

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
5A_290/2011

Urteil vom 23. September 2011
II. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichterin Hohl, Präsidentin,
Bundesrichterin Escher,
Bundesrichter L. Meyer, Marazzi, von Werdt,
Gerichtsschreiber Möckli.

Verfahrensbeteiligte
X._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Hanspeter Wüstiner,
Beschwerdeführer,

gegen

Y._____ und Z._____,
Beschwerdegegner.

Gegenstand
Konkurseröffnung,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, vom 22. März 2011.

Sachverhalt:

A.
Auf Begehren der Gläubiger vom 22./28. Dezember 2010 hin eröffnete der Konkursrichter des Bezirks Horgen am 2. Februar 2011 über X._____ den Konkurs.

Mit Eingabe vom 14. Februar 2011 verlangte X._____ beim Obergericht des Kantons Zürich die Aufhebung der Konkurseröffnung und Rückweisung der Sache (soweit das Obergericht nicht selbst entscheiden könne) zur Durchführung einer neuen Verhandlung und zu neuer Entscheidung ("Wiederherstellungsgesuch"); eventualiter verlangte er die Aufhebung der Konkurseröffnung gestützt auf Art. 174 SchKG. Am 16. Februar 2011 reichte er einen ärztlichen Bericht vom 14. Februar 2011 mit ärztlichem Zeugnis vom 17. Januar 2011 nach, wonach sich sein psychischer Gesundheitszustand im Zusammenhang mit dem Brand seines Wohnhauses so signifikant verschlechtert habe, dass er vom 8. Dezember 2010 an wieder zu 100% habe krank geschrieben werden müssen und nicht mehr in der Lage sei, selbst alltäglichen Verpflichtungen oder gar beruflichen Aktivitäten nachzugehen; im Zeitraum zwischen 8. Dezember 2010 und 13. Februar 2011 hätte er seine Angelegenheiten auch nicht vor Gericht vertreten können. Mit Eingabe vom 1. März 2011 ersuchte er das Obergericht ausserdem, ihm die Frist zur Bezahlung der Konkursforderung wiederherzustellen bzw. die (am 16. Februar 2011 beim Obergericht eingegangene) Hinterlegung von Fr. 100'000.-- als rechtzeitig zu betrachten, da ihn an der Verzögerung der Überweisung durch die Bank W._____ kein Verschulden treffe.

Mit Urteil vom 22. März 2011 wies das Obergericht das Gesuch um Neuansetzung der versäumten Konkursverhandlung ab, trat auf das Gesuch um Wiederherstellung der Frist zur Hinterlegung des den Gläubigern geschuldeten Betrages nicht ein und wies die Beschwerde gegen das Konkurserkennnis vom 2. Februar 2011 ab.

B.
Gegen dieses Urteil hat X._____ am 18. April 2011 eine Beschwerde in Zivilsachen eingereicht

mit den Begehren, es sei die Konkursöffnung des Bezirksgerichts Horgen vom 2. Februar 2011 aufzuheben und die Sache zur Ansetzung einer neuen Verhandlung und einer neuen Entscheidung zurückzuweisen, eventualiter sei das Urteil des Obergerichts vom 22. März 2011 aufzuheben und die Sache (soweit das Bundesgericht nicht selbst entscheiden könne) zur Ergänzung des Tatbestandes und zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Mit Stempel vom 14. Juni 2011 verzichtete die Vorinstanz auf eine Vernehmlassung. Die Beschwerdegegner verlangen in ihrer Vernehmlassung vom 20. Juni 2011, die rechtliche Würdigung sei durch das Bundesgericht vorzunehmen und die Kosten seien dem Beschwerdeführer und/oder dem Kanton Zürich aufzuerlegen, weil allfällige Versäumnisse im Zusammenhang mit dem rechtlichen Gehör des Beschwerdeführers nicht von ihnen zu vertreten seien.

Erwägungen:

1.

Das Bundesgericht prüft die Eintretensvoraussetzungen von Amtes wegen und mit freier Kognition (Art. 29 Abs. 1 BGG; BGE 135 V 98 E. 1 S. 99).

1.1 Vorliegend geht es um einen Entscheid in Schuldbetreibungs- und Konkursachen (Art. 72 Abs. 2 lit. a BGG). Mit Beschwerde in Zivilsachen anfechtbar ist jedoch einzig ein Endentscheid (Art. 90 BGG), der von einem oberen Gericht ausgegangen ist, welches als Rechtsmittelinstanz entschieden hat (Art. 75 Abs. 2 BGG).

1.2 Weil Anfechtungsobjekt nur der Entscheid der letzten kantonalen Instanz sein kann (Art. 75 Abs. 1 BGG), erweist sich das Hauptbegehren, mit welchem direkt die Aufhebung des erstinstanzlichen Konkurserkennnisses beantragt wird, als unzulässig. Darauf ist nicht einzutreten.

1.3 Mit seinem Eventualbegehren verlangt der Beschwerdeführer die Aufhebung des obergerichtlichen Entscheides und die Rückweisung der Sache zur neuen Entscheidung. Der obergerichtliche Entscheid beschlägt drei Dinge: Erstens hat das Obergericht über das Gesuch um Neuansetzung der versäumten Konkursverhandlung (dazu E. 1.3.1), zweitens über das Gesuch um Wiederherstellung der Frist zur Hinterlegung des den Gläubigern geschuldeten Betrages (dazu E. 1.3.2) und drittens über die Beschwerde gegen das Konkurserkennnis entschieden (dazu E. 1.3.3).

1.3.1 Mit Bezug auf die erneute Durchführung der erstinstanzlichen Konkursverhandlung hatte sich der Beschwerdeführer kantonal auf Art. 33 Abs. 4 SchKG bzw. auf Art. 148 ZPO/CH berufen. Das Obergericht erwog in übergangsrechtlicher Hinsicht unter Verweis auf die einschlägige Literatur, dass ein auf Aufhebung eines Säumnisentscheides zielender Rechtsbehelf bzw. die Wiederherstellung dem erstinstanzlichen Verfahren zuzuordnen sei und deshalb dem bisherigen Verfahrensrecht unterstehe. Nach diesem entscheide aufgrund von § 200 Abs. 2 GVG/ZH die obere Instanz über Wiederherstellungsgesuche, wenn das Verfahren oberinstanzlich hängig sei; damit sei das Gesuch um Neuansetzung der Konkursverhandlung antragsgemäss zu behandeln. In Änderung der früheren Praxis habe das Obergericht in einem in ZR 109 Nr. 71 publizierten Entscheid befunden, dass für die Neuansetzung einer Konkursverhandlung Art. 33 Abs. 4 SchKG anwendbar sei, obwohl die betreffende Norm nur von Fristen spreche. Das Obergericht trat gestützt auf diese Begründung auf das Gesuch ein und erwog in der Sache selbst, dem Zeugnis von V._____ vom 17. Januar 2011 lasse sich nicht entnehmen, dass dieser den Schuldner erneut untersucht hätte. Auch der Bericht vom 14. Februar 2011

enthalte keinen Hinweis auf eine neuerliche Untersuchung. Substanzierte Angaben zur Entwicklung des Zustandes des Schuldners seit dem 8. Dezember 2010 seien ihm nicht zu entnehmen. Damit erweise sich der Bericht von V._____ nicht als geeignet darzutun, dass der Schuldner nicht in der Lage gewesen wäre, der Konkursverhandlung vom 2. Februar 2011 beizuwohnen oder wenigstens um Verschiebung zu ersuchen, wie er dies in einem früheren Verfahren getan habe. Der Nachweis eines unverschuldeten Hindernisses werde durch die Zeugnisse und Berichte von V._____ nicht erbracht. Der Schuldner beantrage zwar, von V._____ eine schriftliche Auskunft darüber einzuholen bzw. ihn als Zeugen darüber einzuvernehmen, dass er in der Zeit zwischen Empfang der Verhandlungsanzeige und Konkursverhandlung nicht in der Lage gewesen sei, an der Verhandlung teilzunehmen oder um deren Verschiebung zu ersuchen. Dazu sei aber nochmals festzuhalten, dass keine Anhaltspunkte dafür bestünden, dass V._____ den Schuldner in der Zeit vor der Konkursverhandlung noch einmal untersucht hätte, weshalb sich eine Befragung des Arztes erübrige. Im Übrigen sei der Schuldner am 10. Februar 2011 in der Lage gewesen, seinen Rechtsvertreter zu mandatieren und U._____

zu veranlassen, am 14. Februar 2011 eine Überweisung von Fr. 100'000.-- zugunsten der Gerichtskasse in Auftrag zu geben. Dem Schreiben eines Treuhandunternehmens vom 11. Februar

2011 lasse sich sodann entnehmen, dass er auf den 14. Februar 2011 eine Besprechung über den Verkauf einer Liegenschaft anberaumt habe. All das lasse darauf schliessen, dass er am 14. Februar 2011 in der Lage gewesen wäre, an einer Konkursverhandlung teilzunehmen oder zumindest ein Verschiebungsgesuch zu stellen. Somit lasse sich aus seinem damaligen Zustand nichts ableiten, was eine Neuansetzung der Konkursverhandlung vom 2. Februar 2011 zu rechtfertigen vermöchte, weshalb sich eine Befragung des Arztes auch unter diesem Gesichtspunkt erübrige. Das Gesuch um Neuansetzung der Konkursverhandlung vom 2. Februar 2011 sei mithin abzuweisen.

Der Beschwerdeführer macht diesbezüglich geltend, sowohl im Zeitpunkt des Empfangs der Vorladung am 20. Januar 2011 als auch des Konkursterns am 2. Februar 2011 sei er aufgrund seiner psychischen Verfassung nicht in der Lage gewesen, seinen sozialen und beruflichen Aktivitäten nachzugehen und die Konkursöffnung vorzubereiten/abzuwenden bzw. an der Verhandlung teilzunehmen oder sich um eine Verschiebung zu kümmern. Dies ergebe sich aus dem obergerichtlich eingereichten Arzzeugnis von V. _____ vom 16. Oktober 2010 sowie aus dem Zeugnis vom 14. Februar 2011. Sodann habe er ausdrücklich beantragt, diesen als Zeugen zu befragen. Dass das Obergericht dies unterlassen habe, stelle eine formelle Rechtsverweigerung (Art. 29 Abs. 2 BV) und eine Verletzung von Art. 152 und 157 ZPO dar. Eine Befragung bzw. schriftliche Abklärung hätte ergeben, dass er namentlich auch am 1. Februar 2011, also am Vortag der Konkursverhandlung, bei V. _____ in Behandlung gewesen sei; dieser hätte also aus eigener Wahrnehmung über den damaligen psychischen Zustand Auskunft erteilen können. In diesem Zusammenhang reicht der Beschwerdeführer ein ergänzendes Arzzeugnis vom 6. April 2011 ein, wonach die Handlungsunfähigkeit auch von Mitte Januar bis Ende Februar 2011 bestanden habe und er u.a. am 19., 24. und 29. Januar sowie am 1., 14. und 21. Februar bei V. _____ in der Praxis war.

Auf all diese materiellen Ausführungen kann indes wegen Fehlens einer Beschwerdevoraussetzung im Sinn von Art. 75 BGG nicht eingetreten werden:

Zunächst ist zu bemerken, dass ein Gesuch gemäss Art. 33 Abs. 4 SchKG nach dem klaren Wortlaut dieser Norm ohnehin beim Konkursrichter und nicht beim Obergericht einzureichen gewesen wäre; eine allfällig anderslautende kantonale Praxis vermag den klaren Gesetzeswortlaut nicht zu brechen, zumal sich § 200 Abs. 2 GVG offensichtlich auf Verfahren im Sinn von § 199 GVG und nicht auf Wiederherstellungsgesuche gemäss Art. 33 Abs. 4 SchKG bezog. Nun ergibt sich aber aus dem klaren Wortlaut von Art. 33 SchKG auch, dass dieser ausschliesslich die Änderung und Wiederherstellung von Fristen beschlägt; in der Lehre finden sich denn, soweit ersichtlich, auch keine abweichenden Meinungen. Die Beseitigung von Säumnisfolgen durch Wiedereinsetzung in einen früheren Verfahrensstand ist entgegen der in ZR 109 Nr. 71 publizierten Rechtsprechung des Zürcher Obergerichts nicht von Art. 33 Abs. 4 SchKG erfasst, sondern bestimmt sich nach dem anwendbaren Prozessrecht. Diesbezüglich ergibt sich, dass - unabhängig von der Frage, ob übergangsrechtlich noch kantonales Recht oder bereits die schweizerische Zivilprozessordnung zur Anwendung gelangt - Art. 75 Abs. 2 BGG unmissverständlich verlangt, dass das obere kantonale Gericht als Rechtsmittelinstanz

entschieden haben muss. Dies ist vorliegend nicht der Fall und entsprechend fehlt es an einer Beschwerdevoraussetzung, weil das seit 1. Januar 2007 in Kraft stehende BGG mit Bezug auf zivilgerichtliche Verfahren das Prinzip der double instance vorschreibt und der diesbezügliche übergangsrechtliche Vorbehalt von Art. 130 Abs. 2 BGG mit Inkrafttreten der ZPO/CH am 1. Januar 2011 entfallen ist. Das bedeutet, dass für die seither ergangenen kantonalen Entscheide die Anforderungen gemäss Art. 75 Abs. 2 BGG uneingeschränkt gelten (vgl. BGE 137 III 127 E. 1 S. 128 f.). Diese sehen nach dem Gesagten vor, dass einerseits ein oberes kantonales Gericht und dass dieses andererseits als Rechtsmittelinstanz entschieden haben muss, was nicht gegeben ist, mit der Folge, dass mit Bezug auf das Gesuch um Neuansetzung der versäumten erstinstanzlichen Konkursverhandlung auf die Beschwerde in Zivilsachen nicht eingetreten werden kann.

Nur der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass diesbezüglich der Beschwerde ohnehin kein materieller Erfolg hätte beschieden sein können: Es ist zwar in sich widersprüchlich, wenn das Obergericht einerseits den Bericht vom 14. Februar 2011 zitiert, wonach sich der psychische Gesundheitszustand des Beschwerdeführers infolge des Hausbrandes am 20. November 2010 wieder signifikant verschlechtert hat, wenn es das unmittelbar vor der Zustellung des Vorladung ergangene Zeugnis vom 17. Januar 2011 erwähnt, wonach der Beschwerdeführer voraussichtlich für weitere vier Wochen "ganz arbeitsunfähig" sei, und wenn es festhält, dass im früheren Berichtszeitraum 18 Arztbesuche stattgefunden hätten, es aber andererseits zur Mutmassung gelangt, im relevanten Zeitraum vom 20. Januar 2011 (Erhalt der Vorladung) und 2. Februar 2011 (Konkursverhandlung)

hätten keine Sitzungen beim Arzt stattgefunden, weshalb der Beweisantrag auf diesbezügliche Einholung schriftlicher Auskünfte oder Einvernahme des Arztes als irrelevant abzuweisen sei, und es sodann vom Handlungszustand, wie er am 14. Februar 2011 bestanden hat, auf denjenigen am 2. Februar 2011 geschlossen hat. Das Arztzeugnis vom 6. April 2011, welches Termine am 19., 24. und 29. Januar sowie 1.,

14. und 21. Februar 2011 aufführt und durchaus als zulässiges Beweismittel im Sinn von Art. 99 Abs. 1 BGG angesehen werden könnte, weil erst der obergerichtliche Entscheid dazu Anlass gegeben hat, dokumentiert, dass der Beschwerdeführer während der vorliegend interessierenden Zeit entgegen der Mutmassung des Obergerichtes andauernd in ärztlicher Behandlung war. Indes heisst dies gleichzeitig, dass er im fraglichen Zeitraum offensichtlich in der Lage war, mehrere Arzttermine zu vereinbaren, die Wohnung zu verlassen und den Weg zur Arztpraxis auf sich zu nehmen. Vor diesem Hintergrund ist nicht zu sehen, weshalb ihm nicht auch eine Terminverschiebung beim Konkursgericht hätte möglich sein können.

1.3.2 Angefochten ist sodann das vom Obergericht abgewiesene nachträgliche Gesuch um Wiederherstellung der Frist zur Hinterlegung des den Gläubigern geschuldeten Betrages.

Diesbezüglich hat das Obergericht ausgeführt, dass die Überweisung von Fr. 100'000.-- an die Gerichtskasse durch die Bank W._____ erst mit Valuta 16. Februar 2011 und damit zwei Tage nach Ablauf der zehntägigen Beschwerdefrist erfolgt sei. Der Rechtsvertreter des Schuldners habe von dieser Verspätung auf jeden Fall schon am 16. Februar 2011 Kenntnis gehabt, weshalb ein Fristwiederherstellungsgesuch bis am 28. Februar 2011 hätte eingereicht werden müssen und sich das Gesuch vom 1. März 2011 als verspätet erweise mit der Folge, dass darauf nicht einzutreten sei.

Der Beschwerdeführer wirft dem Obergericht überspitzten Formalismus vor. Es habe ausser Acht gelassen, dass die bankseitige Verzögerung bei der Geldüberweisung (Valuta 16. Februar 2011 statt innerhalb der bis am 14. Februar laufenden Frist) nicht sein Verschulden sei und dass das Fristwiederherstellungsgesuch mit Beweismitteln habe unterlegt werden müssen. Die Bankbestätigung habe aber erst am 1. März 2011 vorgelegen und bei deren verzögerter Beschaffung sei wiederum sein psychischer Zustand zu berücksichtigen.

Bezüglich der Fristwiederherstellung für den Zahlungs- bzw. Hinterlegungsnachweis im Sinn von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG sind die Beschwerdevoraussetzungen von Art. 75 BGG erfüllt, weil das Prinzip der double instance selbstredend dort nicht gilt, wo von Gesetzes wegen ausschliesslich die obere Instanz mit der betreffenden Frage befasst sein kann.

In der Sache selbst bestreitet der Beschwerdeführer nicht, dass er für die Hinterlegung 10 Tage seit Zustellung des Konkurserkennnisses Zeit hatte (vgl. Art. 174 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 SchKG). Ebenso wenig bestreitet er, dass für die Wiederherstellung der verpassten Frist eine gleiche gilt (vgl. Art. 33 Abs. 4 SchKG), also wiederum 10 Tage, und dass diese Frist am 28. Februar 2011 auslief, das Gesuch aber erst am 1. März 2011 eingereicht wurde. Er macht jedoch geltend, dass ein Nichteintreten überspitzt formalistisch sei und seine psychische Situation nicht berücksichtige. Dem kann nicht gefolgt werden: Nach den Feststellungen des Obergerichtes wurde der Anwalt des Beschwerdeführers am 10. Februar 2011 mandatiert und war er folglich zur Zeit der Zahlung bereits mit der Sache befasst. Weiter hat das Obergericht festgestellt, dass der Anwalt spätestens am 16. Februar 2011 von der Verspätung der Überweisung Kenntnis hatte. Er hätte mithin das Gesuch sofort in die Wege leiten können und müssen. Inwiefern hierfür erst noch ein Bankbeleg abzuwarten gewesen wäre, ist nicht ersichtlich, zumal er dem Obergericht bereits mit der Eingabe vom 16. Februar 2011 eine Zahlungsbestätigung der Bank vom 15. Februar 2011 eingereicht hatte, wonach die Überweisung mit Valuta 16. Februar 2011 erfolge. Abwegig ist sodann die Behauptung, dass sinngemäss bereits die der Beschwerde beigelegten Dokumente in Verbindung mit den Telefonaten mit der Obergerichtskasse das Fristwiederherstellungsgesuch dargestellt hätten und am 1. März 2011 einfach noch das formelle Gesuch nachgefolgt sei.

Bezüglich Fristwiederherstellung ist die Beschwerde in Zivilsachen nach dem Gesagten als unbegründet abzuweisen.

1.3.3 Als Folge der verspäteten Zahlung im Sinn von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG hat das Obergericht schliesslich die Beschwerde gegen das Konkurserkennnis abgewiesen, ohne die Zahlungsfähigkeit des Schuldners zu prüfen, wie dies Art. 174 Abs. 2 SchKG als Voraussetzung für eine oberinstanzliche Aufhebung des Konkurserkennnisses zusätzlich verlangt.

Dieses Vorgehen ist korrekt. Die Prüfung der Zahlungsfähigkeit stellt ein zusätzliches Erfordernis für

die Aufhebung dar und erübrigt sich, wenn die zu hinterlegende Summe zu spät eingegangen ist. Der Beschwerdeführer kann deshalb nicht gehört werden, wenn er diesbezüglich geltend macht, er sei nicht überschuldet und kurz- bis mittelfristig auch zahlungsfähig.

2.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde in Zivilsachen abzuweisen ist, soweit auf sie eingetreten werden kann. Die Gerichtskosten sind somit dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 SchKG). Die nicht anwaltlich vertretenen Beschwerdegegner verlangen für ihre Beschwerdeantwort keine Entschädigung.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde in Zivilsachen wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 2'000.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

3.

Dieses Urteil wird den Parteien, dem Betreibungsamt A._____, dem Grundbuchamt A._____, dem Konkursamt A._____, dem Handelsregisteramt des Kantons Zürich und dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 23. September 2011

Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin: Hohl

Der Gerichtsschreiber: Möckli