



Kass.-Nr. AA040117/U/cap

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Robert Karrer, Alfred Keller, Karl Spühler und die Kassationsrichterin Yvona Griesser sowie der Sekretär Viktor Lieber

Zirkulationsbeschluss vom 20. September 2004

in Sachen

B.,

...,

Schuldner, Rekurrent und Beschwerdeführer
vertreten durch Rechtsanwalt ...

gegen

X. Krankenversicherung AG,

Inkassowesen, ...,

Gläubigerin, Rekursgegnerin und Beschwerdegegnerin

betreffend **Konkurseröffnung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 16. Juli 2004 (NN040099/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Mit Eingabe vom 19. Mai 2004 stellte die Beschwerdegegnerin gestützt auf den Zahlungsbefehl sowie die Konkursandrohung des Betreibungsamtes Zürich 2 das Begehren um Eröffnung des Konkurses über den Beschwerdeführer für eine Forderung von Fr. 1'409.05 nebst Zins sowie Mahnspesen und Betreibungskosten. Mit Verfügung vom 29. Juni 2004, 10.00 Uhr, eröffnete der Konkursrichter des Bezirksgerichts Zürich antragsgemäss den Konkurs über den Beschwerdeführer (OG act. 2).

Gegen diesen Entscheid rekurrierte der Beschwerdeführer an das Obergericht mit dem Antrag, die Konkurseröffnungsverfügung sei aufzuheben. Mit Beschluss vom 16. Juli 2004 wies das Obergericht den Rekurs ab und bestätigte demgemäss die erstinstanzliche Verfügung vom 29. Juni 2004, womit das vom Beschwerdeführer gestellte Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos wurde (KG act. 2).

2. Gegen den obergerichtlichen Rekursentscheid richtet sich die vorliegende, rechtzeitig erhobene Nichtigkeitsbeschwerde, mit welcher der Beschwerdeführer beantragt, es seien sowohl der angefochtene Beschluss des Obergerichts sowie das erstinstanzliche Konkursdekret aufzuheben; ferner sei der Beschwerdeführer in die Verfügung über sein Vermögen wieder einzusetzen. Eventualiter sei der Prozess zur Verbesserung der Mängel und zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (KG act. 1 S. 2). Die Vorinstanz hat auf Vernehmlassung verzichtet (KG act. 10); die Beschwerdegegnerin hat keine Beschwerdeantwort eingereicht.

3. Mit Verfügung vom 10. August 2004 wurde der Nichtigkeitsbeschwerde in dem Sinne teilweise aufschiebende Wirkung verliehen, dass das Konkursverfahren - unter Aufrechterhaltung der Konkurseröffnung per 29. Juni 2004 - vorläufig nicht weiterzuführen sei, dies unter Vorbehalt von Sicherungsmassnahmen sowie

zwingender, nicht aufschiebbarer Massnahmen zur Werterhaltung des schuldnerischen Vermögens.

II.

1. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist gegen den angefochtenen Entscheid ohne weiteres zulässig, und zwar - mangels Berufungsfähigkeit - auch hinsichtlich der Frage der Verletzung von Bundesrecht (vgl. ZR 97 Nr. 31 Erw. II/2a).

Hinsichtlich der Kognition des Kassationsgerichts gilt, dass mit Bezug auf die behauptete Verletzung von materiellem Bundesrecht (Art. 174 Abs. 2 SchKG) eine Überprüfung im Rahmen von § 281 Ziff. 3 ZPO nur auf die Verletzung *klaren* Rechts hin stattfindet. Demgegenüber prüft das Kassationsgericht gemäss § 281 Ziff. 1 ZPO verfahrensrechtliche Fragen (auch solche des Bundesrechts) frei. Im weiteren ist darauf hinzuweisen, dass - unabhängig von der Regelung des Novenrechts in Art. 174 Abs. 2 SchKG (nachfolgend Erw. 3c) - im Kassationsverfahren neue Vorbringen, die eine Vervollständigung des Prozessstoffes bezwecken, über welchen der erkennende Richter zu entscheiden hatte, nicht zulässig sind (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen ZPO, 3. Auflage, Zürich 1997, N 4a zu § 288).

2. Das Obergericht hat im angefochtenen Beschluss festgestellt, dass der Beschwerdeführer den in Betreuung gesetzten Betrag während der Rekursfrist beim Betreibungsamt Zürich 2 nachweislich bezahlt und damit die Schuld getilgt habe; eine weitere Zahlung von Fr. 1'800.-- habe er beim Konkursamt Enge-Zürich erbracht, womit auch dessen Kosten gedeckt seien (Beschluss S. 2 Ziff. 2). Hingegen hat das Obergericht die weitere Voraussetzung der Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit unter Hinweis auf den vom Beschwerdeführer eingereichten Auszug aus dem Betreibungsregister als nicht gegeben betrachtet (Beschluss Ziff. 3, S. 2/3).

3.a) In der Beschwerde wird als erstes (Beschwerde Ziff. 7, S. 4/5) beanstandet, dass das Obergericht dem vor Vorinstanz nicht anwaltlich vertretenen

Beschwerdeführer nach Einreichung des Betreibungsregistrauszuges nicht von sich aus eine Nachfrist ansetzte, um seine Zahlungsfähigkeit zu belegen und insbesondere zu den im Auszug erwähnten Verlustscheinen Stellung zu nehmen. In diesem Vorgehen liege eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör, wie er in Art. 29 Abs. 2 BV sowie §§ 55 und 56 Abs. 1 ZPO gewährleistet werde. In einem vergleichbaren Fall habe das Kassationsgericht denn auch eine Nachfristansetzung als erforderlich betrachtet. Die sofortige Entscheidfällung ohne Ansetzung einer solchen Nachfrist stelle sich damit als Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO dar, weshalb der obergerichtliche Entscheid schon aus diesem Grund aufzuheben sei.

b) Mit seiner Rekurschrift vom 9. Juli 2004 hatte der Beschwerdeführer einen vom gleichen Tag datierenden Auszug aus dem Betreibungsregister des Betreibungsamtes Zürich 2 eingereicht (OG act. 3/5). Aus diesem ergibt sich u.a., dass es in den Jahren 2003 und 2004 in 6 Fällen von Betreibungen für Steuerforderungen im Gesamtbetrag von Fr. 39'477.-- zur Ausstellung von Verlustscheinen gekommen ist. Dies hat das Obergericht als Anlass zur Feststellung genommen, wonach der Beschwerdeführer heute nicht mehr als zahlungsfähig gelten könne, zumal er nicht geltend mache, die entsprechenden Steuerforderungen inzwischen beglichen zu haben (Beschluss S. 3).

c) Das Kassationsgericht hat bisher die Frage offen gelassen, ob Art. 174 Abs. 2 SchKG überhaupt Raum für eine kantonal-rechtliche Fragepflicht und eine damit einhergehende Nachreichung weiterer Belege nach Ablauf der Rekursfrist lasse, nachdem gemäss dieser das Novenrecht *abschliessend* regelnden (vgl. Jürgen Brönnimann, Novenrecht und Weiterziehung des Entscheides des Konkursgerichtes gemäss Art. 174 E SchKG, in: FS Hans Ulrich Walder, Zürich 1994, S. 451) bundesrechtlichen Bestimmung die der Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit dienenden Behauptungen und Belege *mit Einlegung des Rechtsmittels* einzubringen sind (ZR 101 Nr. 6 Erw. II/4.1 mit Hinweisen; RB 1997 Nr. 35; ferner statt vieler Kass-Nr. 2002/150 Z vom 8. Juli 2002 i.S. Q.c.M., Erw. II/4.3). Immerhin hat das Obergericht seinerseits verschiedentlich dem gegen die Konkursöffnung rekurrierenden Schuldner eine Nachfrist zur Beibringung für die

Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit sachdienlicher Unterlagen angesetzt, ohne dass dieses Vorgehen vom Kassationsgericht bisher auf seine Rechtmässigkeit (im Hinblick auf Art. 174 Abs. 2 SchKG) zu überprüfen gewesen wäre.

Im vorliegenden Fall hat das Obergericht dem Beschwerdeführer keine Nachfrist zur Ergänzung seiner Vorbringen angesetzt. Unabhängig davon, ob eine solche überhaupt zulässig gewesen wäre, ist kein Grund ersichtlich, welcher es als notwendig hätte erscheinen lassen, dem Beschwerdeführer eine Nachfrist anzusetzen. Der Beschwerdeführer macht insoweit lediglich geltend, er hätte zu den Verlustscheinen "Stellung ... nehmen und diese einreichen" können. Es ist aber nicht ersichtlich, was dies an der Tatsache, dass diese Verlustscheine ausgestellt wurden und nach wie vor bestehen, hätte ändern können. Konkret stellt sich allein die Frage, welche rechtliche Bedeutung der Existenz der erwähnten Verlustscheine im Hinblick auf die Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit zukommt. Dies ist eine - nachfolgend zu behandelnde - Rechtsfrage, welche das Obergericht auf Grund der bei ihm gegebenen Aktenlage ohne weiteres entscheiden konnte, ohne dass es insoweit auf weitere Vorbringen des Beschwerdeführers ankommen konnte.

Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers lässt sich die vorliegende Konstellation nicht mit derjenigen vergleichen, welche dem von ihm erwähnten Entscheid vom 22. März 2002 (Kass.-Nr. 2002/012 Z in Sachen B.) zugrundelag; damals hatte das Obergericht seinen Entscheid gefällt, ohne dem damaligen Beschwerdeführer (bzw. Rekurrenten) zuvor Gelegenheit geboten zu haben, sich zu einer von der Gegenseite unaufgefordert eingereichten Stellungnahme bzw. darin neu vorgetragenen Tatsachen zu äussern, auf welche das Obergericht in der Folge (zumindest sinngemäss) abstellte (a.a.O., Erw. II/4c-d). Im vorliegenden Fall hat sich die Beschwerdegegnerin im Rahmen des Rekursverfahrens nicht geäußert, womit sich die Frage nach der Einräumung eines weiteren Vortrags gar nicht stellte.

4. Der Beschwerdeführer beanstandet weiter, dass das Obergericht zum Schluss gelangte, die Voraussetzung der Zahlungsfähigkeit sei nicht glaubhaft gemacht worden (Beschwerde S. 5 ff.).

a) Das Obergericht weist im angefochtenen Entscheid zunächst darauf hin, dass gegen den Beschwerdeführer seit Januar 2000 27 Beteiligungen angehängt wurden, wovon 18 bereits durch Zahlung oder "volle Befriedigung nach Verwertung" erledigt bzw. erloschen seien. In einer weiteren Beteiligung sei es (trotz des geringen Betrages von Fr. 226.40) bis zur Konkursandrohung gekommen. Entscheidend falle ins Gewicht, dass - wie bereits erwähnt - in sechs Beteiligungen für Steuerforderungen des Bundes, des Kantons und der Stadt Zürich im Gesamtbetrag von Fr. 39'477.-- Verlustscheine nach Art. 149 SchKG ausgestellt werden mussten. Für diese öffentlich-rechtlichen Forderungen habe der Beschwerdeführer nicht auf Konkurs betrieben werden können (Art. 43 Ziff. 1 SchKG). Je zwei Verlustscheine seien im Januar und Oktober 2003 sowie am 30. April 2004 ausgestellt worden. Der Beschwerdeführer mache weiter nicht geltend, dass die in diesen Verlustscheinen verkündeten Steuerforderungen inzwischen beglichen worden wären. Damit stehe fest, dass er nicht mehr als zahlungsfähig gelten könne.

b) Der Beschwerdeführer macht geltend, der Schluss der Vorinstanz auf Zahlungsunfähigkeit im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG sei unter den gegebenen Umständen unzulässig. Zunächst werde nicht berücksichtigt, dass lediglich Pfändungsverlustscheine vorhanden seien und dass diese gemäss Art. 149 Abs. 3 SchKG den Gläubiger nur während sechs Monaten nach Zustellung berechtigten, ohne neuen Zahlungsbefehl die Beteiligung fortzusetzen. Von den sechs Verlustscheinen seien vier älter als sechs Monate, weshalb die Beteiligung nicht ohne neuen Zahlungsbefehl fortgesetzt werden könne. Lediglich in zwei Fällen (Forderungen der Eidgen. Steuerverwaltung und des Steueramtes der Stadt Zürich über insgesamt Fr. 10'546.55) sei diese Frist noch nicht abgelaufen gewesen, doch hätten beide Gläubiger bis heute nicht reagiert, um diese Forderungen innert der 6-Monatsfrist durchzusetzen. Die Schlussfolgerung der Vorinstanz, wegen der Verlustscheine sei die Zahlungsunfähigkeit offensichtlich, erweise sich damit als aktenwidrig und willkürlich im Sinne von § 281 Ziff. 2 ZPO (Beschwerde S. 5 Ziff. 8).

c) Der Beschwerdeführer macht in diesem Zusammenhang nicht eine unrichtige (willkürliche bzw. aktenwidrige) Feststellung des Sachverhaltes geltend, sondern rügt, die Vorinstanz sei auf der von ihr angenommenen tatsächlichen Grundlage zu Unrecht zum (rechtlichen) Schluss gelangt, die Voraussetzungen von Art. 174 Abs. 2 SchKG seien nicht erfüllt. Es geht somit um die Auslegung des Begriffs der Zahlungsfähigkeit, wobei die unrichtige Bezeichnung des Nichtigkeitsgrundes dem Beschwerdeführer nicht schadet.

Gemäss kassationsgerichtlicher Rechtsprechung sind keine allzu strengen Voraussetzungen an den Nachweis der Zahlungsfähigkeit zu stellen. So muss etwa die Tatsache, dass in den vergangenen Jahren zahlreiche Beteiligungen gegen den Schuldner angehoben und durchgeführt wurden, nicht schon zwingend für Zahlungsunfähigkeit sprechen; vielmehr können beträchtliche Abzahlungen und die weitestgehende Vermeidung neuer Beteiligungen die Zahlungsfähigkeit auch in diesem Fall noch als glaubhaft gemacht erscheinen lassen (vgl. ZR 102 Nr. 28 Erw. II/4.1).

Davon kann im vorliegenden Fall freilich nicht gesprochen werden. Mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass die Tatsache, dass innert 16 Monaten (Januar 2003 bis April 2004) insgesamt sechs Verlustscheine gegen den Beschwerdeführer ausgestellt wurden, einen klaren Hinweis für dessen Zahlungsunfähigkeit darstellt, zumal der Beschwerdeführer selber nie behauptet hat, er habe die ausstehenden Steuerforderungen mittlerweile beglichen. Unbehelflich ist in diesem Zusammenhang der Hinweis darauf, dass die beiden Gläubiger der zuletzt in Beteiligung gesetzten Forderungen es trotz noch offener Frist offenbar unterlassen haben, die Beteiligungen ohne neuen Zahlungsbefehl fortzusetzen; es ist schwer verständlich, inwiefern dieses Verhalten der Gläubiger ein Indiz für die Zahlungsfähigkeit des Beschwerdeführers darstellen soll, da jedenfalls der Bestand der Forderungen dadurch nicht berührt wird. Die Tatsache von sechs Verlustscheinen aus verhältnismässig kurz zurückliegenden Beteiligungen ist - zumal in Verbindung mit den übrigen Beteiligungen und einer Konkursandrohung - vielmehr als Ausdruck einer nach wie vor andauernden Zahlungsunfähigkeit im Sinne des Gesetzes zu qualifizieren. Es kann unter diesen Umständen jedenfalls nicht

von lediglich vorübergehenden Zahlungsschwierigkeiten gesprochen werden (vgl. ZR 97 Nr. 31 Erw. II/2c/cc). Dass das Vorliegen von Verlustscheinen ein geradezu typischer Anwendungsfall von Zahlungsunfähigkeit ist, wird übrigens auch durch die gesetzliche Regelung von § 73 Ziff. 3 ZPO bestätigt.

d) Soweit der Beschwerdeführer geltend zu machen scheint (Beschwerde S. 8), Art. 43 Ziff. 1 SchKG schliesse bei öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen nicht nur die unmittelbare Konkursbetreibung aus, sondern verbiete auch die Konkursöffnung in einem nachfolgenden Betreibungsverfahren wegen privatrechtlicher Verpflichtungen, soweit sie sich, wie hier, auf Verlustscheine aus dem vorangehenden Verfahren wegen öffentlich-rechtlicher Verpflichtungen stützt, ist die Rüge ebenfalls unbegründet. Angesichts der Tatsache, dass Art. 43 Ziff. 1 SchKG nach ständiger Rechtsprechung eng auszulegen ist (BGE 118 III 14 mit Hinweisen), kann der vom Beschwerdeführer vertretenen Auffassung, die den gesetzlichen Rahmen offensichtlich überschreitet, nicht gefolgt werden.

e) Die weiteren Vorbringen, wonach der Beschwerdeführer (und seine Ehefrau) über genügend Einkünfte zur Bestreitung des Lebensunterhaltes und zur Schuldensanierung verfüge, seine selbständige Erwerbstätigkeit aufgegeben habe, über ein bescheidenes Vermögen verfüge und mit der wichtigsten Privatgläubigerin am 30. Juli 2004 (also nach Erlass des angefochtenen Entscheides) eine Abzahlungsvereinbarung getroffen habe (Beschwerde S. 6/7), sind allesamt neu und damit im Kassationsverfahren nicht zu hören (oben Erw. 1). Hier ist lediglich zu entscheiden, ob die Vorinstanz gestützt auf die bei ihr gegebene Sach- bzw. Aktenlage einen Nichtigkeitsgrund gesetzt hat.

5. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vorinstanz bei der Auslegung des Begriffs der Zahlungsfähigkeit gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG keinen Nichtigkeitsgrund gesetzt hat. Damit ist die Beschwerde als unbegründet abzuweisen.

Ausgangsgemäss wird der Beschwerdeführer für das Kassationsverfahren kostenpflichtig.

Das Gericht beschliesst:

1. Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen. Damit entfällt die ihr teilweise beigelegte aufschiebende Wirkung.
2. Die Spruchgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 700.-
3. Die Spruchgebühr des Kassationsverfahrens wird dem Beschwerdeführer auferlegt.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, den Konkursrichter des Bezirkes Zürich, das Konkursamt Enge-Zürich, das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und das Betreibungsamt Zürich 2, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der Sekretär:

(V. Lieber)