

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS230234-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach und Oberrichterin lic. iur.
R. Bantli Keller sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Götschi

Urteil vom 29. Januar 2024

in Sachen

1. **A._____ Anlagestiftung,**

Beschwerdeführerin,

2. **A._____ pk,**

Gläubigerin und Beschwerdeführerin,

1, 2 vertreten durch Advokat lic. iur. X._____,

gegen

B._____ GmbH in Liquidation,

Schuldnerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom 17. November 2023 (EK230571)

Erwägungen:

1.1 Die A._____ Pensionskasse ... bzw. A._____ pk..., deren vormalige Firma "pensionskasse ..." und deren aktuelle Firma "A._____ pk" war bzw. ist (vgl. act. 2 Rz. 5 i.V.m. act. 6/2; nachfolgend zitiert als Gläubigerin) erwirkte in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Opfikon (nachfolgend: Betreibungsamt) am 11. Juli 2022 einen Zahlungsbefehl (act. 5/8 = act. 8/2) gegen die Schuldnerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend: Schuldnerin). Dieser Zahlungsbefehl wurde der Schuldnerin am 5. August 2022 zugestellt (a.a.O. S. 2). Am 13. September 2022 wurde ihr der Konkurs angedroht. Die Konkursandrohung wurde der Schuldnerin am 18. Oktober 2022 zugestellt (vgl. act. 5/9 = act. 8/9). Am 18. September 2023 (act. 8/1, Datum des Poststempels) ersuchte die Gläubigerin beim Einzelgericht des Bezirksgerichtes Bülach (nachfolgend: Vorinstanz) um Eröffnung des Konkurses über die Schuldnerin.

1.2 Mit Verfügung vom 11. Oktober 2023 (act. 8/7) setzte die Vorinstanz der A._____ Anlagestiftung (nachfolgend: Beschwerdeführerin 1) Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 1'800.– an und lud auf den 20. November 2023 10:10 Uhr zur Verhandlung vor (vgl. a.a.O., Dispositiv-Ziffern 1 und 2). Mit Verfügung vom 30. Oktober 2023 (act. 8/11) setzte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin 1 eine Nachfrist zur Leistung des Kostenvorschusses an und stellte bei Säumnis ein Nichteintreten auf das Konkursbegehren in Aussicht (a.a.O., Dispositiv-Ziffer 1).

1.3 Mit Verfügung vom 17. November 2023 (act. 8/15) trat die Vorinstanz auf das Begehren (der Gläubigerin) – mangels Leistung des Kostenvorschusses – nicht ein (vgl. a.a.O., S. 2 und Dispositiv-Ziffer 1), setzte die Entscheidgebühr auf Fr. 200.– fest und auferlegte diese der Beschwerdeführerin 1 (a.a.O., Dispositiv-Ziffer 2).

1.4 Gegen diese Verfügung reicht Advokat lic. iur. X._____ mit Eingabe vom 30. November 2023 (act. 2) im Namen der Gläubigerin und der Beschwerdeführerin 1 rechtzeitig (vgl. act. 8/16 i.V.m. act. 2 S. 1) eine Beschwerde samt Beilagen (act. 3; act. 4/1-2; act. 5/4-9) ein. Dies mit den folgenden Anträgen:

- "1. Es sei die Verfügung des Bezirksgerichts Bülach vom 17. November 2023 vollumfänglich aufzuheben.
2. Es sei der Konkurs über die Beschwerdegegnerin zu eröffnen.
3. Eventualiter sei die Angelegenheit zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
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.

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).

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

(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).

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.

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 Angelegenheit zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (vgl. oben E. 1.4).

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 Nichteintretensentscheid 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 entscheidenerheblichen Fragen zu äussern. Sodann dürfen keine prozesskonform gestellten Beweisanträge zu entscheidenerheblichen 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.

3.1 Nach der Grundnorm von Art. 106 Abs. 1 ZPO sind die Prozesskosten (in Zweiparteienverfahren) der unterliegenden Partei aufzuerlegen (Erfolgs- oder Unterliegerprinzip). Der Grundsatz der Kostenverteilung nach dem Erfolgsprinzip beruht auf dem Gedanken, dass die Prozesskosten von deren Verursacher zu tragen sind. Dabei wird vermutet, dass die unterliegende Partei die Kosten verursacht 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 Prozesskosten nach Ermessen verteilen (vgl. Art. 107 ZPO). Insbesondere kann das Gericht Gerichtskosten, die weder eine Partei noch Dritte veranlasst haben, aus Billigkeitsgründen dem Kanton auferlegen (Art. 107 Abs. 2 ZPO).

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

fochtenen Verfügung auch nicht identifiziert (vgl. oben E. 1.5). Es rechtfertigt sich unter diesen Umständen nicht, die Beschwerdegegnerin als unterliegend zu betrachten 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:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird die Verfügung des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom 17. November 2023 (EK230571) aufgehoben. Die Sache wird zur Durchführung des Verfahrens an das Einzelgericht zurückgewiesen.
2. Die Kosten fallen ausser Ansatz.
3. Parteientschädigungen werden keine zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Bülach, je gegen Empfangsschein.
5. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 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 des Konkurs- oder Nachlassrichters oder der Konkurs- oder Nachlassrichterin im Sinne von Art. 74 Abs. 2 lit. d BGG.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Götschi

versandt am:
30. Januar 2024