

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer als obere kantonale Aufsichtsbehörde
über Schuldbetreibung und Konkurs



Geschäfts-Nr.: PS110130-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Ersatzrichter lic. iur. P. Raschle
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Wili.

Urteil vom 11. August 2011

in Sachen

A._____ S.A.,

Beschwerdeführerin,

gegen

B._____,

Beschwerdegegner,

betreffend

Rückweisung Fortsetzungsbegehren / Betreibung Nr. ...
(Beschwerde über das Betreibungsamt C._____)

Beschwerde gegen einen Beschluss der 3. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich
vom 4. Juli 2011 (CB110042)

Erwägungen:

1. Der Beschwerdegegner erhob in der gegen ihn laufenden Betreuung Nr. ... über Fr. 696.60 nebst Zinsen und Kosten am 6. Dezember 2010 Rechtsvorschlag (act. 17/2). Mit Datum vom 30. Dezember 2010 erliess die Beschwerdeführerin eine Verfügung im Sinne von Art. 49 ATSG, mit welcher sie den vom Beschwerdegegner erhobenen Rechtsvorschlag in Anwendung von Art. 79 SchKG beseitigte (act. 17/3). Diese eingeschriebene versandte Verfügung wurde vom Beschwerdegegner nicht abgeholt (act. 17/4), weshalb die Beschwerdeführerin am 13. Januar 2011 ein Schreiben per A-Post an den Beschwerdegegner adressierte (17/5-6). Gleichentags versandte sie die Verfügung vom 30. Dezember 2010 erneut (act. 17/7). Auch diese zweite eingeschriebene Sendung wurde vom Beschwerdegegner nicht abgeholt (act. 17/9). Gestützt auf diesen Sachverhalt reichte die Beschwerdeführerin beim Betreibungsamt C. _____ am 17. März 2011 ein Begehren um Fortsetzung der Betreuung ein, welches das Betreibungsamt C. _____ gleichentags zurückwies (act. 2/1-2). Dies begründete es damit, der Nachweis für die rechtsgültige Zustellung des den Rechtsvorschlag beseitigenden Entscheides fehle. Eine blosser Zustellfiktion genüge nicht (BGer, 5A_172/2009 vom 26. Januar 2010).

2. Nachdem das Bezirksgericht Zürich als untere kantonale Aufsichtsbehörde über Betreibungsämter mit Zirkulationsbeschluss vom 4. Juli 2011 die von der Beschwerdeführerin dagegen erhobene Beschwerde abgewiesen hatte (act. 10 = act. 13), gelangte die Beschwerdeführerin mit Beschwerde vom 12. Juli 2011 rechtzeitig an die Kammer (act. 14).

3. Die Vorinstanz begründet ihren Entscheid damit, dass die Beschwerdeführerin als Krankenkasse zwar befugt sei, einen in einer durch sie eingeleiteten Betreuung erhobenen Rechtsvorschlag durch Verfügung aufzuheben (act. 13 S. 5 f.). Das Rechtsöffnungsverfahren stelle aber ein neues Verfahren dar, weshalb mangels Prozessrechtsverhältnis die Zustellfiktion von Art. 38 Abs. 2^{bis} ATSG nicht zur Anwendung gelange. In der Folge gelte die den Rechtsvorschlag aufhebende und vom Beschwerdegegner nicht abgeholte Verfügung vom 30. Dezem-

ber 2010 nicht als zugestellt (act. 13 S. 6). Daran ändere auch das per A-Post versandte Schreiben der Beschwerdeführerin vom 13. Dezember 2011 nichts, weil nicht nachgewiesen sei, dass der Beschwerdegegner dieses erhalten bzw. entsprechend Kenntnis davon erlangt habe und damit kein genügendes Indiz für den effektiven Zugang der Verfügung geschaffen werde (act. 13 S. 7).

4. Demgegenüber stellt sich die Beschwerdeführerin auf den Standpunkt, dass das Bundesgericht in seinem Entscheid 5A_172/2009 vom 26. Januar 2010 die Möglichkeit, Indizien für den Zugang einer Sendung zu schaffen, explizit vorsehe. Ein solches Indiz sei durch das Schreiben vom 13. Januar 2011, womit der Beschwerdegegner darauf aufmerksam gemacht worden sei, dass er mit der Zustellung einer Verfügung rechnen müsse, und der zweimaligen Zustellung der Verfügung geschaffen worden, weshalb die Verfügung als zugestellt gelte. Die Ansicht des Betreibungsamtes und der Vorinstanz seien überspitzt formalistisch (act. 14 S. 3 ff.).

5. Vorliegend ist nicht strittig, dass die Beschwerdeführerin als Krankenkasse in einer durch sie eingeleiteten Betreuung einen erhobenen Rechtsvorschlag durch Verfügung beseitigen kann. Ferner ist in ständiger Rechtsprechung durch das Bundesgericht anerkannt und vorliegend ebenfalls unbestritten, dass die Rechtsöffnung grundsätzlich ein neues Verfahren darstellt, in welchem der Schuldner nicht mit einer Zustellung rechnen muss, weshalb die Zustellfiktion von Art. 38 Abs. 2^{bis} ATSG nicht zum Zuge kommt (act. 14 S. 4). Das hat die Vorinstanz bereits zutreffend festgestellt und ausgeführt. Um unnötige Wiederholungen zu vermeiden, ist darauf zu verweisen (act. 13 S. 5 f.). Die Beschwerdeführerin vertritt nun aber unter Bezugnahme auf einen Entscheid des Bundesgerichts (5A_172/2010 vom 26. Januar 2010) die Meinung, unabhängig vom fehlenden Prozessrechtsverhältnis reiche der Umstand, dass die Verfügung durch das mittels gewöhnlicher Post versandte Schreiben vom 13. Januar 2011 angekündigt worden sei, aus, dass die Verfügung vom 30. Dezember 2010 als zugestellt gelte. Dies ist vorliegend zu prüfen.

6. Im zitierten Entscheid 5A_172/2010 vom 26. Januar 2010 bestätigte das Bundesgericht abermals die vorstehend wiedergegebene Praxis zum Pro-

zessrechtsverhältnis und hält als blossen Hinweis ergänzend fest, dass das Problem der fehlenden Zustellbarkeit in der Lehre behandelt und dort die Auffassung vertreten werde, ein Gläubiger habe diesfalls die Möglichkeit, Indizien zu schaffen, welche auf einen effektiven Zugang schliessen liessen (E. 5). Gestützt auf diesen Hinweis geht die Beschwerdeführerin davon aus, allein dadurch, dass vorab ein Schreiben mit gewöhnlicher Post versendet werde, ein ebensolches Indiz geschaffen werde und die Verfügung als zugestellt gelte. Damit geht sie fehl. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin wich das Bundesgericht mit diesem blossen Hinweis auf die in der Lehre vertretenen Auffassung gerade nicht von seiner bisherigen Praxis ab. Vielmehr bestätigte es diese auch in nachfolgenden Entscheiden, in welchen es explizit festhielt: "Es besteht kein Anlass, diese konstante Rechtsprechung zu ändern und einen Betriebenen bereits nach Eingang des Zahlungsbefehls mit der Obliegenheit zu belasten, mit einer späteren Rechtsöffnung rechnen zu müssen. Insbesondere vermögen angebliche Schwierigkeiten bei der Zustellung bzw. ihrem Nachweis einen solchen Schritt nicht zu rechtfertigen" (BGer, 5A_738/2010 E. 3.2 und 5A_710/2010 E. 3.2 beide vom 28. Januar 2011). Nach Ansicht des Bundesgerichtes ist für eine fiktive Zustellung (hier nach Art. 38 Abs. 2^{bis} ATSG) nach wie vor massgebend, dass der Schuldner tatsächlich mit einer Zustellung hat rechnen müssen und damit ein Prozessrechtsverhältnis entstanden ist. Mit dem Hinweis wollte das Bundesgericht aber festhalten, dass das grundsätzlich fehlende Prozessrechtsverhältnis durch gewisse Hilfsmittel (wie Fax, A-Post, Telefon etc.) hergestellt werden kann, so dass eine Zustellung fingiert werden könnte. Vorausgesetzt ist aber dann, dass effektiv nachgewiesen wird, dass der Schuldner durch das Hilfsmittel im Konkreten tatsächlich Kenntnis vom Rechtsöffnungsverfahren erhalten hat.

7. Unter diesem Aspekt hat die Vorinstanz den vorliegenden Sachverhalt überprüft. Weshalb das überspitzt formalistisch sein soll, wie es die Beschwerdeführerin behauptet (act. 14 S. 4), ist nicht ersichtlich. Die Vorinstanz hat festgestellt, dass der Beschwerdeführerin auch unter Berufung auf das zusätzliche Schreiben vom 13. Januar 2011 der Nachweis nicht gelingt, dass der Beschwerdegegner dieses Schreiben tatsächlich erhalten und dementsprechend Kenntnis vom Verfahren erlangt hat (act. 13 S. 7). Das behauptete die Beschwerdeführerin

im Übrigen auch nicht (act. 1). Die Beschwerdeführerin bringt auch im Rechtsmittelverfahren nichts Derartiges vor. Es ist somit nicht davon auszugehen, dass der Beschwerdegegner im Zeitpunkt der zweiten Zustellung der Verfügung Kenntnis vom Verfahren hatte und deshalb mit einer Zustellung hatte rechnen müssen. Demnach war auch im Zeitpunkt der zweiten Zustellung der Verfügung noch kein Prozessrechtsverhältnis entstanden, so dass die Zustellung gemäss Art. 38 Abs. 2^{bis} ATSG hätte fingiert werden können. Das Betreibungsamt C._____ hat das Fortsetzungsbegehren somit zu Recht zurückgewiesen, was die Vorinstanz bereits zutreffend festgestellt hat. Die Beschwerde ist abzuweisen.

8. Das Verfahren vor den kantonalen Aufsichtsbehörden in Schuldbetreibungs- und Konkursachen ist kostenlos (Art. 20a Abs. 2 Ziff. 5 SchKG); Prozessentschädigungen sind nicht zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Es werden keine Kosten erhoben und keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und – unter Beilage der erstinstanzlichen Akten – an die 3. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich als Beschwerdeinstanz sowie an das Betreibungsamt C._____, je gegen Empfangsschein.
4. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 10 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um einen Entscheid der kantonalen Aufsichtsbehörde in Schuldbetrei-
bungs- und Konkursachen im Sinne von Art. 74 Abs. 2 lit. c BGG.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Wili

versandt am: