

# **AR\_GERICHTE OG AB-17-7 vom 5. Dezember 2017**

AR Gerichte, 2017-12-05, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ar\\_gerichte OG AB-17-7](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ar_gerichte OG AB-17-7)

FR: AR\_GERICHTE OG AB-17-7 du 5 décembre 2017

IT: AR\_GERICHTE OG AB-17-7 del 5 dicembre 2017

## **Regeste**

Obergericht Appenzell Ausserrhoden Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs  
Entscheid vom 5. Dezember 2017 Mitwirkende Präsident W. Kobler Oberrichterin S.  
Rohner Oberrichter H. Zingg Gerichtsschreiberin B. Schittli Verfahren Nr.

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Begehren um Aufnahme einer Strafuntersuchung Für allfällige Strafuntersuchungen ist die Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs nicht zuständig. Dies wurde dem Gesuchsteller am 2. Juni 2017 mitgeteilt und dieser an die Staatsanwaltschaft verwiesen (Art. 37 Abs. 1 Justizgesetz; bGS 145.31; act. 3).

### **E. 2**

Vorfrage des Zeitpunktes der rechtsgültigen Zustellung der Zahlungsbefehle

#### **E. 2.1**

Der Gesuchsteller macht geltend, die Zustellung der vier Zahlungsbefehle sei nicht korrekt erfolgt. Entgegen der Unterschrift durch die zustellende Person der Post seien ihm die Zahlungsbefehle nicht gemäss Art. 64 SchKG ausgehändigt worden, sondern er habe diese nach den Ferien einfach im Briefkasten vorgefunden. Diese Nicht-Zustellung bzw. die Unterschrift des Zustellers würden seines Erachtens eine Urkundenfälschung darstellen (act. 1). Die Kopien der Gläubiger-Doppel der Zahlungsbefehle nehme er so zur Kenntnis. Diese habe er vorher noch nie gesehen. Er halte daran fest, dass ihm die Zahlungsbefehle nie zugestellt worden seien (act. 10, S. 2 Ziff. 3).

#### **E. 2.2**

Das beschwerdebeklagte Amt führte aus, auf den Gläubiger-Doppeln der Zahlungsbefehle habe die zustellende Person jeweils klar und deutlich den Vermerk „Annahme verweigert“ angebracht. Ob die Annahme zweifelsfrei durch den Schuldner bzw. Adressaten - wie auf dem Dokument festgehalten - verweigert worden sei, könne nicht beurteilt werden. Der Schuldner habe auch auf die 3. Pfändungsankündigungen nicht reagiert; diese müssten wohl polizeilich zugestellt werden (act. 7).

#### **E. 2.3**

Anlässlich der Zeugeneinvernahme vom 20. September 2017 gab der Zustellbeamte D\_\_\_\_ zu Protokoll, was folgt (act. 35): Seite 4 - Wenn ich den 4. Zustellversuch gemacht habe, habe ich jeweils den Schichtführer angerufen und um Instruktionen gebeten. Wenn schon 3 erfolglose Zustellversuche gemacht wurden, hat er manchmal gesagt, ich könne den Zahlungsbefehl in den Briefkasten legen. Zum Beispiel wenn ich gesehen habe, dass

jemand zu Hause ist, aber die Tür nicht öffnet. Zum Teil erhielt ich auch die Instruktion, eine Vorladung in den Briefkasten zu legen (S. 5). - Die Bemerkungen „Annahme verweigert“, die Datums- und Zeitangaben sowie das Kürzel „MM“ auf act. 8/3 stammen von mir“ (S. 5). - (angesprochen auf den Widerspruch zwischen dem Vermerk „Annahme verweigert“ und „Zustellung an den Adressaten“): In solchen Fällen habe ich den Schichtführer angerufen, die Situation beschrieben und die „Basis“ hat mir gesagt, was ich machen soll. ... An jenem Tag hat seine Mutter die Tür aufgemacht. Sie wollte den Zahlungsbefehl aber nicht entgegennehmen. A\_\_\_ habe ich im Hintergrund gesehen. „Annahme verweigert“ schreibe ich jeweils, wenn ich den Kunden sehe und er den Brief nicht entgegen nimmt. Die Basis hat auch gesagt, ich solle ankreuzen „Zustellung an Adressat erfolgt“ und schreiben „Annahme verweigert“ (S. 6). - Der Vorfall mit der Mutter von A\_\_\_ könnte sich auch an einem anderen Tag als dem

#### **E. 2.4**

Die Betreibungsurkunden werden dem Schuldner in seiner Wohnung oder an dem Orte, wo er seinen Beruf auszuüben pflegt, zugestellt. Wird er daselbst nicht angetroffen, so kann die Zustellung an eine zu seiner Haushaltung gehörende erwachsene Person oder an einen Angestellten geschehen (Art. 64 Abs. 1 SchKG). Wird keine der erwähnten Personen angetroffen, so ist die Betreibungsurkunde zuhanden des Schuldners einem Gemeinde- oder Polizeibeamten zu übergeben (Art. 64 Abs. 2 SchKG). Die Zustellung des Zahlungsbefehls geschieht durch den Betreibungsbeamten, einen Angestellten des Amtes oder die Post (Art. 72 Abs. 1 SchKG). Bei der Abgabe hat der Überbringer auf beiden Ausfertigungen zu bescheinigen, an welchem Tage und an wen die Zustellung erfolgt ist (Art. 72 Abs. 2 SchKG). Seite 5 Beim Zahlungsbefehl handelt es sich um eine Betreibungsurkunde<sup>1</sup>. Betreffend die Zustellung von Betreibungsurkunden (Konkursandrohungen und Zahlungsbefehlen) hat die Aufsichtsbehörde am 25. November 2014 eine Weisung erlassen<sup>2</sup>. Betreibungsurkunden sind dem Schuldner persönlich abzugeben<sup>3</sup>. Es ist untersagt, den Zahlungsbefehl in den Briefkasten zu legen<sup>4</sup>. Im Anfechtungsfall trägt in erster Linie das Betreibungsamt die Beweislast für die ordnungsgemässe Zustellung von Betreibungsurkunden. Dazu dient ihm namentlich die gemäss Art. 72 Abs. 2 SchKG vorgeschriebene Bescheinigung des Zustellungsbeamten, an welchem Tag und an wen die Zustellung erfolgt ist. Als öffentliche Urkunde im Sinne von Art. 9 ZGB kommt der Bescheinigung, Gegenbeweise vorbehalten, für ihren Inhalt volle Beweiskraft zu<sup>5</sup>. Im Entscheid 117 III 7 des Bundesgerichts telefonierte der Schuldner mit dem Betreibungsamt und erklärte, auf den Hinweis, dass ihm ein Zahlungsbefehl zugestellt werde, er werde sich durch einen solch unangenehmen Besuch nicht belästigen lassen und die Türe nicht öffnen. In der Folge wurde ihm der Zahlungsbefehl in den Briefkasten gelegt. Das Bundesgericht hat dieses Vorgehen nicht geschützt und daran erinnert, dass der Zahlungsbefehl zuhanden des Schuldners einem Gemeindebeamten oder der Polizei zu übergeben ist, wenn weder dieser oder eine im Haushalt lebende erwachsene Person bei der Zustellung angetroffen werden. Die aus früheren Verfahren bekannte Renitenz des Schuldners und seine Ankündigung, dass er die Tür nicht öffnen werde, hätten das Betreibungsamt veranlassen müssen, für die Zustellung die Hilfe der Polizei in Anspruch zu nehmen. Aufgrund der Bemerkung des Schuldners am Telefon, er werde die Tür nicht öffnen, kann auch nicht gefolgert werden, dass die Zahlungsbefehle als zugestellt gälten, weil der Schuldner deren Annahme verweigert habe. Dafür, dass der Schuldner im Augenblick, wo ein Angestellter des Betreibungsamtes oder ein Postbote ihm die Zahlungsbefehle aushändigen wollte, deren Annahme tatsächlich verweigert hätte, finden sich im angefochtenen Entscheid keine

Anhaltspunkte. Der Schuldner hat auf jeden Fall auch nicht genügend Kenntnis vom Inhalt der Zahlungsbefehle gehabt, damit zu seinen Ungunsten von einer rechtsgültig erfolgten Zustellung ausgegangen werden könnte<sup>6</sup>. 1 JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ, Kommentar SchKG, 19. Aufl. 2016, N. 1 zu Art. 64 SchKG. 2

<https://www.ar.ch/gerichte/obergericht/weisungen> 3 BGE 116 III 8 E. 1 lit. a = Pra. 80 (1991) Nr. 167. 4 BGE 120 III 117 E. 2 lit. b; BGE 117 III 7 E. 3 lit. b. 5 BGE 120 III 117 E. 2. 6 BGE 117 III 7 E. 3 lit. b. Seite 6 Eine mangelhafte Zustellung ist nicht zu wiederholen, wenn die erneute und ordentliche Zustellung des Zahlungsbefehls am Wohnsitz dem Rekurrenten keine zusätzlichen Erkenntnisse über die angehobene Betreibung verschafft und dessen Rechte trotz der mangelhaften Zustellung gewahrt worden sind<sup>7</sup>. Hat der Betriebene trotz der fehlerhaften Zustellung vom Zahlungsbefehl Kenntnis erlangt, beginnt dieser damit - im Zeitpunkt der Kenntnisnahme - seine Wirkung zu entfalten, wodurch auch die Frist zur Erhebung des Rechtsvorschlags ausgelöst wird<sup>8</sup>.

### **E. 2.5**

Aus der Einvernahme des Zeugen D\_\_\_ ergibt sich, dass die Darstellung von A\_\_\_, nämlich dass die Zahlungsbefehle in seinen Briefkasten gelegt wurden, obwohl er nicht zu Hause war, nicht ausgeschlossen werden kann. Ob der Vorfall, als die Mutter des Gesuchstellers die Tür geöffnet hat und die Annahme der Zahlungsbefehle verweigert hat, sich am 7. April 2017 zugetragen hat, konnte der Zeuge nicht mit Gewissheit sagen. Zusammenfassend ist der Beweis, dass am 7. April 2017 eine korrekte Zustellung der Zahlungsbefehle erfolgt ist, also nicht erbracht. Nach der oben dargestellten Lehre und Praxis des Bundesgerichts entfalten die Zahlungsbefehle trotz der nicht korrekten Zustellung jedoch insofern Wirkung, als die Frist zur Erhebung des Rechtsvorschlages ab Kenntnisnahme zu laufen beginnt. A\_\_\_ hat die vier Zahlungsbefehle nach seinen im vorliegenden Verfahren getätigten Angaben am 29. Mai 2017 im Briefkasten gefunden (act. 1 und 4). Dies nach der Rückkehr aus den „Osterferien“ (act. 1 und 4). Die Strafanzeige an die Staatsanwaltschaft gemäss act. 5/2 trägt dagegen das Datum vom 8. Mai 2017. Auch dort wird geltend gemacht, die vier Zahlungsbefehle seien nach der Rückkehr aus den „Osterferien“ im Briefkasten gefunden worden. Das Datum vom 8. Mai 2017 wird in der zweiten Strafanzeige vom 17. August 2017 (act. 30/1) bestätigt. Diese Darstellung erscheint aus zwei Gründen merkwürdig: Zum einen fielen die Ostern in diesem Jahr auf den 14. (Karfreitag) resp. 16. April 2017 (Ostersonntag). Wenn der Gesuchsteller die Zahlungsbefehle - wie er selbst darlegt - erst nach der Rückkehr aus den Osterferien am 29. Mai 2017 in seinem Briefkasten vorgefunden hat, würde das bedeuten, dass er rund sieben Wochen in den Ferien weilte. Zum andern impliziert die

### **E. 7**

JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ, a.a.O., N. 18 zu Art. 64 SchKG, BGE 112 III 81 E. 2; Urteil des Bundesgerichts 5A\_548/2011 vom 5. Dezember 2011 E. 2.1. 8 JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ, a.a.O., N. 18 zu Art. 64 SchKG; BGE 128 III 101 E. 2; BGE 120 III 114 E. 3 lit. b; Urteil des Bundesgerichts 5A\_548/2011 vom 5. Dezember 2011 E. 2.1. Seite 7 Strafanzeige vom 8. Mai 2017, dass er die vier Zahlungsbefehle bereits am 8. Mai 2017 zur Kenntnis genommen hat und seine „Osterferien“ maximal bis zu diesem Zeitpunkt gedauert haben. Wie noch darzulegen sein wird (E. 3 und 4), spielt dieser Widerspruch im vorliegenden Verfahren jedoch keine Rolle und es kann letztlich offen bleiben, wann der Gesuchsteller aus den Osterferien zurückgekehrt ist, bzw. wann er die Zahlungsbefehle im Briefkasten vorgefunden hat. Entscheidend ist allein, dass der Gesuchsteller entweder am 8.

oder am 29. Mai 2017 Kenntnis von den Zahlungsbefehlen genommen hat. 3. Gesuch um Wiederherstellung der Rechtsvorschlagsfrist 3.1 Gesuche um Wiederherstellung einer Frist sind an die Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs oder die in der Sache zuständige richterliche Behörde zu richten (Art. 33 Abs. 4 SchKG). Für das Gesuch um Wiederherstellung der Rechtsvorschlagsfrist ist die Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs zuständig. 3.2 Wenn der Gesuchsteller wegen eines unverschuldeten Hindernisses nicht in der Lage war, Rechtsvorschlag zu erheben, ist er durch die Zahlungsbefehle in seinen Interessen sowohl rechtlich wie tatsächlich beschwert und seine Legitimation zur Erhebung des Gesuchs kann bejaht werden. 3.3 Wer durch ein unverschuldetes Hindernis davon abgehalten worden ist, innert Frist zu handeln, kann die Aufsichtsbehörde um Wiederherstellung der Frist ersuchen. Er muss, vom Wegfall des Hindernisses an, in der gleichen Frist wie der versäumten ein begründetes Gesuch einreichen und die versäumte Rechtshandlung bei der zuständigen Behörde nachholen. Lehre und Praxis handhaben die erste Voraussetzung, das unverschuldete Hindernis, sehr restriktiv: Die Verhinderung, die fristgerechte Rechtshandlung vornehmen zu können, muss unvorhergesehen und vollkommen unverschuldet sein. Überdies muss die Schwere des Hindernisses dergestalt sein, dass es dem Betroffenen nicht möglich war, einen Vertreter zu bestellen und zu instruieren. Als klassische Anwendungsfälle Seite 8 gelten Unfall, plötzliche schwere Erkrankung, falsche Rechtsauskunft der zuständigen Behörde (im letzteren Fall muss der Betroffene die Unrichtigkeit aber nicht leicht feststellen können). Bei einer Erkrankung ist zu beachten, dass der Betroffene durch sie unfähig ist, innert Frist selber zu handeln oder einen Vertreter mit den entsprechenden Handlungen zu beauftragen<sup>9</sup>. Als ungenügend gelten die dauernde sowie die kurzfristige Krankheit bzw. Abwesenheit, Arbeitsüberlastung sowie fehlerhafte Fristberechnung. Das Fristversäumnis wird dadurch als verschuldet betrachtet und die Wiederherstellung ist zu verweigern<sup>10</sup>. Trotz dem Fehlen klarer Formvorschriften im SchKG ist das Wiederherstellungsbegehren schriftlich zu begründen. Darin ist nebst den obgenannten Voraussetzungen auch darzulegen, dass das unverschuldete Hindernis effektiv für die nicht rechtzeitige Fristwahrung verantwortlich war<sup>11</sup>. 3.4 Entscheidend ist nun, dass A\_\_\_ für den Zeitraum ab dem Vorfinden der vier Zahlungsbefehle im Briefkasten, also nach dem 8. oder dem 29. Mai 2017 kein Hindernis geltend macht. Denn die „Osterferien“ lagen nach seinen Darstellungen - sowohl im vorliegenden Verfahren als auch in demjenigen vor der Staatsanwaltschaft - klar vor dem Auffinden der Zahlungsbefehle. Somit fehlt ihm das Interesse an einem Wiederherstellungsgesuch (Art. 13 Abs. 2 des Einführungsgesetzes zum SchKG, bGS 241.1, in Verbindung mit Art. 32 Abs. 1 Verwaltungsrechtspflegegesetz, bGS 143.1) und auf dieses ist nicht einzutreten. Falls A\_\_\_ die Zahlungsbefehle bereits am 8. Mai 2017 im Briefkasten gefunden hat, wäre auch die 10-tägige Frist für das Wiederherstellungsgesuch nicht eingehalten worden und es wäre auch aus diesem Grund nicht auf das Gesuch einzutreten. 4. Korrektes Vorgehen Aus dem soeben Gesagten ergibt sich, dass der Gesuchsteller - auch ohne Wiederherstellungsgesuch - innert 10 Tagen seit dem Auffinden der vier Zahlungsbefehle

## E. 9

RUSSENBERGER/MINET, in: Hunkeler [Hrsg.], Kurzkommentar SchKG, 2. Aufl. 2014, N. 22 zu Art. 33 SchKG mit weiteren Hinweisen; FRANCIS NORDMANN, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, 2. Aufl. 2010, N. 11 zu Art. 33 SchKG mit weiteren Hinweisen.

## **E. 10**

RUSSENBERGER/MINET, a.a.O., N. 23 zu Art. 33 SchKG; FRANCIS NORDMANN, a.a.O., N. 12 zu Art. 33 SchKG.

## **E. 11**

RUSSENBERGER/MINET, a.a.O., N. 27 zu Art. 33 SchKG; FRANCIS NORDMANN, a.a.O., N. 14 zu Art. 33 SchKG. Seite 9 in seinem Briefkasten, d.h. nach dem 8. oder 29. Mai 2017, beim Betreibungsamt Rechtsvorschlag hätte erheben sollen. Aber auch beim Stellen eines Wiederherstellungsgesuches hätte A\_\_\_ gemäss Art. 33 Abs. 4 Satz 2 SchKG in jedem Fall innert der gleichen Frist wie der versäumten zusätzlich die unterlassene Rechtshandlung bei der zuständigen Behörde, hier dem Betreibungsamt, nachholen müssen<sup>12</sup>. Die irrige Meinung des Gesuchstellers, er befinde sich in einem Verfahren auf Wiederherstellung einer Frist, hilft ihm also nicht, weil er die Rechtsvorschläge so oder so hätte erheben sollen. Das Wiederherstellungsgesuch kann schliesslich auch nicht als Rechtsvorschlag interpretiert werden, da die beiden Handlungen vom Gesetzgeber klar auseinander gehalten werden und im vorliegenden Fall bei zwei unterschiedlichen Behörden hätten eingereicht werden müssen. Zusammenfassend hat A\_\_\_ weder innert Frist von 10 Tagen noch danach Rechtsvorschlag erhoben. Eine neue Frist kann nicht angesetzt werden. Die Betreibungsverfahren nehmen damit ohne Rechtsvorschlag ihren Fortgang. 5. Kosten Es macht Sinn, auf das Gesuchsverfahren die Bestimmungen über das Beschwerdeverfahren analog anzuwenden<sup>13</sup>. Das Beschwerdeverfahren vor der kantonalen Aufsichtsbehörde ist kostenfrei (Art. 20a Abs. 2 Ziff. 5 SchKG, Art. 61 Abs. 2 lit. a GebV SchKG) und eine Parteientschädigung darf nicht zugesprochen werden (Art. 62 Abs. 2 GebV SchKG)<sup>14</sup>. Dementsprechend werden keine Kosten erhoben und keine Entschädigungen zugesprochen. Die Auslagen in Höhe von insgesamt CHF 189.60 für Zeugen- und Dolmetscherentschädigungen (act. 36/1 und 36/2) werden auf die Staatskasse genommen.

## **E. 12**

RUSSENBERGER/MINET, a.a.O., N. 29 zu Art. 33 SchKG; FRANCIS NORDMANN, a.a.O., N. 14 zu Art. 33 SchKG. 13 FLAVIO COMETTA, BISchK 2000, S. 30; a.A. FRANCIS NORDMANN, a.a.O., N. 16 zu Art. 33 SchKG. 14 AMONN/WALTHER, a.a.O., § 6 Rz. 62 und §13 Rz. 11 und 13; COMETTA/MÖCKLI, in: Basler Kommentar SchKG I, Basel 2010, N 28 zu Art. 20a SchKG; LUZIUS EUGSTER, Kommentar GebV SchKG, 2008, N. 9 f zu Art. 62 GebV SchKG. Seite 10 Demnach erkennt die Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs: 1. Auf das Gesuch um Wiederherstellung der Rechtsvorschlagsfristen wird nicht eingetreten. 2. Es werden keine Kosten erhoben und keine Entschädigungen ausgerichtet. Die Auslagen in Höhe von CHF 189.60 werden auf die Staatskasse genommen. 3. Rechtsmittel: Gegen diesen Entscheid kann innert 10 Tagen seit der Zustellung Beschwerde in Zivilsachen erhoben werden. Die Zulässigkeit einer solchen Beschwerde richtet sich nach Art. 72 ff. Bundesgerichtsgesetz (BGG, SR 173.110). Die Beschwerde ist beim Schweizerischen Bundesgericht, Avenue du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14, schriftlich einzureichen. Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind - soweit vorhanden - beizulegen (Art. 42 BGG). Die Beschwerde hat in der Regel keine aufschiebende Wirkung (Art. 103 BGG). 4. Zustellung am 20. Dezember 2017 an: - A\_\_\_, eingeschrieben - C\_\_\_, eingeschrieben - Betreibungsamt B\_\_\_, eingeschrieben Der

Präsident: Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. Walter Kobler lic. iur. Barbara Schittli Seite 11

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.