

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF120002-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. iur. Hunziker Schnider und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Muraro-Sigalas.

Beschluss und Urteil vom 31. Januar 2012

in Sachen

A._____,

Gesuchsteller und Berufungskläger,

gegen

Konkursamt B._____,

Gesuchsgegner und Berufungsbeklagter,

betreffend **Rechtsschutz in klaren Fällen**

(sofortige Aufhebung der konkursamtlichen Verfügungen im Zusammenhang mit der Grundstücksteigerung der Liegenschaft "C.____str. ... und ...", in Z.____, durch das Konkursamt B.____)

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirkes Meilen vom 21. Dezember 2011 (ER110041)

Erwägungen:

1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1. Mit Eingabe vom 15. November 2011, gleichentags zur Post gegeben, reichte der Gesuchsteller und Berufungskläger (nachfolgend Berufungskläger) bei der Vorinstanz folgendes Rechtsbegehren ein (act. 1 S. 3):

- "1. Es sei dem Konkursamt B._____ (Gesuchsgegner) vor dem 22. November 2011 unter Androhung der Ungehorsamsstrafe gemäss Art. 292 StGB für den Fall der Zuwiderhandlung zu verbieten, die hier angefochtene Steigerungsverfügung vom tt. November 2011 (Besichtigung der Steigerungsobjekte am 22. November 2011 sowie Zwangsversteigerung der Liegenschaften "C._____strasse ... und ...", in Z._____ am tt. Dezember 2011) zu vollziehen.
2. Dem Gesuchsgegner sei kosten- und schadenersatzpflichtig zu befehlen, die am tt. November 2011 erfolgten öffentlichen amtlichen Anzeigen in den gleichen Medien im Sinne von Art. 22 SchKG zu widerrufen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8% MWST) zulasten des Gesuchsgegners bzw. der Staatskasse."

1.2. Das vorinstanzliche Rechtsbegehren war gemäss Anweisung des damaligen Rechtsvertreters des Berufungsklägers explizit im Verfahren des Rechtsschutzes in klaren Fällen zu beurteilen (act. 4).

1.3. Die Vorinstanz setzte dem Berufungskläger mit Verfügung vom 16. November 2011 unter anderem Frist an, um den Streitwert des Gesuchs zu beziffern (act. 5). Der Berufungskläger bezifferte den Streitwert in seinem Schreiben vom 22. November 2011 mit Fr. 0.– (act. 6). Mit Verfügung vom 23. November 2011 setzte die Vorinstanz dem Berufungskläger unter anderem Frist an, um sich angesichts des behaupteten Streitwerts von Fr. 0.– über sein schutzwürdiges Interesse am Gesuch auszusprechen (act. 10). Mit Schreiben vom 2. Dezember 2011 führte der Berufungskläger sinngemäss und zusammengefasst aus, dass zufolge eines vom Berufungskläger erstrittenen EMRK-Urteils und eines damit geschlossenen Konkurses über den Berufungskläger keine Amtshandlungen hätten vorgenommen werden dürfen und diese gemäss Art. 22 SchKG absolut nichtig seien. Dies sei von den Behörden von Amtes wegen zu

beachten (act. 12). Mit Verfügung vom 5. Dezember 2011 setzte die Vorinstanz dem Berufungskläger Frist an, um einen Kostenvorschuss von Fr. 30'000.– zu leisten, ansonsten auf das Gesuch nicht eingetreten werde. Die Vorinstanz ging von einem Streitwert von Fr. 3'500'000.– aus; hierbei handelt es sich um den konkursamtlichen Schätzungswert der Grundstücke gemäss der Anzeige über die konkursamtliche Grundstücksteigerung (act. 13 und act. 12). Mit Schreiben vom 13. Dezember 2011 erklärte der Berufungskläger, dass widerrechtliche Verfügungen kostenlos aufzuheben seien und deshalb kein Kostenvorschuss geschuldet sei (act. 15). Mit Verfügung vom 21. Dezember 2011 trat die Vorinstanz auf das Gesuch des Berufungsklägers nicht ein. Zum einen begründete sie dies damit, dass der Kostenvorschuss nicht geleistet worden sei, zum anderen damit, dass es an der sachlichen Zuständigkeit fehle (act. 16 = act. 19).

1.4. Mit Eingabe vom 9. Januar 2012 reichte der Berufungskläger rechtzeitig Berufung gegen die vorinstanzliche Verfügung vom 21. Dezember 2011 ein mit den folgenden Anträgen (act. 20 und act. 17/1):

- "1.1. Die hier angefochtene Verfügung des Vizepräsidenten, Dr. W. Egger, des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Meilen, vom 21. Dezember 2011, betreffend Besitzzschutz im Sinne von Art. 926 ff. ZGB (Geschäfts Nr. ER110041-G/U/Eg-Bo/jl) sei sofort kosten-, ersatz- und genugtungspflichtig zulasten der Staatskasse bzw. zugunsten des obsiegenden Berufungsklägers aufzuheben und antragsgemäss umgehend zu vollziehen.
- 1.2. Es sei den Berufungsbeklagten das gesamte von ihnen admasierte Eigentum des Berufungsklägers im Sinne von Art. 926 Abs. 2 ZGB sofort wieder abzunehmen und lastenfrei (inkl. die zu unrecht beschlagnahmten Hypotheken) zurück zu geben.
- 1.3. Alles unter Kosten-, Entschädigungs- und Genugtuungsfolgen (inkl. 8% MWST), zuzüglich aller weiteren anfallenden Kosten zulasten der Berufungsbeklagten bzw. der Staatskasse.

1.5. Auf die Einholung einer Beschwerdeantwort kann verzichtet werden, da sich die Beschwerde als offensichtlich unbegründet erweist (vgl. Art. 322 Abs. 1 ZPO). Das Verfahren ist somit spruchreif.

2. Rechtliches

2.1. Bei der Berufungsinstanz verlangt der Berufungskläger die Aufhebung der Verfügung der Vorinstanz vom 21. Dezember 2011 (Antrag Nr. 1.1). Mit vorinstanzlichem Rechtsbegehren / Gesuch hatte der Berufungskläger ein Verbot von Vollstreckungshandlungen des Konkursamts bzw. den Widerruf von Publikationen durch das Konkursamt im Rahmen einer Besitzschutzklage verlangt. An einem Verbot der Zwangsversteigerung sowie an einem Widerruf der Publikationen besteht nun aber kein Rechtsschutzinteresse mehr, da die Zwangsvollstreckung mittlerweile vollzogen wurde. Diesbezüglich ist auf den Antrag auf Aufhebung der vorinstanzlichen Verfügung (Antrag Nr. 1.1) nicht einzutreten.

2.2. Der Berufungskläger macht ausserdem geltend, die Staatskasse sei kosten-, ersatz- und genugtungspflichtig für das vorinstanzliche Verfahren (Antrag Nr. 1.1).

2.2.1. Auf die Anträge auf eine Genugtung respektive auf eine Entschädigung, welche über das hinausgeht, was im Rahmen der ZPO in Verbindung mit der AnwGebV zugesprochen werden kann, ist mangels sachlicher Zuständigkeit nicht einzutreten. Diesbezüglich richtet sich die Zuständigkeit nach dem Haftungsgesetz des Kantons Zürich vom 14. September 1969.

2.2.2. Soweit der Berufungskläger die Kosten- und Entschädigungsfolge in der vorinstanzlichen Verfügung anfecht (Antrag Nr. 1.1), ist auf den Antrag einzutreten. Dem Berufungskläger wurde von der Vorinstanz eine Entscheidegebühr von Fr. 15'000.– auferlegt (Dispositiv-Ziffern 2 und 3). Parteientschädigungen wurden keine zugesprochen (Dispositiv-Ziffer 4). Für die Überprüfung der vorinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolge ist die Richtigkeit der angefochtenen Verfügung zu überprüfen. Die Vorinstanz trat auf das Gesuch nicht ein, weil der verlangte Kostenvorschuss nicht geleistet wurde, und hielt ausserdem fest, dass die sachliche Zuständigkeit nicht gegeben sei.

2.2.3. Mit Verfügung vom 5. Dezember 2011 setzte die Vorinstanz dem Berufungskläger eine Frist von 7 Tagen an, um einen Kostenvorschuss von Fr. 30'000.– zu leisten, ansonsten auf das Gesuch nicht eingetreten werde

(act. 13). Innert der ihm angesetzten Frist leistete der Berufungskläger keinen Kostenvorschuss, reichte aber eine Stellungnahme ein, in welcher er erklärte, widerrechtliche Verfügungen des Konkursamtes seien kostenlos aufzuheben (act. 15). Die Vorinstanz fällte am 21. Dezember 2011 einen Nichteintretensentscheid, ohne dem Berufungskläger eine Nachfrist gemäss Art. 101 Abs. 3 ZPO angesetzt zu haben. Die Vorinstanz begründete den Nichteintretensentscheid (unter anderem) damit, dass der Berufungskläger innert Frist weder die Verfügung vom 5. Dezember 2011 angefochten noch den Kostenvorschuss geleistet habe. Deshalb sei androhungsgemäss auf sein Gesuch nicht einzutreten (act. 16 S. 3).

Dass die Vorinstanz einen Kostenvorschuss verlangte, war rechtens. Das vom Berufungskläger angestrebte Verfahren des Rechtsschutzes in klaren Fällen richtete sich nach der ZPO, womit auch Art. 98 ZPO (Kostenvorschuss) zur Anwendung gelangte. Zu beachten war aber auch Art. 101 Abs. 3 ZPO. Diese Bestimmung besagt, dass das Gericht auf die Klage oder das Gesuch nicht eintritt, wenn der Kostenvorschuss auch nicht innert einer *Nachfrist* geleistet wird. Eine Nachfrist gemäss Art. 101 Abs. 3 ZPO ist zwingend zu gewähren (vgl. ZK ZPO-Suter/von Holzen, Art. 101 N. 9 sowie Adrian Urwyler, DIKE-Komm-ZPO, Art. 101 N. 5). Dies gilt wohl auch bei einer antizipierten Leistungsverweigerung. Im vorliegenden Fall kann allerdings nicht von einer antizipierten Leistungsverweigerung ausgegangen werden. Der Berufungskläger äusserte lediglich seine Ansicht, dass das Verfahren kostenlos sein müsse und dass deshalb kein Kostenvorschuss seitens des Gesuchstellers geschuldet sei. Aus dieser Äusserung kann nicht geschlossen werden, dass er den Kostenvorschuss auch innert einer ihm angesetzten Nachfrist nicht geleistet hätte. Ein Nichteintretensentscheid wegen fehlender Leistung des Kostenvorschusses durfte somit – trotz Androhung der Säumnisfolgen mit der ersten Fristansetzung (vgl. act. 13) – vor Ansetzung einer Nachfrist und deren ungenutzten Ablaufs von der Vorinstanz nicht gefällt werden. Die Sache müsste an die Vorinstanz zur Ansetzung einer Nachfrist zurückgewiesen werden, wenn eine solche Rückweisung nicht bereits an der inzwischen eingetretenen Gegenstandslosigkeit wegen der Versteigerung des Streitobjekts (und allenfalls – was noch zu prüfen sein wird – an einer fehlenden sachlichen Zuständigkeit der Vorinstanz) scheitern würde.

2.2.4. Der Berufungskläger verlangte im vorinstanzlichen Verfahren zum einen ein Verbot der Zwangsversteigerung (Antrag Nr. 1) und zum anderen den Widerruf der am tt. November 2011 erfolgten öffentlichen Anzeigen des Konkursamtes B._____ im Sinne von Art. 22 SchKG (Antrag Nr. 2). Der Berufungskläger berief sich dabei auf den Besitzschutz gemäss Art. 926 ff. ZGB.

Bei der fraglichen Zwangsversteigerung handelte es sich um eine konkursamtliche Grundstücksteigerung. Dies ergibt sich aus der Publikation (vgl. act. 3/2). Der Berufungskläger machte geltend, der Konkurs über ihn sei vom Konkursrichter des Bezirksgerichts Meilen mit Verfügung vom 27. Juni 2001 als geschlossen erklärt worden. Abtretungen von Forderungen (paulianische Anfechtungsklagen) aus dem vorgenannten Konkurs von den Abtretungsgläubigern hätten auf dem Zivilweg erfolgen müssen und allfällige Ansprüche aus diesen Verfahren hätten auf dem ordentlichen Betreuungsweg – und nicht durch Weiterführung eines im Jahre 2001 geschlossenen Konkurses – durchgesetzt werden müssen. Da die vom Konkursamt B._____ erfolgten Amtshandlungen trotz geschlossenem Konkurs über den Gesuchsteller widerrechtlich und amtspflichtwidrig erfolgt seien und noch immer erfolgten, seien sie gemäss Art. 22 SchKG absolut nichtig (act. 12).

Eine Besitzesstörung durch eine bestimmte Person kann bei klaren Verhältnissen über den "Rechtsschutz in klaren Fällen" (Art. 257 ZPO) geklärt werden (vgl. ZK ZPO-Göksu, Art. 258 N. 20). Der Berufungskläger klagte gegen das Konkursamt B._____. Besitzesstörungen können grundsätzlich auch vom Staat und seinen Beamten und Angestellten veranlasst werden. Die Besitzeschutzklage steht aber *nur dann* zur Verfügung, wenn die Störungen bei zweckentsprechender Verfolgung der gesetzten Ziele vermeidbar waren. Soweit die Besitzesstörungen mit der Erfüllung der öffentlich-rechtlichen Aufgaben unvermeidbar verbunden sind, ist die Besitzesstörungsklage ausgeschlossen, da die Eigenmacht nicht verboten ist (vgl. BSK ZGB II–Stark/Ernst, 3. Aufl. 2007, Art. 928 N. 8, vor Art. 926–929 N 20 und BK ZGB IV/3/1–Stark, 3. Aufl. 2001, Art. 928 N. 16). Um beurteilen zu können, ob die Eigenmacht verboten war oder nicht, sind aus dem Verfahren der paulianischen Anfechtung mit der Prozessnummer LB070012 Kopien der Entscheide sämtlicher Instanzen zur Sache beizuziehen (act. 21/1-5). Wie sich aus

diesen Entscheiden ergibt, wurde das Konkursamt B._____ im Zusammenhang mit der vom Berufungskläger genannten paulianischen Anfechtung vom Bezirksgericht Meilen mit Urteil vom 15. Dezember 2006 (nach Schluss des Konkursverfahrens) *angewiesen*, die Liegenschaften C._____strasse ... und ..., Z._____, zu verwerten (act. 21/1 S. 60). Dieser Entscheid wurde angefochten und gelangte bis ans Bundesgericht; er wurde jedoch in sämtlichen Instanzen bestätigt (vgl. act. 21/2 S. 55 f., act. 21/3 S. 7 bzw. act. 21/4 S. 24 f. und act. 21/5 S. 9). Das Konkursamt vollzog das Urteil aus der paulianischen Anfechtung, handelte somit in Erfüllung seiner öffentlich-rechtlichen Aufgaben und auf Anweisung einer richterlichen Instanz. Eine Besitzesschutzklage gegen die im Zusammenhang mit der angeordneten Zwangsvollstreckung stehenden Handlungen des Konkursamts stand bzw. steht nicht (auch noch) zur Verfügung. Damit ist die sachliche Zuständigkeit der Vorinstanz zu verneinen, und es kann festgehalten werden, dass der Nichteintretensentscheid der Vorinstanz zu Recht erfolgte. Der Antrag auf Aufhebung der vorinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolge ist abzuweisen.

2.3. In seinem Antrag Nr. 1.2 verlangt der Berufungskläger neu sinngemäss eine *Restituierung* seines Besitzes. Auch wenn der Berufungskläger seine Besitzesschutzklage auf eine neue rechtliche Grundlage stützt – die rechtliche Grundlage für eine Besitzesschutzklage verändert sich, wenn keine *Besitzesstörung* mehr droht, sondern der *Besitz bereits entzogen* wurde –, verändert sich die Tatsache, dass Besitzesschutzklagen gegen den Staat ausgeschlossen sind, wenn Besitzesstörungen mit der Erfüllung der öffentlich-rechtlichen Aufgaben unvermeidbar verbunden sind (vgl. oben Ziff. 2.2.4), nicht. Ausserdem macht der Berufungskläger keine Gründe geltend, weshalb trotz Wegfalls des Streitgegenstandes trotzdem in der Sache entschieden werden sollte; solche Gründe sind auch nicht ersichtlich. Unzulässig ist zudem die Aufnahme neuer Beklagter im Berufungsverfahren, sofern nicht die Voraussetzungen für einen Parteiwechsel erfüllt sind. Weshalb diese Voraussetzungen erfüllt sein sollten, ist weder geltend gemacht noch ersichtlich. Auf den Antrag Nr. 1.2 ist nicht einzutreten.

3. Kosten- und Entschädigungsfolgen

3.1. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Berufungsverfahrens dem Berufungskläger aufzuerlegen. Hinsichtlich des Streitwerts ist auf die Erwägungen der Vorinstanz in der Verfügung vom 5. Dezember 2011 (act. 13) abzustellen. Es ist von einem Streitwert von Fr. 3'500'000.– auszugehen. Dabei handelt es sich um den konkursamtlichen Schätzwert der beiden Grundstücke, welche Gegenstand des vorinstanzlichen Verfahrens bildeten und inzwischen zwangsverwertet wurden.

3.2. Beim in Frage stehenden Streitwert sind die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren gemäss § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 2 Abs. 1 lit. a, § 4 Abs. 1, § 8 Abs. 1 und § 10 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 14'000.– festzusetzen.

3.3. Mangels Umtrieben ist dem Konkursamt B._____ keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Aus dem Verfahren LB070012 werden die act. 295, 312, 313, 314 und 316 in Kopie (act. 21/1-5) zu vorliegendem Prozess beigezogen.
2. Schriftliche Mitteilung an die Parteien mit dem nachstehenden Urteil.

und erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit auf diese eingetreten wird, und die Verfügung des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirkes Meilen vom 21. Dezember 2011 wird bestätigt.
2. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren wird auf Fr. 14'000.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das Berufungsverfahren werden dem Berufungskläger auferlegt.

4. Für das Berufungsverfahren werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Konkursamt B._____ unter Beilage von act. 20, sowie an das Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirkes Meilen, 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 Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 3.5 Mio.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Muraro-Sigalas

versandt am: