



Kass.-Nr. AA040087/U/mb

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Robert Karrer, Alfred Keller, Karl Spühler und die Kassationsrichterin Yvona Griesser sowie die Sekretärin Rosmarie Peter

Zirkulationsbeschluss vom 21. September 2004

in Sachen

Q. AG,

...,

Schuldnerin, Rekurrentin und Beschwerdeführerin
neu vertreten durch Rechtsanwalt ...

gegen

P. Sammelstiftung BVG,

...,

Gläubigerin, Rekursgegnerin und Beschwerdegegnerin

betreffend

Konkurseröffnung

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 2. Juni 2004 (NN040001/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Mit Verfügung vom 9. Januar 2004 eröffnete der Einzelrichter am Bezirksgericht Zürich über die Beschwerdeführerin den Konkurs. Das Konkursamt Hottingen-Zürich wurde mit dem Vollzug beauftragt. Die Spruchgebühr von Fr. 400.-- wurde vom geleisteten Vorschuss abgezogen und der Rest wurde dem beauftragten Konkursamt überwiesen (OG act. 2).

2. Gegen diese einzelrichterliche Verfügung erhob die Beschwerdeführerin Rekurs. Mit Beschluss vom 2. Juni 2004 wies die II. Zivilkammer des Obergerichts den Rekurs ab, und über die Beschwerdeführerin wurde mit Wirkung ab 2. Juni 2004, 11.00 Uhr, der Konkurs eröffnet. Das Konkursamt Hottingen-Zürich wurde mit der Durchführung des Konkurses beauftragt. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 500.-- wurde der Beschwerdeführerin auferlegt. Die aus dem Barvorschuss der Beschwerdegegnerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr wurde ebenfalls der Beschwerdeführerin auferlegt (KG act. 2).

3. Gegen diesen obergerichtlichen Beschluss richtet sich die vorliegende, rechtzeitig eingereichte Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 10). Die Beschwerdeführerin beantragt Aufhebung des vorinstanzlichen Beschlusses und Rückweisung an die Vorinstanz zur Neuurteilung, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Staatskasse. Antragsgemäss (KG act. 1, 10) wurde der Beschwerde mit Präsidialverfügungen vom 10. Juni 2004 und vom 8. Juli 2004 die aufschiebende Wirkung verliehen (KG act. 6, 13). Die Vorinstanz verzichtet auf Vernehmlassung (KG act. 16). Die Beschwerdegegnerin beantragt sinngemäss Abweisung der Beschwerde, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdeführerin (KG act. 17).

II.

1. Aus der Natur des Beschwerdeverfahrens, das keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter darstellt, folgt, 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, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 4 zu § 288; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 72 f.; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage, Zürich 1986, S. 16 ff.).

2. Aus der Natur des Beschwerdeverfahrens ergibt sich weiter, dass lediglich zu prüfen ist, 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, a.a.O., S. 16 ff.;

Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4a zu § 288 mit Hinweisen; Spühler/Vock, a.a.O., S. 56 f., 75).

Damit sind die Ausführungen in Ziffern 25 und 40 der Beschwerde und die in diesem Zusammenhang neu eingereichten Beilagen (KG act. 12/2-4), welche eine Vervollständigung des Prozesstoffes bezwecken, von vornherein unbeachtlich.

3. Beschlüsse des "oberen Gerichts" betreffend (Nicht-)Aufhebung eines erstinstanzlichen Konkurserkennnisses (Art. 174 SchKG) haben keine Zivilsache zum Gegenstand, sondern sind vollstreckungsrechtlicher Natur. Daher steht gegen derartige Entscheide weder die Berufung nach Art. 43 ff. OG noch die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde gemäss Art. 68 ff. OG offen (vgl. Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, Das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3 Bde., 4. Auflage, Zürich 1997/1999/2001, N 8 zu Art. 174; Giroud, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3 Bde., Basel/Genf/München 1998, N 33 zu Art. 174; Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 7. Auflage, Bern 2003, § 36 Rz. 59; Spühler, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht II, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2003, S. 16; ZR 97 Nr. 31, Erw. II.2.a). Demzufolge sind im kantonalen Beschwerdeverfahren auch Rügen betreffend Verletzung von Bundesrecht zulässig, zu welchem insbesondere auch die Vorschrift von Art. 174 Abs. 2 SchKG gehört.

Soweit mit der Beschwerde eine Missachtung materiellen Bundesrechts und damit der Nichtigkeitsgrund gemäss § 281 Ziff. 3 ZPO geltend gemacht wird, hat das Kassationsgericht - im Unterschied zur bundesgerichtlichen Überprüfungsbefugnis bei der eidgenössischen Berufung - allerdings nur zu überprüfen, ob klares materielles Recht verletzt wurde, was dann zutrifft, wenn die Rechtsauffassung der Vorinstanz direkt unvertretbar ist, d.h. über die Auslegung der im Streit liegenden Rechtsvorschrift kein begründeter Zweifel bestehen kann. Die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde vermag also lediglich gegen grobe Verstösse und Irrtümer bei der Anwendung materiellen Rechts Abhilfe zu schaffen (vgl.

dazu von Rechenberg, a.a.O., S. 28; Spühler/Vock, a.a.O., S. 69; Frank/ Sträuli/Messmer, a.a.O., N 51 zu § 281).

Wird demgegenüber gerügt, der Entscheid nach Art. 174 Abs. 2 SchKG sei in Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO ergangen, kann das Kassationsgericht - unabhängig davon, ob es sich dabei um einen kantonalrechtlich statuierten Grundsatz oder um eine bundesrechtliche Verfahrensnorm im engeren Sinne handelt - frei überprüfen, ob der geltend gemachte Mangel vorliege (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 15 f. zu § 281; Spühler/Vock, a.a.O., S. 75).

Bezüglich der Würdigung der Glaubhaftmachungsmittel schliesslich beschränkt sich die Kognition des Kassationsgerichts - wie bei der Regelung betreffend Beweiswürdigung, welche in analoger Weise auch dann gilt, wenn das materielle Recht oder das Prozessrecht keinen strikten Beweis, sondern lediglich Glaubhaftmachung verlangen - gemäss § 281 Ziff. 2 ZPO auf Aktenwidrigkeit und Willkür (vgl. von Rechenberg, a.a.O., S. 27 f.; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 43 ff. zu § 281; Spühler/Vock, a.a.O., S. 67 f.; ZR 81 Nr. 88, Erw. 6; einlässlich zum Ganzen auch ZR 97 Nr. 31).

III.

1. Das "obere Gericht" (d.h. die Rekursinstanz) kann die Konkursöffnung aufheben, wenn der Schuldner mit der Einlegung des Rechtsmittels seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden beweist, dass inzwischen die Schuld, einschliesslich der Zinsen und Kosten, getilgt ist (Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG). Vorliegend ging die Vorinstanz davon aus, dass die Forderung der Beschwerdegegnerin inklusive der angefallenen Kosten getilgt sei (KG act. 2 S. 2). Die Beschwerdegegnerin merkt dagegen in ihrer Beschwerdeantwort an, dass ihr der für die Konkursöffnung geleistete Vorschuss von Fr. 1'800.-- noch nicht zurückerstattet worden sei (KG act. 17 S. 2). Da die Beschwerdegegnerin jedoch selber keine Beschwerde eingereicht und ihre Beschwerdeantwort nach Ablauf der Beschwerdefrist erstattet hat, ist dieses Vorbringen nicht beachtlich. Es kann

daher im Folgenden nur um die Frage gehen, ob im Zusammenhang mit der Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit der Beschwerdeführerin Nichtigkeitsgründe gesetzt worden seien.

2. a) Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vorinstanz habe den Untersuchungsgrundsatz, welcher für das ganze Konkursverfahren, mithin auch für den Rechtsmittelrichter im Sinne von Art. 174 SchKG gelte, sowie die richterliche Fragepflicht im Sinne von § 55 ZPO verletzt (KG act. 10 S. 6).

Im Einzelnen bringt die Beschwerdeführerin vor, gestützt auf einen Betriebsregister-Auszug vom 20. Januar 2004 habe die Vorinstanz auf offene Betreibungen von Fr. 150'000.-- verwiesen und habe die zu tiefe Rückzahlungsrate von doch immerhin Fr. 115'000.-- seit 2001 moniert. Entgegen ihrer Pflicht habe die Vorinstanz nicht nach den Gründen des unbestrittenermassen grossen Umfangs von neuen in Betreuung gesetzten Forderungen geforscht. Eine einfache Anfrage hätte ergeben, dass die Beschwerdeführerin ursprünglich stets die ältesten Forderungen zuerst zurückbezahlt habe. Bei Zahlungsschwierigkeiten habe dies zwangsläufig zur Folge, dass neuere Forderungen wiederum in Betreuung gesetzt würden, bevor sie beglichen werden könnten. Hinsichtlich der Zahlungsfähigkeit sei denn auch der Umfang aller Forderungen massgebend. Die Vorinstanz hätte in Ausübung ihrer Fragepflicht eine Kreditorenliste anfordern können und untersuchen müssen, ob und inwiefern die Beschwerdeführerin in der Lage sei, die Schuldenlast in Zukunft weiter abzubauen. Tatsache sei, dass im ersten Halbjahr 2004 die Schuldenlast bei vollem Betrieb habe reduziert werden können. Nachdem die Beschwerdeführerin geltend gemacht habe, bis Ende 2004 die in Betreuung gesetzten Schulden zurückbezahlen zu können, hätte die Vorinstanz also gestützt auf § 55 ZPO, falls sie die eingereichten Belege als nicht zufriedenstellend erachtet hätte, nach der finanziellen Situation insgesamt fragen müssen. Auch wenn dem vormaligen Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin der Vorwurf gemacht werden könnte, er hätte die gesamte finanzielle Situation der Beschwerdeführerin darlegen sollen, so ändere sich nichts daran, dass die Vorinstanz konkurshindernde Tatsachen von Amtes wegen hätte erforschen müssen (KG act. 10 S. 6-7).

Weiter macht die Beschwerdeführerin geltend, obwohl die Vorinstanz erst am 2. Juni 2004 über den Rekurs entschieden habe, habe sie auf die Jahresrechnung 2002 abgestellt. Diese könne nichts über die zukünftige Zahlungsfähigkeit der Beschwerdeführerin im Juni 2004 aussagen. Die Vorinstanz hätte mindestens den Jahresabschluss 2003 anfordern müssen (KG act. 10 S. 7).

Schliesslich rügt die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe ihre Behauptung, wonach auf die Forderungen der kantonalen Sozialversicherungsanstalt Abschlagszahlungen geleistet würden, mangels Belegen nicht berücksichtigt. Sie hätte der Beschwerdeführerin vor Fällung des Entscheids Gelegenheit einräumen müssen, die Behauptungen zu belegen, oder hätte die Behauptung durch Anfrage beim Betreibungsamt überprüfen können (KG act. 10 S. 7-8, 9-10).

b) aa) Gemäss dem das Novenrecht abschliessend regelnden Art. 174 Abs. 2 SchKG (vgl. Brönnimann, Novenrecht und Weiterziehung des Entscheides des Konkursgerichtes gemäss Art. 174 E SchKG, in: Recht und Rechtsdurchsetzung, Festschrift für Hans Ulrich Walder zum 65. Geburtstag, Zürich 1994, S. 451) sind die der Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit dienenden Behauptungen und Belege "mit der Einlegung des Rechtsmittels" einzubringen (s.a. Art. 174 Abs. 1 SchKG: "dabei"). Aus dieser Formulierung leitet die Lehre ab, dass sämtliche Behauptungen und Beweismittel, die zur Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit dienen, jedenfalls innerhalb der Rechtsmittelfrist einzubringen sind (Brönnimann, a.a.O., S. 442, 448; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, a.a.O., N 14 zu Art. 174; Giroud, a.a.O., N 19, 24 und insbes. N 26 zu Art. 174; Amonn/Walther, a.a.O., § 36 Rz 56; Spühler, a.a.O., S. 15; Hardmeier, Änderungen im Konkursrecht, AJP 1996, S. 1432). Dementsprechend fragt es sich, ob das Bundesrecht im Rahmen von Art. 174 Abs. 2 SchKG überhaupt Raum für eine kantonalrechtliche Fragepflicht und eine damit einhergehende Nachreichung weiterer Belege lässt (vgl. hierzu insbes. ZR 101 Nr. 6, Erw. II.4.1 m.w.Hinw.; RB 1997 Nr. 35; Kass.-Nr. 2001/326 vom 23.12.2001 i.S. H., Erw. II.4.1).

bb) Nach dem Gesagten kann sich vorliegend nur noch fragen, ob die Vorinstanz - soweit dafür überhaupt Raum besteht - ihre Fragepflicht nach § 55 ZPO hätte ausüben müssen. Die richterliche Fragepflicht nach § 55 ZPO greift,

wenn ein Vorbringen einer Partei unklar, unvollständig oder unbestimmt bleibt. Dies 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 bzw. Ergänzung mangelhafter oder gar unterbliebener Parteivorbringen schlechthin. Im allgemeinen ist die Vermutung angebracht, dass Tatsachen, die eine Partei nicht von sich aus vorträgt, sich nicht verwirklicht haben und aus diesem Grund nicht behauptet werden. Eine Fragepflicht besteht sodann nicht, wenn anzunehmen ist, eine Partei habe es infolge unrichtiger Beurteilung der Rechtslage unterlassen, erhebliche Tatsachen zu behaupten. Was eine Partei zweckmässigerweise behaupten muss, um den Prozess zu gewinnen, darf ihr der Richter (auch im Hinblick auf das Gebot der Unparteilichkeit) grundsätzlich nicht raten (Lieber, Zur richterlichen Fragepflicht, in Rechtsschutz, Festschrift zum 70. Geburtstag von Guido von Castelberg, Zürich 1997, S. 165 f., 173; Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich 1979, S. 165; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 2, 4 zu § 55; ZR 81 Nr. 118, 88 Nr. 290 Nr. 37; RB 1980 Nr. 13).

Weiter kann die Beweiswürdigung, d.h. die Beurteilung der Beweiskraft eines zur Untermauerung einer bestimmten Parteibehauptung eingereichten Beweismittels, nicht Gegenstand der Fragepflicht sein. Vielmehr schliessen sich richterliche Fragepflicht und Beweiswürdigung grundsätzlich aus. Dabei dient die Fragepflicht nur der Feststellung dessen, was Parteidarstellung ist; demgegenüber dient die Beweiswürdigung der Feststellung dessen, was wirklich ist. § 55 ZPO verlangt mit anderen Worten nicht, dass der Richter im Falle misslungener Beweisführung die beweisbelastete Partei zur Beweisergänzung auffordert; gleiches gilt, soweit es (wie vorliegend) nicht um den strikten Nachweis, sondern um die blosser Glaubhaftmachung (hier: der Zahlungsfähigkeit) geht (Lieber, a.a.O., S. 176 m.Hinw. auf RB 1995 Nr. 68; Kass.-Nr. 2001/326 vom 23.12.2001 i.S. H., Erw. II.4.1.c m.w.Hinw.).

d) Aus dem Ganzen ergibt sich, dass weder aus Art. 174 Abs. 2 SchKG noch aus § 55 ZPO eine umfassende Pflicht der Rekursinstanz, von Amtes wegen

umfassende Untersuchungen zu tätigen, abgeleitet werden kann. Insofern geht die entsprechende Rüge von vornherein fehl. Die Beschwerdeführerin legt sodann nicht dar, hinsichtlich welcher unklar, unvollständig oder unbestimmt gebliebener Parteibehauptungen die richterliche Fragepflicht hätte ausgeübt werden müssen, weshalb insoweit auf die Beschwerde nicht einzutreten ist. Die Vorinstanz hatte auch keine Pflicht, weitere Belege anzufordern. Im Übrigen hatte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 15. Januar 2004 Frist angesetzt, um einen aktuellen Betreibungsregisterauszug und den letzten Jahres- bzw. Zwischenabschluss einzureichen (OG act. 5). Daraufhin reichte die Beschwerdeführerin unter anderem den Jahresabschluss 2002 kommentarlos ein, d.h. insbesondere ohne Hinweis darauf, wann allenfalls der Jahresabschluss 2003 noch nachgereicht werden könne (OG act. 9; KG act. 2 S. 5). Zumindest in Bezug auf den Jahresabschluss war somit der Fragepflicht mehr als Genüge getan. Schliesslich wurde bereits einleitend darauf hingewiesen, dass im Beschwerdeverfahren keine Noven zulässig sind (vgl. oben II.2), so dass auf das neue Vorbringen, im ersten Halbjahr 2004 hätten die Schulden reduziert werden können, nicht einzugehen ist. Insgesamt ist damit die Rüge abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

3. a) Weiter rügt die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe zu Unrecht angenommen, sie habe ihre Zahlungsfähigkeit nicht glaubhaft gemacht. Die Vorinstanz habe verkannt, dass neben dem laufenden Betrieb Schulden getilgt werden könnten, und habe zu hohe Anforderungen an die Glaubhaftmachung gestellt (KG act. 10 S. 8-11).

b) Art. 174 Abs. 2 SchKG verlangt, dass der Schuldner seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht. Im Schrifttum herrscht weitgehend Einigkeit darüber, dass an das Vorliegen bzw. die Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit keine strengen Anforderungen gestellt werden dürfen (Meier, Konkursrecht, Neuerungen des revidierten Rechts und aktuelle Fragen aus Lehre und Praxis, ZSR 1996 I, S. 280; Giroud, a.a.O., N 26 zu Art. 174; Rutz, Weiterziehung des Konkursdekretes, in: Schuldbetreibung und Konkurs im Wandel, Festschrift 75 Jahre Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz, Ba-

sel/Genf/München 2000, S. 349; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, a.a.O., N 12 zu Art. 174).

Die Zahlungsfähigkeit muss stets bejaht werden, wenn die Möglichkeit besteht, dass der Konkurs doch noch verhindert bzw. auch weiterhin vermieden werden kann. Konkret bedeutet dies, dass die Zahlungsfähigkeit trotz Zahlungseinstellung als gegeben zu betrachten ist, wenn der Schuldner glaubhaft machen kann, dass er im Verhältnis zu seinen Schulden immer noch über erhebliche Mittel verfügt, die eine Sanierung als möglich erscheinen lassen (Meier, a.a.O., S. 280; Spühler, a.a.O., S. 15). Für die Annahme bestehender Zahlungsfähigkeit sollte ernsthaft damit zu rechnen sein, dass der Schuldner seinen Verpflichtungen in der Folge wieder aus eigenen Mitteln werde nachkommen können (vgl. BGE 91 I 3), wobei die Fähigkeit, neben den laufenden auch bereits bestehende Verbindlichkeiten zu begleichen, in der Regel ein Indiz hierfür darstellt (vgl. zum Ganzen auch Brönnimann, a.a.O., S. 447; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, a.a.O., N 10 f. zu Art. 174; Giroud, a.a.O., N 26 zu Art. 174).

Glaubhaft gemacht ist die Zahlungsfähigkeit bereits, wenn sie mittels schlüssiger Belege ausreichend wahrscheinlich gemacht wird; dies ist der Fall, wenn eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für die Zahlungsfähigkeit spricht, d.h. die Zahlungsfähigkeit wahrscheinlicher ist als die Zahlungsunfähigkeit (Brönnimann, a.a.O., S. 448 [m.w.Hinw.]; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, a.a.O., N 12 zu Art. 174; Rutz, a.a.O., S. 349; vgl. zum Ganzen auch ZR 102 Nr. 28, Erw. II.4.1. b/bb-dd, ZR 97 Nr. 31, Erw. II.2.c.aa-dd).

c) aa) Im Einzelnen macht die Beschwerdeführerin geltend, die Vorinstanz verweise auf ihren Beschluss vom 27. November 2001, mit welchem die Beschwerdeführerin bereits darauf aufmerksam gemacht worden sei, dass bei nochmaliger Konkursöffnung nicht mehr mit einer Gutheissung eines Rekurses gerechnet werden könne, weil dies als Hinweis mangelnder Liquidität zu werten wäre. Zu berücksichtigen seien jedoch, so die Beschwerdeführerin, nicht die historischen Umstände. Massgebend sei vielmehr, ob aufgrund der heutigen Umstände die Zahlungsfähigkeit glaubhaft sei. Das heutige "Bestrafen" der Be-

schwerdeführerin allein aufgrund Nichtbefolgens der Mahnung der Vorinstanz sei willkürlich (KG act. 10 S. 13).

Die Vorinstanz bemerkte lediglich einleitend, dass die Beschwerdeführerin bereits im November 2001 in Konkurs geraten sei, worauf das Obergericht die Konkursöffnung aufgehoben habe; dabei sei die Beschwerdeführerin darauf aufmerksam gemacht worden, dass eine weitere Konkursöffnung als Hinweis auf mangelnde Liquidität zu werten wäre und alsdann nicht mehr mit einer Gutheissung des Rekurses gerechnet werden könnte (KG act. 2 S. 3). Im Folgenden berücksichtigte sie bei der Beurteilung der finanziellen Lage der Beschwerdeführerin auch ihren Betreibungsregistrauszug vom 20. Januar 2004, ihren Jahresabschluss 2002 sowie ihre Angaben zu ihren aktuellen Einnahmen und Ausgaben (KG act. 2 S. 3-8). Nach dem Gesagten stellte die Vorinstanz nicht allein auf die Tatsache des früheren Konkurses ab. Im Rahmen der von ihr vorgenommenen Gesamtbeurteilung durfte dieser in der Vergangenheit liegende Vorgang durchaus berücksichtigt werden (ZR 102 Nr. 28, Erw. II.4.1.c; BGE 109 III 78 f.). Die Rüge ist damit abzuweisen.

bb) Weiter bringt die Beschwerdeführerin vor, die Vorinstanz habe zur Beurteilung der Frage, ob die Zahlungsschwierigkeiten vorübergehend oder nicht zu beheben seien, unter anderem auf den Jahresabschluss 2002 abgestellt. Dies führe zwangsläufig zu willkürlichen Annahmen. Ein Jahresabschluss könne nichts über die Liquiditätssituation einer Gesellschaft aussagen. Die Liquidität und damit die Zahlungsfähigkeit beurteile sich allein aufgrund der erwirtschafteten frei verfügbaren baren Mittel. Die Beschwerdeführerin habe nachgewiesen, dass diese genügten, um die Zahlungsrückstände innert vertretbarer Frist zurückzuzahlen. Zugegebenermassen sei es der Beschwerdeführerin nicht gelungen, die Schulden innert der 2001 beabsichtigten Frist zurückzuzahlen. Damit sei aber nichts darüber ausgesagt, ob die Zahlungsschwierigkeiten nicht doch vorübergehend seien. Die Beschwerdeführerin habe nachweisen können, dass sie regelmässig mehr Erträge als Kosten vorweisen könne (KG act. 10 S. 8-9).

Die Vorinstanz erwog, es zeige sich heute, dass es der Beschwerdeführerin keineswegs gelungen sei, ihre finanziellen Probleme in den Griff zu be-

kommen. Es seien weiterhin Schulden in beträchtlicher Höhe begründet worden, wobei vom Gesamtbetrag der in Betreuung gesetzten Forderungen weniger als ein Viertel hätte beglichen werden können. Der Auszug aus dem Betreibungsregister belege für Ende Januar 2004 offene Betreibungen für Forderungen von über Fr. 150'000.--. Dass sich die Situation gegenüber der Zeit des früheren Konkursverfahrens verbessert hätte, sei nicht ersichtlich. Die Bilanz vom 31. Dezember 2002 zeige denn auch eine deutliche Überschuldung auf. Für das Jahr 2003 liege noch kein Abschluss vor. Die Beschwerdeführerin lege nicht dar, dass dieser Abschluss für das letzte Jahr 2003 wesentlich besser ausfallen könnte. Das Betreibungsregister spreche denn auch eher gegen eine solche Verbesserung (KG act. 2 S. 6).

Der Beschwerdeführerin ist zwar darin beizustimmen, dass der Begriff der Zahlungsunfähigkeit nicht mit demjenigen der Überschuldung gleichgesetzt werden darf (Amonn/Walther, a.a.O., § 38 Rz. 13; Brönnimann, a.a.O., S. 447, Anm. 72; ZR 97 Nr. 31, Erw. II.2.c.cc). Jedoch ist die Zahlungsunfähigkeit häufig auf eine Überschuldung zurückzuführen (Brunner, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3 Bde., Basel/Genf/München 1998, N 12, 19 zu Art. 191; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 50 Rz. 213). Insofern durfte im Rahmen einer Gesamtbeurteilung, wie sie die Vorinstanz vornahm, die aus dem Jahresabschluss ersichtliche Überschuldung als ein Indiz für die Zahlungsunfähigkeit der Beschwerdeführerin beigezogen werden. Im Übrigen legt die Beschwerdeführerin nicht dar, woraus sich ergebe, dass ihre Liquiditätssituation besser sei als von der Vorinstanz angenommen (vgl. auch nachfolgend cc). Die Rüge ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

cc) Die Beschwerdeführerin rügt sodann, die Vorinstanz habe willkürlich angenommen, die tatsächlichen Kosten würden die von der Beschwerdeführerin als "Festauslagen" bezeichneten Aufwände übersteigen. Richtig sei, dass der von der Beschwerdeführerin gewählte Begriff "Festauslagen" möglicherweise missverständlich sei. Tatsächlich habe die Beschwerdeführerin damit alle Kosten bezeichnen wollen. Es habe sich denn auch gezeigt, dass die Beschwerdeführe-

rin in den ersten fünf Monaten dieses Jahres mehr an Schulden habe zurückzahlen können als budgetiert. Indem die Vorinstanz falsche Schlussfolgerungen aus der von der Beschwerdeführerin eingereichten Kostenaufstellung gezogen habe, in der falschen Annahme, "Festauslagen" würden nur einen Teil aller Kosten bezeichnen, habe sie willkürlich entschieden. Zumindest hätte sie die Beschwerdeführerin zur Stellungnahme zulassen müssen (KG act. 10 S. 9).

Die Vorinstanz erwog, die Beschwerdeführerin habe keine Gründe dafür angeben können, weshalb sie im Jahr 2002 trotz guter Patientenbelegung und entgegen den im früheren Verfahren geäusserten Erwartungen weiterhin überschuldet geblieben sei. Sie habe sich wiederum damit begnügt, auf ihre Einnahmen hinzuweisen, welche sich bei nunmehr 17 Patienten auf über Fr. 100'000.-- im Monat belaufen sollten, und mit einer Aufstellung der monatlichen Festauslagen aufzuzeigen, dass ihr - bei laufenden Aufwendungen von Fr. 60'000.-- pro Monat - jeweils Fr. 24'500.-- für Abschlagszahlungen zur Verfügung stünden (darunter Fr. 5'000.-- für die SVA), womit alle im Betreibungsregister verzeichneten Schulden bis Ende 2004 bezahlt werden könnten. Diese Aufstellung überzeuge nicht. Dass neben den Löhnen von Fr. 34'000.-- auch die laufenden Sozialversicherungsbeiträge bezahlt würden (laut Bilanz 2002 Fr. 106'672.-- bzw. etwa Fr. 8'800.-- im Monat), gehe aus der Liste nicht hervor. Die Beschwerdeführerin spreche von "Festauslagen". Offenbar seien damit nicht alle Auslagen erfasst. Bereits im Jahr 2002 habe der Aufwand Fr. 1'064'159.17 pro Jahr betragen. Zusätzliche Patienten dürften auch zusätzliche Aufwendungen zur Folge haben. Nicht nachvollziehbar sei, wie die in Betreuung gesetzten Forderungen der Sozialversicherungsanstalt von Fr. 31'585.--, 29'059.-- und 24'547.-- in sechs bzw. fünf monatlichen Raten von Fr. 5'000.-- bis zum 30. Juni 2004 bzw. bis zum 31. Dezember 2004 sollten bezahlt werden können. Eine Verbesserung würde aber nur dann eintreten, wenn auch die neuen Beiträge beglichen würden (KG act. 2 S. 7).

Die Beschwerdeführerin legt nicht dar, welche der Annahmen der Vorinstanz im Einzelnen zu beanstanden seien und weshalb. Auf die Rüge kann damit von vornherein nicht eingetreten werden. Es ist möglich, dass die Beschwerdeführerin selber davon ausging, ihre Aufstellung der Festauslagen (OG

act. 4/11) sei vollständig. Dies bedeutet jedoch noch nicht, dass diese auch tatsächlich korrekt sei und alle regelmässigen Ausgaben enthalte. So fällt beispielsweise auf, dass in dieser Aufstellung von Januar bis Dezember 2004 zwölf monatliche Abzahlungsraten à Fr. 5'000.-- an die SVA vorgesehen sind. Demgegenüber sollen gemäss Rekurschrift (OG act. 1 S. 6-8) die drei von der Vorinstanz erwähnten Forderungen der SVA bis am 31. Dezember 2004 in zweimal sechs und einmal fünf Raten à Fr. 5'000.-- abbezahlt werden. Schon daraus wird ersichtlich, dass die Aufstellung der Festauslagen nicht stimmen kann. Die Beschwerdeführerin legt sodann wiederum nicht dar, hinsichtlich welcher unklar, unvollständig oder unbestimmt gebliebener Ausführungen in der Rekurschrift oder der Aufstellung der Festauslagen die richterliche Fragepflicht hätte ausgeübt werden müssen, weshalb insoweit auf die Rüge nicht einzutreten ist. Schliesslich wurde bereits einleitend darauf hingewiesen, dass im Beschwerdeverfahren keine Noven zulässig sind (vgl. oben II.2), so dass auf das neue Vorbringen, die Beschwerdeführerin habe mehr an Schulden zurückbezahlt als budgetiert, nicht einzugehen ist. Auf die Rüge ist damit insgesamt nicht einzutreten.

dd) Schliesslich macht die Beschwerdeführerin geltend, die Vorinstanz habe den Rekurs abgewiesen, weil nicht ersichtlich sei, dass eine grundlegende Sanierung möglich sei und ernsthaft an die Hand genommen werde (KG act. 2 S. 8). Diese Feststellung sei aktenwidrig und willkürlich. Es sei eine Tatsache, dass mit den Gläubigern Abschlagszahlungen vereinbart worden seien und diese geleistet würden. Es sei ferner eine Tatsache, dass sich die Beschwerdeführerin ernsthaft um eine Sanierung bemühe. Damit habe die Vorinstanz zu strenge Anforderungen an die Glaubhaftmachung gestellt. Indem die Vorinstanz den Rekurs abgewiesen habe, obwohl die Beschwerdeführerin nachgewiesen habe, dass neben dem laufenden Betrieb Schulden getilgt werden könnten, habe sie klares materielles Recht verletzt (KG act. 10 S. 10-11).

Die Beschwerdeführerin legt nicht dar, woraus sich ergebe, dass sie Abschlagszahlungen vereinbart habe und die Sanierung auf gutem Wege sei. Auch mit der vorliegenden Rüge legt sie nicht dar, woraus sich ergebe, dass sie in

der Lage sei, ihre Schulden zu tilgen (vgl. schon oben cc). Auf die Rüge ist damit nicht einzutreten.

4. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin keine Nichtigkeitsgründe nachzuweisen vermag. Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Bei diesem Ausgang des Verfahrens fällt auch die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung dahin und der Konkurs über die Beschwerdeführerin ist neu zu eröffnen (RB 1986 Nr. 26).

IV.

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Kassationsverfahrens in Anwendung der allgemeinen Regeln der unterliegenden Beschwerdeführerin aufzulegen, und sie ist zu verpflichten, der nicht anwaltlich vertretenen Beschwerdegegnerin eine angemessene Umtriebsentschädigung zu bezahlen (§§ 64 Abs. 2, 68 Abs. 1 ZPO). Dabei ist zu beachten, dass praxisgemäss die massgeblichen kantonalen Bestimmungen und nicht die Gebührenverordnung zum SchKG zur Anwendung gelangen (vgl. Kass.-Nr. 2002/045 vom 27.03.2002 i.S. D., Erw. III. m.w.Hinw.; 2002/334 vom 03.12.2002 i.S. U., Erw. III.).

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann. Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung. Über die Beschwerdeführerin wird mit Wirkung per **21. September 2004, 17.30 Uhr** der Konkurs eröffnet.

2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 600.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 442.-- Schreibgebühren,
Fr. 266.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
4. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, der Beschwerdegegnerin für das Kassationsverfahren eine Umtriebsentschädigung von Fr. 200.-- zu entrichten.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts, den Konkursrichter des Bezirksgerichts Zürich, das Konkursamt Hottingen-Zürich, das Handelsregisteramt des Kantons Zürich sowie das Betreibungsamt Zürich 7, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Die juristische Sekretärin: