

III. Schuldbetreibung und Konkurs

Zustellfiktion bei eingeschriebenen, nicht abgeholten Briefpostsendungen. — Die von der Rechtsprechung entwickelte Zustellfiktion, nach der eingeschriebene, nicht abgeholte Briefpostsendungen am letzten Tag der siebentägigen Abholfrist als zugestellt gelten, setzt den Bestand eines Prozessrechtsverhältnisses voraus. Durch die rechtsgültige Zustellung der Konkursandrohung wird für das Konkurseröffnungsverfahren kein solches Prozessrechtsverhältnis begründet (Praxisänderung; E. 2b).

Aus den Erwägungen:

1. a) Die Beschwerdeführerin macht zunächst geltend, sie habe die Vorladung zur Konkursverhandlung nicht erhalten. Wegen verschiedener Auslandsaufenthalte ihres einzigen Verwaltungsratsmitgliedes, B. T., sei ihr Postfach XXX in Zug nicht täglich geleert worden. Als das dann wieder der Fall gewesen sei, habe eine Abholungseinladung für eingeschriebene Sendungen vom 12.5.–19.5.2007 im Postfach gelegen. Als B. T. diese Sendungen am Postschalter habe in Empfang nehmen wollen, seien diese bereits an den Absender zurückgesandt worden. Auf die Nachfrage von B. T. beim Kantonsgericht, ob eine wichtige für die Beschwerdeführerin oder ihn bestimmte Sendung an das Kantonsgericht zurückgeleitet worden sei, habe ihm Frau K. vom Kantonsgericht Zug erklärt, dass sie zur Zeit nichts finden könne, und angegeben, dass die Zustellung nochmals erfolgen würde, falls «etwas zuzustellen sei». In der Folge habe die Beschwerdeführerin aber keine Post mehr erhalten, sondern erst später das Schreiben des Konkursamtes vom 30. Mai 2007 sowie die Verfügung des Konkursrichters.

b) Aus den vorinstanzlichen Akten geht hervor, dass die Vorladung zur Konkursverhandlung vom 29. Mai 2007 am 11. Mai 2007 mit eingeschriebener Post an die Beschwerdeführerin gesandt wurde, indes in der Folge am 22. Mai 2007 mit dem postalischen Vermerk «Nicht abgeholt» an das Kantonsgerichtspräsidium Zug zurückgeleitet wurde. Am 23. Mai 2007 wurde die Vorladung sodann per A-Post der Beschwerdeführerin erneut zugesandt.

2. a) Nach der von der zugerischen Rechtsprechung in Ermangelung einer ausdrücklichen kantonalen Regelung übernommenen Praxis des Bundesgerichts gilt eine eingeschriebene Briefpostsendung, wenn der Adressat nicht angetroffen wird

und daher eine Abholungseinladung in seinen Briefkasten oder in sein Postfach gelegt wird, in jenem Zeitpunkt als zugestellt, in welchem sie auf der Post abgeholt wird; geschieht dies nicht innert der siebentägigen Abholfrist, die als Grundsatz in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Post festgehalten ist und als allgemein bekannt gilt (BGE 127 I 31 E. 2a/aa), so gilt die Sendung als am letzten Tag dieser Frist zugestellt. Diese Zustellfiktion setzt grundsätzlich voraus, dass der Adressat mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit mit der Zustellung eines behördlichen Aktes rechnen musste. Indessen entsteht erst mit der Rechtshängigkeit 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 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 E. 1.2.3 mit weiteren Hinweisen). Im eben zitierten Entscheid hat das Bundesgericht festgehalten, dass mit dem Rechtsöffnungsverfahren ein neues Verfahren eröffnet wird und die Zustellfiktion hinsichtlich des Rechtsöffnungsentscheides nicht gilt. Der Rechtsvorschlag bewirke die Einstellung der Betreibung (Art. 78 Abs. 1 SchKG), womit dem Gläubiger der Betreibungsweg verschlossen werde. Die Betreibung stehe still und drohe dahin zu fallen, wenn sie nicht binnen nützlicher Frist wieder in Gang gebracht werde, wozu die Rechtsöffnung diene. Zur Aufhebung des Rechtsvorschlages durch den Richter auf dem Wege des Rechtsöffnungsverfahrens (Art. 80–84 SchKG) oder auf dem ordentlichen Prozessweg (Art. 79, 153 Abs. 3 und 186 SchKG) werde ein neues Verfahren in die Wege geleitet. Das Bundesgericht hat damit klargestellt, dass mit dem Einleitungsverfahren des Betreibungsamtes kein Prozessrechtsverhältnis für einen allfälligen Rechtsöffnungs- oder Anerkennungsprozess begründet wird. In einem kürzlich ergangenen Entscheid hat die Justizkommission ihre bisherige, davon abweichende Praxis zum Rechtsöffnungsverfahren dieser höchstrichterlichen Rechtsprechung angepasst (JZ 2005/69).

b) Analog verhält es sich nun allerdings auch im Zusammenhang mit dem gerichtlichen Verfahren zur Konkurseröffnung in ordentlicher Betreibung. Nach der bisherigen Rechtsprechung der Justizkommission wurde angenommen, dass ein Prozessrechtsverhältnis für das Konkurseröffnungsverfahren durch die rechtsgültige Zustellung der Konkursandrohung begründet wird. Dementsprechend wurde erklärt, dass der Schuldner nach Zustellung der Konkursandrohung jederzeit damit rechnen müsse, dass der Gläubiger – solange die Frist von 15 Monaten seit Zustellung des Zahlungsbefehls noch nicht abgelaufen ist – das Konkursbegehren beim

Konkursrichter stellen werde, wenn er, der Betreibungsschuldner, die Konkursandrohung nicht anfechtet und die Schuld nicht innert 20 Tagen tilgt (Art. 160 und Art. 166 SchKG). An dieser Rechtsprechung kann nicht weiter festgehalten werden. Die Konkursandrohung ist Teil des eigentlichen Betreibungsverfahrens und schliesst dieses vor den Betreibungsbehörden ab. Der Fortgang des Vollstreckungsverfahrens und dessen Wechsel von den Betreibungs- zu den Konkursbehörden hängt vom richterlichen Entscheid über die Konkurseröffnung ab. Hierzu muss der Gläubiger innert nützlicher Frist das Konkursbegehren beim Konkursrichter stellen (Art. 166 SchKG), sonst droht die Betreibung letztlich auch hier dahinzufallen. Es muss also analog dem Rechtsöffnungs- bzw. Anerkennungsprozess ein neues gerichtliches Verfahren in Gang gesetzt werden, um das Zwangsvollstreckungsverfahren fortzusetzen und vor dem Erlöschen zu bewahren. Demnach kann die Zustellung der Vorladung zur Konkursverhandlung nicht fingiert werden. Gleich hat im Übrigen auch das Zürcher Obergericht in Abkehr von seiner früheren Rechtsprechung neuerdings entschieden. Es erwog – in Anlehnung an die Rechtsprechung des Bundesgerichts –, dass die blosser Zustellung der Konkursandrohung an den Schuldner durch das Betreibungsamt beim Gericht, bzw. dem Einzelrichter im summarischen Verfahren als Konkursrichter, noch kein hängiges Verfahren mit den genannten prozessualen Pflichten zu begründen vermöge. Mangels eines bestehenden Prozessrechtsverhältnisses müsse der Schuldner nicht mit gerichtlichen Zustellungen rechnen. Eine Zustellfiktion der Vorladung zur Konkursverhandlung sei daher ausgeschlossen (ZR 104 [2005] Nr. 43).

c) Kann nach dem Gesagten die Zustellung der Vorladung zur Verhandlung über das Konkursbegehren der Beschwerdegegnerin nicht fingiert werden, stellt sich noch die Frage, ob die Beschwerdeführerin gleichwohl Kenntnis vom Verhandlungstermin hatte und sich zum Konkursbegehren rechtzeitig hätte äussern können. Nachdem sie aber bestreitet, die ihr mit A-Post zugestellte Vorladung erhalten zu haben, und ihr dies nicht rechtsgenügend widerlegt werden kann, ist das angefochtene Konkursdekret unter Verletzung ihres rechtlichen Gehörsanspruchs zustande gekommen und leidet dadurch an einem Nichtigkeitsgrund. Es ist daher ohne weiteres aufzuheben.

Justizkommission, 6. Juli 2007