



Kass.-Nr. AA090098/U/ys

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Yvona Griesser, die Kassationsrichter Reinhard Oertli und Matthias Brunner sowie der juristische Sekretär Jürg-Christian Hürlimann

Zirkulationsbeschluss vom 23. Dezember 2009

in Sachen

B GmbH,

...f,

Schuldnerin, Rekurrentin und Beschwerdeführerin
vertreten durch Rechtsanwalt ...

gegen

G Pensionskasse,

...,

Gläubigerin, Rekursgegnerin und Beschwerdegegnerin

betreffend

Konkurseröffnung

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 23. Juni 2009 (NN090064/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

1. Die Konkursrichterin des Bezirkes E eröffnete mit Verfügung vom 7. Mai 2009 auf Begehren der Beschwerdegegnerin den Konkurs über die Beschwerdeführerin (ER act. 4 = OG act. 2). Gegen diese Verfügung erhob die Beschwerdeführerin Rekurs beim Obergericht (OG act. 1). Der Präsident der II. Zivilkammer des Obergerichts setzte der Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 2. Juni 2009 Frist an, um die Rekursbegründung zu ergänzen und weitere Unterlagen und Nachweise einzubringen. Mit gleicher Verfügung verlieh er dem Rekurs einstweilen aufschiebende Wirkung (OG act. 6). Die Beschwerdeführerin ergänzte mit Eingabe vom 15. Juni 2009 die Rekursbegründung (OG act. 13). Das Obergericht (II. Zivilkammer) wies mit Beschluss vom 23. Juni 2009 den Rekurs ab und eröffnete den Konkurs erneut (OG act. 16 = KG act. 2).

Mit Eingabe vom 1. Juli 2009 erhob die Beschwerdeführerin beim Kassationsgericht Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, der Beschluss des Obergerichts vom 23. Juni 2009 und die Verfügung der Konkursrichterin vom 7. Mai 2009 seien aufzuheben und es sei 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). Mit weiterer Eingabe vom 23. Juli 2009 und damit noch innerhalb der Rechtsmittelfrist ergänzte die Beschwerdeführerin ihre Beschwerdebegründung (KG act. 9). Die Beschwerdegegnerin beantwortete die Nichtigkeitsbeschwerde innert Frist nicht. Das Obergericht verzichtet auf eine Vernehmlassung (KG act. 8).

Der Präsident des Kassationsgerichts verlieh der Nichtigkeitsbeschwerde in dem Sinne aufschiebende Wirkung, dass das Konkursverfahren vorläufig nicht weitergeführt werden könne, der Konkurs jedoch einstweilen als per 23. Juni 2009, 17.10 Uhr (entsprechend des angefochtenen Beschlusses) eröffnet gelte (KG act. 4).

2. 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.A., 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.A., Zürich 1986, S. 16 ff.).

3. a) Die Beschwerdeführerin weist zunächst darauf hin, dass sie die zur Konkursöffnung führende Forderung von Fr. 3'114.80 noch vor Erhebung des Rekurses bezahlt und die Verfahrenskosten des Konkursamtes sowie der Rekursinstanz sichergestellt habe. Das Obergericht habe allerdings erwogen, dass die Beschwerdeführerin mit der Einlegung des Rekurses ihre Zahlungsfähigkeit nicht in genügender Weise glaubhaft gemacht habe. Es führe in der Zusammenfassung aus, dass aus den eingereichten Unterlagen kurzfristige Passiven von rund Fr. 21'950 resultierten und dass daneben offene Verlustscheine von Fr. 6'727.25 und ein Darlehen von Fr. 13'000.-- beständen. Der Umsatz im Mai 2009 habe sich auf Fr. 38'754.-- belaufen. Davon seien indes der monatliche Aufwand wie zum Beispiel Miete von Fr. 2'126.-- oder die Personalkosten von Fr. 8'400.-- abzuziehen. Hinzu kämen noch die Kosten für die Nahrungsmittel, wozu keine Angaben vorlägen. Mangels aktuellem Zwischenabschluss und Auszug eines Bank- oder Post-

kontos gelinge es der Beschwerdeführerin nicht, ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen (KG act. 1 S. 2 f.).

Die Beschwerdeführerin rügt nun, das Obergericht gehe dabei aktenwidrig davon aus, das von Fadhila Khaleds der Beschwerdeführerin gewährte unbefristete Darlehen in der Höhe von Fr. 20'000.--, wovon bis 15. Juni 2009 bereits wieder Fr. 7'000.-- zurückbezahlt worden seien, sei eine Verbindlichkeit, welche kurzfristig wieder zurückbezahlt werden müsse. Das Gegenteil sei der Fall. Der Darlehensgeber habe der Beschwerdeführerin das Darlehen zu einem Zeitpunkt gewährt, als über diese erstinstanzlich bereits der Konkurs eröffnet worden sei, und er habe sich bereit erklärt, dieses jederzeit wieder in der gesamten Höhe von Fr. 20'000.-- zu gewähren. Statt einer kurzfristigen Verbindlichkeit bestehe vielmehr eine Liquiditätsreserve in der Höhe von Fr. 7'000.-- (KG act. 1 S. 3).

Eine Aktenwidrigkeit liegt nur vor, wenn ein Bestandteil der Akten gar nicht oder nicht in seiner wahren Gestalt, die Urkunde z.B. nicht mit dem richtigen Wortlaut in die Beweiswürdigung einbezogen worden ist und sich deshalb die angefochtene tatsächliche Feststellung als blanker Irrtum erweist (von Rechenberg, S. 27). Die Beschwerdeführerin nennt im Zusammenhang mit dem Darlehen von Fadhila Khaleds keine Aktenstellen. Sie zeigt damit nicht auf, worauf sich ihre Sachdarstellung stützt und dass sie diese bereits vor Obergericht vorgebracht habe. Damit genügt die Beschwerdebeurteilung in diesem Punkt den oben in Erwägung 2 genannten Anforderungen nicht.

Das Obergericht hält in der zusammenfassenden Erwägung, auf welche die Beschwerdeführerin Bezug nimmt, fest, aus den eingereichten Unterlagen resultierten kurzfristige Passiven von rund Fr. 21'950.--. *Daneben* bestünden offene Verlustscheinsforderungen von Fr. 6'727.235 und ein Darlehen von Fr. 13'000.-- (KG act. 2 S. 7 Erw. 4.4). Das Obergericht zählt also das Darlehen nicht zu den kurzfristigen Passiven, sondern zu den weiteren Schulden. Die Rüge, das Obergericht gehe dabei aktenwidrig davon aus, das fragliche Darlehen sei eine Verbindlichkeit, welche kurzfristig wieder zurückbezahlt werden müsse, geht auch deshalb fehl.

b) Die Beschwerdeführerin bringt weiter vor, sie habe in der Rekurschrift dargelegt, dass sie in den Monaten Januar bis Mai 2009 signifikant höhere Umsätze als in den Vorjahren erzielt habe. Der durchschnittliche Umsatz habe sich auf Fr. 35'324.60 (pro Monat) belaufen und sei damit um mehr als Fr. 7'000.-- höher gewesen als 2008. Gleichzeitig hätten sich die Personalkosten um rund Fr. 1'200.-- pro Monat auf Fr. 8'400.-- reduziert. Da der Waren- und Betriebsaufwand im Übrigen unterproportional steige, habe die Beschwerdeführerin im Vergleich zu den Vorjahren Liquidität generieren und bestehende Schulden abtragen können, was sich in den gegen die Beschwerdeführerin erhobenen Betreibungen niedergeschlagen habe. Nach zehn Betreibungen 2007 und 9 Betreibungen 2008 seien in den ersten fünf Monaten nur noch zwei Betreibungen gegen sie erhoben worden. Eine dieser Betreibungen sei bis auf eine weitere Restforderung von Fr. 811.65 (EStV/MWSt) bereits beglichen.

Die Beschwerdeführerin fährt fort, aus den von der Beschwerdeführerin eingereichten Unterlagen (Jahresrechnungen 2006 - 2008) sei in Übereinstimmung mit der Rekursbegründung zu entnehmen, dass der Warenaufwand weniger als 30% des Umsatzes ausmache, d.h. dieser bei einem Umsatz von Fr. 35'000.-- (pro Monat) ca. Fr. 10'000.-- betrage. Es treffe demnach nicht zu, dass zu weiteren Kosten, etwa derjenigen für die Nahrungsmittel, keine Angaben vorlägen. Es verbleibe von einem durchschnittlichen Umsatz von Fr. 35'000.-- damit nach Abzug von Miete (Fr. 2'126.--) und Personalkosten (Fr. 8'400.--) sowie Warenaufwand mit Fr. 14'500.-- noch genügend Liquidität, um die kurzfristigen Verbindlichkeiten, welche zu den Betriebs- und Verwaltungskosten gehörten, zu tilgen. Die Annahme, die Beschwerdeführerin habe ihre Zahlungsfähigkeit nicht genügend glaubhaft gemacht, erweise sich auch diesbezüglich als aktenwidrig. Die Beschwerdeführerin habe in ihrer Rekursbegründung aufzeigen können, dass sie in der Lage sei, ihre laufenden Verbindlichkeiten zu erfüllen sowie bestehende Schulden abzutragen (KG act. 1 S. 3 f.).

Abgesehen vom pauschalen Hinweis auf die Rekursbegründung und die Jahresrechnungen 2006 - 2008 nennt die Beschwerdeführerin wiederum keine Aktenstellen. Es ist allerdings offensichtlich, dass sie sich mit ihrem Vorbringen, sie ha-

be in den Monaten Januar bis Mai 2008 signifikant höhere Umsätze als in den Vorjahren erzielt, auf Ziffer 4.3 ihrer Rekurschrift (OG act. 1 S. 4) beruft. Dort gibt sie die Umsätze der Monate Januar bis April 2009 wieder und verweist auf die eingereichten "Buchungsjournale Pizzakurier Januar - April 2009" (OG act. 4/11). Die von der Beschwerdeführerin in der Berufungsschrift genannten Monatsumsätze umfassen neben denjenigen des Kuriers auch solche unter dem Titel "Imbiss" im Umfang von Fr. 7'423.-- bis Fr. 8'503.50. Letztere belegt die Beschwerdeführerin nicht. Die geltend gemachte Reduktion des Personalbestandes (Rekurschrift, OG act. 1 S. 4 f. Ziff. 4.4 und 4.5) sowie die Behauptungen über den Waren- und Betriebsaufwand (S. 5 Ziff. 4.6) und die Verringerung der Zahl der Betreibungen ab Jahresanfang 2009 (S. 5 Ziff. 4.6) führen nicht ohne weiteres dazu, dass die Beschwerdeführerin nunmehr als zahlungsfähig erschiene. Die Beschwerdeführerin widerlegt die Feststellung des Obergerichts, es lägen kein aktueller Zwischenabschluss und kein Bank- oder Postkontoauszug vor (KG act. 2 S. 7 Erw. 4.4), nicht. Eine Aktenwidrigkeit oder eine willkürliche tatsächliche Feststellung im angefochtenen Entscheid weist die Beschwerdeführerin jedenfalls nicht nach.

c) In ihrer Ergänzung der Beschwerdebeurteilung führt die Beschwerdeführerin aus, das Obergericht gewichte bei der negativen Beurteilung der Zahlungsfähigkeit auch die offenen Verlostscheinforderungen von Fr. 6'727.25. Die Beschwerdeführerin habe der Verlostscheingläubigerin eine Abzahlungsvereinbarung mit monatlichen Raten à Fr. 500.-- vorgeschlagen (OG act. 4/18). Gemäss Antwortschreiben vom 29. Mai 2009 habe die Verlostscheingläubigerin dieses Angebot noch nicht angenommen, sondern vorerst den Ausgang des Konkurs- bzw. Rekursverfahrens abwarten und unabhängig davon die haftenden Organe mit Schadenersatzverfügungen bedienen wollen. Danach sei sie gerne bereit, angemessene Zahlungsvereinbarungen zu treffen (OG act. 12/23). Aufgrund dieser Mitteilung könne der Beschwerdeführerin einerseits nicht zum Vorwurf gemacht werden, dass sie noch keine Zahlungen tätige, zum andern sei aufgrund der grundsätzlichen Bereitschaft der Verlostscheingläubigerin zum Abschluss einer Zahlungsvereinbarung davon auszugehen, die Beschwerdeführerin werde den Betrag von Fr. 6'727.25 tatsächlich in Raten abzahlen können und nicht kurzfristig aufbringen müssen. Auch unter diesem Gesichtspunkt erweise sich die Annahme,

die Beschwerdeführerin habe ihre Zahlungsfähigkeit nicht genügend glaubhaft gemacht, als aktenwidrig (KG act. 9 S. 2).

Das Obergericht hält in Erwägung 4.4 des angefochtenen Beschlusses fest, aus den eingereichten Unterlagen resultierten kurzfristige Passiven von rund Fr. 21'950.--. Daneben bestünden offene Verlustscheine von Fr. 6'727.25 und ein Darlehen von Fr. 13'000.-- (KG act. 2 S. 7). Der Umstand, dass die Beschwerdeführerin der Verlustscheingläubigerin (einer Ausgleichskasse) Ratenzahlungen in Aussicht stellte (OG act. 4/18) und die Verlustscheingläubigerin die grundsätzliche Bereitschaft erklärte, angemessene Zahlungsvereinbarungen zu treffen (OG act. 12/23), ändert nichts daran, dass offene Verlustscheinforderungen bestehen und sagt im Übrigen auch nichts darüber aus, ob die Beschwerdeführerin in der Lage sei, solche Ratenzahlungen tatsächlich zu leisten. Eine aktenwidrige oder willkürliche tatsächliche Annahme seitens des Obergerichts ist demnach nicht ersichtlich.

d) Die Beschwerdeführerin rügt sodann, das Obergericht verletze Art. 174 Abs. 2 SchKG, wenn es trotz Vorliegens konkreter Anhaltspunkte (Zahlungen von in Betreuung gesetzten Forderungen, Erfüllung der laufenden Verpflichtungen) die Zahlungsfähigkeit der Beschwerdeführerin verneine und die Konkursöffnung nicht aufhebe (KG act. 1 S. 4).

Das SchKG ist Bundesrecht. Die Verletzung von Bundesrecht kann mit Beschwerde beim Bundesgericht gerügt werden (Art. 95 lit. a BGG, Art. 74 Abs. 2 lit. d BGG). Deshalb ist diesbezüglich die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde unzulässig (§ 285 Abs. 1 und 2 ZPO).

4. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist abzuweisen, soweit auf sie eingetreten werden kann. Damit fällt die der Beschwerde gewährte aufschiebende Wirkung dahin und es bleibt bei der Konkursöffnung per 23. Juni 2009, 17.10 Uhr.

Ausgangsgemäss hat die Beschwerdeführerin die Kosten des Kassationsverfahrens zu tragen (§ 64 Abs. 2 ZPO). Mangels erheblicher Umtriebe ist der Beschwerdegegnerin keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann. Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 500.--.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
4. Der Beschwerdegegnerin wird für das Kassationsverfahren keine Prozessentschädigung zugesprochen.
5. 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.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Beschlusses des Obergerichtes vom 23. Juni 2009 mit Beschwerde an das Bundesgericht neu ab Empfang des vorliegenden Entscheides (Art. 100 Abs. 1 und 6 BGG).

Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, die Einzelrichterin im summarischen Verfahren (Konkursrichterin) des Bezirkes E, das Konkursamt E, das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und das Betreibungsamt E, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: