

Entscheid der Aufsichtsbehörde in Betreibungs- und Konkursachen,

unter Mitwirkung von Oberrichter Messer, Oberrichter Rieder und Oberrichter Bähler sowie Gerichtsschreiber Rüetschi,

vom 5. Januar 2012

in der Streitsache zwischen

X.

Beschwerdeführerin

gegen

Betreibungsamt B., Dienststelle C.

Regeste:

- *Art. 88 SchKG (Fortsetzung der Betreibung)*
- *Fehlende Zustellfiktion, wenn der Schuldner die Verfügung der öffentlich-rechtlichen Gläubigerin über die Beseitigung des Rechtsvorschlages nicht in der 7-tägigen Abholfrist abholt (E. 13).*

Der Betreuungsgläubiger, der behauptet, für eine öffentlich-rechtliche Forderung den Rechtsvorschlag selber beseitigt zu haben, muss nachweisen, dass der Entscheid dem Betreuungsschuldner zugestellt worden und rechtskräftig geworden ist (E. 13).

Es liegt in der Kompetenz der Betreibungsämter, die Zustellung der Entscheide der Gläubiger, die ihren Rechtsvorschlag selber beseitigen, zu überprüfen und bei nicht erfolgter Zustellung oder fehlender Zustellfiktion deren Fortsetzungsbegehren zurückzuweisen. Eine Überprüfung der Zustellung ist in diesem Sinne dann angebracht, wenn der Schuldner in dieser Hinsicht Einwendungen vorbringt oder berechtigte Zweifel vorliegen (E. 14).

Redaktionelle Vorbemerkungen:

Die Gläubigerin und Beschwerdeführerin betrieb eine Arbeitgeberin für ausstehende Sozialversicherungsbeiträge. Die Schuldnerin erhob fristgerecht Rechtsvorschlag. Mit einer „Veranlagungsverfügung“ verkündete die Beschwerdeführerin, nach „unbenütztem Ablauf der Einsprachefrist“ gelte der „Rechtsvorschlag gegen die Betreibung Nr. XXXXXXXX als aufgehoben“. Letztere Verfügung konnte der Schuldnerin nicht zugestellt werden und wurde von ihr innerhalb der 7-tägigen Abholfrist auch nicht abgeholt. Die Beschwerdeführerin verlangte in der Folge die Fortsetzung der Betreibung Nr. XXXXXXXX. Die Dienststelle wies das Fortsetzungsbegehren mit der Begründung zurück, das Betreibungsamt habe die formellen Voraussetzungen zur Fortsetzung des Betreibungsverfahrens zu prüfen, die Zustellfiktion gelte bei der Beseitigung des Rechtsvorschlages nicht, weshalb die Verfügung der Beschwerdeführerin nicht als zugestellt gelte und dem Fortsetzungsbegehren keine Folge gegeben werden könne. Dagegen erhob die Gläubigerin Beschwerde bei der kantonalen Aufsichtsbehörde.

Auszug aus den Erwägungen:

(...)

12. War gegen den Zahlungsbefehl Rechtsvorschlag erhoben worden, so hat der Gläubiger mit dem Fortsetzungsbegehren einen mit einer Vollstreckbarkeitsbescheinigung versehenen gerichtlichen Entscheid vorzulegen. Die Vollstreckbarkeitsbescheinigung muss durch die dafür zuständige Instanz beziehungsweise Behörde abgegeben worden sein. Eine Vollstreckbarkeitsbescheinigung erübrigt sich (nur) dann, wenn das Bundesgericht letztinstanzlich entschieden hat (ANDRÉ E. LEBRECHT, in: Staehelin/Bauer/Stahelin [Hrsg.], Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, 2. A., Basel 2010, N 14 f. zu Art. 88 SchKG).
13. Wie die Dienststelle dem Grundsatz nach zu Recht festhält, kann nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine Betreibung nicht weitergeführt werden, wenn der Schuldner weder eine Vorladung zur Rechtsöffnungsverhandlung noch den Rechtsöffnungsentscheid erhalten hat (BGE 130 III 396, S. 398 E. 1.2.2; BGE 102 III 133, S. 136 f. E. 3). In denjenigen Fällen, in welchen der Adressat anlässlich einer versuchten Zustellung nicht angetroffen und daher eine Abholeinladung in seinen Briefkasten oder sein Postfach gelegt wird, gilt die Sendung in jenem Zeitpunkt als zugestellt, in welchem sie auf der Post abgeholt wird; geschieht das nicht innert der Abholfrist, die sieben Tage beträgt, so gilt die Sendung als am letzten Tag dieser Frist zugestellt, sofern der Adressat mit der Zustellung hatte rechnen müssen (BGer vom 22.09.2011, 5D_130/2011; BGE 130 III 396, S. 399 E. 1.2.3).

Diese Rechtsprechung ist aber nur dann massgebend, wenn die Zustellung eines behördlichen Aktes mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit erwartet werden muss. Erst mit der Rechtshängigkeit entsteht ein Prozessrechtsverhältnis, welches die Parteien verpflichtet, sich nach Treu und Glauben zu verhalten, d.h. unter anderem dafür zu sorgen, dass ihnen Entscheide, welche das Verfahren betreffen, zugestellt werden können. Diese Pflicht entsteht mit der Begründung eines Verfahrensverhältnisses und gilt insoweit, als während des hängigen Verfahrens mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit mit der Zustellung eines behördlichen Aktes gerechnet werden muss (BGE 130 III 396, S. 399 E. 1.2.3). Das Bundesgericht hat in BGE 130 III 396 für den Fall der Krankenkassen, welche – wie die Billag AG (BGE 128 III 39; BGE 130 III 524) – den Rechtsvorschlag im Verwaltungsverfahren beseitigen können, entschieden, dass die Rechtsöffnung ein neues Verfahren darstelle. Der Schuldner habe nach der Zustellung des Zahlungsbefehls noch nicht mit der Zustellung des Rechtsöffnungsentscheides zu rechnen und insoweit gelte die Zustellungsfiktion nicht (BGE 130 III 396, S. 399 f. E. 1.2.3; zum Ganzen BGer vom 22.09.2011, 5D_130/2011; BGer vom 28.01.2011, 5A_738/2010 E. 3.1, publ. in: Pra 99/2010 Nr. 76, S. 546; vgl. auch OGer-Kommission OW vom 24.07.2009, publ. in: BISchK 75 [2011], S. 206).

Erst wenn die den Rechtsvorschlag beseitigende Behörde den Schuldner nachweislich bereits vorgängig zur Stellungnahme eingeladen hat, kann sie für die Eröffnung der Rechtsöffnungsverfügung die Zustellungsfiktion anrufen (vgl. KGer SG v. 03.01.2006, publ. in: BISchK 72 [2008], S. 182 ff.). Selbstredend muss auch die Zustellung der Einla-

dung zur Stellungnahme in einer der gesetzlich vorgesehenen Formen eröffnet werden. Dies ist vorliegend nicht der Fall.

14. Im Lichte dieser Rechtsprechung stellt sich die Frage, inwieweit die Dienststelle neben dem Vorliegen der Vollstreckbarkeitsbescheinigung die Frage der korrekten Zustellung des Entscheides betreffend die Beseitigung des Rechtsvorschlages durch die zuständige Behörde von Amtes wegen überprüfen *darf* beziehungsweise *muss* (die Aufsichtsbehörde Basel-Stadt etwa geht von einer Prüfungspflicht des Betreibungsamtes aus; vgl. Entscheid v. 14.11.2006, publ. in: BISchK 72 [2007], S. 111 f.).

In BGer vom 26.01.2010, 5A_172/2009 (publ. in: BISchK 74 [2010], S. 207 ff.), musste das Bundesgericht einen Fall entscheiden, in dem die Aufsichtsbehörde die durch das Betreibungsamt erfolgte Rückweisung des Fortsetzungsbegehrens geschützt hatte. Das Betreibungsamt hatte das Fortsetzungsbegehren – wie vorliegend – mit der Begründung zurückgewiesen, „dass nach seinen Abklärungen die Verfügung, mit der die Betreibungsgläubigerin den Rechtsvorschlag beseitige, nicht rechtskräftig sei, weil sie dem Betreibungsschuldner nicht zugestellt worden sei“.

Das Bundesgericht hielt unter Hinweis auf seine ständige Praxis, wonach es beim Rechtsöffnungsverfahren keine Zustellfiktion gebe, sinngemäss fest, der Betreibungsgläubiger, der behaupte, für eine öffentlich-rechtliche Forderung den Rechtsvorschlag selbst beseitigt zu haben, müsse nachweisen, dass der Entscheid dem Betreibungsschuldner zugestellt worden und rechtskräftig geworden sei (vgl. BGer v. 26.01.2010, 5A_172/2009 und Regeste zu diesem Entscheid in BISchK 74 [2010], S. 207).

Für den Fall eines vergeblichen Zustellungsversuches schlägt das Bundesgericht als Alternative zur ordentlichen Zustellung vor, Indizien zu schaffen, welche auf effektiven Zugang schliessen lassen, wie „Nachhaken durch Fax, Sendung mit gewöhnlicher Post, Aktennotiz betreffend Telefonate mit dem Schuldner, Verkehr per E-Mail sowie Publikation gemäss Art. 36 VwVG“ (BGer v. 26.01.2010, 5A_172/2009 E. 5). Als zuverlässigste Variante dürfte sich die amtliche Publikation erweisen.

Aus dieser bundesgerichtlichen Rechtsprechung erhellt, dass es in der Kompetenz der Betreibungsämter liegt, die Zustellung der Entscheide der Gläubiger, die ihren Rechtsvorschlag selber beseitigen, zu überprüfen und bei nicht erfolgter Zustellung oder fehlender Zustellfiktion deren Fortsetzungsbegehren zurückzuweisen.

15. Der Beschwerdeführerin hilft auch ihr Einwand nicht weiter, wonach zwischen Krankenkassenprämien und AHV/IV/EO-Beiträgen massgebende Unterschiede im Festsetzungs- und Bezugsverfahren bestünden und ein Schuldner „kraft gesetzlicher Bestimmung mit der Zustellung einer Verfügung über nichtbezahlte Beiträge rechnen“ müsse (vgl. Schreiben an die Aufsichtsbehörde vom 24. November 2011).

Wie hiavor ausgeführt, erachtet das Bundesgericht das Verfahren, in welchem der Rechtsvorschlag beseitigt wird, als neues Verfahren. Der Schuldner muss nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht mit einem Rechtsöffnungsentscheid rechnen (vgl. BGer vom 22.09.2011, 5D_130/2011 E. 2.1; BGer v. 28.01.2011, 5A_710/2010 E. 3.2;

BGer v. 26.01.2010, 5A_172/2009; BGE 130 III 396, S. 399 E. 1.2.3, alle mit weiteren Hinweisen). Es ist keine bundesrechtliche Regelung ersichtlich, welche dieser Rechtsprechung im Speziellen in Bezug auf Festsetzungs- und Bezugsverfahren bezüglich AHV/IV/EO-Beiträgen entgegenstehen würde. Namentlich in den von der Beschwerdeführerin genannten Bestimmungen (Art. 34 ff. AHVV) ist nicht einmal implizit erwähnt, der Schuldner müsse mit der Zustellung der Verfügung betreffend Beseitigung des Rechtsvorschlags rechnen.

16. Präzisierend sei festgehalten, dass nach Ansicht der Aufsichtsbehörde aus der vorstehenden bundesgerichtlichen Rechtsprechung indes nicht abgeleitet werden soll, das Betreibungsamt sei in jedem Fall auch *gehalten*, von Amtes wegen (aufwändige) Untersuchungen bezüglich der Zustellung anzustellen.

Demgegenüber ist eine Vollstreckungsbehörde bei Vorliegen konkreter Verdachtsmomente verpflichtet, die Voraussetzungen der Vollstreckbarkeit zu prüfen. Die Vollstreckungsbehörde ist an die Vollstreckbarkeitsbescheinigung nicht gebunden (DROESE, a.a.O., N 25 zu Art. 336 ZPO). Die Bescheinigung hat bloss deklaratorische Wirkung (vgl. LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 5. A., Bern 2000, N 1a zu Art. 402 aZPO/BE). Demnach darf das Betreibungsamt einem Fortsetzungsbegehren keine Folge geben, wenn sich bereits aus den vorgelegten Beweismitteln ergibt, dass deren Voraussetzungen – wie im vorliegenden Fall die Eröffnung – (offensichtlich) nicht erfüllt sind oder der Schuldner die Vermutung der Vollstreckbarkeit zu entkräften vermag, beispielsweise indem er beweist, dass er entgegen der vom iudex a quo (Vorinstanz) ausgestellten Vollstreckbarkeitsbescheinigung rechtzeitig beim iudex ad quem (Rechtsmittelinstanz) ein Rechtsmittel mit aufschiebender Wirkung eingereicht hat (oder einem ausserordentlichen Rechtsmittel die aufschiebende Wirkung erteilt wurde; vgl. zur Pflicht der Vollstreckungsgerichte einer Prüfung der Voraussetzungen der Vollstreckbarkeit von Amtes wegen DROESE, a.a.O., N 4 zu Art. 341 ZPO).

Eine Überprüfung der Zustellung ist in diesem Sinne dann angebracht, wenn der Schuldner in dieser Hinsicht Einwendungen vorbringt oder berechtigte Zweifel vorliegen.

17. Vor diesem Hintergrund ist das Vorgehen der Dienststelle unter den dargelegten Umständen nicht zu beanstanden und die vorliegende Beschwerde abzuweisen.

(...)

Hinweis: Der Entscheid ist rechtskräftig.