

**Art. 138 Abs. 1 ZPO, Zustellung als "A-Post plus".** *Im Bereich des ATSG ist "A-Post plus" für Entscheide zulässig; wird deren Empfang aber bestritten, erlaubt das System keinen ausreichenden Nachweis der Zustellung.*

Auf Verlangen einer Krankenkasse wird die Konkursandrohung gegen die Versicherte erlassen. Diese macht geltend, sie habe die Aufhebung des Rechtsvorschlages nicht erhalten. Das Obergericht schützt die Beschwerde.

(aus den Erwägungen des Obergerichts:)

(II) 1. Das Verfahren der Beschwerde in Schuldbetreibungs- und Konkurs-sachen richtet sich nach den Bestimmungen von Art. 20a Abs. 2 SchKG. Soweit das SchKG keine Bestimmungen enthält, regeln die Kantone das Verfahren (Art. 20a Abs. 3 SchKG). Im Kanton Zürich wird in § 84 i.V.m. § 85 GOG für das Verfahren des Weiterzugs an die obere kantonale Aufsichtsbehörde auf das Beschwerdeverfahren nach Art. 319 ff. ZPO verwiesen, welches dementsprechend als kantonales Recht anzuwenden ist (vgl. dazu JENT-SØRENSEN, Das kantonale Verfahren nach Art. 20a Abs. 3 SchKG: ein Relikt und die Möglichkeit einer Vereinheitlichung, BISchK 2013 S. 89 ff., S. 103, mit Hinweisen auf die Gerichtspraxis).

Die vorliegende Beschwerde wurde rechtzeitig schriftlich und begründet erhoben (Art. 321 Abs. 1 ZPO, Art. 18 SchKG). Daher ist darauf einzutreten.

2. Die Vorinstanz hielt unter Verweis auf die massgeblichen Gesetzesbestimmungen zutreffend fest, dass die Beschwerdegegnerin als Krankenkasse in einer durch sie eingeleiteten Betreuung einen Rechtsvorschlag selber durch Verfügung beseitigen könne und dass die entsprechende Verfügung ein Verwaltungsentscheid sei, für dessen Zustellung die im Sozialversicherungsrecht geltenden Vorschriften massgeblich seien.

Das vorliegende Verfahren betrifft wie eingangs erwähnt die Zustellung des Rechtsöffnungsentscheids der Krankenkasse nach diesen Bestimmungen. Die Beschwerdegegnerin hat den Rechtsöffnungsentscheid vom 14. März 2014 mittels A-Post Plus an die Beschwerdeführerin versandt. 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 Briefpostsen-

dungen wird aber durch den Empfänger der Empfang nicht quittiert. Die Zustellung wird vielmehr elektronisch erfasst, wenn die Sendung in das Postfach oder in den Briefkasten des Empfängers gelegt wird. Auf diese Weise lässt sich die Sendung mittels Sendungsverfolgung (Track & Trace) bis zum Empfangsbereich des Empfängers verfolgen (vgl. BGer 2C\_570/2011 und 2C\_577/2011 vom 24. Januar 2012, E. 4.2; vgl. auch [www.post.ch](http://www.post.ch)).

3. Die Beschwerdeführerin stellt sich auf den Standpunkt, der Rechtsöffnungsentscheid der Beschwerdegegnerin vom 14. März 2014 sei ihr nie zugestellt worden. Sie habe davon erst zusammen mit der Konkursandrohung Kenntnis erhalten (act. 1 S. 1 f.; act. 18 S. 2).

4. Zum Nachweis der Zustellung des Rechtsöffnungsentscheids:

4.1 Nach der zutreffenden Feststellung der Vorinstanz (act. 17 S. 5) ist die Zustellung von Entscheiden mittels A-Post Plus im Bereich des Sozialversicherungsrechts grundsätzlich eine rechtsgenügende Zustellungsart (Analogie zur bundesgerichtlichen Praxis zu Entscheiden von Steuerbehörden; vgl. OGer ZH PS130130 vom 27. September 2013, E. 3.3 mit weiteren Hinweisen; anders im Zivilprozessrecht: vgl. Art. 138 Abs. 1 ZPO).

Im soeben zitierten Entscheid der Kammer ging es um die Frage, ob das Betreibungsamt ein Fortsetzungsbegehren einer Krankenkasse, die den Rechtsöffnungsentscheid mit A-Post Plus zugestellt hatte, entgegen zu nehmen hat. Das wurde von der Kammer bejaht, da die Zustellung mit A-Post Plus im Bereich des Sozialversicherungsrechts wie geschildert den gesetzlichen Anforderungen genügt. Anders als im vorliegenden Fall hatte dort indessen der Adressat die Zustellung der Sendung nicht bestritten, sondern hatte das Betreibungsamt das Fortsetzungsbegehren der Gläubigerin von sich aus aufgrund (vermeintlich) ungenügender Zustellung des Rechtsöffnungsentscheids zurückgewiesen (vgl. OGer ZH PS130130 E. 1.1). Das wurde von der Kammer als unzulässig erachtet, weil die Zustellung von Entscheiden mittels A-Post Plus im Bereich der Sozialversicherungen zulässig ist.

4.2 Die Frage der Zulässigkeit einer bestimmten Zustellungsart sagt über die Frage, wie und durch wen die Zustellung im Bestreitungsfall zu beweisen ist, nichts aus. Unabhängig von der gewählten Zustellungsart sind die Tatsache und der Zeitpunkt der Zustellung eines Entscheides mit dem Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit von der Verwaltung zu erbringen, vorliegend also von der Beschwerdegegnerin. Die Zustellung mittels A-Post Plus vermag die effektive Zustellung einer Sendung an den Empfänger – anders als die eingeschriebene Zustellung mit unterschriebener Empfangsbestätigung – nicht mit derselben Beweiskraft nachzuweisen. Das spricht in der Regel für die Zustellung mit eingeschriebenem Brief (vgl. OGer ZH PS130130 E. 3.3 mit weiteren Nachweisen).

Im Allgemeinen gilt als Beweismass der "überwiegenden Wahrscheinlichkeit" eine Wahrscheinlichkeit von mindestens 75% (BSK ZGB I-LARDELLI, 5. Auflage 2014, Art. 8 ZGB N 18).

4.3 Eine inkorrekte Postzustellung ist zwar (so richtig die Vorinstanz, vgl. act. 17 S. 5) auch bei Sendungen mit A-Post Plus nicht zu vermuten. Das ist die Konsequenz aus der aufgezeigten Praxis, nach welcher Zustellungen per A-Post Plus im Sozialversicherungsrecht zulässig sind. Umgekehrt ist aber auch die korrekte Zustellung nicht (unumstösslich) zu vermuten:

4.3.1 Allgemein liegen Fehler bei der Postzustellung (so richtig die Beschwerdeführerin, act. 18 S. 2; das ist notorisch) nicht derart ausserhalb jeder Wahrscheinlichkeit, als dass nicht damit gerechnet werden müsste und der Nachweis der Zustellung ausschliesslich mit einer aus Wahrscheinlichkeitsüberlegungen fliessenden Fiktion erbracht werden könnte (vgl. BGer 2A\_293/2001 vom 21. Mai 2002, E. 1b). Gleich verhält es sich mit einem Fehler bei der Zustellung einer A-Post Plus-Sendung bzw. bei deren Registrierung durch einen Angestellten der Post (BGer 2C\_570/2011 vom 24. Januar 2012, E. 4.3).

4.3.2 Bei eingeschriebenen Postsendungen, die dem Empfänger nicht direkt übergeben werden können, wird durch die Post eine Abholaufforderung in das Postfach oder den Briefkasten des Empfängers gelegt. Die Zustellung eines solchen "Avis" durch Hinterlegung im Postfach oder Briefkasten ist mit der Zustellart

einer A-Post Plus-Sendung (die ebenfalls im Postfach oder Briefkasten hinterlegt wird) vergleichbar. Die Praxis zur Zustellung des Avis kann daher auf den Nachweis der Zustellung einer A-Post Plus-Sendung übertragen werden. Bei ersterer ist, so das Bundesgericht, von einer natürlichen Vermutung auszugehen, wonach die Post den "Avis" ordnungsgemäss im Briefkasten oder Postfach des Empfängers hinterlegte und das Datum korrekt registrierte. Die natürliche Vermutung dient der Beweiserleichterung, hat aber keine Umkehr der Beweislast zur Folge. Sie kann durch den Gegenbeweis umgestossen werden. Für das Gelingen des Gegenbeweises ist bloss erforderlich, dass der Hauptbeweis erschüttert wird beziehungsweise Zweifel an dessen Richtigkeit begründet werden, nicht aber auch, dass das Gericht von der Schlüssigkeit der Gegendarstellung überzeugt wird. Insoweit unterscheidet sich der Gegenbeweis vom Beweis des Gegenteils, der sich gegen eine gesetzliche Vermutung richtet und seinerseits einen Hauptbeweis darstellt (BGer 5A\_98/2011 vom 3. März 2011, E. 2.3 mit weiteren Hinweisen).

Teilweise spricht das Bundesgericht in dieser Konstellation dagegen als Folge der erwähnten natürlichen Vermutung von einer Umkehr der Beweislast in dem Sinne, dass bei Beweislosigkeit zu Ungunsten der Empfängerin zu entscheiden sei (BGer 2C\_38/2009 vom 5. Juni 2009, E. 3.2). Das ist missverständlich. Der Hauptbeweis der Zustellung ist in jedem Fall von der Behörde zu erbringen. Beweislosigkeit kann dabei genau genommen gar nicht vorliegen, weil bereits die natürliche Vermutung alleine ein (Indizien-)Beweismittel ist, das zu würdigen ist (vgl. BGer 5A\_98/2011 vom 3. März 2011, E. 2.3).

4.3.3 Zu prüfen sind die Anforderungen an den Gegenbeweis, mit welchem die natürliche Vermutung umgestossen werden kann.

Das Schweizerische Bundesverwaltungsgericht verlangte in einem Entscheid vom 12. Januar 2015 von der Adressatin, die den Erhalt einer Abholeinladung bestritt, als Gegenbeweis den Nachweis "einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit von Fehlern bei der Zustellung". Es hielt der Adressatin entgegen, sie habe keinerlei besondere Umstände dokumentiert, "die für die Pflichtwidrigkeit eines Postangestellten bei der Verteilung der Abholungseinladung (...) sprächen" (vgl. Entscheid A-3594/2014, E. 2.2.2 mit weiteren Hinweisen auch auf einzelne

Entscheidung des Bundesgerichts). Diese Anforderungen sind zu streng. Damit wird verkannt, dass die Beweislast für die Zustellung auch beim Vorliegen einer natürlichen Vermutung bei der Behörde verbleibt, und dass die Adressatin daher lediglich Zweifel am Hauptbeweis erwecken, nicht aber ihrerseits einen Fehler der Post nachweisen oder auch nur glaubhaft machen muss. Konkrete Hinweise auf bestimmte Pflichtwidrigkeiten des Postangestellten bzw. den Nachweis einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit eines Zustellfehlers zu verlangen, kann daher nicht angehen. Die Zustellung ist von der Behörde wie erwähnt mit dem Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit nachzuweisen, was zahlenmässig etwa mit 75% umschrieben werden kann (vgl. vorne II./4.2). Der Zustellfehler muss für das Scheitern des Zustellnachweises somit nicht einmal gleich wahrscheinlich sein wie die korrekte Zustellung, geschweige denn überwiegend wahrscheinlich (um bei der zahlenmässigen Umschreibung zu bleiben: Der Beweis mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ist bereits dann gescheitert, wenn das Gegenteil, hier also der Zustellfehler, einer Wahrscheinlichkeit von etwa 40% entspricht).

Eine fehlerhafte Zustellung (einer Abholaufforderung oder einer A-Post Plus-Sendung) ist vor diesem Hintergrund bereits dann anzunehmen, wenn die Adressatin die tatsächliche Zustellung bestreitet und dies aufgrund der Umstände plausibel erscheint. Massgeblich ist, ob die der Bestreitung zugrundeliegende Darlegung der Umstände nachvollziehbar ist und einer gewissen Wahrscheinlichkeit entspricht. Der gute Glaube der Adressatin ist dabei zu vermuten (BGer 2C\_430/2009 vom 14. Januar 2010, E. 2.4; vgl. auch BGer 2C\_570/2011 vom 24. Januar 2012, E. 4.3). Konkrete Umstände, die für einen Fehler der Post sprächen, muss die Adressatin dafür nicht vorbringen. Vielmehr ist es umgekehrt an der Behörde (bzw. Krankenkasse), im Fall der plausiblen Bestreitung allfällige weitere Indizien oder Umstände darzutun, mit welchen die Zustellung bewiesen werden kann. Im Zweifel muss auf die Darstellung der Adressatin abgestellt werden (BGer 2C\_430/2009 vom 14. Januar 2010, E. 2.4).

4.4 Die Beschwerdeführerin hat konstant bestritten, den Rechtsöffnungsentscheid erhalten zu haben (vgl. II./3.). Vorbehalte hinsichtlich der Nachvollziehbarkeit dieser Behauptung sind nicht ersichtlich. Zwar hat das Bundesgericht im

erwähnten Entscheid BGer 2C\_570/2011 vom 24. Januar 2012 auch festgehalten, rein hypothetische Überlegungen des Empfängers seien unbehelflich. Das betraf aber einen Fall, in welchem der grundsätzliche Empfang der Sendung unbestritten und nur das genaue Empfangsdatum strittig war. Als rein hypothetische Überlegung betitelte das Bundesgericht dabei die Meinung des Empfängers, die Sendung sei möglicherweise in einen falschen Briefkasten zugestellt und erst zwei Tage später vom Nachbarn in den richtigen Briefkasten (jenen des Empfängers) gelegt worden. Angesichts des vom Empfänger eingestandenen Umstands, dass er das Ablagefach bzw. den Milchkasten nicht täglich kontrolliere, war die Schilderung des Empfängers nicht ohne Vorbehalte nachvollziehbar, sondern vielmehr rein hypothetisch (vgl. BGer 2C\_570/2011 E. 4.3).

Vergleichbare Vorbehalte gegenüber der Schilderung der Beschwerdeführerin gehen weder aus dem angefochtenen Entscheid noch aus den Eingaben der Beschwerdegegnerin hervor.

Die Beschwerdeführerin bringt vor, die Poststelle N. habe bei anderen Zustellungen Fehler gemacht. Die Beschwerdeführerin belegt das mit einer Sendungsverfolgung, bei der die Sendung mutmasslich zu früh als "nicht abgeholt" retourniert wurde. Daraus sowie aus anderen Fehlern der Poststelle, welche die Beschwerdeführerin nach ihrer eigenen Schilderung erlebte, aber nicht nachweisen kann, lässt sich für die Zustellung des Rechtsöffnungsentscheids nichts schliessen. Es zeigt einzig, dass fehlerhafte Zustellungen vorkommen (und es verdeutlicht im Übrigen, wie schwer Anhaltspunkte für Zustellfehler in einem konkreten Fall darzutun wären). Nach dem Gesagten ist es indes ohnehin nicht an der Beschwerdeführerin, solche Nachweise zu erbringen (vgl. vorne II./4.3.3). Dass ihre entsprechenden Argumente nicht stichhaltig sind, schadet der Beschwerdeführerin daher nicht.

4.5 Die Vorinstanz nannte verschiedene Argumente, welcher ihrer Auffassung nach dafür sprachen, dass die Beschwerdeführerin den Rechtsöffnungsentscheids entgegen ihrer Bestreitung tatsächlich erhalten hatte. Teilweise vermischte die Vorinstanz dabei Argumente, die unter Umständen eine Zustellfiktion begründen, mit Argumenten für den Nachweis der tatsächlichen Zustellung. Nach-

folgend wird auf diese Argumente zunächst mit Blick auf den Beweis der Zustellung eingegangen. Im Anschluss daran werden kurz die Voraussetzungen einer Zustellfiktion geprüft (vgl. unten II./5.).

4.5.1 Der blosser Hinweis der Vorinstanz, wahrscheinlicher als eine unkorrekte Zustellung sei, dass die Beschwerdeführerin die Sendung nach Erhalt verloren, vergessen oder nicht beachtet habe, ist unbehelflich. Würde dieser Argumentation gefolgt, so käme dies einer Umkehr der Beweislast gleich bzw. einem – nach bundesgerichtlicher Praxis wie gesehen gerade ausgeschlossenen – Nachweis der Zustellung ausschliesslich mit einer aus Wahrscheinlichkeitsüberlegungen fliessenden Fiktion (vgl. vorne II./4.3.1).

4.5.2 Die Vorinstanz hält der Beschwerdeführerin weitere Kenntnisse über die Modalitäten des Rechtsöffnungs- und Einspracheverfahrens entgegen und würdigt diese Kenntnisse als Indiz für die tatsächliche Zustellung des Entscheids.

Solche Kenntnisse sind ein Argument, das allenfalls für die Fiktion einer (gescheiterten) Zustellung sprechen kann (vgl. dazu nachfolgend II./5.). Als Indizien für den Beweis der Zustellung kann dies aber nicht herangezogen werden. Ob die Beschwerdeführerin aufgrund ihrer früheren Erfahrung mit entsprechenden Verfahren mit einer Zustellung tatsächlich rechnen musste oder nicht, ist für den Beweis der bestrittenen Zustellung bedeutungslos.

Wenn sie überhaupt relevant ist, so spricht die der Beschwerdeführerin vorgehaltene Kenntnis vom Verfahrensablauf sogar eher für die Plausibilität der Schilderung der Beschwerdeführerin, die angibt, sie hätte gegen die Rechtsöffnung den Rechtsweg beschritten, wenn sie Kenntnis davon erhalten hätte.

4.5.3 Weiter erwog die Vorinstanz, eine Fiktion der Zustellung aufgrund einer Verweigerung der Entgegennahme einer Sendung sei zwar im ATSG nicht vorgesehen. Indessen lasse die Verweigerung der Annahme auf Kenntnis vom Verfahren schliessen.

Bei der Kenntnis von der Rechtshängigkeit eines Verfahrens handelt es sich ebenfalls um einen Aspekt, der bei der Beurteilung einer allfälligen Zustellfiktion

zu prüfen ist (sog. Prozessrechtsverhältnis). Für den Nachweis einer tatsächlich erfolgten Zustellung des Entscheids ist auch das nicht von Bedeutung. Auch hier gilt, dass die Voraussetzungen einer allfälligen Fiktion der Zustellung nicht als Indiz für eine tatsächlich erfolgte Zustellung herangezogen werden können (zur Frage, ob überhaupt Anzeichen für eine Annahmeverweigerung und damit für die Kenntnis vom konkreten Rechtsöffnungsverfahren vorliegen, vgl. nachfolgend II./5.3).

4.6 Der gute Glaube der Beschwerdeführerin ist wie geschildert zu vermuten. Anzeichen für Bösgläubigkeit sind ebenso wenig ersichtlich wie konkrete Anhaltspunkte, die gegen die Wahrscheinlichkeit und Nachvollziehbarkeit ihrer Behauptung sprächen. Daher ist auf die Behauptung der Beschwerdeführerin abzustellen. Der Beweis der Zustellung des Rechtsöffnungsentscheids der Beschwerdegegnerin vom 14. März 2014 ist somit gescheitert.

#### 5. Prüfung einer allfälligen Zustellfiktion:

5.1 Die Vorinstanz legt der Beschwerdeführerin weiter zur Last, sie verhalte sich widersprüchlich, da sie einerseits die Zustellung an sich bestreite und sich andererseits auch gegen eine Zustellfiktion stelle. Im Anschluss daran führt die Vorinstanz aus, die Beschwerdeführerin habe aufgrund ihrer Erfahrungen aus früheren Betreibungen mit einer Zustellung rechnen müssen.

5.2 Nach Art. 38 Abs. 2bis ATSG gilt eine gegen Unterschrift des Adressaten beziehungsweise der Adressatin oder einer anderen berechtigten Person überbrachte Sendung spätestens am siebenten Tag nach dem ersten erfolglosen Zustellungsversuch als erfolgt. Der einer Zustellungsfiktion vorausgesetzte erfolglose Zustellversuch liegt dabei darin, dass dem Empfänger zwecks Abholung einer Sendung gegen Empfangsbestätigung eine Abholaufforderung in den Briefkasten oder ins Postfach gelegt und diese Aufforderung ignoriert wird.

Bei der Zustellung mittels A-Post Plus ist die Zustellung dagegen bereits erfolgt, wenn die Sendung dem Empfänger in den Briefkasten oder ins Postfach

gelegt wird. Ein erfolgloser Zustellversuch (der überhaupt zu einer Fiktion nach der erwähnten Bestimmung führen könnte) ist dabei kaum denkbar.

Im Übrigen stellt die Rechtsöffnung nach ständiger Praxis ein neues Verfahren dar und käme die Zustellfiktion nach Art. 38 Abs. 2bis ATSG bei einer gescheiterten Zustellung daher ohnehin nicht in Frage (vgl. BGE 130 III 396 sowie OGer ZH PS110130 vom 11. August 2011, E. 5 f.). Würde – so die Auffassung der Vorinstanz – jedem Schuldner gegenüber, der den Verfahrensablauf aus früheren Betreibungen kennt, entgegen gehalten, er müsse mit einem Rechtsöffnungsverfahren rechnen, so würde diese Praxis ins Gegenteil verkehrt.

5.3 Eine Fiktion der Zustellung infolge einer Annahmeverweigerung ist im ATSG anders als im Zivilprozessrecht (Art. 138 Abs. 3 lit. b ZPO) nicht vorgesehen. Wie gesehen erkannte dies auch die Vorinstanz (vorne II./4.5.3). Ob eine Annahmeverweigerung dessen ungeachtet auch im vorliegenden Fall zu einer Fiktion der Zustellung führen könnte, kann offen bleiben. Eine Verweigerung der Entgegennahme ist bei A-Post Plus-Sendungen kaum vorstellbar, da die Adressatin beim Vorgang, der bereits zur Zustellung führt – beim Einwerfen der Sendung in ihren Briefkasten bzw. ihr Postfach – in der Regel nicht zugegen ist. Vorbehalten wären allenfalls Ausnahmekonstellationen, etwa wenn die Adressatin den Postangestellten aktiv daran hindern würde, eine Sendung in ihren Briefkasten zu legen (z.B. durch Verstecken ihres Namens auf dem Briefkasten). Anhaltspunkte für so etwas sind bei der Beschwerdeführerin nicht ersichtlich.

Die Zustellung des Rechtsöffnungsentscheids vom 13. März 2014 kann sich somit auch nicht auf eine Zustellfiktion stützen.

## 6. Fazit:

Wurde weder eine allfällige Vorladung zur Rechtsöffnungsverhandlung (die hier aufgrund des schriftlichen Verfahrens der Krankenkassen entfällt, vgl. vorne II./2.) noch der Rechtsöffnungsentscheid selber der Schuldnerin nach den massgeblichen prozessrechtlichen Normen zugestellt, und greift auch keine Fiktion der Zustellung nach dem massgeblichen Verfahrensrecht, so ist der Rechtsvorschlag

nicht gültig beseitigt worden und kann die Betreuung nicht weitergeführt werden (KUKO SchKG-WINKLER, 2. Auflage 2014, Art. 88 SchKG N 8; BGer 5A\_738/2010 vom 28. Januar 2011, E. 3.1).

Dass die Beschwerdegegnerin mit Entscheid vom 2. Juli 2014 auf die Einsprache der Beschwerdeführerin gegen den Rechtsöffnungsentscheid wegen zu später Erhebung der Einsprache (ausgehend von der behaupteten Zustellung des Rechtsöffnungsentscheids am 14. März 2014) nicht eintrat, ändert an diesem Schluss nichts.

Die angefochtene Konkursandrohung vom 15. Mai 2014 ist daher in Gutheissung der Beschwerde aufzuheben.

Obergericht, II. Zivilkammer  
Urteil vom 2. März 2015  
Geschäfts-Nr.: PS140284-O/U