



Kass.-Nr. AA060167/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Hans Michael Riemer, Dieter Zobl, die Kassationsrichterin Sylvia Frei und der Kassationsrichter Reinhard Oertli sowie die Sekretärin Daniela Brüscheweiler

Zirkulationsbeschluss vom 31. Januar 2007

in Sachen

X. GmbH,

Schuldnerin, Rekurrentin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. _____

gegen

Y. AG,

Gläubigerin, Rekursgegnerin und Beschwerdegegnerin

betreffend **Konkurseröffnung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 5. September 2006 (NN060099/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Mit Verfügung vom 8. August 2006 wurde vom Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirkes ____ (Konkurssachen) über die Schuldnerin für eine Forderung von Fr. 1'055.70 nebst 5% Zins seit 5. August 2005, Fr. 16.95 Zins bis 4. August 2005 und Fr. 140.-- Betreuungskosten der Konkurs eröffnet (OG act. 2).

2. Gegen diese Verfügung erhob die Schuldnerin Rekurs an die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich (OG act. 1). Mit Verfügung vom 15. August 2006 wurde die Rekurrentin aufgefordert, eine mit einer Originalunterschrift versehene Rekurschrift einzureichen und es wurde ihr überdies Frist angesetzt, um

- dem Gericht einen während laufender Rekursfrist verwirklichten Konkurshindereungsgrund durch Urkunden zu belegen
- dem Gericht verschiedene, in der Verfügung ausdrücklich genannte Unterlagen zur Zahlungsfähigkeit einzureichen
- einen Barvorschuss von Fr. 500.-- zu leisten und
- dem Gericht durch Urkunden den Nachweis zu erbringen, dass die beim Konkursamt Niederglatt entstandenen und noch entstehenden Kosten durch einen Barvorschuss sichergestellt worden seien.

Zudem wurde dem Rekurs einstweilen die aufschiebende Wirkung verweigert (OG act. 3). Mit Beschluss vom 5. September 2006 wies die II. Zivilkammer des Obergerichts den Rekurs ab und bestätigte die Verfügung des erstinstanzlichen Einzelrichters vom 8. August 2006, mit welcher über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet worden war (OG act. 12 bzw. KG act. 2).

3. Gegen diesen Beschluss vom 5. September 2006 erhob die Schuldnerin, Rekurrentin und Beschwerdeführerin (nachfolgend Beschwerdeführerin) kantonale Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, der angefochtene Beschluss sowie die Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren seien aufzuheben, eventualiter sei der Prozess an die Vorinstanz zurückzuweisen mit der Anordnung, es sei zwecks Einreichung der ausstehenden Unterlagen eine angemessene Nachfrist zu setzen (KG act. 1 S. 2). Mit Verfügung des Vizepräsidenten des Kassationsgerichts vom 10. Oktober 2006 wurde der Nichtigkeitsbeschwerde einstweilen in dem Sinne aufschiebende Wirkung verliehen, dass das Konkursverfahren vorläufig nicht weitergeführt werden könne, wobei Sicherungsmassnahmen sowie zwingende und nicht aufschiebbare Massnahmen zur Werterhaltung des schuldnerischen Vermögens vorbehalten blieben (KG act. 6). Die Vorinstanz hat auf Vernehmlassung verzichtet (KG act. 8). Die Beschwerdegegnerin äusserte sich nicht.

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.2.a).

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.

2. Das Obergericht hat im angefochtenen Beschluss festgestellt, dass die Beschwerdeführerin die Konkursforderung beglichen habe. Ebenso habe sie den Barvorschuss geleistet. Hingegen habe sie es unterlassen, die Konkurskosten sicherzustellen. Ebenso wenig seien die angeforderten Unterlagen zur Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit eingegangen. Die Beschwerdeführerin sei bereits mit Verfügung vom 15. August 2006 darauf hingewiesen worden, dass sie sich so

zu organisieren habe, dass die zur Fristwahrung erforderlichen Handlungen und Zahlungen auch in Abwesenheit des Geschäftsführers vorgenommen werden könnten. Damit sei der Rekurs androhungsgemäss abzuweisen (KG act. 2 S. 2 f.).

3. a) Die Beschwerdeführerin wendet ein, bereits im Jahre 2003 sei erstmals der Konkurs über sie eröffnet worden. Im damaligen Verfahren sei lediglich der Nachweis der bezahlten Ausstände wie auch die Leistung einer Kautions zur Deckung der Spruchgebühr verlangt worden. Da dies damals rechtzeitig geleistet und dem Gericht eingereicht worden sei, sei der erstinstanzliche Entscheid aufgehoben worden. Für die nicht anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin sei der Unterschied zwischen dem damaligen und dem neuen Verfahren nicht ersichtlich gewesen. Entsprechend sei es für sie ebenfalls nicht ersichtlich gewesen, dass weitere Unterlagen und Zahlungen, als dies im Jahre 2003 der Fall gewesen sei, hätten eingereicht und getätigt werden müssen. Die Vorinstanz hätte, angesichts der nicht vorhandenen Rechtsvertretung und insbesondere auch weil die Forderung ja auch bezahlt worden sei, darauf schliessen müssen, dass die Beschwerdeführerin mangels Rechtskenntnissen unabsichtlich nicht alle geforderten Zahlungen und Unterlagen geleistet bzw. eingereicht habe und daher eine Nachfrist ansetzen müssen. Indem die Vorinstanz dies unterlassen habe, sei sie ihrer richterlichen Fragepflicht nur ungenügend nachgekommen und habe damit einen Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO gesetzt (KG act. 1 S. 3 ff.).

b) Einerseits ist gemäss kassationsgerichtlicher Rechtsprechung fraglich, ob Art. 174 Abs. 2 SchKG überhaupt Raum für eine kantonal-rechtliche Fragepflicht und eine damit einhergehende Nachreichung weiterer Belege lässt. 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 sind die der Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit dienenden Behauptungen und Belege "mit der Einlegung des Rechtsmittels" einzubringen (vgl. hiezu insbesondere ZR 101 Nr. 6, Erw. II.4.1 m.w.Hinw.; RB 1997 Nr. 35; Kass.-Nr. 2001/326 vom 23.12.2001 i.S. H.c.P., Erw. II.4.1). Auf der anderen Seite – und dies ist vorliegend entscheidend – hat die Vorinstanz mit der Verfü-

gung vom 15. August 2006 (OG act. 3), mit welcher der Beschwerdeführerin nach Einreichung der Rekurschrift u.a. eine siebentägige (Nach-)Frist zur Beibringung von für die Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit sachdienlicher Unterlagen angesetzt wurde, einer allfällig bestehenden Fragepflicht jedenfalls Genüge getan und den Gehörsanspruch der Beschwerdeführerin gewahrt. Zur Ansetzung einer weiteren Nachfrist war die Vorinstanz (als Rekursinstanz) nach insoweit gefestigter kassationsgerichtlicher Praxis nicht verpflichtet (vgl. statt vieler Kass.-Nr. 2002/150, Entscheid vom 8. Juli 2002 i.S. Q.GmbH, Erw. II:4.3; Kass.-Nr. AA040087, Entscheid vom 20. September 2004 i.S. B., Erw. II.3.c; Kass.-Nr. AA040087, Entscheid vom 21. September 2004 i.S. C. AG, Erw. II.2.b.bb).

c) Was die Beschwerdeführerin vorbringt, ändert am Gesagten nichts. Als wesentlich erweist sich, dass der Beschwerdeführerin mit der vorinstanzlichen Verfügung vom 15. August 2006 ausdrücklich und klar dargelegt wurde, welche Vorkehrungen zu treffen seien, um die Aufhebung der Konkursöffnung zu erreichen. Von der Beschwerdeführerin wird weder behauptet, geschweige denn nachgewiesen, dass sie bereits im früheren Verfahren ausdrücklich zur Einreichung von Unterlagen zur Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit sowie zur Sicherstellung der Konkurskosten aufgefordert worden ist. Ebenso wenig legt sie dar, dass sie damals dieser Aufforderung nicht nachgekommen ist und trotzdem ihr Rekurs gutgeheissen wurde. Damit ist die Sachlage – auch für die nicht rechtskundige Beschwerdeführerin – im vorliegenden Verfahren eine ganz andere, weshalb die Beschwerdeführerin aus dem früheren Konkursverfahren nichts zu ihren Gunsten ableiten kann. Im Weiteren wird von der Beschwerdeführerin nicht geltend gemacht und ist aus den Akten auch nicht ersichtlich, inwiefern die Vorinstanz hätte erkennen können und müssen, dass die Beschwerdeführerin die obergerichtliche Verfügung vom 15. August 2006 nicht richtig verstanden bzw. eingeschätzt hat. Da die Beschwerdeführerin den Aufforderungen teilweise nachkam, bestand kein Anlass zur Annahme, die Beschwerdeführerin habe die erwähnte Verfügung nicht verstanden. Es liegen auch keine Anhaltspunkte dafür vor, dass sich die Beschwerdeführerin bei der Vorinstanz erkundigt hätte, weshalb und welche Weiterungen nötig seien. Die Rüge einer Verletzung der richterlichen Fragepflicht geht somit fehl.

Der Vollständigkeit halber bleibt darauf hinzuweisen, dass die Zahlungsfähigkeit – entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerin - nicht allein deshalb bejaht werden kann, weil der Schuldner nach der erstinstanzlichen Konkurseröffnung den oder die betreibenden Gläubiger bezahlt (vgl. auch Brönnimann, a.a.O., S. 447). Der Konkursit muss vielmehr kumulativ seine Zahlungsfähigkeit nachweisen und den Urkundenbeweis für das Vorliegen eines Konkurshinderungsgrundes erbringen. Es genügt nicht, bloss die gläubigerische Forderung zu bezahlen oder zu hinterlegen (Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. Aufl. 1997/99, N 13 zu Art. 174 SchKG).

4. a) Die Beschwerdeführerin bringt weiter vor, im materiellen Zivilrecht obliege es dem entscheidenden Richter, einen Entscheid nach seinem Ermessen, nach Würdigung der Umstände sowie unter Berücksichtigung von wichtigen Gründen zu treffen. Vorliegend erscheine die Konkurseröffnung als unverhältnismässig. Unter Berücksichtigung der weit reichenden Konsequenzen, welche der Konkurseröffnungsentscheid habe, sei dieser angesichts des kleinen Forderungsbetrages im Ergebnis als willkürlich zu bezeichnen. Die Unerfahrenheit der Beschwerdeführerin, deren Landesabwesenheit (gemeint wohl die Landesabwesenheit eines Organs der Beschwerdeführerin) im Zeitpunkt der Zustellung der Verfügung des Einzelrichters betreffend die Konkurseröffnung wie auch die Höhe der ausstehenden Schuld hätten in Berücksichtigung der schwerwiegenden Konsequenzen dazu führen müssen, dass der entscheidende Richter diesen Umständen genügend Rechnung tragen und eine entsprechende Nachfrist zur Nachreichung der ausstehenden Unterlagen bzw. zur Sicherstellung der Konkurskosten ansetzte. Weiter sei auch darauf hinzuweisen, dass das umgehende Begleichen der damals noch offenen Schuld wie auch das Bezahlen der Zinsen und Kosten als auch der Spruchgebühr sehr wohl darauf schliessen lasse, dass die Zahlungsfähigkeit der Beschwerdeführerin bestanden habe und lediglich ein Versehen zu dieser Situation habe führen können. Der angefochtene Entscheid sei aus den genannten Gründen mit einem Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 Ziff. 3 ZPO behaftet.

b) Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass der Entscheid des Konkursgerichts vollstreckungsrechtlicher, nicht zivilrechtlicher Natur ist (Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, a.a.O., N 55 zu Art. 174 SchKG). Aufgrund welcher gesetzlichen Bestimmung dem Richter ein Ermessen eingeräumt würde, eine Konkursöffnung auch dann aufzuheben, wenn die in Art. 174 SchKG umschriebenen Voraussetzungen nicht erfüllt sind, wird weder von der Beschwerdeführerin dargelegt noch ist dies sonst ersichtlich. In der Literatur wird vielmehr festgehalten, dass der Wortlaut von § 174 Abs. 2 SchKG kein Ermessen zulasse; sind die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt, besteht kein Raum mehr für richterliches Ermessen (Giroud, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Basel/Genf/München 1998, N 27 zu Art. 174 SchKG; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, a.a.O., N 9 zu Art. 174 SchKG; Brönnimann, a.a.O., S. 444). Wenn somit das Gesetz umschreibt, unter welchen Voraussetzungen die Aufhebung eines Konkurses zu erfolgen hat, geht damit einher, dass beim Fehlen einer Voraussetzung die Aufhebung zu unterbleiben hat. Für einen Ermessensentscheid, etwa unter Berücksichtigung eines geringen Forderungsbetrages, bleibt dabei kein Raum. Der Nachweis einer Verletzung klaren materiellen Rechts im Sinne von § 281 Ziff. 3 ZPO misslingt.

5. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vorinstanz keinen Nichtigkeitsgrund gesetzt hat. Damit ist die Beschwerde als unbegründet abzuweisen und die der Beschwerde teilweise verliehene aufschiebende Wirkung entfällt.

III.

Ausgangsgemäss wird die Beschwerdeführerin für das Kassationsverfahren kostenpflichtig (Art. 48 i.V.m. Art. 61 GebVO SchKG).

Das Gericht beschliesst:

1. Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen.
Damit entfällt die der Beschwerde teilweise verliehene aufschiebende Wirkung.
2. Die Spruchgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 500.--.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
4. Im vorliegenden Beschwerdeverfahren werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, den Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirkes ____ (Konkurssachen), das Konkursamt ____ sowie das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und das Betreibungsamt ____, je gegen Empfangsschein.
6. 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, 1000 Lausanne 14, erhoben werden.

Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Die juristische Sekretärin: