



Kass.-Nr. AA050043/U/cap

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Herbert Heeb, Alfred Keller, Karl Spühler und Reinhard Oertli sowie die Sekretärin Margrit Scheuber

Zirkulationsbeschluss vom 24. Juni 2005

in Sachen

T. SA,

...,

Gesuchstellerin, Rekurrentin und Beschwerdeführerin

betreffend **Nachlassstundung**

Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich als obere kantonale Nachlassbehörde vom 3. März 2005 (NO050001/U)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Am 28. November 2004 stellte die T. SA beim Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirkes B. das Gesuch um Nachlassstundung für die Dauer von vier Monaten (ER act. 1). Mit Verfügung vom 29. November 2004 forderte der Nachlassrichter die Gesuchstellerin auf, diverse Unterlagen (Bilanzen, Erfolgsrechnungen und Inventare der Jahre 2000 bis 2003; detaillierter Vermögensstatus per 31. Oktober 2004; sämtliche wichtige Verträge; sämtliche Bankauszüge per 31. Oktober 2004; Aufstellung des beschäftigten Personals und Angabe der Saläre; Grundbuchauszüge über Liegenschaften; aktueller Handelsregisterauszug; Gründungsurkunde und Geschäftsreglemente; GV-Protokolle der Jahre 2000 bis 2003) einzureichen, unter der Androhung, dass sonst auf das Stundungsgesuch nicht eingetreten werde. Gleichzeitig wurde der Gesuchstellerin Frist zur Leistung eines Vorschusses für die Kosten des Nachlassverfahrens von einstweilen Fr. 20'000.-- angesetzt (ER act. 4). Die Frist zur Einreichung der Unterlagen und zur Leistung des Kostenvorschusses wurde der Gesuchstellerin auf deren Gesuch hin am 13. Dezember 2004 bis zum 3. Januar 2005 (ER act. 6), und letztmalig am 4. Januar 2005 bis zum 24. Januar 2005 erstreckt (ER act. 7). Mit Schreiben vom 24. Januar 2005 beantragte die Gesuchstellerin, die Frist sei ihr zum allerletzten Mal um 20 Tage zu erstrecken (ER act. 8). Mit Verfügung vom 25. Januar 2005 wies der Nachlassrichter das Gesuch um Fristverlängerung ab und trat auf das Gesuch um Nachlassstundung nicht ein (ER act. 9).

2. Gegen diese Verfügung vom 25. Januar 2005 erhob die Gesuchstellerin Rekurs an das Obergericht und beantragte die Aufhebung der Verfügung sowie die Gewährung einer letzten Frist von 20 Tagen zur Einreichung der Unterlagen (OG act. 1). Mit Beschluss vom 3. März 2005 wies die II. Zivilkammer als obere kantonale Nachlassbehörde den Rekurs ab und bestätigte die Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren des Bezirkes B. als Nachlassrichter vom 25. Januar 2005 (OG act. 9 = KG act. 2).

3. Gegen den Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts vom 3. März 2005 erhob die Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend: Beschwerdeführerin) kantonale Nichtigkeitsbeschwerde und beantragte die Aufhebung des angefochtenen Beschlusses (KG act. 1). Der der Beschwerdeführerin mit Präsidialverfügung vom 13. April 2005 auferlegte Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 1'125.-- ging innert erstreckter Frist ein (KG act. 6, 9 und 11). Die Vorinstanz hat auf eine Vernehmlassung verzichtet (KG act. 8).

II.

1. Anders als noch unter altem Recht (ZR 95 Nr. 31) ist nach der revidierten Bestimmung von Art. 23 SchKG die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde in Nachlasssachen zulässig (RB 2003 Nr. 25). Auf die Nichtigkeitsbeschwerde ist unter diesem Gesichtspunkt einzutreten.

2. Die Vorinstanz führte aus, der erstinstanzliche Nachlassrichter habe das dritte Fristerstreckungsgesuch abgewiesen und erwogen, die Gesuchstellerin habe es nicht für nötig empfunden, wenigstens einen Teil der verlangten Unterlagen einzureichen oder näher und glaubhaft zu begründen, weshalb sie die geforderten Unterlagen nicht einreichen könne; zudem sei ihr mit Schreiben vom 4. Januar 2005 unmissverständlich mitgeteilt worden, dass es sich um eine letztmalige Frist gehandelt habe. Diesen Erwägungen des erstinstanzlichen Richters stimmte die Vorinstanz zu und führte weiter aus, der Anzahl und Dauer der Fristverlängerungen seien vom Gesetz keine Schranken gesetzt, sondern es liege in der Hand des Richters, diese so zu bestimmen, dass sie dem Hinderungsgrund der Partei gerecht würden und ein den Gegebenheiten des Einzelfalls Rechnung tragendes Verfahren ermöglicht werde. Auch im Rekursverfahren habe die Gesuchstellerin nicht plausibel dargelegt, weshalb sie die geforderten Unterlagen nicht innert Frist habe einreichen können. Zwar habe sie als Grund aufgeführt, dass die Fristen teilweise durch die Weihnachts- und Neujahrsferien "absorbiert" worden seien, doch habe der Nachlassrichter diesem Umstand durch bereits zweimalige Frister-

streckung Rechnung getragen und der Gesuchstellerin im Übrigen am 4. Januar 2005 (nach Ablauf der Feiertage) ausdrücklich zur Kenntnis gegeben, dass es sich bei der Erstreckung bis zum 24. Januar 2005 um eine letztmalige handle. Die Abweisung des dritten Fristerstreckungsgesuches sei vor diesem Hintergrund nicht zu beanstanden. Im Übrigen habe es sich bei den einzureichenden Unterlagen grösstenteils um solche gehandelt, die innert der angesetzten und erstreckten Frist bis zum 24. Januar 2005 hätten beigebracht werden können, was auch die Gesuchstellerin nicht in Abrede stelle. Es sei richtig, dass der Nachlassrichter nicht darauf hingewiesen habe, dass einzelne Unterlagen bereits vorab hätten eingereicht werden können, jedoch könne die Gesuchstellerin daraus nichts zu ihren Gunsten ableiten. Entgegen der Ansicht der Gesuchstellerin sei festzuhalten, dass der Nachlassrichter einen Jahresabschluss per 2004 gar nicht verlangt habe. Der Rekurs sei somit unbegründet und abzuweisen (KG act. 2, S. 3 f.).

3. Die Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin macht in der Beschwerdeschrift geltend, es sei ihr nie gesagt worden, dass sie bereits vorhandene Unterlagen bereits hätte einreichen müssen, und es sei ihr auch keine Gelegenheit gegeben worden, dies nachträglich zu tun. Nach ihrem Dafürhalten habe sie im Gesuch plausibel erklärt, weshalb eine nochmalige Verlängerung notwendig gewesen sei, und wenn dieses Gesuch gemäss der von der Vorinstanz vorgesehenen Weise durch Dokumente hätte unterstützt werden müssen, hätte die letzte Verlängerung nicht formlos, sondern unter Auflagen erfolgen sollen. Weiter macht sie geltend, gemäss ihres Erachtens sei es insbesondere notwendig gewesen, die Bilanz per Ende 2004 erstellen zu lassen und einzureichen, da nur damit überhaupt klar habe werden können, ob die Voraussetzungen des Nachlasses gegeben seien. Sodann sei für eine kleine Firma die Höhe des zu leistenden Vorschusses von grosser Wichtigkeit, da ja gerade das Problem der Liquidität mit der Nachlassstundung gelöst werden solle. Bereits in ihrem Gesuch um Nachlassstundung habe sie das Gesuch gestellt, der Vorschuss sei auf Fr. 5'000.-- festzusetzen (KG act. 1).

4.1 Die Gründe für eine Fristerstreckung müssen stichhaltig, d.h. so beschaffen sein, dass sie nach den Regeln der allgemeinen menschlichen Lebens-

erfahrung als geeignet angesehen werden können, die rechtzeitige Vornahme der Prozesshandlung zu hindern. Der Gesuchsteller muss die angeführten Verlängerungsgründe zumindest glaubhaft machen. Eine Erstreckung der Frist soll in der Regel bis zu dem Zeitpunkt verlangt werden, bis zu welchem der Gesuchsteller unter den ihm zum Zeitpunkt der Gesuchstellung bekannten Umständen mit der Verwirklichung der richterlichen Auflage rechnen kann. Die Erstreckung einer letztmals erstreckten Frist erscheint sodann nicht schlechthin ausgeschlossen, doch sind dafür schwerwiegende Gründe oder allenfalls die Zustimmung der Gegenpartei erforderlich, d.h., eine solche Fristerstreckung kann nur ganz ausnahmsweise gewährt werden (Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, N 25 - 27 zu § 195 GVG). Gemäss feststehender Rechtsprechung ist eine Frist nicht verwirkt, wenn vor deren Ablauf ein Verlängerungsgesuch gestellt wird. Dies gilt auch dann, wenn es sich um eine vom Richter nicht erstreckbar erklärte bzw. letztmalige Frist handelt, sofern die angegebenen Gründe für eine weitere Verlängerung einer solchen Frist ernsthaft in Betracht fallen; wenn das Erstreckungsgesuch dann doch als unbegründet abgewiesen wird, so ist eine kurze Nachfrist anzusetzen, sofern das Gesuch nicht als trölerisch bewertet werden muss (Hauser/Schweri, a.a.O., N 45 zu § 195 GVG, unter Hinweis auf ZR 58 Nr. 77). Allerdings ist die Verweigerung einer Notfrist zulässig, wenn das Gesuch ungenügend begründet wird (vgl. Kass.Nr. 90/350 vom 2. September 1991 i.S. C. AG, Erw. 6b und Kass.Nr. 93/354 vom 2. Dezember 1993 i.S. S., Erw. II.3).

4.2 Die Beschwerdeführerin führte in ihrem Gesuch vom 24. Januar 2005 um Erstreckung der zuvor am 3. Januar 2005 letztmalig erstreckten Frist zur Einreichung diverser Unterlagen und zur Leistung des Vorschusses als Begründung lediglich an, leider seien einige Unterlagen noch in Arbeit und noch nicht geliefert worden, weshalb um eine allerletzte Verlängerung ersucht werden müsse (ER act. 8). Nachdem der Beschwerdeführerin die Frist zur Einreichung der geforderten Unterlagen Ende November 2004 angesetzt und – mit der Begründung, wegen der Festtage sei die Beschaffung einiger Unterlagen in dieser kurzen Zeit nicht möglich – am 14. Dezember 2004 bis zum 3. Januar 2005 ein erstes Mal und sodann am 4. Januar 2005 bis zum 24. Januar 2005 ausdrücklich ein letztes

Mal erstreckt worden war und da es sich – wie bereits die Vorinstanzen ausführten – zum grössten Teil um Unterlagen handelte, welche die Beschwerdeführerin als eingetragene Firma hätte griffbereit haben müssen, konnte die von der Beschwerdeführerin am 24. Januar 2005 genannte Begründung, dass einige Unterlagen – die Beschwerdeführerin führte nicht einmal aus, welche Unterlagen und weshalb – noch nicht geliefert worden seien (KG act. 8), nicht ernsthaft als genügende Begründung für die Erstreckung einer zuvor letztmals erstreckten Frist in Betracht gezogen werden. Zudem wurde das mitenthaltene Gesuch um Erstreckung der Frist zur Leistung des Kostenvorschusses in der Eingabe vom 24. Januar 2005 (ER act. 8) überhaupt nicht begründet. Der erstinstanzliche Richter setzte somit keinen Nichtigkeitsgrund, indem er das dritte Fristerstreckungsgesuch ohne Ansetzung einer Notfrist abwies und androhungsgemäss auf das Stundungsgesuch nicht eintrat.

4.3 Soweit die Beschwerdeführerin darauf hinweist, dass sie insbesondere auch die Einreichung einer Bilanz per Ende 2004 für nötig gehalten habe (und offensichtlich implizit geltend machen will, diese sei noch nicht erstellt gewesen), ist mit der Vorinstanz darauf hinzuweisen, dass der erstinstanzliche Richter den Jahresabschluss per 2004 gar nicht verlangt hat (KG act. 2, S. 4) und die Beschwerdeführerin somit nicht hätte säumig werden können, wenn sie diesen (noch) nicht bis zum Fristablauf eingereicht hätte. Der Entscheid darüber, welche Unterlagen der Richter zur Beurteilung des Nachlassstundungsgesuches benötigt, liegt beim Nachlassrichter, nicht jedoch beim Gesuchsteller (vgl. dazu Vollmar, in: Staehelin/Bauer/Staehelin, Kommentar zum SchKG, Bd. III, Basel 1998, N 10 zu Art. 294 SchKG). Sodann haben die Vorinstanzen entgegen der offensichtlichen Meinung der Beschwerdeführerin (KG act. 1, S. 2) die Gewährung der Fristerstreckung nicht davon abhängig gemacht, dass bereits vorhandene Unterlagen schon eingereicht worden wären, sondern lediglich ihrem Befremden darüber Ausdruck gegeben, dass bisher überhaupt keine Unterlagen eingereicht worden seien, obwohl solche auch gemäss den Ausführungen der Beschwerdeführerin vorhanden gewesen wären. Was die Beschwerdeführerin schliesslich mit ihrer Bemerkung meint, die Revision des SchKG habe gerade im Bereich der Nachlassstundung Instrumente schaffen wollen, die eine relativ rasche Entscheidung

ermöglichten, dass die im vorliegenden Fall angewandte Praxis dem jedoch zuwiderlaufe (KG act. 1, S. 2 oben), ist nicht nachvollziehbar. Vorliegend hat vielmehr die Beschwerdeführerin selbst mit immer neuen Fristerstreckungsgesuchen das Verfahren verzögert und der erstinstanzliche Nachlassrichter ist diesem Verhalten mit der Nichtgewährung einer dritten Fristerstreckung entgegen getreten.

4.4 Schliesslich führt die Beschwerdeführerin in Bezug auf den Kostenvorschuss aus, sie habe bereits im Gesuch um Nachlassstundung beantragt, dass dieser auf Fr. 5'000.-- festzusetzen sei und die Höhe des zu leistenden Vorschusses sei gerade für kleine Firmen sehr wichtig, da ja gerade das Problem der Liquidität mit der Nachlassstundung gelöst werden solle (KG act. 1, S. 1 und 2). Der erstinstanzliche Richter erwog in seiner Entscheidung vom 25. Januar 2005, es seien weder die verlangten Unterlagen noch der Kostenvorschuss innert Frist eingegangen, weshalb androhungsgemäss auf das Gesuch um Nachlassstundung nicht weiter einzutreten sei (ER act. 9 = OG act. 2, S. 2). Der erstinstanzliche Richter ist somit aus zwei Gründen (keine Einreichung der Unterlagen und Nichtleistung des Vorschusses) nicht auf das Nachlassstundungsgesuch eingetreten. Nachdem – wie zuvor ausgeführt wurde – der Nichteintretensentscheid bezüglich der Nichteinreichung der Unterlagen mit keinem Nichtigkeitsgrund behaftet ist, erübrigt es sich, auf die Beanstandungen hinsichtlich Kostenvorschuss weiter einzugehen. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die Beschwerdeführerin diesbezüglich weder im Erstreckungsgesuch vom 24. Januar 2005 eine Begründung zum Fristerstreckungsgesuch bezüglich Kostenvorschuss vorbrachte, noch im Rekursverfahren irgend welche Beanstandungen hinsichtlich Kostenvorschuss geltend machte.

5. Zuletzt ist auszuführen, dass nicht nachvollziehbar ist, was die Beschwerdeführerin mit ihrer Beanstandung meinte, dass mit dem Entscheid, welcher ohne vorherigen Schriftenwechsel erfolgt sei, ihr rechtliches Gehör verletzt worden sei (KG act. 1, Ziff. 2, S. 1). Sollte damit gemeint sein, dass im Rekursverfahren kein Schriftenwechsel stattgefunden habe, geht die Rüge fehl. Einerseits ist im genannten Zusammenhang auf § 276 und 277 ZPO hinzuweisen, wonach im Rekursverfahren in der Regel ohnehin nur ein einfacher Schriftenwechsel stattfindet,

wenn keine zulässigen Noven vorgebracht werden; d.h. die Erstattung von Replik und Duplik entfällt in der Regel. Andererseits handelt es sich beim Verfahren betreffend ein Gesuch um Nachlassstundung gemäss Art. 293 ff. SchKG um ein einseitiges Begehren und damit um ein Verfahren ohne Gegenpartei (vgl. dazu § 211 ZPO). Ein eigentlicher Schriftenwechsel entfällt aus diesem Grund sowieso. Ein Nichtigkeitsgrund liegt diesbezüglich nicht vor.

6. Zusammenfassend konnte die Beschwerdeführerin damit keinen Nichtigkeitsgrund nachweisen und die Beschwerde ist gesamthaft abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

III.

Ausgangsgemäss wird die Beschwerdeführerin für das Kassationsverfahren kostenpflichtig. Die Spruchgebühr für das Kassationsverfahren ist auf Fr. 1'125.-- festzusetzen, von der Beschwerdeführerin zu beziehen und mit dem von ihr geleisteten Barvorschuss zu verrechnen (Art. 54 und 61 GebV SchKG).

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Die Spruchgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 1'125.--.
3. Die Spruchgebühr wird der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Barvorschuss verrechnet.
4. Schriftliche Mitteilung an die Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich als obere kantonale

Nachlassbehörde, sowie an den Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirkes B. als Nachlassrichter, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Die juristische Sekretärin: