

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS110019-O/U

II. Zivilkammer

Obere kantonale Aufsichtsbehörde in
Schuldbetreibungs- und Konkursachen

Mitwirkend: Oberrichterinnen lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, lic. iur. E. Lichti
Aschwanden und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen sowie die
Gerichtsschreiberin lic. iur. M. Weibel.

Beschluss und Urteil vom 21. Februar 2011

in Sachen

1) A. _____,

2) B. _____,

Beschwerdeführer,

Nr. 1 und 2 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____,

betreffend **Einsprache**
(Beschwerde über das Konkursamt Z. _____)

Beschwerde gegen einen Beschluss des Bezirksgerichtes Meilen vom 20. Januar
2011 (CB110004)

Erwägungen:

1. Sachverhalt / Prozessgeschichte

1.1 Der Beschwerdeführer 1 ist Eigentümer und Bewohner eines Grundstückes an der ...strasse in Y._____ (Grundbuch Blatt ...; Liegenschaft; Kataster Nr. ...). Mit öffentlich beurkundetem Vertrag vom 10. Februar 2006 räumte er zugunsten von C._____ an diesem Grundstück ein im Grundbuch vorgemerkt, bedingtes und befristetes Kaufsrecht für Fr. 2.3 Millionen ein (act. 13/6). Über den Beschwerdeführer 1 wurde am 29. April 2009 der Konkurs eröffnet. Mit Verfügung des Konkursamtes Z._____ vom 17. Februar 2010 wurde der Beschwerdeführer 1 gestützt auf Art. 229 Abs. 3 SchKG verpflichtet, eine monatliche Entschädigung für das Bewohnen der genannten Liegenschaft zu entrichten (act. 13/12).

1.2 Bereits mit den Beschlüssen vom 20. August 2010 und 11. November 2010 hatte sich die II. Zivilkammer des Obergerichts als obere kantonale Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen mit obgenanntem Sachverhalt auseinanderzusetzen (Geschäfts-Nrn. NR100051 und NR100074). Dabei trat die Kammer im erstgenannten Entscheid auf den Rekurs des Beschwerdeführers 1 nicht ein, weshalb dieser Beschwerde ans Bundesgericht erhob, welches auf die Beschwerde ebenfalls nicht eintrat.

Im Zusammenhang mit dem zweiten Rekursverfahren ist Folgendes festzuhalten: Mit Schreiben vom 7. Juli 2010 teilte das Konkursamt Z._____ dem Beschwerdeführer 1 mit, er habe infolge Nichtbezahlung der mit Schreiben vom 17. Februar 2010 festgesetzten und geschuldeten monatlichen Entschädigungen für die Monate März bis Juli 2010, die von ihm und seiner Familie bewohnte Liegenschaft in Y._____ bis spätestens per 30. September 2010 zu verlassen (act. 13/14). Gegen das Schreiben vom 7. Juli 2010 erhob der Beschwerdeführer 1 Beschwerde. Das Bezirksgericht Meilen als untere kantonale Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen trat mit Beschluss vom 23. September 2010 auf diese Beschwerde nicht ein. Der daraufhin erhobene Rekurs bei der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich wurde mit Beschluss vom 11. November 2010 abgewiesen (Geschäfts-Nr. NR100074; act. 9). Das Bundes-

gericht trat mit Urteil vom 7. Dezember 2010 auf die Beschwerde des Beschwerdeführers 1 nicht ein (act. 13/15). Das obgenannte Schreiben vom 7. Juli 2010 trat somit am 7. Dezember 2010 in Rechtskraft. Ergänzend ist festzuhalten, dass das Schreiben vom 7. Juli 2010 der Beschwerdeführerin 2 (als Ehefrau des Beschwerdeführers 1 und Mitbewohnerin der Familienwohnung) per Einschreiben in Kopie mitgeteilt wurde und sie folglich vom angesetzten Auszugstermin Kenntnis hatte (act. 13/14). Allerdings beteiligte sie sich, im Gegensatz zur jetzigen Beschwerde, nicht am darauffolgenden Rechtsmittelverfahren.

1.3 Mit Schreiben vom 23. Dezember 2010 forderte das Konkursamt Z._____ sodann den Beschwerdeführer 1 auf, seine Liegenschaft bis 31. Januar 2011 geräumt und gereinigt zu verlassen. Das Schreiben erging wiederum in Kopie gemäss Art. 169 ZGB analog auch an die Beschwerdeführerin 2 (act. 13/1b). Gegen dieses Schreiben liessen die Beschwerdeführer mit Eingabe vom 13. Januar 2011 Beschwerde erheben mit den Anträgen, es sei die Verfügung der Beschwerdegegnerin vom 23. Dezember 2010 betreffend "Letztmalige Aufforderung zum Verlassen der Liegenschaft bis Ende Januar 2011" aufzuheben und zudem sei den Beschwerdeführern zu gestatten, die Liegenschaft ...strasse 23 in Y._____ weiterhin als Familienwohnung zu benutzen. In prozessualer Hinsicht liessen sie beantragen, es sei der Beschwerde aufschiebende Wirkung zu erteilen und der Unterzeichnende sei per 10. Januar 2011 als unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen (act. 1 S. 2).

1.4 Das Bezirksgericht Meilen als untere kantonale Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen trat mit Zirkularbeschluss vom 20. Januar 2011 auf die Beschwerde nicht ein (act. 6).

1.5 Gegen diesen Beschluss liessen die Beschwerdeführer im Sinne von § 83 Abs. 1 GOG rechtzeitig bei der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich als obere kantonale Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen Aufsichtsbeschwerde erheben (act.10). Mit Eingabe vom 3. Februar 2011 beantragt der Rechtsvertreter der Beschwerdeführer, es sei der Zirkularbeschluss der Abteilung des Bezirksgerichts Meilen vom 20. Januar 2011 aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen. Eventualiter sei die Verfügung der

Beschwerdegegnerin vom 23. Dezember 2010 betreffend "Letztmalige Aufforderung zum Verlassen der Liegenschaft bis Januar 2011" aufzuheben und es sei den Beschwerdeführern zu gestatten, die Liegenschaft ...strasse in Y._____ weiterhin als Familienwohnung zu benutzen. In prozessualer Hinsicht wird beantragt, es sei der Beschwerde aufschiebende Wirkung zu erteilen und den Beschwerdeführern der Unterzeichnende per 10. Januar 2011 als unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen (act. 10 S. 2).

1.6 Von der Einholung einer Beschwerdeantwort und einer Vernehmlassung der Vorinstanz ist abzusehen (§§ 322 und 324 ZPO).

2. Anwendbares Recht

Das Verfahren der Aufsichtsbeschwerde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen richtet sich nach den Bestimmungen von Art. 20a Abs. 2 SchKG. Diese sind mit dem Inkrafttreten der schweizerischen Zivilprozessordnung nicht geändert worden (ZPO Anhang 17). So weit Art. 20a SchKG keine Bestimmungen enthält, regeln die Kantone das Verfahren (Art. 20a Abs. 3 SchKG). Das stimmt auch nach dem 1. Januar 2011 mit Art. 1 lit. c ZPO überein: die ZPO regelt nur "die gerichtlichen Angelegenheiten des SchKG", wie die Rechtsöffnung oder die Konkurseröffnung. Die betriebsrechtliche Aufsicht ist nicht von Bundesrechts wegen Sache von Gerichten, und dass sie im Kanton Zürich von den Gerichten wahrgenommen wird, beruht auf dem kantonalen Recht. Die ZPO ist also auf diese Verfahren nicht direkt anwendbar.

Der Kanton Zürich bestimmt im EG SchKG die zuständigen Behörden und bezeichnet das anwendbare Verfahren (§ 17 Abs. 1 und 2 EG SchKG). Bisher wurde auf "die Aufsicht nach Massgabe des SchKG und des GVG" verwiesen, neu auf "SchKG und §§ 80 f. GOG", für das Verfahren und den Weiterzug auf § 83 f. GOG (Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess/GOG vom 10. Mai 2010, Anhang 12). Das bisherige GVG regelte die (Aufsichts-)Beschwerde in den §§ 108 ff., das neue GOG in den §§ 83 ff. - diese Bestimmungen verweisen wiederum auf die Art. 319 ff. ZPO.

Abgesehen davon, dass am 1. Januar 2011 hängige Zivilverfahren von der bisher sachlich zuständigen Instanz fortgeführt werden, enthält das kantonale Recht keine eigenen Übergangsbestimmungen. Die neuen Bestimmungen wurden im Zusammenhang mit dem Inkrafttreten der schweizerischen Zivilprozessordnung erlassen, und sie verweisen für Details des Verfahrens ausdrücklich auf die ZPO. Es liegt daher nahe und drängt sich sachlich auf, die Übergangsbestimmungen der ZPO auch auf das kantonale Verfahren der SchKG-Beschwerde anzuwenden. Ein am 1. Januar 2011 bei einer Aufsichtsbehörde hängiges Verfahren ist demnach nach den bisherigen Verfahrensregeln zu Ende zu führen (Art. 404 Abs. 1 ZPO). Wurde der angefochtene Entscheid nach dem 1. Januar 2011 eröffnet, gelten für das Rechtsmittel die neuen Bestimmungen (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Gleichviel ob für das Rechtsmittel und sein Verfahren altes oder neues Recht gilt, hat die Rechtsmittelinstanz zu prüfen, ob der angefochtene Entscheid den im Zeitpunkt seiner Fällung geltenden Regeln genügt. Für angefochtene Entscheide vor dem 1. Januar 2011 ergibt sich das schon aus dem Grundsatz der Nichtrückwirkung. Aber auch wenn die untere Instanz nach Art. 404 Abs. 1 ZPO (weiter) das alte Verfahrensrecht anzuwenden hatte, wird das nicht darum falsch, weil das zu ergreifende Rechtsmittel selbst nun den neuen Regeln folgt.

Im vorliegenden Fall wurde der angefochtene Entscheid im Januar 2011 eröffnet. Auf das Rechtsmittelverfahren sind damit die neuen Bestimmungen anzuwenden.

3. Materielles

3.1 Die Vorinstanz führt in ihren Erwägungen aus, die Verfügung des Konkursamtes Z._____ vom 7. Juli 2010 sei in formelle Rechtskraft erwachsen, indem diese mit keinem Rechtsmittel mehr angefochten werden könne, weshalb ein (rechtskräftiger) Vollstreckungstitel vorliege. Als Folge des Rechtsmittelverfahrens sei der in der genannten Verfügung festgehaltene Auszugstermin inzwischen verstrichen, worauf das Konkursamt mit der nunmehr angefochtenen Entscheidung vom 23. Dezember 2010 lediglich ein neues Auszugsdatum festgelegt habe. Im Übrigen sei jedoch die Verfügung vom 7. Juli 2010 bestätigt worden. In rechtlicher Hinsicht wird ausgeführt, gemäss BGE 113 III 26 löse eine Bestätigung einer frü-

heren Verfügung grundsätzlich keine Beschwerdefrist aus und deshalb stelle diese keine anfechtbare Verfügung dar. Folglich sei auf die Beschwerde nicht einzutreten (act. 9 S. 2 f.).

3.2 Der Rechtsvertreter macht in seiner Eingabe geltend, beim Schreiben vom 23. Dezember 2010 handle es sich um eine neue Ausweisungsverfügung, welche eine anfechtbare Verfügung im Sinne von Art. 17 SchKG darstelle. Insbesondere handle es sich nicht nur um eine Bestätigung der Verfügung vom 7. Juli 2010. Indem die ausstehenden Entschädigungen für die Wohnkosten im Oktober 2010 durch den Beschwerdeführer 1 vollumfänglich bezahlt worden seien, sei die Verfügung vom 7. Juli 2010 zudem hinfällig geworden. Hinzukomme, dass die Verfügung nunmehr die Bedingung enthalte, dass die Ausweisung vollstreckt werde, soweit der Beschwerdeführer 1 kein kooperatives Verhalten bezüglich Aufnahme von Verhandlungen mit Herrn C._____ zeige. Eine solche Bedingung sei in der Verfügung vom 7. Juli 2010 auch nicht enthalten gewesen. Darüber hinaus stelle die Anordnung eines neuen Auszugstermins ohnehin eine anfechtbare Verfügung dar, weil dies in die Rechtsstellung der Beschwerdeführer eingreife. (act. 10).

3.3 Einleitend ist festzuhalten, dass das Beschwerdeverfahren hinsichtlich des Schreibens vom 7. Juli 2010 mit Urteil des Bundesgerichts vom 7. Dezember 2010 abgeschlossen wurde (act. 13/15). Diesbezüglich ist somit auf die Erwägungen der Vorinstanz abzustellen. Zudem ist anzumerken, dass die Beschwerdeführerin 2 über das Schreiben vom 7. Juli 2010 in Kenntnis gesetzt wurde und deshalb davon auszugehen ist, sie habe sich bewusst nicht am Rechtsmittelverfahren beteiligt. Die Beschwerdeführerin 2 kann sich folglich nicht darauf berufen, der auf Ende Januar 2011 angesetzte Auszugstermin sei zu kurzfristig, weil sie in Unkenntnis über das erste Schreiben gewesen sei.

Nicht als Verfügung im Sinne von Art. 17 SchKG gilt die Bestätigung einer früheren Verfügung. Letztere löst auch keine neue Beschwerdefrist aus (BGE 113 III 26, 29).

Im Schreiben vom 7. Juli 2010 wurde als Auszugstermin der 30. September 2010 festgehalten. Es liegt auf der Hand, dass nach Abschluss des Rechtsmittelverfahrens dieser Termin nicht vollstreckt werden kann bzw. konnte, folglich war das Konkursamt gezwungen, nach Ergehen des Bundesgerichtsurteils einen neuen Auszugstermin festzusetzen. Das Schreiben vom 23. Dezember 2010 ist nicht als "neue" Ausweisungsverfügung zu qualifizieren. Vielmehr nimmt das Konkursamt zu Recht im Sinne einer Bestätigung Bezug auf das Urteil des Bundesgerichts - somit auf das Schreiben vom 7. Juli 2010 - und passt den Auszugstermin an den zeitlichen Ablauf an. Folglich liegt kein anfechtbares Objekt vor und die Vorinstanz ist zu Recht nicht auf die weiteren Vorbringen des Rechtsvertreters eingegangen (act. 9 S. 3). Im Übrigen ist anzufügen, dass die neu angesetzte Auszugsfrist analog zur mietrechtlichen Ausweisungsfrist von entsprechend kurzer Dauer ist (LACHAT ET AL, Mietrecht für die Praxis, 8. Auflage, S. 689).

3.4 Die Regelung des Beschwerdeverfahrens vor den kantonalen Aufsichtsbehörden obliegt den Kantonen, unter Vorbehalt insbesondere der bundesrechtlichen Minimalvorschriften von Art. 20a Abs. 2 SchKG und der verfassungsrechtlichen Vorgaben (Cometta/Möckli, Basler KOMMENTAR ZUM BUNDESGESETZ ÜBER SCHULDBETREIBUNG UND KONKURS, SchKG I, Basel 2010, Art. 20a N 38). Die Kantone sind nach Art. 13 SchKG frei, ob sie eine oder zwei kantonale Aufsichtsbehörden einsetzen wollen. Bei einem zweistufigen kantonalen Instanzenzug ist insbesondere zu regeln, ob und inwieweit vor oberer Aufsichtsbehörde Noven zulässig sind (Cometta/Möckli, a.a.O., Art. 20a N 40). Demnach ist es den Kantonen auch freigestellt, vor oberer kantonaler Instanz jegliches Novenrecht auszuschliessen, weil damit immer noch der gleiche Rechtsschutz gewährt wird wie in jenen Kantonen, die nur eine einzige Beschwerdeinstanz vorsehen. Im Kanton Zürich wird in § 84 GOG auf Art. 319 ff. ZPO (Beschwerde) verwiesen. Nach Art. 326 ZPO sind demnach im zweitinstanzlichen Beschwerdeverfahren Noven nicht zulässig. Soweit die Beschwerdeführer Neues vorbringen, wäre es ohnehin nicht zu berücksichtigen, auch wenn eine anfechtbare Verfügung vorliegen würde.

Aber auch wenn es eine anfechtbare Verfügung gäbe, könnten die Vorbringen der Beschwerdeführer nicht zu einem anderen Ergebnis führen. Die nachträg-

liche Zahlung kann die rechtskräftige Ausweisungsverfügung nicht in Frage stellen. Und ausserdem gibt Art. 229 Abs. 3 SchKG dem Konkursiten ausdrücklich kein Recht auf den – entgeltlichen oder unentgeltlichen – Verbleib in der zur Konkursmasse gehörenden Liegenschaft (Lustenberger, Basler KOMMENTAR ZUM BUNDESGESETZ ÜBER SCHULDBETREIBUNG UND KONKURS, SchKG I, Basel 2010, N. 13 ff. zu Art. 229). Dem Konkursamt steht hier ein freies Ermessen zu, was erst recht die Möglichkeit umfasst, bei Zahlungsausständen das Benützungsverhältnis zu beenden.

Dem Vorwurf der Beschwerdeführer, die Mitteilung des Auszugstermins vom 23. Dezember 2010 (act. 13/1b) sei während den Betreibungsferien zugestellt worden, ist entgegen zu halten, dass die Betreibungsferien im Konkursverfahren ohnehin nicht gelten (BGE 96 III 77 E. 1).

Der Hinweis, dass seitens des Kaufrechtsberechtigten C._____ eine gewisse Bereitschaft bestehe, eine Lösung zu suchen, hat keinen nötigen Charakter, wie die Beschwerdeführer geltend machen. Aus amtlicher Sicht steht die Ausweisung in der vorliegenden Situation fest. Wenn das Konkursamt mitteilt, dass eine einvernehmliche Einigung mit dem Kaufrechtsberechtigten gegebenenfalls berücksichtigt werden könnte, stellt es seine Ausweisungsentscheid nicht grundsätzlich in Frage, sondern weist darauf hin, dass einer neuen Entwicklung im Rahmen von Art. 229 Abs. 3 SchKG allenfalls Rechnung getragen werden könnte.

3.5 Der vorinstanzliche Entscheid erweist sich somit sowohl im Ergebnis als auch in der Begründung als zutreffend, weshalb darauf verwiesen werden kann. Die Beschwerdeführer bringen im Beschwerdeverfahren nichts vor, was eine andere Beurteilung nahelegen würde.

3.6 Es besteht schliesslich aufgrund der vorliegenden Akten kein Anlass, von Amtes wegen in das Verfahren einzugreifen (Art. 22 SchKG).

3.7 Die Beschwerde ist daher abzuweisen. Mit dem Entscheid in der Sache selbst wird das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos.

4. Unentgeltlicher Rechtsbeistand

Sind die üblichen Voraussetzungen der Bedürftigkeit, der Nichtaussichtslosigkeit der Beschwerde und der objektiven Notwendigkeit der Vertretung gegeben, besteht auch im SchKG-Beschwerdeverfahren Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege (BGE 122 III 392).

In tatsächlicher Hinsicht bildet lediglich das Schreiben des Konkursamtes vom 23. Dezember 2010 Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Der Sachverhalt gestaltet sich demzufolge einfach und ist durch die Aufsichtsbehörde ohnehin von Amtes wegen festzustellen (Art. 20a Abs. 2 Ziff. 2 SchKG).

Darüber hinaus ist das Gesuch um Gewährung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters auch aufgrund von Aussichtslosigkeit der Beschwerde abzuweisen.

5. Kosten- und Entschädigungsfolge

Das Verfahren vor der oberen kantonalen Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen ist kostenlos (Art. 20a Abs. 2 Ziff. 5 SchKG). Parteientschädigungen sind nicht auszurichten (Art. 62 Abs. 2 GebV SchKG).

Es wird beschlossen:

Das Gesuch um Gewährung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters für das Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.

und erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.

2. Es werden keine Kosten erhoben und keine Entschädigungen zugesprochen.
3. Schriftliche Mitteilung an die Beschwerdeführer und – unter Beilage der erstinstanzlichen Akten – an die Abteilung des Bezirksgerichts Meilen als untere Aufsichtsbehörde sowie an das Konkursamt Z._____, je gegen Empfangsschein.
4. 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

Zürich, 21. Februar 2011

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. M. Weibel

versandt am: