



Kass.-Nr. AA060153/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Robert Karrer, Bernhard Gehrig, Karl Spühler und Rudolf Ottomann sowie der juristische Sekretär Jürg-Christian Hürlimann

Sitzungsbeschluss vom 5. Februar 2007

in Sachen

L,

...,

Schuldner, Rekurrent und Beschwerdeführer
vertreten durch Rechtsanwalt ...

gegen

V,

...,

Gläubigerin, Rekursgegnerin und Beschwerdegegnerin

betreffend

Konkurseröffnung

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 28. August 2006 (NN060062/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Mit Verfügung vom 4. Mai 2006 eröffnete der Konkursrichter des Bezirks Zürich auf Begehren der Gläubigerin den Konkurs über den Schuldner (OG act. 2). Diese Verfügung wurde dem Schuldner am 8. Mai 2006 zugestellt (vgl. Empfangsschein in den konkursrichterlichen Akten). Mit Eingabe vom 23. Mai 2006 und damit nach Ablauf der zehntägigen Rekursfrist (§ 276 Abs. 1 ZPO) erhob der Schuldner beim Obergericht (II. Zivilkammer) Rekurs gegen diese Verfügung (OG act. 1). Die von der Gläubigerin eingeforderte Schuld beglich der Schuldner gleichentags (OG act. 4/5). Der Präsident der II. Zivilkammer verlieh dem Rekurs einstweilen aufschiebende Wirkung (Verfügung vom 24. Mai 2006, OG act. 5). Mit Beschluss vom 28. August 2006 wies das Obergericht das Gesuch des Schuldners um Wiederherstellung der Rekursfrist ab, trat auf den Rekurs nicht ein und eröffnete den Konkurs erneut mit Wirkung desselben Tages, 10.05 Uhr (OG act. 10 = KG act. 2).

Gegen diesen Beschluss führt der Schuldner kantonale Nichtigkeitsbeschwerde beim Kassationsgericht mit dem Begehren, der genannte Beschluss sowie das vorgängige Konkursdekret des Konkursrichters seien aufzuheben und der Beschwerdeführer sei in die Verfügung über sein Vermögen wieder einzusetzen. Eventualiter sei der Prozess zur Verbesserung von Mängeln und zur Neuurteilung an das Obergericht zurückzuweisen (KG act. 1). Die Gläubigerin beantwortete die Nichtigkeitsbeschwerde innert Frist nicht. Das Obergericht verzichtet auf eine Vernehmlassung (KG act. 9). Der Präsident des Kassationsgerichts verlieh der Nichtigkeitsbeschwerde aufschiebende Wirkung in dem Sinne, als der Konkurs einstweilen als per 28. August 2006, 10.05 Uhr eröffnet gilt, jedoch das Konkursverfahren nicht weitergeführt werden kann (Verfügung vom 22. September 2006, KG act. 5).

II.

1. a) Das Obergericht hält fest, die Verfügung des Konkursrichters sei an die Wohnadresse des Beschwerdeführers gesandt worden und am 8. Mai 2006 von seiner Ehefrau auf dem Postamt abgeholt worden. Die Aushändigung der Urkunde an die Ehefrau habe den Fristenlauf ausgelöst. Die zehntätige Weiterzugsfrist sei somit bis zum 18. Mai 2006 gelaufen; der Rekurs sei jedoch erst am 23. Mai 2006 eingegeben worden, als die Frist bereits abgelaufen sei. Der Beschwerdeführer mache geltend, seine Ehefrau habe die Bedeutung der abgeholt Urkunde nicht erkannt und sie habe ihm diese erst am 13. Mai 2006 - seinem ersten etwas weniger arbeitsreichen Tag seit der Abholung - übergeben können. Seine Ansicht, im Hinblick auf diese am 13. Mai 2006 erfolgte Übergabe dürfe die Weiterzugsfrist mit der Rekurschrift vom 23. Mai 2006 als gewahrt gelten, sei unzutreffend. Es frage sich deshalb, ob die versäumte Rekursfrist wiederhergestellt werden könne, wie der Beschwerdeführer eventualiter beantrage (KG act. 2 S. 2 Erw. 2a). Gemäss Art. 33 Abs. 4 SchKG könne jemand, der durch ein unverschuldetes Hindernis davon abgehalten worden sei, innert Frist zu handeln, die zuständige Behörde um Wiederherstellung der abgelaufenen Frist ersuchen. Das Gesetz knüpfe die Wiederherstellung einer Frist an das Vorhandensein eines absolut unverschuldeten Hindernisses. Hier habe der Beschwerdeführer offenbar angenommen, die Rekursfrist laufe erst vom 13. Mai 2006 an, als ihm die Konkursöffnungsverfügung von seiner Ehefrau ausgehändigt worden sei. Ein solcher allfälliger Rechtsirrtum über den Fristenlauf könne allerdings nicht als unverschuldet gelten. Der Beschwerdeführer hätte sich in dieser Situation rechtzeitig erkundigen sollen, bis wann die Rekursfrist unter den gegebenen Umständen laufe. Er habe nicht einfach annehmen dürfen, die Frist werde bestimmt erst mit der Übergabe der Urkunde durch seine Ehefrau an ihn in Gang gesetzt. Im Übrigen sei die Behauptung des Beschwerdeführers, seine Ehefrau habe im die am 8. Mai 2006 abgeholte Urkunde erst am 13. Mai 2006 übergeben und es sei dies ihr nicht schon früher möglich gewesen, obwohl er nie abwesend gewesen sei, nicht weiter belegt worden. Es sei somit keineswegs dargetan, dass der Beschwerdeführer schuldlos davon abgehalten worden sei, die Rekurschrift rechtzeitig bis zum 18. Mai 2006 einzureichen, weshalb die gesetzlichen Voraussetzungen für

eine Wiederherstellung der versäumten Frist vorliegend nicht erfüllt seien (KG act. 2 S. 2 f. Erw. 2b). Das Obergericht weist in der Folge das Fristwiederherstellungsbegehren ab und tritt auf den Rekurs nicht ein.

Der vorsitzende Richter und der juristische Sekretär des Obergericht gaben einen Minderheitsantrag im Sinne von § 138 Abs. 4 GVG zu Protokoll. Sie führten aus, der Beschwerdeführer mache zur Begründung seines Gesuchs um Wiederherstellung der Rekursfrist geltend, er habe angenommen, die Frist laufe erst vom 13. Mai 2006 (Samstag) an, als ihm die Konkursöffnungsverfügung von seiner Ehefrau zur Kenntnis gebracht worden sei, welche die Sendung am 8. Mai 2006 auf dem Postamt abgeholt habe. Dabei habe sie die Gerichtsurkunde mit nepalesischen Schriftzeichen unterzeichnet, und es sei glaubhaft, dass sie weder deutsch spreche noch verstehe und deshalb nicht gewusst habe, um was es sich gehandelt habe und dass die abgeholte Urkunde für ihren Ehemann wichtig gewesen sei. Der Beschwerdeführer habe es unterlassen sich zu erkundigen, bis wann die in der Verfügung angezeigte Zehntagesfrist für einen Rekurs laufe. Allerdings seien ihm faktisch nur gerade fünf Tage zur Verfügung gestanden, um rechtzeitig Rekurs zu erheben, wobei der erste Tag auf einen Sonntag gefallen sei. Es sei auch darauf hinzuweisen, dass der Beschwerdeführer die am 18. Mai 2006 (Donnerstag) ablaufende Frist nicht hätte erstrecken lassen können, denn die Weiterzugsfrist sei auch bezüglich der Begründung grundsätzlich nicht erstreckbar, so dass der einzulegende Rekurs innert der Rekursfrist hätte abschliessend begründet werden müssen. Von Bedeutung sei weiter der Umstand, dass der Beschwerdeführer die Vorladung des Konkursrichters nicht erhalten und deshalb vom Konkursöffnungsverfahren keine Kenntnis gehabt habe. So habe er nicht damit rechnen müssen, dass über ihn der Konkurs eröffnet werden könnte. Die Mitteilung des Konkurserkennnisses sei für ihn überraschend gekommen. Dass der Beschwerdeführer in dieser unerwarteten Situation allenfalls nicht sofort reagiert habe und er nicht fristgerecht - innerhalb von fünf Tagen seit der tatsächlichen Kenntnisnahme - zur Rekurshebung bereit gewesen sei, sei jedenfalls nicht unverständlich und erscheine insgesamt als entschuldbar. Auch bestehe auf Seiten der Beschwerdegegnerin, deren Forderung zwischenzeitlich beglichen worden sei, kein Interesse daran, eine Fristwiederherstellung abzulehnen und den

Rekurs nicht zuzulassen. Nachdem der Beschwerdeführer einen Anwalt konsultiert habe, sei die Rekurschrift alsbald eingereicht worden. Nach allem dürfe zugunsten des Beschwerdeführers bejaht werden, dass dieser aufgrund eines weitergehend unverschuldeten Hindernisses im Sinne des Gesetzes nicht in der Lage gewesen sei, eine ordentliche Rekurseingabe fristgerecht bis zum 18. Mai 2006 zu erstatten. Damit erweise sich das Wiederherstellungsgesuch als begründet, so dass auf den Rekurs einzutreten sei (OG act. 9 = KG act. 3 Ziffer 2b). In der Folge begründete die Minderheit des Obergerichts, weshalb der Rekurs gutzuheissen sei (Ziffer 3).

b) Der Beschwerdeführer folgt in seiner Beschwerdebegründung in den Grundzügen den Erwägungen der Minderheit des Obergerichts und ergänzt diese. Er betont, dass er die Vorladung des Konkursrichters nicht erhalten habe, deshalb vom Konkursverfahren keine Kenntnis gehabt habe und nicht damit rechnen müssen, dass über ihn der Konkurs eröffnet werde (KG act. 1 S. 3 f. Ziffern 5 und 6). Weiter schildert er nochmals, dass seine Ehefrau die Verfügung des Konkursrichters vom 4. Mai 2006 am 8. Mai 2006 auf dem Postamt abgeholt und die betreffende Gerichtsurkunde mit nepalesischen Schriftzeichen unterzeichnet habe. Seine Ehefrau spreche und verstehe kein Deutsch. Er sei notorisch mit Arbeit überlastet und arbeite in seinem Sushi-Restaurant / Take Away bis 02.00 Uhr morgens. Nach einigen Stunden Schlaf müsse er jeweils am frühen Morgen den gesamten Wareneinkauf tätigen und um 10.00 Uhr bereits wieder in seinem Lokal sein, um das Mittagsgeschäft vorzubereiten. Seine Ehefrau habe in fürsorglicher Absicht gehandelt, als sie entschieden habe, ihren unter der Woche überlasteten Ehemann nicht auch noch mit Postsendungen einzudecken und die Postübergabe zur Bearbeitung auf das weniger arbeitsreiche Wochenende zu verlegen. Da man keine Kenntnis vom laufenden Konkursverfahren gehabt habe, habe man auch nicht mit der Zustellung einer Urkunde mit 10-tägiger Frist rechnen müssen, weshalb die Organisation mit der Bearbeitung der Wochenpost am Wochenende nicht zu beanstanden sei. Die Ehefrau des Beschwerdeführers habe diesem die Konkursöffnungsverfügung erst am Samstag, 13. Mai 2006 überreicht, am ersten weniger arbeitsreichen Tag seit der Abholung. Von einem verschuldeten Hindernis bei der Fristwahrung könne nur dann gesprochen werden, wenn dem Be-

schwerdeführer eine ungenügende Instruktion oder Beaufsichtigung seiner Hilfsperson, hier seiner Ehefrau, oder eine mangelhafte Organisation innerbetrieblicher Arbeitsabläufe vorgeworfen werden könnte. Ein solcher Vorwurf könnte aber nur dann in Betracht gezogen werden, wenn der Beschwerdeführer von einem laufenden Konkursverfahren Kenntnis gehabt hätte und deshalb entsprechende Achtsamkeit hätte walten lassen müssen. Im vorliegenden Fall erscheine das Hindernis aber unter Würdigung der gesamten Umstände als entschuldbar. Die anderslautende Auffassung des Obergerichts sei das Resultat einer nicht ausreichende Berücksichtigung der tatsächlichen Verhältnisse bzw. diese seien nicht in vernünftiger Weise gewürdigt worden, womit ein Fall von Ermessensmissbrauch vorliege (KG act. 1 S. 4 - 6 Ziffer 7).

Der Beschwerdeführer bringt zur Feststellung des Obergerichts, er hätte sich in dieser Situation rechtzeitig erkundigen sollen, bis wann die Rekursfrist laufe, vor, faktisch seien ihm nur gerade fünf Tage zur Verfügung gestanden, um rechtzeitig Rekurs zu erheben, wobei der erste Tag auf einen Sonntag gefallen sei. Es sei auch darauf hinzuweisen, dass der Beschwerdeführer die am 18. Mai 2006 abgelaufene Frist nicht hätte erstrecken können, denn die Weiterzugsfrist nach Art. 174 Abs. 1 SchKG sei auch bezüglich der Begründung grundsätzlich nicht erstreckbar, so dass der einzulegende Rekurs innerhalb der Rekursfrist hätte abschliessend begründet werden müssen. Dass der Beschwerdeführer in dieser unerwarteten Situation nicht sofort reagiert und er nicht fristgerecht zur Rekurerhebung bereit gewesen sei, sei jedenfalls nicht unverständlich und erscheine insgesamt als entschuldbar. Die gegenteilige Auffassung des Obergerichts stelle einen Ermessensmissbrauch dar, da das Gericht die tatsächlichen Verhältnisse nicht in vernünftiger Weise gewürdigt habe. Darin liege eine Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes und allenfalls auch eine Verletzung klaren materiellen Rechts. Das Obergericht verkenne, so der Beschwerdeführer weiter, das selbst beim verlangten Vorgehen - rechtzeitige Erkundigung, bis wann die Rekursfrist unter den gegebenen Umständen laufe -, eine Rekurerhebung in den zur Verfügung gestandenen vier Werktagen nicht möglich gewesen wäre. Der Beschwerdeführer sei nicht im Stande, eine solche Rekurschrift selber abzufassen. Das Obergericht verlange vom Beschwerdeführer also, dass er die Tragweite der

absolut unerwarteten Mitteilung des Konkurserkennnisses sofort hätte erkennen müssen und in der Folge einen befähigten und kurzfristig verfügbaren Rechtsanwalt finden, die Instruktion durchführen und die notwendigen Unterlagen hätte beschaffen sollen, und dies innert zwei bis drei Tagen, da noch Zeit hätte verbleiben müssen, um die Rekurschrift mit der gebotenen Sorgfalt auszuarbeiten und dabei auch vollständig zu begründen. Ausserdem hätten innert dieser Frist auch noch die mit einem Rekurs verbundenen notwendigen Zahlungen erledigt werden müssen (Zahlung der offenen Schuld an die Gegenpartei, Zahlung des Kostenvorschusses an das Obergericht, Zahlung an das Konkursamt und Vorschuss an den Anwalt). Die vom Obergericht verlangten Fristanforderungen seien daher in diesem Einzelfall nicht erfüllbar gewesen. Mit dieser lebensfremden Anforderung würdige das Obergericht den ihm vorgelegten Sachverhalt offensichtlich falsch bzw. in weiten Teilen nicht. Der Beschwerdeführer rügt eine aktenwidrige und teilweise willkürliche Annahme, Ermessensunterschreitung und Ermessensmissbrauch. Auch habe das Obergericht mit der Ablehnung der Wiederherstellung der Rekursfrist keine Abwägung der Interessen des Beschwerdeführers und der Beschwerdegegnerin vorgenommen und nicht berücksichtigt, dass die Beschwerdegegnerin, da ihre Forderung bereits beglichen worden sei, kein Interesse an der Ablehnung dieser Fristwiederherstellung gehabt habe. Auch diesbezüglich liege Ermessensmissbrauch, Ermessensunterschreitung und eine Verletzung klaren materiellen Rechts vor (KG act. 1 S. 6 - 9 Ziffern 8 - 10).

2. Wer durch ein unverschuldetes Hindernis davon abgehalten worden ist, innert Frist zu handeln, kann 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 (Art. 33 Abs. 4 SchKG).

Der Entscheid des Konkursrichters kann innert zehn Tagen nach seiner Eröffnung an das obere Gericht weitergezogen werden (Art. 174 Ab. 1 SchKG). Gemäss Darstellung des Beschwerdeführers, welche das Obergericht als nicht weiter belegt bezeichnet (KG act. 2 S. 3), übergab die Ehefrau des Beschwerdeführers

diesem die Gerichtsurkunde mit der Konkursöffnungsverfügung erst am Samstag, 13. Mai 2006. Zu Recht hält die Minderheit des Obergerichts fest, es sei glaubhaft, dass die Ehefrau des Beschwerdeführers, welche am 8. Mai 2006 die Gerichtsurkunde mit nepalesischen Schriftzeichen unterzeichnete (siehe Empfangsschein in den konkursrichterlichen Akten), kein deutsch spreche und verstehe und nicht erkannt habe, worum es sich bei der Sendung handelte sowie dass diese für den Beschwerdeführer wichtig gewesen sei. Es ist unter diesen Umständen ebenfalls glaubhaft, dass der Beschwerdeführer erst am 13. Mai 2006 von der Konkursöffnung erfuhr. Den Rekurs reichte er am 23. Mai 2006 und damit innert zehn Tagen ab Kenntnisnahme der Konkursöffnungsverfügung und ab Wegfall des Hindernisses ein. Es ist somit davon auszugehen, dass die formalen Voraussetzungen einer Wiederherstellung der Rekursfrist gegeben sind.

Zu Recht halten die Minderheit des Obergerichts und der Beschwerdeführer dafür, dass dem Beschwerdeführer kein Vorwurf zu machen sei, dass er sich nicht in der Lage sah, innert der fünf Tage, welche zwischen der tatsächlichen Kenntnisnahme der Konkursöffnung und dem Ablauf der Rekursfrist liegen, den Rekurs zu erheben. Der Beschwerdeführer ist tibetischer Staatsangehöriger und verfügt glaubhaft nicht über die notwendigen Fähigkeiten, um einen solchen Rekurs erfolgversprechend selbst zu begründen. Da es sich bei der Rekursfrist um eine gesetzliche Frist handelt, wäre ein allfälliges Fristerstreckungsbegehren zur Erhebung und Begründung des Rekurses zwingend abzuweisen gewesen. Da der 14. Mai 2006 ein Sonntag war, konnte der Beschwerdeführer erst am 15. Mai 2006 Ausschau nach einem Rechtsanwalt halten. Dieser musste zudem kurzfristig verfügbar sein, die notwendige Instruktion aufnehmen, die Rekursfrist ausarbeiten und den Beschwerdeführer anweisen, die notwendigen Zahlungen (Konkursforderung, Vorschüsse) vorzunehmen, was der Beschwerdeführer dann auch noch auszuführen hatte. Solches war dem Beschwerdeführer und seinem Rechtsvertreter glaubhaft innert der ordentlichen Rekursfrist nicht mehr möglich.

Es stellt sich nun die Frage, ob dem Beschwerdeführer ein Vorwurf zu machen sei, dass er seine Ehefrau nicht in der nötigen Eindringlichkeit angewiesen habe, ihm eingeschriebene Sendungen bzw. Gerichtsurkunden, die sie bei der Post ab-

holt, unverzüglich vorzulegen. Hierzu ist mit der Minderheit des Obergerichts und dem Beschwerdeführer darauf hinzuweisen, dass die Vorladung zur Verhandlung vor dem Konkursrichter dem Beschwerdeführer nicht zugestellt werden konnte und er somit erst durch die Aushändigung der Konkursöffnungsverfügung seitens seiner Ehefrau am 13. Mai 2006 erfuhr, dass die Beschwerdegegnerin effektiv ein Konkursbegehren beim Konkursrichter stellte. Zwar wurde der Beschwerdeführer zuvor auf Konkurs betrieben (Zahlungsbefehl) und ihm zudem durch das Betreibungsamt eine Konkursandrohung zugestellt (vgl. konkursrichterliche Akten). Doch ändert dies nichts daran, dass er nicht mit einer Konkursöffnung ohne vorherige Gelegenheit zur Anhörung und damit unter Verweigerung des rechtlichen Gehörs sowie mit der Zustellung einer entsprechenden Verfügung rechnen musste. Das geübte Vorgehen, dass die Ehefrau eingeschriebene Post beim Postamt abholt und der Beschwerdeführer diese über das Wochenende verarbeitet, ist im Regelfall ausreichend und nicht fahrlässig. Eine Ausnahmesituation musste der Beschwerdeführer nicht erwarten.

Somit liegt ein unverschuldetes Hindernis im Sinne von Art. 33 Abs. 4 SchKG vor. Auch besteht, worauf die Minderheit des Obergerichts zutreffend hinweist (KG act. 3 S. 1 f.), kein schützenswertes Interesse der Beschwerdegegnerin an einer Verweigerung der Fristwiederherstellung, hat der Beschwerdeführer doch inzwischen die in Betreuung gesetzte Forderung beglichen.

Indem das Obergericht bei der Ausübung seines Ermessens die besonderen Umstände nicht berücksichtigt und trotz der erfüllten Voraussetzungen die Wiederherstellung der Rekursfrist verweigert, verletzt es einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist gutzuheissen und der angefochtene Beschluss aufzuheben.

3. Ist die Sache spruchreif, kann die Kassationsinstanz von der Rückweisung der Sache absehen und einen eigenen Sachentscheid fällen (§ 291 ZPO). Zur Begründung kann auf die Erwägungen der Minderheit des Obergerichts verwiesen werden (KG act. 3; § 161 GVG).

Das Gesuch des Rekurrenten (Beschwerdeführers) um Wiederherstellung der Rekursfrist ist gutzuheissen und die eingereichte Rekursbegründung als rechtzeitig erfolgt entgegenzunehmen. Nach Art. 168 SchKG ist den Parteien nach Stellung des Konkursbegehrens die gerichtliche Verhandlung anzuzeigen. Dies erfolgte vorliegend nicht, indem die Vorladung des Konkursrichters dem Rekurrenten nicht zugestellt wurde. Somit konnte der Konkurs auch nicht gültig über den Rekurrenten eröffnet werden. Der gegen die Konkursöffnungsverfügung erhobene Rekurs ist demnach gutzuheissen. Das Konkursbegehren ist abzuweisen, wenn der Schuldner durch Urkunden beweist, dass die Schuld samt Zinsen und Kosten getilgt ist (Art. 172 Ziff. 3 SchKG). Dies ist vorliegend der Fall (OG act. 4/3-5).

Da der Rekurrent die Schuld erst bezahlte, nachdem er vom Konkursbegehren erfahren hatte, sah sich die Rekursgegnerin in guten Treuen zur Stellung des Konkursbegehrens und damit zur Prozessführung veranlasst, weshalb der Rekurrent die Kosten des konkursrichterlichen Verfahrens zu tragen hat (§ 64 Abs. 3 ZPO). Die Kostenregelung der Verfügung des Konkursrichters vom 4. Mai 2006 ist deshalb sinngemäss zu bestätigen indem die Kosten dem Rekurrenten aufzuerlegen und der von der Rekursgegnerin geleistete Vorschuss dieser zurückzuerstatten ist.

Der Rekurrent obsiegt im Rekursverfahren und hat darum dessen Kosten nicht zu tragen. Die Rekursgegnerin liess sich im Rekursverfahren nicht vernehmen und verursachte auch nicht den zur Gutheissung des Rekurses führenden Verfahrensfehler (unterbliebene Vorladung des Rekurrenten zur Verhandlung). Ihr sind deshalb die Kosten des Rekursverfahrens ebenfalls nicht aufzuerlegen. Diese sind auf die Gerichtskasse zu nehmen (§ 66 Abs. 2 ZPO).

III.

Der Beschwerdeführer obsiegt auch im Kassationsverfahren und die Beschwerdegegnerin veranlasste weder den angefochtenen obergerichtlichen Entscheid noch identifizierte sie sich mit diesem. Somit sind auch diese Kosten auf die Ge-

richtskasse zu nehmen (§ 66 Abs. 2 ZPO) und es sind den Parteien keine Prozessentschädigungen zuzusprechen (§ 68 Abs. 1 ZPO).

Das Gericht beschliesst:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 28. August 2006 aufgehoben.
2. Dem Rekurrenten wird die Rekursfrist wiederhergestellt und es wird die Rekursbegründung vom 23. Mai 2006 als rechtzeitig erfolgt entgegengenommen.
3. Der Rekurs wird gutgeheissen und das Konkursbegehren der Gläubigerin abgewiesen.
4. Die Spruchgebühr für das konkursrichterliche Verfahren wird auf Fr. 400.-- festgesetzt und dem Schuldner auferlegt. Der von der Gläubigerin geleistete Vorschuss wird dieser zurückerstattet.
5. Die Spruchgebühren für das Rekursverfahren und für das Kassationsverfahren werden auf die jeweiligen Gerichtskassen genommen .
6. Für das Rekursverfahren und für das Kassationsverfahren werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, den Konkursrichter am Bezirksgericht Zürich, das Konkursamt Altstetten-Zürich, das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und das Betreibungsamt Zürich 9, je gegen Empfangsschein.
8. Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 90 ff. BGG innert 30 Tagen nach dessen Empfang schriftlich durch eine

Art. 42 BGG entsprechende Eingabe Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG
an das Schweizerische Bundesgericht erhoben werden.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: