



Kass.-Nr. AA100122-P/U/mum

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Herbert Heeb, Vizepräsident, Bernhard Gehrig, die Kassationsrichterin Sylvia Frei und der Kassationsrichter Reinhard Oertli sowie der juristische Sekretär Christof Tschurr

Zirkulationsbeschluss vom 17. Februar 2011

in Sachen

X. GmbH,

Schuldnerin, Rekurrentin und Beschwerdeführerin
vertreten durch Rechtsanwalt

gegen

MEG zwischen Y. und Z.,

Gläubigerin, Rekursgegnerin und Beschwerdegegnerin
vertreten durch

betreffend

Konkurseröffnung

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 7. Oktober 2010 (NN100106/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

Seit dem 1. Januar 2011 steht die Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO) in Kraft. Für Verfahren, die bei deren Inkrafttreten bereits rechtshängig sind, gilt gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betreffenden Instanz weiter. Für das vorliegende Beschwerdeverfahren gelangen daher die Bestimmungen der (auf den 31. Dezember 2010 aufgehobenen) zürcherischen ZPO vom 13. Juni 1976 (ZPO ZH) wie auch des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 13. Juni 1976 (GVG) weiterhin zur Anwendung. Ebenso ist mit Bezug auf die Beurteilung der erhobenen Rügen das bisherige Prozessrecht heranzuziehen, weil im Beschwerdeverfahren zu prüfen ist, ob der angefochtene Entscheid im Zeitpunkt der Fällung mit einem der in § 281 ZPO ZH bezeichneten Nichtigkeitsgründe behaftet war.

II.

1. Mit Verfügung vom 30. August 2010 eröffnete der Konkursrichter des Bezirkes Zürich über die Beschwerdeführerin den Konkurs, nachdem die Beschwerdegegnerin (eine Miteigentümergeinschaft zwischen der Y. und der Z. an der Liegenschaft _____ in Zürich) für eine Forderung von Fr. 5'413.50 zuzüglich Zinsen und Kosten das Konkursbegehren gestellt und die Beschwerdeführerin innerhalb der ihr angesetzten Frist weder einen Rückzug des Begehrens noch einen Ausweis über die Tilgung der Forderung beigebracht hatte (OG act. 2 = OG act. 9).

2. Gegen diese Verfügung reichte die Beschwerdeführerin, nunmehr anwaltlich vertreten, einen Rekurs an das Obergericht des Kantons Zürich ein (OG act. 1). Mit Präsidialverfügung vom 13. September 2010 verlieh das Obergericht dem Rekurs einstweilen aufschiebende Wirkung und setzte der Beschwerdeführerin Fristen zur Einreichung von Unterlagen und Leistung (des Restes) eines

Barvorschusses an (OG act. 6). Nachdem die Beschwerdeführerin diese Fristen gewahrt (OG act. 12, 13/24 - 29, 15 - 17) und weitere Unterlagen eingereicht hatte (OG act. 20, 21/31-32, 22 und 23/A-G), wies das Obergericht (dessen II. Zivilkammer) den Rekurs mit Beschluss vom 7. Oktober 2010 ab und eröffnete den Konkurs neu (KG act. 2).

3. Gegen den obergerichtlichen Beschluss vom 7. Oktober 2010 reichte die Beschwerdeführerin rechtzeitig (OG act. 25/1, KG act. 1) eine Nichtigkeitsbeschwerde ein mit dem Rechtsbegehren, der angefochtene Beschluss sei aufzuheben, und die Sache sei zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen (KG act. 1 S. 2). Antragsgemäss (KG act. 1 S. 2) wurde der Nichtigkeitsbeschwerde vollumfänglich aufschiebende Wirkung verliehen mit dem Hinweis, dass der Konkurs damit einstweilen als nicht eröffnet gilt (KG act. 7). Mit Eingabe vom 22. Oktober 2010 reichte die Beschwerdeführerin weitere Unterlagen ein (KG act. 9, act. 10/6-8), welche der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin zur Vernehmlassung bzw. Stellungnahme zugestellt wurden (KG act. 11). Die Vorinstanz verzichtete auf eine Vernehmlassung zur Beschwerde (KG act. 13) und zu den neu eingereichten Unterlagen (KG act. 14). Die Beschwerdegegnerin liess sich im Beschwerdeverfahren nicht vernehmen.

III.

1. Die Beschwerdeführerin hat den von der Beschwerdegegnerin geltend gemachten Betrag bei der Obergerichtskasse hinterlegt (KG act. 2 S. 2 f.). Gleichwohl wies die Vorinstanz den Rekurs ab, weil die Beschwerdeführerin ihre Zahlungsfähigkeit nicht im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG glaubhaft gemacht habe (KG act. 2 S. 8 Erw. 4). Die Beschwerdeführerin macht geltend, diese Würdigung beruhe auf aktenwidrigen und willkürlichen tatsächlichen Annahmen und auf der Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes, nämlich der richterlichen Fragepflicht und damit ihres Gehörsanspruchs (KG act. 1).

2. Zur Frage der Zahlungsfähigkeit der Beschwerdeführerin erwog die Vorinstanz, im Zeitraum 11. Februar 2009 bis 24. September 2010 seien 15 Be-

treibungen im Gesamtbetrag von Fr. 16'581.40 gegen die Beschwerdeführerin angehoben worden. Nur eine Betreibung im bescheidenen Betrag von Fr. 50.-- sei als durch Zahlung erledigt vermerkt. In acht Fällen sei die Konkursandrohung erfolgt. Ein Verlustschein habe ausgestellt werden müssen. Dies lasse auf erhebliche Zahlungsschwierigkeiten schliessen. Die Beschwerdeführerin sei mehrfach nicht in der Lage gewesen, selbst moderate Schulden zu begleichen, auch nicht unter dem Druck des Betreibungsverfahrens. Zwar habe sie im Rekursverfahren die Begleichung des der aktuellen Konkursbetreibung zugrundeliegenden Betrags nachgewiesen und die Bezahlung verschiedener Betreibungen und Forderungen belegt. Es verblieben (nur noch) gegenwärtig offene in Betreibung gesetzte Forderungen von insgesamt Fr. 2'589.40. Gemäss Kreditorenliste per 22. September 2010 kämen zusätzliche offene Schulden im Umfang von Fr. 3'850.--. Daraus resultierten offene Forderungen von insgesamt Fr. 6'439.40. Diesen Kreditoren stelle die Schuldnerin Debitoren gemäss Liste per 22. September 2010 von insgesamt Fr. 81'533.40 gegenüber. Allerdings seien diese Ausstände bis auf drei Rechnungen im Gesamtbetrag von Fr. 13'735.50 bereits bei der Beschwerdeführerin eingegangen. Es könne selbst im Rahmen der Glaubhaftmachung nicht davon ausgegangen werden, dass dieser Ausstand mehrheitlich und innert nützlicher Frist eingehen werde. Zur angespannten finanziellen Situation der Beschwerdeführerin kämen diverse Auffälligkeiten und Ungereimtheiten in ihrer Buchhaltung. In der provisorischen Bilanz fänden sich keine Forderungen aus Lieferungen und Leistungen. Es sei fraglich, ob das Dokument echte Geschäftstätigkeit wiedergebe. Wollte man dennoch eine Kennzahl berechnen, resultierte ein sogenannter "Quick Ratio (Liquiditätsgrad II)" per Ende Juni 2010 von leicht über 70 %. Damit liege die Unternehmensliquidität und demzufolge die Fähigkeit der Beschwerdeführerin, ihren Zahlungsverpflichtungen fristgerecht nachzukommen, deutlich unter dem Vergleichswert von 100 % (KG act. 2 S. 3 - 8 Erw. 3.b und 3.c).

Die Beschwerdeführerin wolle zum Beleg absehbarer positiver Veränderungen noch laufende und künftige Grossaufträge berücksichtigt haben. Dazu verweise sie auf drei Werkverträge vom 2. Juli, 23. August und 21. September 2010. Die Summe der Entschädigung (aus der aktuellsten Vereinbarung werde ein

Betrag von Fr. 240'000.-- geltend gemacht) sei aus den Verträgen allerdings nicht ersichtlich. Es finde sich darin weder eine Vergütung in Franken noch der Umfang der Arbeiten in Tonnen oder Kilogramm zu deren Berechnung "(vereinbarter Preis pro Tonne oder Kilogramm; teilweise mit Verweisung auf nicht beiliegende Eisenlisten)". Dazu komme, dass die eingereichten Rechnungen als Zwischenabrechnungen aus diesen Grossaufträgen bezeichnet würden. Damit werde umso weniger klar, ob und wenn ja welcher Betrag aus diesen Projekten noch zu erwarten sein werde. Vor diesem Hintergrund sei völlig ungewiss, welche Vergütung aus den eingereichten Werkverträgen innert nützlicher Frist eingehen werde. Abgesehen davon, dass ein Rechnungsbetrag regelmässig nicht mit dem Nettoerlös identisch sei, weil der Schuldnerin durch die Bearbeitung auch Unkosten erwachsen dürften, sei deren Höhe ebenfalls absolut offen (KG act. 2 S. 8 Erw. 3.d).

3. Die Beschwerdeführerin wendet ein, sie habe in einer Eingabe an die Vorinstanz vom 4. Oktober 2010 geltend gemacht, mit einem Grossauftrag der A. AG vom 21. September 2010 sei ein künftiger Umsatz von rund Fr. 240'000.-- gesichert (KG act. 1 S. 3 Ziff. 1.2 mit Verweisung auf OG act. 21/32). Aktenwidrig gehe die Vorinstanz davon aus, dass die Summe der Entschädigung daraus nicht ersichtlich sei und dass sich darin weder eine Vergütung in Franken noch der Umfang der Arbeiten in Tonnen befänden. Entgegen diesen Erwägungen nenne der Werkvertrag im Betreff zwei Objekte, eines in Steinhausen und eines in Zug. In Klammern werde die zu verarbeitende Eisenmenge angegeben, einmal 744 Tonnen und einmal 52 Tonnen. Unter dem Titel "Preise" werde sodann ein Preis von Fr. 300.-- pro Tonne vereinbart. Das führe zu einem Umsatz von Fr. 238'000.-- (KG act. 1 S. 3 f. Ziff. 1.2).

4. Diese Rüge ist begründet. Gemäss dem der Vorinstanz in Kopie eingereichten Werkvertrag der Beschwerdeführerin mit der A. AG vom 21. September 2010 vergibt die A. AG der Beschwerdeführerin das Verlegen von Bewehrungen in zwei Objekten in Steinhausen und in Zug mit Volumen von 744 Tonnen (Steinhausen) und 52 Tonnen (Zug) zu einem Preis von Fr. 300.-- pro Tonne (OG act. 21/32 S. 1). Rechnerisch ergibt sich daraus ein Auftragsvolumen von Fr. 238'000.-- (744 t + 52 t = 796 t à Fr. 300.--). Die Vorinstanz scheint das über-

sehen zu haben. Jedenfalls widersprechen die gerügten vorinstanzlichen Erwägungen diesem Werkvertrag vom 21. September 2010 bzw. den darin enthaltenen Vereinbarungen und erweisen sich damit als aktenwidrig im Sinne von § 281 Ziff. 2 ZPO ZH.

5. Der angefochtene Beschluss beruht zum Nachteil der Beschwerdeführerin auf diesen aktenwidrigen Annahmen. Gestützt auf diese ging die Vorinstanz davon aus, dass die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten positiven Veränderungen nicht glaubhaft seien. Das war für die Vorinstanz ein Grund für die Würdigung, dass die Beschwerdeführerin nicht hinreichend wahrscheinlich darzutun vermocht habe, dass sie sich in einem bloss vorübergehenden Liquiditätsengpass befinde, weshalb der Rekurs abzuweisen sei (KG act. 2 S. 8 Erw. 4). Zwar verwies die Vorinstanz auf weitere Umstände, welche hinzukämen (KG act. 2 S. 8 Erw. 3.d). Diese zusätzlichen Erwägungen sind jedoch nicht eigenständige, den angefochtenen Beschluss selbständig tragende, sondern, wie explizit festgehalten ("Hinzu kommt ..."), zusätzliche, welche zusammen mit der aktenwidrigen Feststellung zum angefochtenen Beschluss führten. Entfällt die aktenwidrige Feststellung, fehlt ein wichtiges Element in der vorinstanzlichen Begründung. Der angefochtene Beschluss muss deshalb aufgehoben werden, und die Sache ist zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit diese die Frage der Zahlungsfähigkeit bzw. deren Glaubhaftmachung neu prüft.

6. Da die Beschwerde bereits aus dem vorgenannten Grund gutzuheissen und der angefochtene Beschluss aufzuheben ist, brauchen die weiteren Rügen nicht geprüft zu werden.

IV.

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

(vgl. Kass.-Nr. AA080061 vom 23.7.2008 Erw. II.8 und Kass.-Nr. AA060153 vom 5.2.2007 Erw. III).

V.

Beim vorliegenden Beschluss handelt es sich um einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG. Demnach ist gegen ihn die Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht nur unter den in Art. 93 BGG genannten Voraussetzungen zulässig. Ob diese erfüllt sind, entscheidet das Bundesgericht.

Das Gericht beschliesst:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich 7. Oktober 2010 aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die Spruchgebühr für das Kassationsverfahren fällt ausser Ansatz.
3. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
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, das Konkursamt Oerlikon-Zürich, das Handelsregisteramt des Kantons Zürich, das Betreibungsamt Zürich 11, die Vorinstanz und den Konkursrichter des Bezirkes Zürich (ad EK101278), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär