

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer als obere kantonale Aufsichtsbehörde  
über Schuldbetreibung und Konkurs



---

Geschäfts-Nr.: PS120071-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur.  
P. Diggelmann und Ersatzrichter lic. iur. P. Raschle sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. F. Gohl Zschokke.

## Urteil und Beschluss vom 19. April 2012

in Sachen

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

Beschwerdeführerin,

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

gegen

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

Beschwerdegegnerin,

vertreten durch Mobile Equipe des Notariatsinspektorates des Kantons Zürich,

betreffend

**Verbleib auf dem Grundstück C.**\_\_\_\_\_/ **Art. 229 Abs. 3 SchKG**  
(Beschwerde über das Konkursamt B.\_\_\_\_\_)

Beschwerde gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Horgen vom 23. März 2012  
(CB110022)

### Erwägungen:

#### 1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1. Die Beschwerdeführerin ist Eigentümerin der Liegenschaften Kat.-Nr. ..., GBBI ..., Gebäude Assek.Nr. ..., und Kat.-Nr. ..., GBBI ..., Gebäude Assek.Nr. ... in C.\_\_\_\_\_ (vgl. act. 7/4). Mit Verfügung vom 18. Februar 2010 (act. 7/4) gestattete das Konkursamt B.\_\_\_\_\_ der Beschwerdeführerin als Konkursitin gestützt auf Art. 229 Abs. 3 SchKG, bis auf weiteres in den beiden von ihr bewohnten Liegenschaften zu verbleiben. Das Konkursamt B.\_\_\_\_\_ behielt sich aber ausdrücklich vor, zu verlangen, dass die Beschwerdeführerin innert drei Monaten sämtliche nicht unter Konkursbeschlagnahmestehenden beweglichen Sachen wegräume und die Liegenschaften verlasse. Die monatliche Entschädigung für die fraglichen Räumlichkeiten (zwei Wohnungen und ein Atelier) setzte das Konkursamt B.\_\_\_\_\_ auf Fr. 2'500.-- fest. Es wies darauf hin, dass ohne weiteres die sofortige Ausweisung veranlasst werde, sobald eine Zahlung verspätet oder gar nicht bei der Konkursverwaltung eintreffe (vgl. act. 7/4 S. 1 f.).

1.2. Mit Schreiben vom 29. November 2011 (act. 2/3 = act. 7/1) informierte das Konkursamt B.\_\_\_\_\_ den Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin darüber, dass die Beschwerdeführerin mit separatem Schreiben vom selben Tag (vgl. act. 7/1) dazu aufgefordert worden sei, am 8. Dezember 2011, um 10:00 Uhr, zwecks Stellungnahme zu den im Konkursinventar aufgeführten Vermögenswerten sowie zu den von den Konkursgläubigern angemeldeten Forderungen zu erscheinen. Bei diesem Anlass werde auch das weitere Vorgehen besprochen und der ungefähre Zeitplan für die Verfahrensdurchführung abgesteckt (vgl. act. 1 S. 4 und act. 6 S. 2). Auf Ersuchen des Rechtsvertreters der Beschwerdeführerin wurde der anberaumte Termin auf den Nachmittag des selben Tages verschoben (vgl. act. 1 S. 4, act. 2/4, act. 2/5 und act. 6 S. 2). Mit E-Mail vom 7. Dezember 2011 (act. 2/6) beantragte der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin erneut eine Terminverschiebung, da er vom Bezirksgericht Dietikon zu einer Verhandlung vorgeladen worden sei, die seine "vollste" Aufmerksamkeit erfordere (vgl. auch act. 1 S. 5). Gemäss

insoweit unstrittigem Sachverhalt wurde keine weitere Verschiebung bewilligt (vgl. act. 1 S. 5 und act. 6 S. 3).

1.3. Am 8. Dezember 2011 erschien die Beschwerdeführerin ohne Begleitung ihres Rechtsvertreters beim Konkursamt B.\_\_\_\_\_, wo sie in der Folge persönlich befragt und ihre Stellungnahme zu den einzelnen Konkursforderungen protokolliert wurde (vgl. act. 1 S. 5, act. 2/7 und act. 7/3). Bei dieser Gelegenheit übergab und eröffnete die Konkursbeamtin der Beschwerdeführerin die Verfügung des Konkursamtes B.\_\_\_\_\_ vom 8. Dezember 2011 (act. 2/1), mit welcher sie dazu aufgefordert wurde, das Grundstück C.\_\_\_\_\_ in D.\_\_\_\_\_ bis spätestens 31. März 2012 zu verlassen und sämtliche Schlüssel auszuhändigen (vgl. auch act. 1 S. 2 und S. 5 f.). Am 13. Dezember 2011 wurde der Beschwerdeführerin die Verfügung auch noch schriftlich zugestellt (vgl. act. 1 S. 3).

1.4. Mit Eingabe vom 19. Dezember 2011 (Datum Poststempel; act. 1) erhob die Beschwerdeführerin rechtzeitig Beschwerde beim Bezirksgericht Horgen als untere kantonale Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs. Sie verlangte, es sei die Nichtigkeit der Verfügung des Konkursamtes B.\_\_\_\_\_ vom 8. Dezember 2011 festzustellen, eventualiter sei diese Verfügung aufzuheben; alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Staatskasse (vgl. act. 1 S. 2).

1.5. Die Beschwerdegegnerin beantwortete die Beschwerde mit Eingabe vom 30. Januar 2012 (act. 6) samt Beilagen (act. 7/1-4) innert der ihr mit Verfügung vom 10. Januar 2012 (act. 4) angesetzten Frist (vgl. act. 5). Mit Urteil vom 23. März 2012 (act. 8 = act. 15 = act. 17) erstreckte das Bezirksgericht Horgen die Auszugsfrist für die Beschwerdeführerin aus der Liegenschaft C.\_\_\_\_\_ bis zum 30. April 2012. Im Übrigen wies es die Beschwerde der Beschwerdeführerin ab, soweit es darauf eintrat.

1.6. Nach Einsichtnahme in sämtliche Verfahrensakten (vgl. act. 11 und act. 12) erhob die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 10. April 2012 (Datum Poststempel; act. 16) beim Obergericht rechtzeitig Beschwerde gegen dieses Urteil (vgl. act. 9/2). Die vorinstanzlichen Akten (act. 1-18) wurden beigezogen. Auf die Einholung einer Beschwerdeantwort wurde verzichtet (vgl. Art. 322 Abs. 1 ZPO).

## 2. Prozessuales

Mit ihrer Beschwerdeschrift ersucht die Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (vgl. act. 16 S. 2 und S. 3 f.). Das Verfahren ist spruchreif und es ist heute ein Endentscheid zu fällen (vgl. Ziffer 4 hiernach). Demnach wird das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos. Es ist folglich abzuschreiben.

## 3. Unentgeltliche Rechtspflege

3.1. Die Beschwerdeführerin beantragt, es sei ihr für das Rechtsmittelverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen, und es sei ihr in der Person ihres Rechtsvertreters ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen (vgl. act. 16 S. 2 und S. 4 f.).

3.2. Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (vgl. Art. 117 ZPO). Als aussichtslos sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Prozessbegehren anzusehen, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Dagegen gilt ein Begehren nicht als aussichtslos, wenn sich Gewinnaussichten und Verlustgefahren ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese. Massgebend ist, ob eine Partei, die über die nötigen finanziellen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliessen würde (BGE 125 II 275). Die unentgeltliche Rechtspflege umfasst auch die gerichtliche Bestellung eines Rechtsbeistandes, wenn dies zur Wahrung der Rechte notwendig ist, insbesondere wenn die Gegenpartei anwaltlich vertreten ist (vgl. Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO).

3.3. Die Beschwerde der Beschwerdeführerin ist angesichts der bestehenden Sach- und Rechtslage (vgl. Ziffer 4 hiernach) von vornherein als aussichtslos zu qualifizieren, weshalb das Begehren um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege abzuweisen ist, soweit es nicht bereits aufgrund der Kostenlosigkeit des Verfahrens gemäss Art. 20a Abs. 2 Ziff. 5 SchKG (vgl. Ziffer 5 hiernach) gegenstandslos ist.

#### 4. Zur Beschwerde

4.1. Die Beschwerdeführerin machte gegenüber der Vorinstanz geltend, die angefochtene Verfügung sei nichtig, zumindest aber anfechtbar (act. 1 S. 6). Zu Recht hat die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerdeschrift vom 10. April 2012 (act. 16) den ursprünglich vertretenen Standpunkt aufgegeben, dass die Verfügung des Konkursamtes B.\_\_\_\_\_ vom 8. Dezember 2011 nichtig sei. Nichtig sind Verfügungen, die gegen Vorschriften verstossen, die im öffentlichen Interesse oder im Interesse von am Verfahren nicht beteiligten Personen erlassen worden sind (vgl. Art. 22 Abs. 1 SchKG). Die Beschwerdeführerin hat keine solche Vorschrift genannt, welche mit der fraglichen Verfügung verletzt worden sein könnte. Ebenso wenig ist der Verstoss gegen eine Vorschrift ersichtlich, welcher die Nichtigkeit der angefochtenen Verfügung zur Folge haben müsste.

4.2. Unverändert vertritt die Beschwerdeführerin die Auffassung, dass die angefochtene Verfügung aufzuheben sei, da sie ihr mündlich eröffnet und anschliessend auch noch schriftlich zugestellt worden sei, obschon das Konkursamt darüber informiert gewesen sei, dass sie einen Rechtsvertreter eingeschaltet habe, dessen Vollmacht sich bereits bei den Verfahrensakten befunden habe (vgl. act. 1 S. 6 und act. 16 S. 6 f.). Hierzu ist im Einklang mit der Vorinstanz festzuhalten, dass der Umstand, dass die angefochtene Verfügung der Beschwerdeführerin persönlich und nicht via Zustellung an ihren Rechtsvertreter eröffnet wurde, für die Beschwerdeführerin mit keinerlei Nachteil verbunden war (vgl. act. 8 S. 5). Es steht nämlich fest, dass nicht nur die Beschwerdeführerin, sondern auch ihr Rechtsvertreter vom Inhalt der Verfügung vom 8. Dezember 2011 Kenntnis hatte, mit dessen Hilfe sie mit Eingabe vom 19. Dezember 2011 rechtzeitig Beschwerde erhob (vgl. act. 1). Solange der betroffenen Partei kein Nachteil erwächst, ist selbst bei einer mangelhaften Zustellung weder eine erneute und ordentliche Zustellung vorzunehmen noch besteht Anlass, die fragliche Verfügung alleine deswegen aufzuheben (vgl. BGE 112 III 84 f. und 99 V 182).

4.3. Es mag zutreffen, dass die Verfügung des Konkursamtes B.\_\_\_\_\_ ohne vorgängige Anhörung der Beschwerdeführerin erlassen wurde (vgl. act. 8 S. 6 f. und act. 16 S. 5). Dies war jedoch – entgegen der von der Vorinstanz und der Be-

schwerdeführerin vertretenen Ansicht (vgl. act. 8 S. 7 und act. 16 S. 6) – auch nicht erforderlich. Es ist deshalb dem Konkursamt B. \_\_\_\_\_ insoweit auch keine Verletzung des rechtlichen Gehörs der Beschwerdeführerin vorzuwerfen. Zur Sicherung der Effizienz der Zwangsvollstreckung besteht im Sinne einer allgemein geübten Praxis im erstinstanzlichen Verfahren vor SchKG-Behörden grundsätzlich kein Anspruch auf vorgängige Anhörung der betroffenen Personen (Meier, Das Verwaltungsverfahren vor den Schuldbetreibungs- und Konkursbehörden, Zürich 2002, S. 26 f.). Stattdessen können diese im Nachhinein nach Art. 17 SchKG die getroffene Verfügung auf Gesetzmässigkeit und Angemessenheit überprüfen lassen, wobei der massgebliche Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen ist (vgl. Art. 20 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG). Es ist richtig, dass für einzelne Verfügungen ein Anspruch auf (vorgängiges) rechtliches Gehör bei besonders schweren Eingriffen diskutiert werden kann (vgl. Meier, a.a.O., S. 27). Vom Bestehen eines solchen Anspruchs ist vorliegend indessen nicht auszugehen (vgl. auch BSK SchKG II-Lustenberger, Art. 229 N 12 ff. sowie act. 8 S. 6). Beizupflichten ist der Vorinstanz, dass die (hier nicht geschehene) Verletzung des rechtlichen Gehörs angesichts der Kognition der Vorinstanz (vgl. Art. 17 SchKG) ohnehin als geheilt zu gelten hätte (vgl. BGE 137 I 197 f.; act. 8 S. 8).

4.4. Nach wie vor beanstandet die Beschwerdeführerin, dass sie am 8. Dezember 2011 förmlich befragt und ihr die angefochtene Verfügung eröffnet worden sei, obwohl der von ihr bevollmächtigte Rechtsvertreter nicht anwesend gewesen sei. Dadurch sei ihr rechtliches Gehör im Sinne von Art. 29 Abs. 2 BV verletzt worden (act. 1 S. 6 und act. 16 S. 6). Die erwähnte Befragung der Beschwerdeführerin weist keinen Zusammenhang zur Verfügung des Konkursamtes B. \_\_\_\_\_ vom 8. Dezember 2011 auf, weshalb es hier irrelevant ist, ob der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin während dieser Befragung zugegen war. Der Anspruch der Beschwerdeführerin auf Wahrung des rechtlichen Gehörs ist aber auch nicht dadurch verletzt, dass ihr die angefochtene Verfügung bei Abwesenheit ihres Rechtsvertreters eröffnet wurde, wie es von ihr gerügt wird (vgl. act. 1 S. 6 und act. 16 S. 6). Insbesondere wurde der Beschwerdeführerin entgegen ihrer Behauptung (vgl. act. 16 S. 6) nicht die Möglichkeit genommen, dass ihr Rechtsvertreter nach der Eröffnung der Verfügung sachgerecht Stellung nehmen und ver-

suchen konnte, die Konkursverwaltung mit geeigneten Argumenten dazu zu veranlassen, ihre Verfügung in Wiedererwägung zu ziehen. Hierzu hatten die Beschwerdeführerin und ihr Rechtsvertreter bis zur Vernehmlassung des Konkursamtes B.\_\_\_\_\_ vom 30. Januar 2012 (act. 6), insbesondere auch während der zehntägigen Beschwerdefrist, Gelegenheit.

4.5. Lediglich ergänzend bleibt zu bemerken, dass sich auch der vor Vorinstanz erhobene Vorwurf der Verletzung von Treu und Glauben (vgl. act. 1 S. 6) als haltlos erweist. Selbst wenn die – vom Konkursamt B.\_\_\_\_\_ bestrittene (vgl. act. 6 S. 2 f.) – Darstellung der Beschwerdeführerin zutreffen sollte, dass die zuständige Konkursbeamtin gegenüber dem Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin den Eindruck erweckte, es werde am 8. Dezember 2011 bloss ein informelles Gespräch stattfinden, bei dem es darum gehe, sich persönlich kennenzulernen (vgl. act. 1 S. 6), so wäre die mündliche Eröffnung der angefochtenen Verfügung bei dieser Gelegenheit keineswegs als treuwidrig zu qualifizieren. Dies muss umso mehr gelten, als die fragliche Verfügung der Beschwerdeführerin am 13. Dezember 2011 auch noch schriftlich mitgeteilt wurde (vgl. act. 1 S. 3).

4.6. In materieller Hinsicht wendet die Beschwerdeführerin ein, die ihr bis zum 30. April 2012 gewährte Auszugsfrist sei rechtswidrig bzw. unangemessen, weshalb sie bis zur allfälligen konkursamtlichen Verwertung, mindestens jedoch bis 31. März 2013 zu verlängern sei (vgl. act. 1 S. 7 und act. 16 S. 8). Die Beschwerdeführerin müsse mit bescheidensten finanziellen Mitteln weit unter dem Existenzminimum auskommen und habe keine Möglichkeit, auf dem freien Markt in- nert so kurzer Zeit eine bezahlbare Wohnalternative zu finden (vgl. act. 1 S. 7 und act. 16 S. 8 f.). Überdies seien die Konkursforderungen durchwegs bestritten, was einer raschen Erledigung des Konkursverfahrens im Wege stehe. Billigerweise sei deshalb der Beschwerdeführerin die Weiterbenutzung ihres Grundstückes zu gestatten, bis dieses tatsächlich veräussert werde (vgl. act. 1 S. 7 und act. 16 S. 10).

Die Konkursverwaltung bestimmt, unter welchen Bedingungen und wie lange die Schuldnerin und ihre Familie in der bisherigen Wohnung verbleiben dürfen, sofern diese zur Konkursmasse gehört (vgl. Art. 229 Abs. 3 SchKG). Dabei gehen Lehre und Rechtsprechung seit jeher einhellig davon aus, dass sich aus dieser Vor-

schrift weder ein Recht der Schuldnerin auf kostenloses Wohnen noch ein solches auf Verbleib in der Wohnung bis zur Verwertung herleiten lässt (vgl. BSK SchKG II-Lustenberger, Art. 229 N 14; BGE 117 III 65 und ZR 100 Nr. 1). Insoweit unterscheidet sich die Rechtslage im Konkursverfahren wesentlich von der Regelung in Art. 19 VZG, wo für das Pfändungsverfahren genau das Gegenteil statuiert wird.

Das Konkursamt B.\_\_\_\_\_ gestattete der Beschwerdeführerin zwar mit Verfügung vom 18. Februar 2010 (act. 7/4), bis auf weiteres in den beiden von ihr bewohnten Liegenschaften zu verbleiben. Es behielt sich aber ausdrücklich vor, zu verlangen, dass die Beschwerdeführerin innert drei Monaten sämtliche nicht unter Konkursbeschluss stehenden beweglichen Sachen räume und die Liegenschaften verlasse. Die Beschwerdeführerin musste folglich von vornherein damit rechnen, dass sie die Liegenschaft C.\_\_\_\_\_ noch vor der Verwertung zu verlassen haben wird. Es spielt deshalb keine Rolle, dass ihrer Auffassung nach bis zur Verwertung noch einige Zeit verstreichen wird. Dies gilt umso mehr, als die Beschwerdeführerin unbestritten die geschuldete monatliche Entschädigung für die fraglichen Räumlichkeiten (zwei Wohnungen und ein Atelier) von Fr. 2'500.-- nie bezahlt hat, obwohl sie darauf hingewiesen worden war, dass die sofortige Ausweisung veranlasst werde, sobald eine Zahlung verspätet oder gar nicht bei der Konkursverwaltung eintreffe (vgl. act. 2/1 S. 2 und act. 7/4 S. 1 f.). Die erwähnten Zahlungsausstände der Beschwerdeführerin schmälern die Aktivmasse, welche das Konkursamt im Interesse der Gläubiger zu verwalten hat. Auch wenn die Beschwerdeführerin Mühe bekundet, mit den ihr zur Verfügung stehenden finanziellen Mitteln eine Wohnalternative zu finden, erscheint unter Berücksichtigung ihrer massiven Zahlungsausstände ein Hinauszögern ihres Auszugs keinesfalls als gerechtfertigt. Lediglich am Rande ist ferner zu bemerken, dass nur schwer nachvollziehbar ist, weshalb die Beschwerdeführerin auf zwei Wohnungen und ein Atelier angewiesen sein soll.

Darüber hinaus ist auch das legitime Interesse der beteiligten Konkursgläubiger zu beachten, den Kaufpreis des fraglichen Grundstückes möglichst hoch zu halten. Es ist gerichtsnotorisch, dass es sich in dieser Hinsicht positiv auswirkt, wenn

die Kaufinteressenten leere Räumlichkeiten besichtigen können. Auch mit Hinblick auf die ins Auge gefassten Verkaufsbemühungen und Besichtigungstermine erscheint es als angemessen, dass die Beschwerdeführerin das Grundstück C.\_\_\_\_\_ bis Ende April 2012 zu verlassen hat. Der Vorwurf der Rechtswidrigkeit und Unangemessenheit ist somit ebenfalls haltlos.

4.7. In der Beschwerdeschrift wird auch sonst nichts vorgebracht, was den vorinstanzlichen Entscheid als unrichtig erscheinen liesse. Die Beschwerde erweist sich folglich als von vornherein unbegründet. Sie ist deshalb abzuweisen.

#### 5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Das Verfahren vor den kantonalen Aufsichtsbehörden in Schuldbetreibungs- und Konkursachen ist kostenlos (vgl. Art. 20a Abs. 2 Ziff. 5 SchKG). Der Beschwerdegegnerin sind keine Umtriebe entstanden, die es zu entschädigen gälte; es dürfte ihr ohnehin keine Parteientschädigung zugesprochen werden (vgl. Art. 62 Abs. 2 GebV SchKG).

#### **Es wird beschlossen:**

1. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgeschrieben.
2. Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wird abgewiesen, soweit es nicht gegenstandslos ist.
3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittel gemäss nachfolgendem Erkenntnis.

**Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und – unter Beilage der erstinstanzlichen Akten – an das Bezirksgericht Horgen sowie an das Konkursamt B.\_\_\_\_\_, 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

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. F. Gohl Zschokke

versandt am: