



Fall-Nr.:	AB.2008.1
Stelle:	Kantonsgericht
Rubrik:	Kantonale Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs und
Publikationsdatum:	03.03.2008
Entscheiddatum:	03.03.2008

Entscheid Kantonsgericht, 03.03.2008

**Art. 17 und 88 SchKG (SR 281.1). Beseitigung des Rechtsvorschlags im
Verwaltungsverfahren und Fortsetzungsbegehren: Wenn die Organisation
den Schuldner nachweislich bereits vorgängig zur Stellungnahme
eingeladen hat, kann sie für die Eröffnung der Rechtsöffnungsverfügung die
Zustellungsfiktion anrufen. Für mindestens eine Verfahrenshandlung – sei es
der Beginn (Aufforderung zur Stellungnahme) oder der Abschluss (Eröffnung
der Verfügung) – muss die Organisation den Zustellbeweis erbringen (Erw.
Ziff. 3) (Kantonsgericht, Obere kantonale Aufsichtsbehörde für
Schuldbetreibung, 3. März 2008, AB.2008.1).**

1. In der von der Gläubigerin Y angestregten Betreibung wurde dem Schuldner X vom Betreibungsamt am 12. März 2007 der Zahlungsbefehl für ausstehende Gebühren zugestellt. Der Schuldner erhob Rechtsvorschlag. Mit uneingeschriebenem Brief vom 2. Mai 2007 wurde ihm von der Gläubigerin Gelegenheit eingeräumt, allfällige Gründe für den Rechtsvorschlag mitzuteilen. Die in diesem Schreiben für den Fall der Nichtbezahlung angedrohte Beseitigung des Rechtsvorschlags gemäss Art. 79 SchKG erfolgte am 2. Juli 2007. Die eingeschriebene Verfügung wurde am 12. Juli 2007 mit dem Vermerk "nicht abgeholt" an die Gläubigerin zurückgesendet. Das Betreibungsamt wies das von der Gläubigerin in der Folge verlangte Fortsetzungsbegehren am 13. November 2007 ab, mangels Nachweis einer gehörigen Zustellung der Verfügung vom 2. Juli 2007.

2. Dagegen erhob die Gläubigerin Beschwerde, welche vom Kreisgericht mit Entscheid vom 27. Dezember 2007 abgewiesen wurde. Gegen dieses Urteil reichte die Gläubigerin fristgemäss Beschwerde bei der oberen kantonalen Aufsichtsbehörde ein (B/1). Die Stellungnahme des Betreibungsamtes ging am 28. Januar 2008 ein (B/7),



Vorinstanz und Beschwerdegegner verzichteten auf eine Vernehmlassung. Auf die Ausführungen der Parteien wird, soweit erforderlich, in den rechtlichen Erwägungen eingegangen.

3. War gegen den Zahlungsbefehl Rechtsvorschlag erhoben worden, so hat der Gläubiger mit dem Fortsetzungsbegehren einen mit einer Rechtskraftbescheinigung versehenen Entscheid vorzulegen, durch welchen der Rechtsvorschlag beseitigt worden ist. Das heisst, der Gläubiger muss ein rechtskräftiges Anerkennungsurteil (Art. 79 SchKG) oder einen definitiven Rechtsöffnungsentscheid (Art. 80 f. SchKG) bzw. einen Entscheid im Verfahren betreffend Feststellung neuen Vermögens (Art. 265a SchKG) vorlegen (BSK SchKG II-Lebrecht, N 14 zu Art. 88).

Das Bundesgericht hat in BGE 130 III 396 für den Fall der Krankenkassen, welche – wie die Billag AG (BGE 128 III 39 ff.) – den Rechtsvorschlag im Verwaltungsverfahren beseitigen können, entschieden, dass dies ein neues Verfahren darstellt; der Schuldner hat nach der Zustellung des Zahlungsbefehls noch nicht mit der Zustellung des Rechtsöffnungsentscheides zu rechnen und insoweit gilt die Zustellfiktion nicht (BGE 7B.153/2006 mit Verweis auf BGE 130 III 396 E. 1.2.3 S. 399 f.). Anders als in BGE 130 III 396 hat vorliegend die Gläubigerin dem Schuldner das Verfahren der Beseitigung des Rechtsvorschlags mit Schreiben vom 2. Mai 2007 angekündigt und ihn zur Stellungnahme aufgefordert. Wenn die Organisation den Schuldner nachweislich bereits vorgängig zur Stellungnahme eingeladen hat, kann sie für die Eröffnung der Verfügung die Zustellungsfiktion anrufen (vgl. Dominik Gasser, "Rechtsöffnung im Verwaltungsverfahren" in ZZZ 2005 S. 188 bzw. Referat anlässlich der Weiterbildungsveranstaltung der Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz vom 13. September 2005 in Baden, S. 8). Für mindestens eine Verfahrenshandlung – sei es der Beginn (Aufforderung zur Stellungnahme) oder der Abschluss (Eröffnung der Verfügung) – muss die Organisation den Zustellbeweis erbringen, beispielsweise durch gelungene eingeschriebene Sendung oder durch "Zustellprotokoll" bei weiteren Versuchen (vgl. Dominik Gasser, a.a.O., S. 191 bzw. Referat, a.a.O., S. 11).

Es stellt sich hier die Frage, ob der Zustellbeweis für den uneingeschriebenen Brief



vom 2. Mai 2007 oder die Verfügung vom 2. Juli 2007 (zum zweiten Mal zugestellt mit gewöhnlicher Post und Begleitschreiben vom 13. Juli 2007) erbracht ist. Wenn der Schuldner Kenntnis des Schreibens vom 2. Mai 2007 hatte, musste er in nächster Zeit mit einer Verfügung der Beschwerdeführerin rechnen, weshalb betreffend der Verfügung vom 2. Juli 2007 die Zustellfiktion gelten würde. Hat der Schuldner die Verfügung vom 2. Juli 2007 mit gewöhnlicher Post erhalten, so braucht es die Zustellfiktion nicht. Der Schuldner hat bis heute nie vorgebracht, er habe die betreffenden beiden Sendungen nicht erhalten. Dabei konnte die Aufforderung zur Stellungnahme im vorliegenden Verfahren zugestellt werden, inkl. sämtlicher Beilagen der Beschwerdeführerin (vgl. B/5). Weitere Hinweise dafür, dass der Schuldner die betreffenden Schreiben tatsächlich erhalten hat, z.B. Aktennotiz über ein Telefonat mit dem Schuldner, Mail, Fax etc., ergeben sich nicht aus den Akten. Immerhin hat die Beschwerdeführerin im Sinne eines "Zustellprotokolls" betreffend der Verfügung vom 2. Juli 2007 einen zweiten Zustellversuch – mit uneingeschriebener Sendung und Begleitschreiben vom 13. Juli 2007 – glaubhaft gemacht. Aufgrund der gesamten Umstände ist davon auszugehen, dass der Schuldner das Schreiben vom 2. Mai 2007 und/oder die Verfügung vom 2. Juli 2007 (mit gewöhnlicher Post) erhalten hat. Es erscheint höchst unwahrscheinlich, dass beide Schreiben nicht zugestellt wurden, zumal die Adresse des Schuldners immer dieselbe blieb. Das Betreibungsamt darf sich im Übrigen grundsätzlich auf die Rechtskraftbescheinigung durch die verfügende Behörde verlassen. Es soll die Rechtskraft nicht standardmässig nachprüfen. Bei erheblichen Zweifeln jedoch, aufgrund klarer Indizien, soll und darf es nachfragen, denn die Bescheinigung heilt allfällige Mängel nicht (vgl. Dominik Gasser, Referat an der Weiterbildungsveranstaltung der Universität St. Gallen vom 25. Oktober 2006, "Bericht aus Bern" – laufende Revisionsbestrebungen im und mit Auswirkungen auf das SchKG, S. 7). Ein solches klares Indiz für eine zu Unrecht ausgestellte Rechtskraftbescheinigung wäre beispielsweise, wenn der Schuldner vorbringt, er habe keine Kenntnis der betreffenden Verfügung oder er habe gegen sie ein Rechtsmittel ergriffen. Vorliegend gibt es keinerlei Indizien, dass der Schuldner den Brief vom 2. Mai 2007 oder die Verfügung vom 2. Juli 2007 nicht erhalten hat. Im Übrigen entspricht es der Praxis, dass die Gläubigerin für ihre Verfügungen die Rechtskraftbescheinigung selbst ausstellt (vgl. B/9). Dementsprechend ist die Beschwerde gutzuheissen. Das Betreibungsamt ist anzuweisen, das Betreibungsverfahren fortzusetzen. Der Schuldner



kann nach Zustellung der Pfändungsankündigung immer noch mit Beschwerde gemäss Art. 17 SchKG geltend machen, er habe weder das Schreiben vom 2. Mai 2007 noch die Verfügung vom 2. Juli 2007 (mit gewöhnlicher Post) erhalten.