

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS190240-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. A. Katzenstein und Oberrichter Dr. M. Sarbach sowie Ge-
richtsschreiberin MLaw A. Ochsner

Urteil vom 23. Dezember 2019

in Sachen

A. _____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

gegen

B. _____ **AG**,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen
vom 5. November 2019 (EK190329)

Erwägungen:

1.1 Gemäss dem Begehren der Gläubigerin wurde der Schuldner auf Dienstag 5. November 2019, 9 Uhr, zur Konkursverhandlung vorgeladen. Der Konkurs wurde um 10 Uhr eröffnet.

Am 9. Dezember 2019 telefonierte der Schuldner dem Obergericht und fragte, was er tun solle und könne - er sei am Termin der Konkursöffnung im Militärdienst gewesen (act. 2). Am 11. Dezember 2019 erschien er am Obergericht und unterzeichnete eine schriftliche Beschwerde, mit welcher er sein Dienstbüchlein vorlegte; er habe noch ans Bezirksgericht telefoniert, aber zur Antwort erhalten, wenn er nicht erscheine, werde der Konkurs eröffnet (act. 7 und 8: am 5. November 2019 war der Schuldner im Wiederholungskurs der ...[Truppengattung]).

Das Konkursamt erklärte auf Anfrage, das Verfahren sei noch nicht über erste Sicherungsmassnahmen hinaus gediehen (act. 2). Darauf wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung beigelegt (act. 9).

1.2 Das Konkursgericht Horgen beschied der Kammer auf Anfrage, das behauptete Telefon des Schuldners habe es nicht gegeben, jedenfalls könnten sich von den mit der Sache befassten Personen niemand daran erinnern (act. 13).

Am 20. Dezember 2019 erschien der Schuldner und zahlte in bar die Konkursforderung von Fr. 1'634.95 sowie die hundert Franken, welche das Konkursgericht als Gebühr für die Erledigung der Sache vor Konkursöffnung in Aussicht gestellt hatte (act. 15, 16 und 6/5/2 Rückseite). Ferner gab er zu den Akten einen Verbindungsnachweis seines Mobiltelefons (act. 17).

Ein Vertreter der Gläubigerin sagte auf Anfrage, wenn die Forderung bezahlt und die Rückgabe der geleisteten Sicherheit gewährleistet sei, müsse er zur Beschwerde keine Stellung nehmen (act. 18).

2. Während der Dauer des Militärdienstes besteht für den Schuldner Rechtsstillstand (Art. 57 SchKG). Es darf gegen ihn in dieser Zeit keine Betreibungshandlung vorgenommen werden (Art. 56 SchKG), und die Konkursöff-

nung gehört dazu. Missachtung der Vorschrift führt zur Nichtigkeit der vorgenommenen Handlung (BSK SchKG-Cometta/Möckli, Art. 22 N. 12 und Bauer Art. 57 N. 14), hier also der Konkurseröffnung.

Die Nichtigkeit kann jederzeit geltend gemacht werden, und zwar ohne dass bei einer vom Betreibungsamt vorgenommenen Handlung die Frist zur Beschwerde im Sinne von Art. 17 SchKG beachtet werden müsste (Art. 22 Abs. 1 SchKG). Nicht anders kann es sein, wenn die Konkurseröffnung in Frage steht, welche ebenfalls mit Beschwerde (wenn auch einer auf andere Grundlage beruhenden Beschwerde: derjenigen nach Art. 174 SchKG resp. 319 ZPO) angefochten werden kann. Eine Grenze zieht das Faktische: wenn das Konkursverfahren so weit gediehen ist, dass es vernünftigerweise nicht mehr rück-abgewickelt werden kann (KuKo SchKG-Diggelmann, Art. 159 N. 6 und Art. 171 N. 6). Denkbar wäre auch, dem Schuldner, der sich überhaupt nicht gemeldet hat und den Verhandlungstermin bewusst versäumte, die Berufung auf die Nichtigkeit wegen Verstosses gegen Treu und Glauben zu verweigern.

Dass der Schuldner bei Konkurseröffnung im Wiederholungskurs war, ist mit dem Eintrag im Dienstbüchlein belegt. Das Konkursverfahren ist nach Auskunft des zuständigen Amtes über die Mitteilung an Ämter und Banken sowie die erste Einvernahme des Schuldners hinaus nicht gediehen (act. 5, Auskunft des Konkursamtes C.____). Die am Konkursgericht mit der Sache Befassten konnten sich zwar an ein Telefon des Schuldners nicht erinnern. Allerdings ist ein Anruf an die Zentralnummer des Bezirksgerichts Horgen am Tag der Konkursverhandlung um 0833 Uhr mit der Liste der Verbindungen seines Mobiltelefons bewiesen (act. 17). Das war sehr knapp, und wenn jemand von der Gläubigerin zur Verhandlung erschienen wäre, hätte der Schuldner eine Entschädigung zahlen müssen. Es ist aber glaubhaft, dass er mitteilen wollte, er könne wegen des Militärdienstes nicht erscheinen - und das hätte, auch wenn der Fall selten ist, am Gericht die Erinnerung an Art. 56 SchKG wecken sollen. In einem lebhaften Betrieb wie einem Konkursgericht ist die Erinnerung mehrere Wochen zurück gewiss unzuverlässig - umso wichtiger wäre es, wenn Telefone, die möglicherweise wichtig sein könnten, schriftlich fixiert würden. Das kann, wenn es eilt, auch eine kurze

handgeschriebene Notiz sein, die man ins Dossier legt und bei Bedarf hervor-
nehmen kann.

Die Beschwerde ist begründet, und das angefochtene Urteil ist aufzuheben.

3. An sich wäre die Sache ans Konkursgericht zurückzuweisen, für eine neue Vorladung. Der Schuldner hat aber die Forderung bei der Obergerichtskasse hinterlegt. Dabei hat er auch die hundert Franken deponiert, welche das Konkursgericht für die Erledigung der Sache vor Konkurseröffnung verlangt. Da sein Urteil aufgehoben wird, ist das Verfahren wieder in diesem Stadium. Und die Gläubigerin verzichtet auf Weiterungen (act. 18).

Die Kosten von Konkursamt und Obergericht sind auf die Staatskasse zu nehmen, da die Aufhebung des Konkurses wegen eines Fehlers des Konkursgerichts erfolgt.

Die diversen Zahlungen sind beim Konkursamt C._____ zusammen zu führen, damit dieses der Gläubigerin deren Forderung (Fr. 1'634.95) und den ganzen Vorschuss (Fr. 1'800.--) überweisen kann.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen vom 5. November 2019 aufgehoben. Das Konkursbegehren wird abgewiesen.
2. Die Kosten des Konkursgerichts werden auf Fr. 100.-- festgesetzt und dem Schuldner auferlegt.
3. Für das Verfahren des Obergerichts werden keine Kosten erhoben.
4. Die Kosten des Konkursamtes C._____ werden auf die Staatskasse genommen.
5. Das Bezirksgericht Horgen wird ersucht, von den vereinnahmten Fr. 300.-- den Betrag von Fr. 200.-- dem Konkursamt C._____ zu überweisen.

6. Die Kasse des Obergerichts wird ersucht, die deponierten Fr. 1'734.95 dem Konkursamt C._____ zu überweisen.
7. Das Konkursamt C._____ wird ersucht, nach Eingang der oben angeordneten Zahlungen der Gläubigerin deren Forderung (Fr. 1'634.95) und den ganzen Vorschuss (Fr. 1'800.--) überweisen.
8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels der act. 2 und 7, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Horgen (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt C._____, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich, an das Betreibungsamt C._____-D._____-E._____ und an die Grundbuchämter von C._____, F._____ und G._____, je gegen Empfangsschein.
9. 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:

MLaw A. Ochsner

versandt am:
24. Dezember 2019