

VISCHER

Der HELBING & LICHTENHAHN VERLAG hat freundlicherweise die Genehmigung erteilt, dass arrestpraxis.ch den nachfolgenden Entscheid auf der Website online zugänglich macht.

Sämtliche Rechte verbleiben aber beim HELBING & LICHTENHAHN VERLAG.

Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

Nr. 36 Bundesgericht, II. zivilrechtliche Abteilung
Urteil vom 22. August 2014 i.S. A. c. B. (5A_10/2014)

Übersetzt von JENNY SCHWOB

(Originaltext französisch. Publikation in der Amtlichen Sammlung erfolgt; BGE 140 III 456.)

Rechtsöffnungsverfahren; Feststellung ausländischen Rechts (Art. 82 und 84 SchKG; Art. 16 IPRG). *Es obliegt dem Betreibenden, soweit dies von ihm zumutbarerweise verlangt werden kann, den Inhalt ausländischen Rechts zu ermitteln, vorliegend hinsichtlich der Fälligkeit der Forderung.*

Sachverhalt:

Am 3. Dezember 2012 liess B. (betreibende Partei) dem A. (betriebene Partei) einen Zahlungsbefehl für den Betrag von Fr. 299 624.– zustellen, nebst Zins zu 10% ab dem 27. November 2007 (Gegenwert von GBP 200 000 zum Kurs von 1.49812), indem er als Forderungstitel «IOU Loan note [Schuldschein] vom 5. Juni 2008, sowohl vom Schuldner als auch vom Gläubiger unterzeichnet» geltend machte (Betreibung Nr. xxxx des Betreibungsamtes Riviera – Pays-d'Enhaut). Der Betriebene erhob gesamthaft Rechtsvorschlag.

Auf das von der betreibenden Partei am 29. Januar 2013 gestellte Gesuch hin erteilte der Friedensrichter des Distrikts Riviera – Pays-d'Enhaut mit Entscheid vom 19. März 2013 die provisorische Rechtsöffnung in der Höhe von Fr. 299 624.–, nebst Zins zu 10% jährlich ab dem 27. November 2007. Mit Urteil vom 27. November 2013 wies die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Kantonsgerichts Waadt die Beschwerde des Betriebenen ab und bestätigte diesen Entscheid.

Mit Rechtsschrift vom 6. Januar 2014 führt der Betriebene beim Bundesgericht Beschwerde in Zivilsachen gegen dieses Urteil, dessen Änderung er in dem Sinne verlangt, dass das Gesuch um Rechtsöffnung abgewiesen wird; eventualiter beantragt er die Aufhebung des angefochtenen Urteils und die Rückweisung der Sache an das kantonale Gericht zur neuen Entscheidung im Sinne der Erwägungen.

Der Beschwerdegegner beantragt Nichteintreten, eventualiter Abweisung der Beschwerde.

Mit Verfügung vom 23. Januar 2014 verweigerte der Präsident der II. zivilrechtlichen Abteilung der Beschwerde die aufschiebende Wirkung.

Aus den Erwägungen:

1.
Die Beschwerde wurde rechtzeitig (Art. 100 Abs. 1 BGG in Verbindung mit Art. 46 Abs. 1 lit. c BGG) gegen einen Endentscheid eingereicht (Art. 90 BGG; BGE 133 III 399 E. 1.4), der in einer Schuldbetreibungssache (Art. 72 Abs. 2 lit. a BGG in Verbindung mit Art. 82 SchKG; BGE 134 III 115 E. 1.1 = Pra 2008 Nr. 106) von einem oberen Gericht gefällt wurde, das als letzte kantonale Beschwerdeinstanz entschieden hatte (Art. 75 Abs. 1 und 2 BGG). Der Streitwert erreicht bei weitem Fr. 30 000.– (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG; BGE 133 III 399 E. 1.3). Die betriebene Partei, die vor der kantonalen Instanz unterlag, ist zur Beschwerde berechtigt (Art. 76 Abs. 1 BGG).

Trotz des Hauptantrages des Beschwerdegegners – der ausserdem in diesem Punkt keineswegs begründet ist (Art. 42 Abs. 2 BGG; BGE 140 III 86 E. 2 = Pra 2014 Nr. 79) – ist die vorliegende Beschwerde somit in formeller Hinsicht zulässig.

2.

2.1 Die Vorinstanz vertritt den Grundsatz, dass die Sache wegen des Wohnsitzes im Ausland der betreibenden Partei einen internationalen Bezug aufweise (Art. 1 Abs. 1 lit. b IPRG). Entgegen dem erstinstanzlichen Gericht erlauben die Berufung auf das schweizerische Recht durch die betreibende Partei (d.h. Art. 318 OR) sowie das Fehlen einer diesbezüglichen Bestreitung der betriebenen Partei nicht, auf eine Wahl dieses Rechts zu schliessen (vgl. Art. 116 IPRG); nachdem sie den Vertrag zwischen den Parteien als Darlehen qualifiziert hatte, stellte sie fest, dass dieses dem englischen Recht unterstehe, als Recht des Wohnsitzes des (betreibenden) Darlehensgebers zur Zeit des Vertragsschlusses (Art. 117 Abs. 2 und 3 lit. b IPRG).

Was das anwendbare Recht betrifft, so erwog das kantonale Gericht, dass es der Partei, die sich darauf beruft, obliegt «den Inhalt eines ausländischen Rechts, das wenig bekannt ist und dessen Quellen nicht leicht zugänglich sind, festzustellen», andernfalls, «sei es, dass die Partei diesen Beweis nicht vornimmt, sei es, dass er ihr misslingt, hat der Richter aufgrund von Art. 16 Abs. 2 IPRG das schweizerische Recht anzuwenden». Der Rechtsöffnungsrichter verfüge in der Tat weder über die Zeit noch über die erforderlichen Mittel, um das ausländische Recht von Amtes wegen festzustellen, da er weder das Verfahren des Europäischen Übereinkommens betreffend Auskünfte über ausländisches Recht anwenden (SR 0.274.161), noch ein Gutachten über das ausländische Recht anordnen könne. Vorliegend «versuchte keine der Parteien, den Inhalt des englischen Rechts festzustellen», weder in erster noch in zweiter Instanz. Deshalb besteht, in Anbetracht der vorerwähnten Grundsätze, «die sich namentlich aus dem einfachen und raschen Charakter des anwendbaren summarischen Verfahrens ergeben», keine Pflicht, «das Verfahren zu sistieren, um das englische Recht feststellen zu lassen, noch den Entscheid aufzuheben, damit das erstinstanzliche Gericht das ausländische Recht feststellt»; deshalb verlange die gegenwärtige Streitigkeit die Anwendung des schweizerischen Rechts (Art. 16 Abs. 2 IPRG).

2.2

2.2.1 Die Voraussetzungen zur Bewilligung der provisorischen Rechtsöffnung, die ein reiner Zwischenentscheid in der Betreibung ist (BGE 139 III 444 E. 4.1.1 mit Hinweisen = Pra 2014 Nr. 17), besonders das Erfordernis einer Schuldanerkennung sowie die Elemente einer solchen Urkunde, gehören zur schweizerischen lex fori; hingegen werden die materiellrechtlichen Fragen – namentlich die Fälligkeit der Forderung (vgl. zum Arrest: Urteile 5P.355/2006 vom 8. November 2006 E. 4.1 = Pra 2007 Nr. 47; 5A_268/2011 vom 31. Oktober 2011 E. 3.1) –, welche die Verpflichtung des Betriebenen berühren, durch das Gesetz gelöst, welches die Kollisionsnormen des schweizerischen internationalen Privatrechts bezeichnen (BSK SchKG I-STAEHELIN, N. 174 zu Art. 82 SchKG; Kuko-VOCK, N. 42 zu Art. 82 SchKG; STÜCHELI, Die Rechtsöffnung,

2000, S. 338 ff.; vgl. zum Beispiel zur Verjährung: OGer BL, Urteil vom 21. April 1988, BJM 1989, S. 258 ff.).

Unter Vorbehalt der Fälligkeit der Forderung seiner Gegenpartei (vgl. unten, E. 2.4), bestreitet der Beschwerdeführer das Bestehen einer Verpflichtung obligatorischer Natur nicht – nämlich einen Darlehensvertrag (vgl. BSK-SchKG I-STAEHELIN, N. 119 ff. zu Art. 82 SchKG) –, der seine Unterschrift enthält, mit welcher er versprochen hat, der betreibenden Partei vorbehaltlos einen bestimmten Geldbetrag zu bezahlen (BGE 139 III 297 E. 2.3.1 = Pra 2013 Nr. 115).

2.2.2 Der Beschwerdegegner bestreitet die Anwendung des englischen Rechts; kurz, er legt dar, dass die Schuldanererkennung an «X.» unterzeichnet wurde und dass sie den Wohnsitz des Darlehensgebers nicht anführt, der zudem «simbabwischer Nationalität» ist.

Dieses Vorbringen – dessen Aufwerfen durch die beschwerdebeklagte Partei zulässig ist (vgl. BGE 134 III 332 E. 2.3; 136 III 502 E. 6.2 = Pra 2011 Nr. 39; BGE 137 I 257 E. 5.4 = Pra 2012 Nr. 37) – muss abgewiesen werden. Einerseits widerlegt der Betroffene die Begründung der Vorinstanz nicht (Art. 42 Abs. 2 BGG; BGE 134 II 244 E. 2.1), sodass seine Argumentation unzulässig ist (BGE 140 III 86 E. 2 = Pra 2014 Nr. 79). Andererseits ist im vertraglichen Bereich – ohne gegenteiligen Willen der Vertragsschliessenden (Art. 116 Abs. 1 IPRG), der vorliegend nicht bewiesen ist –, das Kriterium des engsten Zusammenhanges nicht der Ort des Vertragsschlusses, sondern grundsätzlich der Staat des gewöhnlichen Aufenthalts der Partei, welche die charakteristische Leistung erbringen soll (Art. 117 Abs. 2 IPRG; CR LDIP CL-BONOMI, N. 4 zu Art. 117 IPRG), vorliegend derjenige des Darleihers (Art. 117 Abs. 3 lit. b IPRG; BGE 128 III 295 E. 2a = Pra 2003 Nr. 13; CR LDIP CL-BONOMI, N. 34 zu Art. 117 IPRG, mit Hinweisen; vgl. schon vor dem Inkrafttreten des IPRG: BGE 78 II 190 E. 1 = Pra 41 Nr. 116). Dessen Staatsangehörigkeit ist auch nicht entscheidend.

2.3 Gemäss Art. 16 IPRG wird der Inhalt des ausländischen Rechts von Amtes wegen festgestellt; dazu kann die Mitwirkung der Parteien verlangt werden; bei vermögensrechtlichen Ansprüchen kann der Nachweis den Parteien überbunden werden (Abs. 1). Das schweizerische Recht ist anwendbar, wenn der Inhalt des ausländischen Rechts nicht feststellbar ist (Abs. 2).

Art. 16 Abs. 1 IPRG legt die Pflicht des kantonalen Richters fest, das ausländische Recht von Amtes wegen festzustellen (BGE 118 II 83 E. 2a = Pra 81 Nr. 234), ohne sich auf den guten Willen der Parteien zu verlassen, denen er jedoch die Möglichkeit geben muss, sich zum anwendbaren Recht in einem Verfahrensstadium, das der Anwendung dieses Rechts vorangeht, zu äussern (BGE 121 III 436 E. 5a). Das kantonale Gericht muss somit den Inhalt des ausländischen Rechts bestimmen, indem es sich an dessen Quellen, das heisst der Ge-

setzgebung, der Rechtsprechung und eventuell der Lehre orientiert; diese Pflicht gilt auch, wenn es darum geht, das Recht eines nicht benachbarten Landes festzustellen, indem man die Hilfe beansprucht, welche die zuständigen spezialisierten Institute und Dienste erbringen können, wie das Schweizerische Institut für Rechtsvergleichung (BGE 121 III 436 E. 5b). Das kantonale Gericht muss zuerst versuchen, das ausländische Recht selbst festzustellen (Art. 16 Abs. 1 Satz 1 IPRG). Es hat mehrere Möglichkeiten, die Parteien bei der Feststellung des anwendbaren Rechts zu einzubeziehen. Es kann in allen Fällen verlangen, dass diese bei der Feststellung dieses Rechts mitwirken (Art. 16 Abs. 1 Satz 2 IPRG), zum Beispiel, indem es eine Partei, die nahe bei einer ausländischen Rechtsordnung ist, auffordert, ihm wegen dieser Nähe Informationen über das anwendbare Recht zu verschaffen. Es kann ebenfalls bei vermögensrechtlichen Angelegenheiten den Nachweis des ausländischen Rechts den Parteien auferlegen (Art. 16 Abs. 1 Satz 3 IPRG). Auch wenn die Parteien den Inhalt des ausländischen Rechts nicht feststellen, muss der Richter aufgrund des Prinzips «iura novit curia» versuchen, dieses Recht zu bestimmen, soweit dies weder unzumutbar noch unverhältnismässig ist. Nur wenn die unternommenen Bemühungen zu keinem zuverlässigen Ergebnis führen oder wenn ernsthafte Zweifel am erlangten Ergebnis bestehen (BGE 128 III 346 E. 3.2.1), kann ersatzweise das schweizerische Recht an Stelle des normalerweise anwendbaren ausländischen Rechts angewendet werden (Art. 16 Abs. 2 IPRG).

Die Anwendung der vorerwähnten Bestimmung auf die dem summarischen Verfahren unterliegenden Streitigkeiten (Art. 248 ff. ZPO), vor allem auf die vorsorglichen Massnahmen (Art. 261 ff. ZPO), bildet Gegenstand von Kontroversen (vgl. namentlich: KNOEPFLER ET AL., *Droit international privé suisse*, 3. Aufl. 2005, N. 468; BSK IPRG-MÄCHLER-ERNE/WOLF-METZGER, N. 16 und 20 zu Art. 16 IPRG). Im Bereiche des Arrestes (Art. 271 ff. SchKG), das heisst in einem Gebiet, wo der Richter eine summarische Prüfung der Berechtigung der behaupteten Forderung vornimmt (BGE 138 III 232 E. 4.1.1), entschied das Bundesgericht, dass es nicht willkürlich ist (Art. 9 BV), in Anbetracht der Dringlichkeit, die eine solche Massnahme mit sich bringt (BGE 107 III 29 E. 3), «auf die Feststellung des Inhalts des ausländischen Rechts zu verzichten und unmittelbar das schweizerische Recht anzuwenden» (Urteil 5A_60/2013 vom 27. Mai 2013 E. 3.2.1.2). Zur Rechtsöffnung bestimmt eine alte Waadtländer Praxis, dass, wenn das ausländische Recht anwendbar ist, der Richter «von den Parteien verlangen [kann], dass sie das Bestehen der geltend gemachten Gesetzesbestimmungen feststellen und, mangels dessen, sich an das schweizerische Recht halten» kann (Urteil vom 12. Januar 1937, zitiert in: PANCHAUD/CAPREZ, *La mainlevée d'opposition*, 1939, § 151).

2.4 Die Auffassung der vorangehenden Rechtsprechung, wonach der Rechtsöffnungsrichter, der im summarischen Verfahren entscheidet (Art. 251 lit. a ZPO), nicht verpflichtet ist, von Amtes wegen den Inhalt des ausländischen

Rechts festzustellen – mit anderen Worten die Nichtanwendung von Art. 16 Abs. 1 Satz 1 IPRG – gibt die herrschende Meinung wieder (BSK SchKG I-STAEHELIN, N. 174 zu Art. 82 SchKG mit Verweisen), denn das Rechtsöffnungsverfahren weist zwar gewiss nicht den gleichen Dringlichkeitsgrad wie der Arrest auf, doch verlangt es trotzdem eine gewisse Schnelligkeit, was Art. 84 Abs. 2 SchKG bestätigt (BGE 138 III 483 E. 3.2.4).

Wenn es dem Rechtsöffnungsrichter nicht obliegt, von sich aus den Inhalt des ausländischen Rechts festzustellen, wird jedoch die betreibende Partei trotzdem nicht davon dispensiert, dieses Recht festzustellen, soweit man es von ihr vernünftigerweise verlangen kann (Art. 16 Abs. 1 Satz 3 IPRG; vgl. zum Arrest: Urteil 5P.422/1999 vom 13. März 2000 E. 3b; BREITSCHMID, Übersicht zur Arrestbewilligungspraxis nach revidiertem SchKG, AJP 1999 S. 1009 Ziff. 1.3 lit. b; MEIER-DIETERLE, Formelles Arrestrecht – eine Checkliste, AJP 2002 S. 1227 Ziff. 9), auch wenn sie vom Richter nicht dazu aufgefordert wurde (CEF TI, Urteil vom 24. Februar 2000, Rep. 133/2000 S. 230). Allgemein kann sich übrigens der Richter nicht nach dem guten Willen der Parteien richten, den Inhalt des ausländischen Rechts zu beweisen oder nicht, und, wenn sie es nicht tun, sich auf das schweizerische Recht beziehen (BGE 121 III 436 E. 5a, der sich auf die Botschaft des Bundesrates bezieht: BB1 1983 I 263).

Vorliegend kann man nicht behaupten, die betreibende Partei habe «Bemühungen» unternommen, den Inhalt des englischen Rechts festzustellen, und da diese nicht von Erfolg gekrönt gewesen seien, hätte sich daher die Anwendung des schweizerischen Rechts gerechtfertigt (Art. 16 Abs. 2 IPRG). Es geht im Gegenteil aus dem angefochtenen Urteil hervor (Art. 105 Abs. 1 BGG; vgl. BGE 140 III 16 E. 1.3.1), ergänzt durch das Gesuch um provisorische Rechtsöffnung (Art. 105 Abs. 2 BGG), dass sie dem anwendbaren Recht nicht die geringste Aufmerksamkeit gewidmet hat, obwohl sich diese Problematik angesichts ihres Wohnsitzes im Ausland unvermeidbar aufdrängte (BGE 131 III 76 E. 2.3; 137 III 481 E. 2.1 = Pra 2012 Nr. 29) – wobei dieses Element durch die Sprache der Schuldanerkennung (d.h. englisch) und die vereinbarte Währung (d.h. Pfund Sterling) verstärkt wurde –, und sich auf die Rückzahlungsfrist von «Art. 318 [OR]» berief, ohne zu erklären, inwiefern das schweizerische Recht anwendbar sein sollte. Da hier der einzige Streitpunkt die Fälligkeit der Forderung ist – eine Voraussetzung, deren Erfüllung die betreibende Partei nachweisen muss (Kuko-VOCK, N. 16 zu Art. 82 SchKG; BSK SchKG I-STAEHELIN, N. 79 zu Art. 82 SchKG mit Hinweisen) –, war es Sache des Beschwerdegegners, diesbezüglich den Inhalt des englischen Rechts festzustellen; eine solche Obliegenheit war nicht unzumutbar (vgl. zum Arrest: MEIER-DIETERLE, a.a.O.; vgl. zu den provisorischen Massnahmen im Allgemeinen: BSK IPRG-MÄCHER-ERNE/WOLF-METTIER, N. 20 zu Art. 16 IPRG; KREN KOSTKIEWICZ, Vorsorgliche Massnahme im schweizerischen IPRG: direkte Zuständigkeit, anwendbares Recht sowie Anerkennung und Vollstreckung, in: Mélange Schüpbach, 2000, S. 300–301; SCHWANDER, Bemerkung, SZIER 1991 S. 281

Ziff. 2), da er in England wohnhaft ist und daher am besten in der Lage ist, alle notwendigen Elemente einzubringen. Letztendlich muss das Gesuch um Rechtsöffnung, da es hinsichtlich der Fälligkeit der Forderung nicht dokumentiert ist, abgewiesen werden (vgl. OGer SO, Urteil vom 8. Januar 1996, BISchKG 1999 S. 30 ff.).

2.5 Gemäss konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung hat der Entscheid, der ein Gesuch um Rechtsöffnung abweist, keine Rechtskraft hinsichtlich des Bestehens der streitigen Forderung (BGE 136 III 583 E. 2.3 = Pra 2011 Nr. 55) und hindert folglich die betreibende Partei nicht, erneut um die Rechtsöffnung zu ersuchen, auch in derselben Betreuung (Urteil 5A_696/2012 vom 23. Januar 2013 E. 4.1.2 mit Hinweisen), indem sie die sachgerechten Belege vorlegt (Gesetzesbestimmungen, Praxis der Gerichte, Rechtsgutachten usw.).

3.

Abschliessend wird die vorliegende Beschwerde gutgeheissen und das angefochtene Urteil abgeändert in dem Sinne, dass das Gesuch um Rechtsöffnung abgewiesen wird. Die Gerichtskosten und Entschädigung des bundesrechtlichen Verfahrens werden der Beschwerdegegnerin auferlegt (Art. 66 Abs. 1, 68 Abs. 1 und 2 BGG); die Sache wird zur Entscheidung über die Kosten und Entschädigung der kantonalen Instanzen an das kantonale Gericht zurückgewiesen (Art. 67 BGG; CORBOZ, Commentaire de la LTF, 2. Aufl. 2014, N. 9 und 11 zu Art. 67 BGG). [...]