



Kass.-Nr. AA040121/U/cap

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Robert Karrer, Alfred Keller, Karl Spühler und die Kassationsrichterin Yvona Griesser sowie die Sekretärin Margrit Scheuber

Zirkulationsbeschluss vom 28. September 2004

in Sachen

G. A.,
geboren ..., von ..., B.,
Schuldner, Rekurrent und Beschwerdeführer

gegen

C.
...strasse 21, D.,
Gläubigerin, Rekursgegnerin und Beschwerdegegnerin

betreffend **Konkurseröffnung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 8. Juli 2004 (NN040042/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Mit Verfügung der Einzelrichterin im summarischen Verfahren des Bezirkes E. vom 17. März 2004 wurde über den Schuldner für eine von der Gläubigerin in Betreuung gesetzte Forderung von Fr. 930.60 (Betreibung Nr. XXXXXXXX des Betreibungsamtes B.; Zahlungsbefehl vom 18. August 2003; Konkursandrohung vom 8. Dezember 2003) der Konkurs eröffnet (ER act. 8).

2. Die Vorinstanz trat auf den gegen diese Verfügung gerichteten Rekurs vorerst mit Beschluss vom 19. April 2004 nicht ein, nachdem der Schuldner den Kostenvorschuss für das Rekursverfahren in der Höhe von Fr. 500.-- nicht innert Frist geleistet hatte (OG act. 9). Auf das beim Kassationsgericht des Kantons Zürich gestellte und als Nichtigkeitsbeschwerde bezeichnete Gesuch um Wiederherstellung der Frist zur Leistung des Barvorschusses trat das Kassationsgericht mit Beschluss vom 10. Mai 2004 nicht ein, und das Gesuch wurde an die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich überwiesen (OG act. 12). In Gutheissung des Wiederherstellungsgesuches hob die II. Zivilkammer des Obergerichts mit Zwischenbeschluss vom 24. Mai 2004 den Beschluss vom 19. April 2004 auf und setzte dem Schuldner eine erneute Frist zur Einreichung verschiedener, genauer bezeichneter Unterlagen zur Zahlungsfähigkeit an (OG act. 16). Gleichzeitig wurde dem Rekurs die aufschiebende Wirkung zuerkannt. Nachdem verschiedene Unterlagen eingegangen waren (OG act. 18 - 21), wies die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich mit Beschluss vom 8. Juli 2004 den Rekurs ab und eröffnete den Konkurs mit Wirkung ab 8. Juli 2004, 12.00 Uhr, neu (OG act. 22 = KG act. 2).

3. Mit Eingabe vom 24. August 2004 erhob der Schuldner und Beschwerdeführer (nachfolgend: Beschwerdeführer) kantonale Nichtigkeitsbeschwerde, mit welcher er sinngemäss die Aufhebung des Konkurserkennnisses beantragt, sowie die Ansetzung einer Frist von einem Jahr, um die Zahlungsfähigkeit nachzuweisen (KG act. 1, S. 2). Mit Verfügung des Vizepräsidenten vom 26. August

2004 wurde der Beschwerde einstweilen aufschiebende Wirkung erteilt und die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (KG act. 7). Weitere prozessuale Anordnungen wurden nicht getroffen und können auch unterbleiben, da sich die Nichtigkeitsbeschwerde sofort als unbegründet erweist (vgl. die nachstehenden Erwägungen).

II.

1. Nachdem die Vorinstanz davon ausgegangen war, der Beschwerdeführer habe die Tilgung der in Betreuung gesetzten Forderung samt Zinsen und Kosten mit Quittung vom 2. April 2004 belegt und auch die Kosten des Konkursamtes und des Rekursverfahrens mit Kostenvorschüssen sichergestellt, prüfte sie gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG, ob er auch seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft gemacht habe. Sie erwog diesbezüglich, der Beschwerdeführer habe darzulegen, dass genügend liquide Mittel vorhanden seien, mit welchen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden könnten. Er habe deshalb aufzuzeigen, dass er seinen laufenden Verpflichtungen nachkommen und in absehbarer Zeit auch die bestehenden Schulden tilgen könne. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten liessen den Schuldner noch nicht zahlungsunfähig erscheinen, doch verhalte es sich anders, wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung der finanziellen Situation des Schuldners zu erkennen seien (KG act. 2, S. 3). Konkret führte die Vorinstanz aus, aus dem eingereichten Betreibungsregisterauszug gehe hervor, dass seit Dezember 1998 bis 7. Juni 2004 53 Betreibungen im Gesamtbetrag von ca. Fr. 142'000.-- eingeleitet worden seien, wovon 13 durch Zahlung erledigt und vier einstweilen abgestellt worden seien. Insgesamt beständen immer noch beträchtliche Ausstände, so z.B. Fr. 89'208.05 Steuern bei der Gemeinde B. und ca. Fr. 18'000.-- bei der AHV/SVA. Die F. Bank habe dem Beschwerdeführer eine Kreditlimite von Fr. 70'000.-- gewährt, welche er in monatlichen Raten von Fr. 1'500.-- zu reduzieren habe, erstmals per 31. Mai 2004; sodann beständen weitere bedeutende Ausstände gegenüber dem Kanton Zürich, der G. Bank und der C.. Im weiteren führte die Vorinstanz aus, der Beschwerdeführer sei zu 40% an einer Software-Firma beteiligt und erhalte gemäss einer

Lohnvereinbarung vom 5. März 2004 25% der bezahlten Debitoren über die abgeschlossenen Aufträge bzw. 20% der bezahlten Debitoren über die abgeschlossenen Wartungsverträge. Dazu habe er eine Debitorenliste für das Jahr 2004 eingereicht, wonach er Einnahmen von Fr. 109'744.-- erwarte, worin künftige Aufträge noch nicht enthalten seien. Ausbezahlt worden sei bisher erst ein Betrag von ca. Fr. 10'000.-- und durch Rechnungen belegt seien Debitoren von Fr. 155'000.--, was ein Honorar von knapp Fr. 40'000.-- ergeben würde. Zudem reiche der Beschwerdeführer einen Abzahlungsplan ein, wonach er seinen Verpflichtungen durch Teilzahlungen nachzukommen gedenke. Darin sei ein Betrag von Fr. 3'500.-- monatlich für den Unterhalt der Familie eingesetzt, was bei fünf Personen unrealistisch erscheine. Für die Monate Juni bis Dezember 2004 entstünden ihm auf diese Art Aufwendungen von Fr. 83'155.--, wobei nicht ersichtlich sei, wie er sämtlichen Verpflichtungen mit den zu erwartenden Honorareinnahmen nachkommen könne. Belegt seien sodann nur Abzahlungsvereinbarungen mit der F. Bank und der Gemeinde B.; weitere Vereinbarungen habe er nicht eingereicht, obwohl er solche bis zum 23. Juni 2004 in Aussicht gestellt habe. Zudem sei nicht belegt, dass er wie vereinbart die ersten Teilzahlungen von Fr. 1'850.-- bzw. Fr. 1'500.-- geleistet habe (KG act. 2, S. 4).

2. Der Beschwerdeführer bringt in seiner Beschwerdeschrift vor, er könne den Umstand, dass nicht genügend Einkünfte vorhanden seien, widerlegen und reicht dazu einen (gefilterten) Kontoauszug vom 24. August 2004 über sein Konto Nr. YYYYYY-ZZZZZZZ bei der F. Bank ein, auf welchem die Gutschriften seit März 2004 bis zum 16. August 2004 aufgeführt sind (KG act. 3/1). Zudem seien genügend Aufträge vorhanden. Zwar sei richtig, dass wie von der Vorinstanz erwähnt bisher erst für Fr. 155'000.-- Debitoren vorhanden seien, jedoch könne erst nach erbrachter Leistung Rechnung gestellt werden und die Auftragssumme entspreche einem wesentlich höheren Wert, wie auch aus der Beilage 7 (KG act. 3/7: Debitoren- und Lohnübersicht 2004) hervorgehe. Sodann verfüge die Firma H. Vertrieb über eine solide Finanzbasis und sehr gute Auftragslage. Dazu reicht der Beschwerdeführer eine Kontoliste der H. Vertrieb GmbH bei der I. Bank ein (KG act. 3/2). Zudem macht der Beschwerdeführer neu geltend, er erhalte Ende Jahr einen Überschussanteil, welcher sich voraussichtlich auf Fr. 15'000.-- bis

Fr. 20'000.-- belaufe. Weiter macht der Beschwerdeführer geltend, zwar seien im Betreibungsregisterauszug 53 Eintragungen vorhanden, jedoch nur 12 davon aktiv, da die Gläubiger keine Rückmeldung an das Betreibungsamt machten, wenn die Sache erledigt sei. Er führt sodann aus, die Vereinbarung mit der Steuerbehörde B. müsse nochmals überarbeitet werden, da sich die Steuerschuld verringert habe. Dazu legt er einen Beleg über eine Zahlung (KG act. 3/6) an das Gemeindesteueramtsamt sowie einen Beleg über die Rückzahlung des monatlichen Betrages an die Kreditlimite der F. Bank (KG act. 3/3) ein. Ferner führt der Beschwerdeführer aus, die Ausstände mit der SVA seien noch zu ermitteln und entsprächen nicht den aktuellen Zahlen, zudem stünden offene Guthaben (ca. Fr. 5'620.-- Kindergeld) zur Verrechnung. Für die Forderungen der G. Bank werde am 27. August 2004 eine Abzahlungsvereinbarung über monatlich Fr. 400.-- abgeschlossen werden. Schliesslich macht der Beschwerdeführer geltend, die Ausstände der C. seien getilgt worden und reicht dazu eine Belastungsanzeige der F. Bank über sein Konto ein, wonach am 10. August 2004 dreimal eine Summe von je Fr. 408.60 an die C. überwiesen wurde (KG act. 3/4). Schliesslich führt der Beschwerdeführer noch an, der von ihm vor Vorinstanz erwähnte Unterhalt für die Familie betreffe nur seinen Anteil von Fr. 3'500.--, währenddem seine Partnerin eine Scheidungsrente von Fr. 2'000.-- erhalte; mit Fr. 5'500.-- im Monat lasse sich der Unterhalt bewerkstelligen (KG act. 1, S. 1 - 2).

3.1 Das Beschwerdeverfahren stellt keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter dar. Zu prüfen ist, ob der angefochtene Entscheid auf Grund des bei der Vorinstanz gegebenen Aktenstandes an einem Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 ZPO leidet. Daher sind neue tatsächliche Behauptungen, Einreden, Bestreitungen und Beweise, die eine Vervollständigung des Prozessstoffes bezwecken, über welchen der erkennende Richter zu entscheiden hatte, im Beschwerdeverfahren nicht zulässig. Gemäss § 290 ZPO werden lediglich die geltend gemachten Nichtigkeitsgründe überprüft. Diese sind nach § 288 Ziff. 3 ZPO in der Beschwerde nachzuweisen; die blosser Verweisung auf frühere Vorbringen genügt daher nicht (vgl. Guldener, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen nach Zürcherischem Recht, Zürich 1942, S. 67; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage,

Zürich 1986, S. 16 ff.; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen ZPO, 3. Auflage, Zürich 1997, N 4 f. zu § 288 ZPO mit Hinweisen; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 56 f., 72 f.).

3.2 Die vom Beschwerdeführer im Beschwerdeverfahren eingereichten Beilagen lagen der Vorinstanz nicht oder nicht in der neu eingereichten Form (KG act. 3/7: Debitorenliste) vor. Zum grössten Teil betreffen sie auch neue Tatsachen, welche entweder noch nicht geltend gemacht worden waren und/oder sich zum Zeitpunkt des angefochtenen vorinstanzlichen Entscheides noch gar nicht verwirklicht hatten (KG act. 3/2: Kontoliste der H. Vertrieb GmbH vom 24. August 2004; KG act. 3/4: Zahlung der C.-Ausstände am 10. August 2004; KG act. 3/5 und 3/6: Zahlungen an das Kantonale Steueramt und an das Gemeindesteueramt B. vom 25. August 2004). Sowohl die neuen Belege wie auch die neuen Tatsachen – dazu gehören auch die Behauptungen, zum Unterhalt der Familie trage auch die Partnerin mit Fr. 2'000.– monatlich bei (KG act. 1, S. 2), Ende Jahr werde zusätzlich ein Überschussanteil von ca. Fr. 15'000.– bis Fr. 20'000.– ausbezahlt (KG act. 1, S. 1), sowie jene, dass die H. Vertrieb GmbH über eine solide Finanzbasis verfüge (KG act. 1, S. 1) – können wie oben dargelegt (Erw. 3.1) im Beschwerdeverfahren nicht mehr beachtet werden. Vor Vorinstanz nicht bereits vorgebrachte Tatsachen können im Beschwerdeverfahren nicht nachgeholt werden. Der Beschwerdeführer bringt in seiner Beschwerdeschrift sodann keine Nichtigkeitsgründe im Sinne von § 281 Ziff. 1 bis 3 ZPO (Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes; aktenwidrige oder willkürliche tatsächliche Annahmen; Verletzung von klarem materiellem Recht) vor, welche sich nicht entweder auf neu vorgebrachte Tatsachen oder auf neu eingereichte Belege stützen.

4. Gesamthaft kann auf die Beschwerde nicht eingetreten werden. Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung und der Konkurs ist neu zu eröffnen.

III.

Ausgangsgemäss wird der Beschwerdeführer auch für das Beschwerdeverfahren kostenpflichtig (Art. 52 lit. b i.V.m. Art. 61 GebVO SchKG).

Das Gericht beschliesst:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten und über den Schuldner (= Beschwerdeführer) wird mit Wirkung ab **28. September 2004, 17.00 Uhr**, der Konkurs eröffnet.
2. Die Spruchgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 750.– und dem Beschwerdeführer auferlegt.
3. Im vorliegenden Beschwerdeverfahren werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, die Konkursrichterin des Bezirkes E., das Konkursamt B., das Handelsregisteramt des Kantons Zürich, sowie das Betreibungsamt B., je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Die juristische Sekretärin: