

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS220216-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach und Oberrichterin lic. iur.
A. Strähl sowie Gerichtsschreiber MLaw B. Lakic

Urteil vom 20. Februar 2023

in Sachen

A. _____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

gegen

B. _____ **Krankenversicherung AG,**

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren
(Konkurssachen) des Bezirksgerichtes Meilen vom 21. September 2022
(EK220196)

Erwägungen:

1. Mit Urteil des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Meilen vom 21. September 2022 wurde über den Beschwerdeführer für eine Forderung der Beschwerdegegnerin der Konkurs eröffnet (act. 3). Der Beschwerdeführer gelangte mit Beschwerde vom 8. Dezember 2022 (Datum der Übermittlung) an die Kammer und beantragte die Feststellung der Nichtigkeit des Urteils vom 21. September 2022; zudem ersuchte er sinngemäss um Erteilung der aufschiebenden Wirkung sowie Rücküberweisung aller eingezogener Gelder (act. 2). Mit Verfügung vom 12. Dezember 2022 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung einstweilen verweigert und dem Beschwerdeführer Frist angesetzt, um dem Gericht ein Zustellungsdomizil in der Schweiz zu bezeichnen, seine in der Beschwerdeschrift vom 8. Dezember 2022 genannten Beilagen nachzureichen sowie für das Beschwerdeverfahren einen Vorschuss zu leisten (act. 8).

1.2. Mit E-Mails vom 8. Dezember 2022 (eingegangen am 13. Dezember 2022) gelangte der Beschwerdeführer samt Beilagen an die Kammer, wobei er diese nicht mit einer qualifizierten elektronischen Signatur im Sinne von Art. 130 Abs. 2 ZPO versah (act. 10 – 13). Auch am 16. und 19. Januar 2023 reichte er E-Mails samt Beilagen ein, ohne die Mails gesetzeskonform zu signieren (act. 16 – 19). Mit schriftlicher Eingabe vom 16. Januar 2023 (Datum Poststempel: 21. Januar 2023) reichte der Beschwerdeführer eine handschriftlich unterzeichnete Ausfertigung seiner gleichdatierten E-Mail ein (act. 21; vgl. act. 16); der Eingabe legte er nicht unterzeichnete Kopien (samt Beilagen) seiner E-Mails vom 8. Dezember 2022 und eine Zustellvollmacht bei (act. 22/1-3).

Mit Einzahlung vom 19. Januar 2023 leistete der Beschwerdeführer den Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren (act. 20).

1.3. In der Zwischenzeit reichte das Konkursamt F. _____ der Kammer am 16. Dezember 2022 eine Kopie seines Schreibens an den Beschwerdeführer samt Beilagen ein (act. 14 f.).

1.4. Mit Verfügung vom 2. Februar 2023 wurde der Beschwerdegegnerin Frist angesetzt, um die Beschwerde zu beantworten (act. 24). Sie liess die Frist ungenutzt verstreichen (vgl. act. 25/2). Der Beschwerdeführer liess der Kammer am 6. Februar 2023 eine E-Mail zukommen (act. 26), worauf ihm mitgeteilt wurde, dass nur schriftliche und unterzeichnete Eingaben oder elektronische Eingaben, die mit einer elektronischen Signatur gemäss dem Bundesgesetz über die elektronische Signatur (ZertES; SR 943.03) zulässig seien (act. 27). Am 10. Februar 2023 liess der Beschwerdeführer der Kammer erneut eine E-Mail zukommen, in deren Anhang sich eine Zustellvollmacht zuhanden der C. _____ in ... D. _____ [Ort] befand (act. 28 und 29/1-2).

Das Verfahren ist spruchreif. Auf die Ausführungen des Beschwerdeführers ist nur insoweit einzugehen, als sie für den vorliegenden Entscheid relevant sind.

2.1. Der Beschwerdeführer erhebt mit Eingabe vom 8. Dezember 2022 Beschwerde gegen das Urteil des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Meilen vom 21. September 2022 (act. 2). Eingaben sind schriftlich in Papierform oder elektronisch einzureichen (Art. 130 Abs. 1 ZPO). Bei elektronischer Übermittlung muss das Dokument, das die Eingabe und die Beilagen enthält, mit einer anerkannten elektronischen Signatur des Absenders versehen sein (Art. 130 Abs. 2 ZPO). Mängel wie fehlende Unterschrift sind innert einer gerichtlichen Nachfrist zu verbessern. Andernfalls gilt die Eingabe als nicht erfolgt (Art. 132 Abs. 1 ZPO). Mit Verfügung vom 12. Dezember 2022 wurde der Beschwerdeführer aufgefordert, die in der Beschwerde bezeichneten Beilagen nachzureichen (act. 8). Mit E-Mails vom 8. Dezember 2022 sowie vom 16. und 19. Januar 2023 reichte der Beschwerdeführer Beilagen ein (act. 10 – 13, act. 16 – 19). Nachdem der Beschwerdeführer mit unterzeichneter Eingabe vom 16. Januar 2023 – abgesehen von der E-Mail der Gemeinde F. _____ vom 13. Dezember 2022 (vgl. act. 11) – sämtliche Beilagen formgerecht ein- bzw. nachgereicht hat, kann eine Fristansetzung zur Nachbesserung der elektronischen Eingaben unterbleiben.

Der Beschwerdeführer wurde am 9. Februar 2023 ausdrücklich darauf hingewiesen, dass auf E-Mails ohne anerkannte elektronische Signatur nicht

mehr reagiert würde (act. 27). Die E-Mail vom 10. Februar 2023, mit welcher der Beschwerdeführer eine neue Zustelladresse bezeichnete, verfügt nicht über eine anerkannte elektronische Signatur. Eine erneute Nachfristansetzung kann jedoch androhungsgemäss unterbleiben. Da die Bezeichnung der Zustelladresse nicht formgültig erfolgte, ist sie nicht zu berücksichtigen. In prozessualer Hinsicht ist ferner anzumerken, dass elektronische Zustellungen an den Beschwerdeführer aufgrund des behaupteten ausländischen Wohnsitzes – und des damit zu beachtenden Territorialitätsprinzips – nicht ohne Weiteres möglich sind. Der Versand von gerichtlichen Urkunden an eine E-Mail-Adresse (vgl. act. 21 S. 2) ist ausgeschlossen. Die Zustellung dieses Entscheids erfolgt an die vom Beschwerdeführer ursprünglich bezeichnete Zustelladresse (vgl. act. 22/3).

2.2.1. Die Beschwerde ist innert 10 Tagen seit Zustellung des angefochtenen Entscheids bei der Beschwerdeinstanz einzureichen (Art. 321 Abs. 1 und 2 ZPO). Massgeblich für den Fristenlauf ist die formgültige Zustellung des angefochtenen Entscheides durch das Gericht. Das Urteil des Konkursgerichts konnte dem Beschwerdeführer an der E. _____-strasse ..., ... F. _____, nicht zugestellt werden; die Sendung wurde mit dem Vermerk "Empfänger konnte unter angegebener Adresse nicht ermittelt werden" retourniert (act. 6/25). Es stellt sich deshalb die Frage, ob das angefochtene Urteil dem Beschwerdeführer rechtsgültig zugestellt wurde.

2.2.2. Die Zustellung von Verfügungen und Vorladungen erfolgt durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung (Art. 138 Abs. 1 ZPO). Neben der Entgegennahme durch den Adressaten gilt die eingeschriebene Postsendung unter anderem auch am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als erfolgt, sofern der Adressat mit einer Zustellung rechnen musste (Art. 138 Abs. 2 und Abs. 3 lit. a ZPO). Im Kanton Zürich fallen nebst der eingeschriebenen Postsendung aber auch die Zustellung durch Angehörige des Gerichts, den Gemeindeammann oder die Polizei in Betracht (§ 121 Abs. 1 GOG/ZH).

2.2.3. Die vorinstanzliche Verfügung vom 5. August 2022, mit welcher auch die Vorladung zur Verhandlung vom 14. September 2022 mitgeschickt wurde, stellt

das erste Schriftstück im vorinstanzlichen Verfahren dar (act. 6/9). Erst die korrekte Zustellung dieser Verfügung würde ein Prozessrechtsverhältnis im Sinne von Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO begründen. Die Vorinstanz sandte die Verfügung vom 5. August 2022 (samt Vorladung) mittels Gerichtsurkunde an die E.____-strasse ..., ... F.____ – zu diesem Zeitpunkt die einzig bekannte Adresse des Beschwerdeführers (act. 6/9 und act. 6/11). Die postalische Zustellung wurde mit dem Vermerk "Retour Keine Nachsendung ins Ausland möglich" an die Vorinstanz retourniert; zudem wurde durch das Postzentrum auf dem Umschlag ein Etikett mit der Nachsendeadresse "A.____ G.____ [Strasse] H.____ Deutschland" aufgeklebt (act. 6/11). In der Folge versuchte die Vorinstanz die Urkunde über das Gemeindeammannamt F.____-Zollikon-Zumikon an die Adresse in F.____ zuzustellen, was erfolglos blieb (act. 6/10, act. 6/14 und act. 6/21). Die Verschiebungsanzeige resp. die Vorladung zur neu angesetzten Verhandlung auf den 21. September 2022 wurde daraufhin am 13. September 2022 im Amtsblatt des Kantons Zürich publiziert (act. 6/19).

2.3.4. Gestützt auf Art. 141 Abs. 1 ZPO kann die Zustellung durch Publikation im kantonalen Amtsblatt oder im Schweizerischen Handelsamtsblatt (sog. Ediktalzustellung) erfolgen, wenn (a) der Aufenthaltsort der Adressatin oder des Adressaten unbekannt ist und trotz zumutbarer Nachforschungen nicht ermittelt werden kann, (b) eine Zustellung unmöglich oder mit ausserordentlichen Umtrieben verbunden wäre oder (c) eine Partei mit Wohnsitz oder Sitz im Ausland entgegen der Anweisung des Gerichts kein Zustelldomizil in der Schweiz bezeichnet hat. Die Zustellung gilt diesfalls am Tag der Publikation als erfolgt (Art. 141 Abs. 2 ZPO). Die Ediktalzustellung ist subsidiärer Natur und als *ultima ratio* nur zulässig, wenn eine förmliche Zustellung nach Art. 137 ff. ZPO gescheitert oder von vornherein zum Scheitern verurteilt ist; bei unbekanntem Aufenthalt des Empfängers müssen sämtliche zumutbaren und sachdienlichen Nachforschungen vorgenommen worden, jedoch erfolglos geblieben sein. Erfolgt eine öffentliche Bekanntmachung, obschon die Voraussetzungen dafür nicht vorhanden sind, insbesondere eine andere Zustellungsform möglich gewesen wäre, ist das rechtliche Gehör verletzt. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs führt grundsätzlich zur Aufhebung des

angefochtenen Entscheides (vgl. statt vieler: BGE 137 I 195, E. 2.2 und BGer 4A_646/2020 vom 12. April 2021 E. 3.1 f. mit zahlreichen Hinweisen).

2.3.5. Gemäss ständiger Praxis der Kammer darf bei einer bekannten Adresse eines Empfängers erst von einer Unmöglichkeit der Zustellung ausgegangen werden, wenn drei *formelle* Zustellversuche auf *zwei verschiedenen* Wegen erfolglos geblieben sind (vgl. OGer ZH LF210058 vom 11. September 2021 E. II.2.3; OGer ZH PF200090 vom 23. Dezember 2020 E. 4.2; PS190145 vom 23. September 2019 E. 6.a; PF190001 vom 14. Februar 2019 E. 3.2; LF160059 vom 22. Dezember 2016 E. 5a und c; je m.w.H.). Ist der Empfänger unter einer bekannten Adresse nicht (mehr) ermittelbar, müssen zudem sachdienliche und zumutbare Nachforschungen nach dem Aufenthaltsort des Adressaten ergebnislos verlaufen sein (vgl. BSK ZPO-GSCHWEND/BORNATICO, 3. Aufl. 2017, Art. 141 N 3; BK ZPO-FREI, 2012, Art. 141 N 12; ZK ZPO-STAEHELIN, 3. Aufl. 2016, Art. 141 N 2; ZR 97 [1998] Nr. 113 S. 304 f. = OGer ZH vom 21. Januar 1991).

2.3.6. Trotz des Vermerks auf der retournierten Vorladung zur Konkursverhandlung "Retour Keine Nachsendung ins Ausland möglich" und der angegebenen Nachsendeadresse in Deutschland (act. 6/11) unterliess es die Vorinstanz, eine Zustellung an diese Adresse zu veranlassen. Die Tatsache, dass der Beschwerdeführer die Schweizerische Post mit der Nachsendung seiner Sendungen an die (neue) Adresse G._____ [Strasse] ..., ... H._____, beauftragt hatte, war der Vorinstanz aufgrund der entsprechenden Aufkleber auf ihrer retournierten Sendung bekannt. Somit hätte die Vorinstanz ab dem 8. August 2022 (Datum des Eingangs ihrer retournierten Sendung) annehmen müssen, dass der Beschwerdeführer nach München umgezogen ist und es sich dabei um seine neue Adresse handelt. Da die Vorinstanz vorliegend keinerlei Zustellversuche an diese bekannte Adresse unternommen hat, lagen gemäss der erwähnten Praxis die Voraussetzungen für eine amtliche Publikation der Verschiebungsanzeige resp. der Vorladung zur neu angesetzten Verhandlung auf den 21. September 2022 (act. 6/19) nicht vor. Auch das Konkursdekret, welches erneut an die E._____ -strasse ..., ... F._____, versandt wurde (act. 6/25), wurde nicht rechtsgültig zugestellt. Hinweise bestehen keine, dass der Versuch der Zustellung nach München von vornherein

zum Scheitern verurteilt gewesen wäre. Entsprechend konnte auch die Publikation der Vorladung vom 13. September 2022 im Amtsblatt des Kantons Zürich keine Rechtswirkungen entfalten. Wann und wie der Beschwerdeführer schliesslich von der vorinstanzlichen Verfahrenseröffnung Kenntnis erhalten hat, ist unklar, zumal auch das Urteil vom 21. September 2022 nicht ordentlich eröffnet wurde. Der Beschwerdeführer hatte damit keine Gelegenheit erhalten, am gegen ihn laufenden Verfahren teilzunehmen. Entsprechend leidet das vorinstanzliche Urteil an einem schweren formellen Mangel, der im vorliegenden Verfahren nicht geheilt werden kann. Das vorinstanzliche Urteil ist nichtig und von Amtes wegen aufzuheben (BGer 4A_646/2020 vom 12. April 2021 E. 3.3.). Die Vorinstanz wird das Verfahren nochmals durchzuführen haben.

3. Der Beschwerdeführer macht sinngemäss geltend, aufgrund seines Wohnsitzwechsels nach Deutschland per 19. Mai 2022 sei die Vorinstanz nicht mehr zur Beurteilung des Konkursbegehrens und damit der Durchführung des gerichtlichen Konkursverfahrens zuständig gewesen (vgl. act. 2).

3.1. Das Konkursbegehren ist gemäss Art. 166 Abs. 1 SchKG beim Konkursgericht einzureichen, wobei örtlich das Gericht am Betreuungsort gemäss Art. 46 ff. SchKG zuständig ist. Bei einer Einzelfirma bestimmt sich der Betreuungsort durch den Wohnsitz des Firmeninhabers. Verändert der Schuldner allerdings seinen Wohnsitz, nachdem ihm die Konkursandrohung zugestellt worden ist, so wird die Betreuung gemäss Art. 53 SchKG am bisherigen Ort fortgesetzt (BSK SCHKG-NORDMANN, 3. Auflage 2021, Art. 166 N 17). Ob der Domizilwechsel dabei innerhalb der Schweiz erfolgt oder von der Schweiz ins Ausland, ist für die Perpetuierungswirkung unerheblich (KUKO SCHKG-JEANNERET/STRUB, 2. Auflage 2014, Art. 53 SchKG N 7; CR LP-SCHÜPBACH, Art. 53 N 4; BSK SCHKG-SCHMID, a.a.O., Art. 53 N 2).

3.2. Im Betreibungsverfahren Nr. 1, das schliesslich zum vorinstanzlichen Konkursverfahren führte, wurde die Konkursandrohung am 14. Januar 2022 dem Beschwerdeführer persönlich zugestellt (act. 6/4). Folglich trat die Perpetuierungswirkung gemäss Art. 53 SchKG an diesem Tag ein. Die Konkursandrohung war an die E._____-strasse ..., ... F._____, adressiert (act. 6/4), die im Bezirk Mei-

len liegt. Dass er am 14. Januar 2022 seinen Wohnsitz nicht an jener Adresse resp. im Bezirk Meilen gehabt haben soll, macht der Beschwerdeführer nicht geltend und ist auch nicht erkennbar. Damit ist das Bezirksgericht Meilen zur Beurteilung des Konkursbegehrens vom 29. Juli 2022 (vgl. act. 6/1) zuständig. Dass das Konkursamt F._____ gestützt auf die Konkurseröffnung der Vorinstanz unter anderem auch Vermögenswerte des Beschwerdeführers in Deutschland heranzog, wäre aufgrund der Universalität des Konkurses grundsätzlich nicht zu beanstanden (vgl. dazu ausführlich BSK SCHKG-HUNKELER, a.a.O., Art. 197 N 98).

4. Bei diesem Ausgang des Verfahrens fällt die Entscheidgebühr ausser Ansatz. Eine Parteientschädigung ist nicht zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Das Urteil des Bezirksgerichtes Meilen, Einzelgericht im summarischen Verfahren (Konkurssachen), vom 21. September 2022 (EK220196-G) wird aufgehoben und die Sache zur Wiederholung des Verfahrens im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2. Es werden keine Kosten erhoben.

Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den vom Beschwerdeführer für das Beschwerdeverfahren geleisteten Kostenvorschuss in Höhe von CHF 750.– diesem zurückzuerstatten.

3. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt F._____, ferner an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt F._____-Zollikon-Zumikon, je gegen Empfangsschein, sowie an die Obergerichtskasse.

5. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesge-

richt, 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

Der Gerichtsschreiber:

MLaw B. Lakic

versandt am:
20. Februar 2023