



---

Kass.-Nr. AA080061/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Andreas Donatsch, Paul Baumgartner, die Kassationsrichterin Yvona Griesser und der Kassationsrichter Reinhard Oertli sowie der Generalsekretär Viktor Lieber

## **Zirkulationsbeschluss vom 23. Juli 2008**

in Sachen

**X. AG,**

...,

Schuldnerin, Rekurrentin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt ...

gegen

**Y. AG,**

...,

Gläubigerin, Rekursgegnerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch ...

betreffend

**Konkurseröffnung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 31. März 2008 (NN080026/U)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

**I.**

1. Mit Verfügung vom 11. Februar 2008 eröffnete der Konkursrichter des Bezirkes Zürich auf Begehren der Beschwerdegegnerin den Konkurs über die Beschwerdeführerin. Dagegen rekurrierte diese an das Obergericht, welches den Rekurs mit Beschluss vom 31. März 2008 abwies und den Konkurs neu eröffnete (KG act. 2).

2. Gegen diesen Entscheid richtet sich die vorliegende, rechtzeitig erhobene Nichtigkeitsbeschwerde, mit welcher die Beschwerdeführerin beantragt (KG act. 1 S. 2), es seien der angefochtene wie der erstinstanzliche Entscheid aufzuheben und die Beschwerdeführerin sei in der Verfügung über ihr Vermögen wieder einzusetzen; eventualiter sei die Sache zur Verbesserung des Mangels und zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Mit Eingaben vom 2. Mai 2008 (vor Ablauf der Beschwerdefrist) und vom 14. Mai 2008 hat die Beschwerdeführerin zwei nachträgliche Eingaben eingereicht (KG act. 13 und 17); auf letztere ist schon wegen Ablaufs der Beschwerdefrist nicht einzutreten (vgl. im Übrigen nachfolgend Ziff. II.4). Nicht einzutreten ist auf eine Eingabe des am vorliegenden Verfahren nicht beteiligten Z. (Eigentümer der Liegenschaft \_\_\_\_str. in Zürich) vom 18. Juni 2008 (KG act. 21).

Die Vorinstanz hat auf Vernehmlassung zur Beschwerde verzichtet (KG act. 12); seitens der Beschwerdegegnerin ist keine Antwort eingegangen.

3. Mit Präsidialverfügung vom 10. April 2008 wurde der Beschwerde aufschiebende Wirkung verliehen.

**II.**

1.1 Das Obergericht hat im angefochtenen Entscheid zunächst festgestellt (Beschluss S. 2, Ziff. 2), die Beschwerdeführerin habe die der Konkursöffnung zugrunde liegende Forderung samt Zinsen und Kosten bezahlt und auch die Ko-

sten des Konkursamtes und des Rekursverfahrens sichergestellt. Somit war einzig die Frage der Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG zu prüfen. Dabei gelangte das Obergericht zum Schluss, aufgrund der Akten könne nicht davon ausgegangen werden, die Beschwerdeführerin sei zahlungsfähig (Beschluss Ziff. 4, S. 2 ff.).

1.2 Im Hinblick auf die nachfolgend zu behandelnden Rügen ist vorab auf die heute geltende Regelung der Abgrenzung der Zuständigkeiten hinzuweisen. Gemäss § 285 Abs. 1 und 2 ZPO ist die Nichtigkeitsbeschwerde nur insoweit zulässig, als nicht das Bundesgericht frei überprüfen kann, ob der geltend gemachte Mangel vorliegt. Der angefochtene Entscheid kann mittels Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht weitergezogen werden (Art. 72 Abs. 2 lit. a BGG) und das Bundesgericht kann dabei frei prüfen, ob Bundesrecht verletzt wurde (Art. 95 lit. a BGG). Somit kann auf die Rüge der Verletzung von Art. 174 Abs. 2 SchKG im vorliegenden Verfahren (anders als noch vor Inkrafttreten des BGG, vgl. etwa ZR 102 Nr. 28) nicht eingetreten werden. Zulässig ist hingegen die Rüge der Verletzung wesentlicher (kantonal-rechtlicher) Verfahrensgrundsätze (§ 281 Ziff. 1 ZPO) sowie die Rüge der willkürlichen tatsächlichen Annahme (§ 281 Ziff. 2 ZPO).

Was die Rüge der Aktenwidrigkeit (§ 281 Ziff. 2 ZPO) betrifft, so ist diese seit Inkrafttreten des BGG im kantonalen Beschwerdeverfahren uneingeschränkt zulässig (ZR 107 Nr. 21).

2. Das Obergericht hat erwogen (Beschluss S. 4 unten), per 31. Dezember 2006 weise die Beschwerdeführerin einen Verlust von Fr. 14'451.-- aus, wogegen die Bilanz und Erfolgsrechnung per 31. Dezember 2007, nach welcher sie im Jahre 2007 einen Reingewinn von Fr. 147'385.85 erziele, erst provisorisch sei, weshalb darauf nicht entscheidend abgestellt werden könne. In diesem Zusammenhang erhebt die Beschwerdeführerin zwei Rügen (Beschwerde S. 4 f.): Zum einen beruhe das Nichtabstellen auf den in der Erfolgsrechnung 2007 ausgewiesenen Jahresgewinn auf einer willkürlichen tatsächlichen Annahme, zum anderen liege eine Verletzung der richterlichen Fragepflicht (§ 55 ZPO) und damit eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes vor.

a) Im Einzelnen macht die Beschwerdeführerin geltend (Beschwerde Ziff. 8, S. 4 f.), entgegen der Annahme des Obergerichts sei im Rekursverfahren lediglich die von ihr eingereichte Bilanz 2007 als provisorisch bezeichnet worden, nicht aber die Erfolgsrechnung 2007. In Verbindung mit der rechtsgültigen Unterschrift von A. als einzelzeichnungsberechtigter Verwaltungsratspräsident habe diese somit als definitiv zu gelten. Der Gewinn werde aber in der Erfolgsrechnung ausgewiesen, nicht in der Bilanz. Im übrigen sei auch die Bilanz 2007 nur deshalb als provisorisch bezeichnet worden, weil beim Buchhalter noch eine unbedeutende bilanztechnische Frage offen gewesen sei, welche aber die Erfolgsrechnung nicht tangiert habe. Die Feststellung, wonach der Jahresgewinn 2007 erst provisorisch ausgewiesen sei, sei somit willkürlich bzw. aktenwidrig.

b) Ob die Bilanz bzw. die Erfolgsrechnung 2007 für die hier zu prüfende Frage rechtlich (d.h. im Hinblick auf Art. 174 Abs. 2 ScKG) grundsätzlich von Bedeutung, d.h. relevant sind, ist eine hier nicht zu beurteilende Rechtsfrage (oben Ziff. 1.2). Insofern ist auf die weiteren, in diesem Zusammenhang gemachten Vorbringen (Beschwerde Ziff. 9, S. 5/6) nicht einzugehen. Tatfrage ist jedoch, ob die Vorinstanz zutreffend davon ausgegangen ist, diese Dokumente seien lediglich provisorisch.

Die Beschwerdeführerin hatte mit der Rekursbegründung einerseits eine als "Prov. Bilanz per 31.12.2007" bezeichnete Urkunde (OG act. 4/5), andererseits eine als "Erfolgsrechnung 1.1.2007 - 31.12.2007" bezeichnete Urkunde (OG act. 4/6) eingereicht. Die Angaben zu dem im Jahre 2007 erzielten Reingewinn von Fr. 147'385.87 ergeben sich aus der Erfolgsrechnung. Da diese, wie gezeigt, von der Beschwerdeführerin nicht als bloss provisorisch bezeichnet wurde (und da auch sonst keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass es sich um eine provisorische Aufstellung handelt), erweist es sich als aktenwidrig (allenfalls willkürlich), von einer provisorischen Erfolgsrechnung auszugehen. Die Rüge ist daher begründet. Da anzunehmen ist, dass (gerade) die vermeintliche Vorläufigkeit ausschlaggebend für die Nichtberücksichtigung des Jahresgewinnes 2007 gewesen ist, hat sich der Nichtigkeitsgrund zum Nachteil der Beschwerdeführerin ausgewirkt, weshalb die Beschwerde gutzuheissen ist.

c) Ob zudem eine Verletzung der richterlichen Fragepflicht vorliegt (vgl. dazu ZR 101 Nr. 6), kann unter diesen Umständen offen gelassen werden.

3. Die Beschwerdeführerin hatte im Rekursverfahren geltend gemacht, sie könne zur Zeit mit einem monatlichen Umsatz bzw. einem Debitorenzufluss von Fr. 266'000.-- rechnen. Im Hinblick auf diese Behauptung gab ihr die Vorinstanz auf, aktuelle Auftragsbestätigungen einzureichen (OG act. 7 S. 2), worauf die Beschwerdeführerin eine von ihr erstellte 8-seitige Liste von Aufträgen mit einem Gesamtvolumen von Fr. 947'052.-- einreichte (OG act. 13/8). Gestützt darauf erachtete die Vorinstanz die erwähnte Umsatzerwartung für nicht belegt (Beschluss S. 4).

a) Die Beschwerdeführerin macht geltend (Beschwerde Ziff. 10, S. 7 f.), der Vorwurf, wonach die behaupteten Aufträge nicht belegt worden seien, stelle einen überspitzten Formalismus dar. Im graphischen Gewerbe erfolgten Aufträge ausschliesslich mündlich und es gebe demzufolge keine schriftlichen Bestätigungen. In der erwähnten Liste würden exakt 149 (mündlich zugesicherte) Einzelaufträge genannt. Es sei offensichtlich willkürlich, hierfür schriftliche Bestätigungen einzufordern, zumal die geltend gemachte Umsatzerwartung von Fr. 266'000.-- monatlich ungefähr dem auch im Vorjahr erzielten Umsatz entspreche. Bei Einholung schriftlicher Auftragsbestätigungen zuhanden des Obergerichts hätte sodann – so die Beschwerdeführerin – die Gefahr bestanden, dass die Auftraggeber abgesprungen wären. Wenn schon Zweifel bestanden hätten, hätte nach Auffassung der Beschwerdeführerin auch diesbezüglich die richterliche Fragepflicht ausgeübt werden müssen.

b) Im Rahmen von Art. 174 Abs. 2 SchKG geht es um die (blosse) Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit des Schuldners. Mit anderen Worten müssen die Tatsachen, aus denen auf Zahlungsfähigkeit geschlossen werden soll, nicht streng bewiesen werden, sondern bloss mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit gegeben sein oder, anders gesagt, die Zahlungsfähigkeit des Konkursiten muss wahrscheinlicher sein als die Zahlungsunfähigkeit (BGE 130 III 321 E. 3.3; Praxis 2005 Nr. 93 E. 2). Die Beschwerdeführerin hat mit ihrer Aufstellung (OG act. 13/8) zahlreiche konkrete Aufträge von im einzelnen genannten Auftraggebern zu be-

stimmten Drucksachen genannt. Konkrete Anhaltspunkte dafür, dass die genannten Aufträge nicht den Tatsachen entsprechen, nennt die Vorinstanz nicht. Unter diesen Umständen erscheint es als willkürlich, wenn die Vorinstanz davon ausgeht, die entsprechenden Aufträge seien nicht einmal glaubhaft gemacht worden.

c) Auch in diesem Zusammenhang kann somit offen bleiben, ob die Vorinstanz die richterliche Fragepflicht hätte ausüben müssen bzw. dürfen.

4.a) Das Obergericht erwog (Beschluss S. 3 oben), gemäss Betreibungsregisterauszug seien seit dem Jahr 2004 insgesamt 40 Betreibungen – in der Regel über höhere Beträge – gegen die Beschwerdeführerin eingeleitet worden. In 21 Fällen sei eine Erledigung durch Zahlung vermerkt; 15 weitere Betreibungen seien aus anderen Gründen erloschen, worauf die Beschwerdeführerin in ihrer Rekurschrift jedoch ausdrücklich nicht eingehe. Das Erlöschen von Betreibungen könne indessen – so die Vorinstanz – nicht mit einer vollständigen Tilgung gleichgesetzt werden, denn es sei häufig die Folge einer mit den Gläubigern getroffenen Einigung über die Zahlung eines Teilbetrages.

Die Beschwerdeführerin macht geltend, diese Feststellung sei unter Verletzung der richterlichen Fragepflicht zustandegekommen und erfülle den Nichtigkeitsgrund von § 281 Ziff. 1 ZPO (Beschwerde Ziff. 11, S. 8 ff.).

b) Die Beschwerdeführerin hatte – wovon auch die Vorinstanz ausgeht – in der Rekurschrift ausdrücklich zu den vier noch offenen Betreibungen Stellung genommen (OG act. 1 S. 5/6); zu den erloschenen Betreibungen äusserte sie sich nicht. Wenn die Vorinstanz erwog, die Tatsache des Erlöschens könne nicht ohne weiteres mit einer vollständigen Tilgung gleichgesetzt werden, setzte es keinen Nichtigkeitsgrund. Angesichts der Tatsache, dass die Beschwerdeführerin zu diesen erloschenen Betreibungen im Rekursverfahren keine weiteren Ausführungen gemacht hatte, wohl aber zu den offenen, bestand für das Obergericht auch kein Anlass zur Ausübung der richterlichen Fragepflicht; es durfte davon ausgehen, dass die Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang alles aus ihrer Sicht Wesentliche vorgetragen hatte.

Die Beschwerdeführerin kann zufolge des hier geltenden Novenverbots auch nicht erst im Beschwerdeverfahren Behauptungen bzw. Belege nachschieben, die sie schon vor Vorinstanz hätte einführen können; insofern kann auf ihre Eingabe vom 2. Mai 2008 nicht eingegangen werden. Damit erweist sich die Rüge als unbegründet.

5. Als nachweislich falsch und damit willkürlich beanstandet die Beschwerdeführerin (Beschwerde Ziff. 12, S. 10 f.) die Feststellung der Vorinstanz (Beschluss S. 4 unten), es erscheine als höchst fraglich, dass sie im Jahre 2008 mit massiven Mietzinseinsparungen rechnen könne. Die Vorinstanz hat dazu erwogen (Beschluss S. 3 unten), ihre Vorbringen, wonach sie einen zu hohen Mietzins zahle, weil sie nicht alle gemieteten Räumlichkeiten benötige und diese vom Vermieter anderweitig vermietet worden seien, änderten nichts daran, dass der im Mietvertrag geschuldete Mietzins geschuldet sei, so lange nicht ein gerichtlicher Entscheid betreffend Herabsetzung des Mietzinses vorliege oder sich die Parteien selbst darauf einigten.

Mit ihren Vorbringen belegt die Beschwerdeführerin keinen Nichtigkeitsgrund, sondern wiederholt lediglich die von der Vorinstanz bereits widerlegten Argumente. Es kann nicht darum gehen, ob der Mietzins hätte gesenkt werden sollen bzw. künftig zu senken sein wird, sondern darum, welcher Mietzins auf Grund der geltenden rechtlichen Situation effektiv geschuldet war bzw. ist. Insofern bestand auch hier kein Anlass zur Ausübung der richterlichen Fragepflicht. Die Rüge ist ebenfalls unbegründet.

6. Mit ihren abschliessenden Vorbringen (Beschwerde Ziff. 13 bis 15, S. 11 ff.) macht die Beschwerdeführerin keinen vor Kassationsgericht rügbaren Mangel geltend, sondern kritisiert der Sache nach die vorinstanzliche Auslegung von Art. 174 Abs. 2 SchKG; mit dieser Rüge ist sie nach dem Gesagten im vorliegenden Verfahren ausgeschlossen (Ziff. 1.2 vorstehend).

7. Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde in zwei Punkten als begründet (vorstehend Ziff. 2 und 3). Damit ist der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

8. Ausgangsgemäss und nachdem sich die Beschwerdegegnerin zur Beschwerde nicht geäussert hat sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens auf die Gerichtskasse zu nehmen. Der Beschwerdeführerin ist mangels gesetzlicher Grundlage keine Prozessentschädigung aus der Gerichtskasse zuzusprechen.

**Das Gericht beschliesst:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich 31. März 2008 aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren fällt ausser Ansatz.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
4. 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.

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

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, an den Konkursrichter des Bezirkes Zürich, an das Konkursamt Hottingen-Zürich, an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 7, je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der Generalsekretär: