

VISCHER

Die Zeitschrift BASLER JURISTISCHE MITTEILUNGEN hat freundlicherweise die Genehmigung erteilt, dass arrestpraxis.ch den nachfolgenden Entscheid auf der Website online zugänglich macht.

Sämtliche Rechte verbleiben aber bei der Zeitschrift BASLER JURISTISCHE MITTEILUNGEN.

Zum Einsprache- und Weiterzugsverfahren gemäss Art.278 SchKG. Die 10tägige Einsprachefrist gemäss Art.278 Abs.1 SchKG beginnt mit der Zustellung der Arresturkunde zu laufen. – Mit einem Barzahlungsversprechen verzichtet der Schuldner nicht ohne weiteres auf sein Recht, die Schuld mit einer eigenen Forderung zu verrechnen (Art.126 OR).

Die Handelsfirma St. H. AG, die sich zur Zeit in Nachlass-Stundung befindet, stand über längere Zeit in geschäftlichen Beziehungen mit der usbekischen Firma R. U. in Tashkent. Am 13.11.1995 schloss sie mit dieser einen Kaufvertrag Nr.50020 über die Lieferung von 3000 Tonnen Baumwolle gegen Bezahlung von USD7545000.– ab. 90% des Kaufpreises wurden auf dem Wege einer Vorfinanzierung am 30.11.1995 durch die Bank X. an die usbekische Verkäuferin bezahlt. Schon zuvor hatte die St. H. AG alle Forderungen und Rechnungen aus Handelsfinanzierungen an die Bank X. abgetreten.

Bei der Erfüllung des Vertrages Nr.50020 geriet die Lieferantin in Verzug; die R. U. teilte darum der Bank X. am 4.11.1996 mit, sie sei bereit, den Gegenwert der nicht gelieferten Baumwolle, nämlich USD 3815350.–, zurückzuzahlen. Am 11.11.1996 gab sie gegenüber der Bank X. ihrer Hoffnung Ausdruck «that the transfer of USD 3815350.– will be soon effected». Am 3.12.1996 teilte die usbekische Firma der Bank X. jedoch mit, sie könne unter anderem deshalb nicht bezahlen, weil die St. H. AG ihr mehr als USD 14500000.– aus dem früher abgeschlossenen Vertrag Nr. 40034 schulde.

Da eine Zahlung aus Tashkent ausblieb, erwirkte die Bank X. gegen die R. U. am 8. und am 15.4.1997 zwei Arrestbefehle über je Fr.5455950.50 – entsprechend USD 3815350.–. Die Schuldnerin erhob am 23.5.1997 Einsprache gegen die Arrestbefehle, welche der Zivilgerichtspräsident in der Verhandlung vom 9.6.1997 guthiess. Die Bank X. erhob Beschwerde gegen diesen Einspracheentscheid. Das *Appellationsgericht* erwog:

1. Nach Art.278 Abs.3 SchKG kann der Einspracheentscheid innert zehn Tagen an die obere Gerichtsinstanz weitergezogen werden. Wie sich u.a. aus Art.36 SchKG ergibt, unterscheidet das Gesetz bei den Rechtsmitteln zwischen Beschwerde (an die aufsichtsrechtlichen Instanzen), Weiterziehung und Berufung. Im vorliegenden Fall handelt es sich um eine Weiterziehung (vgl. dazu Dominik Gasser, Das Abwehrdispositiv der Arrestbetroffenen nach revidiertem SchKG, ZBJV 130/1994 S.614). Es ist ein Rechtsmittel sui generis mit Devolutiv-, aber ohne Suspensiv-effekt (Art.278 Abs.4 SchKG). Es spricht nichts dagegen, dieses Rechtsmittel «Beschwerde» zu nennen, wobei immerhin klarzustellen ist, dass es sich nicht um eine Beschwerde gemäss Art.17ff. SchKG handelt. Für deren Behandlung ist, wie für alle Beschwerden gegen Einzelrichterentscheide, der Ausschuss des Appellationsgerichts zuständig. Dessen Kognition ist frei, was sich schon daraus ergibt, dass nach der ausdrücklichen Regelung in Art.278 Abs.3 SchKG vor der Rechtsmittelinstanz auch neue Tatsachen geltend gemacht werden können.

In diesem Zusammenhang ist allerdings zu beachten, dass das Einspracheverfahren mit Weiterzugsmöglichkeit den zivilprozessualen Bestimmungen vieler Kantone über einstweilige Verfügungen nachgebildet ist (Botschaft des Bundesrates vom 8.5.1991, BBl 1991 III, S.171). Der erstinstanzliche Richter, der im Einspracheverfahren den Arrestbefehl überprüft, entscheidet in einem summarischen Verfahren. Dem gilt es Rechnung zu tragen, indem der Einspracheentscheid hinsichtlich Sachverhalt (inklusive Noven) und Rechtsanwendung wiederum nur summarisch, d.h. mit einer gewissen Zurückhaltung überprüft wird (vgl. dazu Gasser, a.a.O.).

Die Frage, ob im Einsprache- und im Weiterzugsverfahren eine Parteiverhandlung stattzufinden hat, ist bundesrechtlich nicht geordnet und somit durch das kantonale Verfahrensrecht zu bestimmen. Diesbezüglich schreibt §15 EG SchKG vor, dass der erstinstanzliche Richter auch ohne Verhandlung entscheiden kann, wenn den Beteiligten vorgängig Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme geboten worden ist. In bezug auf das Weiterzugsverfahren enthält das Einführungsgesetz keine ausdrückliche Regelung. Nachdem aber schon die erste Instanz ohne Parteiverhandlung entscheiden kann, muss dies erst recht für die

zweite gelten. Da sich im vorliegenden Verfahren beide Parteien, namentlich die Beschwerdeführerin, sehr ausgiebig schriftlich geäußert haben, ist auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung zu verzichten.

2. Die Beschwerdeführerin stellt im vorliegenden Verfahren die Rechtzeitigkeit der Einsprache in Frage, obwohl sie erstinstanzlich dazu nichts bemerkt hat. Da die Einhaltung der Einsprachefrist jedoch von Amtes wegen zu beachten ist, erscheint es nicht als unzulässig, diese Frage erstmals im Rechtsmittelverfahren aufzuwerfen. Nach Art. 278 Abs. 1 SchKG ist die Einsprache innert zehn Tagen seit Kenntnis von der Anordnung des Arrestes zu erheben. Dabei erweist es sich aus Beweisgründen als angezeigt, auf den Zeitpunkt der Zustellung der Arresturkunde abzustellen, wie dies bereits bisher bei der Arrestaufhebungsklage gehandhabt wurde (Gasser, a.a.O., S. 601). Das erscheint auch deshalb als richtig, weil der Schuldner erst mit der Arresturkunde die erforderliche Rechtsmittelbelehrung betreffend Einsprache und Weiterzug erhält. Demgegenüber vermögen private Mitteilungen an den Schuldner, z.B. jene von Seiten der Bank über die erfolgte Verarrestierung von Vermögenswerten, die Frist nicht in Gang zu setzen. Die Beschwerdeführerin behauptet auch gar nicht, ihre Mitteilungen an die Beschwerdegegnerin seien für die Fristberechnung massgeblich. Aus den Akten des Zivilgerichts ergibt sich, dass die Arresturkunden dem früheren Vertreter der usbekischen Gesellschaft in der Schweiz am 14.5.1997 zugestellt worden sind. Die am 23.5.1997 erhobenen Einsprachen gegen die Arrestbefehle waren somit rechtzeitig.

3. Der Zivilgerichtspräsident hat bei seinem Einspracheentscheid angenommen, zwar habe die Beschwerdeführerin den Bestand der Arrestforderung glaubhaft gemacht, doch sei von der Beschwerdegegnerin eine die Arrestforderung übersteigende Gegenforderung ebenfalls glaubhaft gemacht worden, weshalb die Arrestbefehle aufzuheben seien. Was in der Beschwerde dagegen vorgebracht wird, vermag nicht zu überzeugen.

a) Die Beschwerdeführerin ist der Auffassung, es komme allein darauf an, ob für den Zeitpunkt der Arrestnahme vom 8. und 15.4.1997 der Bestand der Forderung glaubhaft gemacht worden sei, und fährt fort, die von der Beschwerdegegnerin erst in der erstinstanzlichen Verhandlung erklärte Verrechnung habe

am Bestand der Arrestforderung per Arrestdatum nicht mehr ändern können. Diese Auffassung ist offenkundig unbegründet, wie eine Lektüre des Gesetzestextes zeigt. Denn wenn selbst im Rechtsmittelverfahren neue Tatsachen vorgebracht werden können, so muss dies a fortiori auch für das unterinstanzliche Verfahren gelten.

b) Im weiteren vertritt die Beschwerdeführerin die Meinung, die Beschwerdegegnerin habe in Kenntnis der behaupteten Gegenforderungen die beiden Schuldanerkenntnisse vom 4. und vom 11.11.1996 abgegeben. Darin liege ein Verzicht auf die Verrechnung, weshalb die nachträgliche Kompensationseinrede missbräuchlich sei und ein «venire contra factum proprium» darstelle.

Es fällt auf, dass die Beschwerdeführerin im unterinstanzlichen Verfahren keinen Verzicht auf die Verrechnung durch die Gegenpartei behauptet hat. Gegen die Kompensationseinrede hat sie lediglich eingewendet, es könne «nicht eine Forderung zur Verrechnung gebracht werden, die nicht gegenüber der Bank X. besteht». Dieser (offenbar auf einem Rechtsirrtum beruhende) Standpunkt wird im vorliegenden Verfahren zu Recht nicht mehr eingenommen. Statt dessen behauptet die Beschwerdeführerin erstmals Verzicht auf die Verrechnung durch die Gegenseite. Die Frage, ob ein derartiger Verzicht ausschliesslich Rechtsfrage ist, weshalb die Beschwerdeführerin damit auch noch im Rechtsmittelverfahren zu hören ist, kann offen bleiben, da sich aus den nachfolgenden Ausführungen ergibt, dass kein solcher Verzicht vorliegt.

Das frühere Recht enthielt in Art. 139 aOR für den Fall des Barzahlungsversprechens die (umstössliche) Vermutung eines Verrechnungsverzichts, «wenn der Schuldner, obschon er weiss, dass er eine Gegenforderung hat, Barzahlung verspricht». Diese Bestimmung ist bei der Revision von 1911 ersatzlos gestrichen worden. Seither gelten die allgemeinen Auslegungsregeln und hat der Richter aufgrund der konkreten Umstände zu beurteilen, ob das Barzahlungsversprechen gleichzeitig Verrechnungsverzicht bedeutet. Dabei wird überwiegend angenommen, das Barzahlungsversprechen des Schuldners enthalte, selbst wenn er vom Bestand seiner Forderung Kenntnis hat, vermutlich nicht den Antrag auf Abschluss eines Verzichtsvertrages gemäss

Art.126 OR (Aepli, N.26 zu Art.126 OR; von Tuhr/Escher, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, S.198f.; BGE 83 II 398). Vielmehr müssen weitere Umstände vorliegen, aus denen sich ergibt, dass eine Erledigung der Schuld durch Verrechnung nicht im Sinne der Parteien lag, was z.B. der Fall ist, wenn Geld zum Wechseln gegen andere Geldsorten gegeben wird, oder wenn ein Darlehen zu bestimmter Verwendung, z.B. als Baugeld, zugesichert wird etc. (von Tuhr/Escher, a.a.O., S.199). Derartige besondere Umstände sind hier nicht ersichtlich. Wenn die Beschwerdegegnerin zunächst durchaus an Barzahlung gedacht, sich aber anders besonnen hat, nachdem sie von den finanziellen Schwierigkeiten von St. H. AG erfahren hatte, so ist darin auch kein treuwidriges Verhalten zu erblicken, das die Verrechnungserklärung als missbräuchlich erscheinen liesse.

c) Die Beschwerdegegnerin hat zur Glaubhaftmachung ihrer Gegenforderung ein sog. «Settlement Proposal» vom 15.10.1996 eingereicht, das von der St. H. AG unterzeichnet ist. Darin wird die Forderung der Beschwerdegegnerin aus dem früheren Baumwollkontrakt Nr.40034 mit total USD 14504485.50 und die Gegenforderung der Käuferin aus dem Vertrag Nr.50020 mit USD 6447709.80 angegeben. Der Zivilgerichtspräsident hat u.a. gestützt auf dieses Dokument angenommen, der Beschwerdegegnerin stehe eine die Arrestforderung übersteigende Gegenforderung zu. Was von der Beschwerdeführerin dagegen vorgebracht wird, überzeugt nicht... (Urteil des Appellationsgerichts [Ausschuss] vom 22.10.1997 in Sachen Bank X.)