

**6. Gerichtsorganisation und Verfahrensrecht /
Organisation judiciaire et procédure**

**6.3. Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht / Exé-
cution forcée et faillite**

**(10) Bankbürgschaft als Hinterlegung im Sinne von
SchKG 182 IV.**

Bundesgericht, 14.7.1993, G. c. Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Appellationsgerichtes des Kantons Tessin (5P. 124/1993), staatsrechtliche Beschwerde.

Zusammenfassung des Sachverhaltes:

A. Am 30.9.1991 stellte P. einen Wechsel über Fr. 80 000.– an die Order von A. aus, ohne Angabe eines Verfalls. Der Wechsel wurde am 24.1.1992 infolge Nichtzahlung protestiert. Am 3.2.1992 liess A. durch seinen Anwalt G. eine Wechselbetreibung gegen P. in Höhe von Fr. 80 000.– nebst Zins und Protestspesen einleiten. Der Betriebene erklärte Rechtsvorschlag, welcher vom Amtsrichter nicht zugelassen wurde. Auf Antrag des Schuldners hob die Betreibungs- und Konkurskammer des Gerichtes am 10.2.1993 das erstinstanzliche Urteil auf und bewilligte den Rechtsvorschlag gegen eine innert zehn Tagen ab Mitteilung des Urteils zu hinterlegende Summe von Fr. 87 000.– in bar oder in sofort realisierbaren Werten. Gleichzeitig wurde G. eine Frist von zehn Tagen – ab Datum der Mitteilung der erfolgten Hinterlegung – angesetzt, um Klage auf Zahlung anzuheben. Dieser Beschluss wurde am 19.2.1993 zugestellt und nicht angefochten. Am 4.3.1993 teilte der Präsident der Kammer den Parteien und speziell dem Gläubiger mit, dass P. am 2.3.1993 eine Solidarbürgschaft der Bank Y. in Lugano über Fr. 87 000.– hinterlegt habe. G. wurde demzufolge aufgefordert, innert zehn Tagen ab dieser Mitteilung die Klage auf Zahlung des Wechselbetrages einzuleiten, mit der Androhung, dass bei Nichteinhaltung dieser Frist die Wechselbürgschaft zurückgegeben werde.

B. Am 31.3.1993 erhob G. staatsrechtliche Beschwerde beim Bundesgericht wegen Verletzung von Art. 4 BV mit dem Antrag, die Anordnung vom 4.3.1993 sei zu annullieren und der Rechtsvorschlag gegen den Zahlungsbefehl vom 3.2.1993 sei nicht zu bewilligen. P. schliesst auf Abweisung des Rechtsmittels.

Zusammenfassung der Erwägungen:

1. a) Entgegen der Auffassung der Vorinstanz beschränkt sich der angefochtene Entscheid nicht darauf, dem Beschwerdeführer gemäss Art. 184 Abs. 2 SchKG eine Frist von zehn Tagen anzusetzen, sondern akzeptiert die von ihm geleistete Bankbürgschaft als Hinterlage gemäss Art. 182 Ziff. 4 SchKG und bestätigt die Gültigkeit des Rechtsvorschlages. Es handelt sich somit um einen Endentscheid gemäss Art. 87 OG, gegen welchen eine staatsrechtliche Beschwerde zulässig ist (vgl. BGE 104 III 96 E. 1, 95 I 253 ff. insb. E. 3).

2. a) Art. 182 Ziff. 4 SchKG sieht die Hinterlegung der Forderungssumme "in Geld oder Wertschriften" vor. Die Rechtsprechung hat klargestellt, dass solche Hinterlagen keine Sicherheit wie etwa eine Pfandbestellung bedeutet, sondern eine vorweggenommene, bedingte Zahlung, welche die Schuld tilgt (BGE 110 III 34 E. 2, 104 III 96 E. 1, 42 III 364 f.). Diese Meinung wird auch von der Lehre geteilt (AMONN, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 5. A., § 37 Nr. 32; GILLIÉRON, Poursuite pour dettes, faillite et concordat, 2. A., 259 a. E.).

b) Der Beschwerdeführer erachtet die Anerkennung einer Bürgschaft als mit Art. 182 Ziff. 4 SchKG unvereinbar und willkürlich. Er bestreitet, dass es sich bei einer Bürgschaft

um einen sofort realisierbaren Wert handelt, wie es das Gesetz verlangt, und betont, dass im vorliegenden Fall eine Bürgschaft umso weniger akzeptiert werden könne, als sie zugunsten des Appellationsgerichtes ausgestellt wurde und nicht zugunsten des betreibenden Gläubigers.

c) Der Grund, weshalb das Gesetz eine Hinterlegung in Bargeld oder in leicht realisierbaren Wertpapieren verlangt, liegt darin, dass aus diesen Werten die Schuld umgehend befriedigt und nicht nur gesichert werden muss. Dementsprechend hat die Rechtsprechung die Hinterlegung von an der Börse nicht kotierten Obligationen ohne festen Kurswert als ungenügend erachtet (BGE 110 III 33 ff.). Dem Bürgen, auch dem Solidarbürgen, stehen spezielle Einreden zu, die unabhängig von denjenigen des Hauptschuldners sind und auf die er nicht verzichten kann (Art. 492 Abs. 4 OR). So kann er z. B. die Einrede der Ungültigkeit der Bürgschaft erheben oder Realsicherheiten erbringen (Art. 501 Abs. 2 OR; GUHL/MERZ/DRUEY, Das schweizerische Obligationenrecht, 8. A., 568 Ziff. 2). Anzufügen ist, dass die Bank im vorliegenden Fall als Solidarbürge nicht dem Gläubiger, sondern den kantonalen Behörden gegenüber auftritt. Die Bürgschaft sichert somit nicht eine sofortige und unbedingte Tilgung der Schuld. Sie kann daher nicht als genügende Hinterlage im Sinne von Art. 182 Ziff. 4 SchKG betrachtet werden. Demzufolge wird die staatsrechtliche Beschwerde gutgeheissen und das angefochtene Urteil aufgehoben.

RA lic. iur. Franco Lorandi, Zürich

(11) Nachträglicher Rechtsvorschlag. SchKG 77.

BGE 119 III 8 ff.; Bundesgericht, 4.2.1993, I. AG c. Société S., Obergericht des Kantons Basel-Landschaft (5P.444/1992), staatsrechtliche Beschwerde.

Zusammenfassung des Sachverhaltes:

In einer gegen die I. AG gerichteten Betreibung nahm deren Direktor den Zahlungsbefehl auf dem Postamt entgegen. Mit einem Gesuch um Bewilligung des nachträglichen Rechtsvorschlages machte die I. AG – ohne den Beweis dafür erbringen zu können – geltend, der Direktor habe gegenüber der Postbeamtin erklärt, er erhebe für die I. AG Rechtsvorschlag. Er sei der Meinung gewesen, die Postbeamtin fülle den Zahlungsbefehl entsprechend aus.

Während der erstinstanzliche Richter das Gesuch um nachträglichen Rechtsvorschlag bewilligte, hob das Obergericht des Kantons Basel-Landschaft diesen Entscheid auf, da es die Unterlassung des Rechtsvorschlages durch die I. AG nicht als unverschuldet im Sinne von Art. 77 SchKG betrachtete. Die von der I. AG dagegen gerichtete staatsrechtliche Beschwerde wurde vom Bundesgericht abgewiesen.

Zusammenfassung der Erwägungen:

1. Das Bundesgericht hält zunächst fest, dass bei Zustellung des Zahlungsbefehls durch die Post der zustellende Postbote als Betreibungsgehilfe handelt. Die Erklärung über die Erhebung des Rechtsvorschlages kann deshalb an-

lässlich der Zustellung des Zahlungsbefehls gegenüber dem Postboten abgegeben werden, welcher die Erklärung an das Betreibungsamt weiterzuleiten hat. Die Tatsache, dass die Postbeamtin den Rechtsvorschlag nicht verkündet hat, hätte mit *Beschwerde* gemäss Art. 17 SchKG gerügt werden müssen (BGE 119 III 10 E. 2).

2. Sodann verneint das Bundesgericht die Schuldlosigkeit der Beschwerdeführerin bzw. des für sie handelnden Organs und verwirft damit die Rüge der willkürlichen Anwendung von Art. 77 SchKG. Es stützt sich dabei auf die Ausführungen der Vorinstanz, dass von jedem im Geschäftsleben tätigen Menschen, vor allem aber von einem Direktor erwartet werden dürfe, dass er korrekt Rechtsvorschlag erhebe. Nicht zuletzt im Hinblick auf die betriebene Forderung von rund Fr. 250 000.– wäre es dem Direktor zumutbar gewesen, den Zahlungsbefehl genau durchzusehen und insbesondere die dort abgedruckten Hinweise für die Erhebung des Rechtsvorschlages zu beachten. Dem fügt das Bundesgericht lediglich noch an, dass vor allem wer erstmals im Leben einen Zahlungsbefehl erhalte, das Formular genau lesen müsse, um seiner Sorgfaltspflicht zu genügen (BGE 119 III 10 f. E. 4).

Bemerkungen

1. Diesem Entscheid, der mit der *restriktiven Praxis* zu Art. 77 SchKG in Einklang steht (vgl. H. FRITZSCHE/ H. U. WALDER, *Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht*, Bd. I, Zürich 1984, § 17 Nr. 48 f.; E. BRÜGGER, *Die schweizerische Gerichtspraxis im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht 1946–1984*, N 1 ff. zu Art. 77 SchKG), ist vollumfänglich zuzustimmen.

Gemäss Art. 77 SchKG kann der Betriebene, der ohne seine Schuld verhindert war, innerhalb der gesetzlichen Frist von zehn Tagen Recht vorzuschlagen, innert drei Tagen seit Wegfall des Hindernisses noch nachträglich beim Richter Rechtsvorschlag erheben. Als *entschuldbar* wird die Säumnis immer dann angesehen, wenn der Betriebene glaubhaft macht, dass ihm von seinem Willen unabhängige Umstände die Erhebung des rechtzeitigen Rechtsvorschlages verunmöglichten. In der Praxis wird die Entschuldbarkeit namentlich in drei Konstellationen bejaht:

- a. wenn der Betriebene bei einer Ersatzzustellung (z. B. an seinen Ehegatten, ein Kind oder einen Angestellten: Art. 64 f. SchKG) oder bei öffentlicher Bekanntmachung (Art. 66 Abs. 4 SchKG) vom Zahlungsbefehl zu spät Kenntnis erhalten hat (BGE 109 III 14 m. w. H.; SJZ 1973, 312 Nr. 130; LGVE 1980 I Nr. 590);
- b. im Falle schwerer Krankheit, schweren Unfalls oder bei dauernder Abwesenheit des Schuldners (BISchK 1974, 114);
- c. wo die Betreibungsforderung nach Ablauf der Frist für den Rechtsvorschlag auf einen Rechtsnachfolger übergegangen ist, woraus sich für den Betriebenen die Möglichkeit neuer Einreden ergeben können (BGE 91 III 10 f.).

Wenn dem Betriebenen jedoch – wie im vorliegenden Fall – der Zahlungsbefehl selbst zugestellt wird und auch keine andere der beiden genannten Fallgruppen zutrifft, so wird wohl nur in absoluten Ausnahmefällen unverschul-

dete Säumnis des Betriebenen angenommen werden können. Ein solcher Ausnahmefall lag in casu keineswegs vor. Nicht nur "von jedem im Geschäftsleben tätigen Menschen", sondern von *jedem Betriebenen* darf erwartet werden, dass er den Zahlungsbefehl genau liest und entsprechend den dort angeführten Rechtsbelehrungen fristgemäss Rechtsvorschlag erhebt. Die Betriebenen tun gut daran, diese strenge Praxis zu beachten.

2. An dieser Regelung hat sich auch im laufenden *Revisionsverfahren* des SchKG nichts wesentliches geändert. Neu wird die Möglichkeit der Wiederherstellung versäumter Fristen umfassend für alle Fristen geregelt, die durch ein unverschuldetes Hindernis verpasst wurden. Die Frist für das Wiederherstellungsgesuch entspricht der Dauer der versäumten Frist (Art. 33 Abs. 4 E SchKG). Einer besonderen Regelung für den nachträglichen Rechtsvorschlag bedarf es nur noch für den Fall des Gläubigerwechsels (Art. 77 E SchKG).

RA lic. iur. Franco Lorandi, Zürich