



---

Kass.-Nr. AA060005/U/cap

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Andreas Donatsch, Karl Spühler, die Kassationsrichterin Yvona Griesser und der Kassationsrichter Reinhard Oertli sowie der Sekretär Roland Götte

## Zirkulationsbeschluss vom 2. Mai 2006

in Sachen

**A.**

Schuldner, Rekurrent und Beschwerdeführer  
vertreten durch Rechtsanwalt X.

gegen

**B.-AG,**

Gläubigerin, Rekursgegnerin und Beschwerdegegnerin

betreffend **Konkurseröffnung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des  
Obergerichts des Kantons Zürich vom 15. Dezember 2005 (NN050087/U)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

**I.**

1. Nachdem die B.-AG (künftig: Beschwerdegegnerin) ein entsprechendes Begehren gestellt hatte, wurde über A. (künftig: Beschwerdeführer) mit Verfügung des Konkursrichters des Bezirkes Zürich vom 8. Juni 2005 der Konkurs eröffnet (OG act. 2).

2. Gegen diese Konkursöffnung erhob der Beschwerdeführer beim Obergericht mit Eingabe vom 20. Juni 2005 Rekurs (OG act. 1), welchem aufschiebende Wirkung zuerkannt wurde (OG act. 7). Mit Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichtes vom 15. Dezember 2005 wurde der Rekurs schliesslich abgewiesen, und es wurde über den Beschwerdeführer per 15. Dezember 2005, 11.35 Uhr, der Konkurs eröffnet (OG act. 17 = KG act. 2; künftig: KG act. 2).

3. Gegen diesen Beschluss hat der Beschwerdeführer rechtzeitig kantonale Nichtigkeitsbeschwerde ergriffen. In seiner Beschwerdeschrift stellt er den Antrag, es seien der Entscheid des Obergerichtes und das Konkursdekret des Konkursrichters aufzuheben. Sodann verlangt er, wieder in die Verfügung über sein Vermögen eingesetzt zu werden. Eventualiter sei die Sache zur Neuurteilung ans Obergericht zurückzuweisen (KG act. 1 S. 2).

Mit Präsidialverfügung vom 17. Januar 2006 wurde der Beschwerde vollumfänglich aufschiebende Wirkung erteilt (KG act. 6).

Die Vorinstanz verzichtete ausdrücklich auf Vernehmlassung zur Beschwerde (KG act. 10), die Beschwerdegegnerin reichte innert Frist keine Beschwerdeantwort ein.

## II.

1.1 Das Obergericht hielt im angefochtenen Beschluss in rechtlicher Hinsicht fest, dass die Konkureröffnung im Rechtsmittelverfahren gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG aufgehoben werden könne, wenn die Schuld nach dem erstinstanzlichen Entscheid getilgt worden sei oder wenn der Gläubiger in der Zwischenzeit auf die Durchführung des Konkurses verzichtet habe. Der Schuldner habe mit der Einlegung des Rechtsmittels aber in jedem Fall seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. Das Obergericht definierte in der Folge den Begriff der Zahlungsfähigkeit und hielt fest, dass diese zu bejahen sei, wenn der Schuldner in der Lage sei, sowohl seinen laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen als auch die bestehenden Schulden abzutragen. Lediglich vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten würden den Schuldner noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen lassen. Anders verhalte es sich, wenn der Schuldner auf unabsehbare Zeit hinaus als illiquid erscheine. Während eine grosse Anzahl aufgelaufener Beteiligungen und das Unvermögen, relativ bescheidene Beträge zu bezahlen, auf eine fehlende Zahlungsfähigkeit hindeuten könnten, könne die Begleichung von offenen Beteiligungen allenfalls gegen eine dauerhafte Illiquidität sprechen (KG act. 2 S. 2/3).

1.2 In tatsächlicher Hinsicht führte das Obergericht zunächst aus, dass der Beschwerdeführer die Forderung der Beschwerdegegnerin von Fr. 660.60 getilgt und mit seiner Zahlung von Fr. 1'000.-- ans Betreibungsamt die Verfahrenskosten sichergestellt habe (KG act. 2 S. 2).

Mit Bezug auf das Kriterium der Zahlungsfähigkeit führte das Obergericht unter Hinweis auf den Beteiligungsregisterauszug vom 10. Juni 2005 aus, dass gegen den Beschwerdeführer seit Oktober 2004 23 Beteiligungen im Umfang von ca. Fr. 40'000.-- eingeleitet worden seien. Im Zeitpunkt der Einlegung des Rekurses sei von diesen Forderungen lediglich diejenige der Beschwerdegegnerin beglichen gewesen. Wie sich aus den Noveneingaben des Beschwerdeführers vom 5. August 2005 und 25. Oktober 2005 ergebe, seien von diesen Forderungen mittlerweile noch ca. Fr. 21'000.-- ausstehend (KG act. 2 S. 3/4).

Gemäss dem Betreibungsregisterauszug vom 3. November 2005 seien seit dem 29. Juni 2005 sodann nicht weniger als 14 weitere Betreibungen angehoben worden. Ein Teil dieser neuen Forderungen habe zwischenzeitlich beglichen werden können; die noch unerledigten neuen Betreibungen beliefen sich auf insgesamt Fr. 5'500.-- (KG act. 2 S. 4).

Das Obergericht machte in der Folge Ausführungen zur wirtschaftlichen Situation des vom Beschwerdeführer im Sinne einer Einzelfirma betriebenen Restaurants. In diesem Zusammenhang stellte es zwar unter anderem fest, dass der Beschwerdeführer die administrativen Mängel behoben und die Buchhaltung neu organisiert habe. Das Zahlungsverhalten - so das Obergericht weiter - habe sich aber kaum verändert, was der neue Betreibungsregisterauszug belege. Der Beschwerdeführer müsse weiterhin selbst für kleine Forderungsbeträge betrieben werden und sei darauf angewiesen, dass ihm die Möglichkeit monatlicher Ratenzahlung gewährt werde (KG act. 2 S. 5/6).

Der eingereichten Erfolgsrechnung - so das Obergericht weiter - könnten keine Bezüge entnommen werden, welche der Beschwerdeführer als Geschäftsführer getätigt habe. Weil nicht ersichtlich sei und vom Beschwerdeführer auch nicht behauptet werde, dass ihm zur Bestreitung seines Lebensunterhaltes andere Mittel als diejenigen aus dem Restaurationsbetrieb zur Verfügung stehen würden, liege trotz des geltend gemachten jährlichen Unternehmenserfolgs von Fr. 11'547.87 kein echter Betriebsgewinn vor. Es sei vielmehr davon auszugehen, dass die betrieblichen Einnahmen nicht reichen würden, um sowohl die Betriebs- wie auch die Lebenskosten sicherzustellen, zumal der Beschwerdeführer gemäss einer Pfändungsurkunde vom 22. Februar 2005 erklärt habe, nur einen monatlichen Reingewinn von ca. Fr. 1'000.-- zu erzielen, wogegen sein betreibungsrechtliches Existenzminimum auf Fr. 2'292.-- veranschlagt worden sei. Das Obergericht wies sodann auf das gemäss der Bilanz per 30. Juni 2005 bestehende Missverhältnis zwischen Umlaufvermögen (flüssige Mittel in der Höhe von Fr. 18'200.32) und kurzfristigem Fremdkapital (Fr. 86'748.45) hin und hielt fest, dass das Anlagevermögen schwerlich zur Schuldendeckung verwendet werden könne, ohne dass dem Betrieb hernach die Mittel für die Weiterführung fehlen würden. Weil die

angebliche Debitorenforderung von Fr. 19'000.-- aus dem Verkauf eines Restaurants in der Bilanz nicht vermerkt sei, könne auch diese nicht als hinreichend werthaltig gelten (KG act. 2 S. 6).

1.3 Das Obergericht attestierte dem Beschwerdeführer abschliessend zwar ein Bemühen, seine finanziellen Probleme in den Griff zu bekommen, doch erachtete es als zweifelhaft, ob er in der Lage wäre, seine Schulden in absehbarer Zeit abzutragen, ohne gleichzeitig in neue Schulden zu geraten. Weil zu wenig dafür spreche, dass lediglich ein kurzfristiger Liquiditätsengpass zu den Zahlungsschwierigkeiten geführt habe, und weit eher damit zu rechnen sei, dass der Zustand der Illiquidität auf unabsehbare Zeit hinaus fort dauern würde, verneinte es die Zahlungsfähigkeit des Beschwerdeführers i.S.v. Art. 174 Abs. 2 SchKG (KG act. 2 S. 6/7).

2. Der Beschwerdeführer wirft der Vorinstanz vor, seine Zahlungsfähigkeit zu Unrecht verneint zu haben: Aus seiner Nachreichung vom 5. August 2005 gehe hervor, dass er innert einem einzigen Monat (Juli 2005) Fr. 9'125.85 und damit einen Viertel der Gesamtforderungen habe bezahlen können (KG act. 1 S. 5/6). Zudem habe er in seiner Nachreichung vom 25. Oktober 2005 dargelegt, dass er erneut Zahlungen im Gesamtbetrag von Fr. 8'085.95 geleistet habe, woraus sich ebenfalls deutlich ergebe, dass er fähig sei, seine Schulden innert angemessener Frist zu bezahlen (KG act. 1 S. 6/7). Diese Rückzahlungen würden in der Aufstellung des Betreibungsamtes Zürich 3 (KG act. 4/2) bestätigt. Dieser Aufstellung sei sodann zu entnehmen, dass er im Zeitraum zwischen dem 4. Juli und 14. November 2005 insgesamt Fr. 36'163.80 und damit ca. Fr. 9'000.--/Monat zu Handen der Gläubiger überwiesen habe (KG act. 1 S. 7/8). Das Obergericht habe die Abweisung des Rekurses hauptsächlich damit begründet, dass er - der Beschwerdeführer - selbst bescheidene Schuldbeträge nicht sofort habe begleichen können und neue Betreibungen von öffentlich-rechtlichen Institutionen zu verzeichnen gewesen seien. Dabei verkenne es, dass er die Zahlungen nach klaren Prioritäten vorgenommen habe. Weil es sich vorliegendenfalls um eine Schuldenanierung handle, könnten nicht alle Ausstände auf einmal beglichen werden. Die neuen Betreibungen im Umfang von ca. Fr. 5'500.-- seien im Verhältnis zu

den geleisteten Abzahlungen nur ein kleiner Betrag - von den insgesamt in Betreuung gesetzten Fr. 45'500.-- seien innerhalb eines halben Jahres Fr. 36'000.-- abbezahlt worden (KG act. 1 S. 8). Soweit das Obergericht auf eine weiterhin bestehende Illiquidität schliesse, treffe es nach dem Gesagten eine willkürliche bzw. aktenwidrige Annahme i.S.v. § 281 Ziff. 2 ZPO. Indem es den Konkurs trotz glaubhaft gemachter Zahlungsfähigkeit nicht aufgehoben habe, habe es sodann Art. 174 Abs. 2 SchKG und damit klares materielles Recht i.S.v. § 281 Ziff. 3 ZPO verletzt (KG act. 1 S. 9/10). Der Beschwerdeführer weist abschliessend darauf hin, dass die Konkursbetreuung für öffentlich-rechtliche Forderungen gemäss Art. 43 Ziff. 1 SchKG ausgeschlossen sei, damit der Schuldner diese Schulden abbauen und sein Unternehmen weiterführen könne. Es sei zu berücksichtigen, dass er - der Beschwerdeführer - nebst den laufenden Verpflichtungen bemerkenswerte Beiträge an öffentlich-rechtliche Anstalten geleistet habe (KG act. 1 S. 10).

3.1 Die Frage, welche Voraussetzungen für eine Aufhebung des erstinstanzlichen Konkursdekretes nach Art. 174 Abs. 2 SchKG erfüllt sein müssen, ist nicht eine solche des Verfahrensrechts (i.S.v. § 281 Ziff. 1 ZPO), sondern eine solche des materiellen (Bundes-) Rechts. Rügen betreffend die Falschanwendung dieser Bestimmung können vom Kassationsgericht folglich nicht mit freier Kognition, sondern nur unter dem (beschränkten) Gesichtspunkt einer Verletzung *klaren* materiellen Rechts i.S.v. § 281 Ziff. 3 ZPO geprüft werden. Soweit die dem Entscheid zugrunde liegenden tatsächlichen Annahmen angefochten werden, beschränkt sich die Kognition des Kassationsgerichtes sodann gemäss § 281 Ziff. 2 ZPO auf Willkür und Aktenwidrigkeit (vgl. ZR 97 Nr. 31, Erw. II.2.b). Dem ist beizufügen, dass Aktenwidrigkeit nur dann vorliegt, wenn Bestandteile der Akten gar nicht oder nicht in ihrer wahren Gestalt in die Beweiswürdigung einbezogen wurden, so dass sich die angefochtene tatsächliche Feststellung als blanker Irrtum erweist. Demgegenüber liegt Willkür vor, wenn das Aktenstück zwar inhaltlich richtig wiedergegeben wurde, dessen Würdigung aber unvertretbar erscheint (vgl. dazu ZR 55 Nr. 115 Erw. II; ZR 81 Nr. 88 Erw. 6; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. A., Zü-

rich 1986, S. 27/28; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 44 zu § 281 ZPO).

3.2 Es ist im Weiteren auf die spezielle Natur des Nichtigkeitsverfahrens, welches keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter darstellt, hinzuweisen. So ist im vorliegenden Verfahren einzig zu prüfen, ob der angefochtene Entscheid aufgrund des bei der Vorinstanz gegebenen Aktenstandes an einem Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 Ziff. 1-3 ZPO leidet. Dabei muss der Nichtigkeitskläger den behaupteten Nichtigkeitsgrund in der Beschwerdeschrift selbst nachweisen (§ 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO). Sodann werden gemäss § 290 ZPO lediglich die geltend gemachten Nichtigkeitsgründe überprüft (sog. Rügeprinzip). Um diesen Anforderungen zu genügen, hat sich der Nichtigkeitskläger konkret mit dem angefochtenen Entscheid bzw. den darin enthaltenen Erwägungen auseinander zu setzen. Die blosser Verweisung auf frühere Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügt hierfür ebenso wenig wie rein appellatorische Kritik an den Erwägungen der Vorinstanz; 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) Nichtigkeitsgrundes zu suchen (zur Natur des Beschwerdeverfahrens vgl. von Rechenberg, a.a.O., S. 16 ff.; Spühler/Vock, Die Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 56 f., 72 f.; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4 zu § 288 ZPO; ZR 81 Nr. 88).

3.3 a) Soweit der Beschwerdeführer in tatsächlicher Hinsicht den Vorwurf der willkürlichen bzw. aktenwidrigen Annahme erhebt, macht er zwar Ausführungen zum Umfang der geleisteten Schuldrückzahlungen bzw. zu den erzielten Abzahlungsvereinbarungen, ohne jedoch darzulegen, inwiefern das Obergericht in dieser Hinsicht einen Nichtigkeitsgrund gesetzt habe. Es ist denn auch nicht ohne Weiteres ersichtlich, dass das Obergericht in Bezug auf die geleisteten Rückzahlungen oder die getroffenen Abzahlungsvereinbarungen Annahmen getroffen hätte, welche von den in der Beschwerde aufgestellten Behauptungen ab-

weichen würden (vgl. KG act. 2 S. 3/4). Mit den obergerichtlichen Ausführungen zur wirtschaftlichen Situation des Restaurants setzt sich der Beschwerdeführer sodann nicht im Einzelnen auseinander. So hält er der auf S. 6 getroffenen Feststellung, wonach die mit dem Betrieb des Restaurants erzielten durchschnittlichen Einnahmen nicht ausreichen würden, um sowohl die laufenden Betriebskosten wie auch seinen Notbedarf zu decken, denn auch nichts Konkretes entgegen. Insbesondere macht er nicht geltend, dass die Vorinstanz die Einnahmen aus dem Betrieb des Restaurants oder die Ausgaben falsch eingeschätzt habe. Ebenfalls unangefochten bleibt die Annahme, wonach die Schulden auch nicht mit Betriebsvermögen gedeckt werden könnten. Unter dem Gesichtspunkt von § 281 Ziff. 2 ZPO vermag der Beschwerdeführer somit keinen Nichtigkeitsgrund darzutun.

b) Sofern der Beschwerdeführer mit seinen Ausführungen geltend machen will, der Umfang der geleisteten Rückzahlungen/Abzahlungen hätte für sich alleine bereits Grund genug sein müssen, die "Zahlungsfähigkeit" zu bejahen, rügt er sinngemäss eine falsche Interpretation von Art. 174 Abs. 2 SchKG. Dazu ist vorab festzuhalten, dass das Obergericht - wie bereits unter Ziff. 1.1 vorstehend erwähnt - gar nicht in Abrede gestellt hat, dass die Rückzahlung von Schulden ein Indiz für die "Zahlungsfähigkeit" sein könne. Es hat allerdings zum Ausdruck gegeben, dass ein Abbau bestehender Schulden nur dann auf die "Zahlungsfähigkeit" schliessen lasse, wenn der Schuldner gleichzeitig in der Lage sei, die laufenden Kosten zu decken (vgl. KG act. 2 S. 3). Soweit sich der Beschwerdeführer mit dieser Überlegung überhaupt in rechtsgenügender Weise auseinandersetzt, ist diese unter dem Aspekt von § 281 Ziff. 3 ZPO nicht zu beanstanden. Ohne auf die Voraussetzungen von Art. 174 Abs. 2 SchKG vertieft einzugehen (vgl. dazu etwa ZR 102 Nr. 28, Erw. 4.1.b), kann nämlich festgehalten werden, dass eine Aufhebung des Konkursdekrets nur Sinn macht, wenn die Hoffnung besteht, dass der Schuldner innert angemessener Frist in der Lage ist, seine finanzielle Situation zu bereinigen, d.h. gleichzeitig alle laufenden Zahlungsverpflichtungen bei Fälligkeit zu begleichen und alte Verbindlichkeiten abzutragen. Reichen die Einnahmen des Schuldners - wie im vorliegenden Fall - bis auf Weiteres nicht aus, die laufenden Kosten zu decken, muss dieses Unterfangen unabhängig von allfälligen

Rückzahlungen/Abzahlungen von vornherein scheitern, drohen so doch immer wieder neue Beteiligungen.

### III.

Zusammengefasst vermag der Beschwerdeführer weder hinsichtlich der tatsächlichen Annahmen noch hinsichtlich der Auslegung von Art. 174 Abs. 2 SchKG einen Nichtigkeitsgrund darzutun, weshalb ihm die Kosten des vorliegenden Verfahrens aufzuerlegen sind (§ 64 Abs. 2 ZPO).

Weil sich die Beschwerdegegnerin nicht zur Beschwerde geäußert hat, gilt sie nicht als obsiegende Partei i.S.v. § 68 Abs. 1 ZPO, womit ihr keine Prozessentschädigung zuzusprechen ist.

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

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann, und über den Beschwerdeführer wird mit Wirkung ab 2. Mai, 17.45 Uhr, der Konkurs eröffnet.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:  
Fr. 400.-- ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 281.-- Schreibgebühren,  
Fr. 285.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
4. Es werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, den Konkursrichter des Bezirkes Zürich (ad EK051158), das Konkursamt Wiedikon-Zürich, das Handelsregisteramt der Kantone Zürich und St. Gallen sowie das Betreibungsamt Zürich 3, je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der juristische Sekretär: