

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS230023-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichter Dr. E. Pahud so-
wie Gerichtsschreiberin MLaw C. Funck

Urteil vom 28. März 2023

in Sachen

A. _____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

gegen

B. _____ **AG**,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes in Konkursachen des Bezirks-
gerichtes Horgen vom 17. Januar 2023 (EK220357)

Erwägungen:

1.1. Nachdem die Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend: Gläubigerin) mit Eingabe vom 24. November 2022 beim Einzelgericht in Konkursachen des Bezirksgerichtes Horgen (nachfolgend: Vorinstanz) ein Konkursbegehren gegen den Schuldner und Beschwerdeführer (nachfolgend: Schuldner) gestellt (act. 6/1) und die Vorinstanz das Verfahren durchgeführt hatte, eröffnete die Vorinstanz mit Urteil vom 17. Januar 2023 über den Schuldner für eine Forderung der Gläubigerin von Fr. 1'417.70 nebst Zins zu 5 % seit 25. April 2022, Fr. 200.– Spesen sowie Fr. 146.60 Betreuungskosten den Konkurs (act. 3 = act. 5 = act. 6/9). Dagegen erhob der Schuldner mit Eingabe vom 8. Februar 2023 (Datum Poststempel) Beschwerde, wobei er sinngemäss die Aufhebung des Konkurses beantragte (act. 2).

1.2. Mit Verfügung vom 15. Februar 2023 wurde der Beschwerde einstweilen aufschiebende Wirkung erteilt und der Gläubigerin unter Hinweis auf die vorliegende Problematik Frist zur Beantwortung der Beschwerde angesetzt. Dem Schuldner wurde zudem Frist zur Stellungnahme zur Aktennotiz vom 15. Februar 2023 über das Telefonat mit dem Gefängnis C._____ (act. 7) sowie zu den Empfangsscheinen der Vorinstanz (act. 6/7 und act. 6/10/2) angesetzt (act. 8). Mit in-nerter Frist (vgl. act. 9/2) erfolgter Eingabe vom 21. Februar 2023 erklärte die Gläubigerin, auf eine materielle Stellungnahme zu verzichten und beantragte, dass all-fällige Kosten des obergerichtlichen Verfahrens dem Schuldner aufzuerlegen seien (act. 10). Vom Schuldner ging keine Stellungnahme ein.

1.3. Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 6/1-11). Das Verfahren erweist sich als spruchreif. Dem Schuldner ist eine Kopie von act. 10 zuzustellen.

2. Der Schuldner bringt vor, die Konkursandrohung vom 13. Juni 2022 habe er zwar noch erhalten, er sei dann jedoch verhaftet worden und befinde sich seit dem 14. September 2022 in Untersuchungshaft im Gefängnis C._____. Er habe daher keine Briefe, Mitteilungen oder Verfügungen betreffend die Konkurs-eröffnung erhalten. Auch seien seine Bankkonten gesperrt bzw. blockiert und es sei ihm aus der Haft nicht möglich gewesen, mit der Gläubigerin in Kontakt zu treten,

weil die Staatsanwaltschaft jegliche Briefkorrespondenz verhindert habe. Er sei aber bereit, die Forderung der Gläubigerin in Raten von zunächst einmalig Fr. 700.– und hernach monatlich Fr. 200.– zu tilgen, wobei er darauf hinweise, dass er angesichts des laufenden Verfahrens auf die Bewilligung der Staatsanwaltschaft angewiesen sei (act. 2). Das Gefängnis C._____ bestätigte auf telefonische Anfrage, dass der Beschwerdeführer am 14. September 2022 verhaftet worden und zunächst ins Gefängnis Zürich West, am 19. September 2022 dann ins Gefängnis C._____ verbracht worden und seither stets dort gewesen sei, mithin seit Eintritt ins Gefängnis C._____ nie Zeit ausserhalb des Gefängnisses verbracht habe. Auch habe der Beschwerdeführer im Januar 2023 keine eingeschriebenen Sendungen im Gefängnis erhalten (act. 7). Gemäss den bei den vorinstanzlichen Akten liegenden Empfangsscheinen wurde die an die Privatadresse des Beschwerdeführers in D._____ verschickte Vorladung zur Konkursverhandlung am 17. Januar 2023 von E._____ mit dem Beziehungsstatus "Ehegatte / KonkubinatsPartnerIn" am 30. November 2022 in F._____ entgegengenommen (vgl. act. 6/7) und der angefochtene Entscheid, der ebenfalls an die Privatadresse des Beschwerdeführers verschickt wurde, vom Beschwerdeführer persönlich am 20. Januar 2023 am Schalter in D._____ (vgl. act. 6/10/2).

3. Zunächst stellt sich die Frage, ob der Schuldner mit seiner Eingabe vom 8. Februar 2023 die Rechtsmittelfrist einhielt. Gemäss Art. 174 Abs. 1 SchKG beträgt die Beschwerdefrist gegen einen den Konkurs eröffnenden Entscheid zehn Tage. Stellt man auf den erwähnten Sendungsnachweis der Post ab, wonach der Schuldner den angefochtenen Entscheid am 20. Januar 2023 entgegen genommen haben soll (vgl. act. 6/10/2), wäre die Rechtsmittelfrist am 30. Januar 2023 abgelaufen und die Beschwerde verspätet erfolgt. Es ist jedoch aufgrund der dargelegten Umstände nicht denkbar, dass der Beschwerdeführer den angefochtenen Entscheid am 20. Januar 2023 persönlich am Postschalter in D._____ entgegen genommen hat, hielt er sich doch dann im Gefängnis C._____ auf und erhielt er dort im Übrigen auch keinen eingeschriebenen Brief. Mutmasslich ist der Post ein Fehler unterlaufen; allenfalls wurde die Sendung von einer anderen Person entgegen genommen. Es bleibt jedoch unklar, ob der angefochtene Entscheid dem Schuldner oder einer Person, die zur Entgegennahme von für den Schuldner

bestimmten Sendungen berechtigt war, zugestellt wurde, sodass die Rechtsmittelfrist nicht am 20. Januar 2023 zu laufen beginnen konnte.

Hinzu kommt, dass gemäss Art. 60 SchKG bei der Betreuung eines Verhafteten, der keinen Vertreter hat, eine Frist zur Bestellung eines solchen anzusetzen ist und während dieser Frist für den Verhafteten Rechtsstillstand besteht. Solange dem Schuldner keine Gelegenheit eingeräumt wurde, einen Vertreter zu bestimmen, entfalten vorgenommene Betreuungshandlungen keine Wirkung; insbesondere lösen sie keine Rechtsmittelfristen aus (BGE 108 III 3 E. 2; BGer 7B.60/2006 vom 16. Juni 2006 E. 4.3; BSK SchKG-Schmid/Bauer, 3. Aufl. 2021, Art. 60 N 10; ZK SchKG-Penon/Wohlgemuth, 4. Aufl. 2017, Art. 60 N 8). Da vorliegend – wie nachfolgend zu zeigen sein wird (vgl. E. 4) – Art. 60 SchKG zur Anwendung gelangt, die Vorinstanz dem Schuldner jedoch – wohl mangels Kenntnis davon, dass er sich in Haft befand (vgl. act. 6) – keine Frist zur Bestellung eines Vertreters ansetzte, konnte die Beschwerdefrist durch eine Zustellung des angefochtenen Entscheides (selbst wenn diese korrekt erfolgt wäre) nicht ausgelöst werden.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beschwerdefrist zur Anfechtung des vorinstanzlichen Konkurseröffnungsurteils bei Einreichung der Beschwerde des Schuldners noch nicht zu laufen begonnen hatte bzw. die Beschwerde als rechtzeitig erfolgt zu betrachten ist.

4.1. Wie soeben erwähnt, bestimmt Art. 60 SchKG, dass bei der Betreuung eines Verhafteten, welcher keinen Vertreter hat, ihm der Betreibungsbeamte eine Frist zur Bestellung eines Vertreters ansetzt. Während dieser Frist besteht für den Verhafteten Rechtsstillstand. Als Haft gelten nebst dem Verbüssen einer Freiheitsstrafe auch die Untersuchungshaft oder andere Formen des Freiheitsentzuges. Entscheidend ist, dass der Schuldner eingesperrt und zufolge der Aufhebung seiner Bewegungsfreiheit physisch nicht in der Lage ist, seine Interessen in der Betreuung zu wahren (BSK SchKG-Schmid/Bauer, 3. Aufl. 2021, Art. 60 N 3; ZK SchKG-Penon/Wohlgemuth, 4. Aufl. 2017, Art. 60 N 2). Vorausgesetzt ist zudem, dass der Freiheitsentzug bei einer bereits angehobenen Betreuung nicht angekündigt wurde, wäre der Schuldner ansonsten doch in der Lage gewesen, vorzusorgen und einen Vertreter zu bestellen (BSK SchKG-Schmid/Bauer, 3. Aufl.

2021, Art. 60 N 3a). Weiter ist für die Anwendbarkeit von Art. 60 SchKG Voraussetzung, dass der Verhaftete nicht bereits einen Vertreter hat. Ein solcher kann durch Rechtsgeschäft eingesetzt worden sein oder von Gesetzes wegen bestehen, wie etwa der Ehegatte im Rahmen von Art. 166 ZGB (BSK SchKG-Schmid/Bauer, 3. Aufl. 2021, Art. 60 N 4; vgl. auch BGer 7B.109/2001 vom 23. Juli 2001, E. 2.c).

Die Frist zur Bestellung eines Vertreters ist dem Schuldner bei jeder Betreuung neu anzusetzen, allerdings pro Betreuung nur einmal, d.h. bei weiteren Betreuungshandlungen hat keine erneute Fristansetzung mehr zu erfolgen (BSK SchKG-Schmid/Bauer, 3. Aufl. 2021, Art. 60 N 6 und 8; ZK SchKG-Penon/Wohlgemuth, 4. Aufl. 2017, Art. 60 N 3). Entgegen dem Wortlaut der Bestimmung gilt Art. 60 SchKG nicht nur für das Betreibungsamt, sondern auch für das Gericht im Rahmen seines Kompetenzbereiches, also etwa das Konkursgericht im Konkurseröffnungsverfahren (BSK SchKG-Schmid/Bauer, 3. Aufl. 2021, Art. 60 N 6a). Betreuungshandlungen, die in Verletzung von Art. 60 SchKG erfolgten, sind anfechtbar und nicht nichtig, die Verletzung von Art. 60 SchKG muss daher grundsätzlich auf dem Weg der betreibungsrechtlichen Beschwerde gerügt werden und kann beispielsweise nicht mehr im Rechtsöffnungsverfahren geltend gemacht werden, wenn die Zustellung des Zahlungsbefehls betroffen war (ZK SchKG-Penon/Wohlgemuth, 4. Aufl. 2017, Art. 60 N 7 m.w.H.). Mit der Beschwerde gegen die Konkurseröffnung im Sinne von Art. 174 SchKG können allerdings auch Mängel des vorinstanzlichen Verfahrens geltend gemacht werden (Art. 174 Abs. 1 Satz 2 SchKG; BSK SchKG-Giroud/Theus Simoni, 3. Aufl. 2021, Art. 174 N 13), sodass auch eine Verletzung von Art. 60 SchKG gerügt werden kann (vgl. auch BGer 5P.156/2001 vom 9. Juli 2001 E. 3).

4.2. Vorliegend befand sich der Schuldner nachweislich während des gesamten vorinstanzlichen Verfahrens in Untersuchungshaft im Gefängnis C._____, welches er nicht verlassen durfte. Wie er selbst ausführte, konnte er aus dem Gefängnis heraus nicht mit der Gläubigerin in Kontakt treten und zufolge gesperrter Konti auch die Konkursforderung nicht regeln (vgl. act. 2). Es erscheint als glaubhaft, dass der Schuldner in dieser Situation nicht in der Lage war, seine Interes-

sen in der Betreuung zu wahren. Gemäss den eigenen Angaben des Schuldners war ihm die Konkursandrohung vom 13. Juni 2022 zudem zwar noch zugestellt worden (vgl. act. 2), da ihm die Verhaftung und anschliessende Anordnung der Untersuchungshaft naturgemäss aber nicht angekündigt worden sein dürfte, konnte er auch nicht vor der Haft noch Vorkehrungen im Hinblick auf die laufende Betreuung treffen. Weiter hat der Schuldner soweit bekannt keinen Vertreter. In diesem Zusammenhang wäre höchstens zu fragen, ob allenfalls die mutmassliche Ehefrau des Schuldners ihn im Rahmen von Art. 166 ZGB vertritt. Allerdings ist zum einen über die Ehefrau und ein eheliches Zusammenleben nichts Konkretes bekannt, auch wenn die Post zu E._____, welche die Vorladung zur Konkursverhandlung entgegen genommen hat, vermerkte, diese habe den Beziehungsstatus "Ehegatte / KonkubinatsPartnerIn", und E._____ den gleichen Nachnamen führt wie der Schuldner (vgl. act. 6/7). Zum andern bezieht sich die Vertretung der ehelichen Gemeinschaft nach Art. 166 ZGB auf die Bedürfnisse der Familie. Dieser Bezug ist im Verfahren betreffend die Konkurseröffnung über das Einzelunternehmen des Schuldners, bezüglich welchem im Handelsregister lediglich der Schuldner selbst als Inhaber mit Einzelunterschrift eingetragen ist (vgl. act. 4), nicht gegeben. Entsprechend kommt Art. 60 SchKG vorliegend zur Anwendung. Da zudem nicht ersichtlich ist, dass dem Schuldner in der vorliegend zum Konkurs führenden Betreuung Nr. ... bereits einmal Frist zur Bestellung eines Vertreters angesetzt wurde (vgl. act. 6 sowie act. 10), hätte dies im vorinstanzlichen Verfahren erfolgen müssen. Mangels entsprechender Fristansetzung entfaltet die Konkurseröffnung dem Schuldner gegenüber keine Wirkung. Der angefochtene Entscheid ist aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen zum Ansetzen der Frist im Sinne von Art. 60 SchKG.

4.3. Der Schuldner ist in diesem Zusammenhang auf Folgendes hinzuweisen: Während der von der Vorinstanz anzusetzenden Frist wird für ihn Rechtsstillstand bestehen. Sofern er die (erneute) Konkurseröffnung verhindern will, wird der Schuldner in dieser Zeit – allenfalls mithilfe eines von ihm zu diesem Zweck zu bestellenden Vertreters – dafür zu sorgen haben, dass ein Konkurshinderungsgrund entsteht, also insbesondere die Schuld inklusive Zinsen und Kosten getilgt

wird oder die Gläubigerin ihm Stundung gewährt, was der Vorinstanz mittels Urkunden nachzuweisen ist (vgl. Art. 172 Ziff. 3 SchKG).

5. Da das Beschwerdeverfahren nicht durch ein fehlerhaftes Verhalten des Schuldners oder der Gläubigerin veranlasst wurde und Letztere sich zudem nicht mit dem vorinstanzlichen Entscheid identifizierte (vgl. act. 10), sind die zweitinstanzlichen Kosten auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 107 Abs. 2 ZPO). Parteientschädigungen sind mangels Anträgen (vgl. act. 2 und act. 10) keine zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Einzelgerichtes in Konkursachen des Bezirksgerichtes Horgen vom 17. Januar 2023 aufgehoben. Die Sache wird an das Konkursgericht zurückgewiesen.
2. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Kosten erhoben.
3. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Schuldner unter Beilage einer Kopie von act. 10, sowie an das Einzelgerichtes in Konkursachen des Bezirksgerichtes Horgen (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Horgen, ferner an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Horgen, je gegen Empfangsschein.
5. 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 C. Funck

versandt am:
28. März 2023