

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS200239-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. A. Strähl und Ersatzrichter lic. iur. T. Engler
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Götschi

Beschluss und Urteil vom 22. Dezember 2020

in Sachen

A. _____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. HSG X. _____

gegen

B. _____ **AG,**

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes in Konkursachen des Bezirks-
gerichtes Horgen vom 24. November 2020 (EK200343)

Erwägungen:

1.1 Mit Urteil vom 24. November 2020 (act. 9/8 = act. 5 = act. 8 [Aktenexemplar]) eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Horgen für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend: Gläubigerin) von Fr. 59'940.– nebst Zins zu 6 % seit 10. November 2018, Fr. 18.90 Mahngebühren, Fr. 3'296.70 Umtriebsspesen gem. Art. 106 OR und Fr. 346.60 Betreuungskosten den Konkurs über den Schuldner und Beschwerdeführer (nachfolgend: Schuldner).

1.2 Mit Eingabe vom 7. Dezember 2020 (act. 4) erhob Rechtsanwalt lic. iur. HSG X._____ für den Schuldner Beschwerde gegen dieses Urteil. Diese Beschwerdeeingabe wurde am 7. Dezember 2020 um 22:30 Uhr der Stadtpolizei St. Gallen übergeben (vgl. act. 2-3), welche diese an das Obergericht des Kantons Zürich weiterleitete, wo die Eingabe am 11. Dezember 2020 einging (vgl. Eingangsstempel, act. 2).

Der Schuldner beantragt darin, es sei das Urteil betreffend Konkursöffnung der Vorinstanz aufzuheben, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen und die Frist zur Hinterlegung der Forderung sei wiederherzustellen. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) (vgl. act. 4 S. 2). Daneben reichte er Beilagen ins Recht (vgl. act. 6/2-13). Am 11. Dezember 2020 reichte Rechtsanwalt lic. iur. HSG X._____ die vorab telefonisch nachgeforderte Vollmacht ein (act. 11 und 13).

1.3 Die vorinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen (vgl. act. 9/1-10). Vorab telefonisch (vgl. act. 11) und im Nachgang mit Verfügung vom 14. Dezember 2020 (act. 14) wurde der Schuldner darauf aufmerksam gemacht, dass die Beschwerdefrist erst am Montag, 14. Dezember 2020 ablaufe und sich die Frage der Fristwiederherstellung derzeit nicht stelle. Weiter wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung einstweilen nicht zuerkannt, weil der Schuldner noch keinen Konkurshinderungsgrund nachgewiesen hatte, und dem Schuldner Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses für das Beschwerdeverfahren angesetzt.

1.4 Mit Eingabe vom 14. Dezember 2020 (act. 16) reichte der Schuldner eine weitere Eingabe mit Beilagen ins Recht (act. 17/14-15).

1.5 Die Frist zur Leistung des mit Verfügung vom 14. Dezember 2020 (act. 14) vom Schuldner einverlangten Kostenvorschusses läuft zwar noch und der Vorschuss wurde noch nicht geleistet (vgl. act. 19). Da sich die Beschwerde jedoch – wie nachfolgend darzulegen sein wird – von vornherein als unbegründet erweist und die Beschwerdefrist nicht wiederherzustellen ist, ist dem Schuldner diese Frist abzunehmen.

2.1 Der erstinstanzliche Entscheid über die Konkursöffnung kann innert 10 Tagen mit Beschwerde nach der ZPO angefochten werden (Art. 174 Abs. 1 SchKG). Die Rechtsmittelinstanz kann die Konkursöffnung aufheben, wenn der Schuldner seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden beweist, dass inzwischen die Schuld getilgt ist (Tilgung), der geschuldete Betrag beim oberen Gericht zuhanden des Gläubigers hinterlegt ist (Hinterlegung) oder der Gläubiger auf die Durchführung des Konkurses verzichtet hat (vgl. Art. 174 Abs. 2 SchKG). Was die Zulässigkeit neuer Tatsachenbehauptungen und Beweismittel betrifft, weicht das SchKG für dieses Beschwerdeverfahren von den allgemeinen zivilprozessualen Regeln ab (vgl. Art. 326 ZPO): Neue Tatsachen, die vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind, können mit der Beschwerdeschrift ohne Einschränkung geltend gemacht werden. Zudem können mit der Beschwerdeschrift auch bestimmte im Gesetz vorgesehene Konkurshinderungsgründe, die sich nach dem erstinstanzlichen Entscheid ereignet haben (Tilgung, Hinterlegung, Gläubigerverzicht), geltend gemacht werden, wenn der Schuldner gleichzeitig seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht (Art. 174 Abs. 1 und 2 SchKG, vgl. zur Ausnahme vom Grundsatz des Glaubhaftmachens der Zahlungsfähigkeit ZR 110 [2011] Nr. 79).

2.2 Die 10-tägige Beschwerdefrist nach Art. 174 Abs. 1 SchKG lief bis und mit Montag, 14. Dezember 2020 (vgl. act. 14 E. 2.2 m.w.H.). Der Schuldner hat innert der Beschwerdefrist einzig die Bestätigung des Konkursamtes eingereicht, wonach der sichergestellte Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 1'200.– ausreicht, um die Kosten des Konkursverfahrens inklusive Kosten des Bezirksgerichts Hor-

gen für die Konkureröffnung zu decken, falls der Beschwerde aufschiebende Wirkung erteilt oder das angefochtene Konkursöffnungsurteil gutgeheissen werde (vgl. act. 6/2). Gemäss Mitteilung des Konkursamtes vom 21. Dezember 2020 reicht dieser Kostenvorschuss mittlerweile jedoch nicht mehr zur Deckung der erwähnten Kosten aus (vgl. act. 20).

Der Schuldner hat somit weder mit seiner Eingabe vom 7. Dezember 2020 noch mit jener vom 14. Dezember 2020 innert der Beschwerdefrist einen der gesetzlichen Konkurshinderungsgründe nachgewiesen (vgl. act. 4, 6/2-13, 16, 17/14-15 und act. 10 sowie act. 19).

2.3 Somit stellt sich nun die Frage der Fristwiederherstellung, weshalb das entsprechende Gesuch des Schuldners (act. 4 S. 2) zu prüfen ist.

Der Schuldner brachte in der Eingabe vom 7. Dezember 2020 dazu insbesondere vor, am 2. Dezember 2020 sei die Zahlung an das Obergericht Zürich in Höhe von Fr. 75'000.– zum Zweck der Hinterlegung beim angerufenen Gericht zuhanden der Gläubigerin in Auftrag gegeben worden. Die Zahlung erfolge von einer Geschäftspartnerin in Deutschland, welche ihm noch eine beachtliche Summe schulde. Die Unternehmung sei am 1. Dezember 2020 angewiesen worden, Fr. 75'000.– zu überweisen. Da es sich um eine grössere Summe handle, habe die Bank eine Compliance-Prüfung durchführen müssen. Diese sei am 4. Dezember 2020 beendet worden und die Bank habe das Recht, die Zahlung erst nach Prüfung innerhalb von drei Werktagen auszulösen. Die Bank habe sich nicht dazu bewegen lassen, die Überweisung rechtzeitig zu tätigen, damit die Forderung vor Ablauf der Frist hinterlegt werden könne. Da er die Frist unverschuldet nicht habe einhalten können und die Hinterlegung am 8. Dezember 2020 vorgenommen werden könne, sei die Frist wiederherzustellen (act. 4 Rz. 8 f.). In seiner Eingabe vom 14. Dezember 2020 führt der Schuldner aus, vom 7. bis 15. Dezember 2020 100 % arbeitsunfähig gewesen zu sein, weshalb die Einreichung der Beweismittel verzögert erfolgt sei (act. 16 Rz. 5).

Sinngemäss begründet der anwaltlich vertretene Schuldner sein Fristwiederherstellungsgesuch somit mit der unverschuldeten Unmöglichkeit.

2.4 Wer durch ein (absolut bzw. gänzlich) unverschuldetes Hindernis davon abgehalten worden ist, innert Frist zu handeln, kann nach Art. 33 Abs. 4 SchKG die Aufsichtsbehörde oder die in der Sache zuständige gerichtliche Behörde um Wiederherstellung der Frist ersuchen. Gleichzeitig muss, vom Wegfall des Hindernisses an, in der gleichen Frist wie der versäumten ein begründetes Gesuch eingereicht und die versäumte Rechtshandlung bei der zuständigen Behörde nachgeholt werden. Ein Restitutionsgesuch ist nur bei objektiver Unmöglichkeit, höherer Gewalt, unverschuldeter persönlicher Unmöglichkeit bzw. entschuldbarem Fristversäumnis gutzuheissen. Als unverschuldetes Hindernis, das für die entsprechende Fristversäumnis verantwortlich war, kommen insbesondere ein Unfall oder eine schwere plötzliche Erkrankung in Frage. Für den Fall, dass die Frist aufgrund einer Krankheit versäumt wurde, muss diese dergestalt sein, dass der Rechtssuchende infolge der Krankheit selbst davon abgehalten wurde, innert Frist zu handeln oder unfähig war, eine Drittperson mit der entsprechenden Handlung zu betrauen. Als unverschuldet gelten alle Umstände, welche es einem gewissenhaften Verfahrensbeteiligten verunmöglicht hätten, innert Frist zu handeln (vgl. BSK SchKG-NORDMANN, 2. Aufl. 2010, Art. 33 N 10 f.; OFK SchKG-KREN KOSTKIEWICZ, 19. Aufl. 2016, Art. 33 N 10; SK SchKG-BAERISWYL/MILANI/SCHMID, 4. Aufl. 2017, Art. 33 N 46 und 48 je m.w.H.).

2.5 Wie bereits in der Verfügung vom 14. Dezember 2020 (act. 20) dargelegt wusste der Schuldner mit Zustellung der Vorladung zur Konkurseröffnung am 2. November 2020 von der Rechtshängigkeit des Gerichtsverfahrens betreffend Konkurseröffnung und im Übrigen auch davon, dass er die Konkurseröffnung namentlich mittels Tilgung der Schuld samt Zinsen und Kosten abwenden konnte (vgl. 9/4/2 Rückseite Ziff. 5 i.V.m. act. 9/5).

Im eingereichten Zeugnis vom 9. Dezember 2020 (act. 17/15) wird dem Schuldner von einer Fachärztin für Rheumatologie eine 100 %-ige Arbeitsunfähigkeit vom 7. bis 15. Dezember 2020 bescheinigt. Zum einen geht daraus jedoch nicht hervor, dass dieser Arbeitsunfähigkeit ein Unfall oder eine schwere plötzliche Erkrankung zugrunde lag, die den Schuldner davon abhielt, den geschuldeten Betrag rechtzeitig (bis 14. Dezember 2020) zu hinterlegen oder eine Drittperson

mit der rechtzeitigen Hinterlegung zu betrauen. Zum anderen führte der Schuldner selber aus, die Hinterlegung am 1./2. Dezember 2020 veranlasst zu haben und dass diese am 8. Dezember 2020 vorgenommen werden könne (vgl. act. 4 Rz. 9). Aus welchen Gründen diese trotz entsprechenden Hinweises auf den Lauf der Beschwerdefrist sowie entgegen seiner Ausführungen auch bis zum 14. Dezember 2020 (bzw. auch bis zum 21. Dezember 2020, vgl. act. 19) nicht erfolgt ist, legt er in seinen Eingaben nicht dar.

Damit fehlt es bereits an konkreten Behauptungen zu einem unverschuldeten Hindernis im Sinne von Art. 33 Abs. 4 SchKG, das den Schuldner an der rechtzeitigen Hinterlegung gehindert hätte. Zwar kann aus diesem Grund auch nicht beurteilt werden, bis wann die Frist laufen würde, innert derer die versäumte Rechtshandlung (Hinterlegung) nachzuholen wäre. Doch diene die offerierte persönliche Befragung des Schuldners als Beweismittel jedenfalls nicht dazu, entsprechende (in den Eingaben nicht enthaltene) Behauptungen zum unverschuldeten Hindernis noch aufzustellen.

2.6 Nach dem Gesagten ist das Gesuch des Schuldners um Wiederherstellung der Beschwerdefrist zum Zwecke der Hinterlegung abzuweisen.

3. Somit fehlt es am Nachweis eines gesetzlichen Konkurshinderungsgrundes durch Urkunden innert der Beschwerdefrist. Die Beschwerde ist daher von vornherein abzuweisen.

4. Mit dem vorliegenden Entscheid in der Sache wird das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos und ist abzuschreiben.

5. Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten dem Schuldner aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Der Gläubigerin sind im Zusammenhang mit dem Beschwerdeverfahren keine Umtriebe entstanden, die zu entschädigen wären. Es ist ihr deshalb für das Beschwerdeverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Die dem Schuldner mit Verfügung vom 14. Dezember 2020 angesetzte Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses wird abgenommen.
2. Das Gesuch um Fristwiederherstellung wird abgewiesen.
3. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgeschrieben.
4. Mitteilung und Rechtsmittel mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Das Konkursamt Thalwil wird mit der Durchführung des Konkurses beauftragt.
3. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, dem Schuldner auferlegt und dem Konkursamt Thalwil zur Kollokation angemeldet.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an
 - die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage der Doppel von act. 4 und act. 16,
 - die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten)
 - das Konkursamt Thalwilferner mit besonderer Anzeige an
 - das Handelsregisteramt des Kantons Zug und
 - das Betreibungsamt Thalwil-Rüschlikon-Kilchbergje gegen Empfangsschein.

6. 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:

lic. iur. A. Götschi

versandt am:
22. Dezember 2020