

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS110024-O/Z01.doc

## II. Zivilkammer

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Präsidentin, sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Bohli Roth.

### Verfügung vom 23. Februar 2011

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**B.** \_\_\_\_\_,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen eine Verfügung der Einzelrichterin im summarischen Verfahren (Konkurssachen) des Bezirkes Winterthur vom 9. Februar 2011 (EK100372)

### **Erwägungen:**

1. Die Schuldnerin führt Beschwerde gegen die Konkursöffnung vom 9. Februar 2011.

2. Vorweg ist der Schuldnerin ein Vorschuss für die Kosten aufzuerlegen (Art. 98 ZPO). Zur Bemessung der Kosten: bis Ende 2010 wendeten die Konkursgerichte erster und zweiter Instanz auf ihre Verfahren den bundesrätlichen Tarif für die Betreuungskosten an. Art. 16 Abs. 1 SchKG übertrug dem Bundesrat die Festsetzung des Gebührentarifs, was nach überkommener Auffassung nicht nur die Gebühren für die Verrichtungen der Betreibungs- und Konkursämter, sondern eben auch für die im summarischen Verfahren zu behandelnden Geschäfte der Gerichte umfasste (dazu Art. 25 Ziff. 2 lit. a altSchKG). So tarifierte der Bundesrat die Konkursöffnung mit Fr. 40.-- bis Fr. 500.--, je nachdem, ob die Sache streitig war oder nicht, und für die zweite Instanz galt ein Rahmen bis zu Fr. 750.-- (Art. 52 und 61 altGebVO SchKG SR 281.35).

Seit 2011 gilt die neue schweizerische Zivilprozessordnung. Sie regelt nun abschliessend das Verfahren für die gerichtlichen Angelegenheiten des Schuld- betreibungs- und Konkursrechts (Art. 1 lit. c ZPO). Die betreibungsrechtliche Beschwerde fällt nicht darunter, da sie von Bundesrechts wegen nicht notwendigerweise einem (kantonalen) Gericht zugewiesen sein muss. Anders die Entscheide der Rechtsöffnungs- und Konkursgerichte: sie sind zwingend einer gerichtlichen Instanz zugewiesen (Art. 84 Abs. 1 SchKG: "Der Richter des Betreibungsortes ..." resp. Art. 166 Abs. 1 SchKG: "... kann der Gläubiger ... beim Konkursgericht ..."), und das Verfahren wird von der ZPO im Detail geregelt (Art. 251 und 252 ff. ZPO). Art. 96 ZPO überlässt den Kantonen das Festsetzen der Tarife für die Prozesskosten. Das war bei den Vorbereitungen und in den Beratungen für die Vereinheitlichung des Prozessrechts ein wichtiges Anliegen der Kantone. Einerseits sollte diese Vereinheitlichung prinzipiell keine (Netto-)Mehrkosten für die Kantone verursachen, und diese sollten die Kosten dem anpassen dürfen, was sie für die Organisation der Gerichte (Art. 4 Abs. 1 ZPO, in Anwendung von Art. 122 Abs. 2 BV) vorsehen würden. Der Bundesrat erhob das in der Botschaft zur ZPO in den

Rang eines "Kernpunktes" des Entwurfes und eines "Grundanliegens". Unter dem Titel "Die Kantone bestimmen den Preis der Justiz" schrieb er: "Entsprechend dem klaren Ergebnis der Vernehmlassung sollen die Kantone für die Gerichts- und Anwaltstarife zuständig bleiben. Eine abschliessende Bundesregelung könnte den unterschiedlichen wirtschaftlichen Situationen der Kantone in der Tat zu wenig gerecht werden (Bot S. 7244).

Möglicherweise war sich der Verordnungsgeber nicht bewusst, dass das auch Auswirkungen auf die Gebührenverordnung hat. Diese wurde jedenfalls nur redaktionell angepasst, nicht aber in der Sache, wo sie nach wie vor die im summarischen Verfahren zu führenden gerichtlichen Angelegenheiten tarifiert (Art. 48 ff. GebVO SchKG, AS 2010 3053). Nach allen gängigen Methoden der Auslegung und dem Verhältnis von Parlament (Gesetzgeber) und Bundesrat (zuständig für ihm vom Gesetzgeber übertragene Ausführungsbestimmungen) bleibt aber kein Raum mehr dafür. Rechtsöffnung und Konkurs sind gerichtliche Angelegenheiten des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, diese Verfahren werden von der ZPO geregelt, und die Tarife dafür bestimmen die Kantone. So weit ersichtlich wird bisher in zwei Publikationen eine abweichende Meinung vertreten (Gehri/Kramer, [Kurz-]Kommentar Art. 96 N. 2 und ZK ZPO-Suter/von Holzen, Art. 96 N. 17). Beide Male wird dazu aber keine Begründung gegeben; die Aussagen erscheinen daher als *petitiones principii*, vermutungsweise vor allem darum, weil es "bisher immer so war". Im Widerspruch dazu schreiben Suter/von Holzen nur wenige Absätze zuvor (a.a.O. N. 11) ausdrücklich, die Tarife gälten "für alle Verfahren vor den kantonalen Instanzen (...) d.h. (...) gerichtliche Anordnungen des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts" - und sie beantworten die sich zwingend aufdrängende Frage nicht, weshalb die Rechtsöffnung und Konkurseröffnung keine "gerichtlichen Anordnungen des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts" sein sollen.

Es ist daher davon auszugehen, dass die bundesrätliche Verordnung seit dem 1. Januar 2011 insoweit keine gesetzliche Grundlage mehr hat, als sie in ihrem 4. Kapitel (Art. 48 ff.) Gerichtsgebühren festsetzt. Sie ist nicht mehr anzuwenden, getreu dem bundesrechtlichen Grundsatz der Gewaltenteilung (Art. 182

Abs. 1 BV) und der konkreten Anweisung des kantonalen Rechts, dass Normen nicht angewendet werden dürfen, wenn sie übergeordnetem Recht widersprechen (Art. 79 Abs. 1 KV).

Einzuräumen ist ohne Weiteres, dass das Vorstehende lange unentdeckt blieb, und dass sich das Obergericht beim Erlass der revidierten Gerichtsgebührenverordnung darüber so wenig Rechenschaft gab wie die vorstehend zitierten Kommentatoren. Daraus aber zu folgern, der rechtswidrige bundesrätliche Tarif müsse weiter angewendet werden, weil sonst zu hohe Gebühren resultierten, wäre ein Zirkelschluss. Die Gebührenverordnung ist vielmehr so bald als möglich anzupassen, und sie ist vorderhand so anzuwenden, dass keine überhöhten Gebühren resultieren. Insbesondere das (Bundes-)Verfassungsrang genießende Äquivalenzprinzip beim Erheben jeglicher Gebühren verlangt, dass die Gebühren zum Aufwand der betreffenden Gerichte in einem vernünftigen Verhältnis bleiben. Die Konkursgerichte, die sich auf eine streng formale Prüfung beschränken können, werden daher auch in Zukunft Gebühren von wenigen hundert Franken erheben. Das Obergericht hat zwar regelmässig die Zahlungsfähigkeit der Konkursisten zu prüfen (Art. 174 Abs. 2 SchKG), was recht aufwändig sein kann. Es beschränkt sich einstweilen aber auf eine Gebühr von Fr. 750.--, was sich nebenbei an den Rahmen der nicht mehr anwendbaren bundesrätlichen Verordnung hält (Art. 52 und 61 GebVO SchKG). Äusserlich tritt die vorstehend erläuterte Rechtslage damit vor allem dadurch in Erscheinung, als Konkursgerichte und Obergericht nicht mehr eine "Spruchgebühr" (Art. 48 GebVO SchKG), sondern eine Gerichtsgebühr im Sinne der GebVO OG (LS 211.11) festsetzen.

3. Die Schuldnerin verlangt die Erteilung der aufschiebenden Wirkung (Art. 325 Abs. 2 ZPO, Art. 174 Abs. 3 SchKG). Nach eigener Darstellung und einem Beleg vom 21. Februar 2011 (act. 4/3) hat sie die Konkursforderung bezahlt. Ferner hat sie die Kosten von Konkursrichterin und Konkursamt mit einer Zahlung von Fr. 1'800.-- an die Kasse des Obergerichts sichergestellt. Damit kann die aufschiebende Wirkung einstweilen bewilligt werden.

**wird verfügt:**

1. Der Beschwerde wird einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt.
2. Der Beschwerdeführerin läuft eine Frist von 5 Tagen ab Zustellung dieser Verfügung, um zur Deckung der Gerichtsgebühr bei der Obergerichtskasse, Thurgauerstrasse 56, 8050 Zürich, Briefadresse: Postfach 2401, 8021 Zürich, (Postkonto 80-10210-7) einen Barvorschuss von Fr. 750.-- zu leisten.

Bei Säumnis auch innert einer allenfalls anzusetzenden Nachfrist wird auf die Beschwerde nicht eingetreten.

3. Schriftliche Mitteilung an
  - die Parteien (an die Beschwerdegegnerin unter Beilage eines Doppels von act. 1),
  - das Konkursamt X. \_\_\_\_\_,
  - das Betreibungsamt Y. \_\_\_\_\_,
  - das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und
  - das Konkursgericht des Bezirkes Winterthur,je gegen Empfangsschein,
  - sowie an die Obergerichtskasse.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer  
Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Bohli Roth

versandt am: