



Kass.-Nr. AA050099/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 18. Oktober 2005

in Sachen

M.,

...,

Schuldner, Rekurrent und Beschwerdeführer
vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. ...

gegen

Stiftung X.,

...,

Gläubigerin, Rekursgegnerin und Beschwerdegegnerin

betreffend **Konkurseröffnung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 08. Juli 2005 (NN050065/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

1. Mit Verfügung vom 26. April 2005 eröffnete der Konkursrichter des Bezirksgerichts Zürich über den Schuldner und Beschwerdeführer (nachfolgend: Beschwerdeführer) als Inhaber der Einzelfirma "Bauunternehmung M." den Konkurs und beauftragte das Konkursamt Y-Zürich mit dem Vollzug (KG act. 8/1/2). Dagegen rekurrierte der Beschwerdeführer an das Obergericht und ersuchte gleichzeitig um Erteilung der aufschiebenden Wirkung.

Der Präsident der Rekursinstanz erteilte mit Verfügung vom 11. Mai 2005 dem Rekurs die aufschiebende Wirkung und räumte dem Beschwerdeführer Fristen zum Nachweis der Sicherstellung der Kosten sowie zwecks Einreichung von Unterlagen zur Glaubhaftmachung seiner Zahlungsfähigkeit ein (KG act. 4/2). Mit Beschluss vom 8. Juli 2005 wies die II. Zivilkammer des Obergerichts den Rekurs ab und eröffnete den Konkurs neu, nachdem sie zum Schluss gekommen war, es sei dem Beschwerdeführer nicht gelungen, seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen (KG act. 2).

2. Gegen den Rekursentscheid hat der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 18. Juli 2005 (rechtzeitig) Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag auf Aufhebung des angefochtenen Entscheides erhoben und (vorläufig) begründet sowie gleichzeitig um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ersucht (KG act. 1). Mit Verfügung vom 19. Juli 2005 wurde der Nichtigkeitsbeschwerde einstweilen aufschiebende Wirkung verliehen (KG act. 5). Innert laufender Beschwerdefrist reichte der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 11. August 2005 die (definitive) Begründung der Nichtigkeitsbeschwerde ein (KG act. 9).

Die Beschwerdegegnerin hat auf Beantwortung der Beschwerde verzichtet, ebenso die Vorinstanz auf Vernehmlassung (KG act. 13, 14).

3.1 Im Hinblick auf die beantragte Erteilung der aufschiebenden Wirkung machte der Beschwerdeführer in seiner Eingabe vom 18. Juli 2005 geltend, er habe während der Monate Mai/Juni 2005 damit begonnen, beim Betreibungsamt

Zürich 3 Abschlagszahlungen im Gesamtbetrag von Fr. 9'273.35 vorzunehmen. Vom zuständigen Sachbearbeiter des Betreibungsamtes Zürich 3 sei ihm mitgeteilt worden, dass den zuständigen Ämtern im Konkursverfahren von den geleisteten Zahlungen Mitteilung gemacht werde. Er sei deshalb davon ausgegangen, dass das Konkursamt und auch das Obergericht von den geleisteten Abschlagszahlungen Kenntnis erhalten würden. Offensichtlich seien jedoch diese Zahlungen trotz anderslautender Zusagen weder dem Konkursamt noch dem Obergericht zur Kenntnis gebracht worden. Wenn das Obergericht im angefochtenen Beschluss davon ausgehe, dass es nicht nur an Vereinbarungen mit den Gläubigern über Stundungen und Ratenzahlungen überhaupt fehle, sondern darüber hinaus namentlich auch an Belegen dafür, dass nur schon eine der bis Ende Mai oder Juni 2005 in Aussicht gestellten Abzahlungsraten oder (Rest-)Forderungstilgung Entsprochen worden sei, so beruhe dies auf aktenwidrigen oder willkürlichen tatsächlichen Annahmen im Sinne von § 281 Ziff. 2 ZPO.

3.2 Zugunsten des Beschwerdeführers ist davon auszugehen, dass er mit diesen Ausführungen nicht nur seinen Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung, sondern auch die Beschwerde selbst begründen will.

3.3 Das Obergericht hat festgehalten (Beschluss S. 3, Ziff. 3.1), der Beschwerdeführer habe zwar die Tilgung verbleibender Restbeträge in der Höhe von rund Fr. 2'450.-- per Ende Mai/Juni 2005 in Aussicht gestellt, entsprechende Quittungsbelege seien jedoch nicht nachgereicht worden. Der Beschwerdeführer bestreitet selbst nicht, dass entsprechende Belege im Rekursverfahren nicht nachgereicht wurden und sich somit auch nicht bei den Akten befanden; insoweit geht die Rüge der Aktenwidrigkeit bzw. der willkürlichen tatsächlichen Annahme an der Sache vorbei, denn das Obergericht konnte bei der Entscheidungsfindung und Entscheidungsbegründung nur berücksichtigen, was in den Akten lag.

Die Rüge wäre aber auch insofern unbegründet, als es sich bei den vom Beschwerdeführer nunmehr nachgereichten Zahlungsbelegen, von welchen er angenommen habe, sie würden vom Betreibungsbeamten dem Obergericht zur Kenntnis gebracht, ohnehin nicht um die in Frage stehenden Belege handelt. Bei den vom Obergericht erwähnten Betreibungsforderungen, für welche die Tilgung

per Ende Mai/Juni 2005 in Aussicht gestellt, jedoch nicht belegt wurde, handelt es sich um Forderungen der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, der N. AG, sowie der Eidgenössischen Steuerverwaltung (vgl. Beschluss S. 3; Rekurschrift S. 7). Demgegenüber betreffen die vom Beschwerdeführer nunmehr vorgelegten Abrechnungen/Zahlungsbelege Forderungen der BVG-Sammelstiftung Z. Versicherungen (KG act. 4/4 und 4/5) sowie der Q. AG und der Caisse-maladie R. (KG act. 4/6).

4. In seiner Beschwerdebeurteilung vom 11. August 2005 macht der Beschwerdeführer in anderem Zusammenhang ebenfalls geltend, der angefochtene Entscheid beruhe auf aktenwidriger bzw. willkürlicher tatsächlicher Annahme (KG act. 9, S. 2 ff.).

4.1 Zur Begründung weist der Beschwerdeführer darauf hin, dass er im Rekursverfahren vortragen liess, dass er ein an sich florierendes Geschäft betreibe, jedoch infolge eines Bandscheibenvorfalles im Jahre 2004 während rund neun Monaten maximal zu (nur) 50% arbeitsfähig gewesen sei. Damit sei er vor der Situation gestanden, mit einem weitaus geringeren Einkommen AHV- und BVG-Beiträge sowie Mehrwertsteuern bezahlen zu müssen, die noch auf der früheren Periode basierten; eine entsprechende Korrektur nach unten werde aber mit Sicherheit noch erfolgen, da beispielsweise die AHV-Beiträge für das Jahr 2004 aufgrund der Gewinne des Vorjahres festgesetzt worden seien.

Die Vorinstanz sei - so der Beschwerdeführer weiter - davon ausgegangen, dass keine Veranlassung bestehe, diese Verbindlichkeiten vorweg um einige zehntausend Franken zu relativieren, denn es sei nicht nachvollziehbar, dass sich die gegebenen Umstände mit der diagnostizierten Diskushernie zwingend auch auf die administrative Tätigkeit des Beschwerdeführers auswirkten; trotz Diskushernie sei der Beschwerdeführer in der Lage gewesen, auf die "weit über dem Soll" erlassenen Verfügungen zu reagieren bzw. fristkonform Einsprache zu erheben.

Der Beschwerdeführer weist darauf hin, dass - entsprechend den von seinem Treuhänder erstellten Jahresabschlüssen - der Gesamtbetrag der geschul-

deten AHV-Beiträge sich nicht auf die in Betreuung gesetzten Fr. 24'667.70, sondern nur noch auf Fr. 5'659. 80 belaufe. Die Gesamtschulden seien demgemäss von ca. Fr. 82'000.-- um Fr. 17'089.70 auf ca. Fr. 65'000.-- zu reduzieren.

4.2 Das Obergericht hat erwogen (Beschluss S. 4), es bestehe kein Anlass, die in Frage stehenden Verbindlichkeiten (namentlich AHV- und BVG-Beiträge) vorweg um einige zehntausend Franken zu relativieren, wie dies der Beschwerdeführer mit seinem Rekurs beantragt hatte. Zwar sei unbestritten, dass ihn die Diskushernie in der Ausübung seiner handwerklichen Tätigkeit auf Baustellen von April 2004 bis Januar 2005 weitgehend eingeschränkt hatte, jedoch sei nicht nachvollziehbar, inwiefern sich dieser Umstand zwingend auch auf die administrative Tätigkeit ausgewirkt haben sollte. Das Obergericht erachtete daher als nicht glaubhaft, dass es dem Beschwerdeführer aus diesem Grund nicht möglich gewesen sein soll, den Sozialinstitutionen korrekte Abrechnungen einzureichen oder gegen allenfalls "weit über dem Soll" erlassene Verfügungen zu reagieren, d.h. Einsprache zu erheben. Der Beschwerdeführer habe es denn auch nicht für notwendig erachtet, Unterlagen bzw. Belege dafür einzureichen, dass er diesen für ihn wichtigen Punkt bei den massgeblichen Stellen/Institutionen auch nur je in irgendeiner Weise monierte oder wenigstens um Stundung oder Ratenzahlung ersuchte.

Wenn der Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang beanstandet, dass das Obergericht davon absah, seine Verbindlichkeiten im genannten Ausmass zu relativieren, weil er in der Lage gewesen wäre, auf die Verfügungen der genannten Institutionen zu reagieren, so fehlt es an einer hinreichenden Auseinandersetzung mit dem angefochtenen Entscheid. Der Beschwerdeführer legt mit keinem Wort dar, weshalb er nicht in der Lage gewesen sein sollte, gegen die nach seiner Meinung übersetzten Verfügungen zu reagieren. Ob unter den gegebenen Umständen die ausstehenden Forderungen zu "relativieren" wären, erscheint im übrigen nicht als Tat-, sondern als Rechtsfrage. Der Beschwerdeführer legt aber auch nicht dar, inwiefern die Vorinstanz mit ihrer Betrachtungsweise gegen (klares) Recht verstossen habe. Die Rüge ist daher in jeder Hinsicht ungenügend begründet, weshalb darauf nicht weiter einzugehen ist.

5. Mit seiner letzten Rüge (KG act. 9 S. 4/5, Ziff. 4) beanstandet der Beschwerdeführer erneut, dass die Vorinstanz ungeachtet der Tatsache, dass er zwischen Erhebung des Rekurses bis zum Erlass des angefochtenen Entscheides dem Betreibungsamt Zürich 3 Abschlagszahlungen im Gesamtbetrag von Fr. 9'273.35 leistete, davon ausgeht, es fehlten Belege dafür, dass nur schon einer der in Aussicht gestellten Zahlungen entsprochen worden sei.

Wie bereits erwähnt (Ziff. 3 vorstehend) war für die Vorinstanz die bei ihr gegebene Aktenlage massgeblich, und es kann ihr nicht angelastet werden, wenn Belege über vom Beschwerdeführer geleistete Zahlungen nicht weitergeleitet wurden. Der Nichtigkeitsgrund von § 281 Ziff. 2 ZPO ist damit von vornherein nicht erfüllt. Ebenso wurde bereits erwähnt, dass es sich bei diesen Zahlungen jedenfalls nicht um die vom Beschwerdeführer in der Rekursbegründung in Aussicht gestellten handelt. Die Rüge ist unbegründet.

6. Zusammenfassend erweist sich die Nichtigkeitsbeschwerde als unbegründet, soweit darauf einzutreten ist. Sie ist insoweit abzuweisen.

Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung, und der Konkurs ist neu zu eröffnen (RB 1986 Nr. 26).

7. Ausgangsgemäss wird der Beschwerdeführer auch für das Beschwerdeverfahren kostenpflichtig.

Das Gericht beschliesst:

1. Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Damit entfällt die der Nichtigkeitsbeschwerde verliehene aufschiebende Wirkung, und über den Schuldner und Beschwerdeführer wird mit Wirkung ab **18. Oktober 2005, 16.30 Uhr**, der Konkurs eröffnet.

3. Die Spruchgebühr für des Kassationsverfahrens wird auf Fr. 750.-- festgesetzt und dem Beschwerdeführer auferlegt.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, den Konkursrichter des Bezirkes Zürich (ad EK050588), das Konkursamt Y-Zürich, das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und das Betreibungsamt Zürich ..., je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: