



Kass.-Nr. AA050067/U/cap

Mitwirkende: die Kassationsrichter Herbert Heeb, Vizepräsident, Robert Karrer, Alfred Keller, Karl Spühler und die Kassationsrichterin Yvona Griesser sowie die Sekretärin Margrit Scheuber

Zirkulationsbeschluss vom 28. Juni 2005

in Sachen

D. B.,

geboren ..., von ..., whft. in C.,
Schuldner, Rekurrent und Beschwerdeführer

gegen

A. Gesellschaft,

in E.,
Gläubigerin, Rekursgegnerin und Beschwerdegegnerin

betreffend **Konkurseröffnung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 3. Mai 2005 (NN050045/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

1. Mit Verfügung vom 15. März 2005 eröffnete der Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirkes F. gestützt auf den Zahlungsbefehl vom 13. Oktober 2004 und die Konkursandrohung vom 15. Dezember 2004 in der Betreuung Nr. 15821 des Betreibungsamtes G. bezüglich einer Forderung von Fr. 860.70 nebst 5% Zinsen seit 1. Juli 2004, Fr. 30.-- Mahnspesen und Fr. 100.-- Betreuungskosten auf Begehren der Gläubigerin über den Schuldner den Konkurs (ER act. 5).

2. Gegen diese Verfügung erhob der Schuldner Rekurs an die II. Zivilkammer des Obergerichts (OG act. 1). Mit Verfügung vom 18. März 2005 wurde der Schuldner detailliert aufgefordert, verschiedene Unterlagen zu seinen finanziellen Verhältnissen einzureichen, und dem Rekurs wurde einstweilen die aufschiebende Wirkung verliehen (OG act. 4). Die Unterlagen wurden teilweise eingereicht (OG act. 8 und 9/1-49). Mit Verfügung vom 13. April 2005 wurde der Schuldner sodann aufgefordert, seinen Arbeitsvertrag betreffend Festanstellung einzureichen (OG act. 13), worauf beim Obergericht nichts mehr einging. Mit Beschluss vom 3. Mai 2005 wies die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich den Rekurs ab und eröffnete über den Schuldner mit Wirkung ab 3. Mai 2005, 10.00 Uhr den Konkurs (OG act. 16 = KG act. 2).

3. Mit Schreiben vom 17. Mai 2005 beantragte der Schuldner und Beschwerdeführer (nachfolgend: Beschwerdeführer) beim Kassationsgericht des Kantons Zürich die "Aufhebung des Konkursverfahrens" (KG act. 1). Mit Schreiben des Kassationsgerichts vom 20. Mai 2005 wurde der Beschwerdeführer auf die Anforderungen an die Begründung einer kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde und auf die Möglichkeit der Ergänzung der Begründung bis zum Ablauf der Beschwerdefrist hingewiesen (KG act. 7). Das vom Beschwerdeführer am 2. Juni 2005 gestellte Gesuch um Fristverlängerung (KG act. 8) wurde mit Verfügung vom 6. Juni 2005 (KG act. 12) abgewiesen, da es sich bei der Frist zur Begründung der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde (§ 287 ZPO) um eine gesetzliche Frist handelt, welche nur in hier nicht zutreffenden Ausnahmefällen erstreckt werden könnte (§ 189 GVG). Auf diesen Umstand war der Beschwerdeführer bereits

mit Schreiben vom 3. Juni 2005 hingewiesen worden (KG act. 9). Am 6. Juni 2005 ergänzte der Beschwerdeführer seine Beschwerdeschrift (KG act. 10 und 11/1-2).

4. Da sich die Beschwerde sofort als unbegründet erweist, kann von der Einholung einer Beschwerdeantwort sowie einer Vernehmlassung der Vorinstanz abgesehen werden (§ 289 ZPO). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen.

5.1 Vorerst ist vorzuschicken, dass das Beschwerdeverfahren keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter darstellt. 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.). Auf die vom Beschwerdeführer neu im Beschwerdeverfahren eingereichten Urkunden (Arbeitsvertrag vom 1. März 2005: KG act. 3/1, vgl. dazu unten Erw. 5.2; Betreibungsregisterauszug mit handschriftlichen Anmerkungen: KG act. 3/2; Zahlungsbestätigung der Beschwerdegegnerin vom 5. April 2005: KG act. 3/5 = KG act. 11/1) und die damit zusammenhängenden neuen Behauptungen betreffend Bezahlung/Abzahlung von weiteren in Betreuung gesetzten Forderungen (KG act. 1 und 10) kann daher im Beschwerdeverfahren nicht eingetreten werden.

5.2 Bezüglich Arbeitsvertrag (KG act. 3/1) hat der Beschwerdeführer in der Nichtigkeitsbeschwerde sodann ausgeführt, er habe diesen innerhalb der [von der Vorinstanz] gegebenen Frist per A-Post eingesandt und er reiche eine weitere Kopie beim Kassationsgericht ein (KG act. 1, S. 2). In den vorinstanzlichen Akten

liegt kein Exemplar dieses Arbeitsvertrages und die Vorinstanz ging in ihrem Entscheid denn auch davon aus, der Beschwerdeführer sei der gerichtlichen Aufforderung zu dessen Einreichung (vgl. OG act. 13) nicht nachgekommen. Demgemäss könne nicht abschliessend beurteilt werden, ob diese Festanstellung es dem Schuldner wenigstens erlauben könnte, die offenen Beteiligungen (zumindest) zu reduzieren (KG act. 2, S. 5). Nachdem die vorinstanzlichen Akten keinen Aufschluss geben, hätte der Beschwerdeführer die rechtzeitige Einreichung des Arbeitsvertrages vor Vorinstanz nachzuweisen gehabt. Mit der blossen Behauptung der rechtzeitigen Postaufgabe kommt er diesem Erfordernis nicht nach. Auf den im Beschwerdeverfahren eingereichten Arbeitsvertrag kann somit nicht weiter eingegangen werden, da auch diesbezüglich von einem im Beschwerdeverfahren unzulässigen Novum auszugehen ist.

5.3 Der Beschwerdeführer macht sodann geltend, es seien weitere Beteiligungsforderungen bezahlt worden, als im vorinstanzlichen Entscheid berücksichtigt worden seien (nämlich 28 statt 9) und weitere Beteiligungsforderungen seien in Abzahlung, sodass zur Zeit entgegen dem angefochtenen Entscheid nicht Fr. 154'000.--, sondern bloss ca. Fr. 100'000.-- offen seien (KG act. 1 und KG act. 10). Aus diesen Ausführungen geht nicht hervor, ob der Beschwerdeführer damit willkürliche tatsächliche Annahmen der Vorinstanz bezüglich der bereits bezahlten Beteiligungsforderungen zum Zeitpunkt des vorinstanzlichen Entscheides geltend machen will, oder ob es sich dabei um neue Behauptungen handelt, insofern als er geltend machen will, die fraglichen Beteiligungsforderungen seien nach Erlass des vorinstanzlichen Entscheides getilgt worden. Für die erste Variante liegen keine Anhaltspunkte vor, da der Beschwerdeführer auf keine Aktenstellen verweist, welche die Annahme der Vorinstanz willkürlich erscheinen liessen und solche sind auch nicht ersichtlich. Auf das Vorbringen nach der zweiten Variante könnte nicht eingetreten werden, da es sich um unzulässige neue Behauptungen im Beschwerdeverfahren handeln würde. Insgesamt ist auf die Rüge nicht einzutreten.

6.1 Der Beschwerdeführer macht schliesslich geltend, die Konkursöffnung sei nicht gültig, weil der von der Gläubigerin geforderte Betrag nachgewiesenermassen bereits vor dem 21. März 2005 einbezahlt worden sei (Bestätigung der

Gläubigerin vom 5. April 2005). Damit sei der Betrag vor dem Konkursdatum (KG act. 1) bzw. vor dem Gerichtstermin beim Obergericht (KG act. 10) bezahlt worden.

6.2 Der Beschwerdeführer will mit dieser Beanstandung allenfalls eine Verletzung von klarem materiellem Recht gemäss § 281 Ziff. 3 ZPO geltend machen. Eine solche liegt jedoch nicht vor. Der erstinstanzliche Richter hat den Konkurs über den Beschwerdeführer mit Verfügung vom 15. März 2005 eröffnet (ER act. 5 = OG act. 2). Die vom Beschwerdeführer im Rekursverfahren belegte Zahlung wurde am 17. März 2005 bei der Sihlpost geleistet (OG act. 3/1), mithin erst nach (erstinstanzlicher) Eröffnung des Konkurses. Diese Konkursöffnung war somit gültig. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann sodann das obere Gericht die Konkursöffnung aufheben, wenn der Schuldner mit Einlegung des Rechtsmittels einerseits seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und andererseits durch Urkunden beweist, dass inzwischen entweder die Schuld getilgt wurde (Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG), der geschuldete Betrag beim oberen Gericht zuhanden des Gläubigers hinterlegt wurde (Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG) oder der Gläubiger auf die Durchführung des Konkursverfahrens verzichtet hat (Art. 174 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG). Die Bezahlung oder Hinterlegung der Schuld bzw. der Verzicht des Gläubigers auf das Konkursverfahren in der Zeit zwischen dem erstinstanzlichen Konkursöffnungsentscheid und dem Weiterzug an die zweite Instanz ist demnach eine der Voraussetzungen zur Aufhebung des erstinstanzlichen Konkurserkennnisses, welche kumulativ zur Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit gegeben sein muss. Daran ändert auch dann nichts, wenn zufolge der Gewährung der aufschiebenden Wirkung durch die Rechtsmittelinstanz der Konkurs nach Abweisung des Rechtsmittels neu eröffnet wird, wie dies vorliegend geschehen ist. Dabei handelt es sich nicht um die Konkursöffnung gemäss Art. 171 SchKG, welche nach der Bestimmung von Art. 172 Ziff. 3 SchKG dann abzuweisen ist, wenn der Schuldner durch Urkunde beweist, dass die Schuld, Zinsen und Kosten inbegriffen, getilgt ist. Vielmehr wird der Konkurs nur deshalb neu eröffnet, um Klarheit über den Zeitpunkt des Eintretens der Konkurswirkungen zu schaffen, da mit der Gewährung der aufschiebenden Wirkung sowohl die Rechtskraft wie die Vollstreckbarkeit des erstinstanzlichen Konkurserkennnisses gehemmt wurden (vgl. dazu Roger Giroud, in: Basler Kommentar zum SchKG II, Hrsg. Staehe-

lin/Bauer/Staehelin, Basel/Genf/München 1998, N 30 zu Art. 174 SchKG und N 4 zu Art. 175 SchKG). Eine Verletzung klaren materiellen Rechts liegt somit nicht vor.

7. Zusammenfassend ist daher die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

8. Ausgangsgemäss wird der Beschwerdeführer im Beschwerdeverfahren kostenpflichtig (Art. 49 i.V.m. Art. 52 und Art. 61 GebV SchKG). Mangels Umtrieben im Beschwerdeverfahren ist der Beschwerdegegnerin keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Die Spruchgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 750.-
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
4. Im vorliegenden Beschwerdeverfahren werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, den Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirkes F. (ad EK050043), das Konkursamt H., das Handelsregisteramt des Kantons Zürich sowie das Betreibungsamt G., je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Die juristische Sekretärin: