

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS210114-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichter Dr. M. Sarbach
sowie Gerichtsschreiber MLaw S. Widmer

Beschluss vom 5. Mai 2023

in Sachen

Hilfskonkursmasse von A. _____,

Beschwerdeführerin

vertreten durch Konkursamt Küsnacht,

dieses vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1. _____,

dieser vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. X2. _____ und / oder Rechtsanwalt
lic. iur. X3. _____,

gegen

B. _____,

Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y1. _____ und / oder Rechtsanwältin MLaw
Y2. _____,

betreffend **Konkurseröffnung / Insolvenzerklärung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren
(Konkurssachen) des Bezirksgerichtes Meilen vom 4. Juni 2021 (EK210057)

Erwägungen:

1.

1.1 Am 8. März 2021 beantragte die Beschwerdegegnerin beim Einzelgericht im summarischen Verfahren (Konkurssachen) des Bezirksgerichtes Meilen (nachfolgend: Vorinstanz), es sei gestützt auf Art. 191 SchKG der Konkurs über sie zu eröffnen, und erklärte sich für zahlungsunfähig (act. 7/1). Mit Urteil vom 12. März 2021 eröffnete die Vorinstanz daraufhin den Konkurs über die Beschwerdegegnerin (vgl. act. 5/2 = act. 7/12).

1.2. Dagegen erhob die Beschwerdeführerin am 25. März 2021 Beschwerde gemäss Art. 194 i.V.m. Art. 174 SchKG beim Obergericht des Kantons Zürich und beantragte, es sei die Nichtigkeit der Konkursöffnung festzustellen, eventualiter das Konkurserkennntnis aufzuheben (act. 5/6). Als Beschwerdegrund machte sie geltend, die Beschwerdegegnerin habe die Insolvenzerklärung gegenüber einem örtlich bzw. international unzuständigen Gericht abgegeben, weil sie in der Schweiz gar keinen Wohnsitz mehr habe (act. 5/6 S. 5 und 8 ff.). Dieses Verfahren wird nachfolgend als erstes Beschwerdeverfahren bezeichnet.

1.3. Ebenfalls am 25. März 2021 beantragte die Beschwerdeführerin bei der Vorinstanz mit derselben Begründung (örtliche bzw. internationale Unzuständigkeit), es sei das Konkurserkennntnis vom 12. März 2021 in Anwendung von Art. 256 Abs. 2 ZPO (Wiedererwägung) aufzuheben (act. 7/15-17).

1.4. Mit Beschluss vom 3. Mai 2021 trat die Kammer auf die Beschwerde gegen die Konkursöffnung nicht ein, da es der Beschwerdeführerin an der Beschwerdelegitimation mangle und das Konkursdekret überdies entgegen der Beschwerdeführerin nicht nichtig sei (OGer ZH PS210050 vom 3. Mai 2021). Gegen diesen Entscheid im ersten Beschwerdeverfahren gelangte die Beschwerdeführerin an das Bundesgericht (Geschäfts-Nr. 5A_452/2021).

1.5. Mit Urteil vom 4. Juni 2021 wies die Vorinstanz das Wiedererwägungsgesuch um Aufhebung des Konkurserkennntnisses ab und erkannte, es werde am Entscheid vom 12. März 2021 festgehalten (act. 3 = act. 6 [Aktensexemplar] =

act. 7/38). Dagegen gelangte die Beschwerdeführerin mit Beschwerde vom 21. Juni 2021 an die Kammer und beantragte, es sei das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (act. 2 S. 2). Dieses Verfahren wird nachfolgend als das vorliegende zweite Beschwerdeverfahren bezeichnet.

1.6. Mit Verfügung vom 23. Juli 2021 wurde der Beschwerdegegnerin Gelegenheit gegeben, sich zum Verfahrens Antrag der Beschwerdeführerin auf Sistierung des vorliegenden zweiten Beschwerdeverfahrens zu äussern (act. 11; zum Sistierungsantrag vgl. act. 2 S. 2). Am 6. August 2021 reichte die Beschwerdegegnerin fristgerecht (vgl. act. 12) ihre Stellungnahme ein und beantragte die Abweisung der Beschwerde und des Sistierungsgesuchs; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdeführerin (act. 13 S. 2). Mit Verfügung vom 24. August 2021 wurde das vorliegende zweite Beschwerdeverfahren bis zu einem Endentscheid des Bundesgerichts im Verfahren 5A_452/2021 sistiert (act. 15).

1.7. Am 14. Dezember 2022 erging der betreffende Entscheid des Bundesgerichts im Verfahren 5A_452/2021 (act. 20). Das Bundesgericht hiess die Beschwerde der Beschwerdeführerin gut und wies die Sache zur Behandlung der Beschwerde gegen die Konkurseröffnung an die Kammer zurück (act. 20 S. 9). Das erste Beschwerdeverfahren wurde daraufhin unter der Geschäftsnummer PS230007 neu eröffnet.

1.8. Mit Eingabe vom 30. Januar 2023 ersuchte die Beschwerdeführerin darum, das vorliegende zweite Beschwerdeverfahren bis zur rechtskräftigen Erledigung des ersten Beschwerdeverfahrens (PS230007) weiter sistiert zu halten (act. 19). Mit Verfügung vom 1. Februar 2023 wurde der Beschwerdegegnerin Frist zur Stellungnahme zum neuerlichen Sistierungsgesuch der Beschwerdeführerin angesetzt (act. 21). Die Beschwerdegegnerin liess sich innert Frist nicht vernehmen.

1.9. Mit Verfügung vom 22. Februar 2023 wurde den Parteien mitgeteilt, es stehe eine Verfahrensabschreibung im Raum; gleichzeitig wurde den Parteien Gelegenheit gegeben, sich dazu sowie zu den Kosten- und Entschädigungsfolgen ei-

ner allfälligen Verfahrensabschreibung zu äussern (act. 23). Mit Stellungnahme vom 16. März 2023 erklärte die Beschwerdeführerin, dass sie gegen eine Verfahrensabschreibung nichts einzuwenden habe (act. 27 S. 2 Rz. 3). Die Beschwerdegegnerin liess sich nicht vernehmen.

2.

2.1. Das vorliegende zweite Beschwerdeverfahren wurde mit Verfügung vom 24. August 2021 "bis zu einem Endentscheid des Bundesgerichts im Verfahren 5A_452/2021 sistiert" (act. 15). Der Endentscheid des Bundesgerichts im Verfahren 5A_452/2021 ist am 14. Dezember 2022 ergangen (act. 20). Die Sistierung ist daher nunmehr wieder aufzuheben (vgl. ZK ZPO-STAEHELIN, 3. Aufl. 2016, Art. 126 N 6).

2.2. Die Beschwerdeführerin wirft der Vorinstanz im vorliegenden zweiten Beschwerdeverfahren in erster Linie verschiedene Gehörsverletzungen vor und beantragt die Rückweisung des Verfahrens zur Neuurteilung an die Vorinstanz (act. 2 S. 2 und S. 13 ff. Rz. 32-40). In der Sache dreht sich der Streit aber um die Frage der örtlichen Zuständigkeit der Vorinstanz für die Konkursöffnung (act. 2 S. 16 ff. Rz. 41-47). Diese Frage wird infolge des Rückweisungsentscheids des Bundesgerichts vom 14. Dezember 2022 von der Kammer (bereits) im ersten Beschwerdeverfahren zu beurteilen sein. Beim ersten Beschwerdeverfahren handelt es sich um das ordentliche Rechtsmittelverfahren gegen den Konkursöffnungsentscheid vom 12. März 2021 (Art. 194 i.V.m. Art. 174 SchKG). Demgegenüber liegt dem vorliegenden zweiten Beschwerdeverfahren ein Wiedererwägungsgesuch gemäss Art. 256 Abs. 2 ZPO zugrunde. Angesichts dessen und weil überdies die Voraussetzungen für eine Aufhebung des Konkurskenntnisses auf Insolvenzerklärung im Wiedererwägungsverfahren grundsätzlich enger als im ordentlichen Rechtsmittelverfahren wären (Art. 256 Abs. 2 ZPO: "es sei denn, das Gesetz oder die Rechtssicherheit ständen entgegen"; vgl. auch OGer ZH PS210122 vom 12. Oktober 2021 E. 3.5), besteht kein schutzwürdiges Interesse mehr an der Fortführung des vorliegenden zweiten Beschwerdeverfahrens (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO). Fällt das Rechtsschutzinteresse während des Verfahrens weg, so wird der Prozess gegenstandslos (statt vieler: CHK ZPO-SUTTER-

SOMM/SEILER, Art. 242 N 8). Das vorliegende zweite Beschwerdeverfahren ist deshalb gestützt auf Art. 242 ZPO als gegenstandslos abzuschreiben.

3.

3.1. Damit bleibt noch über die Verteilung der Prozesskosten zu befinden. Die Prozesskosten werden in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Das Gericht kann von den Verteilungsgrundsätzen nach Art. 106 ZPO abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen, wenn eine Partei in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst war (Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO) sowie wenn das Verfahren als gegenstandslos abgeschrieben wird und das Gesetz – wie hier – nichts anderes vorsieht (Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO). In letzterem Fall ist für die Kostenverlegung je nach Lage des Einzelfalls zu berücksichtigen, welche Partei Anlass zur Klage gegeben hat, welches der mutmassliche Prozessausgang gewesen wäre, bei welcher Partei die Gründe eingetreten sind, die zur Gegenstandslosigkeit des Prozesses geführt haben, und welche Partei allenfalls unnötigerweise Kosten verursacht hat. Zwischen diesen Kriterien besteht keine fixe Rangordnung, sondern es steht im Ermessen des Gerichts, welchem Kriterium es den Vorrang gibt (vgl. BGE 142 V 551 E. 8.2; BGer 5A_717/2020 vom 2. Juni 2021 E. 4.2.1.1; BGer 5A_1047/2019 vom 3. März 2020 E. 3.1.1).

3.2. Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Prozesskosten seien der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen. Diese habe durch ihre Insolvenzerklärung vor einem unzuständigen Gericht Anlass zur Erhebung der Rechtsmittel gegeben. Die vorliegende Beschwerde gegen den Wiedererwägungsentscheid hätte zudem in jedem Fall gutgeheissen werden müssen, dies nur schon aufgrund der eklatanten Gehörsverletzungen. Ihr, der Beschwerdeführerin, könne auch nicht zum Vorwurf gereichen, dass sie mit ihrer erfolgreichen Beschwerde im Verfahren BGer 5A_452/2021 die Gegenstandslosigkeit des Wiedererwägungsverfahrens verursacht habe. Es sei zunächst unsicher gewesen, ob die Rechtsmittelinstanzen auf ihre Beschwerde gegen den ursprünglichen Konkursöffnungsentscheid eintreten würden oder ihr lediglich der Weg über das Wiedererwägungsgesuch

bei der Vorinstanz bleiben würde. Das Obergericht habe ihr alsdann im Beschluss vom 3. Mai 2021 die Beschwerdelegitimation auch tatsächlich abgesprochen und darauf hingewiesen, dass das Konkursgericht in Anwendung von Art. 256 Abs. 2 ZPO von Amtes wegen oder auf Antrag hin auf die Konkurseröffnung zurückkommen und diese aufheben könne. Es sei ihr vor diesem Hintergrund gar nichts anderes übrig geblieben, als auf Nummer sicher zu gehen und beide Rechtsmittel parallel einzureichen (act. 27 S. 3 Rz. 8).

3.3. Vorliegend lässt sich der mutmassliche Ausgang des Beschwerdeverfahrens aufgrund einer summarischen Beurteilung nicht abschätzen. Mit Bezug auf die behaupteten Gehörsverletzungen stellen sich heikle Rechtsfragen, deren Beantwortung eine eingehende Auseinandersetzung mit der Natur des (erstinstanzlichen) Verfahrens nach Art. 191 SchKG sowie den Verfahrens- und Einsichtsrechten der (Dritt-)Gläubiger des antragstellenden Schuldners voraussetzen würde. Der mutmassliche Prozessausgang ist daher vorliegend kein sachgerechtes Kriterium für die Verteilung der Prozesskosten.

3.4. Veranlasst wurde das vorliegende zweite Beschwerdeverfahren durch die Beschwerdeführerin: Die Beschwerdeführerin reichte – am gleichen Tag, an dem sie auch die Beschwerde gegen den ursprünglichen Konkurseröffnungsentscheid bei der Kammer einreichte – bei der Vorinstanz ein Wiedererwägungsgesuch gemäss Art. 256 Abs. 2 ZPO ein und erhob alsdann gegen den abschlägigen Wiedererwägungsentscheid der Vorinstanz Beschwerde bei der Kammer (vgl. oben E. 1.2 f. und 1.5). Die Beschwerdeführerin setzte mir ihrer (erfolgreichen) Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht gegen den Nichteintretensentscheid im ersten Beschwerdeverfahren auch den Grund dafür, dass das vorliegende zweite Beschwerdeverfahren letztlich gegenstandslos wurde (vgl. oben E. 2.2). Zwar ist der Beschwerdeführerin zuzugestehen, dass sie gute Gründe dafür hatte, das Rechtsmittel- und das Wiedererwägungsverfahren parallel einzuleiten, um vorzusorgen für den Fall, dass ihr die Beschwerdelegitimation abgesprochen würde (vgl. OGer ZH PS210050 vom 3. Mai 2021 E. 2 f.). Wer sich jedoch dafür entscheidet, trotz ungewissen Ausgangs des Rechtsmittelverfahrens bereits ein Wiedererwägungsgesuch einzureichen und damit gleichzeitig auf zwei Schie-

nen zu fahren, muss die damit verbundenen Prozessrisiken auf sich nehmen. Zu diesen Risiken gehört insbesondere, dass der angefochtene Entscheid im Rechtsmittelverfahren aufgehoben oder abgeändert und das Wiedererwägungsverfahren dadurch im Sinne von Art. 242 ZPO gegenstandslos wird. Es rechtfertigt sich deshalb, die Beschwerdeführerin die Prozesskosten des Wiedererwägungsverfahrens tragen zu lassen.

3.5. Die Vorinstanz auferlegte den Parteien keine Gerichtskosten, sprach keine Parteientschädigung zu und entschädigte die unentgeltlichen Rechtsbeistände der Beschwerdegegnerin – unter Vorbehalt der Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 Abs. 1 ZPO – aus der Gerichtskasse (act. 6 S. 11 Dispositivziffern 1-3). Ausgangsgemäss und weil die Beschwerdeführerin wegen des Verschlechterungsverbots (Verbot der reformatio in peius) nicht dazu verpflichtet werden kann, der Beschwerdegegnerin für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung zu bezahlen, hat es dabei sein Bewenden.

3.6. Die Spruchgebühr für das zweitinstanzliche Verfahren ist in Anwendung von Art. 61 Abs. 1 i.V.m. Art. 52 lit. b GebV SchKG auf Fr. 250.– festzusetzen und mit dem von der Beschwerdeführerin geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 750.– (act. 10) zu verrechnen (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Der Überschuss ist der Beschwerdeführerin unter Vorbehalt eines allfälligen Verrechnungsanspruchs zurückzuerstatten.

3.7. Weiter ist die Beschwerdeführerin zu verpflichten, der Beschwerdegegnerin eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 111 Abs. 2 ZPO). Die Höhe der Parteientschädigung richtet sich nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren (AnwGebV) vom 8. September 2010 und ist grundsätzlich unter Berücksichtigung des Streitwertes in Anwendung von § 13 Abs. 1 i.V.m. § 4 Abs. 1 und 2, § 9 und § 11 Abs. 1 und 4 AnwGebV festzusetzen. Vorliegend entspricht der Streitwert, welcher sich aus dem streitwertigen Interesse der Beschwerdeführerin an der Aufhebung der vorinstanzlichen Konkursöffnung ergibt, mutmasslich der Differenz des Verwertungserlöses bei fortgesetztem Pfändungsverfahren und der voraussichtlichen Konkursdividende. Diese Werte sind nicht feststellbar. Die Gesamtfor-

derung der Beschwerdeführerin soll immerhin rund Fr. 40 Mio. betragen (vgl. act. 2 S. 7 Rz. 14), womit ein sehr hoher Streitwert, allenfalls sogar im Millionenbereich, möglich erscheint. Bei einem sehr hohen Streitwert hätte vorliegend aufgrund des offensichtlichen Missverhältnisses zwischen dem Streitwert und dem notwendigen Zeitaufwand der Vertretung indes zwangsläufig eine Korrektur der Parteientschädigung über § 2 Abs. 2 AnwGebV zu erfolgen, zumal den Rechtsvertretern der Beschwerdegegnerin bislang lediglich im Zusammenhang mit der Stellungnahme vom 6. August 2021 (act. 13) zum ersten Sistierungsgesuch der Beschwerdeführerin nennenswerter Aufwand erwuchs. Auf Stellungnahmen zum zweiten Sistierungsgesuch der Beschwerdeführerin und zu den Kosten- und Entschädigungsfolgen einer Verfahrensabschreibung verzichtete die Beschwerdegegnerin (vgl. oben E. 1.8 f.). Zur Beantwortung der Beschwerde wurde sie (noch) nicht aufgefordert. Vor diesem Hintergrund sowie mit Blick auf den thematisch eingeschränkten Gegenstand und den Umfang der Stellungnahme vom 6. August 2021 (7 Seiten inkl. Deckblatt und Beweismittelverzeichnis) erscheint eine Parteientschädigung von Fr. 500.– (inkl. MwSt.) angemessen.

Es wird beschlossen:

1. Die Sistierung des Verfahrens wird aufgehoben.
2. Das Verfahren wird als gegenstandslos abgeschlossen.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 250.– festgesetzt und mit dem von der Beschwerdeführerin geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Im Mehrbetrag wird der Kostenvorschuss der Beschwerdeführerin zurückerstattet, unter Vorbehalt eines allfälligen Verrechnungsanspruchs.
4. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, der Beschwerdegegnerin für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 500.– zu zahlen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage von Doppeln von act. 2 und act. 27, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

6. 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

Der Gerichtsschreiber:

MLaw S. Widmer

versandt am:
5. Mai 2023