Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
5P.355/2006 /blb

Urteil vom 8. November 2006
II. Zivilabteilung
Besetzung
Bundesrichter Raselli, Präsident,
Bundesrichter Meyer, Ersatzrichter Riemer,
Gerichtsschreiber von Roten.

Parteien
Gesellschaft G._____,
Beschwerdeführerin,
vertreten durch Fürsprecher Gregor Marcolli,

gegen

1. A._____,
2. B._____,
3. C._____,
4. W._____,
Beschwerdegegner,
alle vertreten durch Fürsprecher Dr. Nicolas von Werdt,
Obergericht des Kantons Bern, Appellationshof, 2. Zivilkammer, Postfach 7475, 3001 Bern.

Gegenstand
Art. 9 BV (Arrest),

Staatsrechtliche Beschwerde gegen den Entscheid
des Obergerichts des Kantons Bern, Appellationshof, 2. Zivilkammer, vom 18. August 2006.

Sachverhalt:
A.
Die G._____, eine ausländische Gesellschaft, stellte am 20. Februar 2006 als Gläubigerin für eine Forderung von rund 5.7 Mio. Franken nebst Zins ein Arrestbegehren gegen die von ihr als Schuldner bezeichneten Geschwister A._____, B._____ und C._____, alle mit Wohnsitz im Ausland.
Der Arrest wurde gerichtlich bewilligt gegen Leistung einer Sicherheit über Fr. 100'000.–. Er erfasste unter anderem eine Liegenschaft in S._____ (Arrestbefehl vom 22. Februar 2006).
Die Liegenschaft stand einst im Eigentum des Ausländers V._____, der am 19. August 2003 mit letztem Wohnsitz in der Schweiz verstorben war und in der Person von W._____ einen Willensvollstrecker bestellt hatte. Im Grundbuch eingetragene Eigentümerin der verarrestierten Liegenschaft ist die Erbengemeinschaft des Verstorbenen, bestehend aus dessen Kindern, den drei Arrestschuldnern.
B.
Gegen den Arrest erhoben die drei Arrestschuldner je für sich und als Erbengemeinschaft, handelnd durch den Willensvollstrecker, Einsprache. Der Präsident des Gerichtskreises XI Interlaken-Oberhasli trat auf die Arresteinsprache nicht ein und bestätigte den Arrest auf der Liegenschaft (Entscheid vom 2. Mai 2006).
C.
Gegen den Einspracheentscheid appellierten die drei Arrestschuldner als Erbengemeinschaft, handelnd durch den Willensvollstrecker, und der Willensvollstrecker in eigenem Namen in seiner Funktion sowie die Arrestschuldnerin C._____ für sich selbst. Das Obergericht des Kantons Bern trat auf die Appellation des Wil-

lensvollstreckers, die er in eigenem Namen kraft seiner Funktion eingelegt hatte, nicht ein (Dispositiv-Ziff. 1) und wies die Einsprache der Arrestschuldnerin C._____ zurück (Dispositiv-Ziff. 2). Es hob den Arrest auf in Gutheissung der Appellation der Erbengemeinschaft bzw. der drei Erben, vertreten durch den Willensvollstrecker (Dispositiv-Ziff. 3). Das Obergericht setzte den Arrestschuldnern eine Klagefrist von sechzig Tagen, nach deren unbenutztem Ablauf die Arrestkaution der G._____ zurückerstattet würde (Dispositiv-Ziff. 4), und auferlegte sämtliche Gerichts- und Parteikosten der G._____ (Dispositiv-Ziff. 5 und 6 des Entscheids vom 18. August 2006).

D.

Mit staatsrechtlicher Beschwerde beantragt die G._____ dem Bundesgericht, den obergerichtlichen Entscheid aufzuheben und den Arrestbeschlag bis zur Erledigung des Verfahrens der staatsrechtlichen Beschwerde vorsorglich aufrecht zu erhalten. Die drei Erben und Arrestschuldner (Beschwerdegegner 1-3) und der Willensvollstrecker (Beschwerdegegner 4) schliessen auf Abweisung des Gesuchs um aufschiebende Wirkung. In der Sache selbst haben sie innert Frist keine Vernehmlassung eingereicht. Das Obergericht hat auf eine Vernehmlassung zur Beschwerdeschrift und zum Gesuch um aufschiebende Wirkung verzichtet.

E.

Der Präsident der II. Zivilabteilung des Bundesgerichts hat dem Gesuch der Beschwerdeführerin entsprochen und verfügt, dass der Arrest bis zum Vorliegen des bundesgerichtlichen Urteils aufrecht erhalten zu bleiben habe (Verfügungen vom 29. August und vom 22. September 2006).

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.

Der obergerichtliche Entscheid, auf die Appellation des Willensvollstreckers selbst nicht einzutreten, die Einsprache der Arrestschuldnerin zurückzuweisen und den Arrestschuldnern eine Klagefrist anzusetzen, verletzt die Beschwerdeführerin als Arrestgläubigerin nicht in ihren Rechten (Art. 88 OG). Soweit sich ihr Beschwerdeantrag gegen die daherigen Dispositiv-Ziff. 1, 2 und 4 des angefochtenen Entscheids richtet, ist er unzulässig. Weitere formelle Einzelfragen werden im Sachzusammenhang zu erörtern sein. Mit diesen Vorbehalten kann auf die staatsrechtliche Beschwerde grundsätzlich eingetreten werden.

2.

Die Beschwerdeführerin wendet sich gegen die obergerichtliche Rechtsanwendung. Willkür erblickt sie vorab darin, dass das Obergericht von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung abgewichen sei. Praxisgemäss ist Willkür nicht schon dann anzunehmen, wenn eine Behörde bei der Anwendung von Bundesrecht von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung abweicht. Das träfe nur zu, wenn sie sich nicht auf sachlich haltbare Gründe stützen könnte, die es als vertretbar erscheinen lassen, der Praxis des Bundesgerichts nicht zu folgen (BGE 112 II 318 E. 2a S. 320; 113 III 94 E. 10c S. 101/102). Von Willkür kann namentlich nicht ausgegangen werden, wo sich die Rechtsanwendung auf Lehrmeinungen stützen lässt, mögen diese auch nicht unbestritten sein (BGE 127 III 232 E. 3a S. 234; 122 III 439 E. 3b S. 442/443) oder überwiegen (BGE 104 II 249 E. 3b S. 252).

3.

In prozessualer Hinsicht ist streitig, ob der Willensvollstrecker im Arresteinsprache- und anschliessenden Appellationsverfahren selber als Partei auftreten muss oder als Vertreter der Erben handeln kann.

3.1 Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichts ist der Willensvollstrecker in Prozessen um die Aktiven und Passiven der Erbschaft Partei, soweit ihm gemäss Art. 518 ZGB die Verwaltung der betreffenden Erbschaftswerte zusteht. In Überprüfung seiner bisherigen Praxis hat das Bundesgericht die abweichenden Auffassungen, der Willensvollstrecker führe den Prozess als Stellvertreter der Erben oder als Vertreter der unverteilten Erbschaft und könne deshalb weder in eigenem Namen auftreten noch selber Partei sein, ausdrücklich abgelehnt (BGE 94 II 141 Nr. 25). Die Rechtsprechung erkennt somit dem Willensvollstrecker selbst - kraft seines Amtes - Parteistellung zu (sog. Amtstheorie) und sieht ihn nicht als gesetzlichen Vertreter der Erben (sog. Vertretertheorie) oder gleichsam als Organ der unverteilten Erbschaft (sog. Organtheorie). Mit umfangreichen Hinweisen auf die herrschende Lehre, die ihr mit verschiedenen Abwandlungen zustimmt, hat das Bundesgericht seine Praxis im Jahre 1990 bestätigt (BGE 116 II 131 E. 3 S. 133 ff.). Dabei ist es seither geblieben (zuletzt: BGE 129 V 113 E. 4.2 S. 116 ff.).

3.2 Verfahrensmässig steht unangefochten fest, dass der Willensvollstrecker gestützt auf eine angebliche Vollmacht der drei Erben als deren Vertreter Arresteinsprache erhoben und erst nach Bestreitung der behaupteten Bevollmächtigung von Seiten zweier Erben seine ausschliessliche Vertretungsbefugnis kraft Gesetzes geltend

gemacht hat. In Anwendung der bundesgerichtlichen Praxis ist das Arrestgericht auf die Einsprache nicht eingetreten, weil der Willensvollstrecker hier nicht in eigenem Namen und als Partei gehandelt hat und als blosser Vertreter der Erbengemeinschaft bzw. der Erben nicht hat handeln können. Vor Obergericht hat der Willensvollstrecker einen Parteiwechsel vorzunehmen versucht, indem er - erfolglos (vgl. Dispositiv-Ziff. 1) - auch in seiner Funktion als Willensvollstrecker appelliert hat. Was seine Appellation als Vertreter der Erben angeht, hat das Obergericht zu Gunsten des Willensvollstreckers angenommen, es könne einer Eingabe nicht zum Verhängnis werden, wenn im Rubrum nebst dem Willensvollstrecker auch die Erben aufgeführt würden. Entscheidend sei einzig, dass der Willensvollstrecker in der Arresteinsprache und in der Appellation klar und eindeutig benannt und mit der Bezeichnung ‚handelnd durch' ein
Vertretungsverhältnis angedeutet worden sei. Es sei deshalb nicht falsch, die drei Erben als Parteien und den Willensvollstrecker als Stellvertreter zu betrachten (E. 1 S. 10 des angefochtenen Entscheids). Das Obergericht ist damit der sog. Vertretertheorie gefolgt, die das Bundesgericht abgelehnt hat (E. 3.1 soeben). Sein Entscheid ist nicht bereits deshalb willkürlich, wie das die Beschwerdeführerin annimmt (S. 12 ff. der Beschwerdeschrift).
3.3 In rechtlicher Hinsicht trifft es zu, dass der in BGE 94 II 141 E. 1 S. 143/144 mit seiner Auffassung abgelehnte Autor in der folgenden Auflage seines grundlegenden Werkes seinen Standpunkt praktisch wörtlich wiederholt hat (Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3.A. Zürich 1979, S. 142 f.). Gestützt darauf und mit ergänzender Begründung wird die sog. Vertretertheorie von weiteren Autoren als dogmatisch richtig angesehen (vgl. Habscheid, Droit judiciaire privé suisse, 2.A. Bern 1981, S. 214 ff.; Künzle, Die Befugnisse des Willensvollstreckers, in: Druey/Breitschmid, Willensvollstreckung, Bern 2001, S. 23 ff., S. 57 ff.). Inzwischen wird auch die Ansicht vertreten, der Willensvollstrecker handle als Vertreter des Nachlasses, dem als Sondervermögen die Parteifähigkeit zuzuerkennen sei (D. Staehelin, Sondervermögen und Haftung, in: FG Hasenböhler, Zürich 2004, S. 87 ff., S. 106). Die obergerichtliche Auffassung erscheint somit rechtlich nicht als derart klar falsch wie die als willkürlich beurteilte Annahme, der - dem Willensvollstrecker diesbezüglich gleichgestellte - Erbschaftsliquidator führe Prozesse nicht selbstständig in eigenem Namen, sondern handle als Stellvertreter der Erbschaftsbehörde bzw. des Gemeinwesens
(vgl. BGE 130 III 97 E. 2 S. 99 f.).
Dagegenhält freilich, dass das Bundesgericht seine Praxis wiederholt bestätigt und veröffentlicht hat und dass diese Praxis in praktisch allen Privatrechtskommentaren und Prozessrechtslehrbüchern dargestellt wird (vgl. die Hinweise in BGE 129 V 113 E. 4.2 S. 116 ff. sowie Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 5.A. Bern 2000, N. 1c zu Art. 35 ZPO). Gerichte und mit der Willensvollstreckung befasste Privatpersonen und Behörden haben sie verinnerlicht; sie strikt zu befolgen, bedeutet keinen überspitzten Formalismus.
Die Unterschiede zwischen sog. Amts- und Vertretertheorie dürfen allerdings auch nicht überbewertet werden. Die Kontroverse berührt vorab die Benennung, aber nicht die Rechte und Pflichten des Willensvollstreckers, die im materiellen Recht geregelt sind, und für beide Varianten lassen sich sachliche Gründe anführen (Kummer, Grundriss des Zivilprozessrechts, 4.A. Bern 1984, S. 68). Unterschiedliche Folgerungen können daraus nicht gezogen werden. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin kann der Willensvollstrecker nicht nur nach der sog. Amtstheorie, sondern auch nach der sog. Vertretertheorie gegen den ausdrücklichen Willen eines Erben handeln; er ist gesetzlicher und nicht gewillkürter Vertreter (vgl. Guldener, a.a.O.). Schliesslich dürfte auch dem Prozessgegner in der Regel klar sein, gegen wen er sich zu verteidigen hat, wenn der Willensvollstrecker einen Prozess anhebt, tue er das nun in eigenem Namen unter Hinweis auf seine gesetzliche Ermächtigung oder ausdrücklich als Stellvertreter der Erben.
3.4 Insgesamt erscheint es nicht als geradezu willkürlich, dass das Obergericht die Erben, gesetzlich vertreten durch den Willensvollstrecker, als Parteien im Arresteinspracheverfahren betrachtet und zur Appellation zugelassen hat. Die staatsrechtliche Beschwerde muss in diesem Punkt abgewiesen werden.
4.
Der sog. Ausländerarrest gemäss Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG ist zulässig für eine fällige Forderung, soweit diese nicht durch ein Pfand gedeckt ist. Das Obergericht hat die Fälligkeit der Forderung nach schweizerischem Recht beurteilt und verneint. Sein Abstellen auf das schweizerische Recht, ohne vorgängig den Inhalt des ausländischen Rechts zu ermitteln, hat es mit der Dringlichkeit des Falls, dem Summarium und der Tatsache gerechtfertigt, dass es sich um das Recht eines fernen Staates handle (E. 3 S. 11 des angefochtenen Entscheids). Die Beschwerdeführerin erblickt darin eine willkürliche Anwendung von Art. 16 IPRG (S. 19 ff. der Beschwerdeschrift).

4.1 Für eine im Ausland, in ausländischer Währung und von ausländischem Recht beherrschte Forderung kann Arrest gelegt werden. Die Frage der Fälligkeit der Forderung beurteilt sich alsdann nicht einfach nach schweizerischem Recht, sondern nach Massgabe des anwendbaren ausländischen Rechts (vgl. BGE 68 III 91 S. 93 f.; Gilliéron, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Lausanne 1999-2003, N. 23 zu Art. 271 SchKG). Völkerrechtliche Verträge vorbehalten, regelt das Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG, SR 291) im internationalen Verhältnis das anzuwendende Recht (Art. 1 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 IPRG; für den Ausländerarrest, z.B. BGE 123 III 494 E. 3a S. 496). Die Fälligkeit der Forderung ist vom Gläubiger im Verfahren der Arrestbewilligung glaubhaft zu machen und kann im anschliessenden Einspracheverfahren bestritten werden (vgl. Gilliéron, a.a.O., N. 27 zu Art. 272 und N. 42 zu Art. 278 SchKG; im Basler Kommentar, 1998: Stoffel, N. 8 zu Art. 272, und Reiser, N. 10 zu Art. 278 SchKG; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, II, 4.A. Zürich 1997/99, N. 7 zu Art. 272 und N. 3 zu Art. 278 SchKG).
4.2 Die Beschwerdeführerin macht nicht geltend, das Obergericht habe die Fälligkeit ihrer Forderung nach schweizerischem Recht willkürlich verneint. Ihre Willkürrüge bezieht sie einzig darauf, dass das Obergericht den Inhalt des ausländischen Rechts nicht ermittelt habe, wie ihm das Art. 16 IPRG vorschreibe. Danach ist der Inhalt des anzuwendenden ausländischen Rechts von Amtes wegen festzustellen, wobei die Mitwirkung der Parteien dazu verlangt und im Falle von vermögensrechtlichen Ansprüchen der Nachweis den Parteien überbunden werden kann (Art. 16 Abs. 1 IPRG). Ist der Inhalt des anzuwendenden ausländischen Rechts nicht feststellbar, so ist schweizerisches Recht anzuwenden (Art. 16 Abs. 2 IPRG).
Wie weit die Pflicht des Gerichts geht, ausländisches Recht von Amtes wegen zu ermitteln, ist bei vorsorglichen Massnahmen, zu denen auch der Arrest von der Sache her zählt (BGE 130 III 661 E. 1.3 S. 664), umstritten (vgl. Knoepfler/Schweizer/Othenin-Girard, Droit international privé suisse, 3.A. Bern 2005, N. 468 S. 236 und N. 581a S. 321, mit Hinweisen). Nach einem Teil der Lehre erlaubt die - bei vorsorglichen Massnahmen und beim Arrest regelmässig gegebene - Dringlichkeit des Entscheids ein Ausweichen auf schweizerisches Recht (Mächler-Erne, Basler Kommentar, 1996, N. 20, und Keller/Girsberger, Zürcher Kommentar, 2004, N. 66 f., je zu Art. 16 IPRG, mit Hinweisen auch auf abweichende Auffassungen; ausführlich: Kren Kostkiewicz, Vorsorgliche Massnahmen im schweizerischen IPRG, FS Schüpbach, Basel 2000, S. 289 ff., S. 300 f.).
Für den Arrest im Besonderen wird die Ansicht vertreten, dass der Gläubiger den Inhalt des anwendbaren fremden Rechts glaubhaft zu machen habe (vgl. Breitschmid, Übersicht zur Arrestbewilligungspraxis nach revidiertem SchKG, AJP 1999 S. 1007 ff., S. 1009; H. Schmid, Arrestbewilligung aus der Sicht des Richters, in: Der Arrest im SchKG, SAV Bd. 4, Zürich 1989, S. 17 ff., S. 23/24). Danach findet Art. 16 Abs. 1 IPRG im summarischen Verfahren keine Anwendung (vgl. die Hinweise auf kantonale Praxis bei D. Staehelin, Basler Kommentar, Ergänzungsband, 2005, N. 174 zu Art. 82 SchKG).
4.3 Der Vorwurf der Beschwerdeführerin, das Obergericht habe seine Pflicht, das ausländische Recht von Amtes wegen zu ermitteln, verletzt, erweist sich aus folgenden Gründen als unbegründet:
Zum einen ist weder dargetan noch ersichtlich, dass die Beschwerdeführerin ihrer Obliegenheit nachgekommen wäre, ihre Anspruchsberechtigung gemäss dem Recht der Niederländischen Antillen glaubhaft zu machen. Entgegen ihrer Darstellung hätte dazu im kantonalen Verfahren Anlass und Gelegenheit bestanden, war doch die Frage der Fälligkeit Gegenstand des Appellationsverfahrens (S. 12 f. Ziff. 47-53 der Appellation und S. 35 ff. Ziff. 44-50 der Vernehmlassung). Die Beschwerdeführerin hätte in ihrer Vernehmlassung vom 9. Juni 2006 darauf hinweisen können und müssen, dass sie gegen die Arrestschuldnerin auf den Niederländischen Antillen ein Verfahren eingeleitet habe und dass ein Urteil in Aussicht stehe. Dieses Urteil ist am 30. Juni 2006 und damit noch vor dem angefochtenen Entscheid ergangen. Inwiefern es nicht mehr rechtzeitig dem Obergericht hätte eingereicht werden können, ist nicht ersichtlich. Die Vorbringen zum anwendbaren Recht sind vor Bundesgericht insoweit neu und unzulässig (BGE 129 I 49 E. 3 S. 57).
Zum anderen kann die direkte Anwendung des hiesigen Rechts deshalb nicht als willkürlich bezeichnet werden, weil der Arrest als Dringlichkeitsfall anzusehen ist. Dringlichkeit ergibt sich in rechtlicher Hinsicht daraus, dass für Entscheide des Arrestgerichts das summarische Prozessverfahren vorgeschrieben ist (Art. 25 Ziff. 2 lit. a SchKG) und dass öhne Verzug̈(Art. 278 Abs. 2 SchKG) über die Einsprache und die Weiterziehung zu entscheiden ist (vgl. Gilliéron, a.a.O., N. 30 und N. 82 zu Art. 278 SchKG). In tatsächlicher Hinsicht steht zudem unangefochten fest, dass die verarrestierte Liegenschaft bereits an Dritte verkauft ist (E. II S. 4 des angefochtenen Entscheids), deren Eintragung als Eigentümer aber immer noch aussteht. Unter diesen Umständen durfte willkürfrei angenommen werden, die Dringlichkeit gestatte es, von der Ermittlung des Rechts der Nie-

derländischen Antillen abzusehen und direkt schweizerisches Recht anzuwenden.
4.4 Die staatsrechtliche Beschwerde bleibt nach dem Gesagten erfolglos, was die Verneinung der Fälligkeit angeht. Bei diesem Ergebnis kann dahingestellt bleiben, ob vorliegend für die Arrestforderung zudem Pfanddeckung besteht, wie es das Obergericht angenommen hat und die Beschwerdeführerin bestreitet.
5.
Aus den dargelegten Gründen muss die staatsrechtliche Beschwerde abgewiesen werden, soweit darauf einzutreten ist. Die Beschwerdeführerin wird damit kostenpflichtig (Art. 156 Abs. 1 OG). Für das Gesuchsverfahren schuldet sie keine Parteientschädigung, da entgegen dem Antrag der Beschwerdegegner der staatsrechtlichen Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt worden ist.

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die staatsrechtliche Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 10'000.– wird der Beschwerdeführerin auferlegt.
3.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Bern, Appellationshof, 2. Zivilkammer, sowie dem Betreibungs- und Konkursamt Berner Oberland, Dienststelle Interlaken, schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 8. November 2006
Im Namen der II. Zivilabteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: