



Kass.-Nr. AA040118/U/mb

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Alfred Keller, Karl Spühler, die Kassationsrichterin Yvona Griesser und der Kassationsrichter Reinhard Oertli sowie die Sekretärin Margrit Scheuber

Zirkulationsbeschluss vom 5. November 2004

in Sachen

A. GmbH,

...strasse XXX, B.,

Schuldnerin, Rekurrentin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt

gegen

C. Betriebliche Altersvorsorge D.,

...strasse YY, E.,

Gläubigerin, Rekursgegnerin und Beschwerdegegnerin

betreffend

Konkurseröffnung

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 13. Juli 2004 (NN040022/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Auf Gesuch der Gläubigerin, welche eine Forderung von Fr. 6'960.-- in Betreuung gesetzt hatte (Betreibung Nr. 37381 des Betreibungsamtes Zürich 12, Zahlungsbefehl vom 2. Oktober 2003; Konkursandrohung vom 21. November 2003: ER act. 2/1 und 2/3), wurde vom Konkursrichter des Bezirkes B. mit Verfügung vom 11. Februar 2004, 10.00 Uhr, über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet (ER act. 5 = OG act. 2).

2. Dem rechtzeitig bei der Vorinstanz eingereichten Rekurs wurde mit Präsidialverfügung vom 25. Februar 2004 die aufschiebende Wirkung verliehen (OG act. 7). Im Laufe des Rekursverfahrens reichte die Schuldnerin verschiedene weitere Eingaben und Unterlagen ein (OG act. 9 - 12), zudem wurde ihr mit Verfügung vom 23. Juni 2004 (OG act. 13) Frist angesetzt, um den aktuellen Stand der Schulden gegenüber der AHV-Ausgleichskasse D. mitzuteilen und zu belegen, dass die D. einem Abzahlungsplan zugestimmt habe und welche Teilzahlungen bereits geleistet worden seien, worauf die Schuldnerin mit Eingabe vom 5. Juli 2004 antwortete (OG act. 15). Mit Beschluss vom 13. Juli 2004 wies die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich den Rekurs der Schuldnerin ab und eröffnete über diese mit Wirkung ab 13. Juli 2004, 12.00 Uhr, den Konkurs (OG act. 16 = KG act. 2).

3. Gegen diesen Beschluss erhob die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend: Beschwerdeführerin) rechtzeitig kantonale Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Begehren um Aufhebung des angefochtenen Beschlusses vom 13. Juli 2004 sowie des Konkursdekretes des Konkursrichters vom 11. Februar 2004 und die Wiedereinsetzung der Beschwerdeführerin in die Verfügung über ihr Vermögen; eventualiter sei der Prozess zur Verbesserung der Mängel und zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (KG act. 1, S. 2). Die ebenfalls beantragte aufschiebende Wirkung wurde der Beschwerde mit Präsidialverfügung vom 10. August 2004 insofern teilweise erteilt, als das Konkursverfahren einstweilen

nicht weitergeführt werden könne, wobei Sicherungsmassnahmen und unauf-schiebbare Massnahmen zur Werterhaltung des schuldnerischen Vermögens vorbehalten blieben (KG act. 8). Die Vorinstanz hat auf eine Vernehmlassung ver-zichtet (KG act. 10). Innert Frist ging keine Beschwerdeantwort ein.

II.

1. Die Vorinstanz ging in ihrem Entscheid davon aus, die Beschwerdeführe-rin habe mittels Quittung belegt, dass beim Konkursamt ein Betrag von Fr. 7'500.– zwecks Hinterlegung für die Gläubigerin einbezahlt worden sei und auch sonst die geforderten Barvorschüsse geleistet worden seien (KG act. 2, S. 2).

Danach fasste die Vorinstanz die allgemeinen Voraussetzungen der Glaub-haftmachung der Zahlungsfähigkeit gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG zusammen und erwog, bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten liessen den Schuld-ner noch nicht zahlungsunfähig erscheinen; anders verhalte es sich, wenn keine Verbesserung seiner finanziellen Lage ersichtlich sei und der Schuldner auf un-absehbare Zeit hinaus als illiquid erscheine; absehbare Veränderungen, welche die Tilgung der Schulden erlauben würden, seien glaubhaft zu machen; dass of-fene Betreibungen mittlerweile beglichen worden seien, dürfe allenfalls als Indiz dafür gelten, dass keine dauerhafte Illiquidität vorliege (KG act. 2, Erw. 3a, S. 3). Auf das vorliegende Verfahren bezogen führte die Vorinstanz weiter aus, wesent-lichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage des Schuldners gebe insbesondere das Betreibungsregister. Wie sich aus der Aus-kunft des Betreibungsamtes B. ZZ vom 18. Februar 2004 ergebe, seien seit 1999 46 Betreibungen gegen die Beschwerdeführerin eingeleitet worden, wovon 33 durch Zahlung bzw. Terminablauf erledigt worden seien; dazu könne sodann auch die der Konkursandrohung zugrunde liegende Forderung gezahlt werden. Es ver-blieben zwölf unerledigte Betreibungen für Forderungen in der Höhe von ca. Fr. 120'000.--; acht davon seien von der AHV D. für Forderungen von fast Fr. 70'000.-- eingeleitet worden. Gemäss Angaben der Beschwerdeführerin sei die Abrechnung noch unvollständig und die Gläubigerin habe monatlichen Teil-zahlungen zugestimmt; zudem seien zwei Zahlungen à Fr. 5'400.-- geleistet wor-

den. Im Januar 2004 sei eine weitere Betreuung für Mehrwertsteuerforderungen von Fr. 43'000.-- eingeleitet worden. Auf Grund der eingereichten Unterlagen ging die Vorinstanz sodann davon aus, es treffe wohl zu, dass die Beschwerdeführerin über einige liquide Mittel und Einnahmen verfüge und damit in der Lage sein sollte, gewissen Verbindlichkeiten nachzukommen. Jedoch bestünden weiterhin hohe Schulden insbesondere gegenüber der AHV D. wie auch für Mehrwertsteuern. Bezüglich der AHV D. habe die Beschwerdeführerin ein selber produziertes Schriftstück eingereicht, wonach diese mit monatlichen Teilzahlungen von Fr. 2'000.-- einverstanden sei und habe geltend gemacht, dass die Abrechnung noch unvollständig sei. Sie habe auch belegen können, dass sie am 18. Mai 2004 zwei Teilzahlungen à Fr. 5'400.-- geleistet habe, wobei unklar sei, ob diese als Teilzahlungen bezüglich der in Betreuung gesetzten Forderungen erfolgt seien, oder ob damit neue Verbindlichkeiten abgegolten worden seien. Auf Fristansetzung durch die Vorinstanz hin habe die Beschwerdeführerin erklärt, dass derzeit kein aktueller Stand der Schulden angezeigt werden könne, da der Jahresabschluss 2003 noch nicht habe erstellt werden können, welcher notwendig gewesen wäre, damit die AHV-Beitragsleistungen korrekt festgesetzt werden könnten. Allein mit den Hinweisen auf die eigene Erklärung der Beschwerdeführerin und darauf, dass die Gläubigerin Teilzahlungen nie widersprochen habe, könne sie nicht aufzeigen, dass mit der AHV-Ausgleichskasse eine Abzahlungsvereinbarung geschlossen und die vereinbarten monatlichen Zahlungen geleistet worden seien. Bezüglich der Mehrwertsteuerschuld von Fr. 43'000.-- liege eine Erklärung der Eidg. Steuerverwaltung vor, wonach nach Vorlegung der Abrechnungen ein Zahlungsplan gewährt werde. Die Beschwerdeführerin erwarte auf Grund der Abrechnungen eine Reduktion, da bisherige Einschätzungen zu hoch ausgefallen seien; unstreitig seien bisher keine Teilzahlungen geleistet worden.

Schliesslich erwog die Vorinstanz, auf Grund der vorliegenden Akten lasse sich allerdings keineswegs annehmen, dass die Beschwerdeführerin künftig über genügende Mittel verfüge und in der Lage wäre, diese Schulden von über Fr. 100'000.-- vor allem gegenüber öffentlich-rechtlichen Gläubigern in absehbarer Zeit abzutragen. Die Erfolgsrechnung für 2002 habe einen Betriebsverlust von Fr. 10'851.25 vor Abschreibungen ergeben und es sei nicht ersichtlich und nicht

glaubhaft dargetan, dass sich die Ertragslage inzwischen wesentlich verbessert habe und ein Betriebsgewinn erzielt werde, welcher die Tilgung der Schulden in absehbarer Zeit ermöglichen werde. Die Erklärung, es werde ein täglicher Reingewinn von Fr. 1'000.-- erzielt, welcher zur Schuldentilgung verwendet werden könne, sei nicht hinreichend belegt und nicht glaubhaft. Es sei vielmehr damit zu rechnen, dass inskünftig weitere Schulden insbesondere für Steuern und AHV-Beiträge anfallen würden, welche nicht bezahlt werden könnten und so neue Beteiligungen auflaufen würden. Die Beschwerdeführerin vermöge nicht aufzuzeigen, dass besondere, ungünstige Umstände zu den Zahlungsschwierigkeiten geführt hätten, welche nunmehr überwunden werden könnten. Demnach fehle es an einem Gesamtbild der gegenwärtigen finanziellen Situation, auf Grund dessen die ausgeprägten Zahlungsschwierigkeiten als vorübergehend betrachtet werden könnten. Es liege offensichtlich nicht nur ein Engpass der Liquidität vor, jedenfalls überwiege die Wahrscheinlichkeit einer fortbestehenden dauerhaften Illiquidität deutlich (KG act. 2, S. 3-7).

2.1 Die Beschwerdeführerin macht mit ihrer Nichtigkeitsbeschwerde die Verletzung wesentlicher Verfahrensgrundsätze, insbesondere ihres Anspruches auf das rechtliche Gehör sowie des Vertrauensprinzips, die Verletzung von klarem materiellem Recht (Art. 174 Abs. 2 SchKG) geltend, sowie dass der vorinstanzliche Entscheid auf verschiedenen willkürlichen tatsächlichen Annahmen beruhe. Nachfolgend ist auf die einzelnen Beschwerdegründe einzugehen.

2.2 Vorauszuschicken ist allerdings, dass das Beschwerdeverfahren keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter darstellt. 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. Gemäss § 290 ZPO werden lediglich die geltend gemachten Nichtigkeitsgründe überprüft. Diese sind nach § 288 Ziff. 3 ZPO in der Beschwerde nachzuweisen; die blosser Verweisung auf frühere Vorbringen genügt daher nicht (vgl. Guldener, Die Nich-

tigkeitsbeschwerde in Zivilsachen nach Zürcherischem Recht, Zürich 1942, S. 67; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage, Zürich 1986, S. 16 ff.; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen ZPO, 3. Auflage, Zürich 1997, N 4 f. zu § 288 ZPO mit Hinweisen; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 56 f., 72 f.). Demnach kann vorliegend auf die von der Beschwerdeführerin neu im Beschwerdeverfahren eingereichten Akten und Beweismittel, welche lediglich eine Vervollständigung des vor Vorinstanz vorzubringenden Prozessstoffes bezwecken (Beilagen KG act. 3/5, 3/6 und 3/7) sowie auf die dazugehörigen neuen Behauptungen (Ausführungen betreffend Reduktion der (AHV-)Forderung der D. nach Erstellung der aktuellen Abrechnungen zufolge Krankheitsausfällen von diversem Personal) nicht eingetreten werden.

3.1 Die Beschwerdeführerin rügt die Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes, indem die Vorinstanz ihren Anspruch auf das rechtliche Gehör verletzt habe. Insbesondere macht sie geltend, die Vorinstanz habe sie mit Präsidialverfügung vom 23. Juni 2004 aufgefordert, den aktuellen Stand ihrer Schulden gegenüber der AHV-Ausgleichskasse D. mitzuteilen und anzugeben, welche einzelnen Verpflichtungen bestünden und von wann diese datierten, sowie zu belegen, dass die Gläubigerin einem Abzahlungsplan zugestimmt habe. Diese Nachfrist sei nur in Bezug auf die Forderung der D. angesetzt worden, nicht jedoch zur Nachreichung von Unterlagen bezüglich der Behauptung, dass pro Tag ein Reingewinn von Fr. 1'000.-- erwirtschaftet werde, welche von der Vorinstanz als nicht hinreichend belegt und nicht glaubhaft angesehen worden sei. Wenn in einem Punkt Nachreichung von Unterlagen verlangt bzw. gewährt werde und der Rekurs mit der Begründung, ein anderer Punkt sei nicht glaubhaft gemacht, abgewiesen werde, verletze dies auch das Vertrauensprinzip. Zudem habe die Beschwerdeführerin in ihrem Rekurs den Beweis für diese Behauptung anboten und dieser könne auch erbracht werden, wie sich aus den im Beschwerdeverfahren eingereichten Monatsumsätzen von Januar bis Juli 2004 (KG act. 3/7) ergebe (KG act. 1, Ziff. 17, S. 11 f.).

3.2 Wie bereits die Beschwerdeführerin selbst ausführte, erscheint fraglich, ob das Bundesrecht im Rahmen Art. 174 SchKG überhaupt Raum für eine (kantonal-rechtliche) richterliche Fragepflicht und eine damit einhergehende Nachreichung weiterer Belege lässt, oder ob – da aus dem Wortlaut von Art. 174 SchKG abgeleitet wird, dass (sämtliche) Behauptungen und Beweismittel, die zur Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit dienen, jedenfalls innerhalb der Rechtsmittelfrist einzubringen sind – im Falle, in welchem das entscheidrelevante Vorbringen der das erstinstanzliche Konkurserkennnis weiterziehenden Partei nach Ablauf der Rechtsmittelfrist unvollständig bleibt und daher zur Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit (noch) nicht ausreicht, ein entsprechendes Vorgehen (Ansetzung einer Nachfrist) von Bundesrechts wegen ausgeschlossen sei (vgl. ZR 101 Nr. 6, Erw. 4.1 m.w.H.). Die Frage kann jedoch auch vorliegend offen bleiben, da die Rüge aus anderen Gründen unbegründet erscheint.

Nach dem Wortlaut von § 55 ZPO bezieht sich die richterliche Fragepflicht nur auf unklare, unvollständige oder unbestimmt gebliebene Parteivorbringen. Hingegen 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. Die Fragepflicht dient nur der Feststellung dessen, was Parteidarstellung ist; demgegenüber dient die Beweiswürdigung der Feststellung dessen, was bewiesen ist. § 55 ZPO verlangt 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 blosser Glaubhaftmachung (etwa im summarischen Verfahren) geht (V. Lieber, Zur richterlichen Fragepflicht gemäss § 55 der zürcherischen Zivilprozessordnung, in: Rechtsschutz, Festschrift zum 70. Geburtstag von Guido von Castelberg, Zürich 1997, S. 176 mit Hinweis auf RB 1995 Nr. 68; Kass.Nr. 2001/326 i.S. H. c. P., Beschluss vom 23. Dezember 2001, Erw. 4.1.c. m.w.H.).

Soweit die Beschwerdeführerin beanstandet, die Vorinstanz habe sie zu Unrecht in ihrer Verfügung vom 23. Juni 2004 nicht darauf hingewiesen, dass der

geltend gemachte Reingewinn von ca. Fr. 1'000.-- pro Tag nicht genügend glaubhaft gemacht worden sei und keine Beweise verlangt (KG act. 1, S. 11), ist die Rüge daher abzuweisen. Daran ändert auch nichts, dass die Vorinstanz der Beschwerdeführerin Frist ansetzte, um den aktuellen Stand der Schulden gegenüber der AHV-Ausgleichskasse D. bekannt zu geben und die einzelnen Verpflichtungen sowie deren Datierung anzugeben und die Zustimmung zu einem Abzahlungsplan zu belegen. In dieser Hinsicht hat die Vorinstanz insbesondere unklare und unvollständige Vorbringen der Beschwerdeführerin im Hinblick auf die ausstehenden AHV-Beiträge klären wollen und der Beschwerdeführerin Gelegenheit zu weiteren tatsächlichen Ausführungen gegeben. Selbst wenn jedoch – zumindest im Hinblick auf den Hinweis, dass ein allfälliger Abzahlungsplan mit der Gläubigerin D. zu belegen sei – davon auszugehen wäre, die Vorinstanz habe bezüglich der AHV-Beiträge die Beschwerdeführerin auf fehlende Belege hingewiesen und ihr Gelegenheit zur Nachreichung gegeben, kann sich die Beschwerdeführerin nicht darauf berufen, diese Gelegenheit sei ihr auch bezüglich der (nach Ansicht der Vorinstanz fehlenden) Glaubhaftmachungsmittel zur beschwerdeführerischen Behauptung des täglichen Reingewinns zu geben. Einerseits besteht kein Anspruch auf Gewährung einer solchen Nachfrist (vgl. dazu die obenstehende Erwägung zur Frage, ob eine Nachfrist überhaupt mit Bundesrecht vereinbar sei), andererseits wurde von der Vorinstanz mit Verfügung vom 23. Juni 2004 insbesondere die Ergänzung der tatsächlichen Darlegung der Beschwerdeführerin im Hinblick auf die ausstehenden AHV-Beiträge verlangt und in diesem Zusammenhang auch die Nachreichung von Belegen gefordert. Damit hat die Vorinstanz jedoch auch nicht gegen das Vertrauensprinzip verstossen.

3.3 Aus denselben Gründen wie oben dargelegt geht auch die weitere Rüge der Beschwerdeführerin bezüglich Verletzung der richterlichen Fragepflicht und des Anspruches auf das rechtliche Gehör fehl. Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vorinstanz verletzte diese Ansprüche, indem sie keine Nachfrist zur Nachreichung des fehlenden Buchhaltungsabschlusses per Ende 2003 angesetzt habe, obwohl die Beschwerdeführerin darauf hingewiesen habe, dass dieser Abschluss nur deshalb nicht erstellt werden können, weil ein dazu benötigter Ordner mit Quittungen von im Januar und Februar 2004 bezahlten Rechnungen

dem Gericht eingereicht worden sei (KG act. 1, Ziff. 12, S. 8 f.). Zudem verweist die Beschwerdeführerin auf einen unveröffentlichten Entscheid des Kassationsgerichts Kass.Nr. 2002/012Z i.S. B. v. R. vom 22. März 2002, Erw. II.4.d, in welchem das Kassationsgericht ebenfalls eine Nachfristansetzung in Bezug auf zentrale Beweismittel im Zusammenhang mit der Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit erlassen habe. Letztere Behauptung und der Hinweis auf diesen Entscheid gehen vorliegend jedoch fehl, ging es dort doch um eine gänzlich andere Konstellation. Im Beschluss 2002/012Z vom 22. März 2002 wurde eine Verletzung des Anspruches auf das rechtliche Gehör des damaligen Beschwerdeführers bejaht, weil die Vorinstanz eine vom damaligen Beschwerdegegner (ohne Aufforderung) im Rekursverfahren eingereichte Eingabe mit wesentlichen neuen tatsächlichen Behauptungen dem Beschwerdeführer nicht zur Stellungnahme zugestellt hatte und nicht ausgeschlossen werden konnte, dass die Vorinstanz bei ihrem Entscheid über die Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit auf diese Eingabe abgestellt hatte, sondern Hinweise darauf bestanden, dass sie diese offenbar zur Entscheidfindung beigezogen hatte. Im Übrigen kann auf die obigen Erwägungen verwiesen werden, wonach die Ausübung der Fragepflicht nur bei unklaren, unvollständigen oder unbestimmt gebliebenen Parteivorbringen in Frage kommt, nicht jedoch, um die Partei auf unbewiesen gebliebene (bzw. nicht glaubhaft gemachte) Vorbringen hinzuweisen und Nachfrist zur Einreichung von (weiteren) Belegen und Beweismitteln anzusetzen.

4.1 Die Beschwerdeführerin macht mit ihrer Nichtigkeitsbeschwerde verschiedene willkürliche tatsächliche Annahmen der Vorinstanz im Zusammenhang mit der Frage ihrer Zahlungsfähigkeit bzw. Zahlungsunfähigkeit geltend. Damit rügt sie jedoch nicht eigentlich willkürliche tatsächliche Annahmen, sondern die willkürliche Würdigung im Hinblick auf die Rechtsfrage, ob die Beschwerdeführerin im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft gemacht habe. Mit den Rügen wird sinngemäss die Verletzung klaren materiellen Rechts geltend gemacht und die beanstandeten Stellen des angefochtenen Entscheides sind diesbezüglich zu prüfen; die falsche Bezeichnung des Nichtigkeitsgrundes schadet der Beschwerdeführerin nicht.

4.2 a) Im Zusammenhang mit der Beurteilung der Zahlungsfähigkeit der Beschwerdeführerin durch die Vorinstanz macht die Beschwerdeführerin geltend, die Vorinstanz gehe willkürlich davon aus, sie sei nicht in der Lage, ihre Schulden von über Fr. 100'000.-- innert nützlicher Frist abzutragen, dies obwohl sie in den letzten Jahren regelmässig in Betreuung gesetzte Forderungen von zwischen Fr. 27'793.40 (2001) und Fr. 129'363.65 (2002) bezahlt habe; im Jahr 2003 seien Fr. 68'259.30 in Betreuung gesetzte Forderungen bezahlt worden. Insgesamt seien von 1999 bis 2003 in Betreuung gesetzte Forderungen von Fr. 330'170.10 bezahlt worden (KG act. 1, Ziff. 8, S. 5).

b) Diese Beanstandung erscheint allerdings unbehelflich. Auch die Vorinstanz hat unter Beachtung der eingereichten Unterlagen gewürdigt, dass die Beschwerdeführerin in den Monaten Januar und Februar viele Zahlungen geleistet habe, mit denen sie ihren laufenden Zahlungsverpflichtungen nachgekommen sei. Weiter hat sie erwogen, es treffe wohl zu, dass die Beschwerdeführerin über einige liquide Mittel und Einnahmen verfüge und damit in der Lage sein sollte, gewissen Verbindlichkeiten nachzukommen. Es bestünden jedoch nach wie vor hohe Schulden, insbesondere gegenüber AHV D. wie auch für Mehrwertsteuern (KG act. 2, S. 5). Zu beachten ist in diesem Zusammenhang insbesondere, dass die Tatsache, wonach in den letzten Jahren Schulden abbezahlt worden sind, nichts daran ändert, dass in den gleichen Zeitspannen jeweils auch wieder neue Schulden begründet wurden. So hat die Beschwerdeführerin zwar nach eigenen Angaben beispielsweise im Jahr 2003 in Betreuung gesetzte Forderungen von insgesamt Fr. 68'259.30 bezahlt. Gleichzeitig geht aus dem Betreibungsregisterauszug jedoch hervor, dass im selben Jahr (2003) gegen die Beschwerdeführerin neue Forderungen im Gesamtbetrag von Fr. 107'914.15 in Betreuung gesetzt worden sind (OG act. 4/21). Insbesondere ändert die Tatsache, dass in den letzten Jahren betriebene Forderungen in beträchtlicher Höhe bezahlt worden sind, nichts daran, dass zum Zeitpunkt des vorinstanzlichen Entscheides gemäss Betreibungsregisterauszug gleichwohl noch Schulden in der Höhe von ca. Fr. 100'000.-- bestanden und wie die Vorinstanz ausführte, aus den Akten nicht klar wird, wie diese neben den laufenden Verpflichtungen innert nützlicher Frist getilgt werden sollten.

4.3 a) Weiter macht die Beschwerdeführerin geltend, die Vorinstanz habe die von ihr eingereichte Erklärung der Eidg. Steuerverwaltung, wonach diese bereit sei, mit der Beschwerdeführerin einen Abzahlungsplan zu vereinbaren, nicht in ihre Erwägungen bezüglich Abtragung der Schulden innert nützlicher Frist einbezogen (KG act. 1, Ziff. 9, S. 6).

b) Auch diese Ausführungen lassen die Schlussfolgerung der Vorinstanz, wonach auf Grund der Akten nicht angenommen werden könne, dass die Beschwerdeführerin ihre Schulden von über Fr. 100'000.-- innert nützlicher Frist abtragen könne, nicht als willkürlich erscheinen. Einerseits hat die Vorinstanz entgegen der Ausführung der Beschwerdeführerin daraus, dass bisher gegenüber der Eidg. Steuerverwaltung keine Teilzahlung geleistet worden ist, nicht geschlossen, die Beschwerdeführerin sei nicht zahlungsfähig, sondern sie hat diese Tatsache lediglich festgehalten. Andererseits kann ein solcher behaupteter Abzahlungsplan zwar die Möglichkeit bedeuten, die Schulden innert nützlicher Frist abzubauen, jedoch geht auch daraus nicht klar hervor, woher die Beschwerdeführerin die Mittel nehmen will, um diese Schulden in Raten zu tilgen, ohne neue Schulden zu begründen. Es bleibt daher bei der vorinstanzlichen Erwägung, dass die Beschwerdeführerin nicht aufzuzeigen vermöge, dass besondere, ungünstige Umstände zu den Zahlungsschwierigkeiten geführt hätten, welche nunmehr unter besseren Voraussetzungen überwunden werden könnten (vgl. KG act. 2, S. 7).

4.4 a) Sodann führt die Beschwerdeführerin aus, auch die Vorinstanz habe anerkannt, dass sie ihren Verpflichtungen gegenüber privaten Gläubigern stets nachkomme und diesbezüglich sei die Zahlungsfähigkeit mit Sicherheit gegeben. Die Forderung der D. könnte die Beschwerdeführerin sodann mit Bestimmtheit noch wesentlich reduzieren, da nach Erstellung des Buchhaltungsabschlusses 2003 der D. die aktuellen Löhne mitgeteilt werden könnten, wobei zu beachten sei, dass in den letzten beiden Jahren fünf Personen länger krank resp. verunfallt gewesen seien und die von der D. noch immer zu 100% angerechneten Löhne für die AHV-Beiträge wegen Taggeldleistungen bedeutend tiefer gewesen seien. Die Vorinstanz sei daher willkürlich von der Zahlungsunfähigkeit der Beschwerdeführerin ausgegangen (KG act. 1, Ziff. 10, S. 6 ff.).

b) Die von der Beschwerdeführerin bezüglich der tieferen AHV-Beiträge geltend gemachten Behauptungen über kranke und verunfallte Personen sowie die dazu im Beschwerdeverfahren eingereichten Belege können nicht weiter beachtet werden, da im Beschwerdeverfahren – unabhängig von der Regelung des Novenrechts in Art. 174 Abs. 2 SchKG – keine neuen Vorbringen und Beweismittel zulässig sind (vgl. dazu oben Erw. 2.2). Auf diese Rüge kann nicht weiter eingetreten werden.

4.5 a) Weiter beanstandet die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe willkürlich die Zahlungsunfähigkeit der Beschwerdeführerin angenommen, obwohl diese der Vorinstanz am 5. Juli 2004 ausdrücklich mitgeteilt habe, dass sie die Revision der D. nicht habe erwirken können, weil sich ein Teil der Buchhaltungsunterlagen zur Erstellung des Abschlusses 2003 (diverse Quittungen von im Januar und Februar 2004 bezahlten Rechnungen) bei der Vorinstanz befände. Sie habe nicht damit rechnen können, dass das Rekursverfahren ein halbes Jahr beanspruchen werde. Allenfalls hätte die Vorinstanz Nachfrist ansetzen müssen, um den Abschluss 2003 und die Neuberechnung der AHV-Abgaben an die D. einreichen zu können (KG act. 1, Ziff. 11, S. 8).

b) Die Vorinstanz erwog in ihrem Entscheid, die Beschwerdeführerin verfüge zwar über einige liquide Mittel und Einnahmen, um damit gewissen Verbindlichkeiten nachzukommen, jedoch bestünden immer noch hohe Schulden insbesondere gegenüber der AHV D. im Umfang von ca. Fr. 70'000.--. In der Rekurschrift sei eingeräumt worden, dass diese Forderungen der AHV-Ausgleichskasse zum grössten Teil zu Recht bestünden, auch wenn die Abrechnung noch unvollständig sei, sowie darauf hingewiesen, dass die Gläubigerin mit Teilzahlungen von Fr. 2'000.-- monatlich einverstanden sei. Danach würde sich die Abzahlung der Schulden über drei Jahre hinziehen, wobei neue AHV-Schulden auflaufen würden. Am 18. Mai 2004 seien zwei Zahlungen à Fr. 5'400.-- an die Gläubigerin belegt, wobei nicht klar sei, ob es sich um Teilzahlungen bezüglich der in Betreuung gesetzten Forderungen oder um die Begleichung neuer Verbindlichkeiten gehandelt habe. Mit Verfügung vom 23. Juni 2004 sei der Beschwerdeführerin daher Frist angesetzt worden, um den aktuellen Stand ihrer Schulden gegenüber der

AHV-Ausgleichskasse mitzuteilen und anzugeben, welche einzelnen Verpflichtungen bestehen (mit Datierung) und die Zustimmung der Gläubigerin zum Abzahlungsplan sowie bereits geleistete Teilzahlungen zu belegen. Mit Schreiben vom 5. Juli 2004 habe die Beschwerdeführerin mitgeteilt, dass kein aktueller Stand der AHV-Schulden angezeigt werden könne, da der Jahresabschluss 2003 noch nicht erstellt werden können, welcher notwendig wäre, um die AHV-Beitragsleistungen korrekt festzusetzen, und habe erneut auf das Schreiben betreffend Teilzahlungen verwiesen und darauf, dass die Gläubigerin solchen Teilzahlungen nie widersprochen habe. Die Vorinstanz erwog weiter, allein damit habe die Beschwerdeführerin nicht aufzuzeigen vermocht, dass sie mit der AHV-Ausgleichskasse eine Abzahlungsvereinbarung abgeschlossen und die vereinbarten monatlichen Zahlungen auch geleistet hätte. Insbesondere gebe es keinen Beleg dafür, dass sie monatliche Zahlungen von Fr. 2'000.-- geleistet hätte und es sei daher davon auszugehen, dass die Zahlung von Fr. 10'800.-- vom Mai 2004 andere Verbindlichkeiten betroffen habe (KG act. 2, S. 5 f.).

c) Aus dieser Begründung geht klar hervor, dass die Vorinstanz nicht auf Grund der nicht abgelieferten Abrechnung für das Jahr 2003 oder weil die Beschwerdeführerin keinen aktuellen Stand der AHV-Schulden nachbringen konnte, deren Rekurs abwies. Deshalb wird auch nicht klar, was die Beschwerdeführerin mit der Bemerkung erreichen will, richtigerweise hätte die Vorinstanz den Ausführungen der Beschwerdeführerin Glauben schenken sollen, dass der Buchhaltungsabschluss 2003 deshalb nicht fertig gestellt werden können, weil sich verschiedene Quittungen bei der Vorinstanz befunden hätten. Dies wurde von der Vorinstanz nicht in Zweifel gezogen. Vielmehr ging die Vorinstanz davon aus, die Beschwerdeführerin habe eine Abzahlungsvereinbarung mit der AHV D. nicht belegt und insbesondere keine Belege über die Bezahlung von monatlichen Teilzahlungen von Fr. 2'000.-- vorgelegt. Die Beschwerdeführerin führte jedoch nicht aus, dass und weshalb diese Teilzahlungen wegen der fehlenden Abrechnung nicht trotzdem hätten erbracht werden können. Die Rüge der Beschwerdeführerin geht daher an der Begründung der Vorinstanz vorbei und ist unbegründet.

4.6 a) Schliesslich beanstandet die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe ihre Liquidität und damit ihre Zahlungsfähigkeit willkürlich verneint, indem sie zwar im Entscheid die Aktiven der Beschwerdeführerin erwähnt, jedoch bei der Beurteilung der Zahlungsfähigkeit nicht berücksichtigt habe. So verfüge sie gemäss den Akten über einen Warenbestand von Fr. 58'984.--, über Bank- und Postkontoguthaben von Fr. 16'653.--, sowie über ein Fahrzeug im Wert von Fr. 14'000.--; diese Vermögenswerte von total Fr. 89'637.-- könnten sofort in liquide Mittel umgewandelt werden (KG act. 1, Ziff. 13, S. 9).

b) Die Vorinstanz erwähnte in ihren Erwägungen ausdrücklich, die Beschwerdeführerin habe im Februar 2004 im Restaurant über einen Warenbestand im Wert von Fr. 58'984.-- verfügt (OG act. 4/12), zudem über ein Bankguthaben von Fr. 14'653.-- sowie über ein Postkontoguthaben von Fr. 2'000.-- (OG act. 4/18-19) und schliesslich sei ein Ordner mit Quittungen zu den Akten gegeben worden, woraus ersichtlich sei, dass die Beschwerdeführerin in den Monaten Januar und Februar 2004 viele Zahlungen geleistet habe, mit welchen sie ihren laufenden Verpflichtungen nachgekommen sei (KG act. 2, lit. c, S. 4 f.). Weiter führte die Vorinstanz aus, es treffe wohl zu, dass die Beschwerdeführerin über einige liquide Mittel und Einnahmen verfüge und damit in der Lage sei, gewissen Verbindlichkeiten nachzukommen; jedoch bestünden weiterhin hohe Schulden gegenüber der AHV D. und auch für Mehrwertsteuern. Diesbezüglich führte die Vorinstanz weiter aus, auf Grund der vorliegenden Akten lasse sich keineswegs annehmen, dass die Rekurrentin inskünftig über genügende Mittel verfüge und in der Lage wäre, diese Schulden von über Fr. 100'000.-- in absehbarer Zeit abzutragen. Die Erfolgsrechnung für das Jahr 2002 weise einen nicht sehr hohen Betriebsverlust von Fr. 10'851.25 vor Abschreibungen aus; es sei nicht ersichtlich und auch nicht glaubhaft dargetan, dass sich die Ertragslage inzwischen wesentlich verbessert hätte und die Beschwerdeführerin heute einen bedeutenden Betriebsgewinn erwirtschaften könnte, welcher eine Tilgung der Schulden in absehbarer Zeit ermöglichen würde. Ein täglicher Reingewinn von Fr. 1'000.--, der gemäss Behauptung der Beschwerdeführerin für die Abzahlung der Schulden zur Verfügung stünde, sei nicht hinreichend belegt und keineswegs glaubhaft. Gesamthaft fehle es an einem Gesamtbild der gegenwärtigen finanziellen Situation,

auf Grund dessen die ausgeprägten Zahlungsschwierigkeiten der Beschwerdeführerin als vorübergehend zu betrachten wären. Es liege offensichtlich nicht nur ein vorübergehender Engpass in der Liquidität vor, und die Wahrscheinlichkeit einer fortbestehenden, dauerhaften Illiquidität überwiege jedenfalls deutlich (KG act. 2, S. 6 f.).

c) Aus den vorstehenden Erwägungen der Vorinstanz geht klar hervor, dass diese die von der Beschwerdeführerin behaupteten liquiden Mittel in ihre Überlegungen mit einbezog. Sie ging davon aus, mit diesen Mitteln sollte die Beschwerdeführerin zwar in der Lage sein, gewissen Verbindlichkeiten nachzukommen, aber es lasse sich auf Grund der Akten nicht annehmen, dass sie auch in der Lage sei, die gegenüber der AHV D. bestehenden Schulden und jene für Mehrwertsteuern innert absehbarer Zeit abzutragen [ohne in dieser Zeit neue Schulden zu begründen; Anmerk. des Kassationsgerichts]. Dieser Begründung ist hinzuzufügen, dass es sich bei dem Wert aus Warenbestand (Fr. 58'984.--) offensichtlich um die für den Betrieb des Restaurants nötigen Bestände an Lebensmitteln und Getränken handelt, welche nicht ohne weiteres (zur Schuldendeckung) versilbert werden können, ohne dass dem Betrieb hernach die Mittel für die Weiterführung des Restaurantbetriebes fehlen würden. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass gemäss ständiger Praxis zwar keine zu strengen Anforderungen an die Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit gestellt werden dürfen, jedoch entgegen der offenbar von der Beschwerdeführerin vertretenen Ansicht Liquidität und damit Zahlungsfähigkeit nicht bloss im Hinblick auf die laufenden Verpflichtungen glaubhaft dargetan werden muss, sondern dass der Schuldner auch darzutun hat, dass er seine (angehäuften) Schulden in absehbarer Zeit abzutragen vermag. Es genügt, wenn der Schuldner sich ernsthaft um die Sanierung seiner ungünstigen finanziellen Situation bemüht und mit Gläubigern Abzahlungen vereinbart, die er glaubhaft in der Lage ist, vereinbarungsgemäss zu leisten (vgl. Giroud, in: Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. II, Basel 1998, N 26 zu Art. 174 SchKG). Vorliegend hat die Vorinstanz allerdings ohne in Willkür zu verfallen auf Grund der Akten und unter Einbezug der von der Beschwerdeführerin geltend gemachten sofort liquiden Mittel angenommen, die Zahlungsfähigkeit der Beschwerdeführerin sei (unter Berücksichtigung der Schul-

den von über Fr. 100'000.--) nicht glaubhaft dargetan. Es wurde demnach auch kein klares materielles Recht (Art. 174 Abs. 2 SchKG) verletzt (vgl. die entsprechende Rüge der Beschwerdeführerin in KG act. 1, Ziff. 15, S. 10).

4.7 a) Schliesslich beanstandet die Beschwerdeführerin mit ihrer Nichtigkeitsbeschwerde auch, die Vorinstanz verletzte Art. 43 Ziff. 1 SchKG und damit klares materielles Recht, indem vorliegend zwar der Konkurs nicht wegen einer öffentlich-rechtlichen Forderung eröffnet worden sei, die Vorinstanz jedoch davon ausgehe, die Beschwerdeführerin komme ihren Verpflichtungen gegenüber privaten Gläubigern, nicht jedoch ihren öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen nach bzw. könne die Schulden gegenüber den öffentlich-rechtlichen Gläubigern nicht abbezahlen, weshalb der Konkurs über die Beschwerdeführerin zu eröffnen sei. Der Gesetzgeber habe gerade nicht gewollt, dass öffentlich-rechtliche Forderungen zum Konkurs des Schuldners führen (KG act. 1, Ziff. 16, S. 10 f.).

b) Diese Rüge ist ebenfalls unbegründet. Angesichts der Tatsache, dass Art. 43 Ziff. 1 SchKG nach ständiger Rechtsprechung eng auszulegen ist (BGE 118 III 14 mit Hinweisen), kann der von der Beschwerdeführerin vertretenen Auffassung, die offensichtlich eine unzulässige Ausdehnung des gesetzlichen Rahmens darstellt, nicht gefolgt werden (vgl. dazu auch Kass.Nr. AA040117 i.S. B. c. S., Beschluss vom 20. September 2004, Erw. 4.d).

5. Zusammenfassend ist davon auszugehen, dass die Vorinstanz bei der Auslegung von Art. 174 Abs. 2 SchKG und auch hinsichtlich der Rügen der Verletzung des Anspruches auf das rechtliche Gehör keinen Nichtigkeitsgrund gesetzt hat. Die Beschwerde ist daher abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Damit entfällt die der Beschwerde teilweise verliehene aufschiebende Wirkung.

III.

Ausgangsgemäss wird die Beschwerdeführerin für das Beschwerdeverfahren kostenpflichtig.

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann. Damit entfällt die der Beschwerde teilweise verliehene aufschiebende Wirkung.
2. Die Spruchgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 750.–
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, den Konkursrichter des Bezirkes B. (EK040021), das Konkursamt O.-B., sowie das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und das Betreibungsamt B. ZZ, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Die juristische Sekretärin: