

ZH_OBERGERICHT PS110130 vom 11. August 2011

ZH Obergericht, 2011-08-11, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_PS110130

FR: ZH_OBERGERICHT PS110130 du 11 août 2011

IT: ZH_OBERGERICHT PS110130 del 11 agosto 2011

Erwägungen

E. 1

Der Beschwerdegegner erhob in der gegen ihn laufenden Betreuung Nr. ... über Fr. 696.60 nebst Zinsen und Kosten am 6. Dezember 2010 Rechts- vorschlag (act. 17/2). Mit Datum vom 30. Dezember 2010 erliess die Beschwerde- führerin eine Verfügung im Sinne von Art. 49 ATSG, mit welcher sie den vom Be- schwerdegegner erhobenen Rechtsvorschlag in Anwendung von Art. 79 SchKG beseitigte (act. 17/3). Diese eingeschrieben versandte Verfügung wurde vom Be- schwerdegegner 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 er- neut (act. 17/7). Auch diese zweite eingeschriebene Sendung wurde vom Be- schwerdegegner nicht abgeholt (act. 17/9). Gestützt auf diesen Sachverhalt reich- te 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 blossе Zustellfiktion genüge nicht (BGer, 5A_172/2009 vom 26. Januar 2010).

E. 2

Nachdem das Bezirksgericht Zürich als untere kantonale Aufsichtsbe- hörde 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).

E. 3

Die Vorinstanz begründet ihren Entscheid damit, dass die Beschwerde- führerin 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, wes- halb mangels Prozessrechtsverhältnis die Zustellfiktion von Art. 38 Abs. 2bis ATSG nicht zur Anwendung gelange. In der Folge gelte die den Rechtsvorschlag aufhe- bende und vom Beschwerdegegner nicht abgeholte Verfügung vom 30. Dezem- - 3 - 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).

E. 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 vor- sehe. Ein solches Indiz sei durch das Schreiben vom 13. Januar 2011, womit der Beschwerdegegner darauf aufmerksam gemacht worden sei, dass er mit der Zu- stellung 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.).

E. 5

Vorliegend ist nicht strittig, dass die Beschwerdeführerin als Kranken- kasse in einer durch sie eingeleiteten Betreibung einen erhobenen Rechtsvor- schlag 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. 2bis ATSG nicht zum Zuge kommt (act. 14 S. 4). Das hat die Vo- rinstanz bereits zutreffend festgestellt und ausgeführt. Um unnötige Wiederholun- gen zu vermeiden, ist darauf zu verweisen (act. 13 S. 5 f.). Die Beschwerdeführe- rin 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 mit- tels 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.

E. 6

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

- 4 - zessrechtsverhältnis und hält als blossen Hinweis ergänzend fest, dass das Prob- lem der fehlenden Zustellbarkeit in der Lehre behandelt und dort die Auffassung vertreten werde, ein Gläubiger habe diesfalls die Möglichkeit, Indizien zu schaf- fen, welche auf einen effektiven Zugang schliessen liessen (E. 5). Gestützt auf diesen Hinweis geht die Beschwerdeführerin davon aus, allein dadurch, dass vor- ab ein Schreiben mit gewöhnlicher Post versendet werde, ein ebensolches Indiz geschaffen werde und die Verfügung als zugestellt gelte. Damit geht sie fehl. Ent- gegen der Auffassung der Beschwerdeführerin wich das Bundesgericht mit die- sem blossen Hinweis auf die in der Lehre vertretenen Auffassung gerade nicht von seiner bisherigen Praxis ab. Vielmehr bestätigte es diese auch in nachfolgen- den Entscheiden, in welchen es explizit festhielt: "Es besteht kein Anlass, diese konstante Rechtsprechung zu ändern und einen Betriebenen bereits nach Ein- gang des Zahlungsbefehls mit der Obliegenheit zu belasten, mit einer späteren Rechtsöffnung rechnen zu müssen. Insbesondere vermögen angebliche Schwie- rigkeiten 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. 2bis ATSG) nach wie vor massgebend, dass der Schuldner tatsächlich mit einer Zustellung hat rechnen müssen und damit ein Prozess- rechtsverhältnis 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.

E. 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

- 5 - 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. 2bis 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.

E. 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:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.