

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS200169-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter Dr. M. Sarbach und Ersatzrichter lic. iur. T. Engler sowie Gerichtsschreiberin MLaw R. Schneebeili.

## Urteil vom 2. Oktober 2020

in Sachen

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

Schuldner und Beschwerdeführer,

gegen

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

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_,

betreffend

### **Aufnahme eines Güterverzeichnisses / Kostenbeschwerde**

Beschwerde gegen eine Verfügung des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen vom 4. August 2020 (EK200158)

## **Erwägungen:**

### 1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1 Mit Eingabe vom 6. Mai 2020 beehrte B. \_\_\_\_\_ (Gläubigerin und Beschwerdegegnerin, fortan Beschwerdegegnerin) beim Konkursgericht des Bezirksgerichtes Horgen gestützt auf den Zahlungsbefehl vom 5. August 2015 und die Konkursandrohung vom 17. Juni 2019 in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Sihltal die Eröffnung des Konkurses über den im Handelsregister eingetragenen A. \_\_\_\_\_ (Schuldner und Beschwerdeführer, fortan Beschwerdeführer, vgl. act. 7/1). Mit Vorladungsverfügung vom 12. Mai 2020 wurden die Parteien zur Konkursverhandlung auf den 9. Juni 2020, 09:00 Uhr, vorgeladen (act. 7/4/1–3). Nachdem die Konkursverhandlung zufolge Verhandlungsunfähigkeit des Beschwerdeführers durch das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Horgen auf den 4. August 2020, 09:00 Uhr, verschoben worden war (vgl. act. 7/7–7/10/3), beantragte die Beschwerdegegnerin mit Schriftsatz vom 15. Juni 2020 superprovisorisch die Aufnahme eines Güterverzeichnisses als vorsorgliche Massnahme im Rahmen des Konkursverfahrens gestützt auf Art. 170 SchKG und Art. 162 SchKG (act. 7/14). Mit Verfügung vom 19. Juni 2020 ordnete das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Horgen superprovisorisch die Aufnahme eines Güterverzeichnisses an und beauftragte damit das Konkursamt Thalwil (act. 7/17). Am 4. August 2020 um 09:30 Uhr eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Horgen den Konkurs über den Beschwerdeführer (act. 7/29 = act. 14). Noch am gleichen Tag schrieb das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Horgen das Verfahren betreffend Aufnahme eines Güterverzeichnisses unter Bezugnahme auf den mit Wirkung per 4. August 2020, 09:30 Uhr, über den Beschwerdeführer eröffneten Konkurs als gegenstandslos geworden ab, setzte die Spruchgebühr auf Fr. 200.– fest und verpflichtete den Schuldner, der Gläubigerin eine Parteientschädigung von Fr. 2'000.– zuzüglich 7.7 % Mehrwertsteuer zu bezahlen (act. 7/32, Dispositivziffern 1–3 = act. 3 = act. 6 [Aktenexemplar], fortan zit. als act. 6).

1.2 Mit Eingabe vom 14. August 2020 (Datum Poststempel) hat der Beschwerdeführer rechtzeitig eine (Kosten-)Beschwerde gegen die Verfügung des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen (fortan Vorinstanz) vom 4. August 2020 betreffend Aufnahme eines Güterverzeichnisses erhoben (act. 2). Damit stellte er sinngemäss den Antrag, die Verfügung des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen vom 4. August 2020 sei mit Bezug auf die damit zugesprochene Parteientschädigung zugunsten der Beschwerdegegnerin dahingehend anzupassen, dass auf der Parteientschädigung keine Mehrwertsteuer in Höhe von 7.7 % geschuldet sei, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin (act. 2 S. 2, sinngemäss).

1.3 Die vorinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen (act. 7/1–38). Mit Verfügung vom 18. August 2020 wurde dem Beschwerdeführer Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt und die weitere Prozessleitung delegiert (act. 8). Den mit Verfügung vom 18. August 2020 einverlangten Kostenvorschuss hat der Beschwerdeführer am 21. August 2020 fristgemäss geleistet (act. 10).

1.4 Mit Verfügung vom 27. August 2020 wurde der Beschwerdegegnerin das Doppel der Beschwerdeschrift vom 14. August 2020 samt Kopien der act. 4/2–3 zugestellt und ihr eine 10-tägige Frist zur Einreichung einer schriftlichen Beschwerdeantwort angesetzt (act. 11). Die Beschwerdeantwort vom 11. September 2020 (Datum Poststempel) samt Beilage ging bei der Kammer am 14. September 2020 fristgemäss ein (act. 13 und act. 14). Damit ist der gesetzlich vorgesehene Schriftenwechsel abgeschlossen. Die Sache ist spruchreif. Dem Beschwerdeführer ist zusammen mit dem vorliegenden Entscheid noch die Beschwerdeantwort der Beschwerdegegnerin (act. 13) zur Kenntnisnahme zuzustellen.

## 2. Prozessuales

2.1 Gegen Entscheide des Konkursrichters ist die Berufung unzulässig (Art. 309 lit. b Ziff. 7 ZPO), weshalb dagegen als Rechtsmittel die Beschwerde nach Art. 319 lit. a ZPO gegeben ist.

2.2 Damit auf ein Rechtsmittel eingetreten werden kann, müssen die Zulässigkeitsvoraussetzungen erfüllt sein. So muss die Rechtsmittelfrist eingehalten worden sein, die Beschwerde muss Anträge und eine Begründung enthalten und sich gegen ein zulässiges Anfechtungsobjekt richten; weiter muss die Beschwerde bei der zuständigen Rechtsmittelinstanz eingereicht worden sein und schliesslich muss die das Rechtsmittel erhebende Person dazu legitimiert und durch den angefochtenen Entscheid beschwert sein. Die Prüfung der Rechtsmittelvoraussetzungen ist von Amtes wegen vorzunehmen. Liegt eine Voraussetzung nicht vor, ist auf das Rechtsmittel nicht einzutreten (zum Ganzen ZK ZPO-REETZ, 3. Aufl. 2016, Vorbemerkungen zu den Art. 308–318, N 50 m.w.H.).

2.3 Hier stellt sich vorab die prozessuale Frage, ob der Beschwerdeführer, über welchen mit Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen vom 4. August 2020, 09:30 Uhr, der Konkurs eröffnet worden ist, zur Ergreifung einer Beschwerde legitimiert bzw. befugt war. Die Beschwerdegegnerin spricht dem Beschwerdeführer in der Beschwerdeantwort vom 11. September 2020 die Prozessführungsbefugnis ab und macht zur Begründung geltend, die Legitimation des Beschwerdeführers zur Einreichung einer Beschwerde sei zufolge Eröffnung des Konkurses über ihn am 4. August 2020 auf die Konkursverwaltung übergegangen. Das Konkursamt Horgen (recte: Thalwil) werde das Konkursverfahren über den Beschwerdeführer im summarischen Verfahren durchführen und habe die Erhebung einer Beschwerde nicht genehmigt (act. 13). Dementsprechend beantragt die Beschwerdegegnerin, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, eventualiter sei die Beschwerde abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beschwerdeführers (vgl. act. 13 S. 2).

2.4 Mit der Eröffnung des Konkurses verliert der Konkursit das Prozessführungsrecht in Prozessen über das Konkursvermögen (Art. 204 SchKG; BGE 132 III 89 E. 1.3, m.w.H.), seine Prozessfähigkeit als solche verliert er hingegen nicht (BGE 121 III 28 E. 3). Das Verfügungs- und Verpflichtungsrecht über das Vermögen in der Konkursmasse geht auf die Konkursverwaltung über und diese muss nun für die Konkursmasse im Prozess auftreten und sämtliche Massnahmen, die mit der Liquidation zusammenhängen, vornehmen. Ihr stehen alle prozessualen

Mittel und Möglichkeiten des Zivilprozessrechts zur Verfügung, wobei sie allerdings an die Beschlüsse und Weisungen der ersten Gläubigerversammlung gebunden ist (BGer 6B\_557/2010 vom 9. März 2011, E. 6.3.2). Rechtshandlungen, die der Gemeinschuldner nach Konkurseröffnung über zur Konkursmasse gehörende Vermögenswerte vornimmt, sind den Konkursgläubigern gegenüber ungültig (BGE 135 III 585 E. 2.3; BGE 121 III 28 E. 3; BGE 111 III 73 E. 2; vgl. zum Ganzen auch KUKO SchKG-STÖCKLI/POSSA, Art. 204 N 6 ff.). Ein Rechtsmittel, das der Gemeinschuldner selbst nach Eröffnung des Konkurses eingelegt hat, ist jedoch nicht vom vornherein ungültig, sondern kann von der Konkursverwaltung bzw. den Konkursgläubigern genehmigt werden (BGE 132 III 89 E. 1.3 mit Verweis auf BGE 116 V 284 E. 3e).

2.5 Eine Genehmigung der rechtzeitig erhobenen Beschwerde des Beschwerdeführers vom 14. August 2020 (Datum Poststempel) durch das Konkursamt bzw. die Konkursgläubiger ist hier – worauf die Beschwerdegegnerin zutreffend hingewiesen hat – nicht erfolgt. Eine Genehmigung ist vorliegend aus folgenden Gründen aber auch gar nicht erforderlich:

Wie bereits erwähnt, hat die Vorinstanz mit Urteil vom 4. August 2020, 09:30 Uhr, über den Beschwerdeführer den Konkurs eröffnet. Damit wurde nicht nur das Konkursverfahren beendet, sondern damit sind zugleich auch die im Rahmen des Konkursverfahrens gestützt auf Art. 170 SchKG angeordneten vorsorglichen Massnahmen (hier die superprovisorische Anordnung betr. Aufnahme eines Güterverzeichnisses) dahingefallen und das diesbezügliche Massnahmenbegehren der Beschwerdegegnerin wurde damit gegenstandslos. Richtigerweise hätte die Vorinstanz das Begehren der Beschwerdegegnerin um Erlass vorsorglicher Massnahmen im Konkursverfahren deshalb bereits im Endentscheid in der Hauptsache (Konkursdekret vom 4. August 2020, 09:30 Uhr, im Verfahren EK200158) als gegenstandslos abschreiben und die dafür angefallenen Prozesskosten regeln müssen (Art. 1 lit. c ZPO i.V.m. Art. 104 Abs. 1 ZPO). Die Vorinstanz hingegen behandelte die von der Beschwerdegegnerin im Rahmen des Konkursverfahrens angebehrten vorsorglichen Massnahmen demgegenüber wie ein eigenständiges, d.h. vom Hauptverfahren losgelöstes und selbständiges

Massnahmeverfahren und fällte mit der angefochtenen Verfügung vom 4. August 2020 in demselben (Konkurs-)Verfahren (EK200158) einen separaten, zweiten Endentscheid, in welchem sie die Kosten- und Entschädigungsfolgen im Zusammenhang mit den Massnahmebegehren regelte. Dieses Vorgehen erscheint im Lichte von Art. 104 Abs. 1 ZPO als unzulässig. Jedenfalls kann dem Beschwerdeführer aus dem von der Vorinstanz gewählten (unzulässigen) Vorgehen kein Nachteil erwachsen. Bei korrektem Vorgehen der Vorinstanz (Entscheid über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des im Rahmen des Konkursverfahrens geführten Verfahrens betreffend vorsorgliche Massnahmen im Konkursdekret), wäre der Beschwerdeführer als Partei des vorinstanzlichen Verfahrens ohne Weiteres zur Anfechtung der damit verfügten Entschädigungsfolgen legitimiert und befugt gewesen (nicht hingegen die Konkursverwaltung, vgl. KUKO-SchKG-DIGGELMANN, Art. 174 N 4 m.H.), auch im Rahmen einer selbständigen Kostenbeschwerde, da von ihm nicht verlangt werden kann, die Konkurseröffnung selber anzufechten (allenfalls ohne Erfolgsaussicht), nur um die Legitimation zur Anfechtung der Kostenfolgen des Konkurserkenntnisses zu behalten. Deshalb muss ihm der Beschwerdeweg auch gegen die separat, aber unmittelbar nach dem Konkursdekret ergangene und hier angefochtene Verfügung der Vorinstanz vom 4. August 2020 offenstehen. Die diesbezügliche Prozessführungsbefugnis kann ihm – entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerin – nicht abgesprochen werden.

Die weiteren Zulässigkeitsvoraussetzungen für eine Beschwerde (vgl. dazu vorstehende E. 2.2) sind ebenfalls erfüllt; auf die Beschwerde ist somit einzutreten.

### 3. Materielles

3.1 Die Beschwerdegegnerin hat vor der Vorinstanz für das Verfahren betreffend Aufnahme eines Güterverzeichnisses (im Rahmen des Konkursverfahrens) die Zusprechung einer Parteientschädigung zuzüglich Mehrwertsteuer verlangt (vgl. act. 7/14 S. 2) und von der Vorinstanz mit Verfügung vom 4. August 2020 eine vom Beschwerdeführer zu bezahlende Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 2'000.– zuzüglich 7.7% Mehrwertsteuer zugesprochen erhalten (act. 6 Dispositivziffer 3). Die zugesprochene Parteientschädigung an sich, insbesondere de-

ren Höhe, hat der Beschwerdeführer nicht moniert, weshalb es dabei bleibt. Gegenstand der vorliegenden Beschwerde bildet somit einzig die durch die Vorinstanz auf der Parteientschädigung zugesprochene Mehrwertsteuer (vgl. act. 2).

3.2 Die Dienstleistungen eines (steuerpflichtigen; Art. 10 MWSTG) Rechtsanwaltes fallen nicht unter eine in Art. 8 Abs. 2 MWSTG genannte Dienstleistungskategorie und unterliegen deshalb dem Empfängerortsprinzip (Art. 8 Abs. 1 MWSTG). Hat der Empfänger der Dienstleistung seinen Wohnsitz in der Schweiz, sind solche Leistungen steuerpflichtig. Sie sind es aber nicht, wenn er seinen Wohnsitz im Ausland hat, da die Mehrwertsteuer nur für auf schweizerischem Gebiet erbrachte Leistungen erhoben wird (vgl. Art. 1 Abs. 2 lit. a MWSTG).

3.3 Die Beschwerdegegnerin hat ihren Wohnsitz unbestrittenermassen im Ausland (Deutschland), weshalb sie ihrem Rechtsvertreter keinen Mehrwertsteuerersatz schuldet (vgl. dazu auch Art. 1 Abs. 2 und 8 Abs. 1 MWStG; Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts VU060028 vom 17. Mai 2006; e contrario aus BGE 141 III 560 E. 4.1 = Pra 105 (2016) Nr. 39) und darum dafür auch keinen Ersatz verlangen kann. Dem Bezirksgericht ist dieser Umstand entgangen. Die Beschwerde ist folglich gutzuheissen und Dispositivziffer 3 der Verfügung vom 4. August 2020 dementsprechend in dem Sinne neu abzufassen, dass der Beschwerdeführer der Beschwerdegegnerin auf der zugesprochenen Parteientschädigung von Fr. 2'000.– keine Mehrwertsteuer schuldet.

#### 4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

4.1 Die Gerichtskosten bestimmen sich vorliegend nach der Gebührenverordnung zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (GebV SchKG). Für vorsorgliche Anordnungen des Konkursgerichts, worunter auch die Anordnung eines Güterverzeichnisses im Sinne von Art. 162 SchKG fällt (vgl. Komm GebV SchKG-EUGSTER, Art. 53 N 1), beträgt die Entscheidgebühr Fr. 60.– bis Fr. 300.– (Art. 53 lit. a i.V.m. Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG). Hier erscheint es angemessen, die Gerichtsgebühr für das Beschwerdeverfahren auf Fr. 150.– festzusetzen.

4.2 Die Prozesskosten werden grundsätzlich der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 95 Abs. 1 lit. a und b ZPO). Nach den vorstehenden Erwägungen (vgl. E. 3.) ist die Beschwerde des Beschwerdeführers gutzuheissen, weshalb er im Rechtsmittelverfahren obsiegt. Die Beschwerdegegnerin hat sodann eine Beschwerdeantwort eingereicht und sich darin mit dem vorinstanzlichen Entscheid identifiziert (act. 13). Damit wird sie vollumfänglich kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO; Art. 95 Abs. 3 ZPO).

4.3 Eine Partei bzw. Umtriebsentschädigung an den nicht anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer – wie er dies beantragt hat (vgl. act. 2 S. 2) – ist hier jedoch nicht zuzusprechen, weil der Beschwerdeführer eine nur in begründeten Fällen zuzusprechende angemessene Umtriebsentschädigung nicht substantiiert geltend macht (vgl. Art. 95 Abs. 3 ZPO; vgl. dazu auch BGer 4A\_355/2013 vom 22. Oktober 2013, E. 4.2; URWYLER/GRÜTTER, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 95).

### **Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird Dispositivziffer 3 der Verfügung des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen vom 4. August 2020 im Verfahren Nr. EK200158 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:  
  
"3. Der Schuldner wird verpflichtet, der Gläubigerin eine Parteientschädigung von Fr. 2'000.– zu bezahlen."
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 150.– festgesetzt und der Beschwerdegegnerin auferlegt.  
  
Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden aus dem vom Beschwerdeführer geleisteten Vorschuss von Fr. 150.– bezogen. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer Fr. 150.– zu ersetzen.
3. Es werden keine Partei-/Umtriebsentschädigungen zugesprochen.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beschwerdeführer unter Beilage eines Doppels der Beschwerdeantwort (act. 13), sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Horgen und an das Konkursamt Thalwil als amtliche Konkursverwaltung im Konkurs über den Beschwerdeführer, ... [Adresse], ... Thalwil, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

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:

MLaw R. Schneebeili

versandt am:  
2. Oktober 2020