



Kass.-Nr. AA060121/U/br

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Robert Karrer, Karl Spühler, Paul Baumgartner und die Kassationsrichterin Yvona Griesser sowie die Sekretärin Margrit Scheuber

Zirkulationsbeschluss vom 20. September 2006

in Sachen

A. B.,

geboren ..., von ..., whft. ...,

Schuldnerin, Rekurrentin und Beschwerdeführerin

gegen

C.,

Zentralverwaltung, in D.,

Gläubigerin, Rekursgegnerin und Beschwerdegegnerin

betreffend

Konkurseröffnung

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 3. Juli 2006 (NN060084/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

1. Die Gläubigerin stellte mit Schreiben vom 26. Oktober 2005 gestützt auf den Zahlungsbefehl Nr. 123'976 des Betreibungsamtes E. und die Konkursandrohung das Konkursbegehren gegen die Schuldnerin (ER act. 1). Mit Verfügung vom 7. Dezember 2005 setzte der Konkursrichter des Bezirkes E. den Entscheid über das Konkursbegehren aus (ER act. 15), da in der Betreuung Nr. 123'976 des Betreibungsamtes E. zwei Rekurse gegen zwei Zirkulationsbeschlüsse vom 17. Oktober 2005 der unteren kantonalen Aufsichtsbehörde über Betreibungsämter beim Obergericht hängig waren und diesen die aufschiebende Wirkung erteilt worden war (ER act. 14 und 16). Schliesslich schrieb der Konkursrichter des Bezirkes E. mit Verfügung vom 13. Juni 2006 (ER act. 19 = OG act. 2) das Verfahren betreffend Konkurseröffnung als gegenstandslos geworden ab und auferlegte der Schuldnerin die Spruchgebühr, nachdem mit Verfügung des Konkursrichters des Bezirkes E. vom 4. April 2006 bzw. mit Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 8. Juni 2006 (Proz.Nr. NN060047; ER act. 18) auf Begehren einer anderen Gläubigerin über die Schuldnerin A. B. der Konkurs eröffnet worden war.

2. Gegen diese Verfügung vom 13. Juni 2006 erhob die Schuldnerin und Rekurrentin A. B. Rekurs an die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und beantragte die Aufhebung der Verfügung und die Kostenaufgabe an die Gegenpartei (OG act. 1). Mit Beschluss vom 3. Juli 2006 wies die II. Zivilkammer des Obergerichts den Rekurs ab und auferlegte die Kosten der Rekurrentin (OG act. 6 = KG act. 2).

3. Mit Eingabe vom 5. August 2006 erhob die Rekurrentin und Beschwerdeführerin (nachfolgend: Beschwerdeführerin) kantonale Nichtigkeitsbeschwerde gegen den Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts vom 3. Juli 2006 und beantragte dessen Aufhebung sowie die Gutheissung ihres Rekurses vom 26. Juni 2006, unter Kostenaufgabe an die Gegenpartei (KG act. 1, S. 2). Mit Schreiben des Kassationsgerichts vom 7. August 2006 wurde den Parteien und der Vorinstanz Kenntnis vom Eingang der Nichtigkeitsbeschwerde gegeben (KG

act. 4). Weitere prozessleitende Anordnungen sind nicht erfolgt, da sich die Beschwerde sofort als unbegründet erweist (§ 289 ZPO).

4.1 Die Vorinstanz verwies vorerst auf den erstinstanzlichen Entscheid, in welchem der Konkursrichter das Verfahren betreffend Konkursöffnung als gegenstandslos abschrieb, weil mit Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts vom 8. Juni 2006 auf Begehren einer anderen Gläubigerin bereits der Konkurs über die Beschwerdeführerin eröffnet worden war, und bezeichnete diesen Entscheid als zutreffend. Die Beschwerdeführerin bringe im Rekursverfahren vor, es existiere gar keine gültige Konkursöffnung gegen sie, was auch für die Forderungsanmeldung beim Konkursamt E. gelte. Zudem bestehe keine gültige Verfügung, mit welcher ihr Rechtsvorschlag aufgehoben worden sei. Diese Vorbringen wurden von der Vorinstanz als nicht überzeugend angesehen, da über die Beschwerdeführerin mit Verfügung des Konkursrichters des Bezirkes E. vom 4. April 2006 bzw. mit rechtskräftigem Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts vom 8. Juni 2006 auf Begehren eines andern Gläubigers der Konkurs eröffnet worden sei, und die Vorbringen der Beschwerdeführerin zum angeblich nicht beseitigte Rechtsvorschlag (in der Betreuung Nr. XXX'XXX) bereits Gegenstand des Beschwerdeverfahrens NR05XXXX gewesen und vorliegend nicht zu behandeln seien (KG act. 2, S. 3).

4.2 Soweit die Beschwerdeführerin vorbringt, sie habe gegen den Entscheid des Obergerichts vom 8. Juni 2006 Beschwerde im Sinne von § 281 Ziff. 2 und 3 ZPO erhoben (KG act. 1, S. 1), ist darauf hinzuweisen, dass zwar am 19. Juli 2006 beim Kassationsgericht eine kantonale Nichtigkeitsbeschwerde gegen den Beschluss NN06XXXX/U der II. Zivilkammer des Obergerichts vom 8. Juni 2006 einging (Kass.Nr. AA060109), dieser Beschwerde jedoch keine aufschiebende Wirkung zuerkannt wurde und der Beschluss vom 8. Juni 2006 daher grundsätzlich rechtskräftig ist. Zudem hatte bereits die II. Zivilkammer des Obergerichts dem Rekurs im Verfahren NN06XXXX keine aufschiebende Wirkung verliehen (ER act. 18, S. 2).

4.3 Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, im Rekursentscheid vom 3. Juli 2006 sei unbehandelt geblieben, dass der Entscheid des Konkursrichters

wegen Vorliegen eines extrem gravierenden Mangels nichtig sei (KG act. 1, Ziff. 1, S. 2), führt sie nicht aus, wo sie dies bereits vor Vorinstanz (OG act. 1) vorgebracht hätte und solches ist auch nicht ersichtlich. Auf die sinngemässe Rüge der Verletzung des Anspruches auf das rechtliche Gehör ist nicht weiter einzugehen.

4.4 Schliesslich bringt die Beschwerdeführerin vor, beim angefochtenen Entscheid der Vorinstanz vom 3. Juli 2006 hätten die Oberrichter Dr. F.G., Dr. H.I. und lic.iur. K.L. mitgewirkt. Da Oberrichter Dr. F. G. bereits beim Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts vom 8. Juni 2006 (NN060047/U) mitgewirkt habe, sei festzustellen, dass bezüglich Oberrichter F. G. ein Ausstandsgrund gemäss § 95 Ziff. 3 und § 96 Ziff. 4 GVG bestehe (KG act. 1, Ziff. 2 und 3, S. 2).

Diese Argumentation der Beschwerdeführerin geht jedoch ebenfalls fehl. Zum Einen liegt kein Ausstandsgrund gemäss § 95 Ziff. 3 GVG vor, da Oberrichter Dr. F. G. an den Entscheiden vom 8. Juni 2006 und vom 3. Juli 2006 jeweils als Vorsitzender der II. Zivilkammer des Obergerichts und damit als Oberrichter mitgewirkt hat (vgl. ER act. 18 und KG act. 2), jedoch nie in einer Funktion bei einer unteren Instanz oder als Schiedsrichter oder Bevollmächtigter. Zum Andern besteht durch die Mitwirkung eines Oberrichters bei beiden Entscheiden auch kein Ablehnungsgrund gemäss § 96 Ziff. 4 GVG. Gemäss der Praxis genügt es zur Ablehnung wegen Befangenheit nämlich nicht, dass ein Richter in einem früheren, für die Partei ungünstig verlaufenen Prozess mitgewirkt hat, oder dass ein Richter eine Sache beurteilt, über die er früher in einem anderen Verfahren unter anderen rechtlichen Gesichtspunkten schon geurteilt hat (vgl. Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, N 40 und 42 zu § 96 GVG).

5. Zusammenfassend ist daher die vorliegende Nichtigkeitsbeschwerde abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Die Spruchgebühr wird der Beschwerdeführerin auferlegt (Art. 49 i.V.m. Art. 61 GebV SchKG). Für die Zurechnung einer Prozessentschädigung besteht vorliegend mangels Umtriebe und Antrag der Beschwerdegegnerin keine Grundlage (Art. 68 GebV SchKG).

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Die Spruchgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 750.-
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
4. Im vorliegenden Beschwerdeverfahren werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, sowie an den Konkursrichter des Bezirkes E. (EK052834), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Die juristische Sekretärin: