

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer als obere kantonale Aufsichtsbehörde
über Schuldbetreibung und Konkurs



Geschäfts-Nr.: PS130130-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur.
P. Diggelmann und Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Houweling-Wili.

Urteil vom 27. September 2013

in Sachen

A._____ AG,

Beschwerdeführerin,

gegen

B._____,

Beschwerdegegner,

betreffend

Rückweisung des Fortsetzungsbegehrens
(Beschwerde über das Betreibungsamt C._____)

Beschwerde gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Dietikon vom 17. Juli 2013
(CB130001)

Erwägungen:

1.

1.1. Der Beschwerdegegner erhob in der gegen ihn laufenden Betreuung Nr. ... über Fr. 309.10 nebst Zinsen und Kosten sowie einer Nebenforderung in Höhe von Fr. 40.-- am 27. Juni 2012 Rechtsvorschlag (act. 2/4). Mit Datum vom 17. Juli 2012 erliess die Beschwerdeführerin eine Verfügung im Sinne von Art. 49 ATSG, mit welcher sie feststellte, dass der Beschwerdegegner ihr für ausstehende Prämien zuzüglich Betreuungskosten Fr. 388.50 schuldet. Gleichzeitig beseitigte sie den vom Beschwerdegegner erhobenen Rechtsvorschlag in Anwendung von Art. 79 SchKG im Umfang von Fr. 355.50 (act. 2/5). Diese Verfügung wurde eingeschrieben versandt, wobei der Beschwerdegegner die Annahme verweigerte (act. 2/6). Am 3. Dezember 2012 erliess die Beschwerdeführerin erneut eine Verfügung, stellte darin fest, dass der Beschwerdegegner ihr Fr. 394.35 schuldet, hob den genannten Rechtsvorschlag im Umfang von Fr. 361.35 auf und versandte diese Verfügung gleichentags per A-Post Plus (act. 2/7). Sie wurde dem Beschwerdegegner gemäss Auszug der Sendungsverfolgung am 4. Dezember 2012 zugestellt. Gestützt auf diese zweite Verfügung reichte die Beschwerdeführerin beim Betreibungsamt C._____ am 28. Januar 2013 ein Begehren um Fortsetzung der Betreuung ein, welches das Betreibungsamt C._____ am 5. Februar 2013 zurückwies (act. 2/2 und act. 2/8). Dies begründete es damit, dass der Nachweis für die rechtsgültige Zustellung des den Rechtsvorschlag beseitigenden Entscheides fehle. Eine blosser Zustellfiktion genüge nicht (BGE 130 III 396; OGer ZH NR090011, Beschluss vom 18. Juni 2009).

1.2 Mit Eingabe vom 18. Februar 2013 gelangte die Beschwerdeführerin an das Bezirksgericht Dietikon als untere kantonale Aufsichtsbehörde und verlangte die Fortsetzung der Betreuung Nr. ... (act. 1). Mit Urteil vom 17. Juli 2013 wies das Bezirksgericht Dietikon die Beschwerde ab (act. 14 = act. 17).

1.3 Gegen dieses Urteil erhob die Beschwerdeführerin mit Schriftsatz vom 29. Juli 2013 rechtzeitig Beschwerde an die Kammer als obere kantonale Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen (act. 18). Sie beantragt die Aufhebung des angefochtenen Urteils und die Fortsetzung der Betreuung Nr. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1-15). Mit Verfügung vom 6. August 2013 wurde dem Beschwerdegegner Frist zur Beantwortung der Beschwerde angesetzt (act. 21). Innert dieser Frist wurde keine Beschwerdeantwort erstattet. Die Sache erweist sich als spruchreif.

2.

2.1. Das Verfahren der Aufsichtsbeschwerde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen richtet sich nach den Bestimmungen von Art. 20a Abs. 2 SchKG. Soweit Art. 20a Abs. 2 SchKG keine Bestimmungen enthält, regeln die Kantone das Verfahren (Art. 20a Abs. 3 SchKG; COMETTA/MÖCKLI, BSK SchKG-I, 2. Aufl. 2010, Art. 20a N 38). Im Kanton Zürich richtet sich das Beschwerdeverfahren gemäss § 18 EG SchKG nach § 83 f. GOG. Dabei ist der Sachverhalt von Amtes wegen zu untersuchen und es sind die Bestimmungen der ZPO sinngemäss anwendbar (§ 83 Abs. 3 GOG). Für den Weiterzug an das Obergericht gelten insbesondere die Bestimmungen über die Beschwerde gemäss Art. 319 ff. ZPO (§ 84 GOG).

2.2. Die Beschwerde ist bei der Rechtsmittelinstanz innert der Rechtsmittelfrist schriftlich und begründet einzureichen (Art. 321 Abs. 1 ZPO). Aus der Begründungspflicht ergibt sich ferner, dass die Beschwerde zudem (zu begründende) Rechtsmittelanträge zu enthalten hat. Mit der Beschwerde kann die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Neue Tatsachen und Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 ZPO). Das gilt auch im zweitinstanzlichen betriebsrechtlichen Beschwerdeverfahren (vgl. OGer ZH PS110019, Urteil vom 21. Februar 2011, E. 3.4).

2.3. Die vorliegende Beschwerde wurde innert der Rechtsmittelfrist schriftlich, mit Anträgen versehen und begründet bei der Kammer als zuständige Rechtsmittelinstanz eingereicht. Die Beschwerdeführerin ist durch den angefochtenen Ent-

scheid beschwert und zur Beschwerde legitimiert. Es ist daher auf die Beschwerde einzutreten.

3.

3.1. Im vorinstanzlichen Verfahren strittig war die Frage, ob die Beschwerdeführerin mit der eingeschrieben versandten Verfügung vom 17. Juli 2012, deren Annahme vom Beschwerdegegner verweigert worden war, und der dem Beschwerdegegner per A-Post Plus zugestellten Verfügung vom 3. Dezember 2012 den von diesem erhobenen Rechtsvorschlag gültig beseitigt hat.

Die Vorinstanz verneinte dies mit der Begründung, dass das Rechtsöffnungsverfahren ein neues Verfahren darstelle, weshalb mangels Prozessrechtsverhältnis die Zustellfiktion von Art. 38 Abs. 2^{bis} ATSG nicht zur Anwendung gelange. Die Beschwerdeführerin als Krankenkasse sei zwar befugt, einen in einer durch sie eingeleiteten Betreuung erhobenen Rechtsvorschlag durch Verfügung aufzuheben (act. 17 S. 4 f.). Sie handle in diesen Fällen aber als ordentliche Richterin im Sinne von Art. 79 SchKG, die zum materiellen Entscheid über die Aufhebung des Rechtsvorschlages zuständig sei. Deshalb sei sie denselben Anforderungen unterworfen wie das Einzelgericht. Das habe auch für die Formvorschriften und insbesondere für die qualifizierte Zustellart gemäss Art. 138 Abs. 1 ZPO zu gelten. Mit der per A-Post Plus versandten Verfügung vom 3. Dezember 2012 sei der Rechtsvorschlag somit nicht beseitigt worden, weil "A-Post Plus" keine rechtsgenügende Zustellmethode darstelle, es an einer Empfangsbestätigung fehle und die Zustellung damit nicht hinreichend nachgewiesen sei. Daran ändere auch der unpublizierte Bundesgerichtsentscheid 5A_172/2009 vom 26. Januar 2010 nichts, wonach bei einem vergeblichen Zustellversuch die Möglichkeit bestehe, Indizien zu schaffen, welche auf den effektiven Zugang schliessen liessen, weil er noch vor Inkrafttreten der schweizerischen ZPO ergangen und in der nachfolgenden Rechtsprechung nicht weiter reflektiert worden sei (act. 17 S. 5 ff.).

3.2. Demgegenüber stellt sich die Beschwerdeführerin zusammengefasst auf den Standpunkt, sie wende zwar die Bestimmungen des SchKG an, unterliege im Verfahren der Eröffnung des Entscheides aber den verwaltungsrechtlichen und

nicht den zivilrechtlichen Bestimmungen. Im vorliegend anwendbaren Sozialversicherungsrecht werde gemäss Art. 61 lit. h ATSG lediglich eine schriftliche Eröffnung des Entscheides und keine qualifizierte Zustellung im Sinne von Art. 138 ZPO verlangt. Die schriftliche Eröffnung könne mit dem Versand durch A-Post Plus nachgewiesen werden (act. 18 S. 4 ff.).

Im Weiteren anerkennt die Beschwerdeführerin, dass die Rechtsöffnung gemäss ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung 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. Sie beruft sich jedoch auf den bundesgerichtlichen Entscheid 5A_172/2010 vom 26. Januar 2010, worin das Bundesgericht als Hinweis ergänzend festhält, dass das Problem der fehlenden Zustellbarkeit in der Lehre behandelt und dort die Auffassung vertreten werde, ein Gläubiger habe die Möglichkeit, Indizien zu schaffen, welche auf einen effektiven Zugang schliessen liessen (BGer 5A_172/2010 vom 26. Januar 2010, E. 5). Sie geht dementsprechend im vorliegenden Fall von einer Zustellfiktion aus und argumentiert damit, dass mit der Zustellung der Verfügung vom 3. Dezember 2012 per A-Post Plus und dem effektiven Zustellnachweis ein ebensolches Indiz geschaffen worden sei. Indizien sieht sie ferner in den vorangegangenen Mahnungen und der verweigerten Annahme der Verfügung vom 17. Juli 2012 (act. 18 S. 6).

3.3. Unbestritten ist demnach, dass die Beschwerdeführerin als Krankenkasse in einer durch sie eingeleiteten Betreuung einen erhobenen Rechtsvorschlag durch Verfügung beseitigen kann (Art. 54 Abs. 2 ATSG i.V.m. Art. 79 und Art. 80 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG; BGE 119 V 329 E. 2.b; BGE 134 III 115 E. 3). Vorausgesetzt ist dabei, dass die Beseitigung des Rechtsvorschlages zusammen mit der materiellen Verfügung über den in Betreuung gesetzten Anspruch erlassen wird (BGE 134 III 115 E. 4.1.1; BGE 109 V 51). Diese Verfügung ist ein von einer Verwaltungsbehörde erlassener Verwaltungsentscheid, gegen welchen die im einschlägigen Verwaltungsrecht vorgesehenen Rechtsmittel ergriffen werden können. Das gilt auch für die darin verfügte Rechtsöffnung. Daraus ergibt sich zwangsläufig, dass sich die diesem Entscheid immanente Rechtsöffnung auch in

formeller Hinsicht ebenfalls nach den sozialversicherungsrechtlichen und gerade nicht nach den zivilprozessualen Grundsätzen richtet (vgl. BSK SchKG I-STAEHELIN, 2. Aufl. 2010, Art. 79 N 14 mit Hinweis auf BGE 128 III 39 = Pra 91 (2002) Nr. 111). Dementsprechend muss es für die Zustellung genügen, wenn die im Sozialversicherungsrecht geltenden Vorschriften beachtet werden, worauf die Beschwerdeführerin zutreffend hinweist.

Gemäss Art. 49 Abs. 3 ATSG sind verwaltungsrechtliche Verfügungen mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen. Sie sind zu begründen, wenn sie den Begehren der Parteien nicht voll entsprechen. Aus einer mangelhaften Eröffnung einer Verfügung darf der betroffenen Person kein Nachteil erwachsen. Damit äussert sich die Bestimmung indes nicht zur Frage der Zustellungsart (vgl. KIESER, ATSG-Kommentar, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, Art. 49 N 45). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist bereits der Versand über herkömmliche (A- und B-)Post grundsätzlich zulässig, und die Zustellung hat nicht zwingend auf dem Weg der eingeschriebenen Sendung zu erfolgen, weil nicht erforderlich ist, dass der Adressat sie tatsächlich in Empfang nimmt. Es genügt, wenn die Sendung in den Machtbereich des Adressaten gelangt und er demzufolge Kenntnis von ihr nehmen kann (BGE 122 I 139, E. 1; BGE 115 Ia 12, E. 3b; BGE 113 Ib 296, E. 2a). Aus dem Umstand, dass der Beweis der Tatsache sowie des Zeitpunktes der Zustellung eines Entscheides aber grundsätzlich mit dem Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit der Verwaltung obliegt, ist zu schliessen, dass die Entscheideröffnung in der Regel mit eingeschriebenem Brief zu erfolgen hat (SVGer ZH, IV.2003.00214 vom 17. November 2003, E. 1.1 mit Hinweis auf BGE 121 V 6, E. 3b; BGE 124 V 402, E. 2a, und BGE 103 V 66, E. 2a).

Vorliegend wurde die Verfügung vom 3. Dezember 2012 mittels A-Post Plus versandt (act. 2/7). Bei dieser Versandart wird die Sendung mit einer Nummer versehen und ähnlich wie ein eingeschriebener Brief mit A-Post spediert. Im Unterschied zu den eingeschriebenen Briefpostsendungen wird aber durch den Empfänger der Empfang nicht quittiert (BGer 2C_570/2011 und 2C_577/2011, Entscheidung vom 24. Januar 2012, E. 4.2; vgl. auch www.post.ch). Die fehlende Quittierung vermag der ordnungsgemässen Zustellung nach dem Gesagten aber nicht

zu schaden, da mittels Sendungsverfolgung (Track & Trace) die Zustellung in den Briefkasten oder das Postfach und damit in den Machtbereich des Adressaten nachgewiesen werden kann. Das bestätigte das Bundesgericht in neuerer Rechtsprechung für steuerbehördliche Entscheide, welche den jeweiligen Adressaten mittels A-Post Plus zugestellt worden waren (BGer 2C_430/2009, Entscheid vom 14. Januar 2010, E. 2; BGer 2C_570/2011 und 2C_577/2011, Entscheid vom 24. Januar 2012, E. 4). Da die steuergesetzlichen Vorgaben für die Eröffnung einer Verfügung mit denjenigen des Krankenversicherungsgesetzes bzw. den anwendbaren Bestimmungen des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts übereinstimmen (vgl. Art. 116 Abs. 1 DBG und Art. 49 Abs. 1 und 3 ATSG), haben die vorstehenden Ausführungen auch für den vorliegenden Fall Gültigkeit. Demnach genügt die am 3. Dezember 2012 per A-Post Plus versandte Verfügung der Beschwerdeführerin den gesetzlichen Anforderungen an die Zustellung, welche nachgewiesenermassen am 4. Dezember 2012 erfolgte (act. 2/7). Das Betreibungsamt C._____ hat das Fortsetzungsbegehren in der Verfügung vom 5. Februar 2013 somit zu Unrecht zurückgewiesen (act. 2/2). Die Beschwerde erweist sich daher als begründet, weshalb der angefochtene Entscheid und die Rückweisungsverfügung des Betreibungsamtes C._____ vom 5. Februar 2013 aufzuheben sind. Das Betreibungsamt C._____ ist anzuweisen, das Betreibungsverfahren Nr. ... fortzusetzen.

3.4. Lediglich der Vollständigkeit halber ist zu den übrigen Bemerkungen der Beschwerdeführerin betreffend die Zustellfiktion noch Folgendes anzuführen: Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung greift die Zustellfiktion nur, wenn der Nachweis gelingt, dass der Schuldner (durch gewisse Hilfsmittel) vor der massgeblichen Zustellung tatsächlich Kenntnis vom Verfahren erlangt hatte und deshalb mit einer Zustellung hatte rechnen müssen (OGer PS110130, Urteil vom 11. August 2011, E. 6; vgl. auch BGE 138 III 225 E. 3.1 m.H.). Daher vermag die Zustellung einer Mahnung noch kein Indiz für die Kenntnis zu schaffen, weil eine Mahnung nicht zwangsläufig dazu führt oder führen muss, dass ein gerichtliches Verfahren eingeleitet wird oder bereits läuft. Anders verhält es sich bei der Verweigerung einer Zustellung. Art. 38 ATSG sieht im Gegensatz zur entsprechenden Bestimmung im Zivilprozessrecht für den Fall der Annahmeverweigerung

zwar keine Zustellfiktion vor (vgl. Art. 138 Abs. 3 lit. b ZPO). Bei der Annahmeverweigerung handelt der Adressat jedoch bewusst, womit er durchaus Kenntnis vom Verfahren erlangt. Deshalb wäre die Verweigerung jedenfalls als Indiz im Sinne der genannten Rechtsprechung zu werten. Davon ausgehend würde für den vorliegenden Fall aber dennoch fraglich bleiben, ob sich das durch die Verweigerung der Annahme der Verfügung vom 17. Juli 2012 entstandene Prozessrechtsverhältnis auch auf die neu erlassene Verfügung vom 3. Dezember 2012 erstreckt, so dass deren Zustellung gemäss Art. 38 Abs. 2^{bis} ATSG fingiert werden könnte. Angesichts des Ergebnisses des vorliegenden Verfahrens kann die Klärung dieser Problematik hier aber unterbleiben.

4. 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. In Gutheissung der Beschwerde werden das Urteil des Bezirksgerichtes Dietikon als untere kantonale Aufsichtsbehörde über die Betreibungsämter vom 17. Juli 2013 und die Rückweisungsverfügung des Betreibungsamtes C._____ vom 5. Februar 2013 aufgehoben.
2. Das Betreibungsamt C._____ wird angewiesen, die gegen den Beschwerdegegner laufende Betreuung Nr. ... fortzusetzen.
3. Es werden keine Kosten erhoben.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und – unter Beilage der erstinstanzlichen Akten – an das Bezirksgericht Dietikon als untere Aufsichtsbehörde über die Betreibungsämter sowie an das Betreibungsamt C._____, je gegen Empfangsschein.

5. 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 Schuldbetreibungs- 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. Houweling-Wili

versandt am: