



Kass.-Nr. AA060058/U/mb

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Hans Michael Riemer, Dieter Zobl, Karl Spühler und Reinhard Oertli sowie der Sekretär Markus Nietlispach

Zirkulationsbeschluss vom 15. Mai 2006

in Sachen

X. AG,

Schuldnerin, Rekurrentin und Beschwerdeführerin

gegen

Y.,

Gläubigerin, Rekursgegnerin und Beschwerdegegnerin
vertreten durch _____

betreffend

Konkurseröffnung

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 22. März 2006 (NN060006/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

1.a) Mit Verfügung vom 3. Januar 2006 (OG act. 2 = OG act. 4) eröffnete der Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirkes Zürich (Konkursrichter) auf entsprechendes Begehren der Beschwerdegegnerin (Gläubigerin und Rekursgegnerin) vom 4. November 2005 (vgl. OG act. 5) hin den Konkurs über die als Aktiengesellschaft im Handelsregister eingetragene Beschwerdeführerin (Schuldnerin und Rekurrentin). Den von der Beschwerdeführerin hiegegen erhobenen Rekurs mit dem Antrag auf Aufhebung des Konkurserkennnisses (OG act. 1) wies die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich (Vorinstanz) mit Beschluss vom 22. März 2006 (mangels Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit) ab, nachdem sie der Beschwerdeführerin zuvor mit Verfügung vom 25. Januar 2006 (unter der Androhung, dass im Säumnisfall angenommen würde, der Nachweis genügender Liquidität lasse sich nicht erbringen, womit die Abweisung des Rekurses drohe) eine einmalige Frist von sieben Tagen angesetzt hatte, um weitere mit Blick auf die Anwendung von Art. 174 Abs. 2 SchKG zweckdienliche, mitunter genau bezeichnete Unterlagen und Belege nachzureichen (OG act. 7 = OG act. 10/1 = KG act. 3/5); zugleich wurde, da dem Rekurs einstweilen Suspensiveffekt verliehen worden war (vgl. OG act. 7, Disp.-Ziff. 3), mit Wirkung ab dem 22. März 2006, 15.45 Uhr, der Konkurs neu eröffnet (OG act. 11 = KG act. 2).

b) Gegen diesen der Beschwerdeführerin am 29. März 2006 zugestellten (OG act. 12/1) obergerichtlichen Rekursentscheid, dessen grundsätzliche Beschwerdefähigkeit zu bejahen ist (vgl. § 281 ZPO und RB 1997 Nr. 34; s.a. Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 71 zu § 213 ZPO; Spühler, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht II, 3. A., Zürich 2003, S. 16; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, Das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3 Bde., 4. A., Zürich 1997/1999/2001, N 8 zu Art. 174 SchKG), richtet sich die vorliegende, vom 28. April 2006 datierte, gleichentags zur Post gegebene und damit fristwährend eingereichte (vgl. § 287 ZPO und §§ 191/193 GVG) Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 1), von deren Eingang den Parteien, den Vorinstanzen und weiteren betroffenen Behörden mit Schreiben

vom 3. Mai 2006 Kenntnis gegeben wurde (vgl. KG act. 7). Darin verlangt die Beschwerdeführerin sinngemäss die Aufhebung ("Widerruf") des vorinstanzlichen Beschlusses und damit der Konkurseröffnung (KG act. 1 S. 3).

2. Wie nachstehend näher darzulegen ist (vgl. insbes. Erw. 4), erweist sich die Beschwerde sogleich als den formellen Anforderungen an die Begründung einer solchen nicht genügend, soweit sie nicht ohnehin mit unzulässigen neuen Vorbringen begründet wird. Deshalb kann – nach bereits erfolgtem Beizug der vorinstanzlichen Akten (vgl. KG act. 4 und 6) – von Weiterungen im Sinne von § 289 ZPO abgesehen, d.h. darauf verzichtet werden, sie der Beschwerdegegnerin zur freigestellten Beantwortung und der Vorinstanz zur Vernehmlassung zuzustellen (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 2 zu § 289 ZPO).

3. Die Vorinstanz stellte in ihrer Entscheidungsbegründung unter Hinweis auf Art. 174 Abs. 2 SchKG vorweg fest, dass die Beschwerdeführerin die zur Konkurseröffnung führende Forderung samt Kosten bezahlt habe. Im Weiteren habe die Beschwerdeführerin die zweitinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 500.-- mit einem Barvorschuss sichergestellt. Ebenso seien die allfälligen Kosten des Konkursamtes sichergestellt worden (KG act. 2 S. 2, Erw. 3. m.Hinw. auf OG act. 3/3, 6 und 3/11-12).

Alsdann prüfte die Vorinstanz, ob die Beschwerdeführerin ihre Zahlungsfähigkeit (im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG) glaubhaft gemacht, d.h. ob sie glaubhaft aufgezeigt habe, dass ihre Zahlungsschwierigkeiten nur vorübergehender Natur seien und sie in der Lage sei, ihren laufenden Verpflichtungen nachzukommen sowie in absehbarer Zeit auch die bestehenden Schulden abzutragen. In diesem Zusammenhang unterzog die Vorinstanz zunächst den beigebrachten Betreibungsregisterauszug des Betreibungsamtes Zürich 4 vom 3. Februar 2006 (OG act. 10/2 = KG act. 3/79) und die Vorbringen der Beschwerdeführerin zu den darin aufgeführten, noch offenen 28 Betreibungen (OG act. 10/3 = KG act. 3/6) einer einlässlichen Würdigung. Dabei kam sie zum Schluss, dass gegenwärtig, d.h. im Zeitpunkt der Fällung des Rekursentscheids (bereits in Be-

treibung gesetzte) offene Forderungen von mindestens Fr. 86'568.05 verblieben (KG act. 2 S. 3 ff., Erw. 5/a).

Hernach setzte sich die Vorinstanz im Einzelnen mit der Kreditorenliste vom 2. Februar 2006 (OG act. 10/5/2 = KG act. 3/3) und den darin genannten Ausständen von insgesamt Fr. 462'649.80 sowie den diesbezüglichen Erörterungen der Beschwerdeführerin auseinander, wobei sie im Ergebnis feststellte, dass Letztere offene, kurz- bis mittelfristige Verbindlichkeiten im Gesamtbetrag von mindestens Fr. 390'261.40 habe. Hierbei wies die Vorinstanz – wie bereits bei der Würdigung des Betreibungsregisterauszugs (vgl. KG act. 2 S. 3, Erw. 5/a) – darauf hin, dass die Muttergesellschaft der Beschwerdeführerin, die Z. Ltd in Q., nach beschwerdeführerischen Angaben (vgl. OG act. 9 S. 4) seit 2005 nicht nur einen Teil der bereits in Betreuung gesetzten Forderungen beglichen, sondern Kreditoren der Beschwerdeführerin im Umfang von insgesamt Fr. 650'000.-- bezahlt habe. Indessen sei der Rechtsgrund hierfür nicht bekannt, d.h. es sei weder aktenkundig noch dargetan, was die Beschwerdeführerin mit ihrer Muttergesellschaft hinsichtlich dieser Zahlungen vereinbart habe bzw. unter welchem Titel ihr dieses Geld überlassen worden sei. Damit sei unklar, ob bzw. innert welcher Frist sie der Muttergesellschaft dieses Geld erstatten müsse. Jedenfalls könne nicht ausgeschlossen werden, dass die Beschwerdeführerin der Muttergesellschaft gegenüber in dieser Höhe verpflichtet sei (KG act. 2 S. 5 f., Erw. 5/b).

Den offenen Verbindlichkeiten – so die Vorinstanz weiter – ständen gemäss Debitorenliste per 31. Dezember 2005 (OG act. 10/5/1 = KG act. 3/20; s.a. KG act. 3/2 [mit offenkundigem Verschrieb in der Überschrift]) Debitorenguthaben von Fr. 799'581.90 gegenüber, wobei jedoch fast die Hälfte der Rechnungen aus dem Jahre 2004 datiere. Es sei daher trotz der inzwischen angeblich erfolgten Mahnungen fraglich, ob diese Zahlungen innert nützlicher Frist eingehen würden. So sei denn auch nach Angaben der Beschwerdeführerin selbst mit Eingängen von (lediglich) Fr. 250'000.-- bis Fr. 300'000.-- zu rechnen. Neben einem Bankkonto bei der Basler Kantonalbank, das per 31. Dezember 2005 einen positiven Saldo von rund Fr. 11'406.-- aufgewiesen habe (OG act. 10/4 = KG act. 3/19), habe die Beschwerdeführerin keine weitere wesentliche flüssige Mittel ausgewiesen. Damit

vermöchten die Debitoren und die flüssigen Mittel die ausstehenden Verbindlichkeiten nicht zu decken. Aus der Bilanz per 31. Dezember 2004 ergebe sich bei einem den Aktiven von Fr. 382'422.-- gegenüberstehenden Fremdkapital von Fr. 962'586.-- sodann eine klare Überschuldung, die auch per 30. September 2005 (bei Aktiven von Fr. 821'513.-- und Fremdkapital von Fr. 1'345'317.--) noch immer einen Betrag von Fr. 523'804.-- erreicht habe (vgl. OG act. 10/6 = KG act. 3/74-76). Demgegenüber komme der per 30. September 2005 erstellten Zwischenbilanz, welche einen Gewinn von Fr. 56'359.-- ausweise, angesichts ihres provisorischen Charakters nur beschränkte Aussagekraft zu, zumal die Beschwerdeführerin im Vorjahr noch einen Verlust von Fr. 40'395.-- erzielt habe und die von ihr vermerkten Debitorenverluste von Fr. 2'703.-- als deutlich zu tief erschienen (vgl. OG act. 10/6 = KG act. 3/74). Dementsprechend hätte der Richter auch auf die unausweichliche Anzeige des Verwaltungsrates hin den Konkurs zu eröffnen (Art. 725 f. OR). Das kurzfristige Fremdkapital, das per 30. September 2005 Fr. 1'225'317.-- betragen habe, sei durch liquide Mittel in keiner Weise gedeckt. Selbst wenn man davon ausgehen wollte, die Muttergesellschaft werde in den nächsten Monaten weiterhin Verbindlichkeiten, die die Beschwerdeführerin gegenüber Dritten habe, abdecken (vgl. OG act. 10/7 = KG act. 3/77), vermöchte dies nach vorinstanzlicher Auffassung nichts Entscheidendes an der Situation der Beschwerdeführerin zu ändern. Denn ein Verzicht der Muttergesellschaft ihrerseits auf bestehende oder aus weiteren Zahlungen noch entstehende Forderungen gegenüber der Beschwerdeführerin, der Verzicht anderer Gläubiger auf Ansprüche oder zumindest die Gewährung von Stundungen in einem angesichts der Höhe der Ausstände ins Gewicht fallenden Umfange werde von der Beschwerdeführerin nicht dargetan. Damit – so das vorinstanzliche Fazit – erscheine die Beschwerdeführerin aber über die offensichtlich bestehende Überschuldung hinaus auch als nicht zahlungsfähig, weshalb der Rekurs abzuweisen und der Konkurs neu zu eröffnen sei (KG act. 2 S. 6 f., Erw. 5/b).

4.a) Angesichts der Ausgestaltung ihrer dagegen gerichteten Beschwerde ist die Beschwerdeführerin auf die besondere Natur des Beschwerdeverfahrens hinzuweisen. Dieses stellt keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter (mit umfassender Prüfungsbefugnis und Prüfungspflicht der Rechtsmittelinstanz

bezüglich des gesamten Prozessstoffes sowohl in rechtlicher wie auch tatsächlicher Hinsicht) dar. Zu prüfen ist vielmehr (allein), ob der angefochtene Entscheid aufgrund des bei der Vorinstanz gegebenen Aktenstandes an einem besonderen Mangel, nämlich einem Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 Ziff. 1-3 ZPO leidet. Dabei muss der Nichtigkeitskläger, der anzugeben hat, inwieweit er den vorinstanzlichen Entscheid anfechtet und welche Änderungen (in dessen Dispositiv, d.h. Entscheidformel) er beantragt (§ 288 Abs. 1 Ziff. 2 ZPO), den behaupteten Nichtigkeitsgrund in der Beschwerdeschrift selbst nachweisen (§ 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO); gemäss § 290 ZPO werden lediglich die geltend gemachten Nichtigkeitsgründe überprüft (sog. Rügeprinzip). Um diesen ihm obliegenden Nachweis zu erbringen, hat er sich konkret mit dem angefochtenen (hier: Rekurs-)Entscheid und den darin enthaltenen, den Entscheid tragenden Erwägungen auseinander zu setzen und hierbei darzulegen, inwiefern diese mit einem Mangel im Sinne von § 281 ZPO behaftet seien. Die blosser Verweisung auf frühere Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügen hierfür nicht. Ebenso wenig lässt sich ein Nichtigkeitsgrund rechtsgenügend dartun, indem bloss die Richtigkeit der vorinstanzlichen Auffassung in Abrede gestellt (und dieser allenfalls die eigene, abweichende Ansicht entgegengestellt) wird. Vielmehr sind in der Beschwerdebegründung insbesondere die angefochtenen Stellen des vorinstanzlichen Entscheids genau zu bezeichnen und diejenigen Aktenstellen, aus denen sich ein Nichtigkeitsgrund ergeben soll, im Einzelnen anzugeben. Es ist mithin nicht Sache der Kassationsinstanz, in den vorinstanzlichen Akten nach den Grundlagen des geltend gemachten (oder gar eines anderen möglichen) Nichtigkeitsgrundes zu suchen (einlässlich zum Ganzen von Rechenberg, a.a.O., S. 16 ff.; Spühler/Vock, a.a.O., S. 56 f., 72 f.; s.a. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4 zu § 288 ZPO).

Aus dem Wesen der Nichtigkeitsbeschwerde folgt sodann, dass 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 sind; das gilt selbst dann, wenn die Voraussetzungen von § 115 ZPO erfüllt wären (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4a zu § 288 ZPO [und N 7b zu § 115 ZPO]; Spühler/Vock,

a.a.O., S. 75; Walder-Richli, Zivilprozessrecht, 4. A., Zürich 1996, § 39 Rz 65; ZR 76 Nr. 26; RB 1996 Nr. 121).

b) Soweit die Beschwerdeführerin in der Beschwerdeschrift mit Blick auf die Frage (der Glaubhaftmachung) ihrer Zahlungsfähigkeit in Ergänzung und Aktualisierung ihrer Ausführungen vor Vorinstanz ihre "aktuelle Situation in Sachen Debitoren und Kreditoren" darlegt (vgl. KG act. 1 S. 2) bzw. ihre Zahlungsfähigkeit mit (erstmalig vor Kassationsgericht vorgetragenen) neuen Behauptungen begründen will, können ihre Vorbringen angesichts des eben erwähnten Novenverbots von vornherein keine Berücksichtigung finden, weshalb ihre Ausführungen insoweit unbehelflich sind. Das gilt zumal für die neuen Behauptungen, wonach das Konto der Beschwerdeführerin bei der Basler Kantonalbank nunmehr einen in Zukunft noch weiter steigenden positiven Saldo von Fr. 32'711.-- aufweise (KG act. 1 S. 2 Mitte) und die "rechtlichen Verfahren, insbesondere das[jenige] gegen A.", der Beschwerdeführerin Einnahmen von über Fr. 300'000.-- bringen sollten (KG act. 1 S. 2 unten).

c) In ihrem übrigen Gehalt vermag die Beschwerde (KG act. 1) den vorstehend skizzierten, zumindest in ihren wesentlichen Grundzügen auch von einer rechtsunkundigen Partei zu beachtenden gesetzlichen Anforderungen an die Begründung einer Nichtigkeitsbeschwerde in keiner Weise zu genügen: Abgesehen davon, dass darin konkrete Hinweise auf bestimmte Stellen im angefochtenen Entscheid oder auf andere Stellen in den vorinstanzlichen Akten vollends fehlen, lassen die Ausführungen der Beschwerdeführerin auch in inhaltlicher Hinsicht jedwelche Bezugnahme auf die entscheiderelevanten Erwägung der Vorinstanz (wonach die Beschwerdeführerin ihre Zahlungsfähigkeit aus den im angefochtenen Entscheid genannten Gründen nicht glaubhaft zu machen vermocht habe) vermissen. Von einer eigentlichen argumentativen Auseinandersetzung mit der von der Vorinstanz gegebenen Begründung für die Abweisung des Rekurses (KG act. 2, insbes. S. 3 ff., Erw. 5) kann erst recht keine Rede sein. Ebenso wenig wird in der Beschwerde auch nur andeutungsweise aufgezeigt, inwiefern der angefochtene Rekursentscheid zum Nachteil der Beschwerdeführerin an einem Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 Ziff. 1-3 ZPO leiden sollte. Insbesondere legt die

Beschwerdeführerin mit keinem Wort dar, dass die Vorinstanz bei der Anwendung von Art. 174 Abs. 2 SchKG unter Verletzung (welcher) wesentlicher Verfahrensgrundsätze oder klaren materiellen Rechts oder gestützt auf (welche) aktenwidrige oder willkürliche tatsächliche Annahmen und insofern zu Unrecht zum Schluss gelangt sei, die Zahlungsfähigkeit der Beschwerdeführerin sei nicht glaubhaft gemacht.

Statt dessen beschränkt sich die Beschwerdeführerin im Wesentlichen darauf, unter teilweise wörtlicher Wiederholung ihrer bereits im Rekursverfahren vorgetragenen Standpunkte und unter erneuter Einreichung zahlreicher, zumeist bereits vor Vorinstanz beigebrachter Unterlagen sinngemäss ihre Zahlungsfähigkeit zu behaupten, ohne auch nur am Rande auf die Erwägungen und Argumente einzugehen, mit denen die Vorinstanz diese Vorbringen entkräftet hat. Insbesondere ist auch mit der erneuten und mehrmaligen (sowie teilweise mit unzulässigen neuen Vorbringen begründeten) Beteuerung, die Muttergesellschaft der Beschwerdeführerin werde deren Verbindlichkeiten decken bzw. deren Gläubiger befriedigen und damit deren Liquiditätsmangel beheben (vgl. KG act. 1 S. 2 und 3), nicht nachgewiesen, dass und inwiefern die Vorinstanz, welche argumentativ dargelegt hat, weshalb diese bereits im Rekursverfahren vorgetragene Behauptung (vgl. OG act. 1 S. 2, Ziff. 4, und OG act. 9 S. 4) für sich allein nicht geeignet sei, die Zahlungsfähigkeit der Beschwerdeführerin als glaubhaft erscheinen zu lassen (s. KG act. 2 S. 3, 6 und 7), einen Mangel im Sinne von § 281 ZPO gesetzt hat. Damit erschöpfen sich die Ausführungen in der Beschwerdeschrift der Sache nach in rein appellatorischer und als solcher nicht zu hörender Kritik am vorinstanzlichen Entscheid bzw. am für die Beschwerdeführerin negativen Ausgang des Rekursverfahrens.

Mangels rechtsgenügender Begründung kann daher auf die Beschwerde nicht eingetreten werden (§ 288 ZPO). Demzufolge bleibt es beim vorinstanzlichen Entscheid und mithin auch bei der mit Wirkung ab 22. März 2006, 15.45 Uhr, beschlossenen Konkurseröffnung.

5. Der Vollständigkeit halber sei die Beschwerdeführerin (nochmals) auf Art. 195 SchKG hingewiesen, wonach die Möglichkeit eines nachträglichen Widerrufs

des Konkurses durch den Konkursrichter besteht, wenn nachgewiesen wird, dass sämtliche Forderungen getilgt sind oder von jedem Gläubiger eine schriftliche Erklärung über den Rückzug seiner Konkurseingabe vorgelegt wird oder ein Nachlassvertrag zustandegekommen ist.

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

Das Gericht beschliesst:

1. Auf die Nichtigkeitsbeschwerde wird nicht eingetreten.
2. Die Spruchgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 200.--.

3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
4. Für das Kassationsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, den Einzelrichter im summarischen Verfahren (Konkursrichter) des Bezirkes Zürich (ad EK052948), das Konkursamt Aussersihl-Zürich, das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und das Betreibungsamt Zürich 4, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: