



Kass.-Nr. AA080073/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Sylvia Frei, die Kassationsrichter Reinhard Oertli und Georg Naegeli sowie der juristische Sekretär Jürg-Christian Hürlimann

Zirkulationsbeschluss vom 21. Juli 2008

in Sachen

S GmbH,

...,

Gesuchstellerin, Rekurrentin und Beschwerdeführerin

betreffend

Nachlassstundung

Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 31. März 2008 (NO070002/U)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

1. Mit Eingabe vom 29. Oktober 2007 stellte die Beschwerdeführerin beim Einzelrichter im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Winterthur ein Gesuch um Nachlassstundung (ER act. 1). Der Einzelrichter setzte der Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 2. November 2007 eine Frist von zehn Tagen an, um die Begründung ihres Stundungsgesuchs zu ergänzen, verschiedene Unterlagen einzureichen und einen Vorschuss von Fr. 20'000.-- für die Kosten des Nachlassverfahrens (inkl. Kostenvorschuss für den Sachwalter) zu leisten (ER act. 5). Diese Verfügung wurde der Beschwerdeführerin am 7. November 2007 zugestellt (ER act. 6). Mit Eingabe vom 19. November 2007 (Montag) ersuchte die Beschwerdeführerin den Einzelrichter um eine Fristerstreckung für die Einreichung der Unterlagen und die Zahlung des Vorschusses sowie um Reduktion des Vorschusses auf Fr. 5'000.-- (ER act. 7). Der Einzelrichter erstreckte mit Verfügung vom 23. November 2007 die genannte Frist einmalig und letztmalig bis 3. Dezember 2007 und wies den Antrag auf Reduktion des Kostenvorschusses ab (ER act. 9). Die Beschwerdeführerin ersuchte mit Eingabe vom 3. Dezember 2007 um eine Notfrist von 5 Tagen (ER act. 11). Der Einzelrichter gewährte am 4. Dezember 2007 eine Notfrist bis Freitag, 7. "September" (recte: Dezember) 2007 (ER act. 12). Mit Schreiben vom 7. Dezember 2007 fragte die Beschwerdeführerin an "Wie soll das gehen? Bevor wir daran arbeiten können, ist der Termin ja schon vorbei!" und äusserte ihr Bedauern "dass uns nicht die Möglichkeit gegeben wird, diese Firma zu retten, an der unsere Existenz hängt" (ER act. 13). Der Einzelrichter trat mit Verfügung vom 10. Dezember 2007 auf das Gesuch um Nachlassstundung nicht ein (ER act. 14 = OG act. 2).

Das Obergericht (II. Zivilkammer) wies mit Beschluss vom 31. März 2008 den dagegen erhobenen Rekurs der Beschwerdeführerin ab und bestätigte die einzelrichterliche Verfügung (OG act. 10 = KG act. 2).

2. Die Beschwerdeführerin erhob mit Eingabe vom 2. Mai 2008 fristgerecht Nichtigkeitsbeschwerde gegen den obergerichtlichen Beschluss vom 31. März 2008. Sie führt aus, es sei klar, dass die Fristansetzung durch den Einzelrichter falsch gewesen sei. Das Obergericht sei nun der Meinung, dass die Beschwerdeführerin

den Fehler hätte bemerken sollen und sich mit dem Einzelrichter in Verbindung setzen sollen. Dies sei ungerecht und unhaltbar, denn dies bedeute, dass die Beschwerdeführerin für den Fehler des Einzelrichters zahlen solle, obwohl sie mit Brief auf die Unmöglichkeit der Frist hingewiesen habe. Zumindest hätte der Einzelrichter in diesem Moment eine richtige Notfrist ansetzen müssen (KG act. 1).

Das Obergericht verzichtet auf eine Vernehmlassung zur Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 9). Eine Gegenpartei besteht im vorliegenden Verfahren nicht, so dass eine Beschwerdeantwort nicht einzuholen war. Die Beschwerdeführerin leistete die ihr für das Kassationsverfahren auferlegte Prozesskaution fristgerecht (KG act. 10).

3. Das Obergericht hält in der betreffenden Erwägung fest, der juristische Sekretär habe der Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 4. Dezember 2007 irrtümlich schriftlich mitgeteilt, die Frist sei ihr bis und mit Freitag, 7. September 2007, erstreckt worden (ER act. 12). Dabei handle es sich um ein offenkundiges Versehen, welches vom Verfasser im Einverständnis des Einzelrichters und unter Mitteilung an die Parteien hätte berichtigt werden können (§ 166 GVG). Dies wäre ohne weiteres auch für die Beschwerdeführerin erkennbar gewesen, handle es sich beim 7. Dezember 2007 doch ebenfalls um einen Freitag. Zumindest wäre die Rekurrentin nach Treu und Glauben verpflichtet gewesen, sich nach Erhalt des betreffenden Schreibens umgehend an den Einzelrichter zu wenden und sich danach zu erkundigen, bis wann ihr die Frist erstreckt worden sei. Stattdessen habe die Beschwerdeführerin erst am 7. Dezember 2007, mithin am letzten Tag der ihr angesetzten Frist, ein Schreiben an das Gericht gesandt, worin sie bloss sinngemäss auf den Fehler hingewiesen habe (ER act. 13). Ein erneutes Fristerstreckungsgesuch habe sie nicht gestellt. Es habe daher kein Anlass bestanden, der Beschwerdeführerin eine weitere Frist anzusetzen (KG act. 2 S. 5 Erw. 2.4).

Es trifft zu, dass dem juristischen Sekretär des Einzelrichters ein Versehen unterlaufen ist, indem er der Beschwerdeführerin mitteilte, die Notfrist sei bis zum Freitag, 7. September 2007 gewährt worden. Nachdem diese Mitteilung jedoch mit Schreiben vom 4. Dezember erfolgte, war offensichtlich, dass nicht eine bis zum 7. September 2007 laufende und damit zeitlich in die Vergangenheit zielende

Frist angesetzt wurde. Es war für die Beschwerdeführerin erkennbar, dass der Freitag, 7. Dezember 2007 als Fristende gemeint war. Sollte die Beschwerdeführerin dennoch unsicher über den tatsächlichen Ablauf der Notfrist gewesen sein, so wäre es ihr frei gestanden, sich umgehend beim Einzelrichter bzw. dem die Notfrist mitteilenden juristischen Sekretär zu erkundigen. Die Eingabe vom 7. Dezember 2008 ("Wie soll das gehen? Bevor wir daran arbeiten können, ist der Termin ja schon vorbei! Wir bedauern sehr, dass uns nicht die Möglichkeit gegeben wird, diese Firma zu retten, an der unsere Existenz hängt."; ER act. 13), enthält keine klare Bezugnahme auf das Versehen des juristischen Sekretärs, sondern erscheint mehr als Protest gegen die nur verkürzt gegebene Notfrist (vier Tage bis Freitag, statt der beantragten fünf Tage, was wegen des bevorstehenden Wochenendes faktisch sieben Tage bis Montag bedeutet hätte). Weiter wäre es der Beschwerdeführerin frei gestanden, nachdem die ursprüngliche Frist bereits einmal ordentlich und einmal durch Gewährung einer Notfrist erstreckt wurde, der Aufforderung zur Einreichung von Unterlagen und zur Leistung der Prozesskaution nachzukommen. Immerhin ist es die Beschwerdeführerin, welche die Nachlassstundung beantragte und deshalb ein Interesse daran hätte haben sollen, die Bedingungen, welche es dem Einzelrichter erlaubt hätten, auf das Gesuch einzutreten und dieses auch gutzuheissen, rasch möglichst zu erfüllen.

Unter diesen Umständen ist der Nichteintretensentscheid des Einzelrichters wegen nicht erfolgter Einreichung von Unterlagen und Leistung der Prozesskaution, also wegen Säumnis, nicht zu beanstanden. Dasselbe gilt für die betreffende Erwägung 2.4 des angefochtenen Beschlusses des Obergerichts. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist unbegründet und deshalb anzuweisen.

4. Ausgangsgemäss hat die Beschwerdeführerin die Kosten des Kassationsverfahrens zu tragen (§ 64 Abs. 2 ZPO). Die Spruchgebühr ist in Anwendung von Art. 54 in Verbindung mit Art. 61 Abs. 1 der Gebührenverordnung zum SchKG festzusetzen.

Beim vorliegenden Beschluss handelt es sich um einen Endentscheid und um einen Entscheid des Nachlassrichters im Sinne von Art. 74 Abs. 2 lit. d BGG.

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Spruchgebühr für das Kassationsverfahren wird auf Fr. 750.-- festgesetzt und der Beschwerdeführerin auferlegt.
3. 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 31. März 2008 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.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und den Einzelrichter im summarischen Verfahren (Nachlassrichter) am Bezirksgericht Winterthur, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: