

# **OW\_GERICHTE AbR 2008/09 Nr. 10 vom 16. Juni 2016**

OW Obergericht, 2016-06-16, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ow\\_gerichte\\_AbR\\_2008\\_09 Nr. 10](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ow_gerichte_AbR_2008_09_Nr._10)

FR: OW\_GERICHTE AbR 2008/09 Nr. 10 du 16 juin 2016

IT: OW\_GERICHTE AbR 2008/09 Nr. 10 del 16 giugno 2016

## **Regeste**

AbR 2008/09 Nr. 10, S. 84: Art. 66 Abs. 1 SchKG Modalitäten der Zustellung eines Zahlungsbefehls an einen Domizilhalter der betriebenen Gesellschaft (E. 1). Art. 33 Abs. 4 und Art. 64 Abs. 1 SchKG Voraussetzungen der Fristwiederherstellung

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Es ist unbestritten, dass die Zustellung des Zahlungsbefehls an die Domizilhalterin der Gesuchstellerin, die Treuhandgesellschaft I. AG, erfolgte. Bei R. handelt es sich offenbar um eine Angestellte der Domizilhalterin. Ist die Betreibung gegen eine juristische Person gerichtet, so erfolgt die Zustellung an den Vertreter derselben. Übernimmt eine Gesellschaft das Domizil einer anderen Gesellschaft, so darf die Betreibungsurkunde nicht mehr direkt der Betriebenen, sondern nur einem nach Art. 65 Abs. 1 Ziff. 1-4 SchKG zur Entgegennahme berechtigten Vertreter der Domizilhalterin ausgehändigt werden. Ist die Zustellung an ein Organ der Domizilhalterin im Sinne von Art. 65 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG erfolglos versucht worden ist, darf die Betreibungsurkunde aufgrund von Art. 65 Abs. 2 SchKG an einen andern Angestellten des Betriebes vorgenommen werden. Ein Domizilhalter nimmt also gleichsam die Stellung eines Bevollmächtigten ein, wie ihn der am Betreibungsort nicht anwesende Schuldner bestimmen kann (Art. 66 Abs. 1 SchKG; BGE 119 III 57, E. 3d; BGE 120 III 64, E. 3a). Gemäss Handelsregisterauszug der I. AG handelt es sich bei R. nicht um deren Organ. Nachdem sich die Gesuchstellerin nicht auf eine unrechtmässige Zustellung des Zahlungsbefehls beruft sowie mangels weiterer Anhaltspunkte kann mithin davon ausgegangen werden, dass die Zustellung rechtmässig erfolgt ist, indem zunächst die Zustellung an ein Organ der Domizilhalterin versucht wurde. Der Zahlungsbefehl vom 21. April 2009 hat folglich als am 4. Mai 2009 zugestellt zu gelten. Die Frist von zehn Tagen zur Erhebung eines Rechtsvorschlages (Art. 74 Abs. 1 SchKG) hat somit am 5. Mai 2009 zu laufen begonnen und ist am 14. Mai 2009 unbenutzt abgelaufen.

### **E. 2**

Die Gesuchstellerin ersucht um Wiederherstellung der Frist zur Erhebung des Rechtsvorschlages gegen den besagten Zahlungsbefehl. Sie macht geltend, ihr Treuhandbüro habe ihr den Zahlungsbefehl nach dessen Erhalt auftragsgemäss umgehend an ihre Adresse weitergeleitet. Da sie bzw. sinngemäss ihre Geschäftsführerin aber seit dem 2. Mai 2009 im Ausland gewesen und erst am 17. Mai 2009 wieder nach Hause zurückgekehrt sei, habe sie den Zahlungsbefehl nicht entgegennehmen können. 3.a) Gemäss Art. 33 Abs. 4 SchKG kann derjenige, der durch ein unverschuldetes Hindernis davon abgehalten worden ist, innert Frist zu handeln, die Aufsichtsbehörde oder die in der Sache zuständige richterliche Behörde 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. b) Die Wiederherstellung einer Frist ist im SchKG an das Vorhandensein eines absolut unverschuldeten Hindernisses geknüpft. Ein Restitutionsgesuch ist nur bei objektiver Unmöglichkeit, höherer Gewalt, unverschuldeter persönlicher Unmöglichkeit oder entschuldbarem Fristversäumnis gutzuheissen. In der Rechtsprechung wurden Kriterien gebildet, die auf das Vorhandensein eines unverschuldeten Hindernisses schliessen lassen: Unfall, schwere plötzliche Erkrankung, Übermittlungsfehler sowie falsche Rechtsauskunft der zuständigen Behörde, sofern der Empfänger die Unrichtigkeit der Aussage nicht leicht hätte feststellen können (vgl. Francis Nordmann, Basler Kommentar zum SchKG I, Basel 1998, N. 10 f. zu Art. 33 SchKG, mit Hinweisen). c) Schon in Art. 77 aSchKG (nachträglicher Rechtsvorschlag), welche Bestimmung durch die Aufnahme von Art. 33 Abs. 4 SchKG obsolet geworden ist, wurde die Wiederherstellung an den strengen Grund des unverschuldeten Hindernisses geknüpft (vgl. Walder/Kull/Kottmann, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, Zürich 1997, N. 19 zu Art. 33 SchKG; Francis Nordmann, a.a.O., N. 9 ff. zu Art. 33 SchKG). Es rechtfertigt sich, den vor dem Hintergrund von Art. 77 aSchKG entwickelten Auffassungen auch unter dem neuen Recht (Art. 33 Abs. 4 SchKG) zu folgen. Hat der Schuldner nur gerade einen Zustellungsbevollmächtigten bezeichnet, wie dies in Art. 66 Abs. 1 SchKG vorgesehen ist, so ist dieser nicht verpflichtet, weitere Rechtshandlungen vorzunehmen. Seine Stellung entspricht derjenigen der Ersatzpersonen gemäss Art. 64 Abs. 1 SchKG (vgl. Esther Girsberger, Der nachträgliche Rechtsvorschlag im schweizerischen Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Zürich 1990, 55). Die Zustellung einer Betreibungsurkunde an den erwachsenen Hausgenossen oder an einen Angestellten im Sinne von Art. 64 Abs. 1 SchKG soll Gewähr dafür bieten, dass diese möglichst rasch in die Hände des Adressaten gelangt. Eine weitere Absicht wird mit der Ersatzzustellung nicht verfolgt. Insbesondere bezweckt sie nicht, dass die zur Entgegennahme der Betreibungsurkunden berechtigten bzw. verpflichteten Personen infolge der momentanen Abwesenheit des Schuldners als dessen Stellvertreter handeln sollen. Nach erfolgter Zustellung sind diese Personen zu keinem speziellen Verhalten verpflichtet. Wenn die Ersatzperson die zugestellte Betreibungsurkunde dem Adressaten nicht oder nicht ordnungsgemäss abgeliefert oder wenn sie den Zahlungsbefehl bewusst nicht an den Schuldner weiterleitet, kann ihr Verhalten nicht ohne weiteres dem Betriebenen angelastet werden (vgl. Girsberger, a.a.O., 49, mit Hinweisen). Die Ersatzzustellung im Sinne von Art. 64 Abs. 1 SchKG erhöht das Risiko, dass der Schuldner von der Existenz des Zahlungsbefehls innerhalb der Rechtsvorschlagsfrist nichts erfährt und deshalb auch keine Veranlassung hat, dagegen einzuschreiten. Die entsprechende Unsicherheit bedingt, dass dem Betriebenen der nachträgliche Rechtsvorschlag zu gewähren war oder heute die Wiederherstellung der Frist zu gewähren ist, sofern die anderen Voraussetzungen erfüllt sind, insbesondere den Betriebenen kein Verschulden in dem Sinne trifft, dass er von der Betreibung hätte Kenntnis haben müssen (vgl. Girsberger, a.a.O., 39, mit Hinweisen). Auch ein Mangel an Wissen oder Können vermag nämlich eine Schuld zu begründen. So stellen äussere Umstände an den Schuldner gewisse Anforderungen, die bei Nichtberücksichtigung zu einem Verschulden führen können (vgl. Girsberger, a.a.O., 45). Unbestritten ist die grundsätzliche Wiederherstellungsmöglichkeit für diejenigen Fälle, in denen persönliche Umstände wie Abwesenheit es dem Schuldner verunmöglichen, die Frist einzuhalten. Darunter zu subsumieren ist ein längerer Auslandsaufenthalt. Allerdings muss die

Verhinderung während der ganzen zehntägigen Rechtsvorschlagsfrist andauern. Einem sich länger im Ausland aufhaltenden Schuldner kann nicht vorgeworfen werden, er habe die Versäumnis der Rechtsvorschlagsfrist selbst zu verantworten, da er für seine Abwesenheit keinen Vertreter bezeichnet oder nicht sonstwie dafür gesorgt habe, dass er von der Betreuung erfahren würde. Gerade an einem solchen Beispiel zeigt sich der Unterschied, der zwischen der Frist für die Erhebung des Rechtsvorschlags und anderen durch behördliche Akte ausgelösten Fristen besteht. Während nämlich der von solchen Fristen Betroffene in den meisten Fällen mit dem behördlichen Akt rechnen musste, durch den der Fristenlauf ausgelöst wird, kann die Zustellung eines Zahlungsbefehls jederzeit und völlig grundlos erfolgen, ohne dass der Betriebene unter Umständen auch nur im Geringsten damit rechnete (Girsberger, a.a.O., 41). Im Übrigen hat das Bundesgericht in BGE 130 III 396 ff. (vgl. AbR 2006/07, Nr. 28, E. 2a) entschieden, dass der Betreuungsschuldner selbst aufgrund der erfolgten Zustellung eines Zahlungsbefehls nicht mit einem darauf folgenden Rechtsöffnungsverfahren rechnen müsse. Die Zustellung könne nur für ein hängiges bzw. laufendes Verfahren gelten. d) Zwar führt Nordmann aus, als verschuldet gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung würden dauernde Abwesenheit ohne Bekanntgabe einer Adresse sowie kurzfristige Abwesenheit gelten (vgl. Nordmann, a.a.O., N. 10 f. zu Art. 33 SchKG, mit Hinweisen). Bei den erwähnten Urteilen zur dauernden Abwesenheit handelt es sich indessen gerade um Sachverhalte von Betroffenen, welche aufgrund eines bereits hängigen Verfahrens mit einer Zustellung rechnen mussten (vgl. BGE 102 V 242; 97 III 10; 86 II 4). Hingegen hat es das Bundesgericht bereits als ein unverschuldetes Hindernis im Sinne von aArt. 77 SchKG erachtet, wenn der Schuldner bzw. eine andere zur Rechtsvorschlagserhebung berechnigte Person trotz korrekter Zustellung, z.B. an einen Hausgenossen, ohne Verschulden erst nach Ablauf der Rechtsvorschlagsfrist vom Zahlungsbefehl Kenntnis erhielt (BGE 107 III 11, E. 4).

#### **E. 4**

Gemäss Handelsregisterauszug der Gesuchstellerin handelt es sich bei S. um deren einzige Geschäftsführerin und Zeichnungsberechtigte. Zum Nachweis der Ferienabwesenheit von S. legt die Gesuchstellerin eine E-Mail-Bestätigung des Vermieters einer Ferienwohnung in Italien über die Miete vom 2. Mai 2009 bis 14. Mai 2009 sowie die Rechnung eines Hotels in Ascona für die Zeit vom 15. Mai 2009 bis 17. Mai 2009 auf. Auch wenn in den entsprechenden Dokumenten S. nicht ausdrücklich erwähnt wird, sondern die Rede von der "Familie S." ist, vermag die Gesuchstellerin damit hinreichend den Nachweis zu erbringen, dass sich S. vom 2. Mai 2009 bis 17. Mai 2009 in den Ferien befand.

#### **E. 5**

Die I. AG ist mit der Entgegennahme des Zahlungsbefehls ihren Aufgaben als Domizilhalterin bzw. Zustellungsbevollmächtigte im Sinne von Art. 66 Abs. 1 SchKG nachgekommen. Es handelt sich bei dieser nicht um eine Vertreterin der Gesuchstellerin. Die Gesuchstellerin selber bringt vor, ihre Treuhandfirma habe ihr den Zahlungsbefehl auftragsgemäss umgehend an ihre Adresse weitergeleitet. Es ist mithin davon auszugehen, dass die Gesuchstellerin nicht rechtzeitig Kenntnis vom Zahlungsbefehl hatte, weil deren Geschäftsführerin bereits vor dem Zeitpunkt der Zustellung des Zahlungsbefehls an die Domizilhalterin bzw. dessen Weiterleitung an die Geschäftsführerin bis nach Ablauf der Rechtsvorschlagsfrist in den Ferien verweilte. Bei dieser Konstellation kann der Gesuchstellerin nun aber kein Verschulden am Nichteinhalten der Frist vorgeworfen werden. Selbst falls man davon ausgehen würde, die Gesuchstellerin hätte aufgrund des

Schreibens der Gläubigerin vom 7. März 2009, mit einer Betreibung rechnen müssen, nachdem sie den geforderten Betrag offensichtlich nicht innert der gesetzten Frist beglich, könnte ihr deswegen kein Verschulden am Versäumnis der Rechtsvorschlagsfrist in dem Sinne vorgeworfen werden, weil sie deswegen keinen Vertreter bezeichnet oder sonstwie dafür gesorgt hätte, von der Betreibung zu erfahren. Sie konnte nämlich selbst in diesem Fall nicht wissen, ob tatsächlich und insbesondere wann eine solche Betreibung in Gang gesetzt würde. Eine Betreibung kann gerade jederzeit erfolgen. Dies muss umso mehr gelten, als ein Betreibungsschuldner selbst aufgrund der erfolgten Zustellung eines Zahlungsbefehls nicht mit einem darauf folgenden Rechtsöffnungsverfahren rechnen muss (BGE 130 III 396). Es würde die Dispositionsfreiheit einer Person unverhältnismässig beeinträchtigen, wenn man sie verpflichten würde, für die Dauer ihrer zweiwöchigen ferienbedingten Abwesenheit einen Vertreter zu benennen, um nicht die Rechtsvorschlagsfrist für einen Zahlungsbefehl zu verpassen, welcher ihr möglicherweise während ihrer Abwesenheit zugestellt wird. Soweit das Betreibungsamt auf die sinngemässe Anwendung von BGE 112 V 255 verweist, ist ihm entgegenzuhalten, dass sich im Zusammenhang mit dem Problem der Erkrankung als unverschuldetes Hindernis zwar die Frage stellt, ob der Betriebene aufgrund der Krankheit in der Lage ist, einen Vertreter der Interessenswahrung zu beauftragen. Dabei wird aber vom Fall ausgegangen, dass der Betriebene von der Betreibung bereits Kenntnis hatte und dann vor Fristablauf erkrankte. Vorliegend war im Zeitpunkt der Abreise der Geschäftsführerin der Gesuchstellerin aber noch überhaupt kein Zahlungsbefehl zugestellt worden.

## **E. 6**

Das Hindernis, fristgemäss zu handeln, ist mit der Kenntnisnahme des Zahlungsbefehls durch die Geschäftsführerin der Gesuchstellerin nach deren Rückkehr aus den Ferien und mithin frühestens am 17. Mai 2009 weggefallen. Hierauf hat die Gesuchstellerin innert der zehntägigen Rechtsvorschlagsfrist nicht nur das Gesuch um Wiederherstellung der Frist gestellt, sondern mit Schreiben vom 20. Mai 2009 ans Betreibungsamt auch die Erklärung des Rechtsvorschlags nachgeholt. Demnach ist die Rechtsvorschlagsfrist wiederherzustellen, und es ist festzustellen, dass die Gesuchstellerin mit Schreiben vom 20. Mai 2009 gültig Rechtsvorschlag erhoben hat. de| fr | it Schlagworte zahlungsbefehl schuldner frist abwesenheit vertreter kenntnis betreibungsurkunde rechtsvorschlag verschulden behörde erheblichkeit berechtigter nachträglicher rechtsvorschlag umstände zuständigkeit Mehr Deskriptoren anzeigen Normen Bund SchKG: Art.33 Art.64 Art.65 Art.66 Art.74 Art.77 Leitentscheide BGE 119-III-57 130-III-396 120-III-64 102-V-242 107-III-11 97-III-7 S.10 112-V-255 86-II-1 S.4 AbR 2006/07 Nr. 28 2008/09 Nr. 10

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