



Kass.-Nr. AA090039/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Bernhard Gehrig,
die Kassationsrichterin Sylvia Frei, die Kassationsrichter
Matthias Brunner und Georg Naegeli sowie der juristische
Sekretär Jürg-Christian Hürlimann

Zirkulationsbeschluss vom 13. März 2009

in Sachen

I AG,

....,

Schuldnerin, Rekurrentin und Beschwerdeführerin
vertreten durch Verwaltungsrat R,
...

gegen

Stiftung A,

....,

Gläubigerin, Rekursgegnerin und Beschwerdegegnerin

betreffend

Konkurseröffnung

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 4. Februar 2009 (NN080147/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

1. Mit Verfügung vom 11. Dezember 2008 eröffnete der Einzelrichter im summarischen Verfahren (Konkursrichter) des Bezirkes E den Konkurs über die Beschwerdeführerin mit Wirkung ab demselben Tag, 10.00 Uhr (ER act. 9 = OG act. 2). Dagegen erhob die Beschwerdeführerin Rekurs beim Obergericht (OG act. 1).

Der Vorsitzende der II. Zivilkammer des Obergerichts setzte der Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 29. Dezember 2008 unter anderem eine Frist von sieben Tagen ab Mitteilung der Verfügung an, um für das Rekursverfahren einen Barvorschuss von Fr. 500.-- zu leisten (OG act. 4, Dispositiv Ziff. 3). Das Obergericht versuchte zweimal, diese Verfügung der Beschwerdeführerin per Gerichtsurkunde zuzustellen. Beide Zusendungen wurden mit dem postalischen Vermerk "Nicht abgeholt" an das Obergericht retourniert (OG act. 5/2).

Das Obergericht (II. Zivilkammer) trat mit Beschluss vom 4. Februar 2009 auf den Rekurs nicht ein. Zur Begründung führte es aus, die Sendung mit der genannten Präsidialverfügung sei (zum zweiten Mal) am 13. Januar 2009 bei der Poststelle Zürich 26 Aussersihl zur Abholung bereit gelegen (siehe Track & Trace-Rapport der Post, OG act. 10) und gelte am 20. Januar 2009 (letzter Tag der Abholfrist) als zugestellt. Die siebentägige Frist zur Leistung des Barvorschlusses sei daher am 27. Januar 2009 abgelaufen. Die Beschwerdeführerin habe den Barvorschuss nicht geleistet, weshalb androhungsgemäss auf den Rekurs nicht einzutreten sei (OG act. 11 = KG act. 2 S. 3).

Mit Eingabe vom 3. März 2009 erhob die Beschwerdeführerin Nichtigkeitsbeschwerde gegen den obergerichtlichen Beschluss vom 4. Februar 2009 (KG 1). Das Kassationsgericht zog die vorinstanzlichen Akten bei, holte jedoch bei der Beschwerdegegnerin und beim Obergericht keine Beschwerdeantwort und keine Vernehmlassung ein.

2. Aus der Natur des Beschwerdeverfahrens, das keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter darstellt, folgt, dass sich der Nichtigkeitskläger konkret

mit dem angefochtenen Entscheid auseinandersetzen und den behaupteten Nichtigkeitsgrund in der Beschwerdeschrift nachweisen muss (§ 288 Ziff. 3 ZPO).

Die Beschwerdeführerin bringt zur Begründung ihrer Nichtigkeitsbeschwerde vor, sie habe bis heute keine Unterlagen erhalten, aus denen hervorgehe, dass die Forderung der Beschwerdegegnerin berechtigt sei, sowie die Beschwerdeführerin habe keine Schulden und sei nicht Mitglied der Beschwerdegegnerin. Weiter kündigt die Beschwerdeführerin an, gegen die mit dieser Sache befassten Personen Strafanzeige bei der Staatsanwaltschaft einzureichen (KG act. 1).

Diese Vorbringen zielen auf eine inhaltliche Prüfung des Konkursbegehrens der Beschwerdegegnerin und des Rekurs der Beschwerdeführerin gegen die erstinstanzliche Konkursöffnung hin. Eine solche Prüfung nahm das Obergericht jedoch im angefochtenen Beschluss deshalb nicht vor, weil es, wie bereits oben dargestellt, auf den Rekurs der Beschwerdeführerin nicht eintrat, da diese den ihr auferlegten Barvorschuss nicht geleistet hatte. Damit setzt sich die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerdebegründung nicht auseinander. Sie zeigt nicht auf, dass die für den obergerichtlichen Nichteintretensentscheid massgebliche Begründung einen Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 ZPO aufweise.

3. Somit ist auf die Nichtigkeitsbeschwerde nicht einzutreten. Da der obergerichtliche Kammervorsitzende dem Rekurs die aufschiebende Wirkung verweigerte (Verfügung vom 29. Dezember 2008, OG act. 4, Dispositiv Ziff. 5) und der vorliegenden Nichtigkeitsbeschwerde auch im Kassationsverfahren keine aufschiebende Wirkung verliehen wurde, bleibt es bei der Konkursöffnung am 11. Dezember 2008, 10.00 Uhr.

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. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 500.--.
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 4. Februar 2009 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) des Bezirkes E, das Konkursamt E, das Betreibungsamt O und das Handelsregisteramt des Kantons Zürich, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: