



Kass.-Nr. AA100028/U/mum

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

Zirkulationsbeschluss vom 26. April 2010

in Sachen

H,

...,

Schuldner, Rekurrent und Beschwerdeführer

gegen

C AG,

...,

Gläubigerin, Rekursgegnerin und Beschwerdegegnerin

betreffend

Konkurseröffnung

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 13. Januar 2010 (NN090150/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

1. Der Konkursrichter am Bezirksgericht N eröffnete am 7. Dezember 2009 über den Beschwerdeführer (Schuldner) den Konkurs. Das Obergericht (II. Zivilkammer) trat mit Beschluss vom 13. Januar 2010 auf den vom Beschwerdeführer dagegen erhobenen Rekurs nicht ein und begründete dies in erster Linie damit, dass der Beschwerdeführer den ihm mit Präsidialverfügung vom 29. Dezember 2009 angesetzten Barvorschuss zur Sicherstellung der obergerichtlichen Spruchgebühr nicht geleistet habe (KG act. 2).

Mit vom 26. Februar 2010 datierter Eingabe erhob der Beschwerdeführer Nichtigkeitsbeschwerde gegen den genannten obergerichtlichen Beschluss (KG act. 1). Es wurden keine Beschwerdeantwort der Beschwerdegegnerin und keine Vernehmlassung des Obergericht eingeholt.

2. a) 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 selbst nachweisen muss (§ 288 Ziff. 3 ZPO). In der Beschwerdebegründung sind insbesondere die angefochtenen Stellen des vorinstanzlichen Entscheides zu bezeichnen und diejenigen Aktenstellen, aus denen sich ein Nichtigkeitsgrund ergeben soll, im Einzelnen anzugeben. Es ist nicht Sache der Kassationsinstanz, in den vorinstanzlichen Akten nach den Grundlagen des geltend gemachten Nichtigkeitsgrundes zu suchen. Wer die vorinstanzliche Beweiswürdigung als willkürlich rügt, muss in der Beschwerde genau darlegen, welche tatsächlichen Annahmen des angefochtenen Entscheides auf Grund welcher Aktenstellen willkürlich sein sollen. Wird Aktenwidrigkeit einer tatsächlichen Annahme behauptet, so sind ebenfalls die Bestandteile der Akten, die nicht oder nicht in ihrer wahren Gestalt in die Beweiswürdigung einbezogen worden sein sollen, genau anzugeben. Wer vorbringt, angerufene Beweismittel seien nicht abgenommen worden, hat zu sagen, wo und zu welchen Behauptungen er sich auf diese berufen hat (ZR 81 Nr. 88 Erw. 6; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3.A., Zürich 1997, N 4 zu § 288;

Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 72 f.; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2.A., Zürich 1986, S. 16 ff.).

b) Der Beschwerdeführer rügt, das Obergericht erwähne im angefochtenen Entscheid seine Eingabe vom 1. Januar 2010 (OG act. 9), mit welcher er auf die Verfügung vom 29. Dezember 2009 geantwortet habe, nicht. Ebenfalls habe es seine "Mahnung" vom 2. Februar 2010 (OG act. 14) nicht befolgt (KG act. 1 Ziff. 0, 3. Absatz).

Soweit der Beschwerdeführer in seiner Eingabe vom 1. Januar 2010 auf die Auflage eines Barvorschusses durch Verfügung vom 29. Dezember 2009 (OG act. 4 S. 3, Dispositiv Ziffer 2) Bezug nimmt, hält er lediglich fest, er bzw. "die QQQ" entrichte keine Vorschusszahlung (OG act. 9 S. 3, "zu Punkt 2 ..."). Damit nimmt er die am 12. Januar 2010 von der Obergerichtskasse getroffene Feststellung, der Vorschuss sei bis zu diesem Datum nicht geleistet worden (OG act. 11), voraus. Inwiefern das Obergericht auf die Eingabe vom 1. Januar 2010 hätte antworten sollen, zeigt der Beschwerdeführer nicht auf. Die Säumnisfolgen der Nichtleistung des Vorschusses - Nichteintreten auf den Rekurs - wurden dem Beschwerdeführer bereits mit der Präsidialverfügung vom 29. Dezember 2009 angezeigt.

Die mit "Mahnung" überschriebene Eingabe datiert vom 2. Februar 2010 (OG act. 14). In welcher Weise das Obergericht auf diese Eingabe hätte reagieren sollen, kann offen bleiben, da dieses Verhalten nicht geeignet sein kann, hinsichtlich des bereits zuvor, am 13. Januar 2010, gefällten Entscheids einen Nichtigkeitsgrund zu begründen. Im Übrigen nahm der Vorsitzende der II. Zivilkammer die Eingabe vom 2. Februar 2010 mit Verfügung vom 12. Februar 2010 ohne Weiterungen zu den Akten und begründete dies (OG act. 16). Er hat somit von dieser Eingabe Kenntnis genommen.

c) Auch in seinen weiteren Vorbringen (KG act. 1) setzt sich der Beschwerdeführer nicht mit den Erwägungen des angefochtenen Beschlusses auseinander und zeigt somit nicht auf, dass diese mit einem Nichtigkeitsgrund behaftet seien.

Es ist nicht Sache des Kassationsgerichts, beim Beschwerdeführer eine "aufgefaltete Ausfertigung dieser Eingabe", also der Beschwerdeschrift anzufordern (vgl. KG act. 1 S. 1 Ziffer 0, unterster Absatz). Gemäss § 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO hat die innert Frist schriftlich einzureichende Nichtigkeitsbeschwerde die Begründung der Anträge unter Nachweis der Nichtigkeitsgründe zu enthalten. Es genügt somit nicht, auf eine dem Gericht nicht vorliegende bzw. von diesem anzufordernde ausführliche ("aufgefaltete") Version der Beschwerdebegründung zu verweisen.

d) Zusammenfassend genügt die Beschwerdeschrift den oben lit. a dargestellten Anforderungen an die Begründung einer Nichtigkeitsbeschwerde in keiner Weise, weshalb auf die Beschwerde nicht einzutreten ist.

e) Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass die Nichtigkeitsbeschwerde als verspätet erhoben erscheint, so dass auch aus diesem Grund auf sie nicht einzutreten wäre. Der angefochtene Beschluss wurde dem Beschwerdeführer am 28. Januar 2010 zugestellt (roter Empfangsschein, OG act. 13/2 = KG act. 4 [Kopie]), so dass die dreissigtägige Frist zur Einreichung der Nichtigkeitsbeschwerde bis Montag, 1. März 2010 lief. Die Nichtigkeitsbeschwerde wurde am 1. März 2010 bei der Post in K (Deutschland) aufgegeben. Gemäss Track & Trace-Bericht erfolgten der Abgang der Sendung an der Grenzstelle des Aufgabelandes (Deutschland) und die Ankunft an der Grenzstelle des Bestimmungslandes (Schweiz) am 2. März 2010 (KG act. 1A). Eine Frist ist gewahrt, wenn die betreffende Sendung spätestens am letzten Tag der Frist an die Bestimmungsstelle gelangt oder für sie der schweizerischen Post übergeben wurde (§ 193 GVG). Dem Track & Trace-Bericht folgend gelangte die Sendung mit der Nichtigkeitsbeschwerde erst am 2. März 2010 und damit einen Tag nach Ablauf der Frist in den Einflussbereich der schweizerischen Post. Ob die sich daraus ergebende Vermutung, die Nichtigkeitsbeschwerde sei verspätet erhoben worden, zutrefte, kann jedoch offen bleiben, da bereits aus anderem Grund auf sie nicht einzutreten ist.

3. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Kassationsverfahrens vom Beschwerdeführer zu tragen (§ 64 Abs. 2 ZPO). Mangels erheblicher Umtriebe ist der Beschwerdegegnerin für das Kassationsverfahren 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 dem Beschwerdeführer 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 Urteils des Obergerichtes vom 13. Januar 2010 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 Konkursrichter des Bezirks N, das Konkursamt U, das Betreibungsamt V und das Handelsregisteramt des Kantons Zürich, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: