

Obergericht Appenzell Ausserrhoden
Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs

Entscheid vom 8. Januar 2019

Mitwirkende	Präsident W. Kobler Oberrichter H. Zingg Oberrichterin S. Rohner-Staubli a.o. Obergerichtsschreiber S. von Aarburg
Verfahren Nr.	AB 18 9
Sitzungsort	Trogen
Beschwerdeführerin	A___ GmbH
Beschwerdegegnerin	B___ AG vertreten durch: RA B1___ und RA B2___
beschwerdebeklagtes Amt	Betreibungsamt C___
Gegenstand	Rückweisung des Fortsetzungsbegehrens

Rechtsbegehren

a) der Beschwerdeführerin

1. Die Verfügung des Betreibungsamts C___ vom 11. September 2018 sei aufzuheben.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Betreibungsamts.

b) der Beschwerdegegnerin

1. Die Beschwerde vom 21. September 2018 sei vollumfänglich abzuweisen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin.

c) des beschwerdebeklagten Amtes

Die Beschwerde sei vollumfänglich abzuweisen.

Sachverhalt

A. Überblick

In der Betreuung Nr. XXXXXXXX wurde der Beschwerdegegnerin am 6. August 2018 der Zahlungsbefehl zugestellt. Die Empfangnahme erfolgte durch den Angestellten D___ (act. 3/1). Am 28. August 2018 stellte die Beschwerdeführerin das Fortsetzungsbegehren (act. 3/3), welchem das Betreibungsamt am 29. August 2018 mit Ausfertigung der Konkursandrohung entsprach. Diese wurde der Beschwerdegegnerin am 3. September 2018 zugestellt (AB 18 8, act. 2/1). Mit Verfügung vom 11. September 2018 informierte das Betreibungsamt die Beschwerdeführerin, dass die Beschwerdegegnerin Rechtsvorschlag erhoben habe und dem Fortsetzungsbegehren zu Unrecht entsprochen worden sei. Das Versehen sei darauf zurückzuführen, dass der Zustellbeamte der Post den Rechtsvorschlag nur auf dem Schuldner-Exemplar des Zahlungsbefehls, nicht aber auf dem Gläubiger-Exemplar vermerkt habe. Nachträgliche Abklärungen der Post hätten jedoch ergeben, dass anlässlich der Zustellung des Zahlungsbefehls Rechtsvorschlag erhoben worden sei. Aus diesem Grund ordnete das Betreibungsamt die „Rückweisung des Fortsetzungsbegehrens“ an (act. 3/5). Nahezu zeitgleich, am 12. September 2018, erhob die Beschwerdegegnerin Beschwerde beim Obergericht gegen die bereits ergangene Konkursandrohung (AB 18 8, act. 1). Die Beschwerdeführerin ihrerseits erhob am 21. September 2018 Beschwerde gegen die „Rückweisungsverfügung“ vom 11. September 2018 (act. 1).

B. Prozessverlauf

Mit Verfügung vom 27. September 2018 forderte das Obergericht die Beschwerdegegnerin sowie das beschwerdebeklagte Amt zu Stellungnahme auf (act. 6). Die Stellungnahme des beschwerdebeklagten Amtes erfolgte am 28. September 2018 (act. 7) und die Stellungnahme der Beschwerdegegnerin am 8. Oktober 2018 (act. 8). Mit Verfügung vom 10. Oktober 2018 teilte das Obergericht den Verfahrensbeteiligten mit, dass es keinen zweiten Schriftenwechsel und keine mündliche Verhandlung durchzuführen gedenke (act. 10). Mit Verfügung vom 21. November 2018 wurden die Parteien darüber informiert, dass über die Beschwerde anlässlich der Sitzung vom 8. Januar 2019 beraten werde. Gleichzeitig wurde den Beteiligten die Zusammensetzung des Gerichts bekannt gegeben (act. 12).

Erwägungen

1. Formelles

1.1. Prozessvoraussetzungen

1.1.1. Gemäss Art. 17 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG, SR 281.1) kann, mit Ausnahme der Fälle, in denen das Gesetz den Weg der gerichtlichen Klage vorschreibt, gegen jede Verfügung eines Betreibungs- oder eines Konkursamts bei der Aufsichtsbehörde wegen Gesetzesverletzung oder Unangemessenheit Beschwerde geführt werden. Als Verfügung im Sinne von Art. 17 SchKG gilt jede Handlung, welche das Vollstreckungsverfahren weiterführt, nach aussen in Erscheinung tritt und von einem Betreibungsorgan im Vollstreckungsverfahren kraft seiner Amtsgewalt erlassen wurde (FRANCO LORANDI, Betreibungsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit: Kommentar zu den Artikeln 13-30 SchKG, 2000, N 46 zu Art. 17 SchKG). Die vorliegende Beschwerde richtet sich gegen die „Rückweisung des Fortsetzungsbegehrens“ vom 11. September 2018 (act. 4). Hierbei handelt es sich ohne weiteres um eine Verfügung im Sinne von Art. 17 Abs. 1 SchKG. Ein zulässiges Anfechtungsobjekt liegt damit vor.

1.1.2. Zur Beschwerde ist legitimiert, wer durch die angefochtene Verfügung mehr als die Allgemeinheit berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Abänderung hat. Als Verfügungsadressatin ist die Beschwerdeführerin ohne weiteres zur Beschwerde legitimiert.

1.1.3. Die Beschwerde muss binnen 10 Tagen seit dem Tage, an welchem der Beschwerdeführer von der Verfügung Kenntnis erhalten hat, angebracht werden (Art. 17 Abs. 2 SchKG). Die Verfügung datiert vom 11. September 2018 (act. 4). Die Beschwerdeaufgabe vom 21. September 2018 erfolgte folglich innert Frist.

1.1.4. Als einzige Aufsichtsbehörde im Kanton amtet ein Gremium aus drei Mitgliedern des Obergerichts (Art. 24 Abs. 1 lit. d Justizgesetz [bGS 145.31]; Art. 10 Abs. 1 des Gesetzes über die Einführung des Bundesgesetzes vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs [EG SchKG, bGS 241.1]). Die Zuständigkeit der angerufenen Behörde ist somit gegeben. Sämtliche Prozessvoraussetzungen sind erfüllt, weshalb auf die Beschwerde einzutreten ist.

1.2. Verfahrensgrundsätze

Das Verfahren vor der Aufsichtsbehörde richtet sich nach den Art. 17 – 21 SchKG sowie subsidiär nach dem Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege (Art. 13 Abs. 2 EG SchKG). Die Aufsichtsbehörde stellt den Sachverhalt von Amtes wegen fest (Art. 20a Abs. 2 Ziff. 2 SchKG). Neue Tatsachen und Beweismittel können als Ausfluss der Untersuchungsmaxime bis zur Urteilsberatung geltend gemacht werden. Die Aufsichtsbehörde würdigt die Beweise frei. Sie darf, unter Vorbehalt von Art. 22 SchKG, nicht über die Anträge der Parteien hinausgehen (Art. 20a Abs. 2 Ziff. 3 SchKG). Der Entscheid ist zu begründen und mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen (Art. 20a Abs. 2 Ziff. 4 SchKG). Als Rechtsmittel steht, unabhängig vom Streitwert, die Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht zur Verfügung (Art. 72 Abs. 2 lit. a i.V.m. Art. 74 Abs. 2 lit. c des Bundesgesetzes über das Bundesgericht [BGG, SR 173.110]).

2. Materielles

2.1. Standpunkt der Parteien

2.1.1. Die Beschwerdeführerin bestreitet, dass die Beschwerdegegnerin fristgerecht Rechtsvorschlag erhoben habe. Auf dem Gläubigerdoppel des Zahlungsbefehls, welcher ihr das Betreibungsamt am 28. August 2018 zugestellt habe, sei kein Rechtsvorschlag vermerkt gewesen. Die Beschwerdegegnerin könne auf ihrem Exemplar des Zahlungsbefehls nicht nachträglich einfach das Feld „Rechtsvorschlag“ ankreuzen und dann behaupten, Rechtsvorschlag erhoben zu haben. Sofern der Postbote nun nach gut einem Monat behaupte, sich erinnern zu können, dass in der fraglichen Betreibung Rechtsvorschlag

erhoben worden sei, erscheine dies nicht glaubwürdig, sondern sei als Schutzbehauptung zu qualifizieren. Anzumerken sei, dass D____, der den Zahlungsbefehl in Empfang genommen habe, öfters mit Betreibungen zu tun habe. Er hätte folglich wissen müssen, wie korrekt vorzugehen sei und sich als Ausfluss seiner Sorgfaltspflicht vergewissern müssen, dass der Rechtsvorschlag auf dem Gläubiger- und Schuldnerexemplar des Zahlungsbefehls vermerkt werde. Die Betriebene hätte sich den Rechtsvorschlag auch bescheinigen lassen (Art. 74 Abs. 3 SchKG) oder diesen zum Beweis eingeschrieben erheben können. Verzichte sie darauf und könne sie die Erhebung des Rechtsvorschlags nicht beweisen, habe sie die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen. Weil der Beweis, dass Rechtsvorschlag erhoben wurde nicht erbracht sei, hätte das Betreibungsamt das Fortsetzungsbegehren nicht zurückweisen dürfen. Die „Rückweisungsverfügung“ vom 11. September 2018 sei deshalb aufzuheben.

2.1.2. Die Beschwerdegegnerin hält dem entgegen, dass sie anlässlich der Zustellung durch die Post sehr wohl Rechtsvorschlag erhoben habe. Der Postbote habe dies auf ihrem Exemplar des Zahlungsbefehls bescheinigt. E____, welche an diesem Tag ebenfalls im Büro gewesen sei, könne dies bezeugen. Auch der Sendeverfolgung der Post lasse sich entnehmen, dass Rechtsvorschlag erhoben worden sei. Zumal die Betreibung nur fortgesetzt werden könne, wenn sie nicht durch Rechtsvorschlag oder gerichtlichen Entscheid eingestellt sei (Art. 88 SchKG), hätte das Betreibungsamt die Konkursandrohung nicht ausstellen dürfen. Weiter sei darauf hinzuweisen, dass das Anbringen des Vermerks, dass Rechtsvorschlag erhoben wurde, in die Kompetenz der zustellenden Person falle. Der ihr gegenüber erhobene Vorwurf der Sorgfaltspflichtverletzung gehe daher fehl. Der Widerruf der Konkursandrohung sei deshalb zu Recht erfolgt.

2.2. Würdigung

2.2.1. Der Zahlungsbefehl ist doppelt auszufertigen. Eine Ausfertigung ist für den Schuldner, die andere für den Gläubiger bestimmt (Art. 70 Abs. 1 SchKG). Will der Betriebene Rechtsvorschlag erheben, so hat er dies sofort dem Überbringer des Zahlungsbefehls oder innert zehn Tagen nach der Zustellung dem Betreibungsamt mündlich oder schriftlich zu erklären (Art. 74 Abs. 1 SchKG). Darüber, ob Rechtsvorschlag erhoben wurde sowie über den Inhalt des Rechtsvorschlags, ist der Gläubiger mittels des für ihn bestimmten Exemplars des Zahlungsbefehls zu informieren (Art. 76 Abs. 1 SchKG). Das Gläubigerdoppel wird dem Betreibenden unmittelbar nach dem Rechtsvorschlag, und wenn ein solcher nicht erfolgt ist, sofort nach Ablauf der Bestreitungsfrist zugestellt (Art. 76 Abs. 2 SchKG). Sind Schuldner- und Gläubigerexemplar des Zahlungsbefehls nicht identisch, so ist die dem Schuldner zugestellte Ausfertigung massgebend (Art. 70 Abs. 1

SchKG). Wurde der Rechtsvorschlag auf dem Gläubigerdoppel fälschlicherweise nicht vermerkt und bestreitet die Gläubigerin, dass rechtzeitig Rechtsvorschlag erhoben wurde, so hat der Schuldner die Rechtzeitigkeit des Rechtsvorschlags zu beweisen (vgl. MALACRIDA / ROESLER, in: Kurzkommentar SchKG, 2014, N 4 zu Art. 75 SchKG).

2.2.2. Der Sendeverfolgung der Post lässt sich entnehmen, dass der Postbote anlässlich der Zustellung des Zahlungsbefehls am 6. August 2018, 10.41 Uhr, auf seinem Postscanner „Rechtsvorschlag gesamte Forderung“ vermerkt hat (elektronisch einsehbar via Sendeverfolgungsfunktion der Post durch Eingabe der Betreibungsurkundennummer 98.05.019427.00124682 [elektronische Einsicht zeitlich befristet]; vgl. auch AB 18 8, act. 10/7). Der Beweis, dass fristgerecht Rechtsvorschlag erhoben wurde, ist damit erbracht und der Vorwurf, wonach der Schuldner erst nachträglich auf seinem Exemplar des Zahlungsbefehls das Feld „Rechtsvorschlag“ angekreuzt habe, widerlegt. Die Befragung des Postboten hat sich damit erübrigt. Es kann folglich offen bleiben, ob sich dieser an die fragliche Zustellung noch erinnert, bzw. wie glaubwürdig dessen Aussage gegebenenfalls wäre. Weiter ist darauf hinzuweisen, dass die Beschwerdeführerin aus dem Umstand, dass auf ihrem Exemplar des Zahlungsbefehls der Rechtsvorschlag nicht vermerkt wurde, unter dem Aspekt des „Vertrauensschutzes“ für sich nichts ableiten kann. Dies deshalb, weil das Gesetz ausdrücklich festhält, dass bei einer Divergenz zwischen Schuldner- und Gläubigerexemplar des Zahlungsbefehls das Schuldnerexemplar Vorrang hat (Art. 70 Abs. 1 SchKG). Anzumerken bleibt, dass es Sache des Zustellenden ist, den bei der Zustellung erhobenen Rechtsvorschlag auf den beiden Exemplaren des Zahlungsbefehls zu vermerken. Der Vorwurf der Sorgfaltspflichtverletzung gegenüber dem Empfänger geht folglich fehl, auch wenn der Betreibende infolge seiner Beweislast gut daran tut sich zu vergewissern, dass die Erhebung des Rechtsvorschlags vermerkt wurde (vgl. MALACRIDA / ROESLER, in: Kurzkommentar SchKG, 2014, N 4 zu Art. 75 SchKG).

2.2.3. Zumal die Betreibung aufgrund des Rechtsvorschlags eingestellt war (Art. 78 Abs. 1 SchKG), hätte das Betreibungsamt dem Fortsetzungsbegehren der Beschwerdeführerin keine Folge leisten dürfen. Fraglich ist, ob das Betreibungsamt berechtigt war, die Konkursandrohung selber zu widerrufen, oder ob dies gegebenenfalls Sache der Aufsichtsbehörde gewesen wäre. Erweist sich eine Verfügung als nichtig, kann das Betreibungsamt diese jederzeit widerrufen. Wurde die nichtige Verfügung bei der Aufsichtsbehörde angefochten, besteht diese Möglichkeit nur bis zum Ablauf der Vernehmlassung (Art. 22 Abs. 2 SchKG). Ist eine Verfügung lediglich anfechtbar, kann die Behörde darauf ebenfalls zurückkommen, allerdings nur während der Rechtsmittelfrist und nur solange, als sie unanagefochten geblieben ist. Die Voraussetzungen der Wiedererwägung oder der prozessualen Revision müssen dabei nicht erfüllt sein (vgl.

BGE 129 V 110 E. 1.2.1 S. 111). Die Konkursandrohung wurde der Schuldnerin am 3. September 2018 zugestellt (AB 18 8, act. 2/1). Die 10-tägige Rechtsmittelfrist nach Art. 17 Abs. 2 SchKG nahm somit am 4. September 2018 ihren Lauf (Art. 31 SchKG i.V.m. Art. 142 Abs. 1 der Zivilprozessordnung [ZPO, SR 272]) und endete am 13. September 2018. Der Widerruf der Konkursandrohung (act. 4) erfolgte folglich innerhalb der Rechtsmittelfrist. Auch war die Verfügung zu diesem Zeitpunkt noch unangefochten, übergab die Beschwerdegegnerin ihre Beschwerde doch erst am 12. September 2018 der Post (AB 18 8, act. 1). Der Widerruf erweist sich somit als rechtmässig, unabhängig davon, ob die Konkursandrohung als nichtig oder als anfechtbar zu qualifizieren ist.

2.3. Fazit

Es ist erwiesen, dass die Beschwerdegegnerin anlässlich der Zustellung des Zahlungsbefehls am 6. August 2018 Rechtsvorschlag erhoben hat. Der Widerruf der Konkursandrohung erfolgte folglich zu Recht. Die Beschwerde ist demnach abzuweisen.

2.4. Kosten

Das Beschwerdeverfahren vor der kantonalen Aufsichtsbehörde ist kostenlos (Art. 20a Abs. 2 Ziff. 5 SchKG). Parteientschädigungen sind keine auszurichten (vgl. Art. 62 Abs. 2 der Gebührenverordnung zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs [GebV SchKG, SR 281.35]).

Demnach erkennt die Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Es werden keine Kosten erhoben und keine Entschädigungen zugesprochen.
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 21. Januar 2019 an:
 - A___ GmbH, eingeschrieben
 - RA B1___ und RA B2___, eingeschrieben
 - beschwerdebeklagtes Amt, eingeschrieben

Der Präsident:

Der a.o. Obergerichtsschreiber:

lic. iur. Walter Kobler

MLaw Stefan von Aarburg