



---

Kass.-Nr. AA070176/U/mum

Mitwirkende: der Kassationsrichter Herbert Heeb, Vizepräsident, die Kassationsrichterin Sylvia Frei, die Kassationsrichter Reinhard Oertli, Matthias Brunner und Georg Naegeli sowie der juristische Sekretär Christof Tschurr

## **Zirkulationsbeschluss vom 2. Juli 2008**

in Sachen

**X.**

Schuldner, Rekurrent und Beschwerdeführer  
vertreten durch Rechtsanwalt

gegen

**Z.**

Gläubigerin, Rekursgegnerin und Beschwerdegegnerin

betreffend

**Konkurseröffnung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des  
Obergerichts des Kantons Zürich vom 19. Oktober 2007 (NN070117/U)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

**I.**

1. Am 31. Mai 2007 wurde dem Beschwerdeführer ein Zahlungsbefehl für eine Forderung der Beschwerdegegnerin über Fr. 300.30 zugestellt. Nachdem diese Forderung nicht bezahlt worden war, drohte das Betreibungsamt dem Beschwerdeführer am 3. Juli 2007 den Konkurs an. Am 6. August 2007 stellte die Beschwerdegegnerin ein Konkursbegehren. Mit Verfügung vom 4. September 2007 eröffnete der Konkursrichter am Bezirksgericht Zürich den Konkurs über den Beschwerdeführer (OG act. 9). Am 17. September 2007 reichte der Beschwerdeführer einen Rekurs beim Obergericht des Kantons Zürich ein mit dem Antrag, das Konkursdekret vom 4. September 2007 sei aufzuheben (OG act. 1). Mit Beschluss vom 19. Oktober 2007 wies das Obergericht (II. Zivilkammer) den Rekurs ab und eröffnete über den Beschwerdeführer mit Wirkung per 19. Oktober 2007 (neu) den Konkurs (KG act. 2).

2. Gegen den obergerichtlichen Beschluss vom 19. Oktober 2007 reichte der Beschwerdeführer rechtzeitig (OG act. 13/1, KG act. 1) eine Nichtigkeitsbeschwerde ein. Mit dieser beantragt er in erster Linie die Aufhebung des angefochtenen Beschlusses (KG act. 1 S. 2). Mit Präsidialverfügung vom 26. November 2007 wurde der Beschwerde einstweilen in dem Sinne aufschiebende Wirkung verliehen, dass das Konkursverfahren vorläufig nicht weitergeführt werden konnte. Der Konkurs galt einstweilen als per 19. Oktober 2007 eröffnet (KG act. 6). Die Vorinstanz verzichtete explizit auf eine Vernehmlassung zur Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 10). Die Beschwerdegegnerin beantragt mit ihrer rechtzeitigen (KG act. 7/2, act. 11) Beschwerdeantwort die Abweisung der Beschwerde (KG act. 11). Diese Beschwerdeantwort wurde dem Beschwerdeführer zur Kenntnisnahme zugestellt (KG act. 13, act. 14/1). Weitere Eingaben der Parteien erfolgten in diesem Beschwerdeverfahren nicht.

## II.

1. Die Vorinstanz erwog u.a., der Beschwerdeführer habe innerhalb der Rekursfrist die in Betreuung gesetzte Forderung nebst Zins und Kosten bezahlt und zudem die Kosten des Konkursamtes sowie der Rekursinstanz mit Barvorschüssen sichergestellt (KG act. 2 S. 2 Erw. 3). Um die Aufhebung des Konkurserkennnisses zu erreichen, müsste er aber überdies seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft machen (KG act. 2 S. 2 Erw. 4.a). Er habe gestützt auf den Betreibungsregisterauszug vom 14. September 2007 für die Periode 1.1.2002 bis 14.9.2007 noch offene Verpflichtungen von rund Fr. 3'400.-- zuzüglich Zinsen und Kosten. Hinzu kämen offenbar zahlreiche Betreibungen, die vor dem Jahre 2002 eröffnet worden seien. Diesbezüglich liege kein Betreibungsregisterauszug im Recht. Doch habe der Beschwerdeführer unter Beilage diverser Belege selbst darauf hingewiesen, dass noch weitere Betreibungen beständen bzw. bestanden hätten. Somit sei es nicht möglich, abschliessend festzustellen, wie hoch die noch bestehenden Schulden des Beschwerdeführers tatsächlich seien. Aus den Akten gehe hervor, dass er sich sehr darum bemühe, seine Schulden zu bezahlen. Wie hoch sein monatliches Einkommen sei, lege er jedoch nicht dar (KG act. 2 S. 5). Wie sich seine Geschäftstätigkeit weiter entwickeln werde, lasse sich anhand der eingereichten Unterlagen nicht beurteilen. Zwar habe er seinen Willen zur Schuldensanierung dargelegt, nicht jedoch seine Zahlungsfähigkeit im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG. Seine Einkommensverhältnisse liessen sich nicht klar eruieren. Vermögen führe er keines auf. Wie hoch seine offenen Betreibungen - auch diejenigen vor 2002 - derzeit noch seien, könne ebenfalls nicht abschliessend beurteilt werden. Der Rekurs sei demzufolge abzuweisen (KG act. 2 S. 6).

2. Der Beschwerdeführer macht geltend, er habe zur Deckung verschiedenster Forderungen Fr. 5'100.-- bei der Obergerichtskasse hinterlegt (KG act. 1 S. 4 Ziff. 8). Vom 1. Januar 2002 bis 14. September 2007 seien 27 Betreibungen für Forderungen im Gesamtbetrag von ca. Fr. 30'000.-- eingeleitet worden. Im Zeitpunkt des Rekurses seien bereits 12 Betreibungen in der Höhe von ca. Fr. 14'500.-- bezahlt gewesen. Mit einer nachgereichten Eingabe im vorinstanzlichen Verfahren habe er bewiesen, dass er sieben Verlustscheine des Stadt-

richteramtes Zürich über total Fr. 9'075.-- mit einer Saldozahlung von Fr. 7'200.-- zurückgekauft und Betreibungen im Betrag von Fr. 5'500.-- zugunsten der Ausgleichskasse Zürich mittels Einmalzahlung von Fr. 600.-- bezahlt habe. Übrige Verlustscheine seien ebenfalls beglichen worden. Innerhalb eines Monats (September 2007) habe er somit Schulden in der Höhe von Fr. 22'642.90 mittels Zahlungen in der Höhe von Fr. 15'867.90 getilgt (KG act. 1 S. 5). Ausser einem Restbetrag von Fr. 3'400.-- (gemäss Vorinstanz) habe er Schulden in der Höhe von mehr als Fr. 20'000.-- beglichen und fast die ganze in Betreuung gestellte Gesamtforderung bezahlen können. Dies spreche für seine Zahlungsfähigkeit. Er habe damit ausreichend dokumentiert, dass eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für seine Zahlungsfähigkeit vorliege, d.h. diese wahrscheinlicher als eine Zahlungsunfähigkeit sei. Die vorinstanzlichen Annahmen, dass die erheblichen Zahlungsschwierigkeiten und seine Zahlungsunfähigkeit weiterhin beständen und die Schulden nicht innert einer vernünftigen Frist bezahlt werden könnten, seien willkürlich (KG act. 1 S. 6).

Er vermittele Versicherungsverträge. Daraus erhalte er hohe Boni und Büroentschädigungen. Damit ständen ihm genügend Mittel zur Deckung seiner Schulden zur Verfügung (KG act. 1 S. 7). Die Vorinstanz habe willkürlich das Gegenteil angenommen. Er habe ja sämtliche Ausstände beglichen, oder sie könnten mit den bei der Obergerichtskasse hinterlegten Barmitteln gedeckt werden (KG act. 1 S. 7 unten). Bei Zweifeln an einem genügenden Einkommen hätte die Vorinstanz die richterliche Fragepflicht ausüben und Belege für sein Einkommen einfordern müssen. Dies habe sie nicht getan und damit den Gehörsanspruch und die Fragepflicht verletzt (KG act. 1 S. 8 oben; S. 10 Ziff. 13, S. 11).

Die Vorinstanz gehe davon aus, dass zahlreiche Betreibungen vor dem Jahr 2002 eröffnet worden seien. Sie habe erwogen, dass diesbezüglich kein Betreibungsregisterauszug vorliege, doch habe der Beschwerdeführer selber darauf hingewiesen, dass noch weitere Betreibungen beständen. Sein Wille zur Schuldensanierung über die Forderungen hinaus, die im Betreibungsregisterauszug vom 14. September 2007 ausgewiesen seien, dürfe ihm - so der

Beschwerdeführer - nicht zum Nachteil gereichen. Die Vorinstanz halte fest, es sei nicht möglich, abschliessend festzustellen, wie hoch die noch bestehenden Schulden tatsächlich seien. Jedoch leite sie daraus ab, dass seine Zahlungsfähigkeit nicht gegeben sei. Seien jedoch bei der Vorinstanz Zweifel bezüglich dem Bestand von weiteren Schulden aufgekommen, hätte sie ihm - so seine weitere Argumentation in der Beschwerde - die Möglichkeit einräumen müssen, sich dazu zu äussern. Indem sie ihn nicht dazu aufgefordert habe, habe sie seinen Gehörsanspruch und die Fragepflicht verletzt (Beschwerde KG act. 1 S. 8 f.). Hätte die Vorinstanz einen Betreibungsregisterauszug auch für die Zeit vor 2002 eingeholt, hätte sich daraus gezeigt, dass keine weiteren Verlustscheine beständen. Die gegenteilige Annahme der Vorinstanz sei willkürlich (Beschwerde KG act. 1 S. 9).

Indem die Vorinstanz trotz konkreter Anhaltspunkte (Bezahlung grosser Forderungen, Erfüllung der laufenden Zahlungsverpflichtungen) seine Zahlungsfähigkeit verneint und die erstinstanzliche Konkursöffnung nicht aufgehoben habe, habe sie überdies Art. 174 Abs. 2 SchKG und damit klares materielles Recht verletzt (Beschwerde KG act. 1 S. 12).

3. Die Beschwerdegegnerin macht in ihrer Beschwerdeantwort geltend, der Beschwerdeführer habe ihr gegenüber nach wie vor offene Schulden, insbesondere Prämien für April bis Juni 2007 im Totalbetrag von (unter Einbezug verschiedener Kosten) Fr. 469.30. Schon deshalb seien die Voraussetzungen von Art. 174 SchKG nicht erfüllt und sei die Nichtigkeitsbeschwerde abzuweisen (KG act. 11 unter Beilage von KG act. 12).

4.a) Vorweg sind die Parteien auf die besondere Natur des Beschwerdeverfahrens hinzuweisen. Dieses stellt keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter dar. Zu prüfen ist allein, 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 (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.). Ferner folgt aus der Natur des Beschwerdeverfahrens, 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, a.a.O., N 4 zu § 288; Spühler/Vock, a.a.O., S. 72 f.; von Rechenberg, a.a.O., S. 16 ff.).

b) Behauptungen und Unterlagen, bezüglich welcher die Parteien nicht aufzeigen, wo sie diese bereits vor den Vorinstanzen vorgebracht hatten, gelten demnach als Noven. Auf diese kann nach dem Gesagten nicht eingetreten werden.

c) Die Vorinstanz erachtete die Zahlungsfähigkeit des Beschwerdeführers nicht deshalb als nicht glaubhaft gemacht und wies den Rekurs nicht deswegen ab, weil der Beschwerdeführer bei der Beschwerdegegnerin nach wie vor offene Schulden habe, wie diese mit der Beschwerdeantwort geltend macht (KG act. 11).

Da das Kassationsgericht (nur) zu prüfen hat, ob der angefochtene Entscheid an einem geltend gemachten Nichtigkeitsgrund leidet, sich die Beschwerdeantwort aber mit diesen Ausführungen nicht mit den geltend gemachten Nichtigkeitsgründen auseinandersetzt, ist darauf nicht weiter einzugehen.

5. Der Beschwerdeführer zitiert verschiedentlich den in ZR 102 (2003) Nr. 28 publizierten Entscheid des Kassationsgerichts vom 25. Dezember 2002. Dieser ist bezüglich der Überprüfung der Anwendung von Art. 174 Abs. 2 SchKG veraltet. Er erging vor dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Nach dem damals anwendbaren Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG) stand gegen ein obergerichtliches Konkurserkennnis kein Rechtsmittel ans Bundesgericht zur Verfügung, im Rahmen dessen das Bundesgericht die vorinstanzliche Anwendung von Bundesrecht frei hätte prüfen können. Demzufolge waren im kantonalen Beschwerdeverfahren auch Rügen betreffend Verletzung von Bundesrecht zulässig, zu welchem insbesondere auch die Vorschrift von Art. 174 Abs. 2 SchKG gehört (ZR 97 [1998] Nr. 31 Erw. II.2.a; vgl. den Hinweis darauf in ZR 102 Nr. 28 Erw. II/1). Am 1. Januar 2007 trat das BGG in Kraft. Demnach unterliegen neu Entscheide des Konkursrichters (unabhängig vom Streitwert; vgl. Art. 74 Abs. 2 lit. d BGG) der Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 Abs. 2 lit. a BGG). In deren Rahmen kann die Verletzung von Bundesrecht gerügt werden (Art. 95 lit. a BGG), welche Rügen das Bundesgericht mit freier Kognition prüft (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 19.9.2007 5A\_350/2007 Erw. 1.2).

Gegen Entscheide, die dem Weiterzug an das Bundesgericht unterliegen, ist die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde (von vorliegend nicht relevanten Ausnahmen abgesehen) nicht zulässig, wenn das Bundesgericht den geltend gemachten Mangel frei überprüfen kann (§ 285 Abs. 1 und 2 ZPO). Vorliegend sind deshalb - im Unterschied zu den diesbezüglich veralteten Entscheiden ZR 97 Nr. 31 und ZR 102 Nr. 28 - Rügen nicht zulässig, welche die Anwendung von Bundesrecht, insbesondere von Art. 174 SchKG betreffen.

6. Die Frage nach dem Vorliegen der in Art. 174 Abs. 2 SchKG genannten Voraussetzungen für die Aufhebung einer Konkursöffnung ist materiellrecht-

licher Natur (ZR 97 Nr. 31 Erw. II.2.b). Der Begriff der Zahlungsfähigkeit ist ein bundesrechtlicher (Urteil des Bundesgerichts vom 19.9.2007 5A\_350/2007 Erw. 4.3). Ob eine Zahlungsfähigkeit im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG glaubhaft gemacht ist oder nicht, prüft das Bundesgericht. Dabei handelt es sich um eine rechtliche Würdigung und nicht um eine tatsächliche Feststellung. Auf diesbezügliche Rügen kann deshalb im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht eingetreten werden. Dies gilt für die Ausführungen des Beschwerdeführers unter den Ziffern 4 - 11 Abs. 1 und 2, Ziff. 12 Abs. 1, die ersten beiden Sätze von Ziff. 15 sowie für Ziff. 16 der Beschwerde (KG act. 1 S. 3 - 7, S. 8, S. 11 f.).

7. Sodann rügt der Beschwerdeführer, die Vorinstanz habe seinen Gehörsanspruch und die richterliche Fragepflicht im Sinne von § 55 ZPO verletzt, indem sie ihn nicht nach weiteren Belegen gefragt und ihm keine Gelegenheit zu weiteren Äusserungen und der Einreichung weiterer Belege gegeben habe (Beschwerde KG act. 1 S. 8 erster Absatz, S. 9 - 11).

a) Das Kassationsgericht hat bisher in mehreren Entscheiden explizit die Frage offen gelassen, ob Art. 174 Abs. 2 SchKG überhaupt Raum für eine kantonal-rechtliche Fragepflicht und eine damit einhergehende Nachreichung weiterer Belege nach Ablauf der Rekursfrist lasse, nachdem gemäss dieser das Novenrecht *abschliessend* regelnden bundesrechtlichen Bestimmung die der Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit dienenden Behauptungen und Belege *mit Einlegung des Rechtsmittels* einzubringen sind (Kass.-Nr. AA040117 vom 20.9.2004 Erw. II.3.; Kass.-Nr. AA040087 vom 21.9.2004 Erw. III.2.; je mit verschiedenen Hinweisen). Für das Kassationsverfahren gilt, dass die richterliche Fragepflicht hinter die vor der Kassationsinstanz geltenden speziellen Regelungen, wonach die Nichtigkeitsgründe in der Nichtigkeitsbeschwerde nachzuweisen sind, zurücktreten muss (ZR 91/92 [1992/93] Nr. 76 Erw. 3.h; RB 1988 Nr. 38; Kass.-Nr. AA050079 vom 22.7.2005 Erw. 2.2). Die gleiche Überlegung spricht dafür, dass die richterliche Fragepflicht auch im Rechtsmittelverfahren nach Art. 174 SchKG hinter die in diesem Verfahren geltende spezielle Regelung, wonach der Schuldner seine Zahlungsfähigkeit *mit der Einlegung des Rechts-*

*mittels* glaubhaft machen und durch Urkunden beweisen muss (Art. 174 Abs. 2 SchKG), zurücktreten muss.

b) Die Frage muss aber auch im vorliegenden Verfahren nicht abschliessend entschieden werden. Selbst wenn die richterliche Fragepflicht im Sinne von § 55 ZPO auch im Rechtsmittelverfahren gemäss Art. 174 SchKG grundsätzlich Geltung beanspruchen kann, gehen die diesbezüglichen Rügen im vorliegenden Fall fehl. Die richterliche Fragepflicht setzt voraus, dass ein bestimmter Sachverhalt von einer Partei zumindest andeutungsweise bzw. in rudimentärer Form behauptet wird und lediglich in gewissen Richtungen erkennbarerweise der Vervollständigung bedarf. Die Fragepflicht dient nicht der Korrektur oder Ergänzung mangelhafter oder gar unterbliebener Parteivorbringen schlechthin (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., Ergänzungsband, N 2 zu § 55, mit Verweisung auf Kass.-Nr. 97/488 vom 9.2.1999 [Erw. II.2]; so auch der vom Beschwerdeführer zitierte [KG act. 1 S. 10 f.] Entscheid ZR 104 [2005] Nr. 9 Erw. II.2.2.c/aa mit zahlreichen Hinweisen).

aa) Der Beschwerdeführer macht einerseits geltend, die Vorinstanz hätte in Ausübung der richterlichen Fragepflicht Belege zu seinem Einkommen einfordern und ihn zur genaueren Substantiierung auffordern müssen (Beschwerde KG act. 1 S. 8 oben, S. 10 oben, S. 11). Er zeigt indes nicht auf, dass er in seiner Rekurschrift vor Vorinstanz überhaupt ein gewisses Einkommen behauptet hätte. Bezüglich der Y. GmbH machte er vor Vorinstanz geltend, ein Jahresabschluss liege zur Zeit noch nicht vor. Diese Gesellschaft werde am Ende des Jahres erstmals einen Jahresabschluss über das letzte Quartal erstellen. Deshalb könne weder ein Jahresabschluss noch eine Steuererklärung eingereicht werden (OG act. 1 S. 4 Ziff. 5). Machte der Beschwerdeführer explizit geltend, keine Belege einreichen zu können, bestand schon deshalb kein Anlass, ihn in Ausübung einer Fragepflicht doch zur Einreichung von Belegen aufzufordern. Bezüglich sein Einkommen im Zusammenhang mit der Kollektivgesellschaft A. forderte die Vorinstanz den Beschwerdeführer sogar explizit zur Einreichung von Unterlagen auf (OG act. 5 S. 2). Eine Verletzung der Fragepflicht liegt bezüglich des Einkommens des Beschwerdeführers schon deshalb nicht vor. Mit den vom

Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang eingereichten Unterlagen setzte sich die Vorinstanz auseinander (KG act. 2 S. 5 f.). Darin, dass sie ihn nicht noch einmal zu weiteren Erklärungen und Einreichung weiterer Unterlagen aufforderte, liegt keine Verletzung der Fragepflicht (vgl. auch nachfolgend lit. bb/bbb).

bb) Andererseits macht der Beschwerdeführer geltend, die Vorinstanz hätte ihn auffordern müssen, zum Bestand von weiteren Betreibungen vor dem Jahre 2002 Stellung zu nehmen. Dazu reichte er einen "ausführlichen Betreibungsregisterauszug vom 1. Januar 1997 - 12. September 2007" vom 12.09.2007 ein (Beschwerde KG act. 1 S. 9, KG act. 4).

aaa) Mit seiner Rekurschrift vom 17. September 2007 an die Vorinstanz (OG act. 1) hatte der Beschwerdeführer der Vorinstanz einen Betreibungsregisterauszug vom 14. September 2007, umfassend den Zeitraum vom 1.1.2002 bis 14.9.2007, eingereicht (OG act. 4/7). Dieser datiert mithin zwei Tage nach dem im vorliegenden Beschwerdeverfahren eingereichten Betreibungsregisterauszug vom 12. September 2007. Offensichtlich verfügte der Beschwerdeführer also zum Zeitpunkt der Einreichung des Rekurses an die Vorinstanz über zwei Betreibungsregisterauszüge, nämlich über denjenigen vom 12.9.2007 betreffend den Zeitraum vom 1.1.1997 bis 12.9.2007 (KG act. 4) und über denjenigen vom 14.9.2007 betreffend den Zeitraum vom 1.1.2002 bis 14.9.2007 (OG act. 4/7). Beide Auszüge weisen als letzten Betreibungsregistereintrag die Betreibung Nr. 181639 vom 24.8.07 auf (OG act. 4/7 S. 3; KG act. 4 S. 4), unterscheiden sich also nicht bezüglich des Zeitraums zwischen dem 12. und 14.9.2007, sondern ausschliesslich bezüglich des Zeitraums vor dem 1.1.2002. Somit reichte der Beschwerdeführer im Rekursverfahren bewusst nur den einen, späteren Betreibungsregisterauszug vom 14.9.2007 ein, nicht aber denjenigen vom 12.9.2007, offensichtlich weil ihm dies für seine Position besser erschien. Unter diesen Umständen erscheint die Rüge, er habe keine Möglichkeit gehabt, sich dazu zu äussern, als rechtsmissbräuchlich. Zudem gelangt die richterliche Fragepflicht nur zur Anwendung, wenn das Vorbringen einer Partei versehentlich unklar, unvollständig oder unbestimmt bleibt, nicht aber, wenn sie wissentlich handelt (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 3 zu § 55, mit Verweisungen; vgl. auch Kass.-

Nr. 2002/379 vom 24.7.2003 Erw. III.5.2 und Kass.-Nr. 94/082 vom 27.9.1994 Erw. II.2.a/cc, wonach eine Partei, die bewusst Angaben zu bestimmten rechts-erheblichen Tatsachen verweigert, auf welche sie sich selbst beruft, nicht in der Folge geltend machen kann, das Gericht hätte von Amtes wegen die von ihr verheimlichten Tatsachen abklären sollen; dies käme einem Handeln wider Treu und Glauben gleich, und die Beschwerdeführerin hatte es sich gemäss diesem Ent-scheid selbst zuzuschreiben, wenn sie entsprechende Ausführungen unterliess).

bbb) Mit seinem Rekurs hatte der Beschwerdeführer geltend gemacht, er stehe mit Gläubigern in Kontakt, um Verlustscheine zurückzukaufen bzw. Forderungen zu begleichen (OG act. 1 S. 5). Zusammenfassend behauptete er, dass nebst der von ihm erwähnten Lohnpfändung (OG act. 1 S. 6 oben) und den von ihm als solche erwähnten (OG act. 1 S. 5) "rückkaufbaren" Verlustscheinen, die in den nächsten Wochen zurückgekauft werden sollten, sämtliche in Be-treibung gesetzten Forderungen durch die Hinterlegung von Fr. 5'100.-- bei der Obergerichtskasse gedeckt seien (OG act. 1 S. 6). Darauf gab ihm die Vorinstanz mit Verfügung vom 19. September 2007 Gelegenheit, die in der Rekursschrift erwähnten Dokumente zu den Verlustscheinen sowie die Belege betreffend behaupteter Einmalzahlung an die SVA des Kantons Zürich nachzureichen und weitere Unterlagen einzureichen (OG act. 5). Damit kam die Vorinstanz einer Fragepflicht nach, soweit eine solche aus den Ausführungen in der Rekursschrift folgen konnte und sich überhaupt noch evtl. mit der Vorschrift von Art. 174 SchKG vereinbaren liess. Wenn sich (erst) aus der Nachreichung des Beschwerdeführers zusätzliche und neue Unklarheiten ergaben, indem dieser selber dabei darauf hinwies, dass noch weitere Betreibungen beständen bzw. bestanden hätten (KG act. 2 S. 4 zweiter Absatz mit Verweisung auf OG act. 10 S. 2 ff. und OG act. 11/5 - 14), musste ihn die Vorinstanz nicht noch ein weiteres Mal zur nochmaligen Äusserung und Nachreichung weiterer Dokumente auffordern bzw. verletzte sie die Fragepflicht im Sinne von § 55 ZPO nicht, indem sie dies nicht tat (sondern hätte wohl im Gegenteil Art. 174 SchKG verletzt, wenn sie dies getan hätte). Die richterliche Fragepflicht entsteht nur, wenn *rechtzeitig* erfolgte Vorbringen unklar, unvollständig oder unbestimmt bleiben (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 3 zu § 55 ZPO). Der Beschwerdeführer macht indes nicht geltend, er hätte

bereits in der Rekurschrift wenigstens andeutungsweise irgendwelche (im Sinne von § 55 ZPO unklaren, unvollständigen oder unbestimmten) Ausführungen zu weiteren Betreibungen als den aus der Rekurschrift ersichtlichen gemacht. Im Gegenteil hatte er ja in der Rekurschrift behauptet, dass sämtliche in Betreuung gesetzten Forderungen durch die Hinterlegung von Fr. 5'100.-- bei der Obergerichtskasse gedeckt seien und damit die Existenz weiterer solcher Forderungen in Abrede gestellt. Der vom Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang zitierte Entscheid des Kassationsgerichts vom 22. März 2002 Kass.-Nr. 2002/012 (KG act. 1 S. 9) betrifft einen anderen Sachverhalt, der nicht mit dem vorliegenden gleichgestellt werden darf: Damals hatte das Obergericht einen Entscheid gefällt, ohne dem damaligen Beschwerdeführer (bzw. Rekurrenten) zuvor Gelegenheit geboten zu haben, sich zu einer von der Gegenseite unaufgefordert eingereichten Stellungnahme bzw. darin neu vorgetragenen Tatsachen zu äussern, auf welche das Obergericht in der Folge (zumindest sinngemäss) abstellte (vgl. diese Zusammenfassung im - im Internet publizierten [[www.kassationsgericht-zh.ch](http://www.kassationsgericht-zh.ch); Link unter Entscheidsammlung ab 2004] - Entscheid Kass.-Nr. AA040117 vom 20.9.2004 Erw. II.3.c). *Deshalb* hatte das Kassationsgericht in jenem Entscheid eine Verletzung des Gehörsanspruchs festgestellt. Im vorliegenden Fall hatte sich die (Rekurs- und) Beschwerdegegnerin im vorinstanzlichen Verfahren gar nicht geäußert, womit sich diesbezüglich auch im vorliegenden Fall die Frage nach der Einräumung eines weiteren Vortrags gar nicht stellte (vgl. Kass.-Nr. AA040117 vom 20.9.2004 Erw. II.3.c). Die Rüge geht fehl.

8. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass auf die Beschwerde nicht eingetreten werden kann, soweit sie sich auf die Anwendung von Art. 174 SchKG bezieht, insbesondere bezüglich Zahlungsfähigkeit des Beschwerdeführers beim von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt. Die Rügen der Verletzung der richterlichen Fragepflicht im Sinne von § 55 ZPO und - damit zusammenhängend - der Verletzung des Gehörsanspruchs gehen fehl. Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Damit entfällt die ihr verliehene aufschiebende Wirkung.

### III.

Ausgangsgemäss wird der Beschwerdeführer für das Kassationsverfahren kostenpflichtig (Art. 48 f. i.V. mit Art. 52 und Art. 61 GebV SchKG). Eine Parteientschädigung verlangte die Beschwerdegegnerin nicht (KG act. 11).

#### **Das Gericht beschliesst:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann. Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.
2. Die Spruchgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 500.-- und dem Beschwerdeführer auferlegt.
3. Parteientschädigungen für das Kassationsverfahren werden nicht zugesprochen.
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. Es handelt sich um einen Entscheid im Sinne von Art. 74 Abs.2 lit. d BGG.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Urteils des Obergerichtes vom 19. Oktober 2007 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.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, das Konkursamt \_\_\_\_\_, das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich, je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der juristische Sekretär: