

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer als obere kantonale Aufsichtsbehörde
über Schuldbetreibung und Konkurs



Geschäfts-Nr.: PS220127-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter
Dr. M. Sarbach und Oberrichterin lic. iur. A. Strähl sowie Gerichtsschreiber lic. iur. D. Siegwart

Urteil vom 8. November 2022

in Sachen

A._____,
Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur., LL.M. X._____,

betreffend **Beschwerde gegen die Höhe des Kostenvorschusses im Konkurs
über die B.____ AG in Liquidation
(Konkursamt Enge Zürich, vertreten durch die Mobile Equipe+ des Notariatsinspektorats des Kantons Zürich)**

**Beschwerde gegen einen Beschluss der 1. Abteilung des Bezirksgerichts
Zürich vom 19. Juli 2022 (CB220089)**

Erwägungen:

1. Mit Urteil vom 27. Januar 2022 löste das Einzelgericht am Bezirksgericht Zürich die B. _____ AG auf und ordnete ihre Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs gemäss Art. 731b Abs. 1^{bis} Ziff. 3 OR an (act. 4; act. 6/3/10). Mit Urteil vom 24. März 2022 eröffnete das Konkursgericht am Bezirksgericht Zürich über die bereits aufgelöste Gesellschaft gestützt auf Art. 731b Abs. 4 OR den Konkurs (act. 4; act. 6/3/10). Mit Schreiben vom 22. Juni 2022 beantragte das für die Liquidation bzw. Durchführung des Konkurses zuständige Konkursamt Enge-Zürich (vertreten durch die Mobile Equipe + des Notariatsinspektorats des Kantons Zürich) die Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven im Sinne von Art. 230 Abs. 1 SchKG (act. 6/3/12; act. 6/11/2). Mit Urteil vom 26. Juni 2022 entsprach das Konkursgericht diesem Antrag und stellte das Konkursverfahren mangels Aktiven ein (act. 4; act. 6/3/2). Am 28. Juni 2022 publizierte das Konkursamt Enge-Zürich (vertreten durch die Mobile Equipe + des Notariatsinspektorats des Kantons Zürich) die Einstellung des Konkurses im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) sowie im Amtsblatt des Kantons Zürich. Entsprechend den Vorgaben von Art. 230 Abs. 2 SchKG wies das Konkursamt darauf hin, dass das Konkursverfahren geschlossen werde, falls nicht ein Gläubiger innert zehn Tagen seit der Publikation die Durchführung des Verfahrens verlange und für die Deckung der Kosten den von ihm festgelegten Vorschuss von Fr. 120'000.– entrichte (act. 6/3/1; act. 6/11/10).

2. Gegen die vom Konkursamt festgesetzte Höhe des Kostenvorschusses (und den Zeitpunkt der Publikation) erhob der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 7. Juli 2022 SchK-Beschwerde bei der 1. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich als untere kantonale Aufsichtsbehörde über die Konkursämter (fortan Vorinstanz; act. 6/1; act. 6/5 [Beschwerdeergänzung]). Er beantragte darin die Aufhebung des Entscheids des Konkursamts sowie die erneute (fristauslösende) Publikation gemäss Art. 230 SchKG, verknüpft mit einem angemessenen Kostenvorschuss für die Verfahrensdurchführung von nicht mehr als Fr. 87'500.–. Gleichzeitig stellte er Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Mit Zirkulationsbeschluss vom 19. Juli 2022 erteilte die Vorinstanz der Beschwerde bezüglich des Kostenvor-

schusses für den Fr. 87'500.– übersteigenden Betrag die aufschiebende Wirkung (Dispositiv-Ziffer 3; act. 3 = act. 5 [Aktenexemplar] = act. 8/1, fortan zitiert als act. 5). Hinsichtlich des Betrags von Fr. 87'500.– setzte sie dem Beschwerdeführer eine Nachfrist von 10 Tagen an, um gegenüber dem Konkursamt die Durchführung des Konkursverfahrens zu verlangen und dafür gleichzeitig allein oder mit weiteren Gläubigern, die rechtzeitig die Durchführung des Konkursverfahrens verlangt hatten, dem Konkursamt für die Durchführung des Konkursverfahrens einen Kostenvorschuss von Fr. 87'500.– zu leisten (Dispositiv-Ziffer 4). Die Vorinstanz wies dabei darauf hin, dass das Konkursverfahren bei Säumnis als geschlossen gelte, falls nicht rechtzeitig andere Gläubiger beim Konkursamt die Durchführung des Konkursverfahrens verlangt und den Kostenvorschuss von mindestens Fr. 87'500.– geleistet hätten.

3. Mit Eingabe vom 4. August 2022 erhob der Beschwerdeführer gegen den vorinstanzlichen Entscheid Beschwerde bei der Kammer mit folgenden Anträgen (act. 2):

- " 1. Der Zirkulationsbeschluss des Bezirksgerichts Zürich, 1. Abteilung als untere Aufsichtsbehörde über Konkursämter, vom 19. Juli 2022 (Geschäfts-Nr.: CB220089-L) sei aufzuheben.
2. Dem Beschwerdeführer sei eine angemessene Nachfrist von mindestens 30 Tagen ab Zustellung des obergerichtlichen Beschwerdeentscheids einzuräumen zur Entrichtung des Kostenvorschusses für die Konkursdurchführung in Höhe von höchstens CHF 87'500.00 zusammen mit anderen Gläubigern; eventualiter sei die Herstellung der aufschiebenden Wirkung des erstinstanzlichen Beschwerdeverfahrens über sämtliche Beschwerdepunkte, einschliesslich der Nachfrist für die Zahlung des Kostenvorschusses, anzuordnen.
3. Der Aufsichtsbeschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. MWST) zu Lasten des Konkursamts Enge-Zürich."

Nachdem die vorinstanzlichen Akten beigezogen wurden (act. 6/1–13), hat die Kammer der vorliegenden Beschwerde mit Verfügung vom 9. August 2022 die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 7), womit der Teilvorschuss von Fr. 87'500.– einstweilen nicht bezahlt werden musste. Das Verfahren erweist sich nunmehr als spruchreif.

4. Das Verfahren der Aufsichtsbeschwerde in Schuldbetreibungs- und Konkurs-sachen richtet sich nach den Bestimmungen von Art. 20a Abs. 2 SchKG. Soweit Art. 20a Abs. 2 SchKG keine Bestimmungen enthält, regeln die Kantone das Ver-fahren (Art. 20a Abs. 3 SchKG). Im Kanton Zürich richtet sich das Beschwerde-verfahren gemäss § 18 EG SchKG nach § 83 f. GOG. Die Vorschriften der ZPO gelangen dabei ergänzend als kantonales Recht zur Anwendung (§ 83 Abs. 3 GOG). Für den Weiterzug an das Obergericht gelten insbesondere die Bestim-mungen über die Beschwerde gemäss Art. 319 ff. ZPO (§ 84 GOG). Mit der Be-schwerde kann folglich die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich un-richtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Die Beschwerde ist bei der Rechtsmittelinstanz innert der zehntägigen Rechtsmit-telfrist (Art. 18 Abs. 1 SchKG) schriftlich, mit Anträgen versehen und begründet einzureichen (Art. 321 Abs. 1 ZPO). Der vorinstanzliche Zirkulationsbeschluss wurde dem Beschwerdeführer am 25. Juli 2022 zugestellt (act. 6/9/2). Die vorlie-gende Beschwerde (Poststempel: 4. August 2022; act. 1) erfolgte damit innert der zehntägigen Frist. Die Beschwerde erfüllt sodann die formalen Anforderungen, in-dem sie Anträge und eine ausreichende Begründung enthält. Dem Eintreten steht nichts entgegen.

5. Mit unbenütztem Ablauf der zehntägigen Frist gemäss Art. 230 Abs. 2 SchKG gilt das Konkursverfahren (ipso facto) als geschlossen. Der Schlussverfügung des Konkursgerichts (vgl. Art. 268 Abs. 2 SchKG) kommt diesfalls bloss noch deklaratorische Bedeutung zu (BGE 130 III 481 E. 2.1 = Pra 94 [2005] Nr. 42; BGer 5A_840/2015 vom 22. Februar 2016, E. 3.3). Ein Verzicht des Konkursge-richts auf den Erlass einer solchen Verfügung ist mangels konstitutivem Charakter ebenfalls zulässig (BGer 5A_592/2015 vom 10. Dezember 2015, E. 1.2; vgl. aber auch den Wortlaut von Art. 93 KOV). Indem die Vorinstanz der Beschwerde hin-sichtlich des Fr. 87'500.– übersteigenden Betrags die aufschiebende Wirkung er-teilt und dem Beschwerdeführer bezüglich des Betrags von Fr. 87'500.– eine Nachfrist von zehn Tagen angesetzt hatte, fiel der durch Ablauf der ursprüngli-chen zehntägigen Frist ipso facto bereits eingetretene Schluss des Konkurses (vorerst) wieder dahin (vgl. auch BGE 74 III 75 E. 1, wo das Bundesgericht, scheinbar noch von einer konstitutiven Wirkung der Schlussverfügung ausge-

hend, ausführte, dass im Falle der Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Konkurschluss gar nicht erst eintreten könne bzw. das Konkursgericht diesen nicht aussprechen dürfe).

6. Der Beschwerdeführer bringt zu seinem vor der Kammer gestellten Hauptantrag vor, bei über 3'000 zumeist anwaltlich vertretenen Gläubigern mit Forderungen in unterschiedlicher Höhe sei eine Vorlaufzeit von mindestens 20 Tagen erforderlich, damit die Gläubigervertreter die Betragsanteile für den Kostenvorschuss bei den Gläubigern einholen könnten, um diese dann gebündelt beim Konkursamt einzahlen zu können. Zusammen mit der zehntägigen Zahlungsfrist nach Art. 230 SchKG ergebe dies dann die vorliegend beantragte Nachfrist von 30 Tagen (act. 2 Rz 39).

7. In den Akten befindet sich eine von Rechtsanwalt Dr. C. _____ an die Mobile Equipe+ gerichtete E-Mail vom 10. Juni 2022, woraus sich ergibt, dass bereits zu diesem Zeitpunkt Bemühungen hinsichtlich der Zusammentragung von Geldern zwecks Leistung eines Kostenvorschusses am Laufen waren (act. 6/3/14). Seit diesem Zeitpunkt sind nun bereits rund fünf Monate vergangen, was einem Vielfachen der vom Beschwerdeführer geforderten Vorlaufzeit von mindestens 20 Tagen entspricht. Weshalb dem Beschwerdeführer nunmehr nochmals, wie von diesem beantragt, eine Frist von 30 Tagen ab Zustellung des vorliegenden Entscheids zur Bezahlung der Fr. 87'500.– (zusammen mit weiteren Gläubigern) eingeräumt werden soll, ist nicht ersichtlich. Seit dem erwähnten Mail vom 10. Juni 2022 hatte er (zusammen mit weiteren Gläubigern) mehr als ausreichend Zeit, um den betreffenden Betrag zusammenzutragen. Soweit der Hauptantrag des Beschwerdeführers vor Vorinstanz (act. 6/1 Ziff. 1) so zu verstehen war, dass er nur den Kostenvorschuss im Fr. 87'500.– übersteigenden Betrag anfechten wollte, so hätte sich die Vorinstanz zum vornherein nur betreffend den Fr. 87'500.– übersteigenden Betrag zu äussern gehabt, da der Kostenvorschuss im Übrigen (also bis Fr. 87'500.–) gar nicht Verfahrensgegenstand bildete. Auf den Beschwerdeantrag, dem Beschwerdeführer sei eine angemessene Nachfrist von mindestens 30 Tagen einzuräumen, wäre deshalb insoweit nicht einzutreten. Im Übrigen ist der Hauptantrag abzuweisen. Indes durfte dem Beschwerdeführer

vorliegend die Frist zur Leistung des Vorschusses in der Höhe von Fr. 87'500.– aus Treu und Glauben nicht während des laufenden Rechtsmittelverfahrens betreffend die Höhe des Kostenvorschusses ablaufen (vgl. etwa OGer ZH PS170071 vom 23. März 2017 E. 4.1 m.w.H.). Es ist dem Beschwerdeführer aus diesem Grund eine kurze Nachfrist von 10 Tagen ab Zustellung dieses Urteils anzusetzen, um gegenüber dem Konkursamt die Durchführung des Konkursverfahrens zu verlangen und dafür gleichzeitig allein oder mit weiteren Gläubigern für die Durchführung des Konkursverfahrens einen Kostenvorschuss von Fr. 87'500.– zu leisten. Der Vollständigkeit halber bleibt festzuhalten, dass das vorinstanzliche Beschwerdeverfahren betreffend den Fr. 87'500.– übersteigenden Kostenvorschuss – bei Lichte betrachtet wohl der eigentliche Verfahrensgegenstand des Aufsichtsbeschwerdeverfahrens – fortzusetzen sein wird, sobald der Kostenvorschuss über Fr. 87'500.– geleistet wurde.

Abzuweisen ist sodann der Eventualantrag, der erstinstanzlichen Beschwerde die aufschiebende Wirkung vollumfänglich, also nicht nur hinsichtlich des Fr. 87'500.– übersteigenden Betrags, zu erteilen. Auch dadurch würde dem Beschwerdeführer in nicht gerechtfertigter Weise eine noch längere Zeitdauer als die bis dato bereits rund fünf Monate für die Bezahlung der Fr. 87'500.– eingeräumt. Im Übrigen ist er mit der Bezahlung dieses Betrags ja gerade einverstanden. Insgesamt ist die Beschwerde des Beschwerdeführers im Ergebnis deshalb abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

8. Das Verfahren vor den kantonalen Aufsichtsbehörden in Schuldbetreibungs- und Konkursachen ist kostenlos (Art. 20a Abs. 2 Ziff. 5 SchKG); Parteientschädigungen sind keine auszurichten (Art. 62 Abs. 2 GebV SchKG).

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Dem Beschwerdeführer wird im Sinne der Erwägungen eine Nachfrist von 10 Tagen ab Zustellung dieses Urteils angesetzt, um gegenüber dem Konkursamt die Durchführung des Konkursverfahrens zu verlangen und dafür

gleichzeitig allein oder mit weiteren Gläubigern dem Konkursamt für die Durchführung des Konkursverfahrens einen Kostenvorschuss von Fr. 87'500.– zu leisten. Bei Säumnis wäre das Konkursverfahren geschlossen, falls nicht andere Gläubiger rechtzeitig beim Konkursamt die Durchführung des Konkursverfahrens verlangt und den Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 87'500.– geleistet haben sollten.

3. Es werden keine Kosten erhoben.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an den Beschwerdeführer, die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Engge-Zürich, vertreten durch die Mobile Equipe+ des Notariatsinspektorats, je gegen Empfangsschein
6. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **10 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um einen Entscheid der kantonalen Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen im Sinne von Art. 74 Abs. 2 lit. c BGG.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. D. Siegwart

versandt am: