



---

Kass.-Nr. AA060067/U/br

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Hans Michael Riemer, Andreas Donatsch, Karl Spühler, Reinhard Oertli sowie der Sekretär Jürg-Christian Hürlimann

**Zirkulationsbeschluss vom 6. September 2006**

in Sachen

**K AG,**

...,

Schuldnerin, Rekurrentin und Beschwerdeführerin  
vertreten durch Rechtsanwalt ...

gegen

**H, Vorsorgestiftung,**

...,

Gläubigerin, Rekursgegnerin und Beschwerdegegnerin

betreffend

**Konkurseröffnung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des  
Obergerichts des Kantons Zürich vom 7. April 2006 (NN060005/U)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

I.

1. Mit Verfügung vom 3. Januar 2006, 10.00 Uhr eröffnete der Konkursrichter des Bezirks Zürich auf Begehren der Beschwerdegegnerin den Konkurs über die Beschwerdeführerin und beauftragte das Konkursamt Z mit dem Vollzug (OG act. 2). Dagegen erhob die Beschwerdeführerin Rekurs beim Obergericht (OG act. 1). Der Präsident der II. Zivilkammer des Obergerichts verlieh mit Verfügung vom 19. Januar 2006 dem Rekurs aufschiebende Wirkung (OG act. 5).

Mit Beschluss vom 7. April 2006 wies das Obergericht den Rekurs ab und eröffnete den Konkurs erneut mit Wirkung desselben Tages, 11.00 Uhr (OG act. 18 = KG act. 2).

2. Mit der vorliegenden Nichtigkeitsbeschwerde beantragt die Beschwerdeführerin, es seien der Beschluss des Obergerichts vom 7. April 2006 und die Verfügung des Konkursrichters vom 3. Januar 2006 aufzuheben und die Beschwerdeführerin in die Verfügungsgewalt über ihr Vermögen wieder einzusetzen. Eventualiter sei die Sache zur Verbesserung der Mängel und zur Neuurteilung an das Obergericht zurückzuweisen (KG act. 1 S. 2). Die Beschwerdegegnerin beantwortete die Nichtigkeitsbeschwerde innert der angesetzten Frist nicht. Das Obergericht verzichtet auf eine Vernehmlassung (KG act. 10).

Der Präsident des Kassationsgerichts verlieh mit Verfügung vom 15. Mai 2006 der Nichtigkeitsbeschwerde in dem Sinne aufschiebende Wirkung, dass das Konkursverfahren vorläufig nicht weitergeführt werden kann, jedoch Sicherungsmassnahmen sowie zwingende und nicht aufschiebbare Massnahmen zur Werterhaltung des schuldnerischen Vermögens vorbehalten bleiben. Damit gilt der Konkurs einstweilen als per 7. April 2006, 11.00 Uhr eröffnet (KG act. 6).

## II.

1. Die zur Konkursöffnung führende Forderung von Fr. 14'417.50 (Betreibung Nr. 113854 des Betreibungsamtes Zürich 5) wurde noch vor der Erhebung des Rekurses bezahlt und die entsprechende Betreibung ist im Betreibungsregisterauszug vom 13. Januar 2006 per diesem Datum als dadurch erledigt vermerkt (OG act. 4/20 S. 2). Streitig ist, ob die Beschwerdeführerin mit der Einlegung des Rekurses ihre Zahlungsfähigkeit in genügender Weise glaubhaft gemacht habe und ob deswegen die Konkursöffnung hätte aufgehoben werden sollen (Art. 174 Abs. 2 SchKG).

2. Das Obergericht gibt zunächst die von der Beschwerdeführerin eingereichte (OG act. 11/48) provisorische Bilanz derselben per 31. Dezember 2005 wieder und hält fest, Verbindlichkeiten aus Lieferungen und Leistungen und kurzfristigen Finanzverbindlichkeiten von insgesamt Fr. 1'534'582.35 seien flüssige und geldnahe Mittel sowie Forderungen von insgesamt Fr. 112'608.-- gegenüber gestanden. Die Bilanz zeige zudem, dass die Beschwerdeführerin um Fr. 1'813'958.85 überschuldet gewesen sei (KG act. 2 S. 4 Erw. IV/2.2).

Der von der Beschwerdeführerin eingereichte Registerauszug des Betreibungsamtes Zürich 5 vom 23. Januar 2006 (OG act. 11/47) weise 49 Betreibungen über insgesamt Fr. 737'512.70 aus, die in der Zeit ab Mai 2004 gegen die Beschwerdeführerin eingeleitet worden seien. 23 davon über insgesamt Fr. 302'062.75 seien seit Juli 2005 eingeleitet worden. Per 23. Januar 2006 weise der Registerauszug 38 offene, nicht erledigte Betreibungen über Fr. 584'299.60 aus. Die aufgeführten "ursprünglichen" Betreibungsforderungen würden allerdings nicht den tatsächlich offenen Betreibungsforderungen entsprechen. Am 13. Januar 2006 seien gemäss Zusammenstellung der Beschwerdeführerin noch Betreibungsforderungen von Fr. 350'077.34 offen gewesen (OG act. 1 S. 8 Ziffer 15, OG act. 4/19). Das Obergericht nennt in diesem Zusammenhang verschiedene Abschlagszahlungen, welche die Beschwerdeführerin leistete. Mit Eingaben vom 30. Januar und 7. März 2006 (OG act. 10 und 14) habe die Beschwerdeführerin einen weiteren Abbau der Betreibungsforderungen auf rund Fr. 300'000.-- dargelegt (OG act. 2 S. 4 - 6 Erw. IV/2.3).

Das Obergericht fährt fort, die vorliegenden Erfolgsrechnungen der Beschwerdeführerin wiesen unter Mitberücksichtigung des Finanzaufwandes folgende Entwicklung aus (KG act. 2 S. 6 Erw. IV/2.4; OG act. 4/12, 11/48; Rechnung 2005 provisorisch):

	Umsatz/Ertrag	Aufwand (inkl. Abschreibungen und Finanzaufwand)	Verlust	Abschreibungen	Verlust + Abschreibungen ("Cashflow")
2003	Fr. 2'722'908	Fr. 3'384'195	- Fr. 661'287	Fr. 285'374	- Fr. 375'913
2004	Fr. 2'052'678	Fr. 2'807'989	- Fr. 755'311	Fr. 296'374	- Fr. 458'937
2005	Fr. 1'625'095	Fr. 2'051'803	- Fr. 426'708	Fr. 197'127	- Fr. 229'581

Die vorstehenden Ausführungen zeigten, so das Obergericht, dass die Beschwerdeführerin erhebliche Zahlungsschwierigkeiten habe. Seit Juli 2004 habe sie von der Ausgleichskasse 21-mal betrieben werden müssen. Ab 2005 sei sie nicht mehr in der Lage gewesen, die in Betreuung gesetzten Mehrwertsteuern zu zahlen. Die BVG-Rechnungen aus dem zweiten Quartal 2005 sei die Beschwerdeführerin trotz Betreibungen schuldig geblieben. Am 23. September 2005 habe ihr die Vermieterin wegen ausstehender Mietzinse das Lokal gekündigt, worauf die Vermieterin allerdings zurückgekommen sei. Der Betriebskredit der Beschwerdeführerin bei der Migrosbank (Kontokorrent-Konto mit einer Kreditlimite von Fr. 600'000.--) sei praktisch ausgeschöpft. Als Hauptursache ihrer Liquidationsschwierigkeiten nenne die Beschwerdeführerin eine nicht voraussehbare Baukostenüberschreitung um 0,5 Mio. Franken. Hinzugekommen seien einige Managementfehler und verschiedene "Negativpunkte von Seiten der Vermieterschaft" (Baustellen in der unmittelbaren Nachbarschaft; verspätet fertig gestellte Aussengestaltung; durch Grossbaustellen erschwerter und mangelhafter Zugang; bis heute nur 50 % Vermietung der Gewerbefläche auf dem Areal; Feuchtigkeitschäden im Untergeschoss) (KG act. 2 S. 6 f. Erw. IV/3).

In Erwägung IV/4 gibt das Obergericht die Vorbringen der Beschwerdeführerin im Rekursverfahren wieder: infolge der Behebung der Managementfehler und Optimierung der Kostenstruktur sowie begünstigt durch die positive Entwicklung der

unmittelbaren Nachbarschaft sei seit Mitte 2005 ein klarer Aufwärtstrend zu verzeichnen, der sich in der Erfolgsrechnung niederschlägt. Im "Liquiditätsplan" für 2006 gehe die Beschwerdeführerin davon aus, den Umsatz gegenüber dem Vorjahr um rund 20 % auf 1,95 Mio. Franken erhöhen zu können. Bei gleichzeitiger Erhöhung des Wareneinkaufs um lediglich 7 % und Senkung des Personalaufwands um rund 26 % sowie der Abschreibungen um 27 % ergäbe sich bei einer Erhöhung des übrigen Betriebsaufwands um rund 27 % ein Gewinn von Fr. 60'000.--. Budgetiert sei im Liquiditätsplan ein positiver Cashflow von Fr. 295'960.--, allerdings ohne Berücksichtigung der Kapitalkosten. Bei Berücksichtigung derselben ergäbe sich ein positiver Cashflow von Fr. 203'960.40. Eine weitere Verbesserung des Ergebnisses erhoffe sich die Beschwerdeführerin aus einem Anfang Februar 2006 bei der Schlichtungsbehörde eingeleiteten Verfahren gegen ihre Vermieterin. Sie verlange von dieser mit Wirkung ab Mietbeginn eine Mietzinsreduktion um monatlich Fr. 3'875.-- sowie ab März 2003 bis zur Beseitigung von Mängeln (Immissionen aus dem Nachbarbetrieb) eine weitere Reduktion von Fr. 1'288.70 pro Monat. Den Rückerstattungsanspruch beziffere die Beschwerdeführerin per 31. Januar 2006 auf rund Fr. 200'000.--. Weiter mache die Beschwerdeführerin geltend, die verschiedenen Darlehen würden in absehbarer Zeit in Aktienkapital umgewandelt und der Geschäftsführer stehe in fortgeschrittenem Verhandlungsstadium mit Investoren. Mit Blick auf ihre finanziellen Verpflichtungen behaupte die Beschwerdeführerin, mit sämtlichen grösseren Kreditoren Zahlungsvereinbarungen geschlossen zu haben (KG act. 2 S. 7 f.).

In Erwägung V/5 setzt sich das Obergericht detailliert mit den Vorbringen der Beschwerdeführerin und deren finanzieller Situation, wie sie sich aus den vorliegenden Akten präsentiert, auseinander (KG act. 2 S. 9 - 14). Es kommt zum Schluss, die Zahlungsfähigkeit der Beschwerdeführerin im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG sei nicht glaubhaft, weshalb es an einer gesetzlichen Voraussetzung für die Aufhebung der Konkursöffnung fehle und der Rekurs abzuweisen sei (S. 14 f., Erw. IV/6 und V).

3. Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie habe in ihrer Rekurschrift und den Nachreichungen vor Obergericht ausführlich begründet, weshalb sie als zah-

lungsfähig zu betrachten sei. Unter anderem habe sie mit ihrem Rekurs den Betriebsregisterauszug vom 13. Januar 2006 eingereicht und geltend gemacht, dass sich die in Betreuung gesetzten Ausstände von Fr. 735'432.26 auf Fr. 350'077.34 reduziert hätten. Somit seien allein bei den in Betreuung gesetzten Ausständen Abzahlungen in der Höhe von Fr. 385'354.92 vorgenommen worden. Diese hohen Abzahlungen seien gemäss Beilage 19 zum Rekurs (OG act. 4/19) im Zeitraum vom 1. Januar 2005 bis 13. Januar 2006 erfolgt. In einem Entscheid des Kassationsgerichts vom 25. Dezember 2002 werde festgehalten, eine Aufhebung des Konkurserkennnisses setze (nur) voraus, dass die wirtschaftliche Lebensfähigkeit des schuldnerischen Betriebes nicht zum vornherein verneint werden müsse, was dann der Fall sei, wenn der betreffende Schuldner "hoffnungslos überschuldet und damit konkursreif", "ohnehin illiquid" oder "ohnehin völlig überschuldet" sei (ZR 102/2003 Nr. 28, Erw. 4.1.a/bb, S. 146 links oben). Wie jedoch kraft der Nachreichungen dokumentiert und bewiesen worden sei, sei die Beschwerdeführerin aufgrund dieser substantiellen Zahlungen keinesfalls illiquid und weder hoffnungslos noch völlig überschuldet, da sie ansonsten diese Überweisungen nicht innert kürzester Zeit hätte tätigen können. Die Beschwerdeführerin habe damit ausreichend dokumentiert, dass eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für die Zahlungsfähigkeit vorliege, d.h. die Zahlungsfähigkeit wahrscheinlicher als die Zahlungsunfähigkeit sei. Indem das Obergericht annehme, dass die erheblichen Zahlungsschwierigkeiten weiterhin bestünden, liege eine aktenwidrige und willkürliche tatsächliche Annahme vor (KG act. 1 S. 4 - 6, Ziffern 7 und 8).

Eine Aktenwidrigkeit liegt nur vor, wenn ein Bestandteil der Akten gar nicht oder nicht in seiner wahren Gestalt, die Urkunde zum Beispiel nicht mit dem richtigen Wortlaut in die Beweiswürdigung einbezogen worden ist und sich deshalb die angefochtene tatsächliche Feststellung als blanker Irrtum erweist (Diether von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Aufl., Zürich 1986). Die Beschwerdeführerin hält fest, die von ihr geltend gemachten hohen Abzahlungen seien gemäss der Auflistung der Entwicklung der Betreibungen vom 13. Januar 2006 (Rekursbeilage, OG act. 4/19) erfolgt und würden vom Obergericht korrekt wiedergegeben (KG act. 1 S. 5 Ziffer 8 1. Abschnitt). Diesbezüglich liegt also selbst gemäss Darstellung der Beschwer-

deführerin keine Aktenwidrigkeit vor. Bezüglich weiterer Aktenbestandteilen zeigt die Beschwerdeführerin nicht auf, dass diese vom Obergericht nicht oder mit falschem Wortlaut in die Beweiswürdigung einbezogen worden seien. Somit weist die Beschwerdeführerin keine Aktenwidrigkeit nach.

Der Umstand allein, dass es der Beschwerdeführerin gelungen ist, innert kurzer Zeit einen beträchtlichen Teil ihrer in Betreuung gesetzten Schulden abzuführen, bedeutet nicht, dass allgemeine Zahlungsfähigkeit zu vermuten oder zumindest glaubhaft sei. Wie die Beschwerdeführerin selbst ausführt, gelang es ihr bis zum 13. Januar 2006 (Datum des mit dem Rekurs eingereichten Betreibungsregisterauszugs, OG act. 4/20) die in Betreuung gesetzten Ausstände auf Fr. 350'077.34 zu reduzieren. Mit andern Worten gesagt, bestanden zu diesem Zeitpunkt noch immer Ausstände in dieser doch beträchtlichen Höhe, wozu noch die nicht in Betreuung gesetzten Ausstände hinzuzurechnen wären. Eine willkürliche tatsächliche Feststellung des Obergerichts ist in diesem Zusammenhang nicht ersichtlich.

4. Die Beschwerdeführerin rügt weiter, die Annahme des Obergerichts, dass die erheblichen Zahlungsschwierigkeiten weiterhin bestünden, widerspreche auch der Tatsache, dass sie in der Nachreichung vom 4. April 2006 auf zwei Bankgutschriften vom 31. März 2006 über je Fr. 25'000.-- hingewiesen habe, welche den ersten Drittel der angekündigten Barzuschüsse über Fr. 150'000.-- darstellten, und zudem die Urkunden betreffend die Zahlungsbelege ins Recht gelegt habe. Bereits in der Nachreichung vom 7. März 2006 sei eine Bestätigung der V AG (Treuhanderin der Beschwerdeführerin) vom 3. März 2006 ins Recht gelegt worden, wonach G.V. bestätige, dass sich die Verhandlungen mit seinem Kunden über eine Beteiligung an der Rekurrentin in einem sehr fortgeschrittenen Stadium befinden. Auftragsgemäss habe er einen Aktienanteil von 20 % zum Preis von CHF 150'000.-- zahlbar per sofort in bar angeboten. Dies unter Bedingung, dass H.K. den Kaufpreis vollumfänglich der Gesellschaft als nachrangiges Darlehen zwecks Zahlung von fälligen Sozialleistungen und Mieten zur Verfügung stellt, da H.K. mit dieser Bedingung einverstanden ist respektive er diese selbst vorgeschlagen hat. Damit, so die Beschwerdeführerin, sei rechtgenügend nachgewiesen, dass der Beschwerdeführerin tatsächlich Investoren zur Seite stünden und

Kapitalzuflüsse auch tatsächlich erfolgten, nachgewiesenermassen bereits über ein Drittel der angekündigten Fr. 150'000, somit Fr. 50'000.--. Einziger Grund für die Verzögerung sei lediglich ein unerwarteter Herzinfarkt des Financiers. Wenn das Obergericht ohne weitere konkrete Nachfrage festhalte, dass die Kapitalbeschaffungsbemühungen des Geschäftsführers der Beschwerdeführerin gescheitert seien und es unwahrscheinlich sei, dass weitere Investoren zur Hand stünden (KG act. 2 S. 12 Erw. IV/5.2.4), verletze es das rechtliche Gehör, da es die richterliche Fragepflicht gemäss § 55 ZPO nicht ausübe. Ausserdem beruhe der Entscheid auf einer aktenwidrigen und willkürlichen tatsächlichen Annahme, da die Kapitalbeschaffungsbemühungen entgegen den obergerichtlichen Erwägungen erfolgreich gewesen seien (KG act. 1 S. 6 f. Ziffer 9).

Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Rechtsmittelinstanz die Konkursöffnung aufheben, wenn der Schuldner *mit der Einlegung des Rechtsmittels* seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht. Die zitierten Vorbringen erfolgten allesamt in späteren Rechtsschriften ("Nachreichungen"), also nicht mit der Einlegung des Rekurses. Das Obergericht ist auf diese Vorbringen dennoch eingegangen. Aus der Bestätigung von Herrn Volkart ergibt sich lediglich, dass dieser einem potentiellen Investor eine Beteiligung an der Beschwerdeführerin anbot, nicht aber, dass diese Verhandlungen zu einem Erfolg führten. Dass am 31. März 2006 auf dem Kontokorrent bei der M-Bank zwei Bankgutschriften über je Fr. 25'000.-- unbekannter Herkunft erfolgten (OG act. 17/2), lässt für sich allein nicht darauf schliessen, dass es sich hierbei um den ersten Drittel von gesamthaft Fr. 150'000.-- Barzuschüssen handle, die angeblich der Beschwerdeführerin "in den nächsten Wochen" zufliessen würden (OG act. 16 S. 2). Insbesondere ergibt sich weder aus der Eingabe vom 7. März 2006 (OG act. 14) noch aus derjenigen vom 4. April 2006 (OG act. 16), wer der Beschwerdeführerin die besagten Barzuschüsse angeboten und insbesondere zugesichert habe. Eine aktenwidrige oder willkürliche tatsächliche Feststellung des Obergerichts ist in diesem Zusammenhang nicht erkennbar.

Nur wenn rechtzeitig erfolgte Vorbringen unklar, unvollständig oder unbestimmt bleiben, entsteht die richterliche Fragepflicht mit der Folge, dass Ergänzungen der

Partei nach § 115 Ziffer 5 ZPO im Prozess noch zu berücksichtigen sind (Frank / Sträuli / Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, N 3 zu § 55 ZPO). Die Begründung des Rekurses hat grundsätzlich in der Rekurschrift zu erfolgen (§ 276 Abs. 2 ZPO). Der Vorsitzende des Obergerichts setzte mit Verfügung vom 19. Januar 2006 der Beschwerdeführerin eine einmalige Nachfrist zur ergänzenden Begründung des Rekurses an (OG act. 5, Dispositiv Ziffer 2). Mit Eingabe vom 30. Januar 2006 reichte die Beschwerdeführerin verschiedene Unterlagen mit ergänzenden Ausführungen ein (OG act. 10). Die Beschwerdeführerin zeigt nicht auf, dass die Ausführungen in ihrer Rekurschrift vom 16. Januar 2006 und ihrer Ergänzung vom 30. Januar 2006 (OG act. 1 und 10) Anlass zur Ausübung der richterlichen Fragepflicht gegeben hätten. Neue Vorbringen in späteren Eingaben sind jedenfalls verspätet und lösen keine richterliche Fragepflicht aus. Die Rüge der Gehörsverweigerung ist unbegründet.

5. a) Die Beschwerdeführerin weist auf den bereits zitierten Entscheid des Kassationsgerichts vom 25. Dezember 2002 hin und rügt, indem das Obergericht trotz Vorliegen konkreter Anhaltspunkte (Bezahlung hoher Forderungen, Erfüllung laufender Zahlungsverpflichtungen) die Zahlungsfähigkeit der Beschwerdeführerin verneine und die Konkursöffnung nicht aufhebe, verletze es Art. 174 Abs. 2 SchKG und damit klares materielles Recht (KG act. 1 S. 7 f. Ziffer 10).

Die Beschwerdeführerin fährt fort, entscheidend sei vor allem der Umstand, dass sie hohe Beträge an öffentlich-rechtliche Anstalten wie insbesondere die Beschwerdegegnerin habe zukommen lassen. Gemäss Beilage 8 (OG act. 15/8) der Nachreichung vom 7. März 2006 sei mit der Beschwerdegegnerin eine Abzahlungsvereinbarung geschlossen worden, wonach die Beschwerdeführerin für offene AHV-Beiträge für die Jahre 2003 - 2006 über total Fr. 123'738.60 bereits einen Drittel per 31. März 2006 (Fr. 40'959.75, zu zahlen gehabt habe. Diese Zahlung sei erfolgt. Für die restlichen Zahlungen seien Zahlungsfristen bis 30. November 2006 gewährt worden. Entgegen der Annahme des Obergerichts (KG act. 2 S. 10 unten) sei somit eine Abzahlungsvereinbarung über einen längeren Zeitraum geschlossen worden, da dies bloss die aufgelaufenen AHV-Beiträge bis und mit dem Jahr 2006 umfasse und offensichtlich sei, dass auch für die laufenden AHV-

Beiträge in späteren Jahren (ab 2007) langfristige Abzahlungsvereinbarungen geschlossen werden könnten. Ebenfalls umfassten die anderen Abzahlungsvereinbarungen mit der Eidgenössischen Steuerverwaltung und der laufenden Abgaben und seien weitere Abzahlungsvereinbarungen offensichtlich vereinbar, sofern sich die Beschwerdeführerin wie bisher an ihre Abzahlungsvereinbarungen halte. Das Obergericht rechne sämtliche diese längerfristigen Abzahlungsvereinbarungen zu den kurzfristigen Verbindlichkeiten, berücksichtige jedoch nicht in rechtsgenügender Weise, dass einerseits die Hälfte der gesamten kurzfristigen Verbindlichkeiten durch Abzahlungsvereinbarungen gedeckt sei und sich andererseits bei der anderen Hälfte die Gläubiger still verhielten. Entgegen den obergerichtlichen Erwägungen (KG act. 2 S. 10 Mitte) habe die Beschwerdeführerin nicht lediglich geltend gemacht, dass ohne Ausnahmen alle Lieferanten und sonstigen Firmen keine Probleme bereiteten und sehr grosszügige und langfristige Vereinbarungen hätten getroffen werden können. Es sei vielmehr konkret mit Urkunden nachgewiesen worden, dass zahlreiche Aufschubsbewilligungen durch das zuständige Betreibungsamt erteilt worden seien. In Bezug auf die Stillhalteabkommen mit den Lieferanten und den anderen Schuldner sei mittels Negativbeweis schlüssig nachgewiesen worden, dass diese die Beschwerdeführerin schonten und damit implizit ebenfalls Aufschubsbewilligungen erteilt wurden, da diese die Beschwerdeführerin weder betrieben noch in Gerichtsverfahren verwickelten. Das Obergericht verkenne, dass über diese negative Tatsache kein schriftlicher Nachweis ins Recht gelegt werden könne, da die Bereitschaft der Lieferanten und anderen Gläubiger, auf Betreibungen zu verzichten und keine Gerichtsverfahren anzustrengen, eine innere Tatsache darstelle, bei welcher kein schriftliche Nachweis erforderlich gemacht werden dürfe. Zusammenfassend habe das Obergericht verkannt, dass es der Beschwerdeführerin auch bei einer unbestritten hohen Schuldenlast von rechnerisch Fr. 930'000.-- (abzüglich laufende, bereits erbrachte Abzahlungen) gelingen könne, diese Schulden dank den privaten Kapitalzuschüssen und dank des zu erzielenden Cash-Flows kontinuierlich abzubauen, so dass die Zahlungsfähigkeit als gegeben betrachtet werden müsse. Der zu erzielende Cash-Flow werde sodann durch das Obergericht zu Unrecht als unrealistisch dargestellt (KG act. 2 S. 11 Erw. IV/5.2.2), was angesichts der Erfahrung des Geschäftsführers

der Beschwerdeführerin, H.K., und der buchhalterisch korrekten und exakten Verbuchungen nicht gerechtfertigt sei.

Weiter führt die Beschwerdeführerin aus, gemäss der Nachreichung vom 4. April 2006 Ziffer 2 (KG act. 16) bzw. der Beilage hierzu (Kontoauszug der Migrosbank, OG act. 17/2) sei zudem urkundlich nachgewiesen, dass der Beschwerdeführerin eine Liquiditätsreserve über Fr. 20'000.-- zur Verfügung stehe. Rechne man noch die laufenden Debitorenzahlungen, die Kreditkartengutschriften und vor allem die Bar-Tagesumsätze des Restaurantbetriebs hinzu, so seien der Beschwerdeführerin im Zeitpunkt der Konkurseröffnung rund Fr. 50'000.-- zur Verfügung gestanden. Entgegen dem Obergericht sei somit eine Verbesserung der Liquidität durch einen nachgewiesenen Zufluss von neuen Mitteln nachgewiesen (insbesondere auch dank dem bereits genannten Zufluss von 2 x Fr. 25'000.--), so dass die kurzfristigen Schulden vollumfänglich gedeckt werden könnten. Angesichts dieser Liquidationsreserve könne nicht von Konkursreife und einer mangelnden Zahlungsfähigkeit ausgegangen werden, weshalb diese Schlussfolgerung des Obergerichts willkürlich sei. Auch in Anbetracht der anfänglichen Schuldenlast von rund Fr. 3 Mio. seien die verbleibenden kurzfristigen Verbindlichkeiten über Fr. 930'000.-- als kleinere, durchaus abbaubare Schuldenlast zu bezeichnen, weshalb Zahlungsfähigkeit als gegeben betrachtet werden müsse und die gegenteilige Annahme des Obergerichts aktenwidrig und willkürlich sei (KG act. 1 S. 8 - 11 Ziffer 11).

b) Auch wenn das Betreibungsamt verschiedene Zahlungsaufschubsbewilligungen erteilte und es der Beschwerdeführerin gelang, einzelne Schuldner zu bewegen, Zahlungsaufschub zu gewähren, ändert dies nichts daran, dass diese Schulden mindestens mittelfristig zu begleichen sind. Aus dem Umstand, dass die Beschwerdegegnerin für die noch nicht beglichenen Beitragsforderungen 2003 - 2006 Zahlungsaufschub zum Teil bis Ende November 2006 gewährte (siehe OG act. 15/8), lässt sich nicht schliessen, dass die Beschwerdegegnerin auch bereit sei, für spätere Beiträge (ab 2007) wieder Abzahlungsvereinbarungen einzugehen. Ebenfalls kann aus dem bisherigen Stillhalten verschiedener Gläubiger nicht geschlossen werden, diese hätten der Beschwerdegegnerin implizit ebenfalls

Zahlungsaufschubsbewilligungen erteilt. Vielmehr haben diese Gläubiger bislang darauf verzichtet, den Betreibungs- bzw. Rechtsweg zwecks Eintreibung ihrer Guthaben zu beschreiten, doch steht ihnen dies selbstredend jederzeit offen. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin ist es grundsätzlich möglich, über die negative Tatsache, dass diese Gläubiger einstweilen nicht beabsichtigen, den Betreibungs- oder Rechtsweg zu bestreiten, einen schriftlichen Nachweis beizubringen, nämlich in Form einer entsprechenden Erklärung der Gläubiger oder einer Vereinbarung zwischen diesen und der Beschwerdeführerin, bis wann Aufschub gewährt werde bzw. wann und allenfalls in welchen Raten und in welcher Weise die ausstehenden Forderungen beglichen würden.

Der Hinweis auf die Liquiditätsreserve von Fr. 20'000.-- auf dem Kontokorrent bei der M-Bank vermag angesichts der unbestrittenen kurz- und mittelfristigen Schuldenlast der Beschwerdeführerin in Höhe von rund Fr. 930'000.-- eine allgemeine Zahlungsfähigkeit nicht zu begründen. Dasselbe gilt für den Hinweis auf die laufenden Debitorenzahlungen, Kreditkartengutschriften und Bar-Tagesumsätze. Die Beschwerdeführerin verkennt hierbei, dass das laufende Tagesgeschäft neue Verbindlichkeiten generiert, welche durch die laufenden Einnahmen zu decken sind, so dass die genannten Debitorenzahlungen, Kreditkartengutschriften und Bar-Tagesumsätze nur zu einem kleineren Teil der Tilgung bisheriger Schulden dienen kann. Jedenfalls zeigt die Beschwerdeführerin nicht auf, dass sie vor Obergericht den gegenteiligen Nachweis erbracht habe.

Auch wenn die anfängliche Schuldenlast rund Fr. 3 Mio. betragen hat und es der Beschwerdeführerin offensichtlich gelungen ist, diese Schulden zu einem grossen Teil zu tilgen, ist eine Restschuld von Fr. 930'000.-- noch immer beträchtlich und kann nicht einfach als "kleinere, durchaus abbaubare Schuldenlast" abgetan werden.

Die obergerichtliche Verneinung der Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit der Beschwerdeführerin ist jedenfalls vertretbar. Soweit sich die Beschwerdeführerin überhaupt im Einzelnen mit den Erwägungen des Obergerichts auseinandersetzt und nicht bloss ihre eigene Würdigung anstelle derjenigen des Obergerichts setzt,

weist sie weder Aktenwidrigkeit, noch Willkür oder eine Verletzung materiellen Konkursrechts nach.

6. Die Beschwerdeführerin bringt vor, ihr Geschäftsführer H.K. habe "heute" (was wohl heisst am 11. Mai 2006, dem Datum der Beschwerdeschrift) ihrem Rechtsvertreter mitgeteilt, dass ihr Verwaltungsrat und H.K. als ihr Hauptgläubiger beschlossen hätten, dass H.K. auf Darlehensforderungen in Höhe von Fr. 250'000.-- definitiv verzichte. Da dies ein Novum sei, werde es nur am Rand erwähnt. Es zeige aber, dass für die Verbesserung der Liquidität Lösungen getroffen worden seien, die eine Weiterexistenz des Restaurationsbetriebs gewährleistet hätte (OG act. 1 S. 11 Ziffer 12).

Da die Kassationsinstanz nur zu prüfen habe, ob der angefochtene Entscheid nach der bei der Vorinstanz gegebenen Aktenlage an einem Nichtigkeitsgrund leidet, sind im Kassationsverfahren neue Behauptungen oder Beweismittel, welche eine Vervollständigung des vor der Vorinstanz vorzubringenden Prozessstoffes bezwecken, unzulässig (von Rechenberg, a.a.O., S. 17 unten). Auf das Vorbringen ist deshalb nicht weiter einzugehen.

7. Die Beschwerdeführerin weist darauf hin, dass Art. 43 Abs. 1 SchKG den Ausschluss der Konkursbetreuung für Steuern, Abgaben, Gebühren, Sporteln, Bussen und andere im öffentlichen Recht begründete Leistungen an öffentliche Kassen oder an Beamte statuiere. Gemäss dem Sinn und Zweck der genannten Vorschrift werde dem Betroffenen die Möglichkeit gegeben, seine (öffentlich-rechtlichen) Schulden abzubauen und das Unternehmen weiterzuführen (Sanierung statt Zerschlagung). In casu habe die Beschwerdeführerin nebst den laufenden anderen Verpflichtungen hohe Beiträge an öffentlich-rechtliche Anstalten geleistet, welche gemäss dem Sinn und Zweck von Art. 43 SchKG zu würdigen seien. Es sei daher von einer Zerschlagung der Existenz der Beschwerdeführerin abzusehen, weil für öffentlich-rechtliche Forderungen über niemanden der Konkurs eröffnet werden solle und dürfe. Auch aus diesem Grund erscheine die vorliegende Konkurseröffnung als sachlich falsch (KG act. 1 S. 12 Ziffer 13).

Die Beschwerdegegnerin ist weder eine öffentliche Kasse noch ein Beamter. Art. 43 Ziffer 1 SchKG ist nicht anwendbar, wenn als Stiftung privaten Rechts organisierte Auffangs- oder Vorsorgeeinrichtungen BVG-Beiträge für Arbeitnehmer einreiben (BGE 118 III 15 Erw. 3; Domenico Acocella in Adrian Staehelin / Thomas Bauer / Daniel Staehelin [Hsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG I, Basel / Genf / München 1998, N 6 zu Art. 43 SchKG). Der Umstand, dass die Beschwerdeführerin unter anderem auch Forderungen öffentlich-rechtlicher Anstalten tilgte, ändert nichts daran, dass die vorliegende Betreibung der Beschwerdegegnerin zu Recht auf Konkurs erfolgte.

8. Das Obergericht hält auf Seite 14 des angefochtenen Entscheids unter anderem fest, die Ausführungen der Beschwerdeführerin liessen darauf schliessen, dass die Dezember-Rate von Fr. 5'150.-- einer in Beitreibung gesetzten Forderung der Eidgenössischen Steuerverwaltung noch nicht geleistet sei. Aus der Darstellung der Beschwerdeführerin müsse weiter geschlossen werden, dass sie am 16. Januar 2006 (Datum der Rekurerhebung) auch in den Betreibungen der Ausgleichskasse mit im Dezember 2005 und Januar 2006 fällig gewordenen Abschlagszahlungen von insgesamt Fr. 18'900.-- in Rückstand gewesen sei. Die Beschwerdeführerin macht hierzu geltend, dass mit Eröffnung des Konkurses - auch bei aufschiebender Wirkung - beim Betreibungsamt alles "eingefroren" gewesen sei. Die Beschwerdeführerin sei sich voll bewusst gewesen, dass sie bei einem positiven Bescheid des Obergerichts auf einen Schlag alle fälligen Raten in kurzer Frist hätte bezahlen müssen, was auch mit dem Betreibungsamt so abgeprochen worden sei. Die Beschwerdeführerin habe in diesem Zeitraum die frei werdenden Mittel für die Tilgung übriger Altlasten eingesetzt. Es sei somit festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin die Abzahlungen pünktlich, fristgerecht und vor allem vereinbarungsgemäss geleitet habe, weshalb die gegenteilige Annahme der Zahlungsunfähigkeit durch das Obergericht sich als willkürlich und aktenwidrig erweise (KG act. 1 S. 12 Ziffer 14 f.).

Mit ihren Ausführungen in der Beschwerdeschrift zeigt die Beschwerdeführerin nicht auf, dass die Annahme des Obergerichts, wonach im Dezember 2005 und Januar 2006 fällige Zahlungen an die Eidgenössische Steuerverwaltung und die

Ausgleichskasse nicht geleistet worden seien, unzutreffend seien. Die Mitberücksichtigung solcher Ausstände bei der Würdigung der Zahlungsfähigkeit der Beschwerdeführerin ist nicht zu beanstanden. Eine aktenwidrige oder willkürliche tatsächliche Annahme ist nicht ersichtlich.

9. Zusammenfassend erweist sich die Nichtigkeitsbeschwerde als unbegründet und ist sie abzuweisen, soweit auf sie eingetreten werden kann.

### III.

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Kassationsverfahrens, bestehend in einer Spruchgebühr gemäss Art. 61 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 52 lit. b der Gebührenverordnung zum SchKG, der Beschwerdeführerin aufzuerlegen. Die Beschwerdegegnerin hat die Nichtigkeitsbeschwerde nicht beantwortet, weshalb ihr mangels erheblicher Umtriebe im Kassationsverfahren keine Prozessentschädigung zuzusprechen ist.

#### **Das Gericht beschliesst:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann. Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.
2. Die Spruchgebühr für das Kassationsverfahren wird auf Fr. 500.-- festgesetzt und der Beschwerdeführerin auferlegt.
3. Der Beschwerdegegnerin wird für das Kassationsverfahren keine Prozessentschädigung zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, den Konkursrichter des Bezirkes Zürich, das Konkursamt Z, das Betreibungsamt Zürich 5 und das Handelsregisteramt des Kantons Zürich, je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der juristische Sekretär: