



Kass.-Nr. AA060122/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Herbert Heeb, Vizepräsident, Hans Michael Riemer, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Yvona Griesser und der Kassationsrichter Reinhard Oertli sowie der Sekretär Christof Tschurr

Zirkulationsbeschluss vom 2. Februar 2007

in Sachen

X.,

Gläubigerin, Rekurrentin und Beschwerdeführerin

gegen

Z.,

Schuldnerin, Rekursgegnerin und Beschwerdegegnerin

betreffend **Konkurseröffnung**

Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 3. Juli 2006 (NN060043/U)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Mit Formular vom 17.8.2004 drohte das Betreibungsamt Zürich 4 der Beschwerdegegnerin den Konkurs an. In diesem Formular aufgeführt waren eine Forderung von Fr. 15'500.-- nebst Zins zu 8.5 % seit 31.1.2001, Fr. 112.80 Verzugszinsen sowie Fr. 100.-- bisherige Kosten "(Zahlungsbefehl & Konkursandrohung)" (KG act. 7/3/3/2). Mit Eingabe vom 4. Februar 2005 beantragte die Beschwerdeführerin beim Konkursrichteramt des Bezirkes Zürich die Konkursöffnung über die Beschwerdegegnerin, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu deren Lasten (KG act. 7/3/3/8). Das Konkursrichteramt Zürich lud die Parteien am 15. Februar 2005 zur Verhandlung betreffend Konkursöffnung auf den 12. April 2005 vor (KG act. 7/3/3/3). Gemäss Abrechnung des Betreibungsamtes Zürich 4 vom 11.4.2005 bezahlte die Beschwerdegegnerin an diesem Tag sämtliche in der Konkursandrohung aufgeführten Beträge zuzüglich Inkassokosten (KG act. 7/3/3/4). Darauf wies der Konkursrichter mit Verfügung vom 12. April 2005 das Konkursbegehren ab, da die in Betreuung gesetzte Forderung samt Zins und Kosten bezahlt worden sei. Der Konkursrichter setzte die Spruchgebühr auf Fr. 200.-- fest, auferlegte diese Kosten der Beschwerdegegnerin und stellte fest, dass auch sie bereits bezahlt sind (KG act. 7/3/2).

2. Gegen diese Verfügung des Konkursrichters vom 12. April 2005 reichte die Beschwerdeführerin einen Rekurs an das Obergericht des Kantons Zürich ein. Mit diesem machte sie u.a. geltend, am 12. April 2005 sei ein Vertreter ihrerseits zur Konkursverhandlung erschienen und habe an dieser teilnehmen wollen. Es sei ihm aber seitens des Gerichts erklärt worden, dass die Verhandlung nicht statfinde, weil die Schuld bezahlt sei (KG act. 7/3/1 S. 3). Sie habe beim Konkursrichter mit Schreiben vom gleichen Tag geltend gemacht, dass nicht alle Kosten durch die Beschwerdegegnerin getilgt worden seien. Die Rechtsöffnungskosten und die Parteientschädigung (des Rechtsöffnungsverfahrens) von je Fr. 250.-- seien nicht bezahlt worden (KG act. 7/3/1 S. 4). Zudem seien die der

Beschwerdeführerin für das Konkursbegehren und die Anreise zur Konkursverhandlung entstandenen Kosten von insgesamt Fr. 800.-- nicht bezahlt worden (KG act. 7/3/1 S. 5). Deshalb sei das Konkursbegehren zu Unrecht abgewiesen worden (KG act. 7/3/1 S. 6).

3. Mit Beschluss vom 15. Juni 2005 wies das Obergericht des Kantons Zürich den Rekurs ab (KG act. 7/3/12). Eine von der Beschwerdeführerin gegen diesen Beschluss erhobene Nichtigkeitsbeschwerde hiess das Kassationsgericht mit Beschluss vom 14. November 2005 gut, hob den angefochtenen Beschluss auf und wies die Sache zur Neuurteilung an das Obergericht zurück (KG act. 7/4/11). Dies, weil die Erstinstanz über das Konkursbegehren der Beschwerdeführerin entschieden hatte, ohne dieser Gelegenheit zu geben, zur Behauptung der Beschwerdegegnerin, Schuld, Zinsen und sämtliche Kosten bezahlt zu haben, Stellung zu nehmen und einen Antrag zu den Kosten- und Entschädigungsfolgen des Konkursverfahrens - insbesondere ihres Zeitaufwandes zur Teilnahme an der Konkursverhandlung - zu stellen. Damit war der Gehörsanspruch der Beschwerdeführerin verletzt worden (KG act. 7/4/11 S. 4 f.).

4. Das Obergericht hob die Verfügung des Konkursrichters vom 12. April 2005 mit Beschluss vom 27. Februar 2006 auf und wies die Sache zur Durchführung einer Konkursverhandlung und neuer Entscheidung an die Erstinstanz zurück (KG act. 7/2/9).

5. Die Erstinstanz lud die Parteien zur neuen Konkursverhandlung auf den 22. März 2006 vor (KG act. 7/1/3/2 und 7/1/8/4). An dieser Verhandlung machte die Beschwerdeführerin geltend, am 12. April 2005 seien Kosten von insgesamt Fr. 3'350.-- ungedeckt geblieben, nämlich Fr. 500.-- Rechtsöffnungskosten, Fr. 250.-- Parteientschädigung aus dem Rechtsöffnungsverfahren, Fr. 300.-- Kosten für das Konkursöffnungsgesuch, Fr. 500.-- Reisespesen für die Verhandlung vom 12. April 2005 sowie Fr. 1'800.-- Kostenvorschuss für das Konkursverfahren. Dieser Kostenvorschuss sei später zurückerstattet worden. Somit sei noch eine Schuld von Fr. 1'550.-- verblieben. Im Hinblick auf die neue Konkursverhandlung vom 22. März 2006 seien wiederum Kosten im Betrag von Fr. 2'550.-- entstanden. Dazu zählten ein Kostenvorschuss von Fr. 1'800.--,

Reisekosten von Fr. 500.-- und Fr. 300.-- für die Zeit für die Verhandlung. Somit sei noch ein Betrag von Fr. 4'100.-- ausstehend (KG act. 7/1/8/8 S. 1).

6. Mit Verfügung vom 22. März 2006 wies der Konkursrichter das Konkursbegehren wiederum ab, setzte die Spruchgebühr für das Konkursverfahren auf Fr. 200.-- fest, auferlegte diese der Schuldnerin, stellte fest, dass sie bezahlt sind, verfügte, dass der Kostenvorschuss von Fr. 1'800.-- der Beschwerdeführerin zurücküberwiesen werde und sprach der Beschwerdeführerin keine Parteientschädigung zu (KG act. 7/1/2 S. 8). Dagegen reichte diese wiederum einen Rekurs ein (KG act. 7/1/1). Diesen wies das Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, mit Beschluss vom 3. Juli 2006 ab und bestätigte die konkursrichterliche Verfügung vom 22. März 2006 (KG act. 2 S. 8). Auch dagegen reichte die Beschwerdeführerin rechtzeitig (KG act. 7/1/17/1, KG act. 1) wiederum eine Nichtigkeitsbeschwerde ein. Mit dieser beantragt sie die Aufhebung des angefochtenen Beschlusses vom 3. Juli 2006. Ferner sei der Konkurs über die Beschwerdegegnerin zu eröffnen (KG act. 1 S. 2). Den ihr auferlegten Kostenvorschuss von Fr. 500.-- (KG act. 5) leistete die Beschwerdeführerin innert Frist (KG act. 6/1, act. 10). Die Vorinstanz korrigierte mit einer Vernehmlassung vom 14. August 2006 die Nummer eines im angefochtenen Entscheid zitierten Artikels der Gebührenverordnung zum SchKG (GebV SchKG) als versehentlich und verzichtete im Übrigen auf eine Vernehmlassung (KG act. 9). Die Beschwerdegegnerin beantragt mit ihrer rechtzeitigen (KG act. 6/2, act. 11) Beschwerdeantwort die Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde. Ferner beantragte sie damit (wohl irrtümlich), der Beschwerde sei aufschiebende Wirkung zu verleihen (KG act. 11 S. 2). Mit Verfügung vom 13. September 2006 wurden die vorinstanzliche Vernehmlassung (KG act. 9) den Parteien und die Beschwerdeantwort der Beschwerdeführerin zugestellt. Auf das Gesuch der Beschwerdegegnerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wurde nicht eingetreten (KG act. 12). Weitere Eingaben der Parteien erfolgten nicht.

II.

1. Mit ihrer Beschwerde macht die Beschwerdeführerin geltend, die Vorinstanz habe rechtliche Grundlagen verletzt und sei von willkürlichen Feststellungen ausgegangen (Beschwerde KG act. 1 S. 15).

1.1. Als einzige tatsächliche Annahme, welche die Beschwerdeführerin als willkürlich beanstandet, führt sie an, dass die Vorinstanz auf S. 7 Erw. 4 im angefochtenen Beschluss auf Art. 59 GebV SchKG verweise. Diese Bestimmung betreffe das Konkursverfahren einer Bank. Vorliegend gehe es aber um den Konkurs einer Treuhand- und Immobiliengesellschaft. Nur weil eine Bank im Verfahren beteiligt sei, könne nicht diese Bestimmung angewendet werden (Beschwerde KG act. 1 S. 11 Ziff. 11).

Einerseits betrifft dies keine tatsächliche Feststellung der Vorinstanz, sondern die Anwendung einer Rechtsnorm. Andererseits verkannte die Vorinstanz keineswegs, dass es im vorliegenden Verfahren nicht um den Konkurs einer Bank ging, sondern um die Konkurseröffnung über die Beschwerdegegnerin, welche keine Bank ist. In ihrer Vernehmlassung erklärte die Vorinstanz denn auch, versehentlich sei Art. 59 GebV SchKG zitiert worden. Selbstverständlich sei Art. 52 GebV SchKG gemeint gewesen (KG act. 9). Dies ist offensichtlich so (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 7 Ziff. 4), die Beschwerdegegnerin wandte auch nichts gegen diese Korrektur ein und machte nicht geltend, ihr sei aus der Anwendung einer falschen GebV-Bestimmung ein Nachteil erwachsen. Der angefochtene Beschluss basiert insofern nicht auf einer willkürlichen tatsächlichen Annahme. Die Rüge geht fehl, soweit überhaupt darauf eingetreten werden kann.

1.2. In rechtlicher Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung von Art. 172 Ziff. 3 SchKG (vgl. Beschwerde KG act. 1 S. 3 Ziff. 5, S. 5 Ziff. 7). Dabei handelt es sich um eine materielle Rechtsvorschrift des SchKG, nämlich eine Vorschrift, welche eine Voraussetzung der Abweisung des Konkursbegehrens regelt. Diesbezügliche Rügen sind daher unter dem (beschränkten; vgl. nachfolgend) Gesichtspunkt der Verletzung klaren materiellen Rechts im Sinne von

§ 281 Ziff. 3 ZPO zu prüfen (vgl. Frank/Sträuli/ Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 47 zu § 281; vgl. auch ZR 97 [1998] Nr. 31 zu Art. 174 Abs. 2 SchKG).

Der Kassationsgrund der Verletzung klaren materiellen Rechts ist nur dann gegeben, wenn die Rechtsauffassung der Vorinstanz direkt unvertretbar ist und ein grober Verstoss oder Irrtum bei der Anwendung des materiellen Rechts vorliegt. Eine Aufhebung des angefochtenen Entscheides kann deshalb nur erfolgen, wenn über die Auslegung einer Rechtsregel kein begründeter Zweifel bestehen kann (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 51 zu § 281; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage, Zürich 1986, S. 28; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 69).

2. In ihrer Nichtigkeitsbeschwerde begründet die Beschwerdeführerin den Vorwurf der Verletzung von Art. 172 Ziff. 3 SchKG ausschliesslich damit, dass die Vorinstanz die "Prozessentschädigung im Konkurserkennnisverfahren" nicht zu den Kosten gerechnet habe, die nach Art. 172 Ziff. 3 SchKG getilgt sein müssen, damit das Konkursbegehren abgewiesen wird, bzw. dass die Vorinstanzen das Konkursbegehren abgewiesen haben, obwohl die Beschwerdegegnerin diese "Parteikosten (Kosten für die Erstellung der Rechtsschriften und die Reisekosten und übrigen Zeitversäumnisse anlässlich der Konkursverhandlung)" der Beschwerdeführerin nicht bezahlt habe (Beschwerde KG act. 1 S. 5 ff.). Diesbezüglich liegt aber keine Verletzung klaren materiellen Rechts vor:

2.1. Zwar sprechen einige Gründe dafür, dass der Gläubigerin im Zusammenhang mit der Konkursverhandlung entstandene Reisekosten und/oder eine Entschädigung für das Abfassen des Konkursbegehrens und/oder eine Entschädigung für weiteren Zeitaufwand im Zusammenhang mit dem Konkursbegehren auch zu den im Sinne von Art. 172 Ziff. 3 SchKG zu tilgenden Kosten gehören:

a) Wendet der Schuldner gegen das Konkursbegehren ein, er habe die Forderung bezahlt, darf das Gericht das Konkursbegehren nur abweisen, wenn der Schuldner durch Urkunden beweist, dass die Schuld, Zinsen und Kosten

inbegriffen, getilgt ist (Art. 172 Ziff. 3 SchKG). Zu den Kosten gehören sämtliche Betreuungskosten einschliesslich der Kosten der Konkursandrohung, allfälliger vorsorglicher Anordnungen, der Rechtsöffnungskosten und der im Rechtsöffnungsverfahren allenfalls zugesprochenen Prozessentschädigung sowie des dem Gericht geleisteten Kostenvorschusses für das Konkursdekret. Auch die Kosten des konkursrichterlichen Verfahrens müssen bezahlt oder sichergestellt sein (Stahelin Bauer Stahelin, Kommentar zum SchKG, Basel Genf München 1998, Roger Giroud [SchKG-Giroud], N 11 zu Art. 172, mit Verweisungen; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, SchKG, 4. Auflage, Zürich 1997/1999, N 12 zu Art. 172; Werner Baumann, Die Konkurseröffnung nach dem SchKG, Diss. Zürich 1979, S. 110; ZR 51 [1952] Nr. 53). Jaeger, a.a.O., verweist zutreffend auf Art. 68 SchKG. Zu den Betreuungskosten im Sinne von Art. 68 SchKG gehören (nur) "Gebühren", die der Bundesrat gemäss der Kompetenzdelegation in Art. 16 SchKG festsetzen kann, wenn auch nicht unbedingt festsetzen muss (BGE 119 III 63, 66 Erw. 4.a). Zu diesen rechnet das Bundesgericht auch eine Parteientschädigung aus einem Rechtsöffnungsverfahren, welche der Richter gemäss Art. 68 des Gebührentarifs zum SchKG in der Fassung vom 22. November 1989 (GebT SchKG; mittlerweile ersetzt durch die Gebührenverordnung zum SchKG vom 23. September 1996 [GebV SchKG]) zusprechen kann (BGE 119 II 63, 67 Erw. 4.a). Gestützt darauf gehen die zitierte Lehre und ihr folgend die Rechtsprechung davon aus, dass zu den in Art. 172 Ziff. 3 SchKG erwähnten Kosten auch die im Rechtsöffnungsverfahren allenfalls zugesprochene Parteientschädigung zählt.

b) Art. 68 GebT SchKG (Marginale: Parteientschädigung) entspricht Art. 62 GebV SchKG (gleiches Marginale). Während Art. 68 GebT SchKG davon sprach, dass der Richter in Streitfällen über Aufhebung des Rechtsstillstandes, Rechtsöffnung, Bewilligung des Rechtsvorschlages, Aufhebung oder Einstellung der Betreuung, Konkurseröffnung oder Nachlassvertrag der obsiegenden Partei auf deren Verlangen für Zeitversäumnisse und Auslagen auf Kosten der unterliegenden Partei eine angemessene Entschädigung zusprechen kann, bestimmt Art. 62 GebV SchKG, dass das Gericht der obsiegenden Partei eine solche Parteientschädigung "in betriebsrechtlichen Summarsachen (Art. 25 Ziff. 2 SchKG)" zusprechen kann. Zu den betriebsamtlichen Summarsachen im Sinne von

Art. 25 Ziff. 2 SchKG gehören neben Entscheiden, die vom Rechtsöffnungsrichter getroffen werden, auch solche, welche vom Konkursrichter getroffen werden (Art. 25 Ziff. 2 lit. a SchKG). Gehören Parteientschädigungen aus Rechtsöffnungsverfahren zu den Betreibungskosten im Sinne von Art. 68 SchKG (BGE 119 III 63) und damit auch von Art. 172 Ziff. 3 SchKG, gilt dies somit auch für Parteientschädigungen aus Konkurseröffnungsverfahren (vgl. auch Staehelin Bauer Staehelin, a.a.O., Frank Emmel [SchKG-Emmel], N 3 zu Art. 68, wo neben den Gerichtskosten auch eine allfällig zugesprochene Parteientschädigung der Konkursöffnung als zu den Betreibungskosten im Sinne von Art. 68 SchKG gehörend bezeichnet wird). Dafür spricht auch, dass das Konkurseröffnungsverfahren zu den vom Bundesgericht in BGE 119 III 63 (S. 67 Erw. 4.b.aa) erwähnten rein betreibungsrechtlichen Streitigkeiten gehört und deshalb die Kosten des Konkurseröffnungsverfahrens, unter ihnen auch eine Parteientschädigung, als Betreibungskosten angesehen werden dürften.

c) Dass der Richter im Konkurseröffnungsverfahren die Parteientschädigung vor seiner Entscheidung über die Konkursöffnung noch nicht festgesetzt hat, diese also zum Zeitpunkt, in welchem der Schuldner im Sinne von Art. 172 Ziff. 3 SchKG bezahlen möchte, noch nicht feststeht, überzeugt als Gegenargument (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 7) nicht völlig. Denn das ist auch bei den Gerichtskosten des Konkurseröffnungsverfahrens der Fall, hindert aber nicht daran, diese Gerichtskosten zu den Kosten im Sinne von Art. 172 Ziff. 3 SchKG zu zählen. Stehen diese noch nicht fest, sind sie vom Schuldner sicherzustellen (SchKG-Giroud, a.a.O., N 11 zu Art. 172; Baumann, a.a.O., S. 110; ZR 51 [1952] Nr. 53).

d) Ist der Gläubiger berechtigt, die Betreibungskosten von den Zahlungen des Schuldners vorab zu erheben (Art. 68 Abs. 2 SchKG), und gehört eine Parteientschädigung im Konkurseröffnungsverfahren zu diesen Betreibungskosten (Art. 62 GebV SchKG; vorstehend lit. b), kann der Gläubiger diese Parteientschädigung von Zahlungen des Schuldners vorab in Abzug bringen. Zahlt der Schuldner ausschliesslich den Forderungsbetrag, bringt der Gläubiger davon aber vorab eine Parteientschädigung in Abzug, bleibt die Forderung im entsprechenden

Umfang unbezahlt und ist die Voraussetzung von Art. 172 Ziff. 3 SchKG noch nicht erfüllt. Es liegt in Sinn und Zweck von Art. 68 und Art. 172 Ziff. 3 SchKG, dass der Gläubiger von sämtlichen Kosten des Betreibungsverfahrens entlastet ist, damit der Konkurs nicht eröffnet wird, wenn im Übrigen alle Voraussetzungen für eine Konkursöffnung vorliegen.

2.2. Es sprechen aber auch Gründe dagegen, eine Parteientschädigung im Konkursöffnungsverfahren zu den Kosten zu rechnen, welche der Schuldner im Sinne von Art. 172 Ziff. 3 SchKG bezahlt haben muss, damit das Konkursbegehren abgewiesen wird:

a) Die Vorinstanz erwog, es sei nicht denkbar, dass Konkurse nur dann abgewendet werden könnten, wenn die von der Gläubigerschaft reklamierten Parteikosten, welche diese sowohl im Qualitativen wie auch im Quantitativen nach eigenen Bemessungskriterien selber festsetze, beglichen seien. Wenn überhaupt, könnte die Beschwerdegegnerin höchstens verhalten werden, zur Abwendung des Konkurses eine gerichtlich festgesetzte Parteientschädigung vorab zu erlegen (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 6). Die Prozessentschädigung sei aber nicht wie die Spruchgebühr in Art. 52 GebV SchKG tarifiert, sondern insbesondere davon abhängig, ob der betreffende Gläubiger zur Verhandlung erscheine, ob er eine Entschädigung verlange und ob er anwaltlich vertreten sei. Eine allfällige Prozessentschädigung, die der Gläubiger durchaus verlangen könne, könne erst mit dem Entscheid betreffend Konkursöffnung festgesetzt werden. Dies führe logischerweise auch dazu, dass sie nicht zu den zur Abwendung des Konkurses zu tilgenden Betreffnissen gehören könne, sondern dass der Gläubiger sie ausserhalb des laufenden Verfahrens erheben könne und müsse (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 7).

b) Die Erstinstanz erwog zudem, eine Parteientschädigung könne erst zugesprochen werden, wenn feststehe, ob das Konkursbegehren abzuweisen oder gutzuheissen sei. Für die Beurteilung, ob das Konkursbegehren infolge Tilgung gemäss Art. 172 Ziff. 3 SchKG abzuweisen sei oder nicht, müsse feststehen, welcher Betrag bis zur Konkursöffnungsverhandlung getilgt sein müsse. Massgebend für den zu tilgenden Betrag gemäss Art. 172 Ziff. 3 SchKG könnten

daher nur die vor dem Konkursverhandlungstermin feststehende Forderung nebst Zins und Kosten gemäss Konkursandrohung sowie die in der Vorladung zur Konkurseröffnungsverhandlung enthaltenen Gerichtskosten sein. Parteikosten des Gläubigers, welche nach der Konkursandrohung entstanden seien, könnten nur nach Feststellung des Obsiegens des Gläubigers, das heisse im Falle einer Gutheissung des Konkursbegehrens, durch den Richter zugesprochen werden und demnach von vornherein nicht unter die zu tilgenden Kosten gemäss Art. 172 Ziff. 3 SchKG fallen. Über die Zuspreehung einer Parteientschädigung gemäss Art. 62 Abs. 1 GebV SchKG könne folglich erst nach dem Entscheid über Abweisung oder Gutheissung des Konkursbegehrens entschieden werden (OG act. 7/1/2 S. 7).

2.3. Die Beschwerdeführerin macht Folgendes geltend:

a) Nach Art. 169 SchKG würden auch jene Kosten als "Kosten" bezeichnet, die bis zur Einstellung des Konkurses mangels Aktiven oder bis zum Schuldenruf entstanden und für welche der Gläubiger hafte. Der Begriff "Kosten" umfasse auch die Kosten, die beim Konkursrichter anfielen (Beschwerde KG act. 1 S. 6 mit Verweisung auf Hans Fritzsche, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Band II, 2. Auflage, Zürich 1968, S. 13 FN 19, auf Fritzsche/Walder, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Band II, 3. Auflage, Zürich 1993, § 36 FN 51 [S. 43] und auf Staehelin Bauer Staehelin, a.a.O., Frank Emmel [SchKG-Emmel] N 2 zu Art. 68).

aa) Art. 169 SchKG bestimmt die Haftung des Gläubigers für die Konkurskosten. Darunter fällt offensichtlich eine Parteientschädigung, welche der Schuldner dem Gläubiger zu bezahlen hat, gerade nicht. Der Gläubiger haftet nicht für ihm selber zustehende Beträge.

bb) Die von der Beschwerdeführerin genannten Zitatstellen erwähnen nicht, dass eine Parteientschädigung im Zusammenhang mit dem Konkursbegehren unter die Kosten im Sinne von Art. 172 Ziff. 3 SchKG zu subsumieren ist. Vielmehr beziehen sich diese Zitatstellen auf die Verfahrenskosten (vgl. insbes. Fritzsche/Walder, a.a.O., FN 51 zu § 36, der auf Art. 52 GebV SchKG verweist.

Dieser Artikel regelt die Gebühr für den Entscheid über die Konkursöffnung. Vgl. auch SchKG-Emmel, N 2 zu Art. 68, der ausschliesslich Gebühren, Entschädigungen und Honorare von Behörden, Gerichten und Zwangsvollstreckungsorganen erwähnt).

b) Die Konkursöffnung falle unter rein betriebsrechtliche Verfahren im Sinne von BGE 119 III 63 (Beschwerde KG act. 1 S. 6). Das trifft zu, und dieser Entscheid spricht für die Auffassung der Beschwerdeführerin (vgl. vorstehend Ziff. 2.1.a). Das Bundesgericht entschied darin aber nicht über die Frage, ob eine Parteientschädigung im Zusammenhang mit dem Konkursbegehren unter die Kosten gemäss Art. 172 Ziff. 3 SchKG zu subsumieren ist, und dieser Entscheid schliesst eine verneinende Beantwortung dieser Frage nicht aus. Dies gilt auch für das diesbezügliche Zitat der Beschwerdeführerin aus Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetriebs- und Konkursrechts, 7. Auflage, Bern 2003, N 52 zu § 4, wo lediglich erwähnt ist, dass die Konkursöffnung zu den rein betriebsrechtlichen Streitigkeiten gehört, die der gerichtlichen Kognition unterstellt sind.

c) Unzutreffend sei die Erwägung in der konkursrichterlichen Verfügung vom 22. März 2006, dass im Betreibungsverfahren der Grundsatz gälte, dass prinzipiell jede Partei ihre eigenen Kosten trage (Beschwerde KG act. 1 S. 7). Diese Erwägung betrifft aber nur Kosten, die nicht durch eine Parteientschädigung im Sinne von Art. 62 Abs. 1 SchKG abgegolten werden können (KG act. 7/1/2 S. 6 Ziff. 1.2). Bezüglich solcher Kosten trifft die Erwägung durchaus zu (vgl. das auch von der Beschwerdeführerin erwähnte Zitat aus Amonn/Walther, a.a.O., N 10 zu § 13). Im vorliegenden Verfahren geht es aber nicht um solche Kosten, sondern im Gegenteil gerade um solche, die mit einer Parteientschädigung abgegolten werden können (vorstehend eingangs Ziff. 2). Daran geht diese unberechtigte Kritik der Beschwerdeführerin vorbei. Bezüglich anderer Parteikosten zeigt sie ohnehin keine Verletzung klaren materiellen Rechts dadurch auf, dass die Vorinstanz solche nicht unter Art. 172 Abs. 3 SchKG subsumierte. Insbesondere beanstandet sie zu Recht die vorinstanzliche Erwägung nicht, dass die Beschwerdegegnerin höchstens verhalten werden könnte, zur Abwendung des

Konkurses eine gerichtlich festgesetzte Parteientschädigung vorab zu erlegen (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 6 zweiter Absatz).

d) Zu den Betreuungskosten im Sinne von Art. 68 SchKG gehöre auch eine Parteientschädigung (Beschwerde KG act. 1 S. 7 mit Verweisung auf Amonn/Walther, a.a.O., N 11 zu § 13, und SchKG-Emmel, a.a.O., N 17 zu Art. 68). Dies trifft zwar zu (vorstehend Ziff. 2.1.b). Daraus folgt aber nicht zwingend, dass eine erst künftig festzusetzende Parteientschädigung (vgl. vorstehend Ziff. 2.2.b) aus einem Konkursöffnungsverfahren - entgegen dem angefochtenen Beschluss - unter die Kosten im Sinne von Art. 172 Ziff. 3 zu subsumieren wäre. Das wird auch in den von der Beschwerdeführerin angeführten Zitatstellen nicht gesagt.

e) Der Konkursrichter habe ausgeführt, dass die Konkursforderung sowie die bis anhin aufgelaufenen und vom Schuldner zu ersetzenden Kosten in der Konkursandrohung genau angegeben werden müssten. Diese Auffassung habe die Vorinstanz bestätigt. Das sei aber falsch. Art. 160 SchKG umschreibe, was in der Konkursandrohung enthalten sein müsse. Die weiteren Kosten, die sich seit der Zustellung des Zahlungsbefehls ergeben hätten, seien darunter nicht genannt (Beschwerde KG act. 1 S. 7 f.).

Die Vorinstanz bezog die Erwägung, welche die Beschwerdeführerin damit kritisiert, ausschliesslich auf Kosten und Entschädigungen des Rechtsöffnungsverfahrens (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 4 f. Erw. II.1.). Die Beschwerdeführerin bezieht ihre Beschwerde aber nicht auf die Kosten und die Parteientschädigung aus dem Rechtsöffnungsverfahren, sondern ausschliesslich auf eine Parteientschädigung aus dem Konkursöffnungsverfahren (vorstehend eingangs Ziff. 2). Ihren diesbezüglichen Entscheid stützte die Vorinstanz aber nicht darauf, dass eine solche Parteientschädigung nicht in der Konkursandrohung nach Art. 160 SchKG aufgeführt gewesen sei (vgl. angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 6 f. Erw. II.2 - II.4). Insoweit geht die Beschwerde am angefochtenen Beschluss vorbei. Darauf ist nicht einzutreten.

f) Die Vorinstanz verhalte sich widersprüchlich. Im angefochtenen Beschluss bezeichne sie die Ansicht der Beschwerdeführerin, die Beschwerdegegnerin hätte

nachfragen müssen, als verfehlt, während sie in einem anderen Beschluss die Argumentation der Beschwerdeführerin übernehme (Beschwerde KG act. 1 S. 9).

Dazu gilt das in der vorstehenden lit. e Gesagte. Die gerügte Erwägung bezog die Vorinstanz auf Kosten und Entschädigungen des Rechtsöffnungsverfahrens (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 4 f.), welche nicht Gegenstand der Nichtigkeitsbeschwerde sind. Auch diese Rüge geht am angefochtenen Beschluss vorbei, und auch darauf kann deshalb nicht eingetreten werden.

g) Wollte der Schuldner die Forderung erst im Zeitpunkt der Konkursverhandlung begleichen, müsse er die zu erwartenden Kosten, die dem Gläubiger seit der Konkursandrohung bis zur Konkursverhandlung entstanden seien, abschätzen und anlässlich der Konkursverhandlung bezahlen (Beschwerde KG act. 1 S. 9 unten; so auch das auf S. 10 angeführte Beispiel aus einem anderen Verfahren).

Für dieses Postulat führt die Beschwerdeführerin keine Zitatstelle an (Jaeger, a.a.O., N 13 zu Art. 172 [Beschwerde KG act. 1 S. 10 unten] erwähnt nichts von einer Parteientschädigung aus dem Konkursverfahren). Sie zeigt damit nicht auf, dass die gegenteilige vorinstanzliche Erwägung (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 6 f.) klares materielles Recht verletzt. Das ist nicht der Fall.

h) Auch bezüglich der Parteientschädigung sei, wie bei der Gerichtsgebühr, ein Tarifrahmen gegeben (Beschwerde KG act. 1 S. 11 - 14 Ziff. 11 - 14). Art. 62 GebV SchKG, auf den die Beschwerdeführerin verweist, enthält aber gerade keinen Tarifrahmen analog Art. 52 GebV SchKG. Die Rüge auf S. 13 unten der Beschwerde geht fehl. Allerdings erscheint die Auffassung der Beschwerdeführerin insoweit nachvollziehbar, als der Richter wohl in dem Zeitpunkt, in welchem der Schuldner nach Stellung des Konkursbegehrens beim Konkursgericht die Schuld zur Abwendung der Konkursöffnung samt Zinsen und Kosten im Sinne von Art. 172 Ziff. 3 SchKG tilgen möchte, die allfällige Parteientschädigung im Sinne von Art. 62 GebV SchKG bemessen und der Schuldner diese voraussichtliche Parteientschädigung sicherstellen könnte, auch wenn diese erst im Ent-

scheid festzusetzen ist (Art. 62 Abs. 1 GebV SchKG, was aber auch für die Gebühr nach Art. 52 GebV SchKG gilt). Daraus, dass diese Auffassung als nachvollziehbar erscheint, folgt aber noch nicht, dass die gegenteilige (vorinstanzliche) Auffassung, die einer konstanten Praxis entspricht, unvertretbar wäre. Auch aus der vom Beschwerdeführer dazu zitierten Literaturstelle (Werner Baumann, a.a.O., S. 110) ergibt sich dies nicht. Auch Baumann befasst sich an der zitierten Stelle nicht mit einer Parteientschädigung, sondern bezüglich dem Konkursöffnungsverfahren ausschliesslich mit den Gerichtskosten. Eine Verletzung klaren materiellen Rechts liegt nicht vor.

i) Der angefochtene Beschluss widerspreche der Prozessökonomie und begründe ein "perpetuum mobile": Seien die Parteikosten separat zu betreiben, müsse dafür eine neue Betreuung eingeleitet werden. Für die in diesem neuen Betreibungsverfahren entstehenden Parteikosten müsse demnach wieder eine neue Betreuung eingeleitet werden usw., ohne Ende (Beschwerde KG act. 1 S. 14 Ziff. 15).

Diese Argumentation geht davon aus, dass der Schuldner auch rechtskräftig festgesetzte Parteientschädigungen nicht vor erneuten Konkursbegehren bezahlt. Einerseits ist dies keineswegs zwingend und kann mit einer solchen Unterstellung keine Verletzung klaren materiellen Rechts nachgewiesen werden. Andererseits ist ein Hinweis auf die Prozessökonomie nicht geeignet, eine geltende gerichtliche Praxis als klares materielles Recht verletzend darzutun.

2.4. Zusammenfassend sprechen sowohl einige Gründe dafür, eine Parteientschädigung aus einem Konkursöffnungsverfahren unter die in Art. 172 Ziff. 3 SchKG genannten Kosten zu subsumieren, als auch einige dagegen. In der einschlägigen Literatur wird diese Frage nicht explizit beantwortet. Eine höchstgerichtliche Rechtsprechung zu dieser Frage ist nicht bekannt. Ein grober Verstoss bei der Anwendung materiellen Rechts kann der Vorinstanz keinesfalls vorgeworfen werden. Selbst wenn das Kassationsgericht eine andere Lösung vorzöge, könnte es deswegen noch keine Verletzung klaren materiellen Rechts feststellen. Der angefochtene vorinstanzliche Beschluss beruht nicht auf einer

solchen Verletzung. Die Rüge geht fehl, und die Nichtigkeitsbeschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

III.

Ausgangsgemäss ist die Spruchgebühr für das Beschwerdeverfahren der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 49 i.V. mit Art. 52 und Art. 61 GebV SchKG). Ferner ist diese zu verpflichten, der - nicht anwaltlich vertretenen - Beschwerdegegnerin entsprechend ihrem Antrag (KG act. 11 S. 2) für die Aufwendungen im Zusammenhang mit der Nichtigkeitsbeschwerde eine angemessene Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 62 GebV SchKG).

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Die Spruchgebühr für das Kassationsverfahren wird auf Fr. 500.-- festgesetzt und der Beschwerdeführerin auferlegt.
3. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, der Beschwerdegegnerin für das Kassationsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 100.-- zu bezahlen.
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.

Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Obergericht des Kantons Zürich (II. Zivilkammer) und an den Konkursrichter am Bezirksgericht Zürich, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär:

