



Kass.-Nr. AA070149/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Bernhard Gehrig, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Yvona Griesser und der Kassationsrichter Reinhard Oertli sowie der juristische Sekretär Jürg-Christian Hürlimann

Zirkulationsbeschluss vom 15. November 2007

in Sachen

B GmbH,

...,

Schuldnerin, Rekurrentin und Beschwerdeführerin

gegen

H SA,

...,

Gläubigerin, Rekursgegnerin und Beschwerdegegnerin

betreffend

Konkurseröffnung

Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 27. September 2007 (NN070098/U)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

1. Mit Verfügung vom 15. August 2007 eröffnete der Konkursrichter am Bezirksgericht Hinwil den Konkurs über die Beschwerdeführerin (ER act. 12 = OG act. 2). Dagegen erhob die Beschwerdeführerin Rekurs beim Obergericht (OG act. 1). Mit Verfügung vom 20. August 2007 forderte der Präsident der II. Zivilkammer des Obergerichts die Beschwerdeführerin auf, verschiedene Unterlagen zur Glaubhaftmachung ihrer Zahlungsfähigkeit einzureichen (OG act. 8). Diese Verfügung konnte der Beschwerdeführerin zweimal nicht zugestellt werden (OG act. 9/2). Mit Beschluss vom 27. September 2007 wies das Obergericht den Rekurs ab und eröffnete mit Wirkung vom gleichen Tag, 12.20 Uhr erneut den Konkurs über die Beschwerdeführerin (OG act. 10 = KG act. 2).

Mit Eingabe vom 30. September 2007 erhob die Beschwerdeführerin Nichtigkeitsbeschwerde mit dem sinngemässen Begehren, es seien der genannten Beschluss des Obergerichts und die Konkursöffnung aufzuheben (KG act. 1). Der Präsident des Kassationsgericht verlieh der Nichtigkeitsbeschwerde mit Verfügung vom 3. Oktober 2007 in dem Sinn aufschiebende Wirkung, dass das Konkursverfahren vorläufig nicht weitergeführt werden kann (KG act. 4). Die Beschwerdegegnerin beantwortete die Nichtigkeitsbeschwerde innert Frist nicht. Das Obergericht verzichtete auf eine Vernehmlassung (KG act. 8).

2. a) Das Obergericht hält fest, gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG habe die Schuldnerin nicht nur einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurshinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) zu beweisen, sondern im Weiteren auch ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. Vorliegend habe die Beschwerdeführerin bereits mit der Einreichung des Rekurses belegt, dass sie die Konkursforderung am 16. August 2007 beim Betreibungsamt zuhanden der Gläubigerin (Beschwerdegegnerin) einbezahlt und somit noch während der Rekursfrist getilgt habe. Die Beschwerdeführerin habe jedoch innert Frist keine weiteren Unterlagen zur Glaubhaftmachung ihrer Zahlungsfähigkeit eingereicht. Aus dem Betreibungsregisterauszug gehe hervor, dass noch eine Betreibung der Eidgenössischen Steuerverwaltung über einen Betrag von Fr. 8'000.-- offen sei. Hierzu fän-

den sich keine weiterführenden Angaben bei den Unterlagen. Aus dem Betreibungsregistrauszug gehe zwar hervor, dass die Beschwerdeführerin alle übrigen Betreibungen jeweils durch Zahlung habe erledigen können. Bei der offenen Betreibung handle es sich jedoch um den höchsten in den letzten zwei Jahren betriebenen Betrag. Auch wenn an die Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit keine hohen Anforderungen zu stellen seien, sei diese doch darzulegen. Vorliegend fehlten jegliche Hinweise, dass die Beschwerdeführerin über ausreichende liquide Mittel verfüge, mit welchen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden könnten. Mangels schlüssiger Belege könne deshalb nicht von der Zahlungsfähigkeit der Beschwerdeführerin ausgegangen werden (KG act. 2 S. 3 Erw. 2 b).

Die Beschwerdeführerin bringt vor, ihr Geschäftsführer habe bei der Verfahrenseröffnung mit dem Rekurs angemeldet, dass er vom 30. August bis 20. September 2007 im Ausland sein werde. Leider habe diese Information bei der Post keine Wirkung gezeigt, weshalb die Gerichtsurkunden (Fristansetzung zur Beibringung von Unterlagen zwecks Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit) retourniert worden seien. Dies hätte nicht geschehen dürfen. Weiter versichert die Beschwerdeführerin, dass sie sämtliche Forderungen aller Gläubiger bezahlen werde und dies auch könne. Die vom Obergericht angeführte Forderung der Eidgenössischen Mehrwertsteuerverwaltung basiere auf einer Einschätzung, die per Ende August 2007 zu korrigieren gewesen sei. Die effektive Forderung belaufe sich auf ca. Fr. 1'200.-- und nicht auf die im Betreibungsregistrauszug aufgeführten Fr. 8'000.-- (KG act. 1).

b) In den Akten des obergerichtlichen Rekursverfahrens, insbesondere in der Rekurschrift (OG act. 1), finden sich keine Anhaltspunkte dafür, dass die Beschwerdeführerin das Obergericht über den Auslandsaufenthalt ihres Geschäftsführers orientiert habe. Im Übrigen erfolgte der erste Versuch, die Verfügung vom 20. August 2007 (Fristansetzung zur Beibringung von Unterlagen zwecks Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit) vor dem 30. August 2007 und damit vor dem geltend gemachten Ferienantritt des Geschäftsführers der Beschwerdeführerin. Wer mit einem Gerichtsverfahren rechnen muss bzw. selbst ein solches veran-

lasst (wie vorliegend durch Anhebung eines Rekurses), hat dafür zu sorgen, dass ihm die Post zugestellt werden kann (Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, N 11 zu § 179 GVG). Nötigenfalls ist eine Drittperson mit der Entgegennahme und Weiterleitung der eingehenden Post zu beauftragen. Ist eine solche Zustellung nicht möglich, so ist sie schuldhaft verhindert im Sinne von § 179 Abs. 2 GVG und gilt damit als erfolgt. Das Obergericht hat zweimal vergeblich versucht, die genannte Verfügung dem Beschwerdeführer zuzustellen. Von weiteren Zustellversuchen durfte es absehen.

Das Vorbringen der Beschwerdeführerin, die in Betreuung gesetzte Forderung der Eidgenössischen Steuerverwaltung beruhe auf einer inzwischen berichtigten Falscheinschätzung, lag dem Obergericht nicht vor und konnte deshalb auf jeden Fall im angefochtenen Entscheid nicht berücksichtigt werden. Ob dieses Vorbringen geeignet gewesen wäre, die Zahlungsfähigkeit der Beschwerdeführerin glaubhaft zu machen, ist zweifelhaft, kann aber offen gelassen werden. Da das Kassationsgericht nur zu prüfen hat, ob der angefochtene Entscheid nach der beim Obergericht gegebenen Aktenlage an einem Nichtigkeitsgrund leidet, sind im Kassationsverfahren neue Behauptungen oder Beweismittel, welche eine Vervollständigung des vor Obergericht vorzubringenden Prozessstoffes bezwecken, unzulässig (von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Aufl., Zürich 1986, S. 17). Das genannte Vorbringen ist damit verspätet.

Somit erweist sich die Nichtigkeitsbeschwerde als unbegründet und ist sie abzuweisen. Damit entfällt die ihr verliehene aufschiebende Wirkung und es kann das Konkursverfahren fortgesetzt werden.

3. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Kassationsverfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO). Mangels erheblicher Umtriebe ist der Beschwerdegegnerin keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.
2. Die Spruchgebühr für das Kassationsverfahren wird auf Fr. 500.-- festgesetzt und der Beschwerdeführerin auferlegt.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
4. Der Beschwerdegegnerin wird für das Kassationsverfahren keine Prozessentschädigung zugesprochen.
5. 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.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Beschlusses des Obergerichtes vom 27. September 2007 mit Beschwerde an das Bundesgericht neu ab Empfang des vorliegenden Entscheides (Art. 100 Abs. 1 und 6 BGG).

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

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, den Einzelrichter im summarischen Verfahren (Konkursrichter) am Bezirksgericht Hinwil, das Konkursamt Wetzikon, das Betreibungsamt Wetzikon und das Handelsregisteramt des Kantons Zürich, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: