



Kass.-Nr. AA050033/U/ys

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Robert Karrer, Alfred Keller, Karl Spühler und die Kassationsrichterin Yvona Griesser sowie der Sekretär Christof Tschurr

Zirkulationsbeschluss vom 9. Mai 2005

in Sachen

X.,

Schuldner, Rekurrent und Beschwerdeführer
vertreten durch Rechtsanwalt

gegen

Y. AG,

Gläubigerin, Rekursgegnerin und Beschwerdegegnerin

betreffend **Konkurseröffnung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 12. Januar 2005 (NN040193/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Mit Verfügung vom 24. November 2004 eröffnete der Konkursrichter des Bezirkes Zürich über den Beschwerdeführer den Konkurs (OG act. 2). Dagegen reichte der Beschwerdeführer beim Obergericht einen Rekurs ein (OG act. 1). Das Obergericht setzte ihm mit Verfügung vom 9. Dezember 2004 eine Frist von 7 Tagen an, um einen Barvorschuss von Fr. 500.-- zu leisten, unter der Androhung, dass sonst auf den Rekurs nicht eingetreten werde (OG act. 4). Diese dem Beschwerdeführer zwei Mal an die im Rekurs genannte Postfachadresse zugestellte Verfügung wurde jeweils von der Post retourniert, das erste Mal mit dem Vermerk "nicht abgeholt", das zweite Mal mit dem Vermerk, dass das Postfach nicht mehr geleert werde (OG act. 5/2). Mit Beschluss vom 12. Januar 2005 trat das Obergericht auf den Rekurs nicht ein und eröffnete den Konkurs neu (KG act. 2).

2. Gegen den obergerichtlichen Beschluss vom 12. Januar 2005 reichte der Beschwerdeführer am 7. März 2005 eine Nichtigkeitsbeschwerde ein mit dem Antrag, der angefochtene Beschluss sowie das Konkursdekret des Konkursrichters vom 24. November 2004 seien aufzuheben und der Beschwerdeführer sei in die Verfügung über sein Vermögen wieder einzusetzen; eventualiter sei der Prozess zur Verbesserung der Mängel und zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (KG act. 1 S. 2). Mit Präsidialverfügung vom 10. März 2005 wurde der Beschwerde aufschiebende Wirkung verliehen (KG act. 5). Die Vorinstanz verzichtete auf Vernehmlassung (KG act. 7), die Beschwerdegegnerin auf eine Beschwerdeantwort (KG act. 12).

II.

1. Der Beschwerdeführer gliedert seine Nichtigkeitsbeschwerde in "Formelles" (Beschwerde KG act. 1 S. 2 f.) und "Materielles" (Beschwerde KG act. 1 S. 3

ff.). Zur Beschwerde reicht er 21 Beilagen ein (Beschwerde KG act. 3/2 - 21). Unter "Materielles" legt der Beschwerdeführer dar, dass er keinen Wohnsitz mehr in Zürich habe, seine Einzelfirma und sein Postfach aufgelöst worden seien, er sich im Herbst 2004 auch in Trennung von seiner Freundin befunden habe, die seine Angelegenheiten nicht gut besorgt habe, er schwer krank geworden sei, seinen gewöhnlichen Aufenthalt in ... habe und dort hätte betrieben werden müssen (Beschwerde KG act. 1 S. 3 - 7). Indem die Vorinstanz von der Zuständigkeit des Konkursamtes Altstetten-Zürich ausgegangen sei und den vom Beschwerdeführer in seiner Rekursschrift vom 4. Dezember 2004 angegebenen gewöhnlichen Aufenthaltsort in B./N. unbeachtet gelassen habe, obschon er in Zürich seit dem 31. März 2002 abgemeldet und seine Einzelfirma gelöscht sei, habe die Vorinstanz einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz des Konkursgerichtsstandes des Aufenthaltsortes gemäss Art. 48 SchKG verletzt, eine aktenwidrige willkürliche tatsächliche Annahme vorgenommen (Zürich statt B. als Wohnsitz respektive Aufenthaltsort) und klares materielles Recht verletzt. Folglich seien die Nichtigkeitsgründe von § 281 Ziff. 1 - 3 ZPO erfüllt (Beschwerde KG act. 1 S. 7).

Der Beschwerdeführer ist vorab auf die Natur des Beschwerdeverfahrens hinzuweisen:

2. 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. Gemäss § 290 ZPO werden lediglich die geltend gemachten Nichtigkeitsgründe überprüft. Diese sind nach § 288 Ziff. 3 ZPO in der Beschwerde nachzuweisen; die blosser Verweisung auf frühere Vorbringen genügt daher nicht (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, Kommentar zur zürcherischen

ZPO, 3. Auflage, Zürich 1997, N 4 f. zu § 288 ZPO mit Hinweisen; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 56 f., 72 f.).

3. Die Vorinstanz trat deshalb auf den Rekurs nicht ein, weil der Beschwerdeführer in seiner Rekurschrift als Zustelladresse eine Postfachadresse in Zürich angegeben, die Fristansetzung zur Leistung des Barvorschusses an diese Adresse als zugestellt zu gelten und der Beschwerdeführer die ihm angesetzte Frist zur Leistung des Barvorschusses ungenutzt verstreichen lassen habe (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 2 f.).

Mit diesen Erwägungen setzt sich der Beschwerdeführer nicht auseinander. Seine zur Hauptsache unbeachtliche Noven enthaltenden Ausführungen gehen daran vorbei und vermögen damit auch keinen Nichtigkeitsgrund nachzuweisen.

Insbesondere betreffen die Ausführungen, dass die Vorinstanz von der Zuständigkeit des Konkursamtes Altstetten-Zürich ausgegangen sei und den vom Beschwerdeführer in seiner Rekurschrift vom 4. Dezember 2004 angegebenen gewöhnlichen Aufenthaltsort in B./N. unbeachtet gelassen habe, obschon er in Zürich seit dem 31. März 2002 abgemeldet und seine Einzelfirma gelöscht sei, worin der Beschwerdeführer die Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes, eine aktenwidrige und willkürliche tatsächliche Annahme und eine Verletzung klaren materiellen Rechts erblickt (Beschwerde KG act. 1 S. 7), den Grund nicht, aus welchem die Vorinstanz auf den Rekurs nicht eintrat, nämlich die Nichtleistung des Barvorschusses.

4. Abgesehen davon ist die Behauptung in der Beschwerde aktenwidrig, der Beschwerdeführer habe in seiner Rekurschrift vom 4. Dezember 2004 dargelegt, dass er gewöhnlichen Aufenthalt in B./N. habe (Beschwerde KG act. 1 S. 3 Ziff. 4, S. 5, S. 7). Neben der Ortsangabe N. vor dem Datum - welche nur darauf hinweist, dass der Rekurs in N. geschrieben sei - und dem Umstand, dass das Betreibungsamt B. dem Beschwerdeführer die Verfügung vom 24. November 2004 (über die Konkurseröffnung; OG act. 2) ausgehändigt habe (nach vorgängigem Telefongespräch, wie der Beschwerdeführer auch mit dem Betreibungsamt Alt-

stetten-Zürich telefonisch eine Einvernahme in Zürich vereinbarte; OG act. 1), findet sich in der Rekurschrift des Beschwerdeführers kein Hinweis auf einen gewöhnlichen Aufenthalt in B./N. Im Gegenteil. Der Beschwerdeführer führte darin als seine Adresse Postfach ... in ... Zürich an, erwähnte, dass er in den nächsten Tagen die Post bearbeiten müsse, und bat um eine Fristerstreckung (OG act. 1). Er korrigierte seine in der Konkurseröffnungsverfügung vom 24. November 2004 aufgeführte Adresse ... Zürich (OG act. 2) nicht. Ebensowenig nannte er eine (Wohn-, Aufenthalts- oder Zustell-) Adresse in B./N. Nach der Bekanntgabe der Postfachadresse in der Rekurschrift vom 4.12.2004 zeigte der Beschwerdeführer der Vorinstanz keine Aenderung seines gewöhnlichen Aufenthaltsortes an. Die Zustellung der Fristansetzung zur Leistung des Barvorschusses an diese letztbekannte Adresse war rechtswirksam (§ 181 GVG). Der Beschwerdeführer leistete den Barvorschuss innert der rechtswirksam angesetzten Frist nicht, weshalb die Vorinstanz zu Recht androhungsgemäss auf den Rekurs nicht eintrat.

Schliesslich kann der Beschwerdeführer nicht mit Erfolg der Vorinstanz einen Nichtigkeitsgrund vorwerfen, sondern hat sich die Konsequenzen selber zuzuschreiben, wenn er in seiner Rekurschrift vom 4. Dezember 2004 eine Postfachadresse als Zustelladresse bezeichnet, sich aber um in der Folge - nur wenige Tage, aber auch noch einmal rund drei Wochen später (OG act. 5/2) - an diese Adresse zugestellte Post so wenig, d.h. überhaupt nicht kümmert, dass er erst anfangs Februar 2005 festgestellt haben will, dass dieses Postfach bereits am 1. Oktober 2004 aufgelöst worden sei (Beschwerde KG act. 1 S. 3) - und dies, obwohl er in der Rekurschrift vom 4.12.2004 explizit erwähnte, er müsse in den nächsten Tagen die Post bearbeiten. Sollte das Postfach des Beschwerdeführers tatsächlich per 1. Oktober 2004 aufgehoben worden sein und sollte der Beschwerdeführer tatsächlich erst anfangs Februar 2005 davon erfahren haben (Beschwerde KG act. 1 S. 5 f.), bedeutete das, dass er dieses Postfach von Oktober 2004 bis Ende Januar 2005 nicht auf eingegangene Post durchschaute, sonst hätte er dessen (behauptete) Aufhebung festgestellt. Daran ändert offensichtlich nichts, dass der Beschwerdeführer auch erst anfangs Februar 2005 von der Tatsache erfahren haben will, dass seine Freundin ihn definitiv verlassen und seine Post vermutlich böswillig zerstört habe (Beschwerde KG act. 1 S. 6). Nach

seiner Behauptung hatte er sich bereits im Herbst 2004 in Trennung von seiner Freundin befunden und diese sich nicht mehr um seine Angelegenheiten gekümmert, sondern sich bis heute unauffindbar ins Ausland abgesetzt (Beschwerde KG act. 1 S. 4). Umso mehr hätte er sich selber um seine Post kümmern und insbesondere sein Postfach kontrollieren und leeren müssen, wenn er in seinem Rekurs vom 4.12.2004 diese Postfachadresse anführte und deshalb mit baldigen gerichtlichen Zustellungen an diese von ihm genannte Adresse rechnen musste. Das unterliess er aber. Zu Recht bezeichnete die Vorinstanz dieses Verhalten des Beschwerdeführers als schuldhaftes Verhindern der Zustellung im Sinne von § 179 Abs. 2 GVG (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 3) mit der Konsequenz der Auslösung der angesetzten Frist zur Leistung des Barvorschusses.

5. Die Vorinstanz trat deshalb androhungsgemäss auf den Rekurs nicht ein, weil der Beschwerdeführer den Barvorschuss nicht leistete. Dieser Entscheid ist mit keinem Nichtigkeitsgrund behaftet. Die Frage des Betreibungsortes und der Zuständigkeit des Konkursamtes Altstetten-Zürich (Beschwerde KG act. 1 S. 5 - 7) spielt deshalb in diesem Verfahren keine Rolle (vgl. auch nachfolgende Ziffer). Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

6. Mit der Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde entfällt die ihr verliehene aufschiebende Wirkung. Damit ist der Konkurs vom Kassationsgericht neu zu eröffnen (RB 1986 Nr. 26). Daran ändert nichts, dass der Beschwerdeführer nunmehr bei Z. in N. wohnhaft sei (Beschwerde KG act. 1 S. 1; vgl. Art. 53 SchKG). Die der Nichtigkeitsbeschwerde erteilte aufschiebende Wirkung ändert nichts daran, dass das Kassationsgericht lediglich zu prüfen hat, ob der angefochtene Entscheid an einem Nichtigkeitsgrund leide. Die neue Eröffnung des Konkurses als Folge der gewährten aufschiebenden Wirkung bedeutet lediglich, dass als Datum der Konkurseröffnung dasjenige der Ausfällung des Entscheides des Kassationsgerichtes über die Nichtigkeitsbeschwerde zu gelten hat (Kass.-Nr. 229/86 vom 25. August 1986 Erw. II.3.), führt aber bei der Abweisung der Beschwerde nicht zu einer eigenen neuen Überprüfung des Betreibungsortes. Dies galt auch bereits für die Vorinstanz nach der Nichtleistung des Barvorschusses und dem daraus folgenden androhungsgemässen Nichteintreten auf den Rekurs.

III.

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Beschwerdeführer aufzuerlegen. Mangels erheblicher Aufwendungen ist der Beschwerdegegnerin keine Umtriebsentschädigung zuzusprechen.

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann. Damit entfällt die ihr verliehene aufschiebende Wirkung.
2. Demgemäss wird über den Schuldner, Rekurrenten und Beschwerdeführer mit Wirkung ab **9. Mai 2005, 12.00 Uhr**, der Konkurs eröffnet.
3. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 500.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 213.-- Schreibgebühren,
Fr. 247.-- Zustellgebühren und Porti.
4. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auf-
erlegt.
5. Im vorliegenden Beschwerdeverfahren werden keine Prozess- bzw. Um-
triebsentschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts
des Kantons Zürich, den Konkursrichter des Bezirkes Zürich (EK042528),
das Konkursamt Zürich-Altstetten, das Handelsregisteramt des Kantons Zü-
rich und das Betreibungsamt Zürich-9, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: