



---

Kass.-Nr. AA050049/U/cap

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Robert Karrer, Alfred Keller, Karl Spühler und die Kassationsrichterin Yvona Griesser sowie die Sekretärin Margrit Scheuber

## Sitzungsbeschluss vom 05. September 2005

in Sachen

A. X.,

....,

Schuldner, Rekurrent und Beschwerdeführer

gegen

Y. AG.,

....,

Gläubigerin, Rekursgegnerin und Beschwerdegegnerin

betreffend **Konkurseröffnung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des  
Obergerichts des Kantons Zürich vom 15. März 2005 (NN050028/U)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

**I.**

1. Mit Verfügung vom 18. Januar 2005, 10.00 Uhr, eröffnete der Konkursrichter am Bezirksgericht Z. über den Schuldner A. X. für eine Forderung von Fr. 130.-- nebst 5% Zins und Mahnspesen sowie Betreuungskosten, Betreibungs-Nr. 102'176 des Betreibungsamtes Z., Konkursandrohung vom 2.8.2004, den Konkurs (OG act. 2 und 8). Gegen diese Verfügung erhob der Schuldner mit Eingabe vom 13./16. Februar 2005 Rekurs an die II. Zivilkammer des Obergerichts und verlangte sinngemäss die Aufhebung des Konkurses (OG act. 1). Mit Verfügung vom 17. Februar 2005 forderte das Obergericht den Schuldner auf, innert einer Frist von sieben Tagen einen Barvorschuss von Fr. 500.-- zu leisten und dem Gericht durch Urkunden den Nachweis der Sicherstellung der Kosten beim Konkursamt B.-Z. zu erbringen. Gleichzeitig wurde dem Rekurs einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (OG act. 5). Diese Verfügung konnte dem Schuldner per Gerichtsurkunde nicht zugestellt werden und wurde zweimal mit dem Vermerk "Nicht abgeholt" an das Obergericht retourniert (OG act. 6/2). Mit Beschluss vom 15. März 2005 trat die II. Zivilkammer des Obergerichts auf den Rekurs des Schuldners nicht ein und eröffnete mit Wirkung ab 15. März 2005, 12.00 Uhr, über ihn den Konkurs (OG act. 10 = KG act. 2).

2. Gegen diesen Beschluss vom 15. März 2005 erhob der Schuldner und Beschwerdeführer A. X. (nachfolgend: Beschwerdeführer) kantonale Nichtigkeitsbeschwerde. Er beantragte vorerst die Gewährung der aufschiebenden Wirkung und sinngemäss auch die Aufhebung des angefochtenen Beschlusses bzw. des Konkurses (KG act. 1). Mit Präsidialverfügung vom 21. April 2005 wurde der Beschwerde einstweilen dahingehend aufschiebende Wirkung verliehen, als dass das Konkursverfahren einstweilen nicht weitergeführt werden könne, wobei Sicherungsmassnahmen sowie zwingende und nicht aufschiebbare Massnahmen zur Werterhaltung des schuldnerischen Vermögens vorbehalten blieben (KG act. 7). Die Vorinstanz hat auf eine Vernehmlassung zur Beschwerde verzichtet (KG act.

9). Die Gläubigerin und Beschwerdegegnerin hat sich innert Frist ebenfalls nicht vernehmen lassen.

## II.

1. Die Vorinstanz erwog in ihrem Entscheid, der Beschwerdeführer habe mit seinem Rekurs sinngemäss die Aufhebung des Konkurses verlangt. Mit Verfügung vom 17. Februar 2005 sei dem Rekurs einstweilen aufschiebende Wirkung verliehen und dem Beschwerdeführer unter anderem Frist zur Sicherstellung der zweitinstanzlichen Spruchgebühr angesetzt worden. Diese Verfügung habe trotz zweimaligem Zustellungsversuch nicht zugestellt werden können. Die Vorinstanz ging sodann unter Hinweis auf § 179 Abs. 1 GVG i.V.m. § 187 Abs. 1 GVG davon aus, eine Verfügung gelte nach Wiederholung des nicht erfolgreichen Zustellungsversuches als zugestellt, wenn der Adressat die Zustellung schuldhaft verhindere. Diesbezüglich entspreche es ständiger Praxis der II. Zivilkammer, dass die Verfahrensbeteiligten mit der Begründung eines Prozessrechtsverhältnisses verpflichtet seien, dafür zu sorgen, dass ihnen das Verfahren betreffende Vorladungen und Entscheide zugestellt werden könnten. Wenn eine an die letztbekannte Adresse gesandte Gerichtsurkunde zweimal mit dem Vermerk "nicht abgeholt" zurückkomme, gelte sie als zugestellt (und damit als fristauslösend), wenn der Adressat unter den gegebenen Umständen mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit mit der Zustellung eines behördlichen Aktes habe rechnen müssen und keine Anhaltspunkte dafür bestanden, dass die Adresse nicht mehr stimmte oder der Zustellungsvorgang Mängel aufgewiesen habe (unter Hinweis auf ZR 98 Nr. 43 und Hauser/Schweri, Kommentar GVG, N 13 f. zu § 179 GVG). Weiter führte die Vorinstanz aus, der Beschwerdeführer habe in seiner Rekursschrift selbst "C.strasse xx, Z." als Zustelladresse angegeben. Mit der Erhebung des Rekurses habe er sich in einem Prozessrechtsverhältnis befunden und mit dem Zugang der Verfügung vom 17. Februar 2005 rechnen müssen; daran ändere auch nichts, wenn er in der Rekursschrift schreibe, er halte sich oft im Ausland auf und es

könne vorkommen, dass "Post liegen bleibe". Es sei somit von der fristauslösenden Mitteilung der Verfügung vom 17. Februar 2005 auszugehen. Nachdem der Beschwerdeführer die Frist zur Leistung des Barvorschusses unbenutzt habe verstreichen lassen, sei auf den Rekurs androhungsgemäss nicht einzutreten (KG act. 2, S. 2 f.).

2. Der Beschwerdeführer macht mit seiner Nichtigkeitsbeschwerde geltend, er arbeite seit einiger Zeit an einem Projekt im Ausland und sei somit selten und meist nur an den Wochenenden zu Hause. An sich regle eine Stellvertretung im Geschäft seine Post. Die Rechnung der Beschwerdegegnerin sei falsch adressiert gewesen und deshalb habe ihn erst die Betreibungsandrohung erreicht, welche irgendwo liegen geblieben sei. Auf dem Amt [gemeint wohl: Betreibungsamt] habe er die Betreibung mit der Postkarte bezahlen wollen, allerdings sei wegen einer Fehlfunktion keine Transaktion möglich gewesen; fälschlicherweise habe er den Ausstand als bezahlt abgelegt. Sodann führt er weiter aus, auf seinen Rekurs sei das Obergericht nicht eingetreten, weil er den Barvorschuss nicht habe leisten können. In seiner Abwesenheit habe er den eingeschriebenen Brief nicht entgegen nehmen können; auch habe er in seiner "Rekursanfrage" (gemeint wohl OG act. 1 = Rekursbegründung) dem Obergericht mitgeteilt, dass er mehrheitlich abwesend sei, und er sei sich der Tatsache nicht gewahr gewesen, dass er ein eingeschriebenes Schreiben entgegen nehmen müsse, um den Betrag von Fr. 500.-- zum Voraus bezahlen zu können. Die konkursaushlösende Forderung sei mittlerweile beim Betreibungsamt mit allen Zusatzkosten bezahlt worden (KG act. 1).

3.1 § 179 Abs. 1 in Verbindung mit § 187 Abs. 1 GVG sieht die Wiederholung der Zustellung vor, wenn die erste Zustellung scheitert. Nach Abs. 2 von § 179 GVG gilt die Vorladung bzw. der Entscheid als zugestellt, wenn der Adressat die Zustellung schuldhaft verhindert. Vorliegend fragt sich, ob die Vorinstanz zu Recht von einer schuldhaften Verhinderung der Zustellung der Verfügung vom 17. Februar 2005 und damit von einer Zustellungsfiktion gemäss § 179 Abs. 2 GVG ausging. Nach der in ZR 95 Nr. 1 zusammengefassten Rechtsprechung des Kassationsgerichts kann allein aus der zweimaligen erfolglosen postalischen Zustellung nicht auf eine schuldhafte Zustellungsverhinderung im Sinne von § 179

Abs. 2 GVG geschlossen werden. Es darf nämlich nicht einfach vermutet werden, dass die von der Post verteilte Abholungseinladung den Adressaten erreicht hat, sondern dem Gericht müsste der Beweis dafür vorliegen. Zu bestreiten brauche der Beschwerdeführer den Zugang der Abholungseinladung nicht. Im genannten Entscheid ging das Kassationsgericht weiter davon aus, wenn eine Zustellung durch die Post nicht möglich sei und sich nicht klar nachweisen lasse, dass die Partei oder eine sonst zur Entgegennahme berechtigte Person die Abholungseinladung erhalten und zur Kenntnis genommen habe, dürfe keine Zustellungsverweigerung angenommen werden. Vielmehr habe eine Zustellung durch einen Kanzleiangestellten, den Gemeindeammann oder die Polizei zu erfolgen, sofern nicht ein weiterer Zustellversuch mit der Post gemacht werde.

3.2 Dieser Rechtsprechung des Kassationsgerichts ist vielfache Kritik von andern Zürcher Gerichten erwachsen. So relativierte das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich (3. bzw. 4. Kammer) in zwei publizierten Entscheiden, abweichend von der Praxis des Kassationsgerichts gelte mangels besonderer Gegebenheiten eine Zustellung nach zwei Mal gescheitertem Versuch mittels Charge-Sendung als erfolgt, wenn eine sogenannte Empfangspflicht existiere, d.h. jemand in einem Prozessrechtsverhältnis unter den obwaltenden Umständen mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit den Zugang eines behördlichen Aktes erwarten müsse (ZR 98 Nr. 26; bestätigt in ZR 104 Nr. 5). Das Obergericht des Kantons Zürich (III. Strafkammer) hat in einem ersten Entscheid ausgeführt, es widerspreche jeder Lebenserfahrung, anzunehmen, dass bei ein- und demselben Adressaten in kurzer Folge mehrere Abholungseinladungen zwischen Werbesendungen, Zeitschriften, Kleidersammlungssäcken und sonstigem Briefkasteninhalt "verloren gehe" bzw. von Adressaten "unentdeckt verbleiben" könne. Könne eine Partei aus irgendwelchen Gründen eine Zeit lang Zustellungen nicht selber entgegen nehmen oder Abholungsaufforderungen nicht selber befolgen, habe sie mittels tauglicher Vorkehren dafür zu sorgen, dass die Sendungen sie dennoch (rechtzeitig) erreichten (ZR 98 Nr. 18, Erw. 3 lit. e und g). In einem weiteren Entscheid führte die III. Strafkammer des Obergerichts nach ausführlichem Hinweis auf die in ZR 98 Nr. 26 publizierten Entscheide des Verwaltungsgerichts und die darin statuierte Empfangspflicht aus, der Auffassung des Kassationsgerichts kön-

ne nicht gefolgt werden. Wenn dieses – im Einklang mit BGE 116 Ia 92 – davon ausgehe, dass die kantonalen Zustellungsgrundsätze nicht mit der vom Bundesgericht entwickelten Praxis zur Zustellung von bundesgerichtlichen Urkunden übereinstimmen müsse, könne dies nicht heissen, dass die letztlich auf dem Grundsatz von Treu und Glauben beruhende Auffassung des Bundesgerichts für das kantonale Recht bedeutungslos wäre. Diese könne in die Lücke springen, wo keine ausdrückliche kantonale Regelung bestehe, und sie könne Auslegungshilfe für vorhandene kantonale Normen sein. Die Fiktion von § 179 Abs. 2 GVG greife jedenfalls bei aktiver Vereitelung der Zustellung oder der bewussten Missachtung der Abholungseinladung. Nach deren Wortlaut könne die Bestimmung aber auch auf Fälle bezogen werden, in denen der Zustellungsadressat einer Empfangspflicht im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht nachkomme. Eine solche Empfangspflicht liege denn auch den Zustellungsbestimmungen des GVG zugrunde. Sie ergebe sich aus § 181 GVG, welche Bestimmung vom Kassationsgericht in ZR 95 Nr. 1 nicht in Betracht gezogen worden sei. Gemäss § 181 GVG habe eine Partei Änderungen ihres gewöhnlichen Aufenthaltsortes während einer Untersuchung oder eines gerichtlichen Verfahrens unverzüglich anzuzeigen (Satz 1). Unterlasse sie dies, seien Zustellungen an die letztbekannte Adresse rechtswirksam (Satz 2) (ZR 98 Nr. 43).

3.3 Ob an der in ZR 95 Nr. 1 publizierten Praxis des Kassationsgerichts vollumfänglich festzuhalten ist, kann hier offen bleiben. Eine Korrektur ist insofern anzubringen, als in der Tat beim erwähnten Entscheid die Bestimmung von § 181 GVG zu wenig Beachtung gefunden hat, da diese bei den dort obwaltenden Umständen nicht zum Tragen kam. Anders sieht dies beim vorliegenden Fall aus. Gemäss § 181 GVG hat eine Partei Änderungen ihres gewöhnlichen Aufenthaltsortes während einer Untersuchung oder eines gerichtlichen Verfahrens unverzüglich anzuzeigen. Dabei ist nicht der Wohnort im juristischen Sinn anzugeben, sondern der gewöhnliche Aufenthaltsort oder das Geschäftslokal, an dem die betreffende Partei für das Gericht ständig erreichbar ist. Die Meldepflicht besteht nicht nur bei der Aufgabe des bisherigen Aufenthaltsortes oder Geschäftssitzes, sondern auch dann, wenn die Partei während längerer Zeit abwesend ist (vgl. Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, 2. Aufl.,

Zürich 2002, N 1 zu § 181 GVG m.w.H.). In einem früheren Entscheid aus dem Jahr 1993 ging das Kassationsgericht sodann davon aus, ein Aufbewahrungsauftrag an die Post genüge grundsätzlich den von einer verfahrensbeteiligten Partei bei Ortsabwesenheit zu treffenden Vorkehrungen nicht, wobei (aus Rücksicht auf RB 1987 Nr. 26) ein Aufbewahrungsauftrag für einen knappen Monat durch eine in eigener Sache prozessierende Partei ohne weitere Hinweise auf schuldhaftes Verhalten immerhin noch nicht als Zustellungsverweigerung angesehen werden könne (zitiert in ZR 95 Nr. 1, Erw. III.3). Bei Unterlassung sind Zustellungen an die letztbekannte Adresse rechtswirksam, nachdem alle anderen Zustellungsversuche erfolglos geblieben sind.

3.4 Vorliegend macht der Beschwerdeführer geltend, er habe den eingeschriebenen Brief betreffend Barvorschuss wegen Abwesenheit nicht entgegennehmen können. Er habe in seiner Rekursanfrage (gemeint: Rekursbegründung: OG act. 1) der Vorinstanz mitgeteilt, dass er mehrheitlich abwesend sei, und er sei sich der Tatsache nicht bewusst gewesen, dass er eine eingeschriebene Sendung entgegen zu nehmen habe, um einen Vorschuss zu leisten (KG act. 1).

Darauf, dass er nicht gewusst habe, dass er eine eingeschriebene Sendung entgegen zu nehmen habe, um einen Barvorschuss zu bezahlen, kann sich der Beschwerdeführer nicht berufen. Einerseits ist die Pflicht zur Vorschussleistung des die Konkursöffnung an ein oberes Gericht weiterziehenden Schuldners gesetzlich geregelt (Art. 49 Abs. 2 GebV SchKG [Gebührenverordnung zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 23. September 1996; SR 281.35]). Andererseits hat der Beschwerdeführer selbst mit Eingabe dat. 13. Februar 2005 (Poststempel: 16. Februar 2005) Rekurs erhoben. Angesichts der allgemeinen Dringlichkeit eines Konkursverfahrens musste er davon ausgehen, dass das Gericht rasch (prozessuale) Vorkehrungen treffen oder allenfalls rasch entscheiden würde (vgl. Art. 171 SchKG). Er musste somit weitere (eingeschriebene) Zustellungen des Obergerichts – insbesondere auch jene des Endentscheides – erwarten.

Sodann kann die blosser Mitteilung, man sei mehrheitlich abwesend, keinesfalls als genügende Vorkehr bei (längerer) Abwesenheit angesehen werden.

Vielmehr wäre dem Gericht entweder die neue Adresse anzugeben, an welcher man erreichbar ist (§ 181 GVG), oder es wäre ein Zustellungsempfänger zu bezeichnen oder die Umleitung der Post in die Wege zu leiten, damit die Zustellung von gerichtlichen Entscheiden innert nützlicher Frist ermöglicht würde. Dies muss insbesondere im vorliegenden, ohne Verzug durchzuführenden Konkursverfahren gelten, in welchem es nicht angeht, durch die blosser Meldung der Abwesenheit den Fortgang des Verfahrens – allenfalls sogar auf unbestimmte Zeit – hinauszuzögern, da dies einer sachlich nicht zu rechtfertigenden Benachteiligung der Gläubiger gleichkäme. Unterlässt der Schuldner bei Anfechtung des Konkursdekretes die genannten Vorkehren, so ist eine Zustellungsverweigerung gemäss § 179 Abs. 2 GVG anzunehmen (vgl. dazu schon Kass.Nr. 90/304Z i.S. H. c.l., Beschluss vom 17. Dezember 1990, Erw. 2). Daran ändert auch nichts, wenn der Beschwerdeführer ausführt, "an und für sich" regle eine Stellvertretung im Geschäft seine Post (KG act. 1). Es bleibt unklar, was der Beschwerdeführer damit meint, insbesondere ob von dieser Stellvertretung nur seine geschäftliche oder auch die private Post betroffen ist. Unklar bleibt auch, wie diese Stellvertretung organisiert gewesen wäre. Dem Gericht wurde jedenfalls keine Mitteilung darüber gemacht, sondern der Beschwerdeführer hat dem Obergericht – wie übrigens auch im Beschwerdeverfahren (KG act. 1) – auf seiner Rekurseingabe selbst die Adresse "C.strasse xx, Z." angegeben. Daraus, dass die Zustellungen der Verfügung des Obergerichts vom 17. Februar 2005 zweimal mit dem Vermerk "nicht abgeholt" retourniert wurden, ist zu schliessen, dass jedenfalls kein Postumleitungsauftrag gegeben wurde und offensichtlich auch niemand für den Beschwerdeführer eingeschriebene Sendungen entgegen genommen hat. Falls vom Beschwerdeführer tatsächlich irgendwelche Vorkehren getroffen worden wären, hätten sich diese jedenfalls als völlig ungenügend erwiesen. Die Vorinstanz ging somit vorliegend ohne Setzung eines Nichtigkeitsgrundes von einer Zustellungsverweigerung und von der gültigen Zustellung an die letztbekannte Adresse aus.

3.5 Auch mit seinen weiteren Vorbringen kann der Beschwerdeführer keinen Nichtigkeitsgrund in Bezug auf die vorinstanzliche Annahme der Nichtleistung des Barvorschusses nachweisen und die Vorinstanz ist zu Recht auf den Rekurs nicht eingetreten. Wie bereits die Vorinstanz erläuterte, ändert sich am Ausgang des

Verfahrens nichts dadurch, dass die in Betreuung gesetzte Forderung über Fr. 130.-- nebst Zins und weiteren Kosten am 15. Februar 2005 vollständig beglichen wurde (KG act. 2, S. 3).

4. Zusammenfassend konnte der Beschwerdeführer keinen Nichtigkeitsgrund nachweisen und die Beschwerde ist daher abzuweisen. Damit entfällt die der Beschwerde teilweise verliehene aufschiebende Wirkung.

### III.

Ausgangsgemäss wird der Beschwerdeführer im Beschwerdeverfahren kostenpflichtig (Art. 49 und 61 GebV SchKG). Der Beschwerdegegnerin, welche sich im Beschwerdeverfahren nicht äusserte, ist mangels Antrag und mangels erheblicher Umtriebe keine Prozessentschädigung zuzusprechen (Art. 62 GebV SchKG).

#### **Das Gericht beschliesst:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.  
Damit entfällt die der Beschwerde teilweise verliehene aufschiebende Wirkung.
2. Die Spruchgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr.750.-.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
4. Im vorliegenden Beschwerdeverfahren werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, den Konkursrichter des Bezirkes Z. (ad EK042739), das

Konkursamt B.-Z., das Handelsregisteramt des Kantons Zürich sowie an das  
Betreibungsamt Z., je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Die juristische Sekretärin: