

# **BGer 5A\_819/2023 vom 5. Juni 2024**

Bundesgericht, 2024-06-05, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_819\\_2023](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_819_2023)

FR: TF 5A\_819/2023 du 5 juin 2024

IT: TF 5A\_819/2023 del 5 giugno 2024

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Angefochten ist ein Urteil des oberen kantonalen Gerichts, das als Rechtsmittelinstanz über die Revision der Anerkennung eines ausländischen Konkursdekrets entschieden hat. Die Beschwerde in Zivilsachen ist streitwertunabhängig gegeben (Art. 72 Abs. 2 lit. a und lit. b Ziff. 1 sowie Art. 75 Abs. 1 BGG ; Urteil 5A\_925/2021 vom 2. März 2023 E. 1.1, nicht publ. in BGE 149 III 249 ). Die Beschwerdeführerin (als Arrestgläubigerin) ist durch die Anerkennung des ausländischen Konkursdekretes besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse. Insoweit ist sie zur Beschwerde berechtigt ( Art. 76 Abs. 1 lit. b BGG ).

### **E. 1.2**

Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen und mit freier Kognition an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ). In der Beschwerde ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt ( Art. 42 Abs. 2 BGG ; BGE 143 I 377 E. 1.2). Die Verletzung verfassungsmässiger Rechte ist ebenfalls zu begründen ( Art. 106 Abs. 2 BGG ), wobei hier das Rügeprinzip gilt ( BGE 143 II 283 E. 1.2.2).

### **E. 1.3**

Das Bundesgericht ist an den vorinstanzlich festgestellten Sachverhalt gebunden ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Zulässig ist einzig die Rüge, dass eine Tatsachenfeststellung auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruhe oder eine Tatsache offensichtlich unrichtig festgestellt worden sei ( Art. 97 Abs. 1 BGG ), wobei "offensichtlich unrichtig" mit "willkürlich" gleichzusetzen ist ( BGE 146 IV 88 E. 1.3.1).

## **E. 2**

Heisst das Bundesgericht eine Beschwerde gut und weist es die Angelegenheit zur neuen Beurteilung an das kantonale Gericht zurück, darf sich dieses von Bundesrechts wegen nur noch mit jenen Punkten befassen, die das Bundesgericht kassierte. Die anderen Teile des Urteils haben Bestand und sind in das neue Urteil zu übernehmen. Die neue Entscheidung der kantonalen Instanz ist auf diejenige Thematik beschränkt, die sich aus den bundesgerichtlichen Erwägungen als Gegenstand der neuen Beurteilung ergibt. Das Verfahren wird nur insoweit neu in Gang gesetzt, als dies notwendig ist, um den verbindlichen Erwägungen des Bundesgerichts Rechnung zu tragen ( BGE 143 IV 214 E. 5.2.1).

Die Erwägungen des Entscheides, mit welchem der Fall zu neuer Entscheidung an die kantonale Behörde zurückgewiesen wird, bindet sowohl das Bundesgericht selber als auch die Parteien in dem Sinn, als letztere in einer neuen Beschwerde gegen den neuen kantonalen Entscheid nicht mehr die Rügen erheben können, die im

Rückweisungsentscheid abgewiesen worden sind ( BGE 143 IV 214 E. 5.3.3; 133 III 201 E. 4.2).

### **E. 3**

Das Obergericht hat die Beschwerde der Beschwerdeführerin vom 8. Juli 2021 gegen die erstinstanzliche Nichteintretensverfügung vom 29. Juni 2021 (Lit. B.b) nunmehr einzig unter dem Aspekt geprüft, ob eine Revision ( Art. 328 ff. ZPO ) des Anerkennungsentscheides vom 18. November 2020 zulässig sei (zit. Urteil 5A\_925/2021, E. 4.2).

#### **E. 3.1**

Das Obergericht hat zunächst nach den allgemeinen Regeln untersucht, ob die Beschwerdeführerin die behaupteten revisionsbegründenden Noven bei gebotener objektiver Sorgfalt nicht bereits "im früheren Verfahren" hätte vorbringen können. Der Anerkennungsentscheid vom 18. November 2020 sei am 20. November 2020 im SHAB und kantonalen Amtsblatt publiziert worden.

Mit Blick darauf, dass die Beschwerdeführerin bereits erfolgreich Vermögenswerte der Beschwerdegegnerin verarrestiert hatte, hätte sie - als Arrest- und Prosequierungsgläubigerin - die amtlichen Publikationen über ihre Schuldnerin (Beschwerdegegnerin) bei zumutbarer Sorgfalt zur Kenntnis nehmen können und müssen. Nach dem Obergericht hätte die Beschwerdeführerin daher die behaupteten Noven bereits in einer Beschwerde (nach ZPO) gegen den Anerkennungsentscheid vorbringen können, weshalb die Revision nach Art. 328 Abs. 1 lit. a ZPO nicht mehr zulässig sei.

#### **E. 3.2**

In einer Eventualbegründung hat das Obergericht geprüft, ob die Vorbringen der Beschwerdeführerin überhaupt eine Revision nach Art. 328 Abs. 1 lit. a ZPO begründen können, und den Vorwurf der Beschwerdeführerin untersucht, wonach die Beschwerdegegnerin das Konkursgericht mit wahrheitswidrigen Angaben getäuscht habe.

Die Tatsache, dass die Beschwerdegegnerin eine freiwillige (gesellschaftsrechtliche) Liquidation durchgeführt habe, sei jedoch keine neue Tatsache gewesen, sondern die freiwillige Liquidation sei vom Konkursgericht im konkreten Fall anhand der vorgelegten Dokumente gewürdigt und einem ausländischen Konkursdekret im Sinn von Art. 166 IPRG gleichgestellt worden. Ob ein Dekret mit "minimalen konkurstypischen Wirkungen" vorliege und anerkennungsfähig sei, stelle eine Frage der Rechtsanwendung dar. Bei den Vorbringen der Beschwerdeführerin handle es sich um rechtliche Rügen, welche jedoch in einer Beschwerde gegen den Anerkennungsentscheid zu prüfen gewesen wären, indes als Revisionsgründe nicht geeignet seien.

### **E. 4**

Gemäss Art. 328 Abs. 1 lit. a ZPO kann eine Partei die Revision des rechtskräftigen Entscheides verlangen, wenn sie nachträglich erhebliche Tatsachen erfährt oder entscheidende Beweismittel findet, die sie im früheren Verfahren nicht beibringen konnte. Die Beschwerdeführerin wirft dem Obergericht eine Verletzung dieser Bestimmung vor, weil sie ihr zu Unrecht eine Missachtung der Sorgfaltspflicht zum gehörigen Vorbringen der Noven vorgeworfen habe, und (im Rahmen der Eventualbegründung) angenommen habe, es lägen ohnehin bloss rechtliche Rügen vor.

#### **E. 4.1**

Gemäss Art. 328 ZPO können nur formell und materiell rechtskräftige Entscheide revidiert werden (BASTONS BULLETTI, in: *Petit commentaire, Code de procédure civile, 2020*, N. 8 zu Art. 328; TANNER, *Das Revisionsverfahren nach Art. 328-333 ZPO*, ZZZ 2019 S. 194). Die Beschwerdeführerin kritisiert, dass der Anerkennungsentscheid vom 18. November 2020 in der Publikation vom 20. November 2020 keine Rechtsmittelbelehrung enthalten habe.

##### **E. 4.1.1**

In Anwendung von Art. 29 Abs. 2 (i.V.m. Art. 167 Abs. 1 a.E.) IPRG werden die potentiell legitimierten Personen durch die in Art. 169 Abs. 1 IPRG vorgesehene Publikation des Anerkennungsentscheides informiert. Sie erhalten nachträglich (bei massgebender Untersuchungsmaxime; Art. 255 lit. a ZPO) Gelegenheit, unbeschränkt (ohne Novenverbot von Art. 326 Abs. 1 ZPO) ihre Beweismittel gegen die Anerkennung durch Rechtsmittelerhebung geltend zu machen (BGE 149 III 249 E. 3.2.1 und E. 3.4.4; 146 III 247 E. 4.1.1; 139 III 504 E. 3.2 und E. 3.3; BERTI/MABILLARD, in: *Basler Kommentar, Internationales Privatrecht*, 4. Aufl. 2021, N. 17 und 23 zu Art. 167 mit Hinw.). Der Anerkennungsentscheid ist mit einer Belehrung zur Möglichkeit des nachträglichen Rechtsschutzes in Form einer Beschwerde zu versehen, was im konkreten Fall in der Publikation nicht geschehen ist und worauf das Bundesgericht im Rückweisungsentscheid hingewiesen hat (BGE 149 III 249 E. 3.3.1).

##### **E. 4.1.2**

Das Obergericht hat zutreffend festgehalten, dass durch die rechtmässig angeordnete Publikation die unwiderlegbare Vermutung entsteht, dass der Inhalt der publizierten Bekanntmachung dem bzw. den Adressaten zur Kenntnis gelangt ist (vgl. Art. 141 Abs. 2 ZPO, Art. 35 SchKG; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 10. Aufl. 2018, § 39 Rz. 50; AMONN/WALTHER, *Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts*, 9. Aufl. 2013, § 12 Rz. 7 ff.).

##### **E. 4.1.3**

Wohl kann das gänzliche Fehlen der Rechtsmittelbelehrung unter gewissen Umständen den Eintritt der Rechtskraft aufschieben (STAEHELIN, in: *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO]*, Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], 3. Aufl. 2016, N. 28 zu Art. 238, mit Hinw. auf BGE 119 IV 330 E. 1c). Hingegen darf bei anwaltlich vertretenen Parteien vorausgesetzt werden, dass Kenntnis von den gesetzlichen Regelungen der Rechtsmittel und der entsprechenden Fristen besteht (STAEHELIN, a.a.O.; HEINZMANN/BRAIDI, in: *Petit commentaire, Code de procédure civile, 2020*, N. 21 zu Art. 238). Etwas anderes wird - mit Blick auf die Zulässigkeit der Revision - in der Beschwerdeschrift nicht behauptet. Ebenso wenig wird behauptet, dass die Parteibezeichnung in der Publikation ("... Handelsgesellschaft mit beschränkter Haftung", anstelle von "... Trading Company Ltd.") oder dass die Verfahren vor dem Arrest- und Rechtsöffnungsgericht etwas an der Rechtskraft des Anerkennungsentscheides ändern könnten. Die Vorbringen der Beschwerdeführerin (betreffend Zeitpunkt der Kenntnisnahme) sind jedenfalls nicht geeignet, die Rechtskraft des Anerkennungsentscheides vom 18. November 2020 (publiziert am 20. November 2020) in Frage zu stellen. Soweit sie mit dem Hinweis auf die bundesgerichtliche Erwägung geltend machen will, das Obergericht habe in seiner Beurteilung rückweisungsbedingte Vorgaben

(Prüfung der Revision) übergangen, geht sie fehl. Es bleibt dabei, dass der Anerkennungsentscheid vom 18. November 2020, publiziert am 20. November 2020, nach Ablauf der 10-tägigen Beschwerdefrist in Rechtskraft getreten ist.

#### **E. 4.2**

Ob die Beschwerdeführerin im früheren Verfahren (d.h. in einem Beschwerdeverfahren gegen den Anerkennungsentscheid) sodann die angeblich revisionsbegründenden Tatsachen unter Berücksichtigung des Novenrechts und der massgebenden Prozessmaxime hätte einbringen können (vgl. TANNER, a.a.O., S. 203), weil die Beschwerdeführerin mit einer Publikation eines Anerkennungsentscheides im SHAB hätte rechnen müssen (Hauptbegründung, oben E. 3.1), muss nicht erörtert werden. Was die Beschwerdeführerin gegenüber der (selbständigen) Eventualerwägung (oben E. 3.2) des Obergerichts vorbringt, vermag eine Verletzung von Bundesrecht nicht darzutun, wie sich aus dem Folgenden ergibt.

#### **E. 4.3**

Der Revisionsgrund von Art. 328 Abs. 1 lit. a ZPO bezweckt, die mangelhafte Sachverhaltsgrundlage des Entscheides zu korrigieren. Eine falsche Rechtsanwendung und Verfahrensfehler des erkennenden Gerichts sind deshalb kein Revisionsgrund. So kann eine fehlerhafte Beweiswürdigung oder die Anwendung einer falschen Gesetzesbestimmung ausschliesslich mit den innert der dafür vorgesehenen Frist mit den Hauptrechtsmitteln im Anschluss an die Urteilseröffnung gerügt werden. Die Revision ist selbst dann ausgeschlossen, wenn die materiellen oder prozessualen Rechtsfehler erst nach Ablauf der ordentlichen Rechtsmittelfrist bekannt werden (BASTONS BULLETTI, a.a.O., N. 28 zu Art. 328; TANNER, a.a.O., S. 200).

##### **E. 4.3.1**

Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung von Art. 328 Abs. 1 lit. a ZPO, weil das Obergericht im Urteil vom 12. Oktober 2021 (E. 4.6) die Anerkennung des Konkursdekretes "korrekt" verneint habe, währenddem es im angefochtenen Entscheid (in E. 3.8.5) zu einem anderen, widersprüchlichen Ergebnis gelangt sei. Die Vorbringen gehen fehl.

Entgegen der Darstellung der Beschwerdeführer kommt das Obergericht im angefochtenen Entscheid (in E. 3.8.5) nicht zum "Schluss", die Anerkennungsfähigkeit liege vor, sondern stellt es fest, dass es sich bei den Vorbringen der Beschwerdeführerin um eine rechtliche - und daher im Revisionsverfahren unzulässige - Kritik am Anerkennungsentscheid handle. Sodann nimmt das obergerichtliche Urteil vom 12. Oktober 2021, das auf einer - unzulässigen - Wiedererwägung des Anerkennungsentscheides beruht, (an der von der Beschwerdeführerin angerufenen Stelle) gerade eine rechtliche Neubeurteilung des Anerkennungsentscheides vor: Das Obergericht hielt fest, die Neubeurteilung werde anhand der von den saudi-arabischen Behörden im Internet veröffentlichten englischsprachig übersetzten Gesetzestexten vorgenommen und die Anwendung dieses ausländischen Rechts (gemäss Art. 16 Abs. 1 IPRG) erfolge direkt und von Amtes wegen, "ohne beweisrechtliche Auswertung" der von den Parteien eingereichten Gutachten zum ausländischen Recht.

Die Vorbringen der Beschwerdeführerin laufen im Wesentlichen darauf hinaus, dass die - ihrer Auffassung nach in der Sache korrekte - Wiedererwägung des

Anerkennungsentscheidungen in gleicher Weise einen Revisionsgrund darstellen könne. Das Obergericht hat indes bereits zu Beginn seiner Erwägungen und zu Recht klargestellt, dass die Zulässigkeit der Revision nach den allgemeinen - diesem Institut eigenen - Regeln zu prüfen ist.

#### **E. 4.3.2**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die relevante revisionsfähige Tatsache liege im Umstand, dass die Beschwerdegegnerin das Konkursgericht dahingehend getäuscht habe, dass in der Veröffentlichung des "MOCI vom 16. April 2020" ein ausländisches "Konkursdekret" im Sinn eines behördlichen Dekretes vorliege, während es sich "in Tat und Wahrheit" um die blosser Bekanntmachung eines freiwilligen (Liquidations-) Beschlusses handle. Damit gehe es nicht um den blossen Vorwurf einer falschen Rechtsanwendung; vielmehr habe sich das Konkursgericht auf falsche tatsächliche Behauptungen der Beschwerdegegnerin gestützt. Die Vorbringen sind unbehelflich.

Das Obergericht ist auf die Vorbringen der Beschwerdeführerin eingegangen, wonach die Beschwerdegegnerin unrichtige Angaben gegenüber dem Konkursgericht (zum saudi-arabischen Recht und den Liquidatoren als ausländische Konkursverwaltung sowie zur Verwendung des Begriffs "Konkurs") gemacht habe und die freiwillige Liquidation gemäss saudi-arabischem Gesellschaftsrecht mit einer konkursrechtlichen Liquidation nichts zu tun habe. Das Obergericht hat den Anerkennungsentscheid des Konkursgerichts untersucht und festgehalten, dass die massgebliche Grundlage für den Anerkennungsentscheid die Bekanntmachung des MOCI vom 16. April 2020 sei: Danach werde für das Konkursgericht das konkrete saudi-arabische Liquidationsverfahren durch "einen behördlichen Akt eingeleitet und begleitet" und löse "konkursstypische Wirkungen" auf das Vermögen der Gesellschaft aus. Das Konkursgericht gehe von einer "freiwilligen Auflösung" aus, welche in ihren Wirkungen jedoch einem "ausländischen Konkursdekret" gleichzustellen sei. Wenn das Obergericht zur Auffassung gelangt ist, dass die Vorbringen der Beschwerdeführerin eine rechtliche Kritik darstellen, weil sie sich gegen die Unterordnung des konkreten Sachverhaltes unter die Voraussetzungen einer Norm - den Gegenstand der Anerkennung nach Art. 166 Abs. 1 IPRG (mit Hinw. auf BERTI/MABILLARD, a.a.O., N. 14 zu Art. 166) - richtet, ist dies nicht zu beanstanden.

#### **E. 4.3.3**

Die Beschwerdeführerin bringt weiter vor, entgegen der Darstellung des Obergerichts sei der Beschwerdegegnerin der Nachweis ausländischen Rechts überbunden worden und dieser mit Lüge behaftete Nachweis sei der Revision zugänglich. Die Kritik der Beschwerdeführerin an der Schlussfolgerung des Obergerichts, was die Anwendung des saudi-arabischen Rechts betrifft, führt nicht weiter.

Ausländisches Recht hat nicht Tatsachen-, sondern Normcharakter ( BGE 145 III 213 E. 6.1.2; 138 III 232 E. 4.2.4); Parteivorbringen zum ausländischen Recht sind folglich vom Novenverbot nicht erfasst ( BGE 150 III 89 E. 3.1; WALTER, in: Berner Kommentar, 2012, N. 112 zu Art. 8 ZGB , mit Hinw. auf Art. 16 Abs. 1 IPRG ). Da ausländisches Recht nicht unter den Novenbegriff fällt, kann es keinen Revisionsgrund darstellen, wie im angefochtenen Urteil festgehalten wird. Die Beschwerdeführerin besteht darauf, dass das Novenrecht bei auferlegtem Nachweis zur Anwendung kommt. Zwar wird festgehalten, dass auch Gutachten über ausländisches Recht, Auszüge aus Lehrmeinungen oder Entscheide ausländischer Gerichte zumindest teilweise den Charakter von Beweismitteln

haben können, sofern die Parteien zur Feststellung des ausländischen Rechts beitragen müssen ( Art. 16 Abs. 1 IPRG ; BGE 150 III 89 E. 3.1). Erörterungen erübrigen sich indes im konkreten Fall, weil eine solche Überbindung nicht stattgefunden hat. Dass diese Feststellung des Obergerichts über den Prozesssachverhalt, welche für das Bundesgericht verbindlich ist ( Art. 105 Abs. 1 BGG ; BGE 140 III 16 E. 1.3.1), auf einem Verstoss gegen das Willkürverbot ( Art. 9 BV ) beruhe (E. 1.3), wird in den Ausführungen der Beschwerdeführerin (unter dem Titel "ausländisches Recht als neue Tatsache") nicht dargetan. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin kann dem Obergericht nicht vorgehalten werden, es habe zu Unrecht eine Frage der Rechtsanwendung angenommen, was die Kritik der Beschwerdeführerin an der Anwendung des ausländischen Rechts (Auflösungsvorgang) sowie an der Qualifizierung als einer behördlichen Entscheidung mit konkursrechtlicher Wirkung im Sinn von Art. 166 IPRG betrifft.

#### **E. 4.3.4**

An diesem Ergebnis vermag nichts zu ändern, soweit sich die Beschwerdeführerin auf ihre Eingabe vom 23. April 2021 im Revisionsverfahren beruft: Sie habe erst in dieser Eingabe (anhand kant. act. 21) aufzeigen können, dass das Konkursgericht tatsächlich durch Täuschung bzw. Irrtum von einem Konkursdekret ausgegangen sei. Bei der Eingabe (vom 23. April 2021) handelt es sich um die von der Beschwerdeführerin im Revisionsverfahren vor der Erstinstanz eingereichte Stellungnahme zur Antwort der Beschwerdegegnerin auf das Revisionsgesuch (vom 18. Februar 2021).

Das Obergericht hat (mit Hinw. auf TANNER, a.a.O., S. 218) festgehalten, dass eine derartige Zustellung lediglich zur Wahrung des rechtlichen Gehörs im Sinn des allgemeinen Replikrechts erfolge. Soweit die Beschwerdeführerin ausführt, die Eingabe hätte beachtet werden müssen und damit die Erstinstanz kritisiert, blendet sie aus, dass Anfechtungsobjekt des vorliegenden Verfahrens (einzig) der Entscheid des Obergerichts (vom 26. September 2023) ist. Das Obergericht hat die Rüge erörtert, es sei in der MOCI-Bekanntmachung eine "Konkurseröffnung" oder eine "Überschuldung" nicht erwähnt, und dabei die Akten des Anerkennungsbegehrens (kant. act. 21) berücksichtigt. Dass es Vorbringen in Verletzung des rechtlichen Gehörs ( Art. 29 Abs. 2 BV ) übergangen habe, wenn es festgehalten hat, dass nicht entscheidend sei, ob das Dokument als "Konkursdekret" bezeichnet werde, und dass eine Überschuldung für ein Dekret "mit konkurstypischen Wirkungen" ohnehin nicht vorausgesetzt werde, wird nicht dargetan.

#### **E. 4.3.5**

Nach dem Gesagten stellt der Schluss des Obergerichts, bei den Vorbringen der Beschwerdeführerin handle es um rechtliche Rügen, welche als Revisionsgründe ungeeignet seien und in einer Beschwerde gegen den Anerkennungsentscheid zu prüfen gewesen wären, insgesamt keine Verletzung von Art. 328 Abs. 1 lit. a ZPO dar.

#### **E. 5**

Der Beschwerde ist kein Erfolg beschieden. Bei diesem Verfahrensausgang wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Entschädigungspflichtige Kosten sind der Beschwerdegegnerin nicht entstanden.