

Art. 141 ZPO, öffentliche Bekanntmachung. *Die "zumutbaren Nachforschungen" umfassen heute das Nutzen des Internets.*

X führte das im Handelsregister eingetragene Einzelunternehmen Taxi X., welches am 16. November 2011 infolge Geschäftsaufgabe im Handelsregister gelöscht wurde. In der Betreuung des Gläubigers Y. hatte das Betreibungsamt Männedorf dem Schuldner am 21. Oktober 2011 an die Adresse ... in Oetwil am See 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 Oetwil gemeldet, aber "nicht mehr auffindbar". Die Einwohnerkontrolle der Gemeinde Stäfa beschied der Gerichtskanzlei auf Anfrage, der Schuldner sei dort 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. Daraufhin publizierte das Gericht die Vorladung im Amtsblatt. Zur Verhandlung vom 22. Februar 2012 erschien niemand, und mit Urteil vom selben Tag wurde der Konkurs über den Schuldner eröffnet. Tags darauf meldete sich der Schuldner bei der Gerichtskanzlei, beschwerte sich darüber, dass er nicht vorgeladen worden sei und teilte als seine aktuelle Adresse ...-Str. 24 in Stäfa mit. Der Entscheid wurde dem Schuldner am 28. Februar 2012 an diese Adresse zugestellt.

(aus den Erwägungen des Obergerichts:)

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 Oetwil aufgegeben, jedoch sei er über die frühere Adresse seines Unternehmens in Stäfa als auch an seinem aktuellen Geschäftsdomizil in Zürich 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. 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. Eine solche ist nicht eingereicht worden.

2. Mit der Beschwerde gegen die Konkurseröffnung 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 Oetwil am See wohnte, und die Zustellung der Konkursandrohung schafft für das folgende Verfahren der Konkurseröffnung 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 ... in Oetwil am See, und dort nahm der Schuldner diese Betreuungsurkunden auch offenbar anstandslos entgegen. 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 (...-Strasse 24 in Stäfa) im Handelsregister noch abrufbar war. Im online-Telefonverzeichnis "local.ch" war unter jener Firma die Nummer eines Mobiltelefons angegeben. Ebenfalls online waren unter seinem Namen der Handelsregistereintrag der "X. Schule AG" mit deren Zürcher Adresse und ihm als einzigem Verwaltungsrat zu finden, ferner die homepage seiner [Unternehmung], wo als Adressen sowohl der Zürcher Sitz der AG als auch unter "Büro & Filiale" die Adresse ...-Strasse 24 in Stäfa vermerkt sind. Die AG ist im Verzeichnis "local.ch" mit einer mobile- und einer Festnetznummer aufgeführt. - 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 [wie er behauptet], 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 Konkureröffnung 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 24 in Stäfa scheitern, würde dann freilich die Zustell-Fiktion von Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO greifen.

Obergericht, II. Zivilkammer
Urteil vom 12. April 2012
Geschäfts-Nr.: PS120041-O/U