

Da eine solche Vorgehensweise aber weder vom Gesetz vorgesehen noch in der Literatur erwähnt wird, war sie auch dem Beschwerdeführer nicht zuzumuten. Es kann daher offen bleiben, ob eine bedingte Vorschusszahlung überhaupt möglich wäre.

b) Auch unter Berücksichtigung der Interessen der übrigen Verfahrensbeteiligten lässt sich eine Verlängerung der Frist rechtfertigen. Wohl mag eine derartige Fristerstreckung anderen Gläubigern nachteilig sein; sie müssen mit Betreibungen bzw. deren Fortsetzung (Art. 230 Abs. 3 und 4 SchKG) zuwarten, ohne für die Durchführung des Konkurses Gewähr zu haben, solange die Sicherheit nicht tatsächlich geleistet ist; auch mögen sie Machenschaften des Schuldners zu befürchten haben, denen das Konkursamt mangels Kostenvorschusses nicht vorzubeugen vermag. Aber immerhin könnten diese anderen Gläubiger durch eigene Vorschussleistung allfällige Nachteile vermeiden (vgl. BGE 74 III 80).

c) Unter den gegebenen Umständen ist es mithin gerechtfertigt, dem Beschwerdeführer die Frist zur Leistung des Kostenvorschusses gemäss Art. 230 Abs. 2 SchKG um zehn Tage zu erstrecken. Demnach ist die Beschwerde gutzuheissen und die angefochtene Verfügung aufzuheben.

(Justizkommission, 23. April 1999, i.S. B./F.)

*Art. 174 SchKG; Art. 33 Abs. 4 SchKG. – Im Rechtsmittelverfahren kann die nach der Konkurseröffnung vorgenommene Tilgung der Schuld nur dann berücksichtigt werden, wenn sie innerhalb der Rechtsmittelfrist erfolgt ist. Die Belege zum Nachweis der Zahlung und zur Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit können indes auch noch nach Ablauf der Rechtsmittelfrist nachgereicht werden, soweit sie bereits in der Beschwerdeschrift und damit innerhalb der Rechtsmittelfrist angerufen wurden und ihre Nachreichung innert einer kurzen Nachfrist in Aussicht gestellt wurde. Frage offen gelassen, ob gestützt auf Art. 33 Abs. 4 SchKG auch die Zahlungsfrist wiederhergestellt werden könnte.*

*Aus den Erwägungen:*

2. a) Gemäss Art. 174 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 SchKG kann das obere Gericht, an das der Entscheid des Konkursrichters innert zehn Tagen weitergezogen wird, die Konkurseröffnung aufheben, wenn der Schuldner mit der Einlegung des Rechtsmittels seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden beweist, dass inzwischen die Schuld, einschliesslich Zinsen und Kosten, getilgt oder der geschuldete Betrag beim oberen Gericht zu Händen des Gläubigers hinterlegt ist oder letzterer auf die Durchführung des Konkurses verzichtet. Diese Aufzählung der zulässigen echten Noven, d.h. der erst nach dem Konkurserkenntnis eingetretenen Tatsachen, ist abschliessend (Botschaft über die Änderung des SchKG vom 8. Mai 1991, Separatdruck,

S. 112). Nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes kann eine erst nach Eröffnung des Konkurses erfolgte Tilgung der Schuld nur berücksichtigt werden, wenn das innerhalb der Rechtsmittelfrist geschehen ist. Das ergibt sich schon daraus, dass der Schuldner die neu vorgebrachten Tatsachen mit der Einlegung des Rechtsmittels durch Urkunden zu beweisen hat. Richtigerweise muss die Bestimmung zwar dahingehend verstanden werden, dass die Beweismittel längstens bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist noch nachgereicht werden können, wenn die Beschwerde vorher eingereicht wird, die Beschwerde mithin bis zum Ende der Beschwerdefrist ergänzt werden kann (vgl. Jürgen Brönnimann, Novenrecht und Weiterziehung des Entscheides des Konkursgerichtes gemäss Art. 174 E. SchKG, in FS H.U. Walder, Zürich 1994, S. 448). Damit diese Urkunden mit dem Rechtsmittel eingereicht werden können, muss sich der darin verurkundete Vorgang (Zahlung, Hinterlegung, Verzichtserklärung) zwangsläufig vorher bzw. vor Ablauf der Rechtsmittelfrist ereignet haben. Mit Bezug auf die Unterlagen zum Nachweis der Zahlungsfähigkeit, die nach dem Wortlaut von Art. 174 Abs. 2 SchKG gleichermaßen mit der Einlegung des Rechtsmittels glaubhaft zu machen ist, hat die Justizkommission es als zulässig erachtet, dass solche Unterlagen auch noch nach Ablauf der Rechtsmittelfrist nachgereicht werden können, soweit diese zumindest bereits in der Beschwerdeschrift und damit innerhalb der Rechtsmittelfrist angerufen und deren Nachreichung innert einer kurzen Nachfrist in Aussicht gestellt wurden. Grundsätzlich steht einer solchen Praxis auch hinsichtlich des geltend gemachten Novums nichts entgegen. Das ändert aber nichts daran, dass eine erst nach Ablauf der Rechtsmittelfrist erfolgte Tilgung oder Hinterlegung im Beschwerdeverfahren nicht mehr berücksichtigt werden kann (JKE v. 3.7.98 [JZ 1998/77.124]). Soweit ersichtlich, hat die Justizkommission auch nach ihrer Praxis zum früheren Recht, unter dessen Geltung die Regelung des Novenrechts noch dem kantonalen Recht unterstand, eine nach Ablauf der Beschwerdefrist erfolgte Tilgung nicht mehr berücksichtigt. So hielt sie in einem Entscheid vom 23. Januar 1987 (JK 111/1986) fest, dass in allen Fällen, in denen die Justizkommission in den letzten Jahren zu einer Gutheissung der Berufung gelangt sei, die Berufungskläger jeweils mit der Einreichung der Berufung den Urkundenbeweis der Tilgung geleistet oder sich darauf berufen hätten, dass die Tilgung der Schuld gleichzeitig erfolge, und anschliessend den Beweis für die Richtigkeit dieser Behauptung erbracht hätten.

b) Im vorliegenden Fall ist der Beschwerdeführerin gemäss Empfangsbestätigung das Konkursdekret am 18. November 1998 zugegangen. Die 10-tägige Beschwerdefrist lief mithin am 28. November 1998 ab und verlängerte sich, da dieser Tag ein Samstag war, bis zum nächstfolgenden Werktag, mithin bis zum 30. November 1998. Die Belastung für die Überweisung des Betrages von Fr. 9'408.85 an die Beschwerdegegnerin erfolgte gemäss Anzeige der Crédit Suisse am 2. Dezember 1998 auf dem Firmenkonto der Beschwerdeführerin. Damit steht aber fest, dass die Tilgung der Schuld frühes-

tens zwei Tage nach Ablauf der Beschwerdefrist erfolgt ist. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und der wohl herrschenden Lehre gilt nämlich eine Zahlung im bargeldlosen Zahlungsverkehr erst dann als erfolgt, wenn bei Überweisung auf ein Bank- oder Postcheckkonto der Betrag dem Gläubiger auf seinem Konto gutgeschrieben worden ist und er mithin über den Geldbetrag verfügen kann (BGE 124 III 117; 119 II 232; 114 Ib 67; Weber, Berner Kommentar, 1983, N 123 f. zu Art. 74 OR mit weiteren Hinweisen). Der Schuldner, der sich zur Tilgung seiner Schuld einer Bank bedient, hat deshalb den Zahlungsauftrag so frühzeitig zu erteilen, dass der Zahlungsvorgang im Zeitpunkt des Ablaufs der Zahlungsfrist erledigt ist. Bis zu diesem Zeitpunkt trägt er die Verlust- und Verzögerungsgefahr (BGE 119 II 235 E. 2 mit Hinweisen). Im Lichte dieser Rechtsprechung ist die Zahlung der Schuld eindeutig nach Ablauf der Rechtsmittelfrist und damit zu spät erfolgt, weshalb sie als echtes Novum im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG nicht mehr berücksichtigt werden kann. Bei dieser Sach- und Rechtslage kann die Beschwerdeführerin nichts zu ihren Gunsten herleiten, wenn sie darauf hinweist, dass die zugerischen Gerichte die Leistung eines Kostenvorschusses u.a. dann als rechtzeitig betrachten, wenn der Giroauftrag am letzten Tag der Frist erteilt wird.

c) Die Beschwerdeführerin macht nun aber geltend, die Verspätung der Zahlung könne ihr nicht angelastet werden, sondern sei Folge eines unverschuldeten Hindernisses im Sinne von Art. 33 Abs. 4 SchKG. Sie ersucht deshalb um Wiederherstellung dieser «Zahlungsfrist».

3. Wer durch ein unverschuldetes Hindernis davon abgehalten worden ist, innert Frist zu handeln, kann gemäss der durch die Revision neu eingefügten Bestimmung von Art. 33 Abs. 4 SchKG die Aufsichtsbehörde oder die in der Sache zuständige richterliche Behörde um Wiederherstellung der Frist ersuchen. Er muss, vom Wegfall des Hindernisses an, in der gleichen Frist wie der versäumten ein begründetes Gesuch einreichen und die versäumte Rechtshandlung bei der zuständigen Behörde nachholen.

a) Man kann nun in der Frist für den Weiterzug eines Konkursdekretes im Ergebnis eine letzte Zahlungsfrist zur Abwendung des Konkurses in zweiter Instanz erblicken. Die gesetzliche Ordnung des Novenrechts gemäss Art. 174 SchKG lässt es nämlich zu, durch die nachträgliche Zahlung der gesamten Schuld die erstinstanzliche Konkurseröffnung rückgängig zu machen. Voraussetzung ist aber, wie bereits ausgeführt, dass diese nachträgliche Zahlung innerhalb der Rechtsmittelfrist vorgenommen wird. Die Rechtsmittelfrist selbst ist aber zweifellos wiederherstellbar. Es erscheint deshalb nicht a priori als ausgeschlossen, dass diese Zahlungsfrist gestützt auf Art. 33 Abs. 4 SchKG wiederhergestellt werden könnte, wenn ein unverschuldetes Hindernis den Kridaren zwar von der rechtzeitigen Zahlung abgehalten hat, dieser aber das Rechtsmittel dennoch rechtzeitig eingereicht hat. Die Frage braucht

hier allerdings nicht abschliessend entschieden zu werden, da es im vorliegenden Fall – wie im Folgenden zu zeigen sein wird – an den übrigen Voraussetzungen einer Wiederherstellung mangelt.

b) Hinsichtlich der subjektiven Voraussetzungen für die Wiederherstellung lehnt sich die Bestimmung an Art. 35 Abs. 1 OG und Art. 24 Abs. 1 VwVG an (Botschaft über die Änderung des SchKG vom 8. Mai 1991, a.a.O., S. 46). Es liegt deshalb nahe, die zu diesen Bestimmungen entwickelte Rechtsprechung und Literatur auch für die Wiederherstellung im Bereich der neuen SchKG-Bestimmung heranzuziehen.

Eine Wiederherstellung setzt zunächst voraus, dass ein Hindernis vorliegt, das die Fristwahrung unmöglich macht. Das trifft ohne weiteres zu bei Naturereignissen, unvorhersehbarer Verkehrsstörungen, Hemmnissen der Postbeförderung infolge Kriegswirren (BGE 60 III 354, 67 III 72). Genügen muss aber wohl auch höhere Gewalt im Sinne der subjektiven Theorie, d.h. dass die Verhinderung durch einen Umstand eingetreten ist, der nach den Regeln vernünftiger Interessenwahrung auch von einem sorgsamem Geschäftsmann nicht befürchtet zu werden braucht, oder dessen Abwendung übermässige Anforderung gestellt hätten (Birchmeier, Bundesrechtspflege, Zürich 1950, S. 38 mit Hinweis auf BGE 21, 755). Sodann muss dieses Hindernis unverschuldet sein. Es darf weder die Partei selbst noch ihren Vertreter ein Verschulden treffen. Dabei wird ihnen auch das Verschulden einer Hilfsperson angerechnet (Messmer/Imboden, Die eidgenössischen Rechtsmittel in Zivilsachen, Zürich 1992, S. 26 mit Hinweisen). Bedient sich eine Partei oder ein Parteivertreter einer Hilfsperson, ist deren Verhalten somit grundsätzlich der Partei selbst anzurechnen. Als Hilfsperson der Partei ist auch die Bank zu betrachten, welche die Überweisung einer Zahlung termingerecht vornehmen sollte. Verschuldet sie die Verspätung, kann die Frist nicht wiederhergestellt werden (Geiser, in: Geiser/Münch, Prozessieren vor Bundesgericht, Basel und Frankfurt am Main 1996, S. 33 mit Hinweis auf BGE 111 II 506 und 114 Ib 69 ff.).

c) Im Lichte dieser Rechtsprechung erscheint im vorliegenden Fall eine Wiederherstellung als ausgeschlossen. Dabei ist unerheblich, ob die Beschwerdeführerin den Zahlungsauftrag an die Bank, wie sie geltend macht, tatsächlich am 27. November 1998 der Post zur Zustellung übergab und ob eine Verzögerung bei der Zustellung durch die Post oder bei der Bank bei der Ausführung des Zahlungsauftrages eintrat. Die Beschwerdeführerin muss sich so oder anders eine solche Verzögerung als Verschulden anrechnen lassen: Wenn die Beschwerdeführerin den Zahlungsauftrag an die Bank erst am Freitag, dem 27. November 1998 der Post zur Zustellung übergab, wofür sie übrigens den Nachweis nicht erbracht hat, und damit in Kauf nahm, dass dieser frühestens am letzten Tag der Rechtsmittel- bzw. Zahlungsfrist bei der Bank eintraf, durfte sie sich nicht einfach darauf verlassen, dass die Bank den Auftrag auch tatsächlich an diesem Tag noch ausführen

würde. Sie war in Anbetracht der Wichtigkeit der Einhaltung dieses Zahlungstermins und der äusserst knappen Frist zur Ausführung des Zahlungsauftrages bei Anwendung pflichtgemässer Sorgfalt gehalten, die termingerechte Ausführung dieses Auftrages gegebenenfalls durch eine telefonische Nachfrage bei der Bank zu überwachen bzw. sicherzustellen. Dieser Sorgfaltspflicht genügte sie selbstverständlich auch nicht, indem sie in ihrem Zahlungsauftrag als Ausführungsdatum den 30. November 1998 ausdrücklich vermerkte. Immerhin war über sie erstinstanzlich bereits der Konkurs eröffnet worden. Von einer im Geschäftsleben tätigen Person, wie das beim Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft der Fall ist, muss aber ein gewisses Mass an sorgsamem und umsichtigem Handeln verlangt werden. Nichts hätte ihn denn auch davon abgehalten, die Einzahlung des Betrages am 30. November 1998 direkt bei der Post vorzunehmen und damit sicherzustellen, dass die quasi allerletzte Zahlungsfrist zur Abwendung eines Konkurses eingehalten gewesen wäre.

Im Übrigen bleibt anzumerken, dass die Behauptung der Beschwerdeführerin, sie habe den Zahlungsauftrag am 27. November 1998 mit A-Post an die Bank versandt, ohnehin nicht sehr glaubwürdig erscheint. Ihre Beschwerdeschrift, die zwar ebenfalls vom 27. November 1998 datiert wie der Zahlungsauftrag, wurde erst am 30. November 1998 bei der Post aufgegeben. Wenn die *Crédit Suisse* sodann bestätigt, dass sie den Auftrag erst am 2. Dezember 1998 empfangen habe, so erscheint es nicht ausgeschlossen, dass die Beschwerdeführerin den Auftrag eben erst am 30. November 1998 zusammen mit der Beschwerde oder allenfalls sogar erst am 1. Dezember 1998 bei der Post aufgegeben hat.

Muss der Beschwerdeführerin aber ein Verschulden im Sinne der Rechtsprechung angelastet werden, fällt eine Wiederherstellung ausser Betracht.

d) Im Übrigen dürfte eine Wiederherstellung im vorliegenden Fall auch aus formellen Gründen ausgeschlossen sein: Die Beschwerdeführerin musste bereits am 3. Dezember 1998 gewahr werden, dass die Zahlung verspätet ausgeführt worden war. Es ist nämlich anzunehmen, dass sie die Belastungsanzeige der Bank an diesem Tag erhielt, datiert das Begleitschreiben an die Justizkommission, mit dem sie das Beweismittel nachreichte, doch vom 3. Dezember 1998. Allerdings gab sie dieses Schreiben ebenfalls erst später, nämlich am 6. Dezember 1998 bei der Post auf. Es zeigt sich übrigens auch hier wieder, dass die Beschwerdeführerin ihre Korrespondenz offenbar nicht selten erst einige Tage, nachdem sie diese geschrieben hat, bei der Post aufgibt. Die Beschwerdeführerin hat aber ihr Wiederherstellungsgesuch erst am 16. Dezember 1998 (Datum der Postaufgabe) eingereicht und damit die Frist gemäss Art. 33 Abs. 4 SchKG, die im vorliegenden Fall zehn Tage beträgt, nicht eingehalten.

(Justizkommission, 29. Januar 1999, i.S. I. AG/A.)