



---

Kass.-Nr. AA090058/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Herbert Heeb, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Yvona Griesser und der Kassationsrichter Reinhard Oertli sowie der juristische Sekretär Christof Tschurr

## Zirkulationsbeschluss vom 27. August 2009

in Sachen

X.,

Schuldner, Rekurrent und Beschwerdeführer  
vertreten durch Fürsprecher

gegen

Z.,

Gläubigerin, Rekursgegnerin und Beschwerdegegnerin

betreffend

**Konkurseröffnung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des  
Obergerichts des Kantons Zürich vom 11. März 2009 (NN090009/U)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

I.

1. Mit Zahlungsbefehl vom 27.8.2008 in der Betreuung Nr. 175312 liess die Beschwerdegegnerin dem Beschwerdeführer einen Zahlungsbefehl für eine Forderung von Fr. 2'016.80 zuzüglich Kosten zustellen. Der Beschwerdeführer erhob keinen Rechtsvorschlag. Nachdem er die Forderung auch auf die Konkursandrohung vom 2.10.2008 nicht bezahlte, eröffnete der Konkursrichter des Bezirkes Zürich mit Verfügung vom 8. Januar 2009 über ihn den Konkurs (Akten des Konkursrichteramtes OG act. 14). Mit Eingabe vom 19. Januar 2009 reichte der nunmehr anwaltlich vertretene Beschwerdeführer einen Rekurs gegen die konkursrichterliche Verfügung vom 8. Januar 2009 ein, beantragte damit, die Konkurseröffnung sei aufzuheben, und ersuchte um Erteilung der aufschiebenden Wirkung und Ansetzung einer Nachfrist, "um seine Zahlungsfähigkeit gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG zu dokumentieren" (OG act. 1 S. 2). Mit Verfügung vom 21. Januar 2009 wurde dem Rekurs aufschiebende Wirkung verliehen. Ferner wurde dem Beschwerdeführer eine Nachfrist von 10 Tagen angesetzt, um seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen und spezifiziert genannte Unterlagen dazu einzureichen, sowie eine Nachfrist von 10 Tagen, um dem Gericht durch Urkunden den Nachweis zu erbringen, dass die beim Konkursamt \_\_\_\_\_ - Zürich entstandenen und noch entstehenden Kosten (inkl. Kosten des Konkursrichters) durch einen Barvorschuss sichergestellt worden seien (OG act. 10). Auf einem Empfangsschein bestätigte der Vertreter des Beschwerdeführers, diese Verfügung am 26.1.2009 empfangen zu haben (OG act. 11/2). Am 5. Februar 2009 reichte der Beschwerdeführer "die Unterlagen der Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit" ein und ersuchte darum, es sei "die Frist zur Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit bzw. zur Einreichung der genannten Unterlagen wiederherzustellen" (OG act. 15 S. 1 f.). Dabei erwähnte sein Vertreter, er habe die Verfügung vom 21. Januar 2009 am 23. Januar 2009 erhalten und sie gleichentags dem Beschwerdeführer gefaxt (OG act. 15 S. 2). Mit Beschluss vom 11. März 2009 wies das Obergericht des Kantons Zürich (II. Zivilkammer) den

Rekurs ab und eröffnete den Konkurs über den Beschwerdeführer neu mit Wirkung ab 11. März 2009 (KG act. 2).

2. Gegen den obergerichtlichen Beschluss vom 11. März 2009 reichte der Beschwerdeführer rechtzeitig (OG act. 20/2, KG act. 1; unter Berücksichtigung der Osterfeiertage) eine Nichtigkeitsbeschwerde ein mit dem Antrag, der angefochtene Beschluss sei aufzuheben (KG act. 1 S. 2). Mit Ergänzung vom 14. April 2009 reichte er überdies eine Bestätigung des Konkursamtes \_\_\_\_\_ - Zürich vom gleichen Tag zu Händen des Obergerichts ein (KG act. 6 und 7). Antragsgemäss (KG act. 1 S. 2) wurde der Beschwerde vollumfänglich aufschiebende Wirkung verliehen mit der Feststellung, dass der Konkurs damit einstweilen als nicht eröffnet gelte (KG act. 10). Die Vorinstanz verzichtete explizit auf eine Vernehmlassung zur Beschwerde (KG act. 12). Die Beschwerdegegnerin reichte eine Beschwerdeantwort ein (KG act. 13), welche dem Beschwerdeführer zur Kenntnisnahme zugestellt wurde (KG act. 15, act. 16/1). Weitere Eingaben erfolgten im vorliegenden Verfahren nicht.

## II.

1. Die Vorinstanz erwog, es könne offen bleiben, ob dem Fristwiederherstellungsgesuch entsprochen werden müsse. Selbst wenn ihm entsprochen würde, müsste der Rekurs nämlich ohne Prüfung der Zahlungsfähigkeit abgewiesen werden. Der Beschwerdeführer habe es unterlassen, einen Beleg einzureichen, aus dem hervorgehe, dass die Kosten des Konkursamtes bei diesem sichergestellt worden seien (KG act. 2 S. 3 Erw. c). Der Konkurshinderungsgrund der Tilgung sei nur erfüllt, wenn der Schuldner die Forderung samt Zins und Kosten bezahlt habe. Zu diesen Kosten gehörten auch die konkursamtlichen Verfahrenskosten. Deren Sicherstellung habe der Beschwerdeführer nicht nachgewiesen. Schon das führe androhungsgemäss zur Abweisung des Rekurses (OG act. 2 S. 4).

2. Der Beschwerdeführer wirft der Vorinstanz Verletzungen seines Gehörsanspruchs, der richterlichen Fragepflicht, des Gebotes von Treu und Glauben

sowie überspitzten Formalismus vor (KG act. 1 S. 8 - 17). Nach seiner Auffassung habe sich die Vorinstanz nicht mit seinen Ausführungen und den beigelegten Beweismitteln auseinandergesetzt. Das Fristwiederherstellungsgesuch wäre seiner Meinung nach gutzuheissen gewesen, und zwar schon deshalb, weil die Beschwerdegegnerin damit einverstanden gewesen sei. Die versäumte Prozesshandlung müsse nicht gleichzeitig mit dem Fristwiederherstellungsgesuch nachgeholt werden. Die Vorinstanz scheine vom Gegenteil ausgegangen zu sein. Aufgrund des gestellten Fristwiederherstellungsgesuches, über das die Vorinstanz nicht entschieden habe, könne ihm nicht zum Nachteil gereichen, dass er den Nachweis über die Sicherstellung der Kosten des Konkursamtes nicht rechtzeitig erbracht habe. Die versäumte Prozesshandlung müsse erst nach der Bewilligung des Gesuchs erfolgen. Zudem sei ihm die Höhe der Kosten zum Zeitpunkt des Rekurses nicht bekannt gewesen. Der Beschwerdeführer habe der Vorinstanz 24 Beilagen zum Nachweis seiner Zahlungsfähigkeit eingereicht. Lediglich der Nachweis über die Sicherstellung der Kosten des Konkursamtes habe gefehlt. Die Vorinstanz hätte ihn nach Treu und Glauben darauf aufmerksam machen und ihm eine Nachfrist ansetzen müssen. Dass sie das nicht getan, sondern den Rekurs aus diesem Grund abgewiesen habe, sei überspitzter Formalismus, insbesondere auch, weil die 10-tägige Frist für die Einreichung des Fristwiederherstellungsgesuchs noch nicht verstrichen gewesen sei. Im Übrigen widerspreche es dem Grundgedanken des SchKG, wenn ein vermeidbarer Konkurs aufgrund eines unbedeutenden formellen Fehlers vollzogen werde, ohne dass dem säumigen Schuldner die Möglichkeit gewährt werde, den Mangel zu beheben. Die Vorinstanz habe überdies die richterliche Fragepflicht verletzt, indem sie ihn nicht auf sein unvollständiges Gesuch, d.h. das Fehlen eines Nachweises der Sicherstellung der Kosten des Konkursamtes, aufmerksam gemacht habe (KG act. 1 S. 9 - 15).

3. Mit Verfügung vom 21. Januar 2009 hatte die Vorinstanz dem Beschwerdeführer in zwei separaten Bereichen je eine Frist von 10 Tagen angesetzt, nämlich einerseits, um seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen und speziell bezeichnete Unterlagen dazu einzureichen (OG act. 10 S. 3 Dispositiv Ziffer 2), andererseits, um durch Urkunden den Nachweis zu erbringen, dass die beim

Konkursamt \_\_\_\_\_-Zürich entstandenen und noch entstehenden Kosten (inkl. Kosten des Konkursrichters) durch einen Barvorschuss sichergestellt worden seien (OG act. 10 S. 3 f. Dispositiv Ziffer 3). Beide separaten Fristansetzungen waren mit jeweiligen separaten Säumnisandrohungen versehen (OG act. 10 S. 3 f.). Während der Beschwerdeführer mit seiner Eingabe vom 5. Februar 2009 ausschliesslich zum ersten Bereich, der Glaubhaftmachung seiner Zahlungsfähigkeit, Unterlagen einreichte, ein Fristwiederherstellungsgesuch stellte und Ausführungen machte (OG act. 15, insbes. S. 1 unten/S. 2 oben), reichte er zum zweiten Bereich, dem Nachweis der Sicherstellung der beim Konkursamt entstandenen und noch entstehenden Kosten, gar nichts ein, weder Unterlagen noch Ausführungen noch ein Fristwiederherstellungsgesuch (das Fristwiederherstellungsgesuch in der Eingabe vom 5. Februar 2009 bezog sich explizit lediglich auf "die Frist zur Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit bzw. zur Einreichung der genannten Unterlagen" [wobei der Beschwerdeführer vorgängig "die Unterlagen der Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit" genannt hatte; OG act. 15 S. 1] [OG act. 15 S. 2]). Zutreffend stellte die Vorinstanz fest, dass der Beschwerdeführer keinen Beleg zur Sicherstellung der Kosten des Konkursamtes eingereicht hat, dass schon das androhungsgemäss (OG act. 10 Dispositiv Ziffer 3, KG act. 2 S. 4 zweiter Absatz a.E.) zur Abweisung des Rekurses führe, dass es deshalb auf die Frage der Zahlungsfähigkeit und auf das diesbezügliche Fristwiederherstellungsgesuch gar nicht ankomme. Die Vorinstanz setzte keinen Nichtigkeitsgrund, indem sie so vorging. Insbesondere verletzte sie weder den Gehörsanspruch des Beschwerdeführers noch die richterliche Fragepflicht noch handelte sie überspitzt formalistisch, indem sie ihn vor ihrem Entscheid nicht noch einmal darauf aufmerksam machte, dass nach wie vor kein Beleg zur Sicherstellung der Kosten des Konkursamtes vorhanden war, nachdem der Beschwerdeführer das bereits mit der Einreichung des Rekurses hätte nachweisen müssen (Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG), die Vorinstanz ihn aber schon einmal mit der Verfügung vom 21. Januar 2009 auf das Fehlen eines solchen Nachweises aufmerksam gemacht und ihm mittels expliziter (Nach-) Fristansetzung Gelegenheit zur Verbesserung dieses Mangels geboten hatte. Die weiteren Ausführungen in der Beschwerde zur Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit und dem diesbezüg-

lichen Fristwiederherstellungsgesuch gehen daran vorbei und damit fehl. Die Beschwerde ist schon aus diesem Grund abzuweisen.

4. Abgesehen davon ist es auch nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz davon ausging, der Beschwerdeführer habe mit seiner Eingabe vom 5. Februar 2009 alle Unterlagen eingereicht, welche er auf die Verfügung vom 21. Januar 2009 einreichen wollte, und ihm auch deshalb keine (weitere) Nachfrist ansetzte. Wohl muss grundsätzlich die versäumte Prozesshandlung nicht gleichzeitig mit einem Fristwiederherstellungsgesuch nachgeholt werden, wie der Beschwerdeführer geltend macht (Beschwerde KG act. 1 S. 10 f. Rz 41 und 43; vgl. Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, N 87 zu § 199). Dies ist jedoch auch nicht etwa untersagt, sondern vielmehr aus prozessökonomischen Gründen zu empfehlen (Hauser/Schweri, a.a.O.). Der Beschwerdeführer reichte mit der Eingabe vom 5. Februar 2009 "die Unterlagen der Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit ein" und stellte den prozessualen Antrag, die Frist dazu sei wiederherzustellen (OG act. 15 S. 1 f.). Aus dieser Eingabe ergibt sich in keiner Weise, dass der Beschwerdeführer erwartet hätte, mit einer Gutheissung des Fristwiederherstellungsgesuchs sei ihm die Frist neu anzusetzen bzw. diese laufe erst mit einer solchen Gutheissung und er wolle darauf weitere Unterlagen einreichen und Ausführungen machen. Vielmehr erweckte die Eingabe den Eindruck, dass der Beschwerdeführer damit die Eingabe, welche er auf die seiner Meinung nach versäumte Frist gemäss Präsidialverfügung vom 21. Januar 2009 machen wollte, einreichte und mit dem Fristwiederherstellungsgesuch ausschliesslich bezweckte, dass diese Eingabe und die damit eingereichten Unterlagen trotz der seiner Meinung nach versäumten Frist beachtet würden (vgl. insbes. auch die abschliessenden Ausführungen in OG act. 15 S. 8). Die Vorinstanz hatte auch deshalb keinen Anlass, dem Beschwerdeführer eine weitere Frist anzusetzen, zumal er bis zum Empfang des Beschlusses vom 11. März 2009 keine weitere Eingabe machte, sich auch nicht nach der Fristerstreckung erkundigte und auch sonst nicht zu erkennen gab, eine weitere Fristansetzung zu erwarten oder weitere Unterlagen oder Eingaben einreichen zu wollen.

Ging die Vorinstanz somit zu Recht davon aus, dass der Beschwerdeführer seine Eingabe vom 5. Februar 2009 mit den damit eingereichten Unterlagen (OG act. 16/1-24) als abschliessende Eingabe zur Wahrung der ihm mit Präsidialverfügung vom 21. Januar 2009 gebotenen Möglichkeiten verstand, setzte sie ihm zu Recht keine weitere Frist an. Wie bereits unter der vorstehenden Erwägung 3 erwähnt, erforderte auch unter diesem Aspekt weder der Gehörsanspruch des Beschwerdeführers noch das Gebot von Treu und Glauben noch das Verbot des überspitzten Formalismus noch die richterliche Fragepflicht, dass der Beschwerdeführer noch einmal auf das Fehlen eines Nachweises der Sicherstellung der Kosten des Konkursamtes aufmerksam gemacht und ihm noch eine weitere Frist zur Nachreichung eines entsprechenden Beleges angesetzt wurde. Die Beschwerde geht auch unter diesem Aspekt fehl.

5. Das Beschwerdeverfahren stellt keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter dar. Zu prüfen ist, ob der angefochtene Entscheid auf Grund des bei der Vorinstanz gegebenen Aktenstandes an einem Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 ZPO leidet. Daher sind neue tatsächliche Behauptungen, Einreden, Bestreitungen und Beweise, die eine Vervollständigung des Prozessstoffes bezwecken, über welchen der erkennende Richter zu entscheiden hatte, im Beschwerdeverfahren nicht zulässig (vgl. Guldener, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen nach Zürcherischem Recht, Zürich 1942, S. 67; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage, Zürich 1986, S. 16 ff.; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4 f. zu § 288 mit Hinweisen). Dass der Beschwerdeführer mittlerweile, nach Erlass des angefochtenen Beschlusses, die Kosten des Konkursamtes sichergestellt hat und im Beschwerdeverfahren einen entsprechenden Beleg einreichte (KG act. 1 S. 11 Ziff. 45 f., act. 6 und 7), ist deshalb für das Beschwerdeverfahren unbehelflich. Dies kann im Beschwerdeverfahren nicht beachtet werden.

6. Schliesslich ist kein Nachteil des Beschwerdeführers daraus ersichtlich, dass die Vorinstanz keine Abklärungen darüber traf, ob ihm die Verfügung vom 21. Januar 2009 am 23. oder am 26. Januar 2009 zugestellt wurde (KG act. 1 S. 15 f.). Abgesehen davon befremdet die Rüge, die Vorinstanz sei willkürlich

davon ausgegangen, dass diese Verfügung am 23. Januar 2009 zugestellt worden sei, auch deshalb, weil der damalige Vertreter des Beschwerdeführers in der Eingabe vom 5. Februar 2009 selber ausgeführt hatte, er habe diese Verfügung am gleichen Tag, an welchem er sie erhalten habe, nämlich am 23. Januar 2009, dem Beschwerdeführer gefaxt (OG act. 15 S. 2), und weil der damalige Vertreter des Beschwerdeführers selber davon ausgegangen ist, seine Eingabe vom 5. Februar 2009 sei verspätet.

7. Zusammenfassend ist festzustellen, dass der Beschwerdeführer keinen Nichtigkeitsgrund nachwies. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung und ist der Konkurs über den Beschwerdeführer neu zu eröffnen.

### III.

Ausgangsgemäss wird der Beschwerdeführer auch für das Beschwerdeverfahren kostenpflichtig (Art. 52 lit. b i.V. mit Art. 61 GebV SchKG). Die Beschwerdegegnerin verlangte keine Parteientschädigung (KG act. 13), weshalb ihr auch keine zuzusprechen ist.

**Das Gericht beschliesst:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann. Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung, und über den Schuldner wird mit Wirkung ab **27. August 2009, 11.15 Uhr**, der Konkurs eröffnet.
2. Die Spruchgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 500.-- und dem Beschwerdeführer auferlegt.
3. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. 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. Es handelt sich um eine Streitigkeit im Sinne von Art. 74 Abs. 2 lit. d BGG.  
  
Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Beschlusses des Obergerichtes vom 11. März 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.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, an den Konkursrichter des Bezirkes Zürich, an das Konkursamt \_\_\_\_\_-Zürich, an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich \_\_, je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der juristische Sekretär: