

Obergericht Appenzell Ausserrhoden
Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs

Zirkular-Urteil vom 10. Juli 2020

Mitwirkende	Präsident W. Kobler Oberrichter B. Oberholzer, Oberrichterin S. Rohner Gerichtsschreiberin B. Schittli
Verfahren Nr.	AB 20 16
Gesuchsteller	A.
Gesuchsgegner 1	B.
Gesuchsgegner 2	Betreibungsamt Appenzeller Hinterland
Gegenstand	Gesuch um Wiederherstellung einer Frist (Art. 33 Abs. 4 SchKG)

Anträge:

a) des Gesuchstellers:

In der Betreuung Nr. 16000676 betreffend B., Zahlungsbefehl vom 4. November 2016 (zugestellt am 26. Januar 2017), sei die Frist zur Einreichung des Fortsetzungsbegehrens wieder herzustellen.

b) des Betreibungsamtes Appenzeller Hinterland:

(kein Antrag)

c) des Gesuchsgegners:

(sinngemäss) Das Gesuch um Wiederherstellung der Frist sei abzuweisen.

Sachverhalt

A. Übersicht

- a) In der Betreuung Nr. 16000676 von A. über einen Betrag von CHF 26'400.00 nebst Zins zu 5 % gegen B. wurde der Zahlungsbefehl am 26. Januar 2017 an dessen Ehefrau zugestellt (act. 2/1).
- b) Per 31. Dezember 2016 meldete sich B. bei der Gemeinde O. nach D., Ungarn, ab (act. 2/2). Von dort zog er per 5. Oktober 2019 an die Kasernenstrasse 76 in 9100 E. (act. 2/3).

B. Prozessgeschichte

- a) Mit Eingabe vom 24. April 2020 stellte A. bei der Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs Appenzell Ausserrhoden das Gesuch um Wiederherstellung der Frist zur Einreichung des Fortsetzungsbegehrens in der Betreuung Nr. 16000676 des Betreibungsamtes O. (act. 1).
- b) Mit Verfügung vom 28. April 2020 gab die Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs den Verfahrensbeteiligten Kenntnis vom Gesuch und räumte ihnen Gelegenheit zur Einreichung einer Stellungnahme ein (act. 3).

- c) Das Betreibungsamt Appenzeller Hinterland verzichtete auf eine Vernehmlassung (act. 4). Die Stellungnahme des Gesuchsgegners datiert vom 7. Mai 2020 (Postaufgabe, act. 5).
- d) Mit Verfügung vom 8. Mai 2020 wurde die Gesuchsantwort dem Gesuchsteller und dem Betreibungsamt Appenzeller Hinterland zur Kenntnis gebracht (act. 6).

Auf die Ausführungen der Verfahrensbeteiligten kann verwiesen werden. Soweit für die Beurteilung erforderlich, ist im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen darauf einzugehen.

Erwägungen

1. Formelles

- 1.1 Gestützt auf Art. 2 der Verordnung über COVID-19-Massnahmen: Gerichte (bGS 113.2) kann das Obergericht zur Bewältigung der aktuell ausserordentlichen Lage in allen Fällen auf dem Zirkularweg entscheiden, wenn das Gesetz keine Verhandlung vorschreibt. Entscheide, die auf dem Zirkularweg gefällt werden, bedürfen der Einstimmigkeit (Art. 52 Abs. 2 Justizgesetz (JG, bGS 145.31). Da in casu keine Durchführung einer Verhandlung vorgesehen ist, hat das Obergericht den vorliegenden Entscheid im Zirkularverfahren gefällt.
- 1.2 Gesuche um Wiederherstellung einer Frist sind an die Aufsichtsbehörde oder die in der Sache zuständige richterliche Behörde zu richten (Art. 33 Abs. 4 SchKG). Wenn eine vollstreckungsrechtliche Handlung vor einem Betreibungsamt versäumt wurde, entscheidet also prinzipiell die Aufsichtsbehörde (FRANCIS NORDMANN, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, 2. Aufl. 2010, N. 15 zu Art. 33 SchKG).

Vorliegend geht es um die Wiederherstellung der Frist zur Einreichung des Fortsetzungsbegehrens (act. 1). Dieses ist beim Betreibungsamt einzureichen (ANDRÉ E. LEBRECHT, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, 2. Aufl. 2010, N. 9 zu Art. 88 SchKG), womit die Zuständigkeit bei der Aufsichtsbehörde und nicht beim Zivil-Richter liegt.

- 1.3 Wer durch ein unverschuldetes Hindernis davon abgehalten worden ist, innert Frist zu handeln, kann die Aufsichtsbehörde oder die in der Sache zuständige richterliche Behörde um Wiederherstellung der Frist ersuchen (Art. 33 Abs. 4 SchKG).

Weil der Schuldner der Betreuung Nr. 16000676 des Betreibungsamtes O. sich vom 1. Januar 2017 bis 5. Oktober 2019 in Ungarn aufhielt, war die Fortsetzung der Betreuung in dieser Zeit aufgrund des Territorialitätsprinzips (DOMENICO ACOCELLA, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, 2. Aufl. 2010, N. 34 zu Art. 38 SchKG; Ivo SCHWANDER, in: Hunkeler [Hrsg.], Kurzkommentar SchKG, 2. Aufl. 2014, N. 23 f. zu Art. 30a SchKG) für den Gläubiger nicht möglich und dieser ist daher legitimiert, die Wiederherstellung der Frist zur Einreichung des Fortsetzungsbegehrens zu verlangen.

- 1.4 Das Fortsetzungsbegehren ist beim zuständigen Betreibungsamt am Wohnsitz des Schuldners zu stellen. Wenn der Schuldner nach der Zustellung des Zahlungsbefehls den Wohnsitz wechselt, ist das Begehren am neuen Wohnsitz zu stellen (Art. 53 SchKG, der die perpetuatio fori erst bei der Pfändungsankündigung eintreten lässt; ANDRÉ E. LEBRECHT, a.a.O., N. 9 zu Art. 88 SchKG).

Aus dem Umstand, dass der Gesuchsgegner in der Zwischenzeit im Kanton Appenzell Ausserrhoden, konkret in E., wohnt und das Fortsetzungsbegehren demzufolge beim Betreibungsamt Appenzeller Hinterland zu stellen ist, ergibt sich (auch) die Zuständigkeit der Aufsichtsbehörde Appenzell Ausserrhoden.

- 1.5 Wer durch ein **unverschuldetes Hindernis** davon abgehalten worden ist, innert Frist zu handeln, kann 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** (Art. 33 Abs. 4 SchKG; FRANCIS NORDMANN, a.a.O., N. 14 zu Art. 33). Sobald für die betroffene Partei das Hindernis wegfällt, muss sie innert der ursprünglich angesetzten Frist die Wiederherstellung bei der Aufsichtsbehörde oder bei dem in der Sache zuständigen Gericht nachsuchen. Trotz Fehlen klarer Formvorschriften im SchKG ist das Wiederherstellungsbegehren schriftlich und begründet sowie mit Beweismitteln versehen innert Frist einzureichen. Darin ist nebst den obgenannten Voraussetzungen auch darzulegen, dass das unverschuldete Hindernis effektiv für die nicht rechtzeitige Fristwahrung verantwortlich war (RUSSENBERGER/MINET, in: Hunkeler [Hrsg.], Kurzkommentar SchKG, 2. Aufl. 2014, N. 27 zu Art. 33; FRANCIS NORDMANN, a.a.O., N. 14 zu Art. 33).

Vorliegend wurde der Zahlungsbefehl in der Betreuung Nr. 16000676 der Ehefrau des Schuldners am 26. Januar 2017 zugestellt (act. 2/1). Das Begehren um Fortsetzung der Betreuung hätte der Gesuchsteller also frühestens am 15. Februar 2017 und spätestens am 25. Januar 2018 stellen können (Art. 88 Abs. 1 und 2 SchKG). Vom 1. Januar 2017 bis 5. Oktober 2019 hielt der Schuldner B. sich allerdings in Ungarn auf (act. 2/2 und 2/3) und die Fortsetzung der Betreuung war für den Gläubiger in dieser Zeit aufgrund des Territorialitätsprinzips nicht möglich (DOMENICO ACOCELLA, a.a.O., N. 34 zu Art. 38 SchKG; Ivo SCHWANDER, a.a.O., N. 23 f. zu Art. 30a SchKG). Das Vorliegen eines unverschuldeten Hindernisses kann somit bejaht werden.

Nachdem B. wieder in der Schweiz wohnhaft ist, hat A. innert der Jahresfrist von Art. 88 Abs. 1 und 2 SchKG bei der Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs Appenzell Ausserrhoden sowohl das Gesuch um Wiederherstellung der Frist zur Fortsetzung der Betreuung eingereicht (act. 1), als auch beim Betreibungsamt Appenzeller Hinterland um Fortsetzung der Betreuung ersucht (act. 2/4 und 2/5).

Die Voraussetzungen, um auf das Gesuch um Wiederherstellung der versäumten Frist einzutreten, sind somit erfüllt.

2. Materielles

- 2.1 Art. 33 SchKG behandelt gemäss Marginalie die Änderung und Wiederherstellung von Fristen. Er erfasst indessen nur die **betreibungsrechtlichen Verwirkungsfristen**, nicht die materiell-rechtlichen Verjährungs- und Verwirkungsfristen (welche in Art. 127 ff. OR geregelt sind), die betreibungsrechtlichen Zustandsfristen sowie die Fristen der ZPO und des BGG. Ebenso wenig sind die betreibungsrechtlichen Bedenkfristen verlängerbar oder wiederherstellbar, da die speziellen Bestimmungen des Rechtsstillstandes für diese genügend Schutz bieten. Art. 33 SchKG bezweckt demnach, die grundsätzliche Fristenstrenge des SchKG zu mildern, falls diese zu einem unbilligen Ergebnis führen würde (FRANCIS NORDMANN, a.a.O., N. 1 zu Art. 33 SchKG; RUSSENBERGER/MINET, a.a.O., N. 1 zu Art. 33 SchKG; BAERISWYL/MILANI/SCHMID, in: Kren Kostkiewicz/Vock [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. Aufl. 2017, N. 2 f. zu Art. 33 SchKG).

Unter die betreibungsrechtlichen Verwirkungsfristen fällt gemäss herrschender Lehre - unter anderem - die Frist für das Fortsetzungsbegehren nach Art. 88 Abs. 2 SchKG

(FRANCIS NORDMANN, a.a.O., N. 8 zu Art. 31 SchKG; RUSSENBERGER/MINET, a.a.O., N. 8 zu Art. 31 SchKG; BAERISWYL/MILANI/SCHMID, a.a.O., N. 23 zu Art. 31 SchKG; a.A. AMONN/WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl. 2013, § 11 Rz. 27).

In der Lehre wird häufig erwähnt, dass von dieser Bestimmung nur die **kurzen** Eingabefristen erfasst sind, damit die Kohärenz mit der Wiederherstellung gemäss Abs. 4 von Art. 33 SchKG gegeben ist (AMONN/WALTHER, a.a.O., § 11 Rz. 27). Das ist aber nur aus tatsächlicher Sicht korrekt, sind doch von der Bestimmung sämtliche - und mithin auch die längeren - (Eingabe-)Fristen erfasst. Letztere sind weniger gefährdet, bei unverschuldeten Hindernissen verpasst zu werden, da der Betroffene genügend Zeit besitzt, das Geeignete vorzukehren. Trotzdem ist es denkbar, dass auch eine zweijährige Eingabefrist im Sinne von Art. 292 SchKG wiederhergestellt werden kann, wenn das unverschuldete Hindernis kurz vor Ablauf eintrat (RUSSENBERGER/MINET, a.a.O., N. 2 zu Art. 33 SchKG; zustimmend für Ausnahmesituationen BAERISWYL/MILANI/SCHMID, a.a.O., N. 2 zu Art. 33 SchKG) oder wie im vorliegenden Fall während längerer Zeit andauerte.

Die herrschende Lehre, welche auch die Frist für das Fortsetzungsbegehren gemäss Art 88 Abs. 2 SchKG dem Anwendungsbereich von Art. 33 Abs. 4 SchKG unterstellt, überzeugt demnach und es ist auf diese abzustellen.

- 2.2 Kommt die zuständige Behörde zum Schluss, dass ein unverschuldetes Hindernis vorliegt und auch die weiteren Voraussetzungen zur Erteilung der Wiederherstellung der Frist erfüllt sind, hat der Gesuchsteller darauf einen Rechtsanspruch (FRANCIS NORDMANN, a.a.O., N. 17 zu Art. 33; BAERISWYL/MILANI/SCHMID, a.a.O., N. 64 zu Art. 33 SchKG; a.A. AMONN/WALTHER, a.a.O., § 11 Rz. 28). Eine Wiederherstellung kommt sodann nur infrage, wenn diese nach wie vor in praktischer Hinsicht sinnvoll erscheint. Mit anderen Worten muss ein aktuelles Interesse an der Wiederherstellung bestehen. Dies ist - in Abhängigkeit der infrage stehenden Frist - allenfalls dann nicht mehr der Fall, wenn in der Spezialexécution die Verteilung stattgefunden hat. Insoweit ist die Wiederherstellung nicht in jedem Stadium der Zwangsvollstreckung ohne zeitliche Begrenzung zulässig (AMONN/WALTHER, a.a.O., § 11 Rz. 28; BAERISWYL/MILANI/SCHMID, a.a.O., N. 62 zu Art. 33 SchKG).

Dass eine Wiederherstellung der Frist in casu keinen Sinn mehr machen würde, ist nicht ersichtlich und wurde auch seitens des Gesuchsgegners nicht vorgebracht.

- 2.3 Der Gesuchsgegner bringt nichts vor, was einer Wiederherstellung der Frist, die Fortsetzung der Betreuung zu verlangen, entgegensteht. Seine Einwendungen beziehen sich ausschliesslich auf die materiell-rechtliche Grundlage der in Betreuung gesetzten Forderung. Diese wären demnach durch den Richter im Rahmen von Art. 85 f. SchKG bzw. einer Forderungsklage und nicht von der Aufsichtsbehörde zu prüfen (AMONN/WALTHER, a.a.O., § 6 Rz. 3 f.; COMETTA/MÖCKLI, a.a.O., N. 1 und 10 ff. zu Art. 17 SchKG).
- 2.4 Nach dem Gesagten ist das Gesuch von A. gutzuheissen und die Frist zur Fortsetzung der Betreuung Nr. 16000676 des Betreibungsamtes O. wieder herzustellen.
- 2.5 Gegen den das Gesuch um Wiederherstellung behandelnden Entscheid stehen die üblichen Rechtsmittel zur Verfügung. Falls die obere oder - wie im Kanton Appenzell Ausser rhoden - einzige Aufsichtsbehörde entschieden hat, ist die Beschwerde ans Bundesgericht zulässig (Art. 19 SchKG sowie Art. 72 Abs. 2 lit. a und Art. 74 Abs. 2 lit. c Bundesgerichtsgesetz, BGG, SR 173.110).

3. Kosten

Nach einem Teil der Lehre (FRANCIS NORDMANN, a.a.O., N. 16 zu Art. 33 SchKG; BAERISWYL/MILANI/SCHMID, a.a.O., N. 42 zu Art. 33 SchKG) sowie der Praxis (AB BL, BISchK 2000, S. 29) ist das Verfahren betreffend Wiederherstellung der Frist zur Erhebung des Rechtsvorschlages vor der Aufsichtsbehörde kostenpflichtig. Zur Anwendung gelangt analog Art. 48 der Gebührenverordnung zum Bundesgesetz über Schuldbetreuung und Konkurs (GebV SchKG, SR 281.35), welcher zum Teil auf die ZPO verweist. Nach einer anderen Meinung (FLAVIO COMETTA, BISchK 2000, S. 30) soll für das Wiederherstellungsgesuch vor der Aufsichtsbehörde die Unentgeltlichkeit entsprechend Art. 20a Abs. 1 Satz 1 SchKG (heute Art. 20a Abs. 2 Ziff. 5 SchKG) und Art. 61 Abs. 2 lit. a GebV SchKG gelten, weil das Verfahren ganz ähnlich dem Beschwerdeverfahren ist.

Für das Beschwerdeverfahren sehen Art. 20a Abs. 2 Ziff. 5 SchKG und Art. 61 Abs. 2 lit. a GebV SchKG - unter dem Vorbehalt böswilliger oder mutwilliger Prozessführung - explizit die Unentgeltlichkeit vor. Art. 20a SchKG gehört zum Abschnitt „I. Organisation“ mit dem Titel „M. Beschwerde“. Demgegenüber ist Art. 33 Abs. 4 SchKG, der die Wiederherstellung von Fristen regelt, im Abschnitt „II. Verschiedene Vorschriften“ unter dem Titel „A. Fristen“ zu finden. Die Systematik des Gesetzes spricht somit gegen die Kostenlosigkeit des Verfahrens bei der Wiederherstellung von Fristen.

Die von FRANCIS NORDMANN, BAERISWYL/MILANI/SCHMID und der Aufsichtsbehörde Basel-land vertretene Meinung überzeugt aber noch aus einem anderen Grund: Bei der Wiederherstellung einer Frist im Sinne von Art. 33 Abs. 4 SchKG wird einem Verfahrensbeteiligten in der Regel nach einem formellen Versäumnis eine Rechtswohlthat gewährt. Im Beschwerdeverfahren geht es demgegenüber darum, die Tätigkeit der Betreibungs- und Konkursämter zu überprüfen.

Diese Unterschiede rechtfertigen nach Auffassung der Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs zumindest im Fall, in dem auf das Wiederherstellungsgesuch nicht eingetreten oder dieses abgewiesen wird, eine unterschiedliche Behandlung bei den Kosten (vgl. AB 15 1, Entscheid vom 28. April 2015).

Vorliegend wird das Gesuch um Wiederherstellung der Frist allerdings gutgeheissen und dem Gesuchsteller kann kein formelles Versäumnis vorgeworfen werden. Es rechtfertigt sich daher, ausnahmsweise von der Erhebung einer Gebühr abzusehen.

Eine Parteientschädigung wird nicht zugesprochen (Art. 62 Abs. 2 GebV SchKG; AMONN/WALTHER, a.a.O., § 6 Rz. 62 und § 13 Rz. 11 und 13; COMETTA/Möckli, a.a.O., N. 28 zu Art. 20a SchKG; LUZIUS Eugster, Kommentar GebV SchKG, 2008, N. 9. F. zu Art. 62 GebV SchKG).

Demnach erkennt die Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs:

1. Das Gesuch um Wiederherstellung wird gutgeheissen und die Frist zur Fortsetzung der Betreibung Nr. 16000676 des Betreibungsamtes O. wieder hergestellt.
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 10. Juli 2020 an:
 - A., eingeschrieben
 - B., eingeschrieben
 - Betreibungsamt Appenzeller Hinterland, eingeschrieben
 - Betreibungsamt O., eingeschrieben

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. Walter Kobler

lic. iur. Barbara Schittli