

- *Formen der Zustellung nach Art. 138 ff. ZPO (Erw. 2)*
- *Zweimaliger (erfolgloser) Zustellversuch per Einschreiben: Keine Zustellfiktion bezüglich Konkursbegehren und Anzeige zur Konkursverhandlung trotz vorgängig zugestellter Konkursandrohung; weiterer Versand mit A-Post verspätet (Erw. 3)*
- *Die Nichtzustellung bzw. nicht rechtzeitige Zustellung der Anzeige zur Konkursverhandlung stellt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs dar, welche zur Aufhebung der Konkurseröffnung führt (Erw. 4)*

Aus den Erwägungen:

2. Die Schweizerische Zivilprozessordnung sieht in Art. 138 verschiedene Zustellungsformen vor, nämlich eine qualifizierte (Abs. 1 und 2; gegen Empfangsbestätigung), eine fiktive (Abs. 3; bei Nichtabholen von Einschreibesendungen, sofern mit einer Zustellung gerechnet werden musste oder bei Verweigerung einer persönlichen Zustellung) und eine einfache (Abs. 4; gewöhnliche Post). Daneben existiert die alternative Möglichkeit einer elektronischen Zustellung nach Art. 139 (mit Einverständnis der betroffenen Person) oder die Ersatzform der öffentlichen Bekanntmachung (Publikation, Ediktalzustellung) unter den Voraussetzungen von Art. 141.

a) Das *Konkursbegehren* ist eine Eingabe der Gegenpartei und als solche der Partei zwingend zuzustellen (Art. 136 lit. c ZPO), wobei dies grundsätzlich auch mit gewöhnlicher Post geschehen kann (Art. 138 Abs. 4 ZPO; vgl. Jenny, OF-Kommentar-ZPO, Zürich 2010, N 13 zu Art. 138, Huber, DIKE-Kommentar-ZPO, Zürich/St. Gallen 2011, N 7 zu Art. 136, mit Hinweis betreffend Botschaft in Fn 9).

b) Demgegenüber sind Vorladungen, Verfügungen und Entscheide gegen Empfangsbestätigung zuzustellen. Die *Anzeige einer Konkursverhandlung* stellt jedoch keine Vorladung im technischen Sinn dar (auch wenn die Bezeichnung „Vorladung“ von der Vorinstanz verwendet wurde ...), weshalb Art. 138 Abs. 1 ZPO „jedenfalls nur analog anzuwenden wäre“ (obiter dictum in BGE 138 III 225 ff. E. 3.4).

Die bisherige Literatur (vgl. BSK-Nordmann, N 8 zur Art. 168 SchKG, KUKO-SchKG-Diggelmann/Müller, N 1 zu Art. 168) und kantonale Rechtsprechung (vgl. bspw. Urteil des Obergerichts Zürich vom 26. Januar 2012, Geschäftsnummer PS110238, abrufbar via www.gerichte-zh.ch, Rubrik Entscheide) gehen soweit ersichtlich (und soweit dieser Punkt überhaupt thematisiert wird) von der Notwendigkeit einer qualifizierten Zustellung (gegen Empfangsbestätigung) aus.

Der Vorentwurf zur Schweizerischen Zivilprozessordnung sah für die gerichtliche Zustellung noch ausschliesslich jene gegen Empfangsbestätigung vor, ein Versand mit gewöhnlicher Post war noch nicht erwähnt (Art. 130 VE-ZPO). Anlässlich der Vernehmlassungen wurde unter anderem vorgebracht, es sei „sachlich keineswegs erforderlich und [verursache] den Kantonen unnötige Mehrkosten“, wenn „sämtliche zuzustellenden Urkunden auf die vorgeschriebene, kostspielige Art zugestellt“ würden. Es wurde vorgeschlagen, nur die „Zustellung von Vorladungen sowie von fristauslösenden Entscheiden und dergleichen“ der qualifizierten Zustellungsform zu unterwerfen (Zusammenstellung der Vernehmlassungen zum VE-ZPO S. 370, abrufbar unter www.bj.admin.ch/content/dam/data/staat_buerger/gesetzgebung/zivilprozessrecht/ve-ber.pdf). Der nachfolgende Entwurf sah dann eine Zustellung gegen Empfangsbestätigung noch für Vorladungen, Verfügungen und Entscheide vor, für die übrigen Schriftstücke genügte nun der Versand mit gewöhnlicher Post (Art. 136 E-ZPO). Die beiden Räte stimmten dieser geänderten Regelung diskussionslos zu (Amtliches Bulletin des Ständerats, 2007 S. 513 f., Amtliches Bulletin des Nationalrats, 2008 S. 945; Geschäftsnr. 06.062).

Mit der Teilnahme an der Konkursverhandlung wird dem Schuldner Gelegenheit gegeben, sich zur Schuld, den Zinsen und sämtlichen Kosten zu äussern und einen Antrag betreffend Kosten- und Entschädigungsfolgen des Konkurseröffnungsverfahrens zu stellen. Auch wenn den Beteiligten eine Teilnahme an der Konkursverhandlung grundsätzlich freigestellt ist, rechtfertigt es sich dennoch, die Anzeige einer Konkursverhandlung zustellungsmässig gleich zu behandeln wie eine Vorladung im technischen Sinn. Dies entspricht auch dem Sinn der Regelung, welche nicht primär eine Einschränkung der qualifizierten Zustellung für die genannten Kategorien von Schriftstücken erreichen wollte, sondern vielmehr aus Effizienzüberlegungen eingeführt wurde, damit nicht unnötigerweise alle Schriftstücke qualifiziert zugestellt werden müssen. Ausserdem erscheint gerechtfertigt, wenn mindestens ein

Schriftstück in einem Konkursverfahren vor Abschluss durch den Konkursöffnungsentscheid in qualifizierter Form zugestellt wird.

Im vorliegenden Fall spielen die verschiedenen Anforderungen an die Zustellung bezüglich Konkursbegehren und Anzeige der Konkursverhandlung indes keine Rolle, wie sogleich aufzuzeigen sein wird.

3. Vorliegend wurde die Anzeige zur Konkursverhandlung zusammen mit dem Konkursbegehren zweimal per Einschreiben und einmal per A-Post versandt.

a) Bei einer nicht abgeholten Einschreibesendung kann diese als zugestellt gelten (sog. Zustell- oder Zustellungsfiktion), wenn der Empfänger mit einer Zustellung rechnen musste. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung (BGE 138 III 225 ff. E. 3.2) führt die Zustellung einer Konkursandrohung (welche vorliegend am ... stattfand) jedoch *nicht* bereits dazu, dass der Schuldner mit der Anzeige einer Konkursverhandlung rechnen muss bzw. die Zustellung eines behördlichen Aktes im Falle der Nichtabholung einer eingeschriebenen Postsendung fingiert wird. Die Zustellung des Konkursbegehrens (als auch der Anzeige zur Konkursverhandlung) kann somit aufgrund des ersten Versands per Einschreiben nicht fingiert werden.

b) Auch ein zweiter (erfolgloser) Zustellversuch per Einschreiben führt nicht ohne weiteres dazu, dass eine Zustellung zu fingieren wäre (vgl. BGE 5A_172/2009 vom 26. Januar 2010). Wird die erste eingeschriebene Sendung nicht abgeholt, erhält der Adressat eine Abholeinladung der Post, auf welcher die Art der Sendung (angekreuztes Kürzel „R“, „GU“ etc.), die Postleitzahl des Absenders sowie die letzten fünf Ziffern der Sendungsnummer aufgeführt werden (...). Der Beschwerdeführer konnte somit auf der Abholeinladung der Post – selbst wenn sie vollständig ausgefüllt wurde – nur erkennen, dass er eine Einschreibesendung (vorliegend erfolgte kein Versand als Gerichtsurkunde) eines Absenders aus (...) erhalten hatte. Die letzten fünf Ziffern der Sendungsnummer dienen der eindeutigen Identifizierung der Sendung, lassen aber für den Adressaten keine weiteren Rückschlüsse auf die Sendung zu. Aus den Angaben der Abholeinladung konnte der Adressat somit nicht auf den Zustellversuch einer Anzeige zur Konkursverhandlung schliessen. Weitere Indizien, welche einen solchen Schluss zugelassen hätten, wurden weder vorgebracht noch wären sie aus den Akten ersichtlich. Auch aus der zweiten Abholeinladung (welche einen analogen Inhalt aufweist) musste der Beschwerdeführer nach dem Gesagten nicht auf den Zustellversuch eines Konkursbegehrens oder einer Anzeige zur Konkursverhandlung schliessen. Eine Zustellung ist somit auch für den zweiten Versand nicht zu fingieren.

c) Der dritte Zustellversuch per A-Post erweist sich überdies als verspätet. Der Versand erfolgte am Vortag der Konkursverhandlung und es ist nicht nachgewiesen (und wurde von der Vorinstanz auch nicht behauptet), dass dem Beschwerdeführer die Sendung noch vor der Konkursverhandlung (welche um 9.00 Uhr stattfand) zugegangen wäre (vgl. auch BGE 138 III 225 ff. E. 3.4). Der Beschwerdeführer gab denn auch an, über den „Vorgang“ der Konkursöffnung „erst durch das Konkursamt (...) resp. durch dessen vorläufige Konkursanzeige im Amtsblatt (...) in Kenntnis gesetzt“ worden zu sein (...).

Zusammengefasst kann festgehalten werden, dass der rechtzeitige Zugang des Konkursbegehrens als auch der Anzeige zur Konkursverhandlung vorliegend nicht erstellt ist.

4. Die *vorgängige Anzeige* einer Konkursverhandlung ist formelles Erfordernis der Konkursöffnung, deren Nichtvorliegen eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs der Parteien darstellt. Dieser Mangel ist zudem „dermassen schwerwiegend, dass eine Heilung vor der Rechtsmittelinstanz ausgeschlossen erscheint“; eine vorbehaltlose Einlassung liegt überdies mangels Teilnahme des Beschwerdeführers an der Konkursverhandlung nicht vor (BGE 138 III 225 ff. E. 3.3). Zusammenfassend ist die Konkursöffnung vorliegend bereits mangels genügender Anzeige der Konkursverhandlung aufzuheben. Auch die Nichtzustellung bzw. nicht rechtzeitige Zustellung des Konkursbegehrens würde indes eine Verletzung des rechtlichen Gehörs darstellen (Art. 136 lit. c ZPO).

(Beschluss vom 19. Juli 2012, BEK 2012 65)