



Kass.-Nr. AA080008/U/mb

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Yvona Griesser, die Kassationsrichter Reinhard Oertli und Matthias Brunner sowie der juristische Sekretär Markus Nietlispach

Zirkulationsbeschluss vom 31. Januar 2008

in Sachen

X. AG,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. _____

gegen

Y.,

Gläubiger und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. et lic. oec. _____

betreffend **Konkurseröffnung**

Nichtigkeitsbeschwerde gegen eine Verfügung des Konkursrichters am Bezirksgericht Zürich vom 12. Dezember 2007 (EK072501/U)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

1.a) Mit Verfügung vom 12. Dezember 2007, 10.00 Uhr, eröffnete der Konkursrichter des Bezirkes Zürich (Vorinstanz) in der Betreuung Nr. xxx des Betrei-

bungsamtes Zürich 00 über die Beschwerdeführerin (Schuldnerin) den Konkurs (KG act. 2). Zur Begründung erwog er, dass die Beschwerdeführerin innerhalb der ihr angesetzten Frist weder einen Rückzug des Konkursbegehrens des Beschwerdegegners (Gläubiger) vom 12. November 2007 noch einen Ausweis über die Tilgung der Forderung beigebracht und der Beschwerdegegner den für die vorläufig entstehenden Kosten einverlangten Barvorschuss von Fr. 1'800.-- geleistet habe, weshalb dem Konkursbegehren in Anwendung von Art. 171 SchKG Folge zu geben sei, zumal die Eingabe der Beschwerdeführerin vom 10. Dezember 2007 keine genügenden Gründe für die darin beantragte Einstellung des Verfahrens nach § 53a ZPO enthalte und überdies auch nachvollziehbare Angaben dafür fehlten, dass ein Nachlassverfahren Erfolg haben könnte (KG act. 2 S. 2). Gegen das bezirksgerichtliche Konkurserkennnis rekurrierte die Beschwerdeführerin mit Rechtsschrift vom 21. Dezember 2007 fristwährend bei der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich (vgl. KG act. 1 S. 2, Ziff. 2, und KG act. 3/1; das Rekursverfahren wird bei der II. Zivilkammer des Obergerichts unter der Proz.-Nr. NN070176 geführt).

b) Mit Eingabe vom 15. Januar 2008 (KG act. 1) und damit innert der in § 287 ZPO statuierten Frist reichte die Beschwerdeführerin daneben beim Kassationsgericht die vorliegende kantonale Nichtigkeitsbeschwerde gegen die ihr (nach eigenen Angaben) am 20. Dezember 2007 zugestellte (vgl. KG act. 1 S. 2, Ziff. 3) bezirksgerichtliche Verfügung vom 12. Dezember 2007 ein. Damit verlangt sie in der Sache selbst die Aufhebung der Konkursöffnung (KG act. 1 S. 2, Rechtsbegehren 1), wobei sich ihre Rügen in inhaltlicher Hinsicht gegen die vorinstanzliche Verweigerung der Einstellung des Verfahrens gemäss § 53a ZPO richten (vgl. KG act. 1 S. 2, Ziff. 2, und S. 3-6, Ziff. 4-20). Zugleich stellte sie das prozessuale Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung, welches mit Präsidialverfügung vom 17. Januar 2008 abgewiesen wurde (KG act. 4).

c) Da sich die Beschwerde sofort als unzulässig erweist, kann von Weiterungen im Sinne von § 289 ZPO abgesehen, d.h. darauf verzichtet werden, der Beschwerdegegnerin Gelegenheit zur Beantwortung der Beschwerde und dem

Konkursrichter zur Vernehmlassung zu geben (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 2 zu § 289 ZPO).

2.a) Gemäss den einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen über die sachliche und funktionelle Kompetenz der Gerichtsbehörden ist das Kassationsgericht nicht zur Beurteilung von Nichtigkeitsbeschwerden gegen bezirksgerichtliche Entscheide zuständig. Vielmehr können in Zivilsachen nur Entscheide des Obergerichts, des Handelsgerichts sowie des obergerichtlichen und handelsgerichtlichen Einzelrichters beim Kassationsgericht angefochten werden (§ 69a Abs. 1 GVG). Demgegenüber obliegt die Beurteilung einer Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Entscheid des bezirksgerichtlichen Einzelrichters dem Obergericht (§ 43 Abs. 1 GVG; s.a. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 1 zu § 281 ZPO; Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, N 1 zu § 43 ZPO und N 1 zu § 69a GVG [sowie N 7 zu § 23 GVG]). Somit fehlt es dem Kassationsgericht an der – als Prozess- bzw. Rechtsmittelvoraussetzung von Amtes wegen zu prüfenden (ZR 84 Nr. 138, Erw. 1; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4 vor §§ 259 ZPO) – sachlichen bzw. funktionellen Zuständigkeit zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde.

b) Es fragt sich indessen, ob die fälschlicherweise beim Kassationsgericht eingereichte Nichtigkeitsbeschwerde gestützt auf § 112 Abs. 1 ZPO oder § 194 Abs. 2 GVG an das (sachlich bzw. funktionell zuständige) Obergericht zu überweisen bzw. weiterzuleiten sei. (Eine Weiterleitungspflicht gemäss Art. 32 Abs. 2 SchKG fällt demgegenüber schon deshalb ausser Betracht, weil diese Vorschrift auf kantonale Rechtsmittel keine Anwendung findet; vgl. Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 7. A., Bern 2003, § 11 N 21; Nordmann, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3 Bde., Basel/Genf/München 1998, N 4 zu Art. 32 SchKG; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, Das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3 Bde., 4. A., Zürich 1997/1999/2001, N 3 zu Art. 32 SchKG.) Das hängt von der grundsätzlichen Zulässigkeit des ergriffenen Rechtsmittels ab, findet doch sowohl eine Überweisung nach § 112 Abs. 1 ZPO als auch eine Weiterleitung nach § 194 Abs. 2 GVG nur dann statt, wenn die Gerichtsin-

stanz, an die überwiesen oder weitergeleitet werden soll, zur Behandlung der zu überweisenden oder weiterzuleitenden Eingabe nicht offensichtlich unzuständig oder das damit (am falschen Ort) erhobene Rechtsmittel nicht von vornherein unzulässig ist (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4 ff. zu § 112 ZPO und N 15a vor §§ 259 ff. ZPO; Hauser/Schweri, a.a.O., N 11 zu § 194 GVG).

Gemäss dem in § 285 Abs. 1 ZPO statuierten Grundsatz der Subsidiarität ist die (ein unvollkommenes und ausserordentliches Rechtsmittel darstellende) Nichtigkeitsbeschwerde (unter Vorbehalt einer hier nicht relevanten Ausnahme) unzulässig, wenn der damit anzufechtende Entscheid dem (als ordentliches Rechtsmittel konzipierten) Rekurs unterliegt (s.a. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 1 zu § 285 ZPO; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 38 und 57; Meyer, Der Rekurs im Zürcher Zivilprozess, Zürich 1985, S. 10). Nach § 272 Abs. 1 Satz 2 ZPO können (Erledigungs-)Verfügungen über Konkurseröffnungen, die der Einzelrichter im summarischen Verfahren erlässt (vgl. § 23 Abs. 1 GVG i.V.m. § 213 Ziff. 5 ZPO [und Art. 25 Ziff. 2 lit. a SchKG]), ohne Rücksicht auf den Streitwert mit Rekurs beim Obergericht angefochten werden, worauf in der Rechtsmittelbelehrung der angefochtenen Verfügung vom 12. Dezember 2007 denn auch zutreffend hingewiesen wurde (KG act. 2 S. 3, Disp.-Ziff. 5; s.a. Spühler/Vock, a.a.O., S. 44; Frank, Ergänzungsband zu Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., Zürich 2000, N 2 zu § 272 ZPO) und von welcher Möglichkeit die Beschwerdeführerin in casu auch Gebrauch gemacht hat (vgl. KG act. 1 S. 2, Ziff. 2, und KG act. 3/1).

Entsprechend der Natur des Rekurses als vollkommenes ordentliches Rechtsmittel kann die Rekursinstanz im Rahmen der Rekursanträge das gesamte Verfahren und den gesamten Entscheid der ersten Instanz überprüfen (§ 279 ZPO). Mit dem Rekurs können demnach sämtliche Mängel des erstinstanzlichen Verfahrens oder Entscheids gerügt und in Prüfung gezogen werden, insbesondere auch solche, die (gemäss § 281 Ziff. 1-3 ZPO) auch Gegenstand einer Nichtigkeitsbeschwerde bilden können (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 2 zu § 279 ZPO; s.a. Spühler/Vock, a.a.O., S. 52; Meyer, a.a.O., S. 184). Damit schliessen sich der Rekurs und die (dem Rekurs gegenüber subsidiäre) Nichtigkeitsbe-

schwerde aber aus, und es sind keine Fälle denkbar, in denen gegen ein und denselben Entscheid gleichzeitig sowohl Rekurs als auch Nichtigkeitsbeschwerde zulässig sind (Spühler/Vock, a.a.O., S. 38). Anders als bei der Anfechtung bestimmter obergerichtlicher Entscheide, wo Rügen betreffend die Feststellung des Sachverhalts (zunächst) mittels kantonaler Nichtigkeitsbeschwerde beim Kassationsgericht zu erheben und Bundesrechtsverletzungen direkt mit Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht geltend zu machen sind, findet auf der Stufe der zweiten kantonalen Instanz mithin keine Spaltung des Rechtsmittelweges je nach den konkret geltend gemachten Rügegründen statt.

Daraus folgt, dass das Obergericht im Rahmen des gegen die bezirksgerichtliche Erledigungsverfügung vom 12. Dezember 2007 zulässigen Rekurses insbesondere auch die in der Beschwerde aufgeworfene Frage überprüfen kann, ob der bezirksgerichtliche Einzelrichter das Konkursöffnungsverfahren in Anwendung von § 53a ZPO hätte sistieren müssen. Damit ist die Nichtigkeitsbeschwerde insoweit aber unzulässig (§ 285 Abs. 1 ZPO; s.a. Spühler/Vock, a.a.O., S. 44). Daran ändert auch die von der Beschwerdeführerin zitierte Kommentirstelle bei Frank/Sträuli/Messmer (a.a.O., N 14 zu § 53a ZPO) nichts (KG act. 1 S. 2, Ziff. 2), bezieht sich die dortige Bemerkung, wonach die Verweigerung der Sistierung (mangels Rekursfähigkeit derselben) allenfalls mit Nichtigkeitsbeschwerde angefochten werden könne, doch allein auf den (hier nicht gegebenen) Fall, in dem die Sistierung mit einem selbständigen prozessleitenden Entscheid verweigert wurde und ein solcher Zwischenentscheid Anfechtungsobjekt eines selbständigen Rechtsmittelverfahrens bilden soll (was im Übrigen auch aus dem dortigen Verweis auf § 282 ZPO erhellt; s.a. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 5d zu § 282 ZPO). Die in der Nichtigkeitsbeschwerde erhobenen Einwände gegen die (erst anlässlich des konkursrichterlichen Endentscheids erfolgte) erstinstanzliche Verweigerung der Sistierung des Konkursöffnungsverfahrens können (und müssen) somit auf dem Wege des Rekurses geltend gemacht werden. Steht gegen die angefochtene einzelrichterliche Verfügung die Nichtigkeitsbeschwerde (als solche) demnach nicht offen (§ 285 Abs. 1 ZPO), erübrigt sich eine Überweisung oder Weiterleitung an die für die Behandlung von Kassationsbeschwerden gegen bezirksrichterliche Entscheide zuständige III. Zivilkammer des Obergerichts.

c) Zusammenfassend ergibt sich, dass dem Kassationsgericht die (sachliche bzw. funktionelle) Zuständigkeit zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde fehlt. Zudem ist diese gemäss § 285 Abs. 1 ZPO unzulässig. Deshalb ist (ohne Weiterungen im Sinne von § 112 Abs. 1 ZPO oder § 194 Abs. 2 GVG) auf die Beschwerde nicht einzutreten (vgl. ZR 84 Nr. 138, Erw. 1; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4 vor §§ 259 ff. ZPO sowie N 15 f. und N 22 zu § 108 ZPO; Spühler/Vock, a.a.O., S. 79; Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979, S. 493 und 504).

3. Bei diesem Ausgang (Nichteintreten) sind die Kosten des vorliegenden Beschwerdeverfahrens der mit ihrem (Rechtsmittel-)Antrag (auf Aufhebung des Konkurserkennnisses) unterliegenden Beschwerdeführerin 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 i.V.m. Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG bzw. – bei Entscheiden betreffend Konkursöffnung – nach Art. 52 i.V.m. 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; AA060137 vom 22.9.2006 i.S. E.c.H., Erw. 6; s.a. Kass.-Nr. AA030119 vom 11.9.2003 i.S. M.c.K., Erw. 3).

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 dem Beschwerdegegner nicht nur mangels eines entsprechenden Antrags (vgl. Art. 62 Abs. 1 GebV SchKG), sondern auch deshalb nicht zuzusprechen, weil ihm im Zusammenhang mit dem Verfahren vor Kassationsgericht keine entschädigungspflichtigen Kosten und Umtriebe im Sinne des einschlägigen Art. 62 Abs. 1 GebV SchKG entstanden sind.

4. Beim vorliegenden Beschluss handelt es sich um einen (letztinstanzlichen) Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG, der nach Art. 72 Abs. 2 lit. a BGG (unabhängig vom Streitwert; vgl. Art. 74 Abs. 2 lit. d BGG) der Beschwerde in Zi-

vilsachen an das Bundesgericht unterliegt (vgl. z.B. BGer 5A_350/2007 vom 19.9.2007, Erw. 1.2).

Das Gericht beschliesst:

1. Auf die Nichtigkeitsbeschwerde wird nicht eingetreten.
2. Die Spruchgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 300.--.
3. Für das Kassationsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Gegen diesen Entscheid kann 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, den Konkursrichter am Bezirksgericht Zürich (ad EK072501), das Konkursamt Z., das Betreibungsamt Zürich 00, das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich (ad NN070176), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: