

ZH_KASSATIONSGERICHT AA090110 vom 28. Oktober 2009

Zh Kassationsgericht, 2009-10-28, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_kassationsgericht_AA090110

FR: ZH_KASSATIONSGERICHT AA090110 du 28 octobre 2009

IT: ZH_KASSATIONSGERICHT AA090110 del 28 ottobre 2009

Erwägungen

E. 1

Ziff. 1 SchKG ohne vorgängige Betreuung den Konkurs über den (damals anwaltlich vertretenen) Beschwerdeführer (Schuldner und Rekurrent). Dagegen liess der Beschwerdeführer Rekurs mit dem Antrag auf Aufhebung des Konkurskenntnisses erheben (OG act. 1), welchem mit Verfügung vom 29. Mai 2009 aufschiebende Wirkung gewährt wurde (OG act. 5). Anlässlich ihrer Rekursantwort vom 16. Juni 2009, in der sie in der Sache selbst auf Abweisung des Rekurses schloss, beantragte die Beschwerdegegnerin eventualiter für den Fall, dass dem Rekurs entgegen ihrem prozessualen (Haupt-)Antrag der Suspensiveffekt nicht entzogen würde, eine Grundbuchsperrung, um eine Verfügung des Beschwerdeführers über Kaufs- und Vorkaufsrechte an vier Stockwerkeigentumseinheiten der Liegenschaft Z.-Weg 00 in A. zu verhindern (OG act. 10). Daraufhin wurde dem Beschwerdeführer mit Verfügung vom 19. Juni 2009 unter Androhung von Ungehorsamsstrafe im Widerhandlungsfall (Art. 292 StGB) verboten, über die betreffenden Rechte zu verfügen (OG act. 13). Am 29. Juni 2009 beschloss die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich (Vorinstanz), den Rekurs unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beschwerdeführers abzuweisen, und sie eröffnete über diesen mit Wirkung ab 29. Juni 2009, 16.15 Uhr, den Konkurs neu; zugleich beauftragte sie das Konkursamt B. mit dem Vollzug (OG act. 15 = KG act. 2). b) Gegen diesen Rekursentscheid richtet sich die vorliegende, vom Beschwerdeführer persönlich eingereichte, an das Kassationsgericht adressierte, am

E. 2

Der Beschwerdeführer (bzw. sein Rechtsvertreter) hat den angefochtenen Rekursentscheid am 1. Juli 2009 in Empfang genommen (OG act. 16/1). Demzufolge lief die dreissigtägige Beschwerdefrist (§ 287 ZPO) am 31. Juli 2009 (um Mitternacht) ab (vgl. §§ 191 f. und § 140 Abs. 2 und 3 GVG). Damit erweist sich die erst am 2. August 2009 zur Post gegebene Beschwerde als verspätet (vgl. § 193 GVG und KG act. 7), was vom Beschwerdeführer auch nicht bestritten wird. Indessen erklärt Letzterer in seinem Begleitschreiben zur Beschwerde, dass es

- 5 - ihm infolge Krankheit nicht möglich gewesen sei, die Beschwerde rechtzeitig einzureichen (KG act. 3). Mit dieser Entschuldigung für die Verspätung und der gleichzeitigen Einreichung der Beschwerdeschrift bringt er zum Ausdruck, dass er die Beschwerdefrist gegen seinen Willen versäumt habe und er wünsche, die Beschwerdeerhebung möge wegen der vorgebrachten Tatsache (Krankheit) als rechtzeitig betrachtet werden. Darin kann ein sinnvoller Antrag auf Wiederherstellung derselben (im Sinne von § 199 Abs. 1 GVG) erblickt werden (Hauer/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, N 84 zu § 199 GVG). Da dieser Antrag die Wahrung der Beschwerdefrist und somit eine Eintretensvoraussetzung betrifft, ist er vorweg

zu beurteilen. 3.a) Mit Blick auf die sachliche Zuständigkeit ist zunächst festzuhalten, dass die Beurteilung eines Restitutionsgesuchs jener Instanz obliegt, die über die nachzuholende Prozesshandlung zu befinden hätte, wenn die Frist nicht versäumt worden wäre. Bei der Frist zur Einreichung einer kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde (§ 287 ZPO) handelt es sich um eine Rechtsmittelfrist, deren Einhaltung von der angerufenen Rechtsmittelinstanz zu prüfen ist. Die Zuständigkeit für die Wiederherstellung der Beschwerdefrist liegt demnach beim Kassationsgericht (Hauser/Schweri, a.a.O., N 95 zu § 199 GVG m.w.Hinw.). b) Sodann handelt es sich bei der versäumten, in § 287 ZPO statuierten Beschwerdefrist nicht um eine bundesrechtliche, sondern um eine Frist des kantonalen Rechts. Deshalb richtet sich deren Restitution nicht nach bundesrechtlichen Vorschriften (wie insbes. Art. 33 Abs. 4 SchKG oder Art. 50 BGG), sondern nach §§ 199 f. GVG (vgl. Hauser/Schweri, a.a.O., N 15 f. zu § 199 GVG; ZR 102 Nr. 29, Erw. 2/b). c) Gemäss § 199 Abs. 1 GVG kann das Gericht auf Antrag der säumigen Partei eine wider deren Willen verpasste (vgl. Hauser/Schweri, a.a.O., N 3 f. zu § 199 GVG) gesetzliche oder richterliche Frist wiederherstellen, bei grobem Verschulden der gesuchstellenden Partei oder ihres Vertreters allerdings nur mit Einwilligung der Gegenpartei; gegen deren Willen ist eine Restitution diesfalls also nicht zulässig. Andererseits muss nach konstanter Praxis bei fehlendem oder nur leichtem Verschulden des Gesuchstellers oder seines Vertreters (bzw. einer allen-

- 6 - falls beigezogenen Hilfsperson) die Wiederherstellung selbst dann gewährt werden, wenn die Gegenpartei die Zustimmung verweigert (ZR 107 Nr. 61, Erw. II/1/a; vgl. zum Ganzen auch ZR 83 Nr. 111, Erw. 3/b; Hauser/Schweri, a.a.O., N 8 f., 13, 15, 79 ff. und 92 zu § 199 GVG). Das (allenfalls sinngemässe) Gesuch um Fristwiederherstellung ist spätestens zehn Tage nach dem Wegfall des Hindernisses zu stellen (§ 199 Abs. 3 GVG) und muss begründet werden. Konkret sind darin die Wiederherstellungsgründe genau anzugeben und soweit möglich durch entsprechende Nachweise zu belegen (Hauser/Schweri, a.a.O., N 87 zu § 199 GVG; Lieber, Zur richterlichen Fragepflicht gemäss § 55 der zürcherischen Zivilprozessordnung, in: Rechtschutz, Festschrift zum 70. Geburtstag von Guido von Castelberg, Zürich 1997, S. 172). Es ist mit anderen Worten Sache des Gesuchstellers, die Umstände der Säumnis darzutun und die für die Fristwiederherstellung massgeblichen Tatsachen zu beweisen (RB 1976 Nr. 18 [zu § 221 aGVG, der sich inhaltlich mit § 199 Abs. 1 GVG deckt]; 2002 Nr. 68; ZR 107 Nr. 57; Kass.-Nr. 96/339 vom 12.5.1997 i.S. T.c.L., Erw. II/2/c, m.w.Hinw.; 2003/001 REV vom 24.6.2003 i.S. K. et al. c. K., Erw. 3.3/c). Dabei darf der Richter – besonders wenn die Gegenpartei sich gegen die Wiederherstellung zur Wehr setzt und die vom Gesuchsteller behaupteten Tatsachen bestreitet – nicht unbesehen auf die Begründung im Restitutionsgesuch abstellen. Vielmehr ist die Richtigkeit der vorgebrachten Gründe notwendigfalls durch ein Beweisverfahren abzuklären. Das setzt allerdings voraus, dass der Gesuchsteller Beweise angeboten hat. Von Amtes wegen sind zugunsten der Wiederherstellung jedoch keine Beweise abzunehmen, die nicht beantragt worden sind (Hauser/Schweri, a.a.O., N 98 zu § 199 GVG; ZR 107 Nr. 61, Erw. II/1/b m.w.Hinw.). Fehlen schlüssige Beweise oder geeignete Beweisofferten, kann die Restitution als Folge der gesetzlichen Beweislastverteilung, d.h. des Umstands, dass der Gesuchsteller die Beweislast für die Wiederherstellungsgründe und damit auch die Folgen der Beweislosigkeit trägt, nicht gewährt werden. Genügt ein Restitutionsgesuch diesen inhaltlichen Anforderungen (hinsichtlich Begründung und Nachweis der Säumnisgründe) nicht, sondern ist es mangelhaft begründet oder nicht hinreichend mit Beweismitteln oder -offerten doku-

- 7 - mentiert, hat das Gericht in Anwendung von § 55 ZPO die richterliche Fragepflicht auszuüben und dem Gesuchsteller Gelegenheit zur Behebung des Mangels zu geben (Hauser/Schweri, a.a.O., N 88 zu § 199 GVG; Lieber, a.a.O., S. 172; Kass.-Nr. 94/373 vom 14.1.1995 i.S. U.c.Z., Erw. II/2; ZR 95 Nr. 18). Dabei reicht nach den von der Praxis entwickelten Grundsätzen eine einmalige richterliche Aufforderung zur Ergänzung eines unbestimmt, unklar oder unvollständig gebliebenen Vorbringens unter dem Gesichtspunkt von § 55 ZPO in aller Regel aus (ZR 104 Nr. 9, Erw. II/2.2/c/aa a.E.; 107 Nr. 25, Erw. II/3.3/c/bb m.w.Hinw.; Brönnimann, Die Behauptungs- und Substanziierungslast im schweizerischen Zivilprozessrecht, Bern 1989, S. 70; Walder-Richli/Grob-Andermacher, Zivilprozessrecht,

E. 5

Es bleibt folglich dabei, dass die Beschwerde verspätet eingereicht wurde. Weil es sich bei der Wahrung der Beschwerdefrist um eine von Amtes wegen zu prüfende Rechtsmittelvoraussetzung handelt, kann auf die Beschwerde nicht eingetreten werden (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4 vor §§ 259 ff. ZPO [und N 15 f. zu § 108 ZPO]; Spühler/Vock, a.a.O., S. 79; Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979, S. 491, 493 und 504; s.a. BGE 104 Ia 4 f.). Damit entfällt die ihr verliehene (beschränkte) aufschiebende Wirkung, wobei der Suspensiveffekt, den das Bundesgericht der bereits erhobenen Beschwerde in Zivilsachen zuerkannt hat (vgl. KG act. 26), davon nicht berührt wird. 6.a) Der Beschwerdeführer unterliegt mit seinem (Rechtsmittel-)Antrag auf Aufhebung des Rekursentscheids. Dementsprechend sind ihm die Kosten für das vorliegende Beschwerdeverfahren aufzuerlegen. Sie bestehen gemäss neuerer kassationsgerichtlicher Praxis auch bei Nichtigkeitsbeschwerden der vorliegenden Art, d.h. bei Beschwerden gegen Entscheide, die in betriebsrechtlichen Summarsachen (d.h. im Rahmen von Verfahren nach Art. 25 Ziff. 2 SchKG) ergangen sind, in einer (sämtliche Kosten abdeckenden; vgl. Art. 49 Abs. 1 GebV SchKG) pauschalen Spruchgebühr nach Art. 48 i.V.m. Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG bzw. – bei Entscheiden betreffend Konkurseröffnung – nach Art. 52 i.V.m. Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG (vgl. RB 2003 Nr. 30; Kass.-Nr. AA060058 vom 15.5.2006 i.S. P.c.P., Erw. 6; AA060137 vom 22.9.2006 i.S. E.c.H., Erw. 6; AA080008 vom 31.1.2008 i.S. C.c.S., Erw. 3; s.a. Kass.-Nr. AA030119 vom 11.9.2003 i.S. M.c.K., Erw. 3). b) Überdies ist der Beschwerdeführer zu verpflichten, der (im Beschwerdeverfahren obsiegenden) Beschwerdegegnerin eine Parteientschädigung zu be-

- 12 - zahlen, deren Voraussetzungen und Höhe sich praxisgemäss ebenfalls nach den Vorschriften der GebV SchKG, insbesondere nach Art. 62 Abs. 1 GebV SchKG (und nicht nach denjenigen der ZPO und der AnwGebV) richten (RB 2003 Nr. 30; Kass.-Nr. AA080008 vom 31.1.2008 i.S. C.c.S., Erw. 3; s.a. BGer 5P.86/2005 vom 25.8.2005, Erw. 3).

E. 7

Beim vorliegenden Beschluss handelt es sich um einen kantonal letztinstanzlichen Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG, der nach Art. 72 Abs. 2 lit. a BGG (unabhängig vom Streitwert; vgl. Art. 74 Abs. 2 lit. d BGG) aus den in Art. 95 ff. BGG genannten (Rüge-)Gründen mit Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht angefochten werden kann (vgl. z.B. BGE 133 III 689 f., Erw. 1.2; BGer 5A_277/2008 vom 21.10.2008, Erw. 1.1). Demgegenüber dürfte die Vorschrift von Art. 100 Abs. 6 BGG betreffend den

Fristbeginn für die (direkte) Anfechtung des obergerichtlichen (Rekurs-)Entscheids beim Bundesgericht bzw. für eine allfällige Ergänzung der in casu bereits eingereichten Beschwerde in Zivilsachen (vgl. dazu BGer 4A_146/2007 vom 8.2.2008, Erw. 1; 5A_29/2007 vom 29.5.2008, Erw. 1; KG act. 26) wegen Mängeln, deren Überprüfung dem Kassationsgericht (insbesondere wegen des in § 285 ZPO statuierten Grundsatzes der Subsidiarität der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde gegenüber den bundesrechtlichen Rechtsmitteln) entzogen ist, im vorliegenden Fall mangels Rechtzeitigkeit der (kantonalen) Beschwerde keine Anwendung finden (vgl. BGE 135 III 339 f., Erw. 1.3; BGer 4A_216/2008 vom 20.8.2008, Erw. 1.2; 4A_398/2008 vom 18.12.2008, Erw. 1.3.2; 5A_302/2009 vom 2.7.2009, Erw. 1.4). Darüber hätte gegebenenfalls aber das Bundesgericht zu entscheiden.

- 13 - Das Gericht beschliesst:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.