

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS120169-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Houweling-Wili.

## Urteil vom 4. März 2013

in Sachen

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

Gesuchsteller und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. X.\_\_\_\_\_,

gegen

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

Gesuchs- und Beschwerdegegner,

verbeiständet durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y.\_\_\_\_\_,

betreffend **Konkursbegehren**

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes (Konkurssachen) des Bezirksgerichtes Meilen vom 7. September 2012 (EK120063)

### **Erwägungen:**

1. Mit Eingabe vom 1. März 2012 beantragte der Beschwerdeführer beim Konkursgericht des Bezirksgerichtes Meilen die Konkurseröffnung über den Beschwerdegegner (act. 5/1). In der Folge konnte das Konkursgericht dem Beschwerdegegner zufolge eingeschränkter, zeitweiser fehlender Urteils- und Prozessfähigkeit trotz wiederholtem Versuch weder Vorladungen zur Konkursverhandlung noch Verfügungen zustellen (act. 5/10/1, act. 5/12/1, act. 5/13, act. 5/22, act. 5/25/3; Port. I S. 4). Auch ein vom Konkursgericht ernannter Rechtsvertreter konnte keinen Kontakt mit dem Beschwerdegegner herstellen (act. 5/24, act. 5/27-34), weshalb er mit Verfügung vom 21. August 2012 vermutungsweise sogleich wieder von seinen Aufgaben entbunden und für seine Bemühungen entschädigt wurde (act. 5/30, act. 5/32, act. 5/38, act. 12). Dennoch weigerte sich die Vormundschaftsbehörde C.\_\_\_\_\_, vormundschaftliche Massnahmen anzuordnen (act. 5/14, act. 5/16-19, act. 5/35, act. 5/41; Prot. I S. 6-8). Aus diesen Gründen setzte das Konkursgericht dem Beschwerdeführer mit Verfügung vom 7. September 2012 schliesslich Frist an, um bei den zuständigen Behörden die für die Beurteilung der Prozessfähigkeit des Beschwerdegegners notwendigen Schritte in die Wege zu leiten und dessen Prozessfähigkeit mittels geeigneter Urkunden zu belegen, unter der Androhung, dass im Säumnisfall auf das Konkursbegehren nicht eingetreten werde (act. 5/42 = act. 4). Für die detaillierte Darstellung der vorinstanzlichen Prozessgeschichte wird auf die Ausführungen im Beschluss der Kammer vom 7. Dezember 2012 verwiesen (act. 13).

Gegen die Verfügung des Konkursgerichtes vom 7. September 2012 erhob der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 18. September 2012 rechtzeitig Beschwerde an die Kammer, mit den Anträgen, es sei die angefochtene Verfügung aufzuheben, es sei über den Beschwerdegegner der Konkurs zu eröffnen. Eventualiter sei die Vorinstanz anzuweisen, den Konkurs zu eröffnen. Subeventualiter sei die Vorinstanz anzuweisen, die im Hinblick auf die Frage der Prozessfähigkeit des Beschwerdegegners erforderlichen Anordnungen zu treffen (act. 2). In pro-

zessualer Hinsicht beantragte der Beschwerdeführer, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Diesem Gesuch wurde mit Präsidialverfügung vom 1. Oktober 2012 entsprochen (act. 7). Gleichzeitig wurde dem Beschwerdeführer Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses für das Beschwerdeverfahren angesetzt. Dieser wurde innert Frist geleistet (act. 9).

Mit Beschluss vom 7. Dezember 2012 errichtete die Kammer dem Beschwerdegegner sodann eine Vertretungsbeistandschaft im Sinne von Art. 392 Ziff. 1 ZGB für das laufende Konkursverfahren vor dem Konkursgericht des Bezirksgerichtes Meilen (EK120063) und dem damit zusammenhängenden Rechtsmittelverfahren, und setzte der Vormundschaftsbehörde C.\_\_\_\_\_ Frist an, um unter Mitteilung an das Konkursgericht und die Kammer einen Beistand oder eine Beiständin zu ernennen (act. 13). Innert erstreckter Frist ernannte die inzwischen zuständige Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) des Bezirkes Meilen mit Entscheid vom 10. Januar 2013 Rechtsanwalt Dr. Y.\_\_\_\_\_ als Beistand des Beschwerdegegners (act. 15-18). Mit Verfügung vom 17. Januar 2013 wurde dem Beschwerdegegner Frist zur Erstattung der Beschwerdeantwort angesetzt (act. 19). Die Beschwerdeantwort ging bei der Kammer am 1. Februar 2013 fristgemäss ein (act. 20-24). Der Beschwerdegegner beantragte die Abweisung der Beschwerde (act. 24). Die Akten des vorinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (act. 5). Die Sache erweist sich als spruchreif.

2. Der Beschwerdeführer hat sich mit seiner Beschwerde gegen einen prozessleitenden Entscheid der Vorinstanz im Sinne von Art. 319 lit. b ZPO zur Wehr gesetzt. Den dafür notwendigen nicht leicht wiedergutzumachende Nachteil bejahte die Kammer bereits mit ihrem Beschluss vom 7. Dezember 2012 (act. 13). Die Zulässigkeit einer Beschwerde setzt darüber hinaus ein schutzwürdiges Interesse (sog. Beschwer) des Beschwerdeführers an der Beurteilung des angefochtenen Entscheides voraus (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO; ZK ZPO-ZÜRCHER, 2. Aufl., Art. 59 N 14 und N 90). Fehlt es an einer Prozessvoraussetzung, tritt das Gericht auf das Rechtsmittel nicht ein (Art. 59 Abs. 1 ZPO).

Die Kammer errichtete mit Beschluss vom 7. Dezember 2012 für den Beschwerdegegner eine Beistandschaft im Sinne von Art. 392 Ziff. 1 ZGB (act. 13).

Danach ernannte die KESB des Bezirkes Meilen mit Entscheid vom 10. Januar 2013 einen Beistand für den Beschwerdeführer (act. 18). Dieser Entscheid ist rechtskräftig (act. 25). Damit wurden unter Mitteilung an die Vorinstanz die für die Prozessfähigkeit des Beschwerdegegners notwendigen Schritte bereits in die Wege geleitet beziehungsweise vorgenommen und die Fristansetzung an den Beschwerdeführer erweist sich als überflüssig, weshalb das Interesse des Beschwerdeführers an der Beurteilung der angefochtenen Verfügung weggefallen ist. Das zu Beginn des Beschwerdeverfahrens noch vorhandene schutzwürdige Interesse des Beschwerdeführers an der Beurteilung des angefochtenen Entscheides ist demnach im Verlaufe des Verfahrens, nachträglich entfallen. Damit wird das Beschwerdeverfahren gegenstandslos, weshalb kein Nichteintretensentscheid zu ergehen hat, sondern das Verfahren ohne weiteres abzuschreiben ist (Art. 242 ZPO; BORIS MÜLLER, DIKE-Komm-ZPO, Art. 59 N 25, MARKUS KRIECH, DIKE-Komm-ZPO, Art. 242 N 3). Die Vorinstanz wird unmittelbar nach Erhalt der Akten das Konkursverfahren beförderlich durchzuführen haben.

5. Anlass für das vorliegende Verfahren bot nicht das prozessuale Verhalten der Parteien, sondern das fehlerhafte Vorgehen der Vorinstanz selbst betreffend die pflichtwidrige Untätigkeit der Vormundschaftsbehörde (vgl. act. 13 E. 3). Es rechtfertigt sich daher, die Kosten des Beschwerdeverfahrens auf die Staatskasse zu nehmen (Art. 107 Abs. 2 ZPO). Für eine Entschädigung zulasten des Staates fehlt es an einer gesetzlichen Grundlage (ADRIAN URWYLER, DIKE-Komm-ZPO, Art. 107 N 15).

**Es wird erkannt:**

1. Das Verfahren wird abgeschrieben.
2. Im Beschwerdeverfahren werden keine Kosten erhoben und keine Prozessentschädigungen zugesprochen. Der vom Beschwerdeführer geleistete Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 750.-- wird diesem zurückerstattet.

3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beschwerdeführer unter Beilage des Doppels von act. 24, sowie an das Konkursgericht des Bezirksamtes Meilen (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten), je gegen Empfangsschein, und an die Obergerichtskasse.
4. 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. K. Houweling-Wili

versandt am: