



---

Kass.-Nr. AA090110/U/Np

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Sylvia Frei, der Kassationsrichter Paul Baumgartner und die Kassationsrichterin Yvona Griesser sowie der juristische Sekretär Markus Nietlispach

## **Zirkulationsbeschluss vom 28. Oktober 2009**

in Sachen

X.,

...,

Schuldner, Rekurrent und Beschwerdeführer

gegen

Y.,

...,

Gläubigerin, Rekursgegnerin und Beschwerdegegnerin  
vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. \_\_\_\_\_

betreffend

**Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung (Art. 190 SchKG)**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des  
Obergerichts des Kantons Zürich vom 29. Juni 2009 (NN090060/U)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

1.a) Mit Verfügung vom 11. Mai 2009 (ER act. 26 = OG act. 2 = OG act. 3) eröffnete der Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirkes Q. (Konkursrichter) auf entsprechendes Begehren der Beschwerdegegnerin (Gläubigerin und Rekursgegnerin) vom 23. März 2009 (vgl. ER act. 1) hin gestützt auf Art. 190 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG ohne vorgängige Betreibung den Konkurs über den (damals anwaltlich vertretenen) Beschwerdeführer (Schuldner und Rekurrent). Dagegen liess der Beschwerdeführer Rekurs mit dem Antrag auf Aufhebung des Konkurserkennnisses erheben (OG act. 1), welchem mit Verfügung vom 29. Mai 2009 aufschiebende Wirkung gewährt wurde (OG act. 5). Anlässlich ihrer Rekursantwort vom 16. Juni 2009, in der sie in der Sache selbst auf Abweisung des Rekurses schloss, beantragte die Beschwerdegegnerin eventualiter für den Fall, dass dem Rekurs entgegen ihrem prozessualen (Haupt-)Antrag der Suspensiveffekt nicht entzogen würde, eine Grundbuchsperrung, um eine Verfügung des Beschwerdeführers über Kaufs- und Vorkaufsrechte an vier Stockwerkeigentumseinheiten der Liegenschaft Z.-Weg 00 in A. zu verhindern (OG act. 10). Daraufhin wurde dem Beschwerdeführer mit Verfügung vom 19. Juni 2009 unter Androhung von Ungehorsamsstrafe im Widerhandlungsfall (Art. 292 StGB) verboten, über die betreffenden Rechte zu verfügen (OG act. 13). Am 29. Juni 2009 beschloss die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich (Vorinstanz), den Rekurs unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beschwerdeführers abzuweisen, und sie eröffnete über diesen mit Wirkung ab 29. Juni 2009, 16.15 Uhr, den Konkurs neu; zugleich beauftragte sie das Konkursamt B. mit dem Vollzug (OG act. 15 = KG act. 2).

b) Gegen diesen Rekursentscheid richtet sich die vorliegende, vom Beschwerdeführer persönlich eingereichte, an das Kassationsgericht adressierte, am 2. August 2009 zur Post gegebene (vgl. KG act. 7) und als Rekurs bezeichnete Eingabe vom 30. Juli 2009 (KG act. 1). Da ein (weiterer) Rekurs gegen einen Rekursentscheid von vornherein ausgeschlossen ist, der obergerichtliche Beschluss aber der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde unterliegt (vgl. § 281 ZPO und RB 1997 Nr. 34; s.a. Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilpro-

zessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 71 zu § 213 ZPO; Spühler, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht II, 3. A., Zürich 2003, S. 16; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, Das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3 Bde., 4. A., Zürich 1997/1999/2001, N 8 zu Art. 174 SchKG) und eine Konversion in dieses Rechtsmittel ohne weiteres möglich ist (vgl. dazu BGE 134 III 382, Erw. 1.2; 131 I 296, Erw. 1.3; 126 II 509, Erw. 1/b, je m.w.Hinw.), ist diese Eingabe unter den gegebenen Umständen – trotz ihrer falschen Bezeichnung – entsprechend der im vorinstanzlichen Beschluss erteilten Rechtsmittelbelehrung (KG act. 2 S. 10, Disp.-Ziff. 7 Abs. 1) sinngemäss als Nichtigkeitsbeschwerde im Sinne von §§ 281 ff. ZPO entgegenzunehmen (s.a. KG act. 8 S. 2). Darin verlangt der Beschwerdeführer die Aufhebung des vorinstanzlichen Beschlusses und – letztlich – auch der Konkursöffnung (KG act. 1 S. 2). Ausserdem erklärt er mit Eingabe vom 1. August 2009, ebenfalls tags darauf zur Post gegeben, unter Beilage eines ärztlichen Zeugnisses (KG act. 4), dass er krankheitshalber erst zu diesem Zeitpunkt dazu gekommen sei, den "Rekurs" zu verschicken (KG act. 3).

Neben dem kantonalen Rechtsmittel hat der Beschwerdeführer gegen den vorinstanzlichen Beschluss auch Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht erhoben, welches Verfahren mit (bundesgerichtlicher) Verfügung vom 30. September 2009 bis zum Abschluss des kantonalen Beschwerdeverfahrens sistiert wurde (vgl. KG act. 26).

c) Mit Präsidialverfügung vom 4. August 2009 (KG act. 8) wurden die vorinstanzlichen Akten beigezogen (s.a. KG act. 6 und 10) und der Beschwerde einstweilen in dem Sinne aufschiebende Wirkung verliehen, dass das Konkursverfahren (unter Vorbehalt von Sicherungs- sowie zwingenden und nicht aufschiebbaren Massnahmen zur Werterhaltung des schuldnerischen Vermögens) vorläufig nicht weitergeführt werden kann. Weil die Beschwerdeerhebung verspätet erfolgt war (vgl. dazu nachstehende Erw. 2), wurde dem Beschwerdeführer überdies Frist angesetzt, um die genauen Umstände darzulegen und schlüssig zu belegen, aufgrund derer er nicht in der Lage war, seine (sinngemässe) Nichtigkeitsbeschwerde rechtzeitig, d.h. bis zum 31. Juli 2009, zu Post zu geben oder durch eine Drittperson zur Post geben zu lassen; dies unter der Androhung, dass bei

Säumnis Abweisung seines sinngemässen Gesuchs um Wiederherstellung der Beschwerdefrist drohe.

Mit fristwahrender (vgl. KG act. 8 und 9/1) Eingabe vom 24. August 2009 legte der Beschwerdeführer die Gründe für die verspätete Einreichung der Beschwerde dar, wobei er verlangte, seine Ausführungen vertraulich zu behandeln (KG act. 12). Weil diesem Ansinnen aus prozessualen Gründen (Anspruch der Beschwerdegegnerin auf rechtliches Gehör bzw. auf Stellungnahme zum Restitutionsgesuch) nicht entsprochen werden konnte, wurde er mit Präsidialverfügung vom 26. August 2009 aufgefordert, dem Gericht mitzuteilen, ob er der Zustellung seiner Eingabe an die Beschwerdegegnerin zustimme. In der Folge reichte der Beschwerdeführer innert hiefür angesetztter Frist (vgl. KG act. 13 und 14/1) eine durch (blosse) Streichung gewisser Textstellen leicht gekürzte, im Übrigen jedoch inhaltlich identische Rechtsschrift zu den Säumnisgründen nach (KG act. 18), und er beantragte, der Beschwerdegegnerin diese (neue) Fassung zur Stellungnahme zuzustellen (KG act. 17), was mit Präsidialverfügung vom 10. September 2009 auch geschah (KG act. 20).

d) Die Vorinstanz hat ausdrücklich auf Vernehmlassung zur Beschwerde verzichtet (KG act. 22). Demgegenüber beantragt die Beschwerdegegnerin in ihrer rechtzeitig erstatteten (vgl. KG act. 20 und 21/2) Beschwerdeantwort vom 29. September 2009, die dem Beschwerdeführer unter dem 30. September 2009 zur Kenntnisnahme zugestellt wurde (KG act. 24 und 25/1), das Gesuch um Wiederherstellung der Beschwerdefrist abzuweisen und auf die Beschwerde nicht einzutreten; eventualiter sei die Beschwerde vollumfänglich abzuweisen (KG act. 23, insbes. S. 2). Weitere Stellungnahmen sind nicht eingegangen.

2. Der Beschwerdeführer (bzw. sein Rechtsvertreter) hat den angefochtenen Rekursentscheid am 1. Juli 2009 in Empfang genommen (OG act. 16/1). Demzufolge lief die dreissigtägige Beschwerdefrist (§ 287 ZPO) am 31. Juli 2009 (um Mitternacht) ab (vgl. §§ 191 f. und § 140 Abs. 2 und 3 GVG). Damit erweist sich die erst am 2. August 2009 zur Post gegebene Beschwerde als verspätet (vgl. § 193 GVG und KG act. 7), was vom Beschwerdeführer auch nicht bestritten wird. Indessen erklärt Letzterer in seinem Begleitschreiben zur Beschwerde, dass es

ihm infolge Krankheit nicht möglich gewesen sei, die Beschwerde rechtzeitig einzureichen (KG act. 3). Mit dieser Entschuldigung für die Verspätung und der gleichzeitigen Einreichung der Beschwerdeschrift bringt er zum Ausdruck, dass er die Beschwerdefrist gegen seinen Willen versäumt habe und er wünsche, die Beschwerdeerhebung möge wegen der vorgebrachten Tatsache (Krankheit) als rechtzeitig betrachtet werden. Darin kann ein sinngemässer Antrag auf Wiederherstellung derselben (im Sinne von § 199 Abs. 1 GVG) erblickt werden (Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, N 84 zu § 199 GVG). Da dieser Antrag die Wahrung der Beschwerdefrist und somit eine Eintretensvoraussetzung betrifft, ist er vorweg zu beurteilen.

3.a) Mit Blick auf die sachliche Zuständigkeit ist zunächst festzuhalten, dass die Beurteilung eines Restitutionsgesuchs jener Instanz obliegt, die über die nachzuziehende Prozesshandlung zu befinden hätte, wenn die Frist nicht versäumt worden wäre. Bei der Frist zur Einreichung einer kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde (§ 287 ZPO) handelt es sich um eine Rechtsmittelfrist, deren Einhaltung von der angerufenen Rechtsmittelinstanz zu prüfen ist. Die Zuständigkeit für die Wiederherstellung der Beschwerdefrist liegt demnach beim Kassationsgericht (Hauser/Schweri, a.a.O., N 95 zu § 199 GVG m.w.Hinw.).

b) Sodann handelt es sich bei der versäumten, in § 287 ZPO statuierten Beschwerdefrist nicht um eine bundesrechtliche, sondern um eine Frist des kantonalen Rechts. Deshalb richtet sich deren Restitution nicht nach bundesrechtlichen Vorschriften (wie insbes. Art. 33 Abs. 4 SchKG oder Art. 50 BGG), sondern nach §§ 199 f. GVG (vgl. Hauser/Schweri, a.a.O., N 15 f. zu § 199 GVG; ZR 102 Nr. 29, Erw. 2/b).

c) Gemäss § 199 Abs. 1 GVG kann das Gericht auf Antrag der säumigen Partei eine wider deren Willen verpasste (vgl. Hauser/Schweri, a.a.O., N 3 f. zu § 199 GVG) gesetzliche oder richterliche Frist wiederherstellen, bei grobem Verschulden der gesuchstellenden Partei oder ihres Vertreters allerdings nur mit Einwilligung der Gegenpartei; gegen deren Willen ist eine Restitution diesfalls also nicht zulässig. Andererseits muss nach konstanter Praxis bei fehlendem oder nur leichtem Verschulden des Gesuchstellers oder seines Vertreters (bzw. einer allen-

falls beigezogenen Hilfsperson) die Wiederherstellung selbst dann gewährt werden, wenn die Gegenpartei die Zustimmung verweigert (ZR 107 Nr. 61, Erw. II/1/a; vgl. zum Ganzen auch ZR 83 Nr. 111, Erw. 3/b; Hauser/Schweri, a.a.O., N 8 f., 13, 15, 79 ff. und 92 zu § 199 GVG).

Das (allenfalls sinngemässe) Gesuch um Fristwiederherstellung ist spätestens zehn Tage nach dem Wegfall des Hindernisses zu stellen (§ 199 Abs. 3 GVG) und muss begründet werden. Konkret sind darin die Wiederherstellungsgründe genau anzugeben und soweit möglich durch entsprechende Nachweise zu belegen (Hauser/Schweri, a.a.O., N 87 zu § 199 GVG; Lieber, Zur richterlichen Fragepflicht gemäss § 55 der zürcherischen Zivilprozessordnung, in: Rechtsschutz, Festschrift zum 70. Geburtstag von Guido von Castelberg, Zürich 1997, S. 172). Es ist mit anderen Worten Sache des Gesuchstellers, die Umstände der Säumnis darzutun und die für die Fristwiederherstellung massgeblichen Tatsachen zu beweisen (RB 1976 Nr. 18 [zu § 221 aGVG, der sich inhaltlich mit § 199 Abs. 1 GVG deckt]; 2002 Nr. 68; ZR 107 Nr. 57; Kass.-Nr. 96/339 vom 12.5.1997 i.S. T.c.L., Erw. II/2/c, m.w.Hinw.; 2003/001 REV vom 24.6.2003 i.S. K. et al. c. K., Erw. 3.3/c). Dabei darf der Richter – besonders wenn die Gegenpartei sich gegen die Wiederherstellung zur Wehr setzt und die vom Gesuchsteller behaupteten Tatsachen bestreitet – nicht unbesehen auf die Begründung im Restitutionsgesuch abstellen. Vielmehr ist die Richtigkeit der vorgebrachten Gründe notwendigfalls durch ein Beweisverfahren abzuklären. Das setzt allerdings voraus, dass der Gesuchsteller Beweise anboten hat. Von Amtes wegen sind zugunsten der Wiederherstellung jedoch keine Beweise abzunehmen, die nicht beantragt worden sind (Hauser/Schweri, a.a.O., N 98 zu § 199 GVG; ZR 107 Nr. 61, Erw. II/1/b m.w.Hinw.). Fehlen schlüssige Beweise oder geeignete Beweisofferten, kann die Restitution als Folge der gesetzlichen Beweislastverteilung, d.h. des Umstands, dass der Gesuchsteller die Beweislast für die Wiederherstellungsgründe und damit auch die Folgen der Beweislosigkeit trägt, nicht gewährt werden.

Genügt ein Restitutionsgesuch diesen inhaltlichen Anforderungen (hinsichtlich Begründung und Nachweis der Säumnisgründe) nicht, sondern ist es mangelhaft begründet oder nicht hinreichend mit Beweismitteln oder -offerten doku-

mentiert, hat das Gericht in Anwendung von § 55 ZPO die richterliche Fragepflicht auszuüben und dem Gesuchsteller Gelegenheit zur Behebung des Mangels zu geben (Hauser/Schweri, a.a.O., N 88 zu § 199 GVG; Lieber, a.a.O., S. 172; Kass.-Nr. 94/373 vom 14.1.1995 i.S. U.c.Z., Erw. II/2; ZR 95 Nr. 18). Dabei reicht nach den von der Praxis entwickelten Grundsätzen eine einmalige richterliche Aufforderung zur Ergänzung eines unbestimmt, unklar oder unvollständig gebliebenen Vorbringens unter dem Gesichtspunkt von § 55 ZPO in aller Regel aus (ZR 104 Nr. 9, Erw. II/2.2/c/aa a.E.; 107 Nr. 25, Erw. II/3.3/c/bb m.w.Hinw.; Brönnimann, Die Behauptungs- und Substanziierungslast im schweizerischen Zivilprozessrecht, Bern 1989, S. 70; Walder-Richli/Grob-Andermacher, Zivilprozessrecht, 5. A., Zürich/Basel/Genf 2009, § 17 Rz 17; s.a. ZR 108 Nr. 1, Erw. II/3/b m.w. Hinw. [betreffend den gleich gelagerten Fall eines mangelhaft begründeten Armenrechtsgesuchs]). Bleibt das Vorbringen bezüglich der Wiederherstellungsgründe auch danach unvollständig, besteht die Gefahr, dass auf das unvollständige Vorbringen abgestellt und der Entscheid insofern zu Ungunsten der gesuchstellenden Partei ausfällt (Lieber, a.a.O., S. 182/183; Walder-Richli/Grob-Andermacher, a.a.O., § 17 Rz 14). Insbesondere verlangt die richterliche Fragepflicht nicht, dass der Richter im Falle misslungener Beweisführung die beweisbelastete Partei zur Beweisergänzung auffordert (ZR 108 Nr. 25, Erw. II/4.1; RB 2001 Nr. 64; Sarbach, Die richterliche Aufklärungs- und Fragepflicht im schweizerischen Zivilprozessrecht, Bern 2003, S. 218).

