB 10). Am 06.01.2011 vereinbarten die Parteien, dass die bis anhin noch offenen Raten auf den Schluss des Vertrages verschoben werden und die nächste Rate bis am 31.01.2011 zu begleichen sei (GB 11). Weitere Zahlungen des Gesuchsgegners blieben jedoch aus (GB 8). Der Gesuchsgegner wurde daraufhin im Februar und April 2011 gemahnt (GB 24 – 26).
10. Am 15.03.2011 meldete sich die Berner Schuldenberatung bei der Gesuchstellerin und verlangte Einsicht in das Dossier des Gesuchsgegners (GB 12). Auch nach umfassender Korrespondenz zwischen der Schuldenberatung und der Gesuchstellerin konnte keine Einigung über die Saldierung des Darlehens gefunden werden (GB 14 – 18). Dasselbe Vorgehen führte auch im Zeitraum von Oktober bis Dezember 2014 nicht zum Abschluss einer Einigung (GB 19 – 23).
11. Aufgrund der ausstehenden Zahlungen forderte die Gesuchstellerin den Gesuchsgegner am 29.05.2014 auf, entweder den Betrag von CHF 27'708.00 innert 48 Stunden zu begleichen oder innert gleicher Frist einen Zahlungsvorschlag zu unterbreiten (GB 27). Schliesslich wurde das Darlehen am 23.09.2014 seitens der Gesuchstellerin gekündigt und die ausstehende Forderung von CHF 39'390.10, zuzüglich 9.90 % Zins p.a. ab 18.06.2014, geltend gemacht (GB 28).
12. Am 07.10.2014 stellte die Gesuchstellerin das Betreibungsbegehren. Der Zahlungsbeehl wurde dem Gesuchsgegner am 29.10.2014 zugestellt (GB 1).

### III. Substantiierte Begründung des Rechtsbegehrens

13. Damit ein Gesuch gutgeheissen werden kann, müssen die hinter den Rechtsbegehren stehenden Tatsachenbehauptungen substantiiert begründet werden. Wird im Gesuch die provisorische Rechtsöffnung verlangt, muss insbesondere die Höhe der Forderung entweder aus der Schuldanerkennung selbst, oder aus einem darauf verweisenden Dokument ersichtlich sein. Wird die Schuld nicht in der Schuldanerkennung beziffert, sondern ergibt sie sich aus weiteren Urkunden, so muss sie anhand der eingereichten Unterlagen ohne grossen Aufwand errechnet werden können. Hat das Gericht komplizierte Berechnungen vorzunehmen um die Forderungssumme zu ermitteln, darf es das Gesuch abweisen (BSK SchKG I – STAEHELIN, 2010, Art. 82 N 25). Führt die Kreditgeberin ein Konto über die fälligen und geleisteten Rückzahlungen sowie den Zinsen und Spesen, woraus der jeweilige Saldo der Schuld ersichtlich wird, genügt der unterschriebene Kreditvertrag als Rechtsöffnungstitel, sofern die Zinsen und Spesen darin bereits summenmässig oder prozentual angegeben sind. Ein expliziter Verweis auf das Kreditkonto ist nicht notwendig (BSK SchKG I – STAEHELIN, 2010, Art. 82 N 122).
14. Der Gesuchsgegner bringt vor, dass das Gesuch um provisorische Rechtsöffnung bereits deshalb abgewiesen werden müsse, weil es zu wenig begründet worden sei. So ergebe sich insbesondere die erhobene Forderung nicht aus den Beilagen der Gesuchstellerin (Stellungnahme Ziff. 4 und Duplik Ziff. 3).
15. Die Gesuchstellerin beziffert die Forderung in Ziff. 17 ff. des Gesuchs. Gemäss ihrer Ausführungen setze sich die Forderung wie folgt zusammen:

Kapitalforderung	CHF	33'000.00
9.90 % Zinsen p.a. vom 31.03.2010 bis 17.06.2014	CHF	8'349.34
Mahn- und Schreibspesen sowie diverse Spesen	CHF	295.00
Drittspesen (Post)	CHF	10.50
./i. Zahlungen / Zinsgutschriften vom 06.04.2010 bis 31.12.2010	CHF	4'156.75
<b>Total</b>	<b>CHF</b>	<b>37'498.09</b>

Die Kapitalforderung ergibt sich klar aus dem Darlehensvertrag vom 10.02.2010 (E. 8). Aus dem Kontoauszug vom 21.10.2015 (GB 8) sind die weiteren Zahlen ersichtlich. So ergeben alle Zinsanteile zusammengerechnet den Betrag von CHF 8'349.34 (vgl. Seite 3 und 4 von GB 8). Auch die aufgeführten Mahn- und Schreibspesen von CHF 295.00 können dem Kontoauszug entnommen werden und entsprechen zudem den Allgemeinen Geschäftsbedingungen Ziff. 8 (GB 3). Schliesslich sind auch die Drittspesen unter den Rubriken „Fremdspesen Postschalter“ ersichtlich. Damit sind die Forderungsbeträge den Unterlagen der Gesuchstellerin ohne grossen Rechenaufwand zu entnehmen.

Für die Bestimmung ihrer Gesamtforderung bringt die Gesuchstellerin die bereits erfolgten Zahlungen des Gesuchsgegners in Abzug. Diese ergeben sich ebenfalls aus dem Kontoauszug vom 21.10.2015. Die Hauptschuld ist damit aus dem als Schuldanerkennung eingereichten Dokument ersichtlich. Die Zinsen und Spesen ergeben sich ebenfalls aus der Schuldanerkennung. Ein expliziter Verweis auf das von der Gesuch-

stellerin geführte Kreditkonto ist deshalb nicht notwendig. Demzufolge ist die Forderung genügend substantiiert dargelegt und dem Einwand des Gesuchsgegners ist nicht zu folgen.

#### **IV. Rechtsöffnungstitel**

16. Die Gläubigerin kann die provisorische Rechtsöffnung verlangen, wenn die in Betreuung gesetzte Forderung auf einer durch öffentliche Urkunde festgestellten oder durch Unterschrift bekräftigten Schuldanererkennung beruht (Art. 82 Abs. 1 SchKG).

Die Schuldanererkennung gemäss Art. 82 SchKG ist eine Willenserklärung in einem oder mehreren Schriftstücken, in welcher der Schuldner bedingungslos anerkennt, eine bestimmte oder zum Zeitpunkt der Unterzeichnung bestimmbare Geldsumme bei deren Fälligkeit zu bezahlen. Die Höhe der Forderung muss in der Schuldanererkennung oder in einem darauf verwiesenen Schriftstück beziffert werden (BSK SchKG I – STAEHELIN, 2010, Art. 82 N 21 und 25 f.; AMONN/WALTHER, Grundriss des Schuldbeitrungs- und Konkursrechts, 2013, § 19 N 68 ff.).

Die Gesuchstellerin legt als provisorischen Rechtsöffnungstitel einen Darlehensvertrag vom 10.02.2010 ins Recht. Darin vereinbarten die Parteien, dass die Gesuchstellerin dem Gesuchsgegner ein Darlehen über CHF 33'000.00 gewährt, verbunden mit Zinsen und Kosten im Umfang von CHF 8'562.00, somit ausmachend total CHF 41'562.00. Weiter wurde vereinbart, dass das Darlehen inkl. Zinsen und Kosten in 60 Monatsraten à je CHF 692.70 zurückzuzahlen sei.

Ein Darlehensvertrag als zweiseitiger Vertrag ist grundsätzlich eine Schuldanererkennung und somit ein provisorischer Rechtsöffnungstitel i.S.v. Art. 82 SchKG (BSK SchKG I – STAEHELIN, 2010, Art. 82 N 119 ff.).

#### **V. Verrechnung/Nichterfüllung Vorleistungspflicht**

17. Vorbemerkend ist festzuhalten, dass es sich bei den vorliegenden Verträgen um Konsumkreditverträge handelt, welche dem KKG unterstehen (Art. 1 ff. KKG; Art. 7 KKG; vgl. KOLLER-TUMLER, Konsumkreditverträge nach revidiertem KKG – eine Einführung, in: JKR 2002, S. 29). Diese Qualifikation wird denn auch von den Parteien nicht bestritten (Gesuch Ziff. 12, Gesuchsantwort Ziff. 5).
18. Bei einem zweiseitigen Vertrag hat der Schuldner die Möglichkeit, die Einrede der nicht gehörigen Erbringung der Gegenleistung vorzubringen. Nach der Basler Rechtsöffnungspraxis muss diese Einrede lediglich behauptet werden (BSK SchKG I – STAEHELIN, 2010, Art. 82 N 101). Wird diese Einrede geltend gemacht und erweist sie sich nicht als völlig haltlos, so hat der Gläubiger die erbrachte Leistung mittels Urkunden liquide zu belegen.
19. Der Gesuchsgegner bringt vor, dass bereits der erste Darlehensvertrag vom 19.12.2009 nicht den Voraussetzungen von Art. 22 ff. KKG entspreche und die Gesuchstellerin deshalb die von ihr gewährte Kreditsumme verliere (Art. 32 KKG). Folglich sei die Verrechnung nicht gültig und die Gesuchstellerin ihrer Vorleistungspflicht nicht nachgekommen, weshalb das Gesuch abzuweisen sei (Gesuchsantwort Ziff. 5).

Die Gesuchstellerin stellt sich auf den Standpunkt, dass die Verrechnung so vom Gesuchsgegner ausdrücklich akzeptiert worden sei. Diese Erklärung des Gesuchsgegners sei bis heute unangefochten geblieben (Replik Ziff. 11).

Die Parteien haben beim Abschluss des zweiten Darlehensvertrag vereinbart, dass die auszubehandelnde Summe mit dem noch geschuldeten Betrag aus dem ersten Darlehensvertrag verrechnet werden soll (E. 8). Normalerweise handelt es sich bei der Verrechnung um ein Gestaltungsrecht, wobei eine einseitige Erklärung des Schuldners, er wolle die Verrechnung ausüben, ausreicht (BSK OR I – PETER, 2015, Art. 124 N 1 ff.). Im vorliegenden Fall war jedoch noch nicht die ganze Forderung aus dem ersten Darlehensvertrag fällig, da die Laufzeit des Vertrages bei weitem noch nicht abgelaufen war (vgl. E. 7; BSK OR I – PETER, 2015, Art. 120 OR N 4). Somit konnte die Gesuchstellerin nicht von sich aus die Verrechnung vornehmen. Es brauchte vielmehr die Auflösung des ersten Vertrages, wozu die Zustimmung des Gesuchsgegners notwendig war. Stützt sich nun der Gesuchsgegner auf den Standpunkt, die Verrechnung sei nicht gültig, handelt er wieder Treu und Glauben, da er der Vertragsauflösung und der Übertragung des Saldos auf das zweite Vertragsverhältnis ausdrücklich zugestimmt hat (E. 8). Damit steht dem Gesuchsgegner die Einwendung gemäss der Basler Rechtsöffnungspraxis nicht zur Verfügung. Die Gültigkeit des ersten Darlehensvertrag vom 17./19.12.2009 ist im vorliegenden Verfahren nicht mehr von Relevanz.

## VI. Fehlerhaftigkeit des zweiten Kredits

20. Die provisorische Rechtsöffnung wird erteilt, wenn die gesuchsgegnerische Partei nicht Einwendungen, welche die Schuldanerkennung entkräften, sofort glaubhaft macht (Art. 82 Abs. 2 SchKG).

Der Schuldner muss seine Einwendungen nur glaubhaft machen, was weniger als beweisen, aber mehr als behaupten bedeutet. Es muss nur die Wahrscheinlichkeit bewiesen werden (BSK SchKG I – STAEHELIN, 2010, Art. 82 N 87). Es sind Indizien vorzulegen, welche die Behauptung untermauern und es genügt, wenn für das Vorhandensein der in Frage stehenden Tatsache eine gewisse Wahrscheinlichkeit spricht, auch wenn noch mit der Möglichkeit zu rechnen ist, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte (LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 2000, Art. 219 N 2d, mit Hinweis; inhaltlich nach wie vor gültig für das Summarverfahren nach der Schweizerischen ZPO, vgl. BSK ZPO-SPRECHER, Art. 261 N 52). Einwendungen können erhoben werden gegen die Rechtmässigkeit des Rechtsöffnungsverfahrens, gegen die Gültigkeit der Schuldanerkennung, gegen den Fortbestand oder die Eintreibbarkeit der Forderung (AMONN/WALTHER, Grundriss des Schuldbetriebs- und Konkursrechts, 2013, § 19 N 83 ff.)

21. In der Gesuchsantwort vom 30.11.2015 und in der Duplik vom 19.01.2016 wendet der Gesuchsgegner ein, dass die von der Gesuchstellerin durchgeführte Kreditfähigkeitsprüfung für die Vergabe des zweiten Darlehens schwerwiegende Mängel aufweise, der Darlehensvertrag vom 10.02.2010 deshalb nichtig und das Gesuch um provisorische Rechtsöffnung somit abzuweisen sei (Gesuchsantwort Ziff. 8.3, Duplik Ziff. 17).

22. Gemäss Art. 22 i.V.m Art. 28 Abs. 1 KKG ist die Kreditgeberin im Hinblick auf die Vermeidung einer Überschuldung des Kreditnehmers verpflichtet, vor der Kreditvergabe eine sorgfältige Kreditfähigkeitsprüfung durchzuführen, welche sich bei Barkrediten an die in Art. 28 Abs. 2 bis 4 KKG aufgeführten Grundsätze zu halten hat. Einerseits ist laut Art. 28 Abs. 2 KKG zu prüfen, ob der zu gewährende Konsumkredit vom Kreditnehmer ohne Eingriff in das erweiterte Existenzminimum zurückbezahlt werden kann. Als Existenzminimum gilt der nicht pfändbare Teil des Einkommens im Sinne von Art. 93 Abs. 1 SchKG. Dieses Existenzminimum wird um drei Faktoren erweitert: um den tatsächlich geschuldeten Mietzins, die Steuern und allfällig bestehende Konsumkreditverpflichtungen. Andererseits muss in Nachachtung von Art. 28 Abs. 4 KKG geprüft werden, ob die gesamte Kreditbelastung eines Konsumenten aus dem zur Verfügung stehenden Freibetrag innerhalb von 36 Monaten amortisiert werden kann (SIMMEN, Barkredit und Teilzahlungsverträge unter dem neuen Konsumkreditgesetz, in: Hess/Simmen [Hrsg.], Das neue Konsumkreditgesetz, Zürich 2002, S. 50 ff.). Dabei hat der Kreditgeber „eine prognostische Beurteilung über die bestehende oder fehlende Bonität des Kreditnehmers vorzunehmen“, welche sich nicht nur auf die jetzige Situation, sondern auf die gesamte Vertragsdauer erstreckt (GIGER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht: Der Konsumkredit, Band VI, 2. Abteilung, 1. Teilband, 1. Unterteilband, 2007, N 281). Es wird nicht verlangt, dass der Kreditgeber die Zukunft voraussieht, er soll lediglich die normativen Anweisungen des Gesetzgebers in guten Treuen befolgen. Insbesondere muss er sich keine in der Zukunft liegenden, unvorhersehbare Ereignisse anrechnen lassen (STAUDER, Der vertragliche Konsumentenschutz, Konsumkreditrecht, in: Konsumentenschutz im Privatrecht, 2008, S. 251 f.). Weiter hält Art. 31 KKG ausdrücklich fest, dass die Kreditgeberin sich auf die Angaben des Konsumenten betreffend dessen finanziellen Verhältnissen verlassen darf, ausser wenn sie offensichtlich unrichtig sind oder der Auskunft der Informationsstelle für Konsumkredit widersprechen. Eine zusätzliche Überprüfung anhand weiterer Dokumente ist nur dann notwendig, wenn die Kreditgeberin an der Richtigkeit der Angaben des Konsumenten zweifelt. Es muss ein effektiver Zweifel und nicht bloss Anlass zu Zweifeln gegeben sein, um eine zusätzliche Überprüfungspflicht seitens der Kreditgeberin auszulösen. Allerdings wird die Kreditgeberin bei offensichtlicher Inkonsistenz der Angaben des Konsumenten nachträglich kaum glaubhaft behaupten können, keine Zweifel gehabt zu haben. Weiter wird die Kreditgeberin auch gehalten sein, zusätzlich zu den unerlässlichen Fragen zu den Elementen der Existenzminimumsberechnung noch Ergänzungsfragen zu stellen, welche das Bild der finanziellen Leistungsfähigkeit des Konsumenten abrunden. Zweckmässig sind in diesem Zusammenhang Fragen nach Beruf, Arbeitgeber, Dauer der Anstellung und nach Betreibungen (SIMMEN, a.a.O., S. 54).
23. Der Gesuchsgegner bringt in der Gesuchantwort und der Duplik diverse Einwendungen gegen die Gültigkeit des vorliegend als Rechtsöffnungstitel eingereichten Darlehensvertrags vor. Zusammengefasst moniert er die Berechnung der Quellensteuer, die von der Gesuchstellerin eingesetzte Arbeitswegpauschale, die fehlende Auslage für auswärtige Verpflegung sowie die Nichtberücksichtigung der Pensionierung des Gesuchsgegners innerhalb der Vertragslaufzeit. Zudem liege auch ein Verstoß gegen Art. 28 Abs. 4 KKG vor, da die maximal zulässige Bruttobelastung überschritten worden sei (zum Ganzen Gesuchantwort Ziff. 8.1 ff. und Duplik Ziff. 12 ff.).

#### a. Quellensteuer

Der Gesuchsgegner bringt als ersten Mangel vor, dass der Abzug für die Quellensteuer falsch berechnet worden sei. Aufgrund seiner Berechnung wäre ein Durchschnittswert von CHF 613.00 pro Monat richtig, was CHF 23.30 mehr sei als der von der Gesuchstellerin in ihrer Berechnung aufgenommene Betrag von CHF 589.70 (Gesuchsantwort Ziff. 8.3 und 7.1).

Gemäss Art. 28 Abs. 3 lit. b KKG hat die Kreditgeberin bei der Berechnung des Existenzminimums die geschuldeten Steuern gemäss Quellensteuertabelle zu berücksichtigen. Da für die Einkommensteuerberechnung bei Schweizer Bürgern mit Wohnsitz in der Schweiz generell keine Quellensteuertabellen zur Anwendung kommen, handelt es sich bei dieser Berechnung nur um Annäherungswerte. (GIGER, a.a.O., N 304). Zudem werden diese Tabellen regelmässig angepasst, weshalb eine genaue Bestimmung der Steuern über die gesamte Kreditlaufzeit nicht möglich ist. In Einklang der Rechtsprechung des Obergerichts des Kantons Bern ist deshalb eine solch marginale Differenz bei der Quellensteuerberechnung nicht relevant und es liegt – für die Quellensteuer isoliert betrachtet – kein Verstoss gegen Art. 28 Abs. 3 lit. b KKG vor (Urteil des Obergerichts des Kantons Bern ZK 13 399 vom 17.01.2014).

#### b. Arbeitswegpauschale

Weiter moniert der Gesuchsgegner, dass der Arbeitsweg nicht korrekt berechnet worden sei. Die Gesuchstellerin habe eine nicht definierte Wegpauschale von CHF 100.00 angenommen. Dies trotz der Kenntnis, dass der Gesuchsgegner ein Auto besitze und dieses für den Arbeitsweg brauche. Ausserdem hätte die Gesuchstellerin unter der Rubrik „Verpflichtungen gemäss ZEK/IKO“ das Autoleasing aufgenommen. Auch deshalb hätten die weiteren Fahrzeugkosten wie Versicherung oder Benzin berücksichtigt werden müssen (Gesuchsantwort Ziff. 8.3 und 7.2).

Die Gesuchstellerin entgegnete, dass dem Gesuchsgegner höchstens die Kosten für den öffentlichen Verkehr anzurechnen wären, da das Auto vorliegend keine Kompetenzqualität aufweise. Da der Betrag für das notwendige Libero-Abo geringer sei als die Wegpauschale, wirke sich die Pauschale zugunsten des Gesuchsgegners aus (Replik Ziff. 16).

Die Kosten für das Auto kann der Gesuchsgegner unter der Rubrik „Arbeitsweg“ nicht geltend machen, da die Kompetenzqualität des Fahrzeuges weder behauptet noch belegt wurde. Auch die weiterführenden Kosten sind nicht zu berücksichtigen, da gemäss Art. 28 Abs. 3 lit. c KKG lediglich die Verpflichtungen, die bei der Informationsstelle gemeldet sind, in die Berechnung miteinfließen. Bei der Informationsstelle sind jedoch nur die Kredite selber aufgeführt (vgl. Art. 26 KKG), weshalb die weiteren mit dem Fahrzeuggebrauch zusammenhängenden Auslagen unberücksichtigt bleiben. Demzufolge wären für den Arbeitsweg die Kosten für den öffentlichen Verkehr einzusetzen. Der Gesuchsgegner wohnt in Münchenbuchsee und arbeitet in Bern. Damit braucht der Gesuchsgegner für seinen Arbeitsweg ein Libero-Abonnement für 3 Zonen. Die Kosten für ein Jahresabonnement für 3 Zonen betragen aktuell CHF 1'121.00, folglich CHF 93.40 pro Monat. Wie die Gesuchstellerin richtigerweise bemerkt, dürften diese Kosten im Jahr 2009 geringer ausgefallen sein als heute. Deshalb wirkt sich die eingesetzte Pauschale von CHF 100.00 nicht negativ für den Gesuchsgegner aus.



### c. Auswärtige Verpflegung

Als weiteren Punkt kritisiert der Gesuchsgegner, dass die Gesuchstellerin keinen Betrag für die Mehrkosten der auswärtigen Verpflegung berücksichtigt habe (Gesuchsantwort Ziff. 8.3 und 7.3). Der Gesuchsgegner anerkennt, dass die Möglichkeit einer verbilligten Kantinenverpflegung bestehe und deshalb ein Betrag von CHF 6.00 pro Mahlzeit resp. CHF 132.00 pro Monat zu berücksichtigen wäre (Duplik Ziff. 8).

Die Gesuchstellerin stellt sich auf den Standpunkt, dass sie sich auf die Angaben des Gesuchsgegners habe verlassen dürfen. Da er keine Angaben zur auswärtigen Verpflegung gemacht habe, hätte die Gesuchstellerin gemäss Art. 31 KKG auf die fehlende Auskunft vertrauen dürfen. Zudem weist sie auf die vom Gesuchsgegner anschliessend anerkannte Möglichkeit der verbilligten Kantinenverpflegung hin (Replik Ziff. 17).

Wie vorstehend ausgeführt (E. 22), kann sich der Kreditgeber grundsätzlich auf die Angaben des Kreditnehmers verlassen und ist nur bei Zweifeln gehalten, weitere Abklärung zu treffen. Jedoch obliegt dem Kreditgeber gleichzeitig die Pflicht, das Existenzminimum gemäss Art. 93 Abs. 1 SchKG zu ermitteln (Art. 28 Abs. 2 KKG). Die Auslagen für die auswärtige Verpflegung gehören zu den unumgänglichen Berufsauslagen und werden grundsätzlich in die Berechnung des Existenzminimums aufgenommen (Kreisschreiben Nr. B 3 der Aufsichtsbehörde in Betreibungs- und Konkursachen für den Kanton Bern). Da die Gesuchstellerin von der Arbeitsortssituation des Gesuchsgegners wusste, hätte sie auch die dafür notwendigen Auslagen erfragen müssen. Indem die Gesuchstellerin die Auslagen für die auswärtige Verpflegung nicht berücksichtigte, versties sie gegen ihre Prüfungspflicht nach Art. 28 KKG. Der genaue, anzurechnende Betrag kann indes offen bleiben, wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen (E. 24 ff.).

### d. Pensionierung

Schliesslich wird vom Gesuchsgegner moniert, dass die Gesuchstellerin die eintretende Pensionierung des Gesuchsgegners während der Vertragslaufzeit nicht berücksichtigt habe (Gesuchsantwort Ziff. 9 sowie Duplik Ziff. 13 und 14).

Bei der Pensionierung handelt es sich nicht um ein unvorhersehbares Ereignis, da das ordentliche Rentenalter gesetzlich festgelegt ist (Art. 21 AHVG). Deshalb hat die Kreditgeberin grundsätzlich die Pflicht, Abklärungen betreffend der Pensionierung zu treffen und diese in ihre Berechnungen aufzunehmen. In casu erreichte der Gesuchsgegner im Jahre 2014 das Pensionsalter, folglich ca. 48 Monate nach Auszahlung des Darlehens. Der gesamte Kredit muss jedoch mit dem errechneten Budgetüberschuss theoretisch innert 36 zurückbezahlt werden können (siehe nachfolgend E. e). Deshalb hatte das Pensionsalter vorliegend keinen Einfluss auf die Berechnung des monatlichen Budgetüberschusses.

### e. Kreditdauer

24. Zusätzlich zu diesen Einwendungen stellt sich der Gesuchsgegner auf den Standpunkt, dass die Berechnung der Gesuchstellerin hinsichtlich der zulässigen Bruttobelastung gemäss Art. 28 Abs. 4 KKG nicht korrekt sei. Der Gesuchsgegner ist der Auffassung, dass sich die maximal zulässige Bruttobelastung aus dem monatlichen Frei-

betrag multipliziert mit 36 ergebe. Die maximale Bruttobelastung gelte auch für Kredite, welche eine längere Laufzeit als 36 Monate haben und somit auch eine grössere Zinsbelastung aufweisen (Gesuchsantwort Ziff. 9, S. 6).

Die Gesuchstellerin hingegen ist der Meinung, die finanzielle Leistungsfähigkeit des Kreditnehmers sei dem Betrag gegenüberzustellen, welcher resultieren würde, wenn der gewährte Kredit zuzüglich Zinsen innert 36 Monaten zurückzuzahlen wäre. Es sei deshalb der Zins zu berücksichtigen, welcher in den 36 Monaten anfallen würde und nicht derjenige, welche effektiv aufgrund der längeren Vertragsdauer geschuldet sei (Gesuch Ziff. 14 und 15).

25. Die Kreditfähigkeitsprüfung des Konsumkreditgesetzes (Art. 22 – 32 KKG) zählt zum Rückgrat der Konsumkreditordnung und wird als eines der geeignetsten Mittel zur Bekämpfung von Missbräuchen bezeichnet (GIGER, a.a.O., N 245 m.w.V.). Ziel der Prüfungspflicht ist ein besser Schutz des Konsumenten vor Überschuldung (BARNIKOL, Die Schutzinstrumente des schweizerischen Konsumkreditrechts, in: ASR, Abhandlungen zum Schweizerischen Recht, Nr. 804, 2014, S. 107). Ein wichtiger Aspekt der Prüfung ist die Bestimmung der maximal zulässigen Bruttobelastung für einen Kredit. Die Berechnung erfolgt nach folgender, in Art. 28 Abs. 4 KKG festgehaltener Methode:

„Bei der Beurteilung der Kreditfähigkeit muss von einer Amortisation des Konsumkredits innerhalb von 36 Monaten ausgegangen werden, selbst wenn vertraglich eine längere Laufzeit vereinbart worden ist. [...]“

Diese Bestimmung will verhindern, dass der Konsumentenschutz mit Vereinbarungen überlanger Laufzeiten umgangen wird (BARNIKOL, a.a.O., S. 129). Damit der Sinn und Zweck der Norm erfüllt wird, muss das Produkt der Multiplikation vom berechneten Freibetrag mit 36 als maximal zulässige Bruttobelastung gelten. Die gesamte Konsumkreditbelastung eines Konsumenten, sprich Kredit plus Zinsen und Kosten, darf diesen Betrag nicht überschreiten, unabhängig von der Laufzeit des Vertrages (SIMMEN, a.a.O., S. 38 und S. 52; BARNIKOL, a.a.O., S. 128 f.; unklar: GIGER, a.a.O., N 313 ff.). Anders ausgedrückt, darf höchstens ein Betrag kreditiert werden, der (inkl. Zinsen und Kosten) ohne Beanspruchung des nicht pfändbaren Teils des Einkommens theoretisch innert 36 Monaten zurückbezahlt werden kann.

Würden hingegen – wie von der Gesuchstellerin verlangt – nur die in den ersten 36 Monaten anfallenden Zinsen und Kosten berücksichtigt, könnte die Schutzbestimmung von Art. 28 Abs. 4 KKG mit einer überlangen Laufzeit massiv umgangen werden. Dieser Ansicht ist demnach nicht zu folgen. Dafür spricht insbesondere auch, dass mit der Bestimmung nicht eine Laufzeitbeschränkung normiert wurde. Die Vertragsparteien können weiterhin eine längere Laufzeit als 36 Monate vorsehen (GIGER, a.a.O., N 310). Dabei sind lediglich die Kreditsumme und die darauf entfallenden Zinsen und Kosten so anzupassen, dass die effektive Belastung mit dem errechneten Budgetüberschuss innert 36 Monaten zurückbezahlt werden kann.

26. Bei der konkreten Anwendung zeigt sich, dass die Berechnungen der Gesuchstellerin beim Gesuchsgegner einen monatlichen Budgetüberschuss von CHF 1'104.15 ergaben (GB 29). Dieser Betrag ist jedoch aufgrund der fehlenden Auslagen für auswärtige Verpflegung und der Quellensteuer zu hoch. Nichtsdestotrotz ist bereits mit dem von

der Gesuchstellerin berechneten Freibetrag ersichtlich, dass mit der Gewährung eines Kredites mit einer Gesamtbelastung von CHF 41'562.00 die maximal zulässige Bruttobelastung von höchstens  $1'104.15 \times 36 = \text{CHF } 39'749.40$  überschritten ist. Würde die vom Gericht beanstandeten Posten korrigiert, wäre die Differenz noch grösser. Folglich hat die Gesuchstellerin beim zweiten Kredit gegen die Beurteilungskriterien von Art. 28 Abs. 4 KKG verstossen.

27. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass seitens des Gesuchsgegners genügend glaubhaft gemacht wurde, die Gesuchstellerin habe sowohl gegen die Prüfungspflicht der Kreditfähigkeit gemäss Art. 28 Abs. 1 bis 3 KKG als auch gegen die Beurteilung der Kreditfähigkeit nach Art. 28 Abs. 4 KKG verstossen.
28. Verstösst die Kreditgeberin gegen Art. 28 KKG, so verliert sie bei einem schwerwiegenden Verstoss die von ihr gewährte Kreditsumme samt Zinsen und Kosten, bei einem geringfügigen Verstoss lediglich die Zinsen und Kosten (Art. 32 KKG). Vorliegend ist die Differenz zwischen der maximal zulässigen Bruttobelastung und der effektiven Bruttobelastung nicht gravierend. Allerdings hat die Gesuchstellerin sowohl bei der Prüfung der Kreditfähigkeit als auch bei deren Beurteilung Fehler gemacht. Zudem handelt es sich beim Grundsatz über die fiktive Amortisationsdauer nach Art. 28 Abs. 4 KKG um eine grundlegende Regel, deren Missachtung allein grundsätzlich einen schwerwiegenden Verstoss darstellt (BARNIKOL, a.a.O., S. 211). Demzufolge verletzte vorliegend die Gesuchstellerin ihre Pflichten aus Art. 28 KKG in schwerwiegender Weise. Daraus folgt, dass die Gesuchstellerin ihre Kreditsumme samt Zinsen und Kosten aus dem Darlehensvertrag verliert.

## VII. Fazit

29. Die Gesuchstellerin versties bei der Kreditvergabe an den Gesuchsgegner in schwerwiegender Weise gegen die Kriterien von Art. 28 KKG. Somit verliert sie die von ihr gewährte Kreditsumme samt Zinsen und Kosten (Art. 32 Abs. 1 KKG). Damit wurde die Einwendung der Vertragsungültigkeit glaubhaft gemacht, weshalb das Gesuch um provisorische Rechtsöffnung vollumfänglich abzuweisen ist.

## VIII. Verfahrenskosten

30. Die Gerichtskosten werden bestimmt auf CHF 400.00 (Art. 48 GebV SchKG) und der unterliegenden gesuchstellenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Weiter hat die gesuchstellende Partei der gesuchsgegnerischen Partei eine Parteientschädigung von pauschal CHF 1'800.00 (inkl. Auslagen und MWSt) zu bezahlen (Art. 95 Abs. 3 ZPO, Kreisschreiben Nr. 7 der Zivilabteilung des Obergerichts des Kantons Bern, in Kraft seit 01.05.2013).

**Der Gerichtspräsident entscheidet:**

1. Das Gesuch um provisorische Rechtsöffnung in der Betreuung Nr. [REDACTED] des Betreibungsamtes Bern-Mittelland, Dienststelle Mittelland, wird **abgewiesen**.
2. Die Gerichtskosten, bestimmt auf CHF 400.00, werden der gesuchstellenden Partei auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Vorschuss verrechnet.
3. Die gesuchstellende Partei hat der gesuchsgegnerischen Partei eine Parteientschädigung von CHF 1'800.00 zu bezahlen.
4. Zu eröffnen:
  - den Parteien

Regionalgericht Bern-Mittelland  
Zivilabteilung

Der Gerichtspräsident:

Huber

Der Gerichtsschreiber i.V.:

Schärli

i.V.: Phurtag, Gerichtsschreiber

**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.

Die Beschwerde ist in Papierform in je einem Exemplar für das Gericht und jede Gegenpartei oder elektronisch in einer anerkannten Form einzureichen. Sie ist zu unterzeichnen (Art. 130 und 131 ZPO). Der angefochtene Entscheid ist beizulegen (Art. 321 Abs. 3 ZPO).

Die Beschwerdeschrift hat Anträge und eine Begründung zu enthalten. In der Begründung ist anzugeben, inwiefern eine unrichtige Rechtsanwendung oder eine offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellung vorliegt (Art. 320 ZPO). Neue Anträge in der Sache, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO).

**Hinweise:**

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 Dossiernummer (CIV 15 6865) anzugeben.