

# ZH\_OBERGERICHT PS230234 vom 29. Januar 2024

ZH Obergericht, 2024-01-29, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_PS230234](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_PS230234)

FR: ZH\_OBERGERICHT PS230234 du 29 janvier 2024

IT: ZH\_OBERGERICHT PS230234 del 29 gennaio 2024

## Erwägungen

### E. 2

Es sei der Konkurs über die Beschwerdegegnerin zu eröffnen.

#### E. 2.1

Die Gläubigerin und die Beschwerdeführerin 1 bringen im Wesentlichen vor, die Gläubigerin habe am 18. September 2023 ein Konkursbegehren gegen die Schuldnerin eingereicht. Die Vorinstanz habe jedoch offensichtlich fälschlicherweise die Beschwerdeführerin 1 als Gläubigerin und Gesuchstellerin in ihrem System eingetragen. Die Gläubigerin habe die der Beschwerdeführerin 1 am 11. Oktober 2023 zugestellte Verfügung zur Leistung eines Kostenvorschusses nie erhalten. Die Beschwerdeführerin 1 habe mit dieser Verfügung nichts anzufangen gewusst und habe diese auch nicht an die Gläubigerin weitergeleitet, wozu sie auch nicht verpflichtet gewesen sei. Der Beschwerdeführerin 1 seien die Kosten des Nichteintretensentscheides auferlegt worden (act. 2 Rz. 6). Die Gültigkeit des Zahlungsbefehls und die Frist zur Stellung eines neuen Konkursbegehrens seien inzwischen abgelaufen (vgl. act. 2 Rz. 5).

#### E. 2.2

Wer das Konkursbegehren stellt, haftet für die Kosten, die bis und mit der Einstellung des Konkurses mangels Aktiven (Art. 230) oder bis zum Schuldenruf

- 4 - (Art. 232) entstehen (Art. 169 Abs. 1 SchKG). Das Gericht kann von dem Gläubiger einen entsprechenden Kostenvorschuss verlangen (Art. 169 Abs. 2 SchKG). Dessen Höhe beträgt im Kanton Zürich Fr. 1'800.– (vgl. § 6 der Verordnung des Obergerichtes über die Geschäftsführung der Konkursämter [Kantonale Konkursverordnung, LS 281.2]; und Kreisschreiben VU990001 vom 12. Januar 1999). Es ist üblich, dass das Konkursgericht den erforderlichen Kostenvorschuss vom Gläubiger mit der Anzeige zur Verhandlung über die Konkurseröffnung verlangt und androht, dass bei Ausbleiben des Vorschusses der Konkurs nicht eröffnet werden kann (BSK SchKG-NORDMANN, 3. Aufl. 2021, Art. 169 N 21 m.w.H.). Die Nichtleistung des Vorschusses wird in der Literatur dem Rückzug des Konkursbegehrens gleichgestellt, sodass ein wegen Nichtleistung der Konkurskaution abgeschriebenes Konkursbegehren erst nach Ablauf von 30 Tagen erneuert werden kann (vgl. BGE 134 IV 88 E. 6.2 mit Verweis auf BSK SchKG-NORDMANN, 3. Aufl. 2021, Art. 167 N 6).

#### E. 2.3

Die Vorinstanz hat versehentlich die Beschwerdeführerin 1 statt die Gläubigerin als Gläubigerin aufgenommen und den Kostenvorschuss in der Folge von der Beschwerdeführerin 1 statt von der Gläubigerin verlangt. Damit wurde der Gläubigerin die Teilnahme am vorinstanzlichen Verfahren verwehrt und der Beschwerdeführerin 1 zu

Unrecht Kosten auferlegt. Deshalb ist die Beschwerde der der Beschwerdeführerin 1 und der Gläubigerin gutzuheissen. Die angefochtene Verfügung der Vorinstanz ist aufzuheben.

#### **E. 2.4**

Zu prüfen bleibt, ob die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen oder – wenn die Sache spruchreif ist – neu zu entscheiden ist (vgl. Art. 327 Abs. 3 ZPO). Die Gläubigerin und die Beschwerdeführerin 1 beantragen in ihrer Beschwerde, es sei der Konkurs über die Schuldnerin zu eröffnen bzw. das entsprechende Konkursbegehren der Gläubigerin gutzuheissen; eventualiter sei die An- gelegenheit zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (vgl. oben E. 1.4).

- 5 - Spruchreif ist das Verfahren dann, wenn das Gericht über sämtliche Entscheidungsgrundlagen verfügt, um über die Begründetheit oder Unbegründetheit des geltend gemachten Anspruchs zu befinden oder einen Nichteintretensent- scheid zu erlassen. Überdies muss das vom Gesetz vorgeschriebene Verfahren ordnungsgemäss durchgeführt worden sein. Die erforderlichen tatsächlichen Grundlagen zur Beurteilung des strittigen Anspruches müssen vorhanden sein und die Parteien müssen Gelegenheit gehabt haben, sich zu allen entscheid- erheblichen Fragen zu äussern. Sodann dürfen keine prozesskonform gestellten Beweisanträge zu entscheid- erheblichen strittigen Fragen offen sein (vgl. BGE 144 III 394 E. 4.3.2.2; 140 III 450 E. 3.2). Da die Vorinstanz das vom Gesetz vorgeschriebene Verfahren noch nicht durchgeführt hat (insb. Art. 168 SchKG), ist das Verfahren nicht spruchreif. Die Sache ist an die Vorinstanz zur Durchführung des Verfahrens zurückzuweisen. Der Vorinstanz liegt das Konkursbegehren der Gläubigerin vom 18. September 2023 vor, weshalb die Gläubigerin kein neues Konkursbegehren zu stellen braucht.

#### **E. 3**

Eventualiter sei die Angelegenheit zur Neubeurteilung an die Vor- instanz zurückzuweisen.

##### **E. 3.1**

Nach der Grundnorm von Art. 106 Abs. 1 ZPO sind die Prozesskosten (in Zweiparteienverfahren) der unterliegenden Partei aufzuerlegen (Erfolgs- oder Un- terliegerprinzip). Der Grundsatz der Kostenverteilung nach dem Erfolgsprinzip be- ruht auf dem Gedanken, dass die Prozesskosten von deren Verursacher zu tra- gen sind. Dabei wird vermutet, dass die unterliegende Partei die Kosten verur- sacht hat (vgl. BGE 145 III 153 E. 3.3.1 m.w.H.). Das Gericht kann jedoch auch von den Verteilungsgrundsätzen von Art. 106 ZPO abweichen und die Prozess- kosten nach Ermessen verteilen (vgl. Art. 107 ZPO). Insbesondere kann das Ge- richt Gerichtskosten, die weder eine Partei noch Dritte veranlasst haben, aus Bil- ligkeitsgründen dem Kanton auferlegen (Art. 107 Abs. 2 ZPO).

##### **E. 3.2**

Die angefochtene Verfügung ist aufgrund eines offensichtlichen Versehens der Vorinstanz aufzuheben und die Sache an diese zurückzuweisen. Die Be- schwerdeführerin 1 und die Gläubigerin obsiegen somit mit ihrer Beschwerde. Die Beschwerdegegnerin hat die Prozesskosten (Gerichtskosten und Parteientschä- digung, vgl. Art. 95 Abs. 1 ZPO) jedoch nicht verursacht und sich mit der ange-

- 6 - fochtenen Verfügung auch nicht identifiziert (vgl. oben E. 1.5). Es rechtfertigt sich unter diesen Umständen nicht, die Beschwerdegegnerin als unterliegend zu be- trachten bzw. ihr – so wie die Beschwerdeführerin dies beantragte (vgl. oben E. 1.4) –

Gerichtskosten aufzuerlegen und sie zur Zahlung einer Parteientschädigung zu verpflichten. Vielmehr sind die Gerichtskosten unter diesen Umständen nach Art. 107 Abs. 2 ZPO dem Kanton aufzuerlegen. Da dem Kanton laut § 200 lit. a GOG in Zivilverfahren indes keine Gerichtskosten auferlegt werden können, fallen die Kosten ausser Ansatz. Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen. Es wird erkannt:

#### **E. 4**

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zuzüglich Mehrwertsteuer zu Lasten der Beschwerdegegnerin." 1.5 Die vorinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen (act. 8/1- 17). Mit Verfügung vom 5. Dezember 2023 (act. 9) wurde der Gläubigerin eine Nachfrist angesetzt, um dem Gericht eine gültig unterzeichnete Vollmacht zur Prozessführung lautend auf Advokat lic. iur. X.\_\_\_\_\_ einzureichen oder dessen Eingabe vom 30. November 2023 von entsprechend zeichnungsberechtigten Personen ausdrücklich genehmigen zu lassen (a.a.O., Dispositiv-Ziffer 1). Gleichzeitig wurde der Schuldnerin Frist zur Beantwortung der Beschwerde angesetzt (a.a.O., Dispositiv-Ziffer 2). Mit Eingabe vom 14. Dezember 2023 (act. 11) reichte die Gläubigerin rechtzeitig die von ihr einverlangte, gültig unterzeichnete Prozessvollmacht ein (act. 12). Die Schuldnerin liess sich innert Frist (vgl. act. 9 i.V.m. act. 10/2) nicht vernehmen.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.