Urteilskopf

99 III 58

13. Entscheid vom 20. November 1973 i.S. K.

Regeste (de):
Die Beschwerde im Sinne von Art. 17 SchKG ist nur zulässig, wenn der Beschwerdeführer damit im Falle ihrer Gutheissung einen praktischen Zweck auf dem Gebiete der Zwangsvollstreckung erreichen kann; auf Beschwerden zum blossen Zwecke, die Pflichtwidrigkeit einer Handlung oder Unterlassung eines Vollstreckungsorgans feststellen zu lassen, ist nicht einzutreten (Art. 21 SchKG, Bestätigung der Rechtsprechung; Erw. 2). Befugnis der kantonalen Aufsichtsbehörden und des Bundesgerichts als Oberaufsichtsbehörde, zu grundsätzlichen Fragen des Vollstreckungsrechts ausserhalb eines Beschwerdeverfahrens Stellung zu nehmen (Erw. 3).

Rechtsvorschlag (Art. 74 Abs. 1 SchKG). Voraussetzungen, unter denen ein telephonisch erklärter Rechtsvorschlag gültig ist (Erw. 4).

Regeste (fr):
La plainte, au sens de l'art. 17 LP, n'est recevable que si le plaignant peut ainsi atteindre un but concret sur le plan de l'exécution forcée, dans la mesure où le moyen soulevé serait déclaré bien fondé. Il n'y a pas lieu d'entrer en matière sur des plaintes formulées dans le seul but de faire constater qu'un organe de poursuite a commis une omission ou ne s'est pas conformé aux devoirs de sa charge (art. 21 LP; confirmation de la jurisprudence; considérant 2). Pouvoir des autorités cantonales de surveillance et du Tribunal fédéral en tant qu'autorité supérieure de surveillance, de prendre position en dehors de tout recours sur une question de principe du droit de l'exécution forcée (consid. 3).

Opposition (art. 74 al. 1 LP). Conditions auxquelles une opposition formulée par téléphone est valable (consid. 4).

Regesto (it):
Il reclamo di cui all'art. 17 LEF è ammissibile solo in quanto atto a perseguire uno scopo concreto nell'ambito dell'esecuzione forzata; non lo è in quanto interposto al solo scopo di far costatare un'irregolaritào un'omissione di un'autorità di esecuzione (art. 21 LEF; conferma della giurisprudenza; consid. 2). Competenza delle autorità di vigilanza cantonali e del Tribunale federale come autorità superiore di vigilanza di prendere posizione su questioni di principio del diritto d'esecuzione, indipendentemente da un procedimento di reclamo (consid. 3).

Opposizione (art. 74 cpv. 1 LEF). Presupposti per la validità di un'opposizione dichiarata per telefono (consid. 4).

Sachverhalt ab Seite 59

BGE 99 III 58 S. 59

In der Betreibung Nr. 737 gegen Dr. iur. K. übergab der Betreibungsbeamte den Zahlungsbefehl am 26. Oktober 1972 in der Wohnung des Betriebenen dessen Ehefrau. Am 27. Oktober 1972 teilte der Betriebene dem Betreibungsamt telephonisch mit, er erhebe Rechtsvorschlag. Der Amtsvorsteher verlangte von ihm gleichen-

tags telephonisch eine schriftliche Bestätigung dieser Erklärung, weil ein bloss am Telephon ausgesprochener Rechtsvorschlag nicht genüge. Der Betriebene widersprach dieser Auffassung, schrieb dann aber dem Amt am 30. Oktober 1972 auf einem sog. Übermittlungszettel unter Ankreuzung des Vordrucks "gemäss Ihrem Wunsch" was folgt: "Gegen die Betreibung Nr. 737 erhebe ich Rechtsvorschlag und verlange die gebührenfreie Bestätigung meiner Erklärung des Rechtsvorschlags." Das Amt stellte ihm die verlangte Bestätigung zu. Am 31. Oktober 1972 führte der Betriebene gegen das Betreibungsamt Beschwerde mit der Begründung, es habe durch seine Weigerung, den mündlich erklärten Rechtsvorschlag entgegenzunehmen, Art. 74 SchKG verletzt. Er beantragte "Gutheissung der Beschwerde und Befreiung des Beschwerdeführers von Kostenfolgen". Die untere Aufsichtsbehörde trat am 19. Januar 1973 auf die Beschwerde nicht ein, weil der Betriebene im Hinblick auf seinen schriftlichen Rechtsvorschlag kein rechtliches Interesse daran habe, dass die Frage der Gültigkeit seines mündlichen Rechtsvorschlags beurteilt werde. Der Rekurs an die obere kantonale Aufsichtsbehörde, in welchem der Betriebene seine Beschwerde als Aufsichtsbeschwerde bezeichnete, wurde am 30. März 1973 abgewiesen. Den Entscheid der obern kantonalen Aufsichtsbehörde hat der Betriebene an das Bundesgericht weitergezogen mit dem Antrag: "Es sei die Beschwerde betreffend Verweigerung der Annahme des mündlich erhobenen Rechtsvorschlages gegen das Betreibungsamt

Winterthur III (Seen) als Aufsichtsbeschwerde zu behandeln und wegen Verletzung von Bundesrecht gutzuheissen unter Befreiung des Beschwerdeführers von Kostenfolgen." Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer weist den Rekurs im Sinne der nachfolgenden Erwägungen ab.

Erwägungen

Erwägungen:

1. Nach Art. 79 Abs. 1 OG muss die Begründung eines Rekurses im Sinne von Art. 19 SchKG in der Rekursschrift selbst enthalten sein; eine Verweisung auf Vorbringen im kantonalen Verfahren, wie sie sich in Ziffer 1 der vorliegenden Rekursschrift findet, ist unbeachtlich (BGE 73 III 124 Erw. 1, BGE 71 III 10).

2. Die Behörde, welche eine Beschwerde begründet erklärt, verfügt nach Art. 21 SchKG die Aufhebung oder die Berichtigung der angefochtenen Handlung; sie ordnet die Vollziehung von Handlungen an, deren Vornahme der Beamte unbegründetermassen verweigert oder verzögert. Aus dieser Vorschrift hat das Bundesgericht, seitdem es die Oberaufsicht über das Schuldbetreibungs- und Konkurswesen ausübt, in ständiger Rechtsprechung abgeleitet, die Beschwerde im Sinne von Art. 17 SchKG sei nur zulässig, wenn der Beschwerdeführer damit im Falle ihrer Gutheissung einen praktischen Zweck auf dem Gebiete der Zwangsvollstreckung, eine vollstreckungsrechtlich wirksame Berichtigung des gerügten Verfahrensfehlers erreichen könne; auf Beschwerden zum blossen Zwecke, durch die Aufsichtsbehörden die Pflichtwidrigkeit einer Handlung oder Unterlassung eines Vollstreckungsorgans feststellen zu lassen, sei nicht einzutreten (BGE 23 I 1902f., BGE 28 I 198 Nr. 45, BGE 29 I 528, BGE 30 I 225 Erw. 2, BGE 36 I 424 ff. und 779 Erw. 1, BGE 54 III 184, BGE 77 III 78 Erw. 1, BGE 81 III 67 Nr. 19 und 72 Erw. 3, BGE 82 IV 19, BGE 85 III 35 Erw. 1, BGE 86 III 109 Erw. 1, BGE 91 III 46 Erw. 7, BGE 97 III 38 Erw. 2). Die Lehre teilt diese Auffassung (JAEGER, N. 6 zu Art. 17 SchKG, S. 34; DEGGELLER, Die Beschwerde in Schuldbetreibungs- und Konkurssachen an das schweiz. Bundesgericht, Zürcher Diss. 1923, S. 6 ff.; FAVRE, Droit des poursuites, 2. Aufl., S. 60; FRITZSCHE, Schuldbetreibung und Konkurs, 2. Aufl., I S. 42/43). Die Voraussetzung, von welcher die dargestellte Rechtsprechung die Zulässigkeit einer Beschwerde im Sinne von Art. 17 SchKG abhängig macht, kann auch dann noch gegeben sein, wenn das Vollstreckungsverfahren, in welchem der gerügte Fehler begangen worden sein soll, abgeschlossen ist (Bei-

spiel: Beschwerde

BGE 99 III 58 S. 61

auf Aufhebung eines angeblich zu Unrecht ausgestellten Verlustscheins); sie entfällt auch in einem solchen Falle nur dann, wenn etwas Unwiderrufliches geschehen ist (BGE 36 I 424 f., BGE 72 III 43 /44, BGE 73 III 25, BGE 93 III 59 Erw. 3). Trifft letzteres zu, so können die Aufsichtsbehörden auch beim Vorliegen eines Nichtigkeitsgrundes nicht mehr einschreiten (BGE 94 III 71 Mitte, BGE 96 III 105, BGE 97 III 97 Erw. 2 a.E., BGE 98 III 61). Die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze stehen nicht bloss mit dem Wortlaut von Art. 21 SchKG im Einklang, sondern tragen auch dem Rechtsschutzbedürfnis der Beteiligten in angemessener Weise Rechnung. Das Beschwerdeverfahren im Sinne von Art. 17 ff. SchKG soll den Beteiligten ermöglichen, die vollstreckungsrechtlichen Folgen von Fehlern abzuwenden, welche die Vollstreckungsorgane in einem sie betreffenden Verfahren begangen haben. Es ist nicht dazu da, die Durchführung von andern Verfahren (z.B. von Verantwortlichkeitsprozessen im Sinne von Art. 5 SchKG oder von Disziplinarverfahren) vorzubereiten oder zu erleichtern. An den erwähnten Grundsätzen ist daher festzuhalten. Die Beschwerde, mit welcher der Rekurrent geltend macht, das Betreibungsamt habe seinen telephonischen Rechtsvorschlag zu Unrecht nicht entgegengenommen, verfolgt keinen praktischen Zweck im Sinne der Rechtsprechung; denn die Betreibung gegen den Rekurrenten ist auf jeden Fall durch seinen rechtzeitigen schriftlichen Rechtsvorschlag gehemmt worden, so dass nichts darauf ankommt, ob der vorherige telephonische Rechtsvorschlag gültig sei oder nicht. Die Beschwerde ist also nach den dargelegten Grundsätzen unzulässig.

3. Ähnlich wie das nach der Praxis der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer für die Legitimation zur Beschwerde im Sinne von Art. 17 SchKG gilt, macht die Praxis der Staatsrechtlichen Kammer die Legitimation zur staatsrechtlichen Beschwerde gegen kantonale Verfügungen wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte grundsätzlich davon abhängig, dass der Beschwerdeführer ein aktuelles praktisches Bedürfnis an der Überprüfung des angefochtenen Entscheides hat. Sie sieht jedoch von diesem Erfordernis ab, wenn der angefochtene Akt sich jederzeit wiederholen kann und die Beschwerde grundsätzliche Fragen aufwirft, die das Bundesgericht im Falle des Nichteintretens überhaupt nie beurteilen könnte (BGE 87 I 245 und BGE 96 I 553 Erw. 1, je mit Hinweisen, BGE 97 I 841 Erw. 1, BGE 99 Ia 265). Dem

BGE 99 III 58 S. 62

Rekurrenten scheint eine Übernahme dieser Praxis durch die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer vorzuschweben, wenn er geltend macht, er sei an der Entscheidung der durch seine Beschwerde aufgeworfenen Frage interessiert, weil ihm schon früher einmal die Entgegennahme eines telephonisch erhobenen Rechtsvorschlags verweigert worden sei und der gleiche Fall sich wiederholen könne. Zwischen der staatsrechtlichen Beschwerde gegen kantonale Verfügungen wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte und der betreibungsrechtlichen Beschwerde bestehen jedoch Unterschiede, die im fraglichen Punkt eine verschiedene Behandlung der beiden Rechtsmittel rechtfertigen. Bei der betreibungsrechtlichen Beschwerde geht es nämlich jedenfalls in der Regel nicht um den Schutz von verfassungsmässigen Rechten, sondern um die Wahrung von Interessen weniger hohen Ranges. Vor allem aber kann die Staatsrechtliche Kammer zu Fragen von grundsätzlicher Bedeutung, die sich im Anschluss an eine kantonale Verfügung erheben, nur auf Beschwerde hin Stellung nehmen. Demgegenüber haben die kantonalen Aufsichtsbehörden in Schuldbetreibungs- und Konkurssachen und das Bundesgericht als Oberaufsichtsbehörde in diesem Gebiete die Möglichkeit, sich zu vollstreckungsrechtlichen Fragen grundsätzlicher Art auch ausserhalb eines Beschwerdeverfahrens oder im Zusammenhang mit einer verfahrensrechtlich

nicht wirksamen Beschwerde oder Weiterziehung zu äussern. Dieser Weg steht namentlich dem Bundesgericht offen. Es kann nötigenfalls Verordnungen und Reglemente erlassen (Art. 15 Abs. 2 SchKG) oder den kantonalen Aufsichtsbehörden (und durch sie den Betreibungs- und Konkursämtern) Weisungen erteilen (Art. 15 Abs. 3 SchKG). Ferner kann es grundsätzliche Fragen, die ihm von solchen Instanzen (oder allenfalls sogar von Privaten) vorgelegt werden, in Form eines "Bescheids" beantworten (BGE 87 III 30 mit Hinweisen, BGE 87 III 89, BGE 93 III 114, BGE 98 III 14). Es kann zu solchen Fragen aber auch in den Erwägungen eines Entscheides Stellung nehmen, der eine Beschwerde oder deren Weiterziehung aus prozessualen Gründen als unzulässig erklärt. Für die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer besteht daher kein Grund, die erwähnte Praxis der Staatsrechtlichen Kammer zu übernehmen. Es bleibt also dabei, dass die Vorinstanzen die Beschwerde des Rekurrenten mit Recht als unzulässig erklärt haben, soweit

damit geltend gemacht wurde, das Betreibungsamt hätte den telephonischen Rechtsvorschlag entgegennehmen sollen. Disziplinarmassnahmen gegen den Betreibungsbeamten hat der Rekurrent nicht beantragt. Der Entscheid der Vorinstanz hätte im übrigen insoweit, als er solche Massnahmen ablehnt, nicht an das Bundesgericht weitergezogen werden können (BGE 94 III 61 Erw. 3).

4. Über die Frage, ob und allenfalls unter welchen Voraussetzungen das Betreibungsamt einen telephonisch erklärten Rechtsvorschlag entgegenzunehmen habe, bestehen Meinungsverschiedenheiten. Das Bundesgericht hat in BGE 59 III 141 erklärt, die Frage der Gültigkeit eines solchen Rechtsvorschlags sei in dem Sinne zu bejahen, dass das Amt, wenn es ihn (wegen Ungewissheit über die Identität des Telephonierenden) nicht entgegennehmen wolle, das sofort am Telephon selbst zu sagen habe; geschehe das nicht, so müsse sich der Schuldner darauf verlassen können, dass der Rechtsvorschlag angenommen sei. In BGE 67 III 17 nahm es an, das Betreibungsamt müsse eine als Rechtsvorschlag aufzufassende telephonische Erklärung als solchen gelten lassen, wenn es sich auf das Telephongespräch einlasse und den Erklärenden nicht auf einen andern Weg verweise. JOOS (Handbuch für die Betreibungsbeamten der Schweiz, 1964, S. 104) führt aus, das Amt müsse die telephonische Erklärung eines Rechtsvorschlags nicht annehmen, da es nicht feststellen könne, von wem die Erklärung abgegeben werde; dem Anrufenden sei die Nichtannahme bekanntzugeben, damit er nicht irrtümlich annehme, der Rechtsvorschlag sei entgegengenommen; er sei aufzufordern, seine Erklärung schriftlich einzureichen oder sie persönlich auf dem Amt abzugeben. FAVRE (Droit des poursuites, 2. Aufl. 1967, S. 138) ist der Ansicht, mangels einer gesetzlichen Bestimmung sei anzunehmen, es stehe dem Amt frei, einen telephonischen Rechtsvorschlag entgegenzunehmen oder zurückzuweisen; im zweiten Falle müsse es das dem Anrufenden sagen. FRITZSCHE (Schuldbetreibung und Konkurs, 2. Aufl., Bd. I 1967, S. 126) behandelt diesen Punkt nicht. WALDER (Der Rechtsvorschlag, BlSchK 1972 S. 129 ff., 133) sieht keinen Grund, den telephonischen Rechtsvorschlag nicht zuzulassen, "vorausgesetzt, dass der Betreibungsbeamte sich der Identität des Erklärenden versichern kann". Da es sich um eine grundsätzliche Frage handelt, rechtfertigt es sich, sie in den Erwägungen des vorliegenden Entscheides zu behandeln, obwohl

auf die Beschwerde des Rekurrenten nicht eingetreten werden kann. Will der Betriebene Rechtsvorschlag erheben, so hat er das gemäss Art. 74 Abs. 1 SchKG innert 10 Tagen nach der Zustellung des Zahlungsbefehls "dem Betreibungsamte mündlich oder schriftlich zu erklären". Eine am Telephon abgegebene Erklärung ist eine mündliche Erklärung. Die Vorschrift, dass der Betriebene die Erklärung, er erhebe Rechtsvorschlag, "dem

Betreibungsamte" abzugeben hat, bedeutet nicht etwa, er habe sich zu diesem Zwecke auf das Amt zu begeben. Die schriftliche Erklärung des Rechtsvorschlags wird in aller Regel unter Abwesenden abgegeben. Als mündliche Erklärung des Rechtsvorschlags gegenüber dem Betreibungsamte gilt auch die mündliche Erklärung, die der Betriebene oder eine für ihn handelnde Person bei der Zustellung des Zahlungsbefehls gegenüber dem Zusteller abgibt, selbst wenn es sich dabei nicht um einen Beamten oder Angestellten des Betreibungsamtes, sondern um einen Postbeamten oder -angestellten handelt (BGE 85 III 167 f., BGE 98 III 29 Erw. 1). Der Rechtsvorschlag, den der Betriebene oder eine für ihn handelnde Person dem Betreibungsamt gegenüber telephonisch erklärt, genügt also grundsätzlich den Anforderungen von Art. 74 Abs. 1 SchKG. Das Betreibungsamt muss sich freilich davon Rechenschaft geben können, wer den Rechtsvorschlag erklärt, weil hievon die Gültigkeit des Rechtsvorschlags abhängen kann. Gültig ist zwar nicht bloss der Rechtsvorschlag, den der Betriebene selbst oder eine kraft Gesetzes oder Rechtsgeschäfts zu seiner Vertretung befugte Person erhebt. Vielmehr ist auch der von einem nicht ermächtigten Vertreter erhobene Rechtsvorschlag gültig, wenn der Betriebene oder eine zu dessen Vertretung befugte Person ihn nachträglich genehmigt (BGE 97 III 115 /116 mit Hinweisen). Das heisst aber nicht, dass es gleichgültig sei, wer den Rechtsvorschlag erklärt. Um beurteilen zu können, ob der Rechtsvorschlag ohne weiteres oder nur im Falle der Genehmigung gültig sei, muss das Amt vielmehr wissen und muss der Betreibende vom Amt erfahren können, wer ihn erhoben hat. Festzustellen, wer den Rechtsvorschlag erhebt, mag für das Betreibungsamt im Falle der telephonischen Erklärung im allgemeinen etwas schwieriger sein als im Falle der mündlichen Erklärung unter Anwesenden oder der schriftlichen Erklärung. Der Unterschied ist aber nicht so gross, dass er eine grundsätzlich

verschiedene Behandlung des telephonisch und des anderswie erklärten Rechtsvorschlags rechtfertigen könnte. Beim mündlichen Rechtsvorschlag unter Anwesenden verlässt sich das Amt in der Regel darauf, dass der Erklärende die Person ist, für die er sich dem Amt oder dem Zusteller gegenüber ausgegeben hat, und beim schriftlichen Rechtsvorschlag wird eine Beglaubigung der Unterschrift nicht verlangt. Ein ähnlicher Grad der Gewissheit über die Person des Erklärenden, wie er beim mündlichen Rechtsvorschlag unter Anwesenden und beim schriftlichen Rechtsvorschlag als genügend erachtet wird, kann dem Betreibungsamt beim telephonischen Rechtsvorschlag dadurch geboten werden, dass der Erklärende seinen Namen und seine Adresse sowie die Nummer und die Parteien der Betreibung und den in Betreibung gesetzten Betrag angibt. Tut er das, so besteht für das Amt in der Regel kein Grund zu Zweifeln bezüglich der Identität des Erklärenden, auch wenn dessen Stimme der Person, die das Telephon abgenommen hat, nicht bekannt ist. Wecken besondere Umstände beim Amt ausnahmsweise solche Zweifel, so bleibt es ihm vorbehalten, die Entgegennahme des telephonischen Rechtsvorschlags abzulehnen und den Anrufenden aufzufordern, den Rechtsvorschlag schriftlich oder auf dem Amte mündlich zu erklären. Wie schon früher entschieden, muss diese Aufforderung gegebenenfalls sofort (bei Gelegenheit des Anrufs) erfolgen (BGE 59 III 141). Das Amt ist dagegen nicht verpflichtet, sich durch einen telephonischen Rückruf über die Identität des Anrufenden zu vergewissern. - Kann nachträglich dargetan werden, dass der vom Amt zurückgewiesene telephonische Rechtsvorschlag von einer hiezu berechtigten Person ausgegangen ist, so ist er wie der Rechtsvorschlag eines Nichtberechtigten, den eine berechtigte Person nachträglich genehmigt hat, als gültig zu behandeln. Das kann praktisch dann von Bedeutung sein, wenn der vom Amt verlangte schriftliche oder auf dem Amt mündlich zu erklärende Rechtsvorschlag ausbleibt oder erst nach Ablauf der Frist von Art. 74 Abs. 1 SchKG erfolgt. Ist demnach der telephonische Rechtsvorschlag grundsätzlich gültig, so ist es für den Betriebenen doch ein Gebot der Vorsicht, den Rechtsvorschlag entweder bei der Zustellung des Zahlungsbefehls zu erheben und darauf zu achten, dass der Zusteller ihn gemäss der im Formular für den Zahlungsbefehl enthaltenen Anweisung bescheinigt, oder dann den Rechtsvorschlag schriftlich

(am besten durch eingeschriebenen Brief) einzureichen oder ihn auf dem Amt mündlich zu Protokoll zu erklären. Beim telephonischen Rechtsvorschlag läuft der Betriebene Gefahr, ihn nicht beweisen zu können. Er kann zwar bei Erhebung des Rechtsvorschlags verlangen, dass dieser ihm gebührenfrei bescheinigt werde (Art. 74 Abs. 3 SchKG). Unterlässt es aber der Beamte, den telephonisch eingegangenen Rechtsvorschlag vorzumerken, so kann er unter Umständen mit dem Rechtsvorschlag auch das Gesuch um eine Bescheinigung vergessen. Der Betriebene sollte also die kleine Mühe, die für den sichern Beweis des Rechtsvorschlags aufgewendet werden muss, nicht scheuen.