

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer als obere kantonale Aufsichtsbehörde
über Schuldbetreibung und Konkurs



Geschäfts-Nr.: PS190212-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter
lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichter Dr. M. Sarbach sowie Ge-
richtsschreiberin MLaw J. Camelin-Nagel

Urteil vom 9. Januar 2020

in Sachen

A._____ GmbH,

Beschwerdeführerin,

betreffend **Höhe des Kostenvorschusses**
über die B._____ KLG in Liquidation
(Beschwerde über das Konkursamt G._____)

Beschwerde gegen einen Beschluss der 1. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich
vom 24. Oktober 2019 (CB190140)

Erwägungen:

1.1. Mit Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt und im Amtsblatt des Kantons Zürich vom tt. September 2019 machte das Konkursamt G._____ (fortan Konkursamt) die Einstellung des Konkursverfahrens über die B._____ KLG in Liquidation (nachfolgend Konkursitin) öffentlich bekannt und wies darauf hin, dass das Verfahren geschlossen werde, falls nicht ein Gläubiger innert zehn Tagen die Durchführung des Konkursverfahrens verlange und für die Deckung der Kosten einen Vorschuss von Fr. 10'000.– leiste (act. 2/1).

1.2. Dagegen erhob die Gläubigerin A._____ GmbH (fortan Beschwerdeführerin) mit Eingabe vom tt. September 2019 Beschwerde beim Bezirksgericht Zürich als untere kantonale Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen (nachfolgend Vorinstanz) mit folgenden Anträgen (act. 1 S. 1 f.):

- "1. Die Verfügung des Konkursamts G._____ vom tt. September 2019 sei aufgrund von prohibitivem und nicht angemessenem Kostenvorschuss aufzuheben;
2. Die Höhe des Kostenvorschusses anhand der konkreten Umstände sei zu überprüfen;
3. Die aufschiebende Wirkung der Beschwerde sei festzustellen bzw. anzuordnen."

Mit Zirkulationsbeschluss vom 24. September 2019 gewährte die Vorinstanz der Beschwerde zunächst die aufschiebende Wirkung (act. 5). Nach Eingang der Stellungnahme des Konkursamtes wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung mit Verfügung vom 26. September 2019 aber sogleich wieder entzogen. Weiter setzte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin Frist zur Leistung des Vorschusses von Fr. 10'000.– an das Konkursamt für die Durchführung des Konkursverfahrens sowie zur Stellungnahme zur Vernehmlassung an (act. 7; act. 9). Nach Eingang der Stellungnahme (act. 11) und deren Ergänzung, worin nicht zuletzt ausgeführt wurde, der Kostenvorschuss von Fr. 10'000.– sei unterdessen bezahlt worden, um die Einstellung des Konkursverfahrens zu verhindern (act. 13), wies die Vorinstanz die Beschwerde mit Zirkulationsbeschluss vom 24. Oktober 2019 ab (act. 15 = act. 18).

1.3. Mit Eingabe vom 7. November 2019 (Datum Poststempel) erhob die Beschwerdeführerin beim Obergericht als obere kantonale Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibungs- und Konkursachen rechtzeitig (act. 16/1) Beschwerde mit folgenden Anträgen (act. 19 S. 1):

- "- der Zirkulationsbeschluss des Bezirksgerichts Zürich vom 24. Oktober 2019 (Geschäfts-Nr.: CB190140-L/U) sei aufzuheben
- die Höhe des Kostenvorschusses anhand der konkreten Umstände sei zu überprüfen und die Überzahlung sei zu erstatten
- die aufschiebende Wirkung der Beschwerde sei festzustellen bzw. anzuordnen
- unter Kosten- und Entschädigungsfolgen für den Beschwerdegegner"

1.4. Mit Verfügung vom 19. November 2019 wurde dem Konkursamt Frist zur Vernehmlassung angesetzt (act. 23), welche das Konkursamt innert erstreckter Frist erstattete (act. 25; act. 27). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1–16).

2.1. Für das Beschwerdeverfahren nach Art. 18 SchKG sind die Regelungen von Art. 319 ff. ZPO anwendbar (Art. 20a Abs. 3 SchKG i.V.m. § 18 EG SchKG i.V.m. § 84 GOG). Die Beschwerde ist innert der 10-tägigen Beschwerdefrist nach Art. 17 Abs. 2 bzw. Art. 18 Abs. 1 SchKG zu erheben. Mit der Beschwerde kann die unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO).

2.2. Mit der Beschwerde gemäss Art. 17 SchKG kann jede Verfügung eines Zwangsvollstreckungsorganes, die das Zwangsvollstreckungsverfahren vorantreibt, angefochten werden (BGE 142 III 425, E. 3.3). Der vom Konkursamt nach Art. 230 Abs. 2 SchKG angesetzte Kostenvorschuss ist eine Verfügung gemäss Art. 17 SchKG, welche mit betreibungsrechtlicher Beschwerde angefochten werden kann (BGE 141 III 590, E. 3.5.2.). Damit liegt ein gültiges Anfechtungsobjekt vor.

3.1.1. Das Konkursamt setzte den Vorschuss auf Fr. 10'000.– fest. Die Höhe des Kostenvorschusses wurde damit begründet, dass gemäss Aussagen der Ge-

sellschafter der Konkursitin etwa 70 Gerichtsprozesse am Laufen seien. Bisher seien dem Konkursamt neun Verfahren bekannt. Das Konkursamt müsse sich im Falle einer Durchführung des Konkursverfahrens in den weiteren 60 Verfahren einen Überblick verschaffen und dafür voraussichtlich anwaltliche Unterstützung in Anspruch nehmen. Innert kurzer Zeit würden hohe und schwer einschätzbare Verfahrenskosten entstehen (act. 7).

3.1.2. Die Beschwerdeführerin machte bereits vor Vorinstanz geltend, der verlangte Kostenvorschuss sei unverhältnismässig hoch (act. 1). Sie weist darauf hin, dass das Konkursamt G. _____ im Jahr 2019 50 Einstellungen des Konkursverfahrens mangels Aktiven publiziert habe. In 29 Fällen seien Handelsgesellschaften mit Handelsregistereintrag betroffen gewesen. Das Konkursverfahren gegen die C. _____ AG werde aus der Analyse ausgeschlossen, da die C. _____ AG über zahlreiche Immobilienobjekte verfüge und die Komplexität dieses Verfahrens offensichtlich sei, weshalb der Kostenvorschuss entsprechend hoch sei (Fr. 20'000.–). Für die restlichen Fälle habe der Kostenvorschuss im Schnitt Fr. 4'704.– betragen und sei zwischen Fr. 3'500.– und 6'500.– gelegen (act. 1 S. 2).

Die Beschwerdeführerin beanstandete weiter, es sei ohne sachliche Überprüfung auf die Aussagen der Gesellschafter der Konkursitin abgestellt worden, wonach 70 Gerichtsverfahren pendent seien. Dafür gebe es keinerlei Beweise und es seien keinerlei Abklärungen getätigt worden, obwohl die Vertrauenswürdigkeit der Gesellschafter fraglich sei. Die Beschwerdeführerin machte sodann Ausführungen zu den neun vom Konkursamt erwähnten Verfahren der Konkursitin und wies unter anderem darauf hin, dass die fünf am Obergericht des Kantons Zürich hängigen Verfahren bereits abgeschlossen seien (vgl. act. 11 S. 1 ff.). Schliesslich gab sie an, einen Kostenvorschuss von Fr. 5'000.– als angemessen zu erachten (act. 11 Rz. 15).

3.1.3. Die Vorinstanz erwog, unbestritten sei, dass die einzigen Gesellschafter der Konkursitin, D. _____ und E. _____, im Zuge ihrer Einvernahmen beim rechtshilfweise beauftragten Konkursamt F. _____ zu Protokoll gegeben hätten, es seien ca. 70 Gerichtsprozesse mit Beteiligung der Konkursitin hängig. Eben-

falls unstrittig sei, dass sich bereits das Bundesgericht, das Obergericht des Kantons Zürich und das Bezirksgericht F. _____ in insgesamt neun Verfahren an das Konkursamt gewandt hätten. Daraus ergebe sich, dass der vom Konkursamt verlangte Kostenvorschuss von Fr. 10'000.– für die Durchführung des Konkursverfahrens aufgrund der Komplexität des Verfahrens ohne Weiteres angemessen sei. Das Konkursamt habe zudem jeweils den konkreten Einzelfall zu prüfen, weshalb die in anderen Verfahren verlangten Kostenvorschüsse nicht ohne Weiteres zum Vergleich herangezogen werden könnten. Hier sei nicht zu beanstanden, dass das Konkursamt aufgrund der Angaben der beiden Gesellschafter davon ausgegangen sei, bezüglich der angeblich ca. 60 weiteren Verfahren seien weitere Abklärungen notwendig und es würden weitere, nicht genauer abschätzbare Kosten entstehen (act. 18 E. 3).

3.2. Dagegen wendet die Beschwerdeführerin erneut ein, der einzige Grund für den exorbitanten Kostenvorschuss sei die Aussage eines nicht vertrauenswürdigen Gesellschafters der Konkursitin gewesen. Mit einem minimalen Aufwand, mithin einer Anfrage bei den Gerichten, könne diese Aussage widerlegt werden. Sie könne die Abklärungen nicht selber tätigen, da ihre Anfragen aus Datenschutzgründen abgelehnt würden, was die beigelegten Antwortschreiben der Gerichte belegten (act. 19 Rz. 1–4).

3.3. Nach Art. 230 Abs. 2 SchKG hat das Konkursamt mit der öffentlichen Bekanntgabe der Einstellung des Konkurses die Gläubiger, die dennoch die Durchführung des Konkurses begehren, aufzufordern, für die Kosten hinreichende Sicherheit zu leisten. Die Höhe der zu leistenden Sicherheit liegt dabei im Ermessen des Konkursamtes (BGE 130 III 90 E. 1). Dieses darf den Kostenvorschuss für die Durchführung des Konkursverfahrens so hoch ansetzen, dass damit auch nicht genauer abschätzbare Kosten, wie beispielsweise Gerichts- und Anwaltskosten bei Aktiv- und Passivprozessen, gedeckt werden können (BGE 117 III 67 E. 2.b).

3.4.1. Laut Homepage der Notariate, Grundbuch- und Konkursämter des Kantons Zürichs kostet ein Konkurs bei einfachen Verhältnissen Fr. 3'500.– bis Fr. 5'000.–

(<https://www.notariate.zh.ch/deu/konkurs/verfahrensarten/konkursarten/einstellun>

g-mangels-aktiven/ besucht am 6. Januar 2020; vgl. dazu auch OGer ZH, PS150171, Urteil vom 5. November 2015, E. 2.2.3.; OGer ZH, PS180018, Urteil vom 9. August 2018, E. III./2.3.). Dies ergibt sich denn auch aus den Publikationen im Schweizerischen Handelsamtsblatt, wo das Konkursamt G._____ durchschnittlich Kostenvorschüsse im Bereich von Fr. 3'500.– bis Fr. 5'000.– verlangte. Neben dem vorliegenden Verfahren hat das Konkursamt G._____ nur in zwei der im Jahr 2019 publizierten über 40 Konkursverfahren von im Handelsregister eingetragenen Gesellschaften einen Kostenvorschuss von über Fr. 5'000.– für die Durchführung des Konkursverfahrens verlangt (1 x Fr. 6'000.– und 1 x Fr. 20'000.–; vgl. www.shab.ch; vgl. auch act. 2/2). Auch wenn der Vorinstanz zuzustimmen ist, dass sich alleine aus den Publikationen – ohne Kenntnis des Einzelfalls – nicht beurteilen lässt, ob vergleichbare Fälle vorliegen, lässt sich daraus zumindest schliessen, dass ein Vorschuss in der Höhe von Fr. 10'000.– klar über dem Durchschnitt liegt, was zu erhöhten Anforderungen an dessen Begründung führt.

3.4.2. Das Konkursamt begründete die Höhe des Kostenvorschusses einzig mit den angeblich 70 pendenten Gerichtsprozessen. Dabei wies die Beschwerdeführerin bereits vor Vorinstanz zutreffend darauf hin, dass das Konkursamt diesbezüglich alleine auf die Angaben der Gesellschafter der Konkursitin abstellte, obwohl die Anzahl Verfahren ausserordentlich hoch erscheint und in keiner Weise belegt wurde. Wie die mittlerweile getätigten Abklärungen des Konkursamtes zeigen, sind in der Schweiz genau vier Verfahren pendent (act. 27 S. 2). Ein Verfahren betreffend definitive Rechtsöffnung ist am Bundesgericht hängig, zwei mietrechtliche Verfahren am Bezirksgericht F._____ und ein strafrechtliches Verfahren betreffend Beschimpfung, üble Nachrede, Verleumdung, etc. bei der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl (act. 28). Inwiefern diese vier Verfahren einen Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 10'000.– rechtfertigten, legt das Konkursamt nicht dar und es ist auch nicht ersichtlich, weshalb aufgrund dieser vier Verfahren innert kurzer Zeit "hohe und schwer einschätzbare Verfahrenskosten" entstehen sollten. Eine andere Begründung, weshalb ein Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 10'000.– notwendig sein soll, führte das Konkursamt nicht an. Vielmehr macht es allgemeine Ausführungen dazu, dass bei einer Gutheissung der Beschwerde

und teilweiser Rückerstattung des Vorschusses nicht ausgeschlossen werden könne, dass später erneut ein Antrag auf Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven gestellt und die gesamte Angelegenheit wiederholt werden müsse, was zu Mehrkosten führe. Sollte die Beschwerdeführerin dann einen weiteren Vorschuss nicht leisten, würde das Konkursverfahren mangels Aktiven eingestellt und der bis dahin geleistete Kostenvorschuss wäre ohne zählbares Resultat verbraucht worden (act. 27). Dies mag zwar zutreffend sein, gilt indes bei jedem Konkursverfahren und erklärt nicht, weshalb hier ein derart hoher Kostenvorschuss verlangt wurde. Mangels gegenteiliger Anhaltspunkte ist daher davon auszugehen, dass ein Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 5'000.– für die Durchführung dieses Konkursverfahrens genügt. Die Beschwerde ist somit gutzuheissen und der Kostenvorschuss ist auf Fr. 5'000.– festzusetzen. Der Beschwerdeführerin ist der zu viel bezahlte Betrag von Fr. 5'000.– aus dem einbezahlten Vorschuss zurückzuerstatten.

4. 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 gutgeheissen. Die Höhe des Kostenvorschusses für die Durchführung des Konkursverfahrens wird auf Fr. 5'000.– festgelegt.
2. Das Konkursamt G._____ wird angewiesen, der Beschwerdeführerin innert 10 Tagen ab Rechtskraft des Urteils den zu viel bezahlten Betrag von Fr. 5'000.– aus dem einbezahlten Vorschuss zurückzuerstatten.
3. Es werden keine Kosten erhoben.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Beschwerdeführerin unter Beilage eines Doppels von act. 27, an das Konkursamt G. _____ sowie unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz, 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

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw J. Camelin-Nagel

versandt am:
10. Januar 2020