

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS120041-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Bohli Roth.

## Urteil vom 12. April 2012

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Schuldner und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**B.** \_\_\_\_\_,

Gläubiger und Beschwerdegegner,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Meilen vom 22. Februar 2012 (EK120014)

### **Erwägungen:**

1.1 A.\_\_\_\_\_ führte das im Handelsregister eingetragene Einzelunternehmen CA.\_\_\_\_\_, welches am 16. November 2011 infolge Geschäftsaufgabe im Handelsregister gelöscht wurde. In der Betreuung des Gläubigers B.\_\_\_\_\_ hatte das Betreibungsamt D.\_\_\_\_\_ dem Schuldner am 21. Oktober 2011 an die Adresse ...strasse .. in E.\_\_\_\_\_ die Konkursandrohung für die Forderung von Fr. 2'243.- und Kosten von Fr. 221.50 zugestellt (damit geht die Betreuung weiter auf Konkurs, Art. 40 SchKG).

Am 19. Januar 2012 ging beim Konkursrichter das Konkursbegehren des Gläubigers ein. Dieser teilte darin mit, der Schuldner sei wohl noch in E.\_\_\_\_\_ gemeldet, aber "nicht mehr auffindbar". Die Einwohnerkontrolle der Gemeinde F.\_\_\_\_\_ beschied der Gerichtskanzlei auf Anfrage, der Schuldner sei wohl dort noch gemeldet, aber es laufe ein Verfahren der "Abmeldung von Amtes wegen"; in der Wohnung wohne bereits jemand anders (Prot. I S. 2). Die Vorladung zur Konkursverhandlung konnte denn auch an jener Adresse nicht zugestellt werden (act. 7/10). Daraufhin publizierte das Gericht die Vorladung im Amtsblatt (act. 7/12/2). Zur Verhandlung vom 22. Februar 2012 erschien niemand (Prot. I S. 5), und mit Urteil vom selben Tag wurde der Konkurs über den Schuldner eröffnet. Der Entscheid wurde dem Schuldner am 28. Februar 2012 an die Adresse ...str. .. in F.\_\_\_\_\_ zugestellt (act. 7/16/1).

1.2 Mit seiner Beschwerde vom 5. März 2012, zur Post gegeben am gleichen Tag, beantragt der Schuldner die Aufhebung des Konkurses. Er macht geltend, wohl habe er die Wohnung in E.\_\_\_\_\_ aufgegeben, jedoch sei er über die frühere Adresse seines Taxiunternehmens in F.\_\_\_\_\_ als auch an seinem aktuellen Geschäftsdomizil in G.\_\_\_\_\_ jederzeit erreichbar gewesen. Die Einzelrichterin habe nicht die zumutbaren Anstrengungen unternommen, ihm die Vorladung zur Konkursverhandlung zuzustellen, und daher sei die Publikation der Vorladung ungerechtfertigt gewesen (act. 1). Auf weitere Vorbringen ist zurück zu kommen.

Am 22. März 2012 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt. Gleichzeitig wurde dem Gläubiger Frist zur Beschwerdeantwort angesetzt (act. 8). Eine solche ist nicht eingereicht worden.

2. Mit der Beschwerde gegen die Konkursöffnung können nicht nur die Konkursaufhebungsgründe von Art. 174 Abs. 2 SchKG angerufen werden. Vor allem ist die Beschwerde das Mittel, mit welcher formelle und materielle Fehler des Entscheides zu rügen sind (KuKo SchKG-Diggelmann/Müller, Art. 174 N. 7); ist das begründet, bedarf es auch nicht des Nachweises der Zahlungsfähigkeit (welche im vorliegenden Fall aussichtslos wäre, da der Schuldner mit Einlegen des Rechtsmittels unentgeltliche Rechtspflege verlangt und damit selber erklärt, kein Geld zu haben: KuKo SchKG a.a.O., Art. 174 N. 12 und N. 3).

Die Frage der Zulässigkeit der öffentlichen Vorladung stellte sich nicht, wenn der erste postalische Zustellversuch an die richtige Adresse gerichtet gewesen wäre und der Schuldner mit einer Zustellung hätte rechnen müssen (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO). Das ist aber nicht der Fall. Die Einzelrichterin wusste aufgrund ihrer Anfrage bei der Einwohnerkontrolle, dass der Schuldner nicht mehr in E. \_\_\_\_\_ wohnte, und die Zustellung der Konkursandrohung schafft für das folgende Verfahren der Konkursöffnung keine Obliegenheit zum Entgegennehmen von gerichtlichen Sendungen (BGE 130 III 396, neuestens auch der zur Publikation bestimmte Entscheid *BGer 5A\_895/2011* vom 6. März 2012, E. 3.2).

Öffentlich bekannt gemacht werden und in diesem Sinn ersatzweise zugestellt durfte die Vorladung an den Schuldner unter den Voraussetzungen von Art. 141 ZPO. Dabei kommt nur die Variante von Abs. 1 lit. a in Frage: dass der Aufenthalt des Adressaten unbekannt und trotz zumutbaren Nachforschungen (zu ergänzen: durch das Gericht) nicht zu ermitteln war. Zwar ist diese Möglichkeit unabdingbar, damit sich renitente Beklagte und Schuldner nicht allzu leicht der gerichtlichen Belangung und der Zwangsvollstreckung entziehen können. Sie muss aber tatsächlich das letzte Mittel bleiben und ist unzulässig, wenn der Aufenthaltsort des Adressaten mit vernünftigen Mitteln in Erfahrung gebracht werden kann. - Zahlungsbefehl und Konkursandrohung nennen als Adresse des Schuldners die ...strasse in E. \_\_\_\_\_, und dort nahm der Schuldner diese Betreuungsur-

kunden auch offenbar anstandslos entgegen (act. 7/3 und 7/4). Dass er daraufhin jene Wohnung aufgab, ohne vorerst der Gemeindeverwaltung eine neue Adresse anzugeben, erschwerte die Zustellung durch das Gericht. Allerdings weist der Schuldner mit der Beschwerde nach, dass die Adresse seiner früheren Einzelfirma (... in F.\_\_\_\_\_) im Handelsregister noch abrufbar war. Im online-Telefonverzeichnis "... " war unter jener Firma die Nummer eines Mobiltelefons angegeben. Ebenfalls online waren unter seinem Namen der Handelsregistereintrag der "H.\_\_\_\_ AG" mit deren ... Adresse (in G.\_\_\_\_\_) und ihm als einzigem Verwaltungsrat zu finden, ferner die homepage seiner Segelschule, wo als Adressen sowohl der ... Sitz (in G.\_\_\_\_\_) der AG als auch unter "Büro & Filiale" die Adresse ....strasse ... in F.\_\_\_\_\_ vermerkt sind. Die AG ist im Verzeichnis ".." mit einer mobile- und einer Festnetznummer aufgeführt (zu allem act. 4/3/1 ff.). Ob ihn die Kanzlei der Einzelrichterin über einen solchen Kanal erreicht hätte, und ob seine Mitarbeiter ihn kontaktiert und/oder für ihn Post entgegen genommen hätten, lässt sich naturgemäss weder beweisen noch widerlegen. Die Einzelrichterin hat aber solche im Zeitalter des Computers und des Internets möglichen, zumutbaren und gebotenen Versuche nicht unternommen, und daher durfte sie (noch) nicht zum Mittel der öffentlichen Vorladung greifen.

Die Konkursöffnung ist daher aufzuheben. Die Einzelrichterin wird ihr Verfahren durch Vorladung der Parteien zu einer neuen Konkursverhandlung fortführen. Sollte eine Vorladung an die vom Schuldner selber angegebene Adresse ....strasse ... in F.\_\_\_\_\_ scheitern, würde dann freilich die Fiktion von Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO greifen.

3.1 Der Beschwerdeführer verlangt die Publikation eines seine Beschwerde gutheissenden Urteils des Obergerichts im Amtsblatt (act. 1 S. 2 und 9).

Tatsächlich war die Publikation der Vorladung wie gesehen verfrüht und daher unzulässig, gleich wie der Umstand, dass die Einzelrichterin ihr Urteil auch noch publizieren liess, als sich der Schuldner bei ihrer Kanzlei am Tag nach der Urteilsfällung gemeldet und seine Adresse ...strasse in F.\_\_\_\_\_ bekannt gegeben hatte. Er mag das ungehalten vorgetragen haben (act. 7/15). Es wäre aber doch möglich und in der gegebenen Situation geboten gewesen, die Zustellung des Ur-

teils an diese Adresse zu versuchen, und nicht an der (dann erst am 2. März 2012 erfolgten) Publikation festzuhalten. Wenn diese Publikationen dem Schuldner einen Schaden zugefügt haben sollten, wäre dieser auf dem Weg der Staatshaftungsklage geltend zu machen (für einen Schadenersatz im Sinne einer zivilprozessualen Parteientschädigung fehlt eine gesetzliche Grundlage: ZK ZPO-Jenny, Art. 107 N. 26; KuKo ZPO-Schmid, Art. 107 N. 15; Urwyler, Dike-Kommentar ZPO [Printausgabe], Art. 107 N. 12); im Rahmen der vorliegenden Beschwerde kann darauf nicht eingetreten werden. Allerdings ist auch darauf hinzuweisen, dass das ganze Verfahren der Konkursrichterin durch die Zahlungssäumnis des Schuldners verursacht wurde - einen Teil der Verantwortung trägt er in diesem Sinn durchaus selbst. Zudem wird das Amtsblatt kaum gelesen, anders als das Handelsregister, das jederzeit online abrufbar ist und auch regelmässig abgerufen wird - und dort werden nicht nur Konkursöffnungen, sondern auch Aufhebungen publiziert.

3.2 Kosten für das Beschwerdeverfahren sind nicht zu erheben. Insofern wird das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gegenstandslos.

Mit dem Konkurs-Einvernahmeprotokoll vom 23. Februar 2012 macht der Schuldner glaubhaft, dass er nicht über verwertbares Vermögen verfügt, aus welchem er die Kosten seines Anwaltes zahlen könnte. Allerdings ist dem Protokoll über sein laufendes Einkommen nichts zu entnehmen, und er macht dazu auch in der Beschwerde keine Angaben (act. 1 S. 9 f.). Da die Bestellung seines Anwaltes als unentgeltlicher Vertreter auch dann ausgeschlossen ist, wenn er das entsprechende Honorar aus seinen laufenden Einkünften (welche ja dem Konkursbeschluss nicht unterliegen) decken kann, ist das Gesuch in diesem Punkt abzuweisen.

**Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Meilen vom 22. Februar 2012, mit dem über den Schuldner der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben. Die Sache wird zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuem Entscheid an das Konkursgericht zurück gewiesen.
2. Auf das Begehren des Schuldners, der heutige Entscheid solle im Amtsblatt publiziert werden, wird nicht eingetreten.
3. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Kosten erhoben. Damit wird das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege insoweit gegenstandslos.
4. So weit das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege die Bestellung des Anwaltes als unentgeltlichen Vertreter betrifft, wird es abgewiesen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirkes Meilen und das Konkursamt D.\_\_\_\_\_, ferner an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt D.\_\_\_\_\_, je gegen Empfangsschein.
6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um einen Entscheid des Konkurs- oder Nachlassrichters oder der Konkurs- oder Nachlassrichterin im Sinne von Art. 74 Abs. 2 lit. d BGG.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Bohli Roth

versandt am: