

Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
5A_30/2007 /bnm

Urteil vom 8. Juni 2007
II. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Raselli, Präsident,
Bundesrichterin Nordmann, Bundesrichter Meyer,
Gerichtsschreiber Schett.

Parteien
X. _____,
Beschwerdeführer,
vertreten durch Rechtsanwalt Patrik Gruber,

gegen

Y. _____,
Beschwerdegegner,
vertreten durch Rechtsanwalt Jean-Ludovic Hartmann,

Gegenstand
Provisorische Rechtsöffnung,

Beschwerde in Zivilsachen gegen das Urteil des Kantonsgerichts Freiburg, II. Zivilappellationshof,
vom 10. Januar 2007.

Sachverhalt:

A.

A.a

Am 11. Juni 2000 besaßen Y. _____ 75% und Z. _____ 25% der Aktien der amerikanischen Gesellschaft M. _____ Ltd. An diesem Tag schrieb Y. _____ (Beschwerdegegner) unter Verwendung der Empfängeradresse "Dr. X. _____" mittels elektronischer Mitteilung, dass er die M. _____-Aktien verkaufe. Weiter führte er darin namentlich aus, er stimme zu Folgendem ein: "3. Zurückzahlung der Grunderwerbssteuer von 228'000.-- SF"; "4. Rückzahlung der an Sie bezahlten Kommissionen (50'000.-- SF) Gebühren usw. was dieses Projekt betrifft"; "6. Persönliche Haftung gegenüber meinerseits für alle Versprechungen die nicht zeitgemäss erfüllt oder nicht erfüllt werden". Mittels "ok" und Unterschrift auf dem Fax genehmigte X. _____ (Beschwerdeführer) am 13. Juni 2000 diesen Text. Offenbar gleichentags verkaufte Y. _____ seine M. _____-Aktien an S. _____, Z. _____ und T. _____. Am 15. Juni 2000 wurde die M. _____ Ltd. in die M. _____ BT SA nach schweizerischem Recht umgewandelt; der Sitz dieser Firma befindet sich bei der U. _____ SA, in A. _____, bei der X. _____ die Einzelprokura besitzt.

A.b Am 3. März 2006 stellte das Betreibungsamt des Saanebezirks dem Beschwerdeführer auf Ersuchen des Beschwerdegegners den Zahlungsbefehl Nr. 1 mit einem Forderungsbetrag von insgesamt Fr. 357'423.--, nebst Zins zu 5% seit dem 28. Februar 2006, den Kosten des Zahlungsbefehls von Fr. 200.-- und einer Inkassogebühr von 5% zu. Der Forderungsbetrag enthielt namentlich die Beträge von Fr. 228'000.-- und Fr. 50'000.-- gemäss "Schuldanererkennung vom 13. Juni 2000". Der Beschwerdeführer erhob Rechtsvorschlag.

B.

Am 27. März 2006 reichte der Beschwerdegegner beim Gerichtspräsidenten des Saanebezirks ein Gesuch um provisorische Rechtsöffnung in der Betreuung Nr. 1 ein. Mit Urteil vom 2. Juni 2006 gewährte der Gerichtspräsident die provisorische Rechtsöffnung für den Betrag von Fr. 278'000.-- nebst Zins zu 5% seit dem 6. März 2006, für die Kosten des Zahlungsbefehls von Fr. 100.-- sowie für die Kosten des Rechtsöffnungsverfahrens; im Übrigen wies er das Gesuch ab.

Die vom Beschwerdeführer dagegen beim Kantonsgericht Freiburg eingereichte Berufung hatte keinen Erfolg. Mit Urteil vom 10. Januar 2007 wies der II. Zivilappellationshof das Rechtsmittel ab und bestätigte den angefochtenen Entscheid.

C.

