

Art. 166 SchKG, § 179 Abs. 2 GVG. Prozessrechtsverhältnis.

Ein Prozessrechtsverhältnis verpflichtet die Parteien, dafür zu sorgen, dass ihnen Vorladungen (und Entscheide) zugestellt werden können. Es entsteht erst mit der Begründung eines Verfahrensverhältnisses und gilt insoweit, als während eines hängigen Verfahrens mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit mit der Zustellung eines behördlichen Aktes gerechnet werden muss. Die blosser Zustellung einer Konkursandrohung an den Schuldner durch das Betreibungsamt vermag beim Konkursrichter noch kein hängiges Verfahren mit diesen Pflichten zu begründen.

Aus den Erwägungen:

I.2. Unbestritten ist, dass der Schuldnerin die Vorladung zur Konkursverhandlung zweimal durch den Konkursrichter nicht zugestellt werden konnte. Der Konkursrichter interpretierte dies unter Hinweis auf diverse Entscheide aus der Praxis als schuldhaft verhinderte Zustellung im Sinne von § 179 Abs. 2 GVG und damit als rechtsgenügende (fiktive) Zustellung.

2.1 Gemäss § 179 Abs. 1 GVG wird die Zustellung wiederholt, wenn die Vorladung nicht zugestellt werden kann. Die Vorladung gilt als zugestellt, wenn der Adressat die Zustellung schuldhaft verhindert (§ 179 Abs. 2 GVG). Das Kassationsgericht versteht unter schuldhafter Zustellungsverhinderung nur das aktive Zurückweisen, nicht auch die passive Nichtannahme einer Sendung (ZR 95 [1996] Nr. 1). Das Verwaltungsgericht weicht von dieser Praxis ab (ZR 98 [1999] Nr. 26) und nimmt mit dem Bundesgericht (BGE 122 I 143; BGE 115 Ia 17; BGE 116 Ia 90) an, gemäss allgemeiner Erfahrung dürfe nach zweimaligem erfolglosem Zustellungsversuch durch eingeschriebene Sendung davon ausgegangen werden, dass in jenen Fällen, in denen jemand sich in einem Prozessrechtsverhältnis befindet und daher eine Empfangspflicht besteht, zumindest eine Abholungseinladung richtig hinterlegt worden sei und daher als zugestellt gelten könne (wobei zugunsten des Adressaten der zweite Zustellversuch als für den Fristenlauf massgebend zu betrachten sei). Die III. Strafkammer des Obergerichts hat sich (mit einigen Präzisierungen) der Ansicht des Verwaltungsgerichts angeschlossen (ZR 98 [1999] Nr. 43): Konkret erwog sie, dass die Verfahrensbeteiligten mit der Begründung eines Prozessrechtsverhältnisses verpflichtet seien, dafür zu sorgen, dass ihnen Vorladungen und Entscheide, welche das Verfahren betreffen, zuge-

stellt werden können. Komme eine an die letztbekannte Adresse gesandte Gerichtsurskunde zweimal als ‚nicht abgeholt‘ zurück, so gelte sie - entgegen der vom Kassationsgericht in ZR 95 [1996] Nr. 1 vertretenen Auffassung - als zugestellt, wenn der Adressat unter den obwaltenden Umständen mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit den Zugang eines behördlichen Aktes habe erwarten müssen und sofern nicht für das Gericht Anhaltspunkte dafür bestünden, dass die Adresse nicht mehr stimme oder der Zustellvorgang Mängel aufweise (ZR 98 [1999] Nr. 43; zum Ganzen: *Hauser/Schweri*, Kommentar GVG, N. 13f. zu § 179). Diese Auffassung entspricht auch ständiger Praxis der II. Zivilkammer und im Übrigen - soweit ersichtlich - auch der Praxis des Konkursrichters des Bezirkes Zürich.

2.2 Eine abweichende Meinung (zwischen dem Konkursrichter und der II. Zivilkammer) besteht lediglich hinsichtlich der Frage, ab wann sich ein Schuldner im vorliegenden Zusammenhang in einem Prozessrechtsverhältnis befindet, mithin insbesondere, ab welchem Zeitpunkt für ihn eine sogenannte Empfangspflicht für Vorladungen (und Entscheide) besteht und er unter den gegebenen Umständen den Zugang eines behördlichen Aktes mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit erwarten muss. Der Konkursrichter vertritt im Ergebnis die Meinung, mit dem Zugang der Konkursandrohung befinde sich der Schuldner in einem Prozessrechtsverhältnis; es genüge eine „gewisse Wahrscheinlichkeit“ von gerichtlichen Zustellungen. Dieser erforderliche Grad der Wahrscheinlichkeit sei im Gefolge einer Konkursandrohung sicher gegeben. Der Empfänger einer Konkursandrohung müsse mit einem Konkursbegehren und damit auch mit gerichtlichen Zustellungen rechnen. Dieser Auffassung ist nicht beizupflichten. Bereits in einem Rekursverfahren gegen ein Konkurserkennntnis des Konkursrichters des Bezirkes Zürich vom 29. Mai 2001 erwog die Kammer in diesem Zusammenhang, es könne gestützt auf § 179 Abs. 2 GVG nicht präsumiert werden, die Vorladung gelte als zugestellt, da die Schuldnerin mangels eines bestehenden Prozessrechtsverhältnisses nicht habe mit gerichtlichen Zustellungen rechnen müssen. Damals machte die Schuldnerin in ihrer Rekurschrift geltend, es sei ihr persönlich keine Konkursandrohung zugegangen, so dass sie von der Angelegenheit keine Kenntnis gehabt habe (Beschluss vom 25. Juni 2001, Geschäfts-Nr. NN010073). In einem weiteren Beschluss erwog die Kammer (Beschluss vom 24. Februar 2003, Geschäfts-Nr. NN030013) alsdann, selbst wenn davon auszugehen wäre, dass die Schuldnerin die Konkursandrohung entgegen genommen habe, begründe dies

allein noch kein Prozessrechtsverhältnis in dem Sinne, dass sie in der Folge kurzfristig mit gerichtlichen Zustellungen rechnen müsse. Vielmehr bleibe einem Schuldner ab Konkursandrohung vorab eine letzte Zahlungsfrist von 20 Tagen, bevor der Gläubiger berechtigt sei, das Verfahren mittels Konkursbegehren fortzusetzen (mit Verweis auf Art. 160 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG). Dies setze aber nicht zwingend voraus, dass nach Ablauf dieser Frist beim Gericht das Konkursbegehren auch gestellt werden müsse.

2.3 Diese Praxis hat die Kammer immer wieder auf Rekurs hin bestätigt und seither wiederholt entschieden, dass die Zustellung einer Konkursandrohung an den Schuldner kein Prozessrechtsverhältnis begründet (zuletzt: Beschluss vom 17. November 2004, Geschäfts-Nr. NN040175; Beschluss vom 11. November 2004, Geschäfts-Nr. NN040172; Beschluss vom 26. Oktober 2004, Geschäfts-Nr. NN040114; Beschluss vom 20. Oktober 2004, Geschäfts-Nr. NN040149; Beschluss vom 4. Oktober 2004, Geschäfts-Nr. NN040142; Beschluss vom 23. September 2004, Geschäfts-Nr. NN040134; Beschluss vom 6. September 2004, Geschäfts-Nr. NN040123; Beschluss vom 1. September 2004, Geschäfts-Nr. NN040109; Beschluss vom 28. Juli 2004, Geschäfts-Nr. NN040106; Beschluss vom 27. Juli 2004, Geschäfts-Nr. NN040077; Beschluss vom 20. Juli 2004, Geschäfts-Nr. NN040104; Beschluss vom 25. Juni 2004, Geschäfts-Nr. NN040087; Beschluss vom 17. Juni 2004, Geschäfts-Nr. NN040075; Beschluss vom 25. Mai 2004, Geschäfts-Nr. NN040066; Beschluss vom 19. Mai 2004 Geschäfts-Nr. NN040065; Beschluss vom 22. März 2004, Geschäfts-Nr. NN040029; Beschluss vom 19. Dezember 2003, Geschäfts-Nr. NN030163; Beschluss vom 9. September 2003, Geschäfts-Nr. NN030096; Beschluss vom 24. Juli 2003, Geschäfts-Nr. NN030076; Beschluss vom 18. Juni 2003, Geschäfts-Nr. NN030065; Beschluss vom 11. Juni 2003, Geschäfts-Nr. NN030047 und Beschluss vom 24. Februar 2003, Geschäfts-Nr. NN030013). Es besteht auch heute kein Anlass, davon abzuweichen. Ein Prozessrechtsverhältnis entsteht erst mit der Rechtshängigkeit eines Verfahrens, welches die Parteien verpflichtet, sich nach Treu und Glauben zu verhalten und unter anderem dafür zu sorgen, dass ihnen auch Entscheide, welche das Verfahren betreffen, zugestellt werden können. Diese Pflicht entsteht mithin als prozessuale Pflicht 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, 399 = BGE vom 3. Juni 2004, Geschäfts-Nr. 7B.89/2004; vgl. auch in: SJZ 100 [2004] 396). Eine Zustellungsfiktion kann somit nur für ein hängiges Verfahren gelten. Die blosser Zustellung der Konkursandrohung an den Schuldner durch das Betreibungsamt vermag beim Gericht bzw. dem Einzelrichter im summarischen Verfahren als Konkursrichter (§ 213 Ziff. 5 ZPO) noch kein hängiges Verfahren mit den genannten prozessualen Pflichten zu begründen, auch wenn mit dem Konkursrichter davon auszugehen ist, dass die Einleitung bzw. eben das Anhängigmachen eines Konkursverfahrens beim Konkursrichter nach einer (zugegangenen) Konkursandrohung durch das Betreibungsamt (zumindest im Falle der Nichtzahlung durch den Schuldner) den Regelfall darstellen dürfte und mit einem Rechtsöffnungsverfahren nach erhobenem Rechtsvorschlag mit relativ geringer Wahrscheinlichkeit zu rechnen ist. Das konkursrichterliche Verfahren wird vielmehr erst durch das Begehren des Gläubigers um Eröffnung des Konkurses - als neues, nunmehr bei einer richterlichen Behörde anhängig gemachtes Verfahren - in die Wege geleitet (Art. 166 Abs. 1 SchKG). Ähnlich verhält es sich im Übrigen beispielsweise im Mietrecht. Gerät ein Mieter nach Übernahme der Sache mit der Zahlung fälliger Mietzinse oder Nebenkosten in Rückstand, so begründet die darauf erfolgte Androhung, dass bei unbenütztem Ablauf der angesetzten Frist das Mietverhältnis gekündigt werde (Art. 257d OR), noch kein Prozessrechtsverhältnis in Bezug auf das (allenfalls) nachfolgende Ausweisungsverfahren (auch wenn die Kündigungsandrohung - wie dies der Konkursrichter im Zusammenhang mit dem friedensrichterlichen Sühnverfahren erwog - eine Art Vorbedingung darstellt für den beim Einzelrichter zu erwirkenden Ausweisungsbefehl). Hat der auszuweisende Mieter (trotz an sich erhaltener Kündigungsandrohung) keine Kenntnis davon, dass der Vermieter gegen ihn infolge Nichtbezahlung der ausstehenden (fälligen) Mietzinse oder Nebenkosten ein Ausweisungsverfahren eingeleitet hat, ist er mangels eines (begründeten) Prozessrechtsverhältnisses grundsätzlich nicht verpflichtet, dafür zu sorgen, dass ihm Vorladungen und Entscheide, welche das Verfahren betreffen, zugestellt werden können. Entsprechend darf der Ausweisungsrichter nicht von einer schuldhaften Verhinderung der Zustellung der Vorladung im Sinne von § 179 Abs. 2 GVG und damit letztlich von einem unentschuldigtem Ausbleiben anlässlich der Hauptverhandlung unter Anwendung der dafür vorgesehenen Säumnisfolge ausgehen (vgl.

dazu den Beschluss der Kammer vom 10. November 2003, Geschäfts-Nr. NL030112).

3. Da die Schuldnerin im vorliegenden Konkursöffnungsverfahren mangels eines bestehenden Prozessrechtsverhältnisses nicht mit gerichtlichen Zustellungen rechnen musste, lässt es sich aus den angeführten Gründen nicht als Zustellungsvereitelung auslegen, wenn die Vorladung des Konkursrichters der Schuldnerin (zweimal) nicht zugestellt werden konnte. Eine Präsomtion gestützt auf § 179 Abs. 2 GVG, die Vorladung gelte als zugestellt, fällt damit ausser Betracht. Indem der Konkursrichter die Konkursöffnung dennoch aussprach, obschon die Schuldnerin sich nicht zum Konkursbegehren äussern konnte, wurde ihr Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. Dies führt dazu, dass der Rekurs gutzuheissen und der angefochtene Entscheid aufzuheben ist.

4. (...)

Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer
Beschluss vom 29. November 2004
Geschäfts-Nr. NN040174