



Kass.-Nr. AA060137/U/mb

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Robert Karrer, Bernhard Gehrig, die Kassationsrichterin Sylvia Frei und der Kassationsrichter Rudolf Ottomann sowie der Sekretär Markus Nietlispach

Zirkulationsbeschluss vom 22. September 2006

in Sachen

X.,

Schuldner, Rekurrent und Beschwerdeführer

gegen

Y.,

Gläubigerin, Rekursgegnerin und Beschwerdegegnerin

betreffend

Konkurseröffnung

Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 9. August 2006 (NN060086/U)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

1.a) Mit Verfügung vom 29. Juni 2006 (OG act. 2 = OG act. 7) eröffnete der Einzelrichter im summarischen Verfahren (Konkurssachen) des Bezirkes Q. auf entsprechendes Begehren der Beschwerdegegnerin (Gläubigerin und Rekursgegnerin) vom 22. Mai 2006 (vgl. OG act. 2 S. 2) hin den Konkurs über den Beschwerdeführer (Schuldner und Rekurrent). Auf den vom Beschwerdeführer hiegegen mit fristwahrender Eingabe vom 8. Juli 2006 erhobenen Rekurs mit dem sinngemässen Antrag auf Aufhebung des Konkurserkennnisses (OG act. 1) trat die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich (Vorinstanz) mit Beschluss vom 9. August 2006 (mangels Leistung des vom Beschwerdeführer einverlangten Kostenvorschusses für die zweitinstanzliche Spruchgebühr) nicht ein (OG act. 9 = KG act. 2; s.a. OG act. 4).

b) Gegen diesen dem Beschwerdeführer am 11. August 2006 zugestellten (OG act. 10/1) obergerichtlichen Rekursentscheid, dessen grundsätzliche Beschwerdefähigkeit zu bejahen ist (vgl. § 281 ZPO und RB 1997 Nr. 34; s.a. Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 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), richtet sich die vorliegende, an das Kassationsgericht adressierte, als "Rekurs" bezeichnete, innert der Frist von § 287 ZPO (s.a. § 140 Abs. 2 und §§ 191/192 GVG) eingereichte und unter den gegebenen Umständen als kantonale Nichtigkeitsbeschwerde im Sinne von § 281 ZPO entgegenzunehmende Eingabe vom 9. September 2006 (KG act. 1), von deren Eingang den Parteien, den Vorinstanzen und weiteren betroffenen Behörden mit Schreiben vom 11. September 2006 Kenntnis gegeben wurde (KG act. 4). Damit verlangt der Beschwerdeführer sinngemäss die Aufhebung des vorinstanzlichen Beschlusses und – letztlich – der Konkurseröffnung.

2. Wie nachstehend näher darzulegen ist (vgl. Erw. 4), erweist sich die Beschwerde sogleich als den formellen Anforderungen an die Begründung einer

solchen nicht genügend. Deshalb kann – nach bereits erfolgtem Beizug der vorinstanzlichen Akten (vgl. KG act. 3 und 5) – von Weiterungen im Sinne von § 289 ZPO abgesehen, d.h. darauf verzichtet werden, sie der Beschwerdegegnerin zur freigestellten Beantwortung und der Vorinstanz zur Vernehmlassung zuzustellen (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 2 zu § 289 ZPO).

3. Zur Begründung ihres (Nichteintretens-)Entscheids erwog die Vorinstanz, dass dem Beschwerdeführer mit Verfügung vom 11. Juli 2006 unter Androhung von Säumnisfolgen eine einmalige Frist von sieben Tagen angesetzt worden sei, um die zweitinstanzliche Spruchgebühr mit einem Barvorschuss von Fr. 300.-- sicherzustellen. Diese Verfügung, welche zuhänden des Beschwerdeführers am 11. Juli 2006 ein erstes und am 21. Juli 2006 ein zweites Mal der Post übergeben worden sei, sei jeweils nach unbenutzt abgelaufener Abholungsfrist mit dem Vermerk "nicht abgeholt" an die Rekursinstanz zurückgekommen.

Nachdem der Beschwerdeführer – so die Vorinstanz weiter – gegen das erstinstanzliche Konkursdekret Rekurs erhoben habe, habe er mit weiteren Zustellungen der Rekursinstanz rechnen müssen. Indem er nicht dafür gesorgt habe, dass ihm – oder einem beauftragten Vertreter – entsprechende Sendungen hätten zugestellt werden können, sei sein Verhalten als schuldhafte Zustellungsverhinderung im Sinne von § 179 Abs. 2 GVG zu betrachten. Die Verfügung vom 11. Juli 2006 gelte daher als zugestellt. Die Abholfrist von sieben Tagen für die zweite versuchte Zustellung habe am 31. Juli 2006 geendet. Damit sei die mit Präsidialverfügung vom 11. Juli 2006 angesetzte siebentägige (Kautions-)Frist am Montag, 7. August 2006, ungenutzt abgelaufen, weshalb die angedrohten Säumnisfolgen einträten. Demnach sei mangels Leistung des Barvorschusses für die Spruchgebühr der Vorinstanz unter Kostenfolgen zu Lasten des Beschwerdeführers auf den Rekurs nicht einzutreten (KG act. 2 S. 2, Erw. 2-5).

4.a) Angesichts der Ausgestaltung seiner dagegen gerichteten Beschwerde ist der Beschwerdeführer auf die besondere Natur des Beschwerdeverfahrens hinzuweisen. Dieses stellt keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter (mit umfassender Prüfungsbefugnis und Prüfungspflicht der Rechtsmittelinstanz

bezüglich des gesamten Prozessstoffes sowohl in rechtlicher wie auch tatsächlicher Hinsicht) dar. Zu prüfen ist vielmehr (allein), ob der angefochtene Entscheid aufgrund des bei der Vorinstanz gegebenen Aktenstandes an einem besonderen Mangel, nämlich einem Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 Ziff. 1-3 ZPO leidet. Dabei muss der Nichtigkeitskläger, der anzugeben hat, inwieweit er den vorinstanzlichen Entscheid anfechtet und welche Änderungen (in dessen Dispositiv, d.h. Entscheidformel) er beantragt (§ 288 Abs. 1 Ziff. 2 ZPO), den behaupteten Nichtigkeitsgrund in der Beschwerdeschrift selbst nachweisen (§ 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO); gemäss § 290 ZPO werden lediglich die geltend gemachten Nichtigkeitsgründe überprüft (sog. Rügeprinzip). Um diesen ihm obliegenden Nachweis zu erbringen, hat er sich konkret mit dem angefochtenen (hier: Rekurs-)Entscheid und den darin enthaltenen, den Entscheid tragenden Erwägungen auseinander zu setzen und hierbei darzulegen, inwiefern diese mit einem Mangel im Sinne von § 281 ZPO behaftet seien. Die blossе Verweisung auf frühere Vorbringen oder deren blossе Wiederholung genügen hiefür nicht. Ebenso wenig lässt sich ein Nichtigkeitsgrund rechtsgenügend dartun, indem bloss die Richtigkeit der vorinstanzlichen Auffassung in Abrede gestellt (und dieser allenfalls die eigene, abweichende Ansicht entgegengestellt) wird. Vielmehr sind in der Beschwerdebegründung insbesondere die angefochtenen Stellen des vorinstanzlichen Entscheids genau zu bezeichnen und diejenigen Aktenstellen, aus denen sich ein Nichtigkeitsgrund ergeben soll, im Einzelnen anzugeben. So muss beispielsweise, wer die vorinstanzliche Beweiswürdigung als willkürlich (im Sinne von § 281 Ziff. 2 ZPO) rügt, 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. In gleicher Weise hat, wer den Nichtigkeitsgrund von § 281 Ziff. 1 ZPO anruft, näher darzutun, inwiefern die Vorinstanz welche wesentlichen Verfahrensgrundsätze verletzt habe. Es ist mithin nicht Sache der Kassationsinstanz, in den vorinstanzlichen Akten nach den Grundlagen des geltend gemachten (oder gar eines anderen möglichen) Nichtigkeitsgrundes zu suchen (einlässlich zum Ganzen von Re-

chenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. A., Zürich 1986, S. 16 ff.; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 56 f., 72 f.; s.a. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4 zu § 288 ZPO).

b) Die vorliegende Eingabe (KG act. 1) vermag den eben skizzierten, zumindest in ihren wesentlichen Grundzügen auch von einer rechtsunkundigen Partei zu beachtenden gesetzlichen Anforderungen an die Begründung einer Nichtigkeitsbeschwerde in keiner Weise zu genügen: Abgesehen davon, dass darin konkrete Hinweise auf bestimmte Stellen im angefochtenen Entscheid oder auf andere Stellen in den vorinstanzlichen Akten vollends fehlen, lassen die Ausführungen des Beschwerdeführers auch in inhaltlicher Hinsicht jedwelle Bezugnahme auf die entscheidrelevanten Erwägungen der Vorinstanz (wonach die dem Beschwerdeführer rechtswirksam angesetzte Frist zur Leistung des Barvorschusses ungenutzt verstrichen und auf den Rekurs daher nicht einzutreten sei) vermissen. Von einer eigentlichen argumentativen Auseinandersetzung mit der von der Vorinstanz gegebenen Begründung für das Nichteintreten auf den Rekurs (KG act. 2 S. 2) kann erst recht keine Rede sein. Ebenso wenig wird in der Beschwerde auch nur andeutungsweise aufgezeigt, inwiefern der angefochtene Rekursentscheid zum Nachteil des Beschwerdeführers an einem Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 Ziff. 1-3 ZPO leiden sollte. So legt der Beschwerdeführer mit keinem Wort dar, inwiefern welche der vorinstanzlichen Ausführungen auf einer Verletzung (welcher) wesentlicher Verfahrensgrundsätze oder klaren materiellen Rechts oder auf (welchen) aktenwidrigen oder willkürlichen tatsächlichen Annahmen beruhten.

Statt dessen beschränkt sich der Beschwerdeführer darauf, wortwörtlich seine bereits in der Rekursbegründung vorgetragenen Argumente zu wiederholen (vgl. OG act. 1). Da sich die Vorinstanz (mangels Leistung des einverlangten Kostenvorschusses) mit der damit sinngemäss aufgegriffenen Frage nach der Rechtmässigkeit des erstinstanzlichen Konkursdekrets jedoch gar nicht befasst bzw. nicht materiell geprüft hat, ob die Konkurseröffnung zu (Un-)Recht erfolgt sei oder ob die Voraussetzungen für deren Aufhebung nach Art. 174 Abs. 2 SchKG vorlä-

gen, gehen seine Ausführungen von vornherein an der Sache vorbei. Insofern erschöpft sich die Beschwerde in rein appellatorischer und als solcher nicht zu hörender Kritik am vorinstanzlichen Entscheid bzw. am für den Beschwerdeführer negativen Ausgang des Rekursverfahrens.

Mangels rechtsgenügender Begründung kann daher auf die Beschwerde nicht eingetreten werden (§ 288 ZPO). Demzufolge bleibt es beim vorinstanzlichen Entscheid und mithin auch bei der mit Wirkung ab 29. Juni 2006, 10.00 Uhr, verfügten Konkurseröffnung.

5. Der Vollständigkeit halber sei der Beschwerdeführer auf Art. 195 SchKG hingewiesen, wonach die Möglichkeit eines nachträglichen Widerrufs des Konkurses durch den Konkursrichter besteht, wenn nachgewiesen wird, dass sämtliche Forderungen getilgt sind oder von jedem Gläubiger eine schriftliche Erklärung über den Rückzug seiner Konkurseingabe vorgelegt wird oder ein Nachlassvertrag zustandegekommen ist.

6. Bei diesem Ausgang (Nichteintreten) sind die Kosten des vorliegenden Beschwerdeverfahrens dem als unterliegende Partei zu betrachtenden Beschwerdeführer 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 in Verbindung mit Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG bzw. – bei Entscheiden betreffend Konkurseröffnung – nach Art. 52 in Verbindung mit 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).

Eine Parteientschädigung, deren Voraussetzungen und Höhe sich gemäss neuerer Praxis ebenfalls nach den Vorschriften der GebV SchKG (und nicht nach denjenigen der ZPO und der AnwGebV) richten (RB 2003 Nr. 30), ist der Beschwerdegegnerin nicht nur mangels eines entsprechenden Antrags (vgl. Art. 62 Abs. 1 GebV SchKG), sondern auch deshalb nicht zuzusprechen, weil ihr im Zu-

sammenhang mit dem Verfahren vor Kassationsgericht keine entschädigungspflichtigen Kosten und Umtriebe im Sinne des einschlägigen Art. 62 Abs. 1 GebV SchKG entstanden sind.

Das Gericht beschliesst:

1. Auf die Nichtigkeitsbeschwerde wird nicht eingetreten.
2. Die Spruchgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 200.--.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
4. Für das Kassationsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, den Einzelrichter im summarischen Verfahren (Konkursachen) des Bezirkes Q. (ad EK060040), das Konkursamt Q., das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und das Betreibungsamt Q., je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: