

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS120078-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter lic. iur. P. Hodel und Ersatzrichter lic. iur. P. Raschle sowie Gerichtsschreiber lic. iur. D. Oehninger.

Beschluss und Urteil vom 24. Mai 2012

in Sachen

A. _____,

Zustelladresse: Rechtsanwalt Dr. X. _____,
Schuldner, Revisionskläger und Beschwerdeführer,

gegen

B. _____ **AG,**

Gläubigerin, Revisionsbeklagte und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend

Revision Konkursöffnung / unentgeltliche Rechtspflege

Beschwerde gegen eine Verfügung des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 20. April 2012 (EK120531)

Erwägungen:

I.

Die Vorinstanz verweigerte dem Beschwerdeführer mit Verfügung vom 20. April 2012 zufolge Aussichtslosigkeit seines Revisionsbegehrens die unentgeltliche Rechtspflege und setzte ihm erneut eine Frist zur Leistung eines Vorschusses an (act. 3 = 5 = 6/11). Dagegen erhob der Beschwerdeführer rechtzeitig Beschwerde (act. 2, vgl. act. 12). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 6) und das Verfahren ist spruchreif. Auf Einholung einer Beschwerdeantwort wurde deshalb verzichtet (Art. 322 Abs. 1 ZPO). Auf die Ausführungen des Beschwerdeführers ist in der Folge – soweit entscheidrelevant – einzugehen.

II.

1. Die Vorinstanz erwog gestützt auf Art. 328 Abs. 1 lit. a ZPO, Tatsachen und Beweismittel, welche erst nach Entscheidung entstanden seien, seien der Revision nicht zugänglich, weshalb sämtliche Tatsachen und Beweismittel, die nach dem 23. November 2010 (Konkurseröffnung) entstanden seien, nicht berücksichtigt werden könnten. Zudem seien lediglich relevante und beweistaugliche Tatsachen für eine Revision zu berücksichtigen (act. 3 = 5 = 6/11 je S. 2).

Vorliegend sei – nach ordnungsgemässer Publikation der Vorladung zur Konkursverhandlung – der Konkurs über den Beschwerdeführer aufgrund seines unbekanntes Aufenthalts nach Art. 190 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG ohne vorgängige Betreuung eröffnet worden. Der Beschwerdeführer beanstandete nun, die Beschwerdegegnerin habe sich am 3. und 4. November 2010 bei der Einwohnerkontrolle C._____ über den Wohnsitz des Beschwerdeführers informiert, dies dem Konkursgericht verschwiegen und somit das Gericht absichtlich getäuscht. Das dafür vorgebrachte Beweismittel, eine Eingabe der Beschwerdegegnerin an das Bezirksgericht Uster vom 27. März 2011, sei jedoch erst nach dem fraglichen Entscheid vom 23. November 2010 entstanden und betreffe lediglich eine Auskunft

über den Wohnsitz der Ehefrau des Beschwerdeführers (act. 6/2/1 S. 8). Das entsprechende Dokument könne deshalb nicht berücksichtigt werden. Zudem habe sich der Beschwerdeführer selber am 19. August 2010 in G._____ abgemeldet und an seinem neu angestrebten Wohnort (D._____) nicht angemeldet (act. 6/4/5 und 6/4/16). Andererseits behaupte er, seit September 2010 Wohnsitz in E._____ zu haben (act. 6/8 S. 2, act. 9/2). Des Weiteren gehe aus einem Schreiben des Beschwerdeführers vom 15. November 2010 an die Stadtverwaltung C._____ hervor, dass er selber in jenem Zeitpunkt noch von einem Wohnsitz in G._____ ausgegangen sei (act. 6/2/5). Damit gehe auch aus den neu eingereichten Unterlagen – soweit diese überhaupt beachtlich seien – hervor, dass im Konkurszeitpunkt zutreffend davon ausgegangen worden sei, dass man den Wohnsitz des Beschwerdeführers nicht kenne. Sein Revisionsbegehren sei daher aussichtslos und die unentgeltliche Rechtspflege folglich nicht zu gewähren (act. 3 = 5 = 6/11 je S. 3 ff.).

2. Der Beschwerdeführer beantragt auch für das Rechtsmittelverfahren die unentgeltliche Rechtspflege und verlangt die Aufhebung des Konkurses (act. 2 S. 1). Er macht im Wesentlichen geltend, der Konkurs sei bei einem nicht zuständigen Gericht, nämlich am Geschäftssitz des Beschwerdeführers, eröffnet worden, weil die Gegenpartei ebendieses Gericht getäuscht habe. Die Beschwerdegegnerin habe rund zwei Wochen vor der Konkursverhandlung beim Einwohnerdienst der Stadt C._____ und bei der Lehrerin des Sohnes des Beschwerdeführers Erkundigungen eingeholt. Deshalb habe sie gewusst, dass er, der Beschwerdeführer, nicht i.S.v. Art. 190 ZPO flüchtig gewesen sei und auch sonst keine betrügerische oder verbrecherische Tätigkeit begangen habe. Dies könne er erst belegen, seit er es am 23. Februar 2012 aus einer Eingabe der Gegenpartei in einem anderen Prozess erfahren habe. Damit sei ein klarer Revisionsgrund gegeben und sein Begehren mithin nicht aussichtslos (act. 2 S. 2). Die weiteren, teils wirren, teils schwerverständlichen Ausführungen des Berufungsklägers, enthalten keine sachdienlichen Informationen bzw. beziehen sich auf andere Verfahren und sind daher nicht weiter beachtlich (act. 2 S. 3 ff.).

3.1 Als aussichtslos sind (...) Begehren anzusehen, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Dagegen gilt ein Begehren nicht als aussichtslos, wenn sich Gewinnaussichten und Verlustgefahren ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese. Massgebend ist, ob eine Partei, die über die nötigen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliesse; eine Partei soll einen Prozess, den sie auf eigene Rechnung und Gefahr nicht führen würde, nicht deshalb anstrengen können, weil er sie nichts kostet. Ob im Einzelfall genügende Erfolgsaussichten bestehen, beurteilt sich aufgrund einer vorläufigen und summarischen Prüfung der Prozessaussichten (BGE 133 III 614 E. 5 S. 616).

Art. 328 lit. a ZPO ermöglicht die Revision eines bereits (materiell) rechtskräftigen Entscheids durch jene Gerichtsinstanz, die den (letzten) Entscheid gefällt hat, wenn eine Partei nachträglich erhebliche Tatsachen erfährt oder entscheidende Beweismittel findet, die zwar vor dem Entscheid entstanden sind, die sie jedoch im früheren Verfahren nicht beibringen konnte; ausgeschlossen sind echte Noven: also Tatsachen und Beweismittel, die erst nach dem Entscheid entstanden sind (Freiburghaus/Afheldt in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 328 N 5 und N 13; Ivo Schwander, DIKE-Komm-ZPO, Art. 328 N 3 und N 27; KUKO ZPO-Brunner, Art. 328 N 1).

3.2 Wie die Vorinstanz zutreffend erwog, stützt der Beschwerdeführer sein Revisionsbegehren zur Hauptsache auf ein echtes Novum, nämlich eine Eingabe der Beschwerdegegnerin in einem anderen Verfahren, welche vom 27. März 2011 datiert (act. 6/2/1) und damit unzweifelhaft nach dem fraglichen Konkursentscheid vom 23. November 2010 (act. 6/2/3) und auch nach dem Rekursentscheid der Kammer vom 14. März 2011 in der gleichen Konkursache (act. 6/4/28) entstanden ist. Nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes sind Beweismittel ausgeschlossen, die erst nach dem zu revidierenden Entscheid entstanden sind (Art. 328 Abs. 1 lit. a ZPO, vgl. auch Freiburghaus/Afheldt in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 328 N 13; Ivo Schwander, DIKE-Komm-ZPO, Art. 328 N

27). Damit taugt die Eingabe der Beschwerdegegnerin vom 27. März 2011 (act. 6/2/1) nicht als neues Beweismittel.

3.3 Im Weiteren ist darauf hinzuweisen, dass der am 23. November 2010 eröffnete Konkurs (act. 6/2/3) erst in Rechtskraft erwachsen ist, nachdem es der Beschwerdeführer trotz rechtzeitiger Kenntnis von besagtem Entscheid (vgl. act. 6/4/24) versäumt hatte, fristgerecht ein ordentliches Rechtsmittel zu ergreifen (vgl. act. 6/4/27-29: Verfügung der Kammer vom 14. Dezember 2010 und Beschluss der Kammer vom 14. März 2011, je im Proz. Nr. NN100133 bzw. Urteil 5A_206/2011 des Bundesgerichts vom 18. Mai 2011). Seine heutige Behauptung, er habe im Zeitpunkt der Konkurseröffnung einen festen Wohnsitz in E._____ gehabt, hat deshalb keinen Eingang ins damalige Konkursverfahren gefunden, was sich der Beschwerdeführer selber zuzuschreiben hat. Jedenfalls müsste ihm – wenn man seiner Argumentation folgen möchte – schon damals (vor Rechtskraft des Konkurses) klar gewesen sein, dass er nicht unbekanntes Aufenthaltsort war; einen Umstand, den er daher fristgerecht (wenigstens via Rechtsmittel) ins damalige Verfahren hätte einführen können und müssen. So aber hat er selber seinen Standpunkt bezüglich seines Wohnsitzes im damaligen Konkursverfahren nicht geltend gemacht, was bedeutet, dass jedes nachträglich zu Tage tretende Beweismittel (von den Fällen der Einwirkung durch Straftaten nach Art. 328 Abs. 1 lit. b ZPO einmal abgesehen) nicht berücksichtigt werden kann, da vom Beschwerdeführer im Prozess bezüglich seines Wohnsitzes gar nichts behauptet worden ist, was ein allfälliges Beweismittel nachträglich beweisen könnte.

3.4 Abschliessend sei angefügt, dass sich das vom Beschwerdeführer geltend gemachte Novum gar nicht auf ihn persönlich bzw. seinen Wohnsitz bezieht. Es geht im fraglichen act. 6/5/1 um Nachforschungen zum Wohnsitz seiner Frau, F._____. Den Akten ist zudem unschwer zu entnehmen, dass zu jenem Zeitpunkt die Wohnsituation der Eheleute A._____ und F._____ undurchsichtig war (act. 6/4/4+5 sowie act. 6/2/1 und act. 6/2/4-6/2/7) und insbesondere aus allfälligen Erkundigungen zu einem Wohnsitz von F._____ nicht ohne Weiteres auf denjenigen des Beschwerdeführers zu schliessen gewesen wäre. Damit wäre das vom Beschwerdeführer zitierte neue Beweismittel aus heutiger Sicht wohl auch nicht aus-

sagekräftig, was ebenfalls gegen die Chancen seines Revisionsbegehrens spricht. Daher kann auch offen bleiben, inwiefern die dannzumalige Konkursöffnung durch die Vorinstanz, welche vom Beschwerdeführer ja mittels Rekurs (mit zuerkannter aufschiebender Wirkung) angefochten wurde (act. 6/4/27+28), überhaupt taugliches Anfechtungsobjekt eines den Konkurs betreffenden Revisionsbegehrens sein kann.

4. Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die Vorinstanz – aus heutiger Warte – zutreffend zum Schluss gelangt ist, dass die Prozessaussichten des Revisionsbegehrens des Beschwerdeführers schlecht sind. Folgerichtig hat ihm die Vorinstanz die unentgeltliche Rechtspflege verweigert, um nicht auf Kosten der Steuerzahler ein aussichtsloses Verfahren finanzieren zu müssen. Die Beschwerde ist daher abzuweisen.

IV.

1. Die Kosten (auch) des Rechtsmittelverfahrens sind grundsätzlich nach dem Verfahrensausgang zu verteilen (Art. 106 Abs. 2 ZPO).

2. Art. 119 Abs. 6 ZPO schreibt vor, dass im Verfahren um die unentgeltliche Rechtspflege nur im Falle von Bös- oder Mutwilligkeit Kosten erhoben werden. Nach Auffassung der Kammer gilt das nicht nur für erstinstanzliche, sondern auch für das Beschwerdeverfahren (vgl. OGer ZH PC110052 vom 23. November 2011; und OGer ZH NQ110017 vom 8. September 2011). Dies um zu verhindern, dass der Betroffene befürchten muss, schon für das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege Kosten tragen zu müssen (BGer 5A_405/2011 vom 27. September 2011, E. 6.5.4). Folglich ist von der grundsätzlichen Kostenlosigkeit des Beschwerdeverfahrens betreffend einen vorinstanzlichen Entscheid über die unentgeltliche Rechtspflege auszugehen, weshalb die Gerichtskosten dieses Rechtsmittelverfahrens auf die Staatskasse zu nehmen sind.

3. Dementsprechend erweist sich das für das Beschwerdeverfahren gestellte Gesuch des Beschwerdeführers um unentgeltliche Rechtspflege (act. 2 S. 1) als

gegenstandslos und ist abzuschreiben, zumal die Beschwerdefrist abgelaufen ist und der Beschwerdeführer keinen Rechtsvertreter beigezogen hat, den es zu entschädigen gälte.

4. Da die Beschwerdegegnerin im Beschwerdeverfahren nicht anzuhören war, sind ihr keine notwendigen Auslagen bzw. Vertretungskosten entstanden, welche ihr allenfalls zu ersetzen wären (Art. 95 Abs. 1 und 3 lit. a und b ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch des Beschwerdeführers um unentgeltliche Rechtspflege wird abgeschrieben.
2. Mitteilung und Rechtsmittel gemäss nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Kosten für das Beschwerdeverfahren fallen ausser Ansatz.
3. Der Beschwerdegegnerin wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage eines Doppels von act. 2, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich, je gegen Empfangsschein, und an die Obergerichtskasse.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 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:

lic. iur. D. Oehninger

versandt am: