

## S. 27 / Nr. 6 Schuldbetreibungs- und Konkursrecht (d)

BGE 73 III 27

6. Auszug aus dem Entscheid vom 24. Februar 1947 i. S. Roth und Degussa, Deutsche Gold- und Silberscheideanstalt.

Regeste:

1. Voraussetzung zu neuen Vorbringen nach Art. 79 OG, analoge Anwendung der Vorschrift auf die kantonalen Instanzen. «Gelegenheit» zu früherem Vorbringen verneint, wenn dazu keine hinreichende Veranlassung bestand. (Erw. 3).

2. Erstreckung der Rechtsvorschlagsfrist nach Art. 66 5 SchKG, insbesondere zugunsten eines im Ausland wohnenden Schuldners. Diesem soll ermöglicht werden, sich in der Schweiz über das Vorgehen zu erkundigen und sich hier vertreten zu lassen. (Erw. 1 und 2).

1. Productions nouvelles, conditions auxquelles elles sont subordonnées; application analogique de l'art. 79 OJ dans les instances cantonales. Le principe selon lequel il ne peut être présenté de conclusions, faits, dénégations et preuves nouveaux lorsqu'ils auraient pu l'être dans la procédure cantonale n'est pas opposable à la partie qui n'avait pas de raisons de les présenter à ce moment-là (consid. 3).

2. Prolongation du délai d'opposition selon l'art. 66 al. 5 LP, spécialement en faveur d'un débiteur habitant à l'étranger. On doit lui permettre de se renseigner en Suisse sur la façon de procéder et s'y faire représenter (consid. 1 et 2).

Seite: 28

1. Nova ai sensi dell'art. 79 OGF; condizioni della loro ricevibilità; applicazione per analogia dell'art. 79 OGF alle giurisdizioni cantonali. Il principio, secondo cui non si possono presentare conclusioni, fatti, impugnazioni e mezzi di prova nuovi che avrebbero potuto essere proposti nella procedura cantonale non è opponibile alla parte che non aveva motivi di presentarli a quel momento (consid. 3).

2. Proroga del termine d'opposizione secondo l'art. 66 cp. 5 LEF, specialmente a favore d'un debitore dimorante all'estero. Gli si deve dare la possibilità d'informarsi in Svizzera sul modo di procedere e di farsi rappresentare (consid. 1 e 2).

Aus dem Tatbestand:

A. Das Betreibungsamt Zürich 1 liess auf Begehren des Gläubigers Roth zwei Zahlungsbefehle für je Fr. 600,000. auf diplomatischem Wege an die Degussa, Deutsche Gold- und Silberscheideanstalt in Frankfurt a. M., zustellen. Die Degussa bestätigte den Empfang des Zahlungsbefehls Nr. 3160 vom 23. April 1946 unter dem 17. Juni 1946, des Zahlungsbefehls Nr. 4086 vom 22. Mai 1946 unter dem 28. Juni 1946. Die am 26. Juli 1946 von einem Zürcher Rechtsanwalt namens der Degussa in beiden Betreibungen abgegebenen Rechtsvorschlagserklärungen wies das Betreibungsamt mit Hinweis auf die Zustellungsdaten als verspätet zurück.

B. Darüber beschwerte sich der Anwalt der Schuldnerin in deren Namen, indem er Anspruch auf Fristverlängerung nach Art. 66 Abs. 6 SchKG erhob und Validierung der erfolgten Rechtsvorschlagserklärungen beantragte. Er wies nach, dass die Schuldnerin die beiden Zahlungsbefehle mit einem vom 18. Juni 1946 datierten Begleitschreiben und einer gleichfalls vom 18. Juni 1946 datierten Vollmacht für den handelnden Anwalt auf diplomatischem Weg hatte an ihre Tochtergesellschaft Leukon A.G. in Zürich gelangen lassen, dass die Sendung dort am 24. Juli eintraf und tags darauf an ihn weitergeleitet wurde, worauf er sogleich Rechtsvorschlag erhob. Die Aufsichtsbehörde nahm jedoch an, die den zweiten Zahlungsbefehl mitenthaltende Sendung der Schuldnerin an die Leukon A.-G. sei vordatiert und frühestens am 28. Juni abgegangen. Bezüglich des ersten, am 17. Juni zugestellten

Seite: 29

Zahlungsbefehls sei daher der Rechtsvorschlag endgültig als verspätet anzusehen. In der zweiten Betreibung dagegen sei er auf Grund von Art. 66 Abs. 5 SchKG zu validieren.

C. Beide Parteien rekurrten an die obere kantonale Aufsichtsbehörde, der Gläubiger mit dem Antrag, der Rechtsvorschlag sei auch in der zweiten Betreibung nicht mehr zuzulassen, die Schuldnerin mit dem Antrag, die Beschwerde sei bezüglich beider Betreibungen zu schützen. Mit einer Nachtragseingabe versuchte sie darzutun, dass sie bereits am 18. Juni eine Sendung betreffend die erste Betreibung an die Leukon A.-G. aufgegeben und nur auf Veranlassung der Übermittlungsbehörden zurückgezogen habe, um sie durch eine gemeinsame Sendung für beide Betreibungen zu ersetzen. Über diese neuen Vorbringen schritt die kantonale Aufsichtsbehörde stillschweigend hinweg. Sie bestätigte am 17. Dezember 1946 den erstinstanzlichen Entscheid.

D. Dagegen richten sich die Rekurse beider Parteien. Sie erneuern die in kantonaler Instanz gestellten Anträge.

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht in Erwägung:

1. Unverständlich ist, dass das Betreibungsamt nicht von vornherein in Anwendung von Art. 66 Abs. 5 SchKG die Frist für den Rechtsvorschlag in den beiden Betreibungen angemessen verlängert hat. Es musste ihm bekannt sein, dass die Postaufgabe nur dann als fristwährender Akt im Sinne von Art. 32 SchKG gelten kann, wenn die Aufgabe bei einer schweizerischen Poststelle erfolgt (BGE 47 III 196, 67 III 71), und dass heutzutage noch mit besonderem Verzögerungen der Übermittlung von Sendungen aus dem Auslande, zumal auch dem besetzten Deutschland, zu rechnen ist.
2. Die vom Gläubiger angerufene Rechtsprechung, wonach der im Ausland wohnende Schuldner eine nachträgliche Fristerstreckung auf dem Beschwerdeweg nur dann erhält, wenn er den Rechtsvorschlag selbst und nicht

Seite: 30

bloss ein Auftragsschreiben binnen zehn Tagen seit Empfang des Zahlungsbefehls abgesandt hat (BGE 42 III 179), wurde schon im folgenden Jahre als unrichtig erkannt. Der Schuldner soll in die gleiche Lage versetzt werden, wie wenn das Betreibungsamt ihm von Anfang an eine angemessene Fristverlängerung gewährt hätte. «Gleichwie in diesem Falle der Rechtsvorschlag ohne Zweifel als rechtzeitig anzusehen ist, sobald nur das Betreibungsamt ihn innert der erstreckten Frist erhalten hat, gleichgültig wann er abgegangen ist, so muss es auch für die nachträgliche Validierung im Beschwerdeverfahren genügen, dass er dem Amte innert des Zeitraums zugekommen ist, der dafür von Anfang an hätte gewährt werden sollen. Wie dies bewerkstelligt worden ist, ob der Schuldner innert der zehntägigen Frist des Art. 74 selbst an das Amt geschrieben, dass er Recht vorschlage, oder ob er lediglich einen Dritten beauftragt hat, jene Erklärung für ihn abzugeben, kann dabei nach dem Gesagten keinen Unterschied ausmachen.» (BGE 43 III 8). Auf diesem Standpunkt steht, nach weniger bestimmten Entscheidungen der Zwischenzeit (47 III 197, 50 III 81, vgl. hier immerhin den Schlusssatz), die neuere Rechtsprechung seit 52 III 11 ständig, in der Erwägung, der im Ausland wohnende Schuldner müsse Gelegenheit haben, sich am Betreibungsort über das zweckmässige Vorgehen zu erkundigen und dort einen sachkundigen Vertreter zu bestellen. So neuerdings BGE 70 III 76, der insbesondere den Fall ins Auge fasst, dass der im Ausland wohnende Schuldner keinen Anwalt am Betreibungsorte kennt und daher Veranlassung hat, sich zuerst an eine Behörde in der Schweiz zu wenden.

Des Gläubigers Einwand, mit der Berücksichtigung solcher Verhältnisse werde Rechtsunsicherheit geschaffen und der «ausländische» Schuldner ungebührlich vor einem «schweizerischen» begünstigt, hält nicht Stich. Der Schuldner hat gegebenenfalls nach Art. 66 Abs. 5 SchKG einen gesetzlichen Anspruch auf angemessene Fristverlängerung. Dabei ist auf die Lage des im Ausland wohnenden

Seite: 31

Schuldners billige Rücksicht zu nehmen. Ein solcher Schuldner untersteht an und für sich nicht der schweizerischen Vollstreckungsgewalt. Wird diese ausnahmsweise, wie namentlich auf Grund eines Arrestes, ausgeübt, so soll es mit der entsprechenden Rücksichtnahme geschehen, was die erwähnte Vorschrift gerade will. Ein solcher Schuldner, der in der Regel mit dem schweizerischen Betreibungsrecht und der betreffenden Rechtsprache nicht vertraut ist, soll sich am Betreibungsort beraten und vertreten lassen können. Auch eine geschäftserfahrene Unternehmung verdient diese Rücksichtnahme. Lässt es doch eine solche Unternehmung sich besonders angelegen sein, an einem sie betreffenden rechtlichen Verfahren, zumal in einem andern Staate, in einwandfreier Weise teilzunehmen. Freilich kennt auch das deutsche Recht den Zahlungsbefehl im sog. Mahnverfahren. Dieses ist jedoch gegenüber Schuldner im Auslande verpönt, und die ordentliche Frist zum «Widerspruch» ist weniger absolut und auch weniger gefährlich als die schweizerische Rechtsvorschlagsfrist, denn nach ihrer Versäumung steht immer noch der Rechtsbehelf des Einspruches gegen den Vollstreckungsbefehl wie gegen ein Versäumnisurteil sozusagen bedingungslos zur Verfügung (vgl. die §§ 688 Abs. 2, 692, 694 Abs. 1 und 700 sowie 508 und 338 ff. der deutschen ZPO). Auf angemessene Fristverlängerung hat daher auch im vorliegenden Falle die Schuldnerin grundsätzlich Anspruch, gleichgültig ob sie binnen zehn Tagen seit Empfang des Zahlungsbefehls eine Rechtsvorschlagserklärung oder bloss ein Erkundigungs- und Auftragsschreiben an einen Geschäftsfreund oder Anwalt in der Schweiz abgesandt hat.

Es kann nicht einmal als unbedingtes Erfordernis gelten, dass sie bereits binnen der erwähnten zehn Tage eine Erklärung nach der Schweiz abgesandt bezw. bei einer Behörde ihres Domizils zur Weiterleitung nach der Schweiz angebracht habe. Ist die zehntägige Frist des Art. 74 SchKG zu verlängern, so spielt sie als solche keine entscheidende Rolle mehr, weder wenn das Betreibungsamt die

Seite: 32

Verlängerung gehörigerweise gewährt, noch wenn der Schuldner im Beschwerdeverfahren die Verlängerung nachsuchen muss. Im letztem Falle wird man allerdings prüfen, binnen welcher Frist der Schuldner in der Lage war, bei tunlichster Förderung der Angelegenheit den Rechtsvorschlag anzubringen. Er kann aber unter Umständen Veranlassung haben, sich vorerst an seinem Domizil, z. B. bei dortigen Behörden, zu erkundigen und mit der Abgabe einer Erklärung oder sonstigen Sendung mehr als zehn Tage seit Empfang des Zahlungsbefehls zuzuwarten. Die angemessene Fristverlängerung muss der Gläubiger sich gefallen lassen. Hat er mit einer Bestreitung der Forderung zu rechnen, so steht ihm übrigens frei, schon vor Erhalt eines Rechtsvorschlages vorsorglich Klage zu erheben.

Keinen Gegengrund bildet der Umstand, dass bisweilen auch ein in der Schweiz wohnender Schuldner sich zunächst über die zu unternehmenden Schritte erkundigen muss. Abgesehen von der Möglichkeit, bei Beamten oder Privaten am Wohnort Rat zu holen, ist von den meisten schweizerischen Wohnstätten aus ein Betreibungsamt in wenigen Stunden erreichbar, sodass für solche Erkundigungen nur ein kleiner Teil der Frist des Art. 74 SchKG in Anspruch genommen wird. Übrigens kommt in besondern Fällen (Art. 66 Abs. 2 und 4 SchKG) auch ein Schuldner in der Schweiz in den Genuss angemessener Fristverlängerung nach Art. 66 Abs. 5.

Vollends ist die Ansicht des Gläubigers zurückzuweisen, der ausländische Schuldner sei, wenn er nicht binnen zehn Tagen seit Empfang des Zahlungsbefehls eine Rechtsvorschlagserklärung abgesandt hat, auf die Anrufung des Richters nach Art. 77 SchKG zu verweisen. Sind die Voraussetzungen zur Fristverlängerung und zur Validierung eines Rechtsvorschlages erfüllt, so braucht sich der Schuldner nicht vorhalten zu lassen, er habe die gesetzliche Frist versäumt und sei deshalb auf ein Gesuch um Bewilligung eines nachträglichen Rechtsvorschlages nach Art. 77 angewiesen.

Seite: 33

Der Rekurs des Gläubigers ist demnach unbegründet.

3. Der Rekurs der Schuldnerin kann nach dem Gesagten nicht einfach deshalb abgewiesen werden, weil sie die Sendung an die Leukon A.-G. frühestens elf Tage nach Zustellung des Zahlungsbefehls Nr. 3160 aufgab. Die Vorinstanz hält ihr übrigens im wesentlichen ein Täuschungsmanöver durch Zurückdatieren des Begleitschreibens zu jener Sendung vor. Aber eine solche Absicht ist zu verneinen, wenn die neuen Vorbringen der Schuldnerin sich als wahr erweisen sollten. Freilich bezweifelt die Vorinstanz laut ihrer Vernehmlassung die Zulässigkeit der neuen Vorbringen (die sie bei Ausfällung ihres Entscheides übersehen zu haben scheint). Allein nach Art. 79 OG, *argumentum e contrario*, kann sogar in der bundesgerichtlichen Instanz neue Tatsachen, Bestreitungen und Beweismittel anbringen, «wer» dazu im kantonalen Verfahren nicht Gelegenheit hatte. Es kann unter Umständen auch der Beschwerdeführer sein. Daraus folgt für das kantonale Beschwerde- und Rekursverfahren (Art. 17 und 18 SchKG), dass die Zulassung neuer Vorbringen keinesfalls an strengere Voraussetzungen geknüpft werden darf. Die «Gelegenheit» zu früherem Vorbringen fehlte aber nicht nur bei Unkenntnis der betreffenden Tatsachen, oder wenn Beweismittel noch nicht zur Verfügung standen, sondern auch, wenn keine hinreichende Veranlassung bestand, sie vorzubringen. Die Entscheidung darüber hängt im vorliegenden Falle von der Tatfrage ab, ob sich die Dinge so abgespielt haben, wie die Schuldnerin eben angibt....

Demnach erkennt die Schuldbetr. - und Konkurskammer:

Der Rekurs des Gläubigers wird abgewiesen, der Rekurs der Schuldnerin dagegen in dem Sinne gutgeheissen, dass der angefochtene Entscheid, soweit er deren Beschwerde abweist, aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung darüber an die Vorinstanz zurückgewiesen wird