Der Beschwerdeführer beantragt dem Bundesgericht, das Urteil des Kantonsgerichts sei aufzuheben und dem Beschwerdegegner sei die Bewilligung der provisorischen Rechtsöffnung zu verweigern. Eventuell sei die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Mit Präsidialverfügung vom 5. März 2007 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt. Es ist keine Vernehmlassung eingeholt worden.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Das Bundesgesetz über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) ist am 1. Januar 2007 in Kraft getreten (AS 2006, 1242). Gemäss Art. 132 Abs. 1 BGG ist das neue Gesetz auf Beschwerdeverfahren anwendbar, wenn der angefochtene Entscheid nach dessen Inkrafttreten ergangen ist. Der angefochtene Entscheid datiert vom 10. Januar 2007, so dass auf das vorliegende Verfahren das BGG anwendbar ist.

1.2 Gemäss Art. 72 Abs. 2 lit. a BGG unterliegen der Beschwerde in Zivilsachen auch Entscheide in Schuldbetreibungs- und Konkursachen. Beim vorliegenden Entscheid über die provisorische Rechtsöffnung handelt es sich um einen solchen Entscheid.

1.3 In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Beschwerde nur zulässig, wenn der Streitwert mindestens 30'000 Franken beträgt (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG), es sei denn, dass ein vorliegend nicht gegebener Ausnahmegrund nach Art. 74 Abs. 2 BGG besteht. Im zu beurteilenden Fall beträgt der Streitwert weit mehr als 30'000 Franken, so dass dieser einem Eintreten nicht entgegensteht.

1.4 Die Beschwerde ist nach Art. 90 BGG zulässig gegen Entscheide, die das Verfahren abschliessen. Beim Entscheid über die provisorische Rechtsöffnung handelt es sich um einen Endentscheid im Sinne dieser Bestimmung, so dass auch diese Voraussetzung gegeben ist (vgl. Botschaft vom 28. Februar 2001 zur Totalrevision der Bundesrechtspflege, BBl 2001 Ziff. 4.1.4.1, S. 4331f.). Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde in Zivilsachen ist grundsätzlich einzutreten.

1.5 Mit der Beschwerde kann die Verletzung von eidgenössischem (Art. 95 BGG) und ausländischem (Art. 96 BGG) Recht gerügt werden, es sei denn beim angefochtenen Entscheid handle es sich um eine vorsorgliche Massnahme, wogegen nur die Rüge der Verletzung verfassungsmässiger Rechte zulässig ist (Art. 98 BGG). Nach der Rechtsprechung ist der Entscheid über die definitive oder provisorische Rechtsöffnung keine vorsorgliche Massnahme im Sinne von Art. 98 BGG. Damit sind die Rügen gemäss Art. 95 f. BGG zulässig. Das Bundesgericht prüft frei, ob die behaupteten Rechtsverletzungen gegeben sind. Demgegenüber kann die Feststellung des Sachverhalts 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; zur Publikation bestimmtes Urteil des Bundesgerichts vom 26. April 2007 [5A_44/2007] E. 1.5). Soweit die Rüge der Verletzung verfassungsmässiger Rechte erhoben wird, ist diese entsprechend den altrechtlichen Begründungsanforderungen des Art. 90 Abs. 1 lit. b OG (Art. 42 Abs. 2 BGG) zu begründen (vgl. dazu Botschaft, BBl 2001 S. 4294 und BGE 130 I 258 E. 1.3 S. 261f.).

2.

2.1 Der Beschwerdeführer rügt vorab eine Verletzung des rechtlichen Gehörs nach Art. 29 Abs. 2 BV.

2.1.1 Er bringt als Erstes vor, das Kantonsgericht habe nicht begründet, dass die Grunderwerbssteuern und die Provision (vom Beschwerdegegner) bezahlt worden sein sollen. Der Vorwurf geht fehl, und es kann offen gelassen werden, ob er hinreichend begründet wird.

Die Vorinstanz hat dazu ausgeführt, soweit im fraglichen, vom Beschwerdeführer mit "ok" versehenen und unterschriebenen Dokument von "Zurückzahlung der Grunderwerbssteuer" und von "Rückzahlung der an Sie bezahlten Kommissionen" die Rede sei, sei im Rahmen des vorliegenden Verfahrens davon auszugehen, dass die entsprechenden Beträge vom Beschwerdegegner an den Beschwerdeführer tatsächlich geleistet worden seien. Das Kantonsgericht hat seine Schlussfolgerung somit begründet, weshalb eine Gehörsverletzung (dazu: BGE 126 I 97 E. 2b S. 102/103) von vornherein nicht gegeben ist.

2.1.2 Auf den weiteren in diesem Zusammenhang vorgebrachten Einwand, es sei hierüber nicht Beweis geführt worden, kann nicht eingetreten werden, denn es wird nicht hinreichend im Sinne von Art. 42 Abs. 2 BGG dargetan, welche entscheidenerheblichen Beweise das Kantonsgericht hätte abnehmen müssen (zur Mitwirkungspflicht der Parteien vgl. Daniel Staehelin, in: Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Hrsg. Staehelin/Bauer/Staehelin, Basel 1998, SchKG I, N. 53 und 56 zu Art. 84 SchKG, S. 804f.). Da die Vorinstanz die Schuldanerkennung des

Beschwerdeführers geprüft und als Rechtsöffnungstitel anerkannt hat, hätte vorliegend nur untersucht werden können, ob eine Überdehnung der aus Art. 84 SchKG fliessenden Beweismittelbeschränkung vorliegt, was vom Beschwerdeführer jedoch nicht gerügt wird. Es entspricht indessen dem Willen des Gesetzes, dass das Rechtsöffnungsverfahren von allen Beteiligten rasch durchgeführt und jede Verzögerung der Vollstreckung verhindert wird.

2.2 Sodann macht der Beschwerdeführer einen Verstoss gegen Art. 9 BV geltend. Dass Steuern im Zusammenhang mit Liegenschaftskäufen erst erhoben würden, wenn der Eigentumsübergang im Grundbuch eingetragen sei, dürfe als gerichtsnotorisch angenommen werden. Über gerichtsnotorische Tatsachen sei kein Beweis zu führen (Art. 193 Abs. 1 ZPO/FR). Ohne Beweisverfahren sei indessen die Vorinstanz zu einem gegenteiligen Schluss gelangt.

Diese Einwendungen genügen den Begründungsanforderungen des Art. 42 Abs. 2 BGG ebenfalls nicht, denn es wird nicht dargetan, warum das Kantonsgericht aufgrund des vom Beschwerdeführer mit "ok" versehenen und unterschriebenen Dokuments, worin die Zurückzahlung der Grunderwerbssteuer vom Beschwerdeführer versprochen wird, hätte zum Schluss gelangen müssen, die Zahlung sei vom Beschwerdegegner nie erbracht worden. Es obliegt im Übrigen dem Schuldner glaubhaft zu machen, dass die der Schuldanererkennung zugrunde liegenden rechtserzeugenden Tatsachen nicht existieren, oder dass rechtsvernichtende oder rechtshindernde Tatsachen eingetreten sind (Daniel Staehelin, a.a.O., N. 83 zu Art. 82 SchKG, S. 717f.). Auf seine diesbezüglichen Vorbringen wird zurückzukommen sein (E. 4 nachfolgend).

3.

Der Beschwerdeführer bringt sodann vor, die Vorinstanz habe zu Unrecht Art. 492 ff. OR nicht angewendet und damit Bundesrecht verletzt.

3.1 Das Kantonsgericht hat dazu unter anderem ausgeführt, mit der Bürgschaft übernehme der Interzedent gegenüber dem Gläubiger die Pflicht, für die Erfüllung der Schuld eines Dritten, des Hauptschuldners, einzustehen (Art. 492 Abs. 1 OR). Die Bürgschaftsverpflichtung setze den Bestand einer anderen (der sicherzustellenden) Verpflichtung voraus. Sie sei dieser beigeordnet und hänge im Bestand und Inhalt notwendigerweise von ihr ab; die Bürgschaft sei akzessorisch. Sie sichere die Zahlungsfähigkeit des Schuldners oder die Erfüllung eines Vertrages. Die kumulative Schuldübernahme (oder Schuldmitübernahme) sei dadurch gekennzeichnet, dass der Schuldübernehmer eine eigene, zur Verpflichtung eines Schuldners hinzutretende, selbständige Verpflichtung begründe, somit die Drittschuld persönlich und direkt mitübernehme. Sie sei im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt, ergebe sich aber als rechtliche Gestaltungsmöglichkeit aus der Regelung von Art. 143 OR. Im Gegensatz zum Garantieverprechen nach Art. 111 OR hänge die kumulative Schuldübernahme ebenfalls vom Bestand der mitübernommenen Schuld ab, sei aber insofern nicht akzessorisch, als nicht jeder Wegfall der Verpflichtung des Hauptschuldners diejenige des Mitschuldners untergehen lasse

(BGE 129 III 702 E. 2.1). Bürgschaft wie kumulative Schuldübernahme bewirkten die Verstärkung der Position des Gläubigers und beruhen insoweit oftmals auf identischen wirtschaftlichen Überlegungen. Sie unterschieden sich indes namentlich in den Formerfordernissen. So sei die Schuldübernahme im Gegensatz zur Bürgschaft formfrei gültig (BGE a.a.O. E. 2.2).

Die Vorinstanz hat den Text vom 11. Juni 2000 nach dem Vertrauensprinzip ausgelegt und dabei Folgendes erwogen: Gemäss dem Wortlaut von Ziffer 6 des Textes hatte der Beschwerdeführer dem Beschwerdegegner "persönlich für alle Versprechungen". Dies deute auf eine Schuldmitübernahme und nicht auf eine Akzessorietät zur Hauptforderung hin. Bei den zum Verkauf stehenden Aktien handle es sich um solche einer US-amerikanischen Gesellschaft; der Beschwerdegegner habe sich damals in Südafrika befunden und der Beschwerdeführer in der Schweiz. Das Rechtsgeschäft sei somit in einem internationalen Kontext getätigt bzw. vorbereitet worden. Aus dem Text gehe weiter hervor, dass der Beschwerdeführer den Beschwerdegegner zur Eile gedrängt habe, indem er ihm ein Ultimatum gestellt habe. Letzterer habe denn auch in Ziffer 8 des Textes Garantie gefordert, dass der Beschwerdeführer nicht aus "eventuellem Missbeachten oder technischem Fehler Nutzen ziehe", da er ihm zur Rechtsberatung keine Zeit lasse. Der Beschwerdeführer müsse deshalb Unklarheiten im Text in einem gewissen Masse gegen sich gelten lassen. Sowohl der internationale Kontext als auch der Zeitdruck sprächen gegen eine formgebundene Bürgschaft. Ebenfalls seien die Parteien, namentlich der

Beschwerdeführer, der eine Treuhandgesellschaft leite, geschäftsgewandt; dieser habe deshalb wissen müssen, worauf er sich mit seiner Unterschrift einlasse. Schliesslich sei darauf hinzuweisen, dass Rechtsöffnungen im summarischen Verfahren erteilt würden. Im Lichte dieser Umstände sei die rechtliche Qualifikation des Textes als Schuldanererkennung bzw. als Schuldmitübernahme und nicht als Bürgschaft durch den Gerichtspräsidenten nicht zu beanstanden und die Berufung in diesem Punkt als unbegründet abzuweisen.

3.2 Der Beschwerdeführer setzt sich mit diesen Argumenten nicht auseinander, und es kann offen gelassen werden, ob seine Vorbringen den Begründungsanforderungen des Art. 42 Abs. 2 BGG genügen (entsprechend den altrechtlichen Begründungsanforderungen des Art. 55 Abs. 1 lit. c OG: Botschaft vom 28. Februar 2001 zur Totalrevision der Bundesrechtspflege, BBl 2001 S. 4294; BGE 116 II 745 E. 3 S. 749).

3.3 Das Bundesgericht hat in BGE 129 III 702 E. 2.2 S. 705 befunden: Die Abgrenzung von Bürgschaft und Schuldmitübernahme ist fliessend. Auszugehen ist in rechtlicher Hinsicht davon, dass Inhalt und Rechtsgrund der Bürgenschuld von denjenigen der Hauptschuld verschieden sind, wogegen der Mitübernehmer sich gleich dem ursprünglichen Schuldner verpflichtet, diesem als Gesamtschuldner beitrifft. Rechtsgrund der Verpflichtung ist im ersten Fall das Entstehen für die Leistungsfähigkeit des Hauptschuldners, im zweiten die eigenständige Befriedigung des Gläubigers. Im Gegensatz zur Bürgschaft darf die Sicherung nicht das wesentliche Element im Rechtsgrund der Schuld aus Mitübernahme darstellen, wenn auch in jeder Schuldmitübernahme ein gewisser Sicherungseffekt liegt.

Aus dem E-Mail vom 11. Juni 2000 ergibt sich nicht, dass die U._____ SA die Verpflichtung übernommen hat, die Erfüllung der Verbindlichkeiten des Beschwerdeführers sicherzustellen und für dessen Solvenz einzustehen. Aus dem Schriftstück ist auch der Wille nicht erkennbar, der Beschwerdeführer als Einzelzeichnungsberechtigter der U._____ SA habe als Bürge für die Letztere einstehen wollen. Gegen das Bestehen einer Bürgschaft spricht auch der Umstand, dass der Beschwerdegegner "Kommissionen" aus dem Liegenschafts Kauf zurückfordert und der Beschwerdeführer (oder die von ihm vertretene Gesellschaft) somit ein erkennbares eigenes Interesse am Geschäft hatte, was ebenfalls gegen eine akzessorische Bürgschaft spricht (BGE 129 III 702 E. 2.6 S. 710). Daran vermögen die Einwendungen des Beschwerdeführers nichts zu ändern, die Gesamtumstände, die zum E-Mail geführt hätten, würden ausser Acht gelassen, nämlich, dass der ursprüngliche Kauf nicht habe vorgenommen werden können und die Zahlungen hätten rückgängig gemacht werden sollen sowie dass die Aktien an die neuen Aktionäre der nun in eine schweizerische AG umgewandelten M._____ Ltd. übertragen worden seien. Fehl geht auch das Argument, weil der Beschwerdeführer für die

Rückzahlung geleisteter Beträge habe persönlich einstehen sollen, könne dies kaum anders als akzessorisch zum Hauptgeschäft verstanden werden. Denn der Ausdruck "persönlich" unterstreicht gerade, dass die Verpflichtung als selbständig und nicht nur als akzessorisch zu verstehen ist (Urteil 4C.154/2002 E. 3.3, zitiert in BGE 129 III 702 E. 2.4.2 S. 708), was der Beschwerdeführer übersieht.

3.4 Die Vorinstanz hat somit kein Bundesrecht verletzt, indem sie eine Bürgschaftsverpflichtung in Abrede gestellt hat.

4.

Schliesslich rügt der Beschwerdeführer eine Verletzung von Art. 82 SchKG, denn gemäss dem E-Mail vom 11. Juni 2000 habe er sich nur zur Rückzahlung der Grunderwerbssteuer und der bezahlten Kommissionen verpflichtet. Diese Beträge seien aber nie bezahlt worden, weil der Liegenschafts Kauf nicht im Grundbuch habe eingetragen werden können.

4.1 Gemäss Art. 82 Abs. 1 SchKG kann der Gläubiger die provisorische Rechtsöffnung verlangen, wenn die Forderung auf einer durch öffentliche Urkunde festgestellten oder durch Unterschrift bekräftigten Schuldanerkennung beruht. Eine Schuldanerkennung im Sinn von Art. 82 Abs. 1 SchKG liegt vor, wenn daraus der vorbehalts- und bedingungslose Wille des Betreibenden hervorgeht, dem Betreibenden eine bestimmte oder leicht bestimmbar Geldsumme zu zahlen (BGE 122 III 125 E. 2 S. 126; 132 III 480 E. 4.1).

4.2 Das Kantonsgericht hat dazu ausgeführt, im Rahmen des vorliegenden Verfahrens sei davon auszugehen, dass die entsprechenden Beträge vom Beschwerdegegner an den Beschwerdeführer tatsächlich geleistet worden seien. Was Letzterer in Form von Behauptungen dagegen vorbringe, vermöge den Nichtbestand der Forderung im summarischen Rechtsöffnungsverfahren nicht glaubhaft zu machen.

4.3 Im E-Mail vom 11. Juni 2000 liegt eine Schuldanerkennung vor. Der Beschwerdegegner stimmte dem - inzwischen vollzogenen - Verkauf der M._____ -Aktien zu, wenn u.a. folgende Bedingungen erfüllt sind:

- Zurückzahlung der Grunderwerbssteuer von 228'000 SF (Ziff. 3)
- Rückzahlung der an Sie bezahlten Kommission (50'000 SF) (Ziff. 4).

Die Auslegung des Rechtsöffnungstitels ist Rechtsfrage. Dem Wortlaut und Wortsinn ist zu entnehmen, dass die Steuer und die Kommission (früher) bezahlt worden sind, wobei offen ist, ob die Steuer direkt der Steuerverwaltung oder (angesichts der Gesetzgebung in diesem Bereich) dem Beschwerdeführer bzw. der U._____ SA zur späteren Weiterleitung an die Steuerverwaltung

bezahlt worden sind. Dem Wortlaut ist ebenso zu entnehmen, dass die Kommission (früher) "an Sie", d.h. an den Beschwerdeführer bezahlt worden ist, wobei auch nicht auszuschliessen ist, dass sie an die U. _____ SA geleistet worden ist. Das ist indessen nicht erheblich, weil der Beschwerdeführer in Ziffer 6 die persönliche Haftung für die Versprechen übernommen hat. Das Kantonsgericht hat daher Art. 82 SchKG nicht verletzt, wenn es den Rechtsöffnungstitel sowie die Passivlegitimation des Beschwerdeführers anerkannt hat. Der Beschwerdeführer hätte gemäss Art. 82 Abs. 2 SchKG sofort Einwendungen glaubhaft machen müssen, welche die Schuldanerkennung entkräften, nämlich, dass die Steuer und die Kommission nie geleistet worden sind. Das tut er allein mit dem Hinweis nicht, Steuern und Kommissionen würden erst mit dem Vollzug der Handänderung fällig. Die Steuer, insbesondere die Handänderungssteuer, die vom Beschwerdeführer auf den Franken genau vorher berechnet worden ist, und auch die Kommission können ebenfalls vorher dem Beschwerdeführer als Treuhänder und Vermittler des Geschäfts überwiesen worden sein. Er hat den Einwand nicht mit liquiden Beweismitteln wahrscheinlich gemacht. Eine Verletzung von Bundesrecht liegt demnach nicht vor.

5.

Nach dem Ausgeführten ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Der Beschwerdeführer wird damit kostenpflichtig (Art. 66 Abs. 1 BGG). Eine Parteientschädigung an den Beschwerdegegner entfällt, da er nur zur Vernehmlassung betreffend die aufschiebende Wirkung der Beschwerde aufgefordert wurde, welche vom Präsidenten der II. zivilrechtlichen Abteilung bewilligt worden ist.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Die Gerichtsgebühr von Fr. 5'000.-- wird dem Beschwerdeführer auferlegt.

3.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Kantonsgericht Freiburg, II. Zivilappellationshof, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 8. Juni 2007

Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung

des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: