

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS200148-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,  
Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Ersatzrichterin lic. iur.  
A. Strähl sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Houweling-Wili

## Urteil vom 11. August 2020

in Sachen

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

Schuldner und Beschwerdeführer,

vertreten durch B. \_\_\_\_\_

gegen

**C.** \_\_\_\_\_ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend

### **Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 15. Juni 2020 (EK200198)

### **Erwägungen:**

1.

1.1. Die Beschwerdegegnerin stellte am 19. Mai 2020 beim Konkursgericht Dielsdorf gestützt auf Art. 190 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG ein Gesuch um Eröffnung des Konkurses über den Beschwerdeführer ohne dessen vorgängige Betreuung wegen unbekanntem Aufenthaltsort (act. 5/1). Mit Urteil vom 15. Juni 2020 hiess die Vorinstanz das Begehren gut und eröffnete über den Beschwerdeführer den Konkurs (act. 5/8 = act. 3).

1.2. Dagegen erhob der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 30. Juni 2020 (Datum Poststempel: 1. Juli 2020) und Nachtrag vom 30. Juni 2020 (Datum Poststempel: 2. Juli 2020) Beschwerde bei der Kammer und verlangte die Aufhebung des Konkurses (act. 2 und act. 7).

1.3. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 5/1-11). Mit Verfügung vom 10. Juli 2020 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt und der Beschwerdegegnerin Frist zur Beschwerdeantwort angesetzt (act. 9). Eine Beschwerdeantwort ging nicht ein. Demgegenüber ergänzte der Beschwerdeführer seine Ausführungen mit Eingabe vom 17. Juli 2020 (act. 11). Mit Verfügung vom 21. Juli 2020 wurde der Beschwerdegegnerin Gelegenheit gegeben, dazu Stellung zu nehmen (act. 13). Die Beschwerdegegnerin liess sich nicht vernehmen. Auf weitere prozessleitende Anordnungen wurde verzichtet. Die Sache erweist sich als spruchreif.

2.

2.1. Gegen Entscheide des Konkursgerichtes ist die Beschwerde zulässig (Art. 174 Abs. 1 SchKG). Die Beschwerde richtet sich nach Art. 319 ff. ZPO. Die Beschwerde ist bei der Rechtsmittelinstanz innert der Rechtsmittelfrist schriftlich, mit Anträgen versehen und begründet einzureichen (Art. 321 Abs. 1 ZPO). Die Parteien können dabei neue Tatsachen geltend machen, wenn diese vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind (Art. 174 Abs. 1 SchKG) Zudem können neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsa-

chen innert der Rechtsmittelfrist selbst dann erhoben werden, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind (Art. 174 Abs. 2 SchKG). Nachfristen sind hingegen keine zu gewähren (vgl. dazu BGE 136 III 294).

2.2. Das angefochtene Urteil wurde am 16. Juni 2020 im Schweizerischen Handelsamtsblatt publiziert (act. 5/9/1). Die zehntägige Rechtsmittelfrist begann demnach am darauffolgenden Tag zu laufen und endete am 26. Juni 2020 (Art. 141 Abs. 2 und 142 Abs. 1 ZPO). Mit der am 1. Juli 2020 zur Post gegebenen Beschwerde wurde die zehntägige Rechtsmittelfrist vordergründig nicht gewahrt (Art. 143 Abs. 1 ZPO). Vorausgesetzt für den Beginn der Rechtsmittelfrist ist jedoch, dass die Publikation des Urteils vom 15. Juni 2020 rechtmässig erfolgte. Die Zustellung durch Publikation ist (unter anderem) nur zulässig, wenn der Aufenthaltsort der Partei unbekannt ist und trotz zumutbarer Nachforschungen nicht ermittelt werden kann (Art. 141 Abs. 1 lit. a ZPO). Gerade das bestreitet der Beschwerdeführer unter anderem sinngemäss indem er geltend macht, er wohne an der ... [Adresse], und indem er die Konkursöffnung durch das Bezirksgericht Dielsdorf infolge unbekanntes Aufenthaltes rügt.

In Anwendung der Lehre und ständigen Rechtsprechung zur sogenannt doppelrelevanten Tatsache ist im Rahmen der Eintretensfrage auf eine eingehende Klärung zu verzichten, weil die Frage des unbekanntes Aufenthaltes nicht nur im Rahmen der Prüfung der Eintretensvoraussetzungen für die Rechtzeitigkeit des Rechtsmittels, sondern auch in materieller Hinsicht (materieller Konkursgrund) bedeutsam ist. Davon hängt sowohl die Zulässigkeit als letztlich auch die Begründetheit der Beschwerde ab. Eine solche zweifach erhebliche oder doppelt relevante Tatsache wird nur in einer Prüfungsstation untersucht. Die betroffene Zulässigkeitsvoraussetzung wird nicht geprüft, sofern sie – wie vorliegend – schlüssig behauptet wurde (siehe nachfolgend E. 3.1). Die Klärung der entsprechenden rechtlichen Frage erfolgt im Rahmen der materiellen Beurteilung und es wird ein Sachentscheid gefällt (KUKO ZPO-DOMEJ, 2. Aufl. 2014, Art. 60 N 6 f.; HOFFMANN-NOWOTNY, Doppelrelevante Tatsachen in Zivilprozess und Schiedsverfahren, Zürich/St. Gallen 2010, N 83 ff., N 187 ff. und N 211 ff.; BGE 122 III 249; BGE 137 III 32 E. 2.3, BGer, 4A\_31/2011 vom 11. März 2011, E. 2).

2.3. Im Übrigen wurde die Beschwerde vom 30. Juni 2020 schriftlich und begründet bei der Kammer als der zuständigen Rechtsmittelinstanz eingereicht. Der Beschwerdeführer ist durch den angefochtenen Entscheid beschwert und zur Beschwerde legitimiert. Es ist daher auf die Beschwerde einzutreten.

3.

3.1. Der Beschwerdeführer wehrt sich mit der Beschwerde gegen die Konkursöffnung gestützt auf Art. 190 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG infolge unbekanntes Aufenthaltsortes im Wesentlichen mit der Begründung, er sei nachweislich bei der D.\_\_\_\_\_/E.\_\_\_\_\_-Krankenkasse grundversichert und habe diese Prämien seit Vertragsbeginn immer termingerecht bezahlt. Er habe nie einen Antrag oder einen Versicherungsvertrag für eine Krankenversicherung bei der Beschwerdegegnerin unterschrieben. Er habe auch keine Versicherungspolice der Beschwerdegegnerin, keine Kontoübersicht und keine Mahnungen für ausstehende Prämien erhalten. Die Gemeinde F.\_\_\_\_\_- habe als Zwangsauftrag eine Krankenversicherung zu seinen Gunsten in Auftrag gegeben. Das hätte sie nicht dürfen. Zudem habe die Beschwerdegegnerin seine Adresse nicht aktiv nachgeforscht. Er habe ab dem 26. Juni 2019 in Winterthur gewohnt, was sich aus dem Beleg der Einwohnerkontrolle ergebe. Derzeit wohne er an der ... [Adresse] (act. 2).

3.2. Die Konkursöffnung gemäss Art. 190 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG infolge unbekanntes Aufenthaltsortes setzt voraus, dass der Aufenthaltsort trotz zweckmässiger und zumutbarer Nachforschungen des Gläubigers, selbst mit behördlicher Hilfe, unauffindbar ist (BGer 5A\_872/2010 vom 1. März 2011 E. 2.1; BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER, 2. Aufl. 2011, Art. 191 N 5). Der antragstellende Gläubiger trägt sowohl für die Gläubigereigenschaft als auch für den materiellen Konkursgrund die Beweislast (BGer 5A\_860/2008 vom 28. Mai 2009 E. 5; BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER, 2. Aufl. 2010, Art. 190 N 29). Aufgrund der folgeschweren Konsequenzen, die eine Konkursöffnung mit sich bringt, ist der materielle Konkursgrund nicht nur glaubhaft zu machen, sondern mit überwiegender Wahrscheinlichkeit darzutun. Für den Nachweis der Gläubigereigenschaft genügt das Glaubhaftmachen (vgl. OGer ZH PS160242 vom 17. Januar 2017 E. 3.4, mit Verweis auf BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER, 2. Aufl. 2010, Art. 190 N 29 und BSK

SchKG EB-STAEHELIN zur 2. Aufl., Art. 190 ad N 29). Bei der Würdigung des Tatbestandes von Art. 190 Abs. 1 SchKG sind nebst den Gläubigerinteressen auch die einschneidenden Folgen einer Generalexekution zu berücksichtigen (vgl. BGer 5A\_583/2008 vom 19. Dezember 2008 E. 5.2).

Nach dem Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit gilt ein Beweis als erbracht, wenn für die Richtigkeit der Sachbehauptung nach objektiven Gesichtspunkten derart gewichtige Gründe sprechen, dass andere denkbare Möglichkeiten vernünftigerweise nicht massgeblich in Betracht fallen. Glaubhaft gemacht ist eine Tatsache demgegenüber schon dann, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte (vgl. statt vieler: BGE 140 III 610 E. 4.1).

3.3. Die Beschwerdegegnerin legte bei der Vorinstanz einzig dar, der Aufenthaltsort des Schuldners sei unbekannt, ohne dies weiter zu begründen (act. 5/1). Aus den von ihr eingereichten Unterlagen ergibt sich zudem, dass sie einzig eine Anfrage an die Einwohnerkontrolle der Gemeinde F.\_\_\_\_\_ gerichtet hatte (act. 5/4/4). Die Vorinstanz nahm keine weitere Überprüfung vor. Der Beschwerdeführer vermag hingegen gestützt auf eine Meldebestätigung der Einwohnerkontrolle der Stadt Winterthur vom 5. Juli 2019 und eine Meldebestätigung der Stadt G.\_\_\_\_\_ vom 2. Juni 2020 darzulegen, dass er am 26. Juni 2019 aus H.\_\_\_\_\_, Vietnam, nach Winterthur und am 1. Februar 2020 von dort nach G.\_\_\_\_\_ gezogen ist (act. 4/7-8).

3.4. Damit ist der Aufenthaltsort des Beschwerdeführers nicht unbekannt und es ist davon auszugehen, dass er bei pflichtgemässen Nachforschungen hätte in Erfahrung gebracht werden können. Wie die Kammer bereits im Entscheid vom 26. Februar 2020 festgehalten hat, unterstehen Krankenversicherungen zwar der Schweigepflicht gemäss Art. 33 ATSG, weshalb es einer Krankenversicherung mangels Einwilligung des Versicherten nicht möglich ist, Informationen zu dessen Aufenthaltsort über private Dritte wie etwa Familienangehörige zu erhalten. Auch andere, in der Regel zumutbare Abklärungen wie etwa über den Vermieter der letztbekannten Wohnung, ehemalige Nachbarn oder die Depositenanstalt einer

eventuellen Mietkaution kommen folglich nicht in Frage. Gestützt auf Art. 32 ATSG dürfen sich Krankenversicherungen aber an die Einwohnerkontrollen verschiedener Gemeinden wenden, um die aktuelle Adresse eines Versicherten ausfindig zu machen. Es erscheint auch im Hinblick auf die weitreichenden Folgen eines Konkurses, der bei Nichtauffinden des Schuldners droht, indes unzumutbar, jede einzelne Gemeinde der Schweiz anzufragen. Neben den Einwohnerkontrollen bestehen allerdings noch weitere Stellen, bei denen eine Krankenversicherung gestützt auf Art. 32 ATSG anfragen kann. So ist es zulässig und auch zumutbar, etwa die Zentrale Ausgleichsstelle ZAS der 1. Säule in Genf ([www.zas.admin.ch](http://www.zas.admin.ch)) oder die Zentralstelle 2. Säule in Bern ([www.sfbvg.ch](http://www.sfbvg.ch)) zu kontaktieren (OGer ZH PS190237 vom 26.2.2020 E. 2.5.3 ff.). Da die Beschwerdeführerin solche weiteren Abklärungen unterlassen hat, hat sie nicht alle ihr zumutbaren Möglichkeiten zur Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschwerdeführers ausgeschöpft. Damit wurde nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit dargelegt, dass der Aufenthaltsort des Beschwerdegegners unbekannt im Sinne von Art. 190 SchKG ist.

3.5. Bereits aus diesem Grund sind die Voraussetzungen von Art. 190 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG zu verneinen und es ist in Gutheissung der Beschwerde der angefochtene Entscheid aufzuheben und das Konkursbegehren abzuweisen.

Vor diesem Hintergrund kann offen bleiben, inwiefern die Beschwerdegegnerin gestützt auf die von ihr bei der Vorinstanz eingereichten Unterlagen, im Einzelnen ein Kontoblatt datierend vom 14. Mai 2020, eine Prämienabrechnung vom 15. Februar 2019 sowie die allgemeinen Versicherungsbedingungen (act. 5/4/1-3) sowie ihre Gläubigereigenschaft überhaupt glaubhaft gemacht hat.

Im Übrigen erhellt aus dem Umstand, dass der Aufenthaltsort des Beschwerdeführers nicht unbekannt ist bzw. durch zumutbare Nachforschungen hätte ermittelt werden können, dass sowohl die Vorladung zur Konkursverhandlung als auch das angefochtene Urteil nicht nach Art. 141 Abs. 1 lit. a ZPO durch Publikation hätten zugestellt werden dürfen (act. 5/6 und act. 5/9/1), womit auch die Rechtsmittelfrist nicht rechtswirksam ausgelöst wurde und die vorliegende Beschwerde als rechtzeitig zu betrachten ist.

4.

4.1. Ausgangsgemäss wird die Beschwerdegegnerin für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die erstinstanzliche Kostenaufgabe an die Beschwerdegegnerin ist zu bestätigen. Die Kosten für das Beschwerdeverfahren sind auf Fr. 750.-- festzusetzen (Art. 52 lit. b und Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG) und ebenfalls der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen. Eine Umtriebsentschädigung ist nicht zuzusprechen.

**Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 15. Juni 2020, mit dem über den Beschwerdeführer der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben. Das Konkursbegehren wird abgewiesen.
2. Die der Beschwerdegegnerin auferlegte und von ihr bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 200.-- wird bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.-- festgesetzt und der Beschwerdegegnerin auferlegt.
4. Es wird keine Umtriebsentschädigung zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Dielsdorf (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Niederglatt, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt F'\_\_\_\_\_, 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. K. Houweling-Wili

versandt am:  
13. August 2020