

Art. 174 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG, Verzicht auf die Durchführung des Konkurses, Art. 106 ZPO, Kostenaufgabe an die unterliegende Partei. *Der Verzicht auf die Durchführung des Konkurses nach Konkurseröffnung muss kein Unterliegen bedeuten.*

Der Verzicht auf die Durchführung des Konkurses nach dessen Eröffnung beendet das Verfahren nicht unmittelbar - der Schuldner muss für die Aufhebung des Konkurses vielmehr zusätzlich den Nachweis seiner Zahlungsfähigkeit erbringen. Die strenge Praxis der Kostenaufgabe an den Gläubiger wird gelockert. Anordnungen zu den Kostenfolgen, wenn der Schuldner nicht wie im Fall von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 oder 2 SchKG auch die Kosten von Konkursgericht und Konkursamt sichergestellt hat.

(aus den Erwägungen des Obergerichts:)

3. Kosten

Die Kosten des Verfahrens trägt grundsätzlich die unterliegende Partei, und der Klagerückzug gilt nach gesetzlicher Vermutung als Unterliegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Davon kann in begründeten Fällen abgewichen werden, namentlich wenn sich eine Partei in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst sah (Art. 107 Abs. 1 lit. b ZPO).

Zu beachten ist vorliegend, dass der Rückzug des Konkursbegehrens durch die Gläubigerin *nach* Konkurseröffnung nicht als Klagerückzug im Sinne von Art. 106 Abs. 1 ZPO verstanden werden kann, da der Konkurs dennoch nur dann aufgehoben werden kann, wenn die Schuldnerin ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht. Auch kann der Erfolg der Schuldnerin im vorliegenden Rechtsmittelverfahren nicht als Unterliegen der Gläubigerin gewertet werden. Vielmehr rechtfertigt es sich in dieser Konstellation, die Kosten beider Instanzen sowie die allenfalls bereits beim Konkursamt angefallenen Kosten der Schuldnerin aufzuerlegen, hat sie doch durch ihr Zahlungsverhalten das Verfahren veranlasst. Eine Parteientschädigung ist der Gläubigerin jedoch bereits mangels Antrag nicht zuzusprechen.

Die Kosten können mit den geleisteten Vorschüssen verrechnet werden. Die Schuldnerin leistete beim Obergericht einen Kostenvorschuss von Fr. 750.—.

Die Gläubigerin leistete vor Vorinstanz einen Kostenvorschuss von Fr. 1'800.–, woraus Fr. 500.– für die erstinstanzliche Entscheidegebühr bezogen und der Rest an das Konkursamt Männedorf überwiesen wurde. Der Gläubigerin ist für die aus ihrem Vorschuss bezogenen, aber der Schuldnerin auferlegten Kosten ein Rückforderungsrecht einzuräumen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren (Konkurssachen) des Bezirksgerichts Meilen vom 12. August 2015, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
3. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 500.– wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt. Die Schuldnerin hat der Gläubigerin diese Kosten zu ersetzen.
4. Der Gläubigerin wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
5. Das Konkursamt Männedorf wird angewiesen, vom Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses (d.h. Fr. 1'300.–) den nach Abzug seiner Kosten verbleibenden Restbetrag der Gläubigerin auszuzahlen. Die Schuldnerin wird verpflichtet, der Gläubigerin die aus deren Vorschuss bezogenen Aufwendungen des Konkursamtes zu ersetzen.

Obergericht, II. Zivilkammer
Urteil vom 9. September 2015
Geschäfts-Nr.: PS150148-O/U