

3472

Rechtsmittelfrist. Die Frist zur Anmeldung einer Appellation wird durch schriftliche Eingabe bei einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung eingehalten (Art. 5 Abs. 2 VRPG). Das gilt im Zivilprozess seit Aufhebung des Gesetzes über den Fristenlauf weiterhin.

Aus den Erwägungen:

1. Die Einreichung einer Appellation erfolgt nach appenzell-ausserrhodischem Prozessrecht zweistufig. Zunächst wird ein Urteil durch Zustellung des sogenannten Dispositivs eröffnet (Art. 202 Abs. 1 der Zivilprozessordnung, ZPO, bGS 231.1). Nach Erhalt des Dispositivs hat die appellierende Partei die Appellation innert der gesetzlichen Frist bei der Kantonsgerichtskanzlei schriftlich anzumelden (Art. 264 Abs. 1 ZPO). Nach der Anmeldung stellt das Gericht den Parteien den begründeten Entscheid zu (Art. 203 ZPO). Nach Empfang des begründeten Urteils ist die Appellationserklärung innert der gesetzlichen Frist schriftlich beim Obergericht einzureichen (Art. 265 Abs. 1 ZPO). Dieses zweistufige Verfahren gilt auch im summarischen Verfahren vor den Einzelrichtern des Kantonsgerichts (Art. 221 Abs. 1 ZPO) sowie im Appellationsverfahren vor dem Einzelrichter des Obergerichts (Art. 273 Abs. 1 ZPO). Die Appellationsfrist im vorliegenden Rechtsöffnungsverfahren beträgt fünf Tage (Art. 273 Abs. 1 Ziff. 2 lit. b ZPO).

B. hat den begründeten erstinstanzlichen Rechtsöffnungsentscheid am 19. August 2005 in Empfang genommen. Mit der am 23. August 2005 der Post übergebenen Appellationserklärung hat er die Appellationserklärungsfrist offensichtlich eingehalten. Ob er auch die Frist zur Anmeldung der Appellation gewahrt hat, wird nachfolgend in Ziffer 2 untersucht.

2.1 Wie bereits erwähnt, ist die Appellation innert fünf Tagen nach Zustellung des Dispositivs bei der Vorinstanz schriftlich anzumelden. Aus den von der Vorinstanz beigezogenen Akten ergibt sich, dass das Dispositiv den Parteien am 7. Juli 2005 eröffnet worden ist. Die Sendung für B. wurde von der Post an die Vorinstanz zurückgesandt mit dem Vermerk: „*Empfänger konnte unter angegebener Adresse nicht ermittelt werden; abgereist ohne Adressangabe*“. Nachdem der Rechtsöffnungsentscheid dem Schuldner auf dem ordentlichen Wege

nicht zugestellt werden konnte, hat die Vorinstanz den Hinweis auf das Dispositiv publiziert (Art. 205, 221 Abs. 2 ZPO). Im Amtsblatt des Kantons Appenzell A. Rh. vom 15. Juli 2005 wurde B. aufgefordert, innert der nächsten sieben Tage das ihn betreffende Dispositiv des Einzelrichters des Kantonsgerichtes beim Kantonsgerichtspräsidium abzuholen oder schriftlich anzufordern. B. wurde darauf aufmerksam gemacht, dass nach unbenutztem Ablauf der Abholfrist die Rechtsmittelfrist zu laufen beginne. Das Amtsblatt ist am Mittwoch, 20. Juli 2005, erschienen. Am 15. August 2005 ist bei der Vorinstanz über den diplomatischen Kurier des Bundes die Appellationsanmeldung von B. eingegangen. Sie trägt das Datum vom 1. August 2005 sowie eine Bescheinigung der schweizerischen Botschaft in New Delhi, dass diese Appellationsanmeldung am 8. August 2005 bei der Botschaft eingetroffen sei. Während das Datum des Rechtsöffnungsentscheids und dessen erster Eröffnungsversuch ausserhalb der Betreibungsferien lagen, fiel die Wiederholung der Eröffnung des Dispositivs in den Friststillstand (Betreibungsferien) im Sinne von Art. 56 Ziff. 2 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG, SR 281.1). Es ist somit zu prüfen, ob der Friststillstand einen Einfluss auf die Appellationsanmeldefrist hatte.

2.2 Die Erteilung der Rechtsöffnung ist eine Betreibungshandlung im Sinne von Art. 56 SchKG. Umstritten sind die Rechtsfolgen, wenn der Rechtsöffnungsrichter die Betreibungsferien und den Rechtsstillstand nicht beachtet. In der neueren Rechtsprechung wird zwischen dem Rechtsöffnungsverfahren, in dem ein mündlicher Rechtsöffnungsvorstand stattfindet, und dem rein schriftlichen Verfahren unterschieden. Da die Möglichkeit des Schuldners sich zu äussern auf Gesetzes- und Verfassungsstufe garantiert ist und er während der Betreibungsferien und dem Rechtsstillstand nicht gehalten ist, sich aktiv am Verfahren zu beteiligen, ist ein anlässlich einer Verhandlung während der Betreibungsferien und dem Rechtsstillstand ergangener Entscheid anfechtbar. Wird hingegen in einem rein schriftlichen Rechtsöffnungsverfahren, wie es die hiesigen Einzelrichter des Kantonsgerichtes durchführen, und wie es auch im Verfahren gegen B. stattgefunden hat, der Rechtsöffnungsentscheid während der Betreibungsferien zugestellt, so entfaltet dieser Entscheid seine Wirkungen einfach nach Ablauf des Friststillstandes. Der Entscheid gilt diesfalls am Tage nach dem Ende der Betreibungsferien als zugestellt und die Rechtsmittelfrist beginnt am folgenden Tage zu laufen (*vgl. zum Gan-*

zen Daniel Staehelin in Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin [Hrsg.], *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG I, Art. 84 N. 60/61*). Im vorliegenden Falle ist nun aber am 20. Juli 2005 nicht der Rechtsöffnungsentscheid respektiv dessen Dispositiv publiziert worden, das den Lauf der gesetzlichen Rechtsmittelfrist ausgelöst hätte, sondern es ist B. eine Abholfrist angesetzt worden, mit deren unbenütztem Ablauf erst die Rechtsmittelfrist zu laufen beginnen sollte. Ob diese Art von Publikation mit Art. 205 ZPO vereinbar ist, kann hier offen bleiben, weil sich B. auf die Mitteilung der Vorinstanz und die darin angesetzten Fristen nach Treu und Glauben verlassen durfte (*Oscar Vogel, Grundriss des Zivilprozessrechts, Bern 1988, § 13 N. 64*).

2.3 Betreibungsferien und Rechtsstillstand hemmen den Fristenlauf nach Art. 63 SchKG nicht. Fällt jedoch für den Schuldner, den Gläubiger oder den Dritten das Ende einer Frist in die Zeit der Betreibungsferien oder des Rechtsstillstandes, so wird die Frist bis zum dritten Tag nach dem Ende verlängert. Diese Bestimmung über die Wirkungen auf den Fristenlauf ist nicht auf fristauslösende Betreibungshandlungen beschränkt, sondern stellt eine materielle Ergänzung des Art. 31 Abs. 3 SchKG dar. Die Verlängerung gilt auch für die Fristen im Zusammenhang mit Gerichtsverfahren wie etwa dem Rechtsöffnungsverfahren (*Thomas Bauer in Staehelin/Bauer/Staehelin, a.a.O., Art. 63 N. 8*). Bezogen auf den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass die siebentägige Abholfrist am Tage nach Erscheinen des Amtsblattes, also am 21. Juli 2005, zu laufen begann und, nachdem ihr Ende (27.07.2005) noch in die Betreibungsferien fiel, bis zum Mittwoch, 3. August 2005, verlängert wurde. Am 4. August begann dann mitteilungs-gemäss die Appellationsanmeldefrist von fünf Tagen zu laufen. Diese endigte ihrerseits am 8. August 2005. An diesem Tag ist die Appellationsanmeldung bei der schweizerischen Botschaft in New Delhi eingegangen. Es bleibt somit noch zu prüfen, ob die Frist mit der Einreichung der Anmeldung bei einer schweizerischen diplomatischen Vertretung gewahrt wurde.

2.4 Im Zusammenhang mit dem auf den 1. Januar 2003 in Kraft getretenen total revidierten Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG, bGS 143.3) wurden das Gesetz vom 28. April 1985 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, bGS 143.5) das Gesetz vom 25. April 1993 über die Verwaltungsgerichtsbarkeit (VGG, bGS 143.6) sowie das Gesetz vom 26. April 1970 über den Fristenlauf (FLG, bGS 143.4)

aufgehoben. Im erläuternden Bericht vom 16. Oktober 2001 zum neuen VRPG heisst es im Zusammenhang mit der Aufhebung des FLG:

„Als Folge der Integration des Fristenlaufgesetzes (in das VRPG), das nicht nur für das Verwaltungsverfahren sondern auch für den Straf- und den Zivilprozess anwendbar ist, werden kleinere Änderungen der StPO und der ZPO notwendig. Die Revision der ZPO ist im Gange; die erforderliche Änderung der StPO erfolgt im Rahmen der Übergangsbestimmungen des VRPG (Art. 64 Ziff. 5)“.

In der Folge ist das neue VRPG programmgemäss auf den 1. Januar 2003 in Kraft gesetzt und das FLG auf den gleichen Zeitpunkt aufgehoben worden. Die erwähnte Revision der ZPO ist entgegen den Erwartungen noch heute nicht abgeschlossen. Sie wird vielmehr am 12. September 2005 in erster Lesung im Kantonsrat beraten. In Art. 71 der geltenden Fassung der ZPO wird für die Berechnung der Fristen unter Vorbehalt abweichender Vorschriften des Bundesrechts noch auf die Bestimmungen des kantonalen FLG verwiesen. Nachdem dieses aufgehoben ist, fehlen in der ZPO zur Zeit Bestimmungen über Beginn und Ende der Fristen (Art. 2, 3 FLG). Diesbezüglich ist daher offensichtlich eine Gesetzeslücke entstanden, die nach Art. 1 Abs. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB, bGS 210) vom Richter zu schliessen ist. Der Richter soll dabei nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, wie hier, nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde. Das bedeutet, dass der Richter beim Vorliegen einer Gesetzeslücke den Fall nicht nach seinen besonderen Umständen oder etwa gar nach Billigkeit zu entscheiden hat, sondern eine Regel bilden muss, nach der alle derartigen Fälle entschieden werden können (*Heinrich Honsell in Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, ZGB I, Basel/Genf/München 2002, Art. 1 N. 34*). Im aufgehobenen Art. 3 Abs. 3 FLG wurde bestimmt, dass eine Frist am letzten Tag um 24 Uhr ablaufe. Sie galt als eingehalten, wenn bis zu diesem Zeitpunkt die betreffende Handlung vorgenommen oder schriftliche Eingaben einer Schweizerischen Poststelle übergeben werden. Die analogen Bestimmungen über das Ende einer Frist im Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege lauten gleich, sind aber dadurch ergänzt worden, dass Eingaben zusätzlich einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung im Ausland übergeben werden können (Art. 5 Abs. 2 VRPG). Nach Art. 71 Abs. 3 des beim Kantonsrat liegenden Entwurfes der ZPO wird eine Frist gleich wie im VRPG ge-

wahrt, wenn die entsprechende Eingabe bis zum Ende der Frist bei einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung im Ausland eingeht. Eine analoge Bestimmung ist seit 1997 auch in Art. 33 Abs. 1 des revidierten SchKG enthalten. Dies entspricht moderner Gesetzgebung auf dem Gebiete der Fristen. In den umfangreichen Vernehmlassungsbeiträgen zur neuen ZPO ist die fristwahrende Eingabe an eine diplomatische oder konsularische Vertretung überhaupt nicht kritisiert worden. Es kann ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass der kantonale Gesetzgeber, wie schon im VRPG, die vorgeschlagene Bestimmung so erlassen wird. Es erscheint daher sachgerecht, wenn der Richter während der voraussichtlich noch kurzen Zeit bis zum Inkrafttreten der revidierten ZPO die durch die Aufhebung des FLG entstandene Lücke im Sinne des VRPG und des gleichlautenden Entwurfs zur ZPO füllt. Das bedeutet, dass die am 8. August 2005 bei der Schweizer Botschaft in New Delhi eingegangene Appellationsanmeldung von B. rechtzeitig war, weshalb auf seine Appellation eingetreten werden kann.

OGP 25.08.2005

3473

Justizaufsichtskommission. Wiederherstellung der versäumten Frist zur Einreichung einer Rechtsverweigerungsbeschwerde. In casu liegt ein erhebliches Verschulden vor (Art. 75 Abs. 1 ZPO). Bevollmächtigter Vertreter.

Sachverhalt:

1. Mit Eingabe vom 8. Januar 2005 (Postaufgabe) stellte X. den Antrag, die versäumte 14-Tage-Frist für die Einreichung einer Rechtsverweigerungsbeschwerde nach Art. 280 ZPO gegen den Entscheid des Einzelrichters vom 05. April 2004 sei wiederherzustellen und ihm die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren.

Zur Begründung wird im Wesentlichen geltend gemacht, das ausformulierte Urteil sei am 24. Juni 2004 an seinen Bevollmächtigten, V., zugestellt worden. Dieser habe es am 28. Juni 2004 entgegengenommen. In dieser Zeit habe V. seinen Auftrag als Bevollmächtigter und als Zustelladresse hingeschmissen, was dieser nach vorheriger