

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
5A_159/2011

Urteil vom 3. Mai 2011
II. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichterin Hohl, Präsidentin,
Bundesrichterin Escher, Bundesrichter von Werdt,
Gerichtsschreiber Zingg.

Verfahrensbeteiligte
X._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Hans Peter Kocher,
Beschwerdeführer,

gegen

Y._____. Ltd.,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Georg von Segesser und Rechtsanwältin Louise Lutz Sciamanna,
Beschwerdegegnerin,

Betreibungsamt Z._____.

Gegenstand
beneficium excussionis realis (Art. 41 Abs. 1bis SchKG),

Beschwerde gegen den Entscheid des Kantons-
gerichts von Graubünden, Schuldbetreibungs- und Konkurskammer als Aufsichtsbehörde über
Schuldbetreibung und Konkurs, vom 4. Februar 2011.
Sachverhalt:

A.
X._____ (mit Wohnsitz im Kanton Graubünden) als Kreditnehmer und die Y._____ Ltd.,
Britische Jungferninseln, als Kreditgeberin haben am 7. September 2003 einen Darlehensvertrag
(Facility Agreement) über rund fünf Millionen US-Dollar abgeschlossen. Partei dieses Vertrages ist
auch die AX._____ Ltd., Jersey, welche Eignerin eines gleichnamigen, in Jersey registrierten
Segelschiffs vom Typ eines zweimastigen Schoners ist. Das gesamte Gesellschaftskapital der
AX._____ Ltd. ist in zwei Aktien zum Nominalwert von je einem britischen Pfund verbrieft, welche
von den zwei Gesellschaften BX._____ Ltd. und CX._____ Ltd., Jersey, treuhänderisch für
X._____ gehalten werden.

Am 31. Dezember 2004 sind X._____ und die Y._____ Ltd. eine mit dem Darlehensvertrag
zusammenhängende Vereinbarung (Equitable Charge) eingegangen, deren Zweck darin besteht, die
Verpflichtungen von X._____ aus dem Darlehensvertrag zu Gunsten der Kreditgeberin
abzusichern. Als Sicherheit dienen die beiden vorgenannten Aktien der AX._____ Ltd.

Der Darlehensvertrag wurde in der Folge mehrmals angepasst und erneuert, zuletzt am 27. Dezember
2006 durch das "Amended and Restated Facility Agreement". Auf den gleichen Zeitpunkt wurde die
Sicherungsvereinbarung erneuert (Amended and Restated Equitable Charge).

Sowohl für den Darlehens- wie für den Sicherungsvertrag haben die Parteien eine Rechtswahl
zugunsten des englischen Rechts getroffen.

B.
Im Januar 2010 beschloss die Y._____ Ltd., von X._____ die Rückzahlung des Darlehens auf
dem Rechtsweg einzufordern. Nachdem das Kantonsgericht Graubünden einen ersten Zahlungsbefehl

für nichtig erklärt und einen zweiten als mangelhaft aufgehoben hatte, stellte das Betreibungsamt B._____ (mittlerweile Betreibungsamt Z._____) am 15. Juli 2010 in der ordentlichen Betreuung auf Pfändung Nr. _____ über eine Forderung von insgesamt Fr. 6'110'861.-- zuzüglich Zins erneut einen Zahlungsbefehl aus. Dieser wurde am 10. August 2010 zugestellt, worauf X._____ am 19. August 2010 Rechtsvorschlag erhob.

C.

Am gleichen Tag erhob X._____ gegen die Aus- und Zustellung des Zahlungsbefehls Beschwerde an das Kantonsgericht von Graubünden als Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen. Er beantragte, die Betreuung auf dem Weg der Pfandverwertung fortzusetzen. Das Kantonsgericht wies die Beschwerde mit Entscheid vom 4. Februar 2011 ab.

D.

X._____ (Beschwerdeführer) hat am 3. März 2011 Beschwerde an das Bundesgericht erhoben. Er beantragt die Aufhebung des angefochtenen Entscheides. Zudem sei gerichtlich anzuordnen, dass die in Frage stehende Betreuung der Y._____ Ltd. (Beschwerdegegnerin) auf dem Wege der Pfandverwertung fortzusetzen sei. Eventuell sei die Angelegenheit zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Am 8. März 2011 hat der Beschwerdeführer zudem um aufschiebende Wirkung ersucht.

Nachdem das Kantonsgericht hinsichtlich der aufschiebenden Wirkung auf Stellungnahme verzichtet und die Beschwerdegegnerin sich ablehnend geäußert hat, ist der Beschwerde mit Präsidialverfügung vom 21. März 2011 aufschiebende Wirkung zuerkannt worden.

In der Sache hat das Betreibungsamt Z._____ auf Vernehmlassung verzichtet; die Beschwerdegegnerin und das Kantonsgericht beantragen Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei.

Erwägungen:

1.

Die Beschwerde in Zivilsachen ist gegen den Entscheid der kantonal letztinstanzlichen Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen (Art. 75 Abs. 1 BGG) unabhängig vom Streitwert zulässig (Art. 72 Abs. 2 lit. a und Art. 74 Abs. 2 lit. c BGG). Sie ist binnen Frist erfolgt (Art. 100 Abs. 2 lit. a BGG). Die vorliegende Eingabe ist demnach als Beschwerde in Zivilsachen entgegenzunehmen.

Mit der Beschwerde können Rechtsverletzungen gemäss Art. 95 f. BGG gerügt werden. Die falsche Anwendung des massgebenden ausländischen Rechts kann allerdings in vermögensrechtlichen Angelegenheiten nicht vorgebracht werden (Art. 96 lit. b BGG e contrario), sondern es kann einzig dessen willkürliche Anwendung (Art. 9 BV) geltend gemacht werden (allgemein BGE 133 III 446 E. 3.1 S. 447 f.; zum Aufsichtsverfahren Urteil 5A_205/2009 vom 6. August 2009 E. 5.1). Die Feststellung des Sachverhalts kann schliesslich nur gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 BGG). Dabei bedeutet "offensichtlich unrichtig" willkürlich (BGE 135 III 127 E. 1.5 S. 130 mit Hinweis).

Die Beschwerde ist zu begründen (Art. 42 Abs. 1 BGG). Nach Art. 42 Abs. 2 BGG ist in der Begründung in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt. Dies setzt voraus, dass sich der Beschwerdeführer wenigstens kurz mit den Erwägungen des angefochtenen Entscheides auseinandersetzt. Ansonsten kann auf die Beschwerde nicht eingetreten werden (BGE 134 II 244 E. 2.1 S. 245 f.). Strengere Anforderungen gelten bei Verfassungsprüfungen, welche in der Beschwerde präzise vorgebracht und begründet werden müssen (Art. 106 Abs. 2 BGG; BGE 135 III 397 E. 1.4 S. 400 f.; 133 II 249 E. 1.4.2 S. 254 mit Hinweisen). Wird eine Verletzung des Willkürverbots - einschliesslich der Willkür bei der Sachverhaltsfeststellung (BGE 133 II 249 E. 1.4.3 S. 255) - geltend gemacht, muss der Beschwerdeführer klar und detailliert anhand der Erwägungen des angefochtenen Urteils aufzeigen, in welcher Hinsicht der Entscheid an einem qualifizierten und offensichtlichen Mangel leidet (BGE 134 II 244 E. 2.2 S. 246 mit Hinweis; vgl. BGE 135 III 513 E. 4.3 S. 522).

2.

Nicht mehr Gegenstand des bundesgerichtlichen Verfahrens bilden der Zeitpunkt der Ausstellung des

Zahlungsbefehls während der Betreibungsferien sowie die internationale Zuständigkeit des Betreibungsamts Z. _____ zur Durchführung des Betreibungsverfahrens. Einzig zur Diskussion steht noch, ob sich der Beschwerdeführer zu Recht auf die Einrede der Vorausvollstreckung in die Pfandsicherheit (beneficium excussionis realis; Art. 41 Abs. 1bis SchKG) beruft.

2.1 Die Vorinstanz hat diese Einrede aus mehreren Gründen verworfen. In der Hauptbegründung hat sie ausgeführt, der Beschwerdegegnerin stehe kein Pfandrecht im Sinne von Art. 37 und 41 SchKG sowie Art. 884 ff. ZGB zu bzw. kein dingliches Sicherungsmittel, welches einem Pfandrecht schweizerischen Verständnisses weitgehend entspreche. Gegenstand der Sicherheit seien vorliegend Aktien; in Frage komme also nur ein Fahnispfandrecht, dessen Begründung Besitzübertragung verlange. Das dem schweizerischen Faustpfandrecht entsprechende dingliche Sicherungsmittel des Common Law sei die pledge (auch pawn genannt). Vorliegend sei im Vertrag jedoch durchwegs von "equitable charge", "securities" und "charged property" die Rede und es sei nicht ohne weiteres anzunehmen, dass die englische Rechtsberatungsfirma, welche die Verträge erstellt habe, unpräzise Begriffe gewählt habe. Eine equitable charge sei nun jedoch eine Sicherungsbestellung ohne Sicherungsübereignung und ohne Einräumung des Besitzes. Aus den Akten gehe denn auch nicht hervor, dass sich die beiden zur Sicherung verwendeten Aktien bei der Y. _____ Ltd., an ihrer Adresse in A. _____ auf der Isle of Man, befinden würden. Vielmehr ist die Vorinstanz davon ausgegangen, die Aktien befänden sich nach wie vor auf den Kanalinseln.

In einer ersten Eventualerwägung hat das Kantonsgericht erwogen, eine Berufung auf das beneficium excussionis realis sei nur möglich, wenn das Pfand in der Schweiz oder in einem Staat liege, der dieses Institut ebenfalls kenne. Die Sicherheit sei im Vereinigten Königreich, genauer auf den Kanalinseln gelegen und die Parteien hätten sowohl im Darlehens- wie im Sicherungsvertrag eine Rechtswahl zugunsten des englischen Rechts getroffen. Wenn entgegen dem bisher Ausgeführten angenommen würde, dass die equitable charge einem schweizerischen Faustpfand gleichgestellt sei und die equitable charge es dem Sicherungsnehmer erlaube, einen gerichtlichen Befehl oder eine Vollstreckungsmassnahme zu erwirken, die darin gipfle, dass das Pfand versilbert und der Gläubiger daraus befriedigt werde, so müsste der Beschwerdeführer darlegen, dass das englische Recht ein dem beneficium excussionis realis vergleichbares Rechtsinstitut kenne. Das auf die Sicherheit anwendbare Sachstatut bestimme, ob dem Schuldner die entsprechende Einwendung zustehe. Der Beschwerdeführer habe dies aber nicht darzulegen versucht und die Existenz einer solchen Einrede im englischen Recht ergebe sich auch nicht aus den Akten.

In einer weiteren Eventualerwägung hat die Vorinstanz schliesslich ausgeführt, selbst wenn die equitable charge ein Pfandrecht nach schweizerischem Rechtsverständnis wäre und das englische Recht eine dem beneficium excussionis realis entsprechende Rechtsfigur kennen würde, könnte sich der Beschwerdeführer nicht auf diese Einrede berufen, wenn die beiden Aktien bloss als subsidiäre Sicherheit bestellt worden wären, der Schuldner auf die Einrede vertraglich verzichtet hätte oder dem Gläubiger die freie Wahl hinsichtlich des Vollstreckungsweges zustünde. Ob die Sicherheit subsidiärer Natur sei, hat das Kantonsgericht in der Folge offen gelassen. Hingegen würden Einwendungsverzicht des Schuldners und freies Wahlrecht der Gläubigerin leicht erkennbar aus Abschnitt 8 des Facility Agreements hervorgehen. Zudem hätten die Parteien im Sicherungsvertrag der Gläubigerin das Recht eingeräumt, die als Sicherheit dienenden Aktien selber zu verkaufen, was die Einwendung des beneficium excussionis realis ebenfalls ausschliesse.

2.2 Der Beschwerdeführer rügt zunächst, die Vorinstanz habe offensichtlich unrichtig festgestellt, die Beschwerdegegnerin sei nicht im Besitz der fraglichen Aktien. Die Beschwerdegegnerin habe in ihrer Beschwerdeantwort an das Kantonsgericht zugegeben, dass sich die Aktien an ihrer Adresse auf der Isle of Man befinden würden. Des Weiteren lasse die Sicherungshinterlegung ein Pfandrecht entstehen. Die Beschwerdegegnerin könne umfassend über die verpfändeten Wertpapiere verfügen, während er (der Beschwerdeführer) keine Verfügungsgewalt mehr darüber habe. Aus Ziff. 7.1 des Sicherungsvertrages ergebe sich, dass das Pfand nicht nur subsidiär hafte. Schliesslich habe es die Vorinstanz unterlassen zu prüfen, ob eine verbotene Verfallsabrede nach Art. 894 ZGB vorliege. Die vorliegend im Sicherungsvertrag getroffene Regelung komme einer Verfallsabrede gleich, da die Beschwerdegegnerin die Aktien auch auf sich selbst übertragen könne und keine Pflicht zur Abrechnung ersichtlich sei. Eine Verfallsabrede widerspreche dem Ordre public. Es sei deshalb angezeigt, eine Pfandverwertung anzunordnen.

3.

Die Beschwerde genügt den Begründungsanforderungen nicht. Was zunächst die Hauptbegründung

der Vorinstanz betrifft, hat die Beschwerdegegnerin zwar tatsächlich in ihrer Beschwerdeantwort vor Kantonsgericht anerkannt und vor Bundesgericht bestätigt, dass die als Sicherheit dienenden Aktien an ihrer Adresse auf der Isle of Man verwahrt werden. Eine formelle Berichtigung der vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellung erübrigt sich jedoch, da es nicht entscheidend darauf ankommt (Art. 97 Abs. 1 BGG), ob sich die Aktien nach wie vor auf den Kanalinseln befinden, wie die Vorinstanz angenommen hat, oder auf die Isle of Man in den Machtbereich der Beschwerdegegnerin verbracht wurden, wie die Parteien insoweit übereinstimmend vorbringen. Der Beschwerdeführer legt nämlich einerseits nicht dar, wieso der Besitzübergang etwas an der von der Vorinstanz erläuterten Rechtsnatur der equitable charge ändern sollte, zumal das Kantonsgericht festgehalten hat, dass die Aktien nach dem Vertrag nicht ursprünglich, d.h. als Wirksamkeitsvoraussetzung der Sicherheitsbestellung, in den Besitz der Beschwerdegegnerin überzugehen hatten. Andererseits beruht das angefochtene Urteil auf mehreren (Eventual-)begründungen, die je für sich den Rechtsstreit vor der

Vorinstanz hätten beenden können. In einem solchen Fall muss in der Beschwerde dargelegt werden, dass jede von ihnen Recht verletzt; andernfalls kann auf die Beschwerde nicht eingetreten werden (BGE 133 IV 119 E. 6.3 S. 120 f.). Zur ersten Eventualbegründung äussert sich der Beschwerdeführer nicht. Die Vorinstanz ist darin von der konstanten bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu im Ausland gelegenen bzw. vom ausländischen Recht beherrschten Pfandobjekten ausgegangen. Danach setzt eine erfolgreiche Berufung auf das beneficium excussionis realis voraus, dass die betreffende Rechtsordnung eine Art. 41 Abs. 1bis SchKG entsprechende Einrede ebenfalls vorsieht (BGE 36 I 337 E. 1 und 2 S. 339 f.; 65 III 92 E. 2 S. 94; 68 III 131 S. 134). Der Beschwerdeführer wendet sich mit keinem Wort gegen die diesbezüglichen vorinstanzlichen Erwägungen. Gemäss Kantonsgericht hätte er den Nachweis eines entsprechenden Instituts im englischen Recht erbringen müssen, was er nicht einmal versucht habe, und auch aus den Akten lasse sich das Bestehen einer entsprechenden Einrede im englischen Recht nicht ableiten. Ficht der Beschwerdeführer diese Überlegungen nicht an, erübrigt es sich, auf die weiteren Ausführungen des Beschwerdeführers zur angeblichen

Verfallsabrede einzugehen. Seine Darlegungen hiezu beziehen sich nicht auf die Frage der Existenz einer Art. 41 Abs. 1bis SchKG entsprechenden Einrede im englischen Recht, sondern auf die letzte Eventualerwägung der Vorinstanz, worin das Kantonsgericht festgehalten hat, der Beschwerdeführer habe ohnehin vertraglich auf ein allfälliges beneficium excussionis realis verzichtet bzw. die Parteien hätten weitgehende Freiheit der Beschwerdegegnerin in der Wahl des Vollstreckungswegs vereinbart.

4. Bei diesem Ausgang des Verfahrens trägt der Beschwerdeführer die Gerichtskosten. Eine Ausscheidung der Kosten des Verfahrens zur Gewährung aufschiebender Wirkung rechtfertigt sich nicht (Art. 66 Abs. 1 BGG). Zudem hat der Beschwerdeführer die Beschwerdegegnerin angemessen zu entschädigen (Art. 68 Abs. 1 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
2.
Die Gerichtskosten von Fr. 10'000.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
3.
Der Beschwerdeführer hat die Beschwerdegegnerin mit Fr. 20'000.-- zu entschädigen.
4.
Dieses Urteil wird den Parteien, dem Betreibungsamt Z. _____ und dem Kantonsgericht von Graubünden, Schuldbetreibungs- und Konkurskammer als Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 3. Mai 2011
Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Die Präsidentin: Der Gerichtsschreiber:

Hohl Zingg