4.a) Der Beschwerdeführer beabsichtigt, kantonale Nichtigkeitsbeschwerde gegen den obergerichtlichen Beschluss vom 29. Juni 2009 zu führen. Er hat es jedoch unterlassen, diese innert gebotener (dreissigtägiger) Frist einzureichen (vgl. vorstehende Erw. 2). Somit hat er die Frist zur Begründung der Beschwerde gegen seinen Willen versäumt. Überdies hat er sein (sinngemäßes) Gesuch um Restitution der Beschwerdefrist vom 1. August 2009 (Postaufgabe: 2. August 2009) innert der zehntägigen Frist von § 199 Abs. 3 GVG gestellt. Da das Gesuch jedoch mangelhaft begründet und belegt war, wurde ihm in Ausübung der richterlichen Fragepflicht (§ 55 ZPO) mit Präsidialverfügung vom 4. August 2009 (KG act. 8) eine zehntägige Frist angesetzt, um die genauen Umstände darzulegen, aufgrund derer er nicht in der Lage war, seine Beschwerde rechtzeitig zur Post zu

geben oder geben zu lassen, verbunden mit der Aufforderung, die entsprechenden Vorbringen schlüssig zu belegen. Dabei wurde er ausdrücklich darauf hingewiesen, dass sich im Lichte der diesbezüglichen Praxis mit dem beigebrachten ärztlichen Zeugnis (KG act. 4) der rechtsgenügende Nachweis fehlenden groben Verschuldens an der verspäteten Rechtsmittelergreifung nicht erbringen lasse, und dass bei Säumnis Abweisung des Restitutionsgesuchs drohe. In seiner (für die Beurteilung massgeblichen) fristwahrenden Eingabe vom 24. August / 8. September 2009 schildert der Beschwerdeführer die Umstände, die zur Säumnis geführt haben sollen (KG act. 18).

Die Beschwerdegegnerin ihrerseits opponiert gegen eine Wiederherstellung der Beschwerdefrist (KG act. 23 S. 2 ff., Ziff. I/1-2). Folglich darf Restitution (mangels Einwilligung der Gegenpartei) nur dann erteilt werden, wenn dem Beschwerdeführer der Nachweis gelingt, dass ihn kein grobes Verschulden an der Säumnis trifft. Wie es sich damit verhält, ist nachstehend zu prüfen.

b) Der Beschwerdeführer macht geltend, er habe die Beschwerde zufolge Krankheit nicht rechtzeitig einreichen können. Dabei verweist er auf ein ärztliches Zeugnis vom 1. August 2009, in welchem eine ambulante Behandlung vom 1. August 2009 vermerkt und ihm für die Zeit vom 30. Juli bis 4. August 2009 eine 100%-ige Arbeitsunfähigkeit attestiert wird (KG act. 4). Daran sei in keiner Weise zu zweifeln. Im Einzelnen führt er (zusammengefasst) aus, dass er mehrfache chronische Krankheiten habe und am 31. Juli 2009 spätabends in die Notfallabteilung des Universitätsspitals Zürich habe eingeliefert werden müssen, nachdem er sich bereits seit über einer Woche nicht gut gefühlt und eine akute Krise vom 29./30. Juli 2009 zuvor noch mit Hilfe eines Notfallarztes hätte beigelegt werden können. Dort sei er untersucht und bis zu seiner Entlassung aus der Notfallabteilung am 1. August 2009 ambulant behandelt worden. Deshalb sei er nicht in der Lage gewesen, die Beschwerdeschrift innert der gesetzlichen Frist fertigzustellen und auf die Post zu geben. Vielmehr sei diese von seinem Sohn fertiggestellt und am 2. August 2009 zur Post gegeben worden, wobei deren falsche Datierung offensichtlich übersehen worden sei. Unter diesen Umständen habe die (bei Frist-

ablauf krankheitsbedingt noch gar nicht fertiggestellte) Beschwerdeschrift auch nicht rechtzeitig durch Dritte zur Post gebracht werden können (KG act. 18).

Die Beschwerdegegnerin bestreitet diese Vorbringen, die in keiner Weise belegt seien und ihrer Ansicht nach den Eindruck einer blossen Schutzbehauptung hinterliessen (KG act. 23 S. 2, Ziff. I/1).

c) Die Ausführungen des Beschwerdeführers zu den Säumnisgründen erscheinen (als solche) an sich keineswegs als unplausibel. Wie die Beschwerdegegnerin zutreffend festhält, bleiben sie jedoch in Missachtung der dahingehenden Aufforderung in der Präsidialverfügung vom 4. August 2009 – vom genannten ärztlichen Zeugnis abgesehen – vollends unbelegt. Dieses Zeugnis attestiert dem Beschwerdeführer für die Zeit vom 30. Juli bis 4. August 2009 zwar eine 100%-ige Arbeitsunfähigkeit, woran zu zweifeln keine Veranlassung besteht. Indessen ist nach der gefestigten Praxis zu § 199 GVG allein mit der (nur hierfür beweiskräftigen) ärztlichen Bescheinigung einer 100%-igen Arbeitsunfähigkeit bzw. der Bemerkung, der Patient sei "zu 100% krankgeschrieben" (vgl. KG act. 4), noch nicht (auch) rechtsgenügend nachgewiesen, dass und weshalb (d.h. aufgrund welcher besonderen Umstände) die gesuchstellende Partei daran gehindert war, die Beschwerde innert Frist einzureichen, zumal dies nicht notwendigerweise persönlich zu geschehen hat, sondern damit auch eine Drittperson betraut werden kann und Letzteres in aller Regel auch bei Arbeitsunfähigkeit oder (nicht näher spezifizierter) Krankheit möglich bleibt. Überdies spricht das Zeugnis (bloss) von einer "ambulanten Behandlung" vom 1. August 2009, ohne auch nur einen ansatzweisen Hinweis dafür zu enthalten, dass die Einlieferung bereits am 31. Juli 2009 und damit am letzten Tag der laufenden Beschwerdefrist erfolgt sei. Aus diesen Gründen wurde dem Beschwerdeführer in der Präsidialverfügung vom 4. August 2009 denn auch mitgeteilt, dass das mit der Beschwerdeschrift beigebrachte Arztzeugnis für sich allein nicht geeignet sein dürfte, den rechtsgenügenden Nachweis eines Wiederherstellungsgrundes zu erbringen (KG act. 8 S. 2/3).

Ungeachtet der gerichtlichen Aufforderung, die genauen Umstände der Säumnis nicht nur darzulegen (was der Beschwerdeführer in der Eingabe vom 24. August / 8. September 2009 getan hat), sondern auch *schlüssig zu belegen*

(KG act. 8 S. 3), unterlässt es der Beschwerdeführer (auch nach Kenntnisnahme des dahingehenden Vorhalts in der Beschwerdeantwort [vgl. KG act. 23 S. 2, Ziff. I/1, sowie BGE 133 I 98 ff.; 133 I 100 ff.; ZR 107 Nr. 22, Erw. II/2-3]), seine Vorbringen mit beweiskräftigen Belegen (z.B. schriftliche Bestätigung seiner Darstellung durch einen der behandelnden Ärzte bzw. des Universitätsspitals) zu dokumentieren oder wenigstens sachdienliche Beweise (z.B. Nennung von Zeugen) für seine Sachdarstellung zu offerieren. Insbesondere ist das als einziges Beweismittel eingereichte ärztliche Zeugnis vom 1. August 2009, aus dem lediglich hervorgeht, dass er gegen Ende bzw. während der letzten beiden Tage der Beschwerdefrist zu 100% arbeitsunfähig bzw. krankgeschrieben war und am 1. August 2009 (und mithin erst nach Ablauf der Beschwerdefrist) im Kantonsspital Zürich ambulant behandelt wurde, aus den bereits genannten Gründen nicht geeignet, die beschwerdeführerische Sachdarstellung im entscheidnotwendigen Umfang zu beweisen. Nach dem Gesagten darf beim Wiederherstellungsentscheid aber nicht einfach auf die Darstellung des Beschwerdeführers (als Gesuchsteller) abgestellt werden, zumal sie von der Beschwerdegegnerin explizit bestritten wird (KG act. 23 S. 2, Ziff. I/1). Vielmehr hätte der Beschwerdeführer die geltend gemachten Hinderungsgründe zu beweisen. Da dies (auch nach entsprechender gerichtlicher Aufforderung) nicht geschehen ist und der Beweis mangels frist- und formgerechter Beweisofferten auch nicht (mehr) angetreten werden kann, bleiben seine (von der Gegenseite bestrittenen) Behauptungen unbewiesen.

Die Folgen der Beweislosigkeit der von ihm geltend gemachten Säumnisgründe hat nach der gesetzlichen Beweislastverteilung der Beschwerdeführer zu tragen. Konkret bedeutet dies: Mangels Beweisführung bzw. Beweises sind die behaupteterweise zur Säumnis führenden tatsächlichen Umstände nicht (im beweisrechtlichen Sinne) erstellt, d.h. es steht aufgrund der Aktenlage nicht mit dem zur richterlichen Überzeugung der Richtigkeit führenden Grad an Wahrscheinlichkeit fest, dass der vom Beschwerdeführer geschilderte Sachverhalt sich tatsächlich so zugetragen hat. Damit hat der (beweisbelastete) Beschwerdeführer auch nicht rechtsgenügend dargetan, dass er aus Gründen, an denen ihn kein grobes Verschulden trifft, nicht in der Lage war, die Beschwerdeschrift innert Frist einzureichen. (Damit soll in keiner Weise unterstellt werden, dass die tatsächlichen

Vorbringen in der Eingabe vom 24. August / 8. September 2009 nicht der Wahrheit entsprechen; es wird lediglich festgestellt, dass der Beschwerdeführer für diese – möglicherweise durchaus richtigen – Behauptungen keinen rechtsgenügenden Beweis erbracht hat, was für eine Fristwiederherstellung indessen unabdingbar wäre.) Deshalb kann die beantragte Wiederherstellung gegen den Willen der Beschwerdegegnerin nicht gewährt werden. Vielmehr muss das Gesuch um Restitution der Beschwerdefrist (androhungsgemäss) abgewiesen werden.

5. Es bleibt folglich dabei, dass die Beschwerde verspätet eingereicht wurde. Weil es sich bei der Wahrung der Beschwerdefrist um eine von Amtes wegen zu prüfende Rechtsmittelvoraussetzung handelt, kann auf die Beschwerde nicht eingetreten werden (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4 vor §§ 259 ff. ZPO [und N 15 f. zu § 108 ZPO]; Spühler/Vock, a.a.O., S. 79; Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979, S. 491, 493 und 504; s.a. BGE 104 Ia 4 f.). Damit entfällt die ihr verliehene (beschränkte) aufschiebende Wirkung, wobei der Suspensiveffekt, den das Bundesgericht der bereits erhobenen Beschwerde in Zivilsachen zuerkannt hat (vgl. KG act. 26), davon nicht berührt wird.

6.a) Der Beschwerdeführer unterliegt mit seinem (Rechtsmittel-)Antrag auf Aufhebung des Rekursentscheids. Dementsprechend sind ihm die Kosten für das vorliegende Beschwerdeverfahren aufzuerlegen. Sie bestehen gemäss neuerer kassationsgerichtlicher Praxis auch bei Nichtigkeitsbeschwerden der vorliegenden Art, d.h. bei Beschwerden gegen Entscheide, die in betriebsrechtlichen Summarsachen (d.h. im Rahmen von Verfahren nach Art. 25 Ziff. 2 SchKG) ergangen sind, in einer (sämtliche Kosten abdeckenden; vgl. Art. 49 Abs. 1 GebV SchKG) pauschalen Spruchgebühr nach Art. 48 i.V.m. Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG bzw. – bei Entscheiden betreffend Konkurseröffnung – nach Art. 52 i.V.m. Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG (vgl. RB 2003 Nr. 30; Kass.-Nr. AA060058 vom 15.5.2006 i.S. P.c.P., Erw. 6; AA060137 vom 22.9.2006 i.S. E.c.H., Erw. 6; AA080008 vom 31.1.2008 i.S. C.c.S., Erw. 3; s.a. Kass.-Nr. AA030119 vom 11.9.2003 i.S. M.c.K., Erw. 3).

b) Überdies ist der Beschwerdeführer zu verpflichten, der (im Beschwerdeverfahren obsiegenden) Beschwerdegegnerin eine Parteientschädigung zu be-

zahlen, deren Voraussetzungen und Höhe sich praxisgemäss ebenfalls nach den Vorschriften der GebV SchKG, insbesondere nach Art. 62 Abs. 1 GebV SchKG (und nicht nach denjenigen der ZPO und der AnwGebV) richten (RB 2003 Nr. 30; Kass.-Nr. AA080008 vom 31.1.2008 i.S. C.c.S., Erw. 3; s.a. BGer 5P.86/2005 vom 25.8.2005, Erw. 3).

7. Beim vorliegenden Beschluss handelt es sich um einen kantonal letztinstanzlichen Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG, der nach Art. 72 Abs. 2 lit. a BGG (unabhängig vom Streitwert; vgl. Art. 74 Abs. 2 lit. d BGG) aus den in Art. 95 ff. BGG genannten (Rüge-)Gründen mit Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht angefochten werden kann (vgl. z.B. BGE 133 III 689 f., Erw. 1.2; BGer 5A\_277/2008 vom 21.10.2008, Erw. 1.1).

Demgegenüber dürfte die Vorschrift von Art. 100 Abs. 6 BGG betreffend den Fristbeginn für die (direkte) Anfechtung des *obergerichtlichen* (Rekurs-)Entscheids beim Bundesgericht bzw. für eine allfällige Ergänzung der in casu bereits eingereichten Beschwerde in Zivilsachen (vgl. dazu BGer 4A\_146/2007 vom 8.2.2008, Erw. 1; 5A\_29/2007 vom 29.5.2008, Erw. 1; KG act. 26) wegen Mängeln, deren Überprüfung dem Kassationsgericht (insbesondere wegen des in § 285 ZPO statuierten Grundsatzes der Subsidiarität der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde gegenüber den bundesrechtlichen Rechtsmitteln) entzogen ist, im vorliegenden Fall mangels Rechtzeitigkeit der (kantonalen) Beschwerde keine Anwendung finden (vgl. BGE 135 III 339 f., Erw. 1.3; BGer 4A\_216/2008 vom 20.8.2008, Erw. 1.2; 4A\_398/2008 vom 18.12.2008, Erw. 1.3.2; 5A\_302/2009 vom 2.7.2009, Erw. 1.4). Darüber hätte gegebenenfalls aber das Bundesgericht zu entscheiden.

**Das Gericht beschliesst:**

1. Das Gesuch des Beschwerdeführers um Wiederherstellung der Beschwerdefrist wird abgewiesen.
2. Auf die Nichtigkeitsbeschwerde wird nicht eingetreten.  
Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.
3. Die Spruchgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 500.--.
4. Die Spruchgebühr wird dem Beschwerdeführer auferlegt.
5. Der Beschwerdeführer wird verpflichtet, der Beschwerdegegnerin für das Kassationsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'000.-- zu bezahlen.
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. Es handelt sich um einen Endentscheid im Sinne von Art. 90 i.V.m. Art. 74 Abs. 2 lit. d BGG.  
  
Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, den Einzelrichter im summarischen Verfahren (Konkurssachen) des Bezirkes Q. (Proz.-Nr. EK090097), das Konkursamt B., das Handelsregisteramt des Kantons Zürich, das Betreibungsamt A., das Grundbuchamt B. und das Schweizerische Bundesgericht (Proz.-Nr. 5A\_506/2009), je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der juristische Sekretär: