



Kass.-Nr. AA060181/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Herbert Heeb, Vizepräsident, Robert Karrer, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Yvona Griesser und der Kassationsrichter Reinhard Oertli sowie der juristische Sekretär Christof Tschurr

Zirkulationsbeschluss vom 4. April 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 17. Oktober 2006 (NN060096/U)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Am 28. Juni 2006 stellte die Beschwerdeführerin beim Konkursrichter des Bezirkes Zürich das Gesuch, über die Beschwerdegegnerin sei der Konkurs zu eröffnen. Dabei bezog sie sich auf eine Konkursandrohung des Betreibungsamtes Zürich 10, mit welcher der Beschwerdegegnerin betreffend eine Forderung von Fr. 1'700.-- nebst Zinsen und Kosten der Konkurs angedroht worden ist (KG act. 5/2/1 und 5/2/2/4). Der Konkursrichter lud die Parteien auf den 3. August 2006 zur Konkursverhandlung vor (KG act. 5/2/4). Am 2. August 2006 bescheinigte das Betreibungsamt Zürich 10, dass die Beschwerdegegnerin Fr. 2'484.95 bezahlt hat, nämlich Fr. 1'700.-- Forderung, Fr. 57.60 Zins, Fr. 715.-- Kosten und Fr. 12.35 Inkasso-Kosten (KG act. 5/2/9). An der Konkursverhandlung vom 3. August 2006 machte die Beschwerdeführerin geltend, der Zins auf die Forderung sei nicht vollumfänglich bezahlt worden. Ferner sei die von ihr für das Verfassen des Konkursbegehrens und für die Teilnahme an der Konkursverhandlung beantragte Parteientschädigung von total Fr. 800.-- nicht bezahlt worden. Deshalb sei der Konkurs zu eröffnen (KG act. 5/2 Handprotokoll S. 1, act. 5/2/11 S. 1 f.).

2. Mit Verfügung vom 3. August 2006 wies der Konkursrichter das Konkursbegehren ab (KG act. 5/2/11 S. 3). Gegen diese Verfügung reichte die Beschwerdeführerin einen Rekurs beim Obergericht des Kantons Zürich ein. Mit diesem beantragte sie insbesondere, es sei der Konkurs über die Beschwerdegegnerin zu eröffnen. Eventualiter sei der Beschwerdegegnerin eine Frist von 3 Tagen anzusetzen, um "die Restanz der Schuld in der Betreuung Nr. 118 283 des Betreibungsamtes Zürich 10 zu begleichen", unter der Androhung, dass sonst der Konkurs über sie eröffnet werde (KG act. 5/1/1 S. 2).

3. Mit Beschluss vom 17. Oktober 2006 wies das Obergericht (II. Zivilkammer) den Rekurs ab (KG act. 2 S. 5). Gegen diesen Beschluss reichte die Beschwerdeführerin innert Frist (KG act. 5/1/11/1, KG act. 1) eine Nichtigkeitsbeschwerde ein mit den [Haupt-]Anträgen, der angefochtene Beschluss sei auf-

zuheben und über die Beschwerdegegnerin sei der Konkurs zu eröffnen (Beschwerde KG act. 1 S. 2). Den ihr auferlegten Kostenvorschuss von Fr. 500.-- (KG act. 7) leistete die Beschwerdeführerin fristgerecht (KG act. 8/1, act. 10). Die Vorinstanz verzichtete auf eine Vernehmlassung (KG act. 9). Die Beschwerdegegnerin beantragt mit ihrer ebenfalls rechtzeitigen (KG act. 8/2, act. 11) Beschwerdeantwort die Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde, soweit darauf einzutreten sei. Ferner beantragte sie damit, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu verleihen (KG act. 11 S. 2). Mit Verfügung vom 10. Januar 2007 wurde die Beschwerdeantwort der Beschwerdeführerin zur Kenntnisnahme zugestellt. Dem Gesuch der Beschwerdegegnerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wurde nicht stattgegeben (KG act. 12). Weitere Eingaben der Parteien erfolgten nicht.

II.

1. Mit ihrer Beschwerde macht die Beschwerdeführerin als einzigen Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 ZPO geltend, die Vorinstanz habe Art. 172 Ziff. 3 SchKG missachtet (Beschwerde KG act. 1 S. 3 f. Rz 5). Diesen Vorwurf begründet die Beschwerdeführerin ausschliesslich damit, dass die Vorinstanz die von ihr beantragte Parteientschädigung für die ihr im Zusammenhang mit dem Konkursöffnungsverfahren entstandenen Kosten 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 der Beschwerdeführerin nicht bezahlt habe (Beschwerde KG act. 1 S. 4 - 10, insbes. S. 10 Rz. 13).

2. Zwischen den beiden Parteien haben bereits mehrere Verfahren auch vor dem Kassationsgericht stattgefunden (Kass.-Nr. AA050097, erledigt mit Beschluss vom 14. November 2005; Kass.-Nr. AA060122, erledigt mit Beschluss vom 2. Februar 2007). Bereits im letztgenannten Verfahren hatte die Beschwerdeführerin eine Verletzung von Art. 172 Ziff. 3 SchKG durch die Vorinstanz geltend gemacht und hat das Kassationsgericht die Beschwerde abgewiesen. Im

Zeitpunkt der Einreichung der vorliegenden Nichtigkeitsbeschwerde war die Beschwerdeführerin noch nicht im Besitz des Erledigungsbeschlusses des Kassationsgerichts vom 2. Februar 2007. Dieser wurde den Parteien zwischenzeitlich zugestellt. Soweit die Beschwerdeführerin im vorliegenden Verfahren die gleiche Rüge mit der gleichen Begründung vorträgt wie mit ihrer Beschwerde im Verfahren Kass.-Nr. AA060122, kann auf die Erwägungen im Beschluss vom 2. Februar 2007 verwiesen werden. Nur sofern und soweit die Beschwerdeführerin im vorliegenden Verfahren zusätzliche Aspekte einbringt, ist darauf speziell einzugehen.

3. Im vorerwähnten Beschluss vom 2. Februar 2007 wurde dargelegt, dass die Rüge der Verletzung von Art. 172 Ziff. 3 SchKG unter dem beschränkten Gesichtspunkt der Verletzung klaren materiellen Rechts im Sinne von § 281 Ziff. 3 ZPO zu prüfen ist (Erw. II.1.2) und dass die vorinstanzliche Rechtsanwendung, eine Parteientschädigung aus einem Konkursöffnungsverfahren nicht unter die in Art. 172 Ziff. 3 SchKG genannten Kosten zu subsumieren, diesen Nichtigkeitsgrund nicht setzt (Kass.-Nr. AA060122 Beschluss vom 2. Februar 2007 Erw. II.2.4). Neben den bereits in jenem Verfahren behandelten, im vorliegenden Verfahren wiederholten Ausführungen der Beschwerdeführerin, bezüglich welcher auf den Beschluss vom 2. Februar 2007 verwiesen werden kann (insbes. Erw. II.2.3), bringt die Beschwerdeführerin im vorliegenden Verfahren zwei weitere Aspekte vor:

4. Die Beschwerdeführerin verweist auf das Urteil des Bundesgerichts vom 11. Juni 2003 im Verfahren 7B.49/2003. In dieser Entscheidung habe das Bundesgericht erklärt, dass die Betreuungskosten nicht selbständig in Betreuung gesetzt werden könnten (Beschwerde KG act. 1 S. 7 oben).

Das Bundesgericht erwog in zitierten Entscheidung, Betreuungskosten dürften grundsätzlich nicht selbständig in Betreuung gesetzt werden. Dies spricht zusätzlich (neben den weiteren, in den Erw. II.2.1. und II.2.3. des Beschlusses vom 2. Februar 2007 angeführten Gründen) für die Rechtsauffassung der Beschwerdeführerin. Gehört eine Parteientschädigung aus dem Konkursöffnungsverfahren (Art. 62 GebV SchKG) zu den Betreuungskosten im Sinne von Art. 68

SchKG (vgl. Kass.-Nr. AA060122 Beschluss vom 2. Februar 2007 Erw. II.2.1.b) und dürfen diese grundsätzlich nicht selbständig in Betreuung gesetzt werden, so müssen sie grundsätzlich von der Gläubigerin im laufenden Betreibungsverfahren erhältlich gemacht werden können. Das laufende Betreibungsverfahren wird mit einer Abweisung des Konkursbegehrens im Sinne von Art. 172 Ziff. 3 SchKG beendet. Könnte die Gläubigerin demnach - bei Anwendung dieses Grundsatzes auch auf eine solche Parteientschädigung - die Parteientschädigung im Zusammenhang mit dem Konkurseröffnungsverfahren nicht mehr später geltend machen (weil sie nicht selbständig in Betreuung gesetzt werden darf), müsste sie sie vor Abweisung des Konkursbegehrens "hereinholen" können. Das wäre nur möglich, wenn sie zu den im Sinne von Art. 172 Ziff. 3 SchKG zu tilgenden Kosten gerechnet würde.

Auch aus diesem zusätzlich für die Rechtsauffassung der Beschwerdeführerin sprechenden Aspekt ergibt sich aber nicht, dass der gegenteilige Entscheid der Vorinstanz klares materielles Recht verletzt (vgl. Kass.-Nr. AA060122 Beschluss vom 2. Februar 2007 Erw. II.1.2, II.2.2 und insbes. II.2.4). Das folgt schon daraus, dass das Bundesgericht mit der Erwägung, *grundsätzlich* dürften Betreuungskosten nicht selbständig in Betreuung gesetzt werden, offen liess, dass es Ausnahmen von diesem Grundsatz geben und die vorliegende Konstellation mit der vorinstanzlichen Auffassung eine solche Ausnahme sein kann. Das folgt aber auch daraus, dass sich die bundesgerichtliche Erwägung nicht direkt auf die Kosten im Sinne von Art. 172 Ziff. 3 SchKG und auch nicht direkt auf die Parteientschädigung eines Konkurseröffnungsverfahrens bezieht, sondern auf die Parteikosten eines Rechtsöffnungsverfahrens.

5. Weiter macht die Beschwerdeführerin im vorliegenden Verfahren zusätzlich zu den bereits im Verfahren Kass.-Nr. AA060122 vorgebrachten und behandelten Argumenten geltend, der Grund, weshalb die Beschwerdegegnerin überhaupt zur Konkursverhandlung vom 3. August 2006 erschienen sei, werde die nur noch an der Konkursverhandlung selber bestehende Möglichkeit gewesen sein, den Konkurs durch vollständige Tilgung der Schuld mit Zinsen und Kosten im Sinne von Art. 172 Ziff. 3 SchKG abzuwenden. Durch diesen Willen, die ganze

Schuld zu bezahlen, habe die Beschwerdegegnerin anerkannt, die ganze Forderung der Beschwerdeführerin zu bezahlen. Der Vertreter der Beschwerdegegnerin habe an der Verhandlung selbst ausgeführt, er habe noch weitere Geldmittel dabei, um den Konkurs abzuwenden. Damit sei er bereit gewesen, die weiteren der Beschwerdeführerin entstandenen Kosten (Parteientschädigung, Reisespesen) zu bezahlen. Dies habe die Beschwerdeführerin an der Konkursverhandlung vom 3. August 2006 nach der Bezahlung des ausstehenden Verzugszinses von Fr. 5.60 auch verlangt. Der Konkursrichter sei darauf gar nicht eingetreten (Beschwerde KG act. 1 S. 7 f. Rz 10).

a) Der Konkursrichter ist sehr wohl auf den auch nach der Bezahlung der Fr. 5.60 durch die Beschwerdegegnerin aufrechterhaltenen Antrag der Beschwerdeführerin auf Verpflichtung der Beschwerdegegnerin zur Bezahlung einer Parteientschädigung (bzw. auf Konkurseröffnung zufolge nicht vollumfänglicher Bezahlung aller Kosten, nämlich nicht der Parteientschädigung) eingetreten (KG act. 5/2/11 S. 1 - 3). Die gegenteilige Behauptung der Beschwerdeführerin ist falsch.

b) Der Konkursrichter hielt fest, dass die Beschwerdegegnerin beantragte, das Konkursbegehren sei abzuweisen, da die Parteientschädigung vom Richter festzulegen und im Nachgang zu diesem Verfahren separat zu zahlen sei (KG act. 5/2/11 S. 2). Diese Feststellung wird von der Beschwerdeführerin nicht beanstandet. Auch ihre Behauptung, die Beschwerdegegnerin habe (konkludent, durch den Willen, die ganze Schuld zu bezahlen, und das Mitführen entsprechender Mittel) ihre Forderung auf eine Parteientschädigung anerkannt, ist somit falsch. Auf diese Argumentation ist deshalb nicht weiter einzugehen.

6. Die übrigen Ausführungen der Beschwerdeführerin zum geltend gemachten Nichtigkeitsgrund der Verletzung von Art. 172 Ziff. 3 SchKG sind bereits im Verfahren Kass.-Nr. AA060122 vorgebracht und behandelt worden. Es wird auf den Beschluss vom 2. Februar 2007 verwiesen. Die Vorinstanz verletzte nicht klares materielles Recht. Die Rüge geht fehl. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist abzuweisen.

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.
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, das Obergericht des Kantons Zürich (II. Zivilkammer) und das Bezirksgericht Zürich (Konkursrichter), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: