

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer als obere kantonale Aufsichtsbehörde
über Schuldbetreibung und Konkurs



Geschäfts-Nr.: PS120205-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-
Sørensen sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Houweling-Wili.

Beschluss und Urteil vom 24. Januar 2013

in Sachen

1. **A._____**,
a.a. Konkursverwalter der B._____ AG in Liq.,
2. **Konkursmasse B._____ AG in Liquidation**,
Beschwerdeführer (vor Obergericht),

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

gegen

C._____ Ltd. (vormals D._____ Ltd.),
Beschwerdegegnerin (vor Obergericht),

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____,

betreffend

Abschlagszahlung / Rechtsverzögerung
(Beschwerde über ausseramtliche Konkursverwaltung)

Beschwerde gegen einen Beschluss der II. Abteilung des Bezirksgerichtes Bülach
vom 10. Oktober 2012 (CB120009)

Erwägungen:

1.

1.1. Am 29. April 2002 wurde über die B._____ AG der Konkurs eröffnet. A._____ ist der ausseramtliche Konkursverwalter (act. 3/10). Die D._____ Ltd. ist in diesem Konkursverfahren mit einer Konkursforderung im Betrag von Fr. 523'342.55 rechtskräftig kolloziert und damit Konkursgläubigerin (act. 3/13). Mit Verfügung vom 17. November 2010 hinterlegte der ausseramtliche Konkursverwalter die auf die Konkursgläubigerin entfallende 1. Abschlagszahlung im Betrag von Fr. 209'337.-- (act. 3/3). Nachdem die Konkursgläubigerin wiederholt die Auszahlung dieses Betrages verlangt hatte (act. 3/5-7), erklärte der ausseramtliche Konkursverwalter mit Schreiben vom 8. Februar 2012 die Verrechnung der hinterlegten Abschlagszahlung mit einer Schadenersatzforderung der B._____ AG gegen die Konkursgläubigerin (act. 3/2 Ziff. 3).

Der kollozierten Forderung und der geltend gemachten Verrechnungsforderung liegen ein "IRU Agreement" vom 13. Dezember 2001 und ein "Capacity Agreement" vom 30. Oktober 1998 zwischen der B._____ AG und der Konkursgläubigerin betreffend sog. "IRU" ("Indefeasible Rights of Use") und "Maintenance and Operation Fee" ("M&O") im Zusammenhang mit dem Aufbau und Unterhalt eines Unterwasser-Glaskabelfasernetzwerkes sowie dessen Nutzung gegen Entgelt zu Grunde (act. 34 S. 2 f.).

1.2. Am 20. Februar 2012 liess die D._____ Ltd. durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ bei der II. Abteilung des Bezirksgerichtes Bülach als untere kantonale Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen Beschwerde erheben (act. 1). Sie beantragte die Aufhebung der Verfügung des ausseramtlichen Konkursverwalters vom 8. Februar 2012 und die Anweisung an den ausseramtlichen Konkursverwalter, die Abschlagszahlung sei in der Höhe von Fr. 209'337.-- an die D._____ Ltd. zu leisten. Die II. Abteilung des Bezirksgerichtes Bülach nahm in der Folge die D._____ Ltd. als Beschwerdeführerin, A._____ als Beschwerdegegner 1 sowie die Konkursmasse B._____ AG in Liquidation als Be-

schwerdegegnerin 2 in das Rubrum auf und erliess am 10. Oktober 2012 einen Zirkulationsbeschluss, womit sie auf die Beschwerde gegen die Beschwerdegegnerin 2 nicht eintrat, in Gutheissung der Beschwerde gegen den Beschwerdegegner 1 Ziff. 3 der Verfügung vom 8. Februar 2012 betreffend Verrechnung aufhob sowie den Beschwerdegegner 1 anwies, der Beschwerdeführerin die hinterlegte Abschlagszahlung auszuführen (act. 28 = act. 34).

1.3. Gegen diesen Beschluss erhoben A. _____ als ausseramtlicher Konkursverwalter (nachfolgend Beschwerdeführer 1) und die Konkursmasse B. _____ AG in Liquidation (nachfolgend Beschwerdeführerin 2), vertreten durch den ausseramtlichen Konkursverwalter, mit Eingabe vom 2. November 2012 rechtzeitig Beschwerde an die Kammer als obere kantonale Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs (act. 35), mit den folgenden Anträgen:

- "1. Es sei festzustellen, dass der Beschluss in Ziffer 2 des angefochtenen Entscheides CB120009-C nichtig ist;

eventualiter sei der Beschluss in Ziffer 2 des angefochtenen Entscheides CB120009-C aufzuheben.

2. Es sei festzustellen, dass der Beschluss in Ziffer 3 des angefochtenen Entscheides CB120009-C nichtig ist;

eventualiter sei der Beschluss in Ziffer 3 des angefochtenen Entscheides CH120009-C aufzuheben.

sowie in der Sache unter Erneuerung des Rechtsbegehrens vor der Vorinstanz:

3. Auf die Beschwerde der Beschwerdegegnerin vom 20.02.2012 sei nicht einzutreten.

Eventualiter sei die Beschwerde der Beschwerdegegnerin vom 20.02.2012 abzuweisen.

sowie eventualiter für den Fall, dass die Beschwerdeinstanz sich dazu entschliessen sollte, den angefochtenen Beschluss lediglich zu kassieren und die Sache zum Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen:

4. Die Vorinstanz sei anzuweisen, auf die gesamte Beschwerde der Beschwerdegegnerin vom 20.02.2012, d.h. auch gegen den Beschwerdeführer 1, nicht einzutreten;

eventualiter sei die Vorinstanz anzuweisen, die Beschwerde der Beschwerdegegnerin vom 20.02.2012 vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf eingetreten worden war."

1.4. Per 1. September 2012 änderte die Konkursgläubigerin (D._____ Ltd.) sowohl ihre Firma als auch ihre Adresse. Sie firmiert seither als C._____ Ltd. und befindet sich an folgender Adresse: ..., ..., E._____, ..., in F._____ [Staat in Europa] (act. 30-31, nachfolgend Beschwerdegegnerin). Das Rubrum wurde entsprechend angepasst.

1.5. Mit Verfügung vom 27. November 2012 wurde der Beschwerdegegnerin Frist zur Erstattung der Beschwerdeantwort angesetzt (act. 39). Die Beschwerdeantwort ging bei der Kammer am 11. Dezember 2012 fristgemäss ein (act. 41) und wurde dem Beschwerdeführer 1 und der Beschwerdeführerin 2 am 19. Dezember 2012 zugestellt (act. 42). Die Beschwerdegegnerin beantragte die Abweisung der Beschwerde. Die Akten des vorinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (act. 1-32). Die Sache erweist sich als spruchreif.

2.

2.1. Das Verfahren der Aufsichtsbeschwerde in Schuldbetreibungs- und Konkurs-sachen richtet sich nach den Bestimmungen von Art. 20a Abs. 2 SchKG. Soweit Art. 20a Abs. 2 SchKG keine Bestimmungen enthält, regeln die Kantone das Ver-fahren (Art. 20a Abs. 3 SchKG; COMETTA/MÖCKLI, BSK SchKG-I, 2. Aufl. 2010, Art. 20a N 38). Im Kanton Zürich richtet sich das Beschwerdeverfahren gemäss § 18 EG SchKG nach § 83 f. GOG. Dabei ist der Sachverhalt von Amtes wegen zu untersuchen und es sind die Bestimmungen der ZPO sinngemäss anwendbar (§ 83 Abs. 3 GOG). Für den Weiterzug an das Obergericht gelten insbesondere die Bestimmungen über die Beschwerde gemäss Art. 319 ff. ZPO (§ 84 GOG).

2.2. Die Beschwerde nach Art. 17 ff. SchKG setzt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zunächst eine Beschwerdelegitimation voraus. Sie liegt vor, wenn die beschwerdeführende Partei in ihren rechtlich geschützten oder zumin-dest tatsächlichen Interessen betroffen und dadurch beschwert ist und deshalb ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Abänderung der Verfügung hat (BGE 129 III 595, E. 3 m.w.H.). Nach Art. 18 SchKG weiterziehungsbefugt sind daher grundsätzlich der vorinstanzliche Beschwerdeführer, die seinerzeitigen Verfahrensbeteiligten und andere Interessierte, sofern sie ein schutzwürdiges In-

teresse haben. Das Zwangsvollstreckungsorgan, namentlich die ausseramtliche Konkursverwaltung, ist dagegen nur ausnahmsweise beschwerdelegitimiert, wenn ihre eigenen materiellen/persönlichen Interessen oder die fiskalischen Interessen des Kantons betroffen sind, oder wenn sie auf dem Beschwerdeweg die Interessen der Masse, das heisst die Interessen der Gesamtheit der Gläubiger wahrnimmt (vgl. BSK SchKG I-COMETTA/MÖCKLI, 2. Aufl. 2010, Art. 18 N 11-12 und Art. 17 N 42 a.E.; FRANCO LORANDI, *Betreibungsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit*, Basel 2000, Art. 18 N 44 ff.; KUKO SchKG-DIETH, Art. 18 N 6).

2.3. Im Beschwerdeverfahren vor der unteren kantonalen Aufsichtsbehörde war die Konkursmasse keine Partei. Sie ist zwar parteifähig, figuriert im Rahmen einer Beschwerde nach Art. 17 SchKG jedoch lediglich als Verfahrensbeteiligte (BSK SchKG I-COMETTA/MÖCKLI, 2. Aufl. 2010, Art. 17 N 46 und 48; FRANCO LORANDI, *Betreibungsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit*, Basel 2000, Art. 17 N 167 ff.). Als solche ist sie nach dem Gesagten aber zur Beschwerde an die zweite kantonale Beschwerdeinstanz legitimiert. Sie wird zutreffend durch den ausseramtlichen Konkursverwalter vertreten (BSK SchKG II-RUSSENBERGER, 2. Aufl. 2010, Art. 241 N 10). Ebenfalls nicht Partei im erstinstanzlichen Verfahren war das verfügende Organ; hier der ausseramtliche Konkursverwalter (BSK SchKG I-COMETTA/MÖCKLI, 2. Aufl. 2010, Art. 17 N 47; FRANCO LORANDI, *Betreibungsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit*, Basel 2000, Art. 17 N 167 ff.). Er ist nur unter den genannten Voraussetzungen selbständig zur Beschwerde an die obere kantonale Aufsichtsbehörde legitimiert. Der ausseramtliche Konkursverwalter nimmt mit seiner Beschwerde vorliegend weder eigene noch fiskalische Interessen wahr. Eine Beschwerdeführung im Sinne der (subsidiären) Wahrung der Interessen der Masse ist überdies nicht angezeigt, weil die Konkursmasse selber Beschwerde führt. Ein anderes besonders schützenswertes Interesse ist nicht ersichtlich. Daher ist dem ausseramtlichen Konkursverwalter vorliegend die Weiterziehungsbefugnis abzusprechen.

2.4. Daraus folgt, dass auf die Beschwerde des Beschwerdeführers 1 nicht einzutreten ist. Demgegenüber ist die Beschwerdeführerin 2 durch den angefochtenen Entscheid betroffen und dadurch beschwert und hat deshalb ein schützenswertes

Interesse. Die Beschwerde wurde zudem rechtzeitig schriftlich und begründet bei der Kammer als sachlich und örtlich zuständige obere kantonale Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen eingereicht (Art. 59 ZPO; Art. 321 ZPO; § 17 EG SchKG und § 80 GOG). Es ist daher auf ihre Beschwerde einzutreten.

3.

3.1. Zu ihren eigenen Eintretensvoraussetzungen erwog die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid zusammengefasst, dass sie als die für G.____ zuständige kantonale Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibungs- und Konkursachen nicht nur örtlich und sachlich, sondern auch funktional zur Behandlung der eingereichten Beschwerde zuständig sei, weil die Frage der Zulässigkeit einer Verrechnung eine aufsichtsrechtliche sei. Die Verrechnungserklärung stelle ein zulässiges Anfechtungsobjekt dar, weil mit der Verrechnung die Abschlagszahlung verwehrt werde, was sich auf den Fortgang des Vollstreckungsverfahrens auswirke. Der Bestand der Gegenforderung sei hingegen materiellen Charakters und damit schiedsfähig (act. 34 S. 6 und S. 8 f.). Die betroffene Konkursgläubigerin sei zudem zur Beschwerde legitimiert, der ausseramtliche Konkursverwalter sei passivlegitimiert und der Vertreter der Beschwerdegegnerin, RA lic. iur. Y.____, sei von dieser bevollmächtigt worden, womit die Beschwerde gültig erhoben worden sei (act. 34 S. 7 f. und S. 9 f.). Die geltend gemachten Beschwerdegründe der Rechtsverzögerung und der Rechtsverletzung seien zulässig und die Beschwerdefrist sei eingehalten worden (act. 34 S. 10).

3.2. Die Beschwerdeführerin 2 rügt in diesem Zusammenhang die Feststellungen zur sachlichen bzw. funktionalen Zuständigkeit der Vorinstanz, die Zulässigkeit des Anfechtungsobjektes, die erstinstanzliche Beschwerdelegitimation der Beschwerdegegnerin, die Bevollmächtigung deren Rechtsvertreters, ihre eigene Passivlegitimation und den Beschwerdegrund (act. 35 S. 5). Sie führt im Einzelnen aus, die Verrechnungserklärung des ausseramtlichen Konkursverwalters habe wie die Verrechnung selber keine Auswirkung auf den Gang des Konkursverfahrens. Sie stelle ein rechtsgeschäftliches Handeln und damit im Beschwerdeverfahren kein gültiges Anfechtungsobjekt dar. Anfechtungsobjekt hätte nur die

Hinterlegungsverfügung vom 17. November 2010 sein können, deren Anfechtung aber verwirkt sei. Die Vorinstanz sei zudem nicht zuständig, um zivilrechtliche Verhältnisse und damit den Bestand der Verrechnungsforderung sowie die Gültigkeit der Verrechnung zu beurteilen (act. 35 S. 9 f. und S. 12-14). Mangels Anfechtungsobjekt fehle es auch an der Passivlegitimation des ausseramtlichen Konkursverwalters und die Konkursmasse könne als nacktes Sondervermögen nicht Beschwerdegegnerin sein. Als Beschwerdegegnerin könne die Masse nur gemeinsam mit dem ausseramtlichen Konkursverwalter ins Recht gefasst werden. Da die Vorinstanz die Beschwerde zweigeteilt habe und auf die Beschwerde betreffend die Konkursmasse nicht eingetreten sei, sei der angefochtene Entscheid nichtig (act. 35 S. 14-16). Die Beschwerdegegnerin sei auch nicht aktivlegitimiert, weil sie nur in ihrer Stellung als Massaschuldnerin und nicht als Konkursgläubigerin betroffen sei (act. 35 S. 16 f.). Ferner sei Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____ von der Beschwerdegegnerin zwar bevollmächtigt aber nicht beauftragt worden. Es handle sich somit um eine auftragslose Beschwerdeführung (act. 35 S. 10 f.). Schliesslich seien die angerufenen Beschwerdegründe infolge Unzuständigkeit der Vorinstanz sowie mangels Vorliegen eines Anfechtungsobjektes untauglich (act. 35 S. 17).

3.3. Die Beschwerdegegnerin hält in ihrem Schriftsatz vom 10. Dezember 2012 dafür, es könne nicht ernsthaft die Ansicht vertreten werden, Rechtsanwalt Y. _____ sei in der vorliegenden Angelegenheit von der H. _____ AG nicht zur Mandatsführung ermächtigt worden oder handle nicht mit Wissen und Zustimmung der Beschwerdegegnerin. Die Vollmacht genüge und der Auftrag beschränke nur das Innenverhältnis. Es entspreche überdies der langjährigen Praxis der Aufsichtskommission, dass es zulässig sei, wenn die Vollmacht auf den handelnden Anwalt laute, auch wenn das Mandatsverhältnis zwischen der Anwalts-Aktiengesellschaft und der Klientschaft bestehe (act. 41 S. 19 f.). Die Verrechnungserklärung stelle zudem ein gültiges Anfechtungsobjekt dar, weil sie (die Beschwerdegegnerin) ansonsten ohne Rechtsschutz bliebe, sei eine Kollokationsklage doch nicht mehr möglich. Die Verrechnung bewirke bei ihr einen Verlust von Fr. 209'337.--, weshalb sie sich unmittelbar auf den Fortgang des Vollstreckungsverfahrens auswirke (act. 41 S. 20). Beschwerdegegner seien die Beschwerde-

führer 1 und 2, weil eine getrennte Behandlung unzulässig sei, und sie (die Beschwerdegegnerin) sei als rechtskräftig kollozierte Konkursgläubigerin zur Beschwerde legitimiert gewesen (act. 41 S. 21).

3.4. Vorab ist klarzustellen, dass sich die sachliche und funktionale Zuständigkeit eines Bezirksgerichtes als untere kantonale Aufsichtsbehörde unabhängig von der Zulässigkeit des Anfechtungsobjektes bestimmt. Für die Beurteilung einer Beschwerde nach Art. 17 SchKG ist im Kanton Zürich einzig das Bezirksgericht zuständig (§ 17 EG SchKG und § 81 Abs. 1 lit. e GOG). Die Beschwerdegegnerin hat bei der Vorinstanz unbestritten eine Aufsichtsbeschwerde erhoben. Damit hat die Vorinstanz zu Recht ihre sachliche und funktionale Zuständigkeit bejaht. Auch zielen die Ausführungen der Beschwerdeführerin zur Rechtmässigkeit der Handlung des beschwerdegegnerischen Vertreters ins Leere. Die Vorinstanz hat bereits ausführlich und zutreffend ausgeführt, dass für die gültige Vertretung einer Partei im Prozess von Gesetzes wegen einzig eine Vollmacht vorausgesetzt wird (Art. 68 Abs. 3 ZPO; act. 34 S. 7 f.). Der dieser Vollmacht zugrundeliegende Auftrag zwischen dem Vollmachtgeber und dem Bevollmächtigten beschlägt demgegenüber das Innenverhältnis und ist insofern für das wirksame Führen eines Prozesses irrelevant. Das gilt mangels abweichenden dortigen Bestimmungen auch im Anwendungsbereich des SchKG (vgl. E. 2.1 vorstehend). Dementsprechend erübrigen sich diesbezügliche Weiterungen. Eine eingehende Auseinandersetzung erweist sich auch in Bezug auf die Beschwerdegründe obsolet. Die Beschwerdeführerin 2 verkennt, dass diese lediglich definieren, welche Rügen mit der Beschwerde erhoben werden können, wie es die Vorinstanz korrekt ausführt (act. 34 S. 10). Sie sind nicht in Abhängigkeit von der Zulässigkeit des Anfechtungsobjektes oder der Zuständigkeit des Gerichtes zu beurteilen. Die Vorinstanz bejahte mit Blick auf die gerügte Rechtsverzögerung und die Rechtsverletzung das Vorliegen von zulässigen Beschwerdegründen zu Recht.

3.5. Einem involvierten Gläubiger wird auf Grund seiner Stellung im Betreibungs- und Konkursverfahren ferner generell ein schutzwürdiges Interesse zugestanden. (BSK SchKG I-COMETTA/MÖCKLI, 2. Aufl. 2010, Art. 17 N 41). Die Beschwerdegegnerin ist als rechtmässig kollozierte Konkursgläubigerin zudem direkt von der

Verweigerung der Auszahlung der auf sie entfallenden Abschlagszahlung betroffen. Sie ist daher ohne Weiteres zur Beschwerde gemäss Art. 17 SchKG legitimiert (vgl. E. 2.2 vorstehend).

Die Bezeichnung des Beschwerdegegners, der Gegenpartei oder des Passivlegitimierten im Beschwerdeverfahren nach Art. 17 ff. SchKG ist in der Lehre demgegenüber umstritten. Unabhängig der darstellerischen Handhabung bzw. konkreten Bezeichnung ist aber offensichtlich, dass weder das Zwangsvollstreckungsorgan als verfügende Instanz noch der Schuldner "beklagte Partei" im zivilprozessualen Sinn sein können, handelt es sich doch um eine Aufsichtsbeschwerde, die sich gegen eine Verfügung richtet (BSK SchKG I-COMETTA/MÖCKLI, 2. Aufl. 2010, Art. 17 N 47 f. m.H.). Damit ist für die Zulässigkeit der Beschwerde nicht weiter von Belang, wie die Konkursmasse oder der ausseramtlichen Konkursverwalter in der Beschwerdeschrift genannt bzw. unter welcher Bezeichnung sie von der Vorinstanz geführt wurden. Auch unter diesem Aspekt trat die Vorinstanz zu Recht auf die Beschwerde der Beschwerdegegnerin ein. Nicht Gegenstand der vorliegenden Beschwerde ist mangels Anfechtung im Übrigen der Nichteintretensentscheid der Vorinstanz auf die Beschwerde gegen die heutige Beschwerdeführerin 2.

3.6. Ebenfalls zutreffend sind die allgemeinen rechtlichen Ausführungen der Vorinstanz zum Beschwerdeobjekt. Diese werden von der Beschwerdeführerin auch nicht bestritten. Um unnötige Wiederholungen zu vermeiden, kann darauf verwiesen werden (act. 35 S. 8 f.). Umstritten ist hingegen, ob die mit Schreiben vom 8. Februar 2012 erklärte Verrechnung eine auf den Fortgang des Vollstreckungsverfahrens gerichtete amtliche Handlung und damit ein taugliches Anfechtungsobjekt darstellt. In seinem Entscheid 7B.18/2006 vom 24. April 2006 prüfte das Bundesgericht zwar die Zulässigkeit der Verrechnungserklärung einer Konkursverwaltung im Beschwerdeverfahren, das allerdings ohne die Voraussetzung des Anfechtungsobjekts näher zu erörtern. Insofern ist zu präzisieren, dass nach einhelliger Lehre und Rechtsprechung ein rechtsgeschäftliches Wirken des Konkursorgans nicht mit Beschwerde anfechtbar ist (BSK SchKG I-COMETTA/MÖCKLI, 2. Aufl. 2010, Art. 17 N 22; bestätigt in BGer, 5A_142/2008 vom 3. Novem-

ber 2008, E. 4; FRANCO LORANDI, *Betriebsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit*, Basel 2000, Art. 17 N 62), und dass die Verrechnung – die wechselseitige Tilgung zweier sich gegenüberstehender Forderungen durch einseitiges Rechtsgeschäft (BSK SchKG I-STÄUBLI, 2. Aufl. 2010, Art. 213 N 2) – an sich ein ebensolches rechtsgeschäftliches Wirken darstellt. Durch die blosser Verrechnung wird das Vollstreckungsverfahren nicht vorangetrieben. Daher ist eine Verrechnungserklärung auch nicht anfechtbar. Ein zulässiges Anfechtungsobjekt wäre die provisorische Verteilungsliste vom 19. November 2010 bzw. die Hinterlegungsverfügung vom 17. November 2010 gewesen (Art. 266 SchKG; Art. 82 Abs. 2 KOV; vgl. act. 3/3 S. 4; BGE 56 III 174). Diesfalls hätte die Vorinstanz auf die Beschwerde der Beschwerdegegnerin vom 20. Februar 2012 infolge Verwirkung der Anfechtungsfrist von 10 Tagen (Art. 17 Abs. 2 SchKG) aber nicht eintreten dürfen (BSK SchKG I-COMETTA/MÖCKLI, 2. Aufl. 2010, Art. 17 N 50). Alternativ könnte die Ansicht vertreten werden, mit der Verrechnungserklärung sei inzident die Auszahlung der hinterlegten Abschlagszahlung verweigert worden. Da Verteilungsverfügungen unbestritten mit Beschwerde anfechtbar sind (vgl. BSK SchKG I-COMETTA/MÖCKLI, 2. Aufl. 2010, Art. 17 N 21 mit Hinweis auf BGE 116 III 91 = Pra 81 (1992) Nr. 188, E. 1) und ein gesetzeswidriges Nichthandeln ebenfalls der Anfechtung zugänglich ist (BSK SchKG I-COMETTA/MÖCKLI, 2. Aufl. 2010, Art. 17 N 24-26), würde also in der Verweigerung der Auszahlung (und nicht in der Verrechnungserklärung) das zulässige Anfechtungsobjekt liegen. Das kann hier indes offen bleiben. Denn selbst wenn dieser Ansicht gefolgt wird und die Vorinstanz zu Recht auf die Beschwerde des Beschwerdeführers eingetreten war, so hätte sie sie – wie nachfolgend zu zeigen sein wird – im heutigen Zeitpunkt abweisen müssen.

4.

4.1. In materieller Hinsicht begründet die Vorinstanz ihren gutheissenden Entscheid im Wesentlichen damit, dass der ausseramtliche Konkursverwalter mit der Verrechnungserklärung unnötig lange zugewartet habe, was als rechtsverzögernd zu werten sei (act. 34 S. 11-18). Es sei auch nicht erstellt oder ersichtlich, dass es sich bei der Verrechnungsforderung um eine Massforderung handle oder dass

die Forderung der Konkursitin erst nach der Kollokation bekannt geworden sei. Deshalb sei eine Verrechnung nach Durchführung des Kollokationsverfahrens ohnehin nicht mehr zulässig (act. 34 S. 18-20). In der Folge sei der ausseramtliche Konkursverwalter anzuweisen, die hinterlegte Abschlagszahlung an die Beschwerdegegnerin auszuzahlen (act. 34 S. 20 f.).

Vor dem Hintergrund, dass nicht die Verrechnungserklärung, sondern die Verweigerung der Auszahlung der Abschlagszahlung das Anfechtungsobjekt der Beschwerde darstellt (vgl. E. 3.6. vorstehend), fällt die Prüfung einer allfälligen Rechtsverzögerung von vornherein dahin. Insofern hätte die Vorinstanz diese von der Beschwerdegegnerin erhobene Rüge abweisen müssen. Damit verbleibt einzig die Frage, ob der ausseramtliche Konkursverwalter die Auszahlung mit der Begründung der Verrechnung zu Unrecht verweigert hat. Vorfrageweise ist demnach zu prüfen, ob die formellen Voraussetzungen für die Verrechnung einer kollokationsplanmässigen Konkursdividendenschuld durch die Konkursmasse gegeben waren. Nach der Rechtsprechung zeichnen sich die Aufsichtsbehörden hierzu grundsätzlich zuständig (BGer, 7B.18/2006 vom 24. April 2006, E. 1.2 mit Hinweis auf BGE 56 III 147, E. 1).

4.2. Die Vorinstanz hat die Grundlagen der formellen Zulässigkeit einer Verrechnungserklärung durch das Konkursamt bzw. den ausseramtlichen Konkursverwalter bereits zutreffend genannt (act. 34 S. 18 f.). Es ist lediglich wiederholend zusammenzufassen, dass seitens der Konkursverwaltung die Verrechnungserklärung grundsätzlich zulässig ist, wobei Masseforderungen nur mit Masseschulden, insbesondere mit der Konkursdividende, und Forderung des Gemeinschuldners dagegen mit der vollen Konkursforderung verrechnet werden können. Ersteres erfolgt zwangsläufig erst nach Durchführung des Kollokationsverfahrens und ist bis zum Verteilungsstadium des Konkurses zulässig. Die Verrechnung einer Forderung des Gemeinschuldners hat hingegen spätestens im Zeitpunkt der Auflage des Kollokationsplanes stattzufinden (BGE 109 III 112 = Pra 73 (1984) Nr. 66, E. 4.a; BGE 83 III 67, E. 1 und 3). Präzisierend bleibt anzufügen, dass ausnahmsweise auch eine spätere Verrechnung der Forderung des Gemeinschuldners (nach Abschluss Kollokationsverfahren) mit der vollen Konkursforderung zu-

lässig ist, wenn eine besondere Rechtfertigung vorliegt, beispielsweise wenn die vorherige Verrechnung aufgrund einer früheren fiduziarischen Zession und der noch nicht erfolgten Rückzession der Verrechnungsforderung nicht möglich war (BGE 83 III 67, E. 3, 4 und 6; BGer, 7B.18/2006 vom 24. April 2006, E. 4.1).

4.3. Daraus erhellt, dass die Frage, ob vorliegend eine Verrechnung nach Durchführung des Kollokationsverfahrens (und damit die Verweigerung der vorhandenen Abschlagszahlung) aus formellen Gesichtspunkten zulässig war, einzig davon abhängt, ob es sich bei der zur Verrechnung gebrachten Forderung gegen die Konkursgläubigerin konkret um eine Massaforderung oder um eine Forderung der Gemeinschuldnerin handelt bzw. im zweiten Fall, ob besondere Gründe für die Zulässigkeit einer späteren Verrechnung vorlagen. Die entsprechende Qualifikation der Forderung erfolgt nach dem Zeitpunkt ihrer Entstehung. So sind Forderungen, die bereits bei Konkurseröffnung bestanden haben Forderungen des Gemeinschuldners, und solche Forderungen, die erst während der Konkurseröffnung zugunsten der Masse entstanden sind, Massaforderungen (BGE 83 III 67, E. 2). Gerade der massgebende Entstehungszeitpunkt ist vorliegend aber umstritten.

4.4. Die Beschwerdeführerin 2 macht geltend, bei der Verrechnungsforderung handle es sich quasi um einen Ersatzanspruch des vormaligen Rechenschaftsanspruches betreffend "IRU" aus den (eingangs genannten) Verträgen, der erst nach Konkurseröffnung und nach Rechtskraft des Kollokationsverfahrens, nämlich am 9. September 2011, entstanden sei und daher der Masse gegen die Beschwerdegegnerin zustehe (act. 35 S. 31-33). Demnach sei die Verrechnungserklärung am 8. Februar 2012 zulässig gewesen. Hätte sie nicht verrechnet, so hätte eine Schädigung der Gläubigergesamtheit sowie eine Schuldnerbegünstigung gedroht (act. 35 S. 35 f.).

Die Beschwerdegegnerin führt hierzu im Wesentlichen aus, dass keine Forderung gegen sie bestehe. Selbst wenn aber aus den Verträgen eine Forderung gegen sie bestehen würde, so wäre diese vor Konkurseröffnung entstanden. Sie würde zudem nicht durch die blosse nachträgliche Umwandlung in eine Schadenersatzforderung eine neue Forderung darstellen, die im Umwandlungszeitpunkt als ent-

standen gälte, so dass es zulässig wäre nach dem abgeschlossenen Kollokationsverfahren noch zu verrechnen (act. 41 S. 8 ff., S. 10 ff.).

4.5. Der Entstehungszeitpunkt der Verrechnungsforderung kann allerdings nicht bestimmt werden, ohne dass die bestrittene Forderung an sich zu beurteilen ist. Letzteres betrifft jedoch materielles Recht, worüber zu befinden den Gerichten vorbehalten ist (BSK SchKG I-COMETTA/MÖCKLI, 2. Aufl. 2010, Art. 17 N 11-13; BGE 56 III 147 E. 1). Das hat bereits die Vorinstanz zutreffend festgestellt (act. 34 S. 6) und es wird auch von den Parteien nicht bestritten (act. 35 S. 5, S. 9 f., S. 13, S. 23 und S. 30; act. 41 S. 10). Daraus folgt, dass im vorliegenden Verfahren nicht überprüft werden kann, ob eine Verrechnungsforderung besteht und damit auch, in welchem Zeitpunkt sie entstanden ist. Dementsprechend hat offen zu bleiben, ob die im Konkursverfahren grundsätzlich zulässige Verrechnung hier unzulässig war und es kann im Rahmen der Prüfungsbefugnis einer Aufsichtsbehörde nicht festgestellt werden, dass die Verweigerung der Auszahlung der Abschlagszahlung zu Unrecht erfolgte. Die Beschwerde der Beschwerdegegnerin auf Auszahlung der zu ihren Gunsten hinterlegten Abschlagszahlung wäre damit abzuweisen gewesen.

4.6. Damit würde es der Beschwerdegegnerin aber nicht an einem Mittel fehlen, um sich gegen die vom ausseramtlichen Konkursverwalter behauptete Verrechnungsforderung zur Wehr zu setzen. Denn ihr steht bis spätestens nach Auflage der Verteilungsliste (Art. 261 ff. SchKG) jederzeit die Möglichkeit offen, eine zivilrechtliche Klage zu erheben, um den Bestand der Verrechnungsforderung zu bestreiten (BGE 54 III 20, E. 2). In der Folge wäre gestützt auf diesen Entscheid die Auszahlung der Abschlagszahlung oder der Dividende zu verlangen. Ein allfällig abschlägiger Entscheid des ausseramtlichen Konkursverwalters wäre sodann mit Beschwerde anfechtbar.

4.7. Im Übrigen bringt die Beschwerdeführerin in allgemeiner Weise vor, dass im vorinstanzlichen Verfahren das rechtliche Gehör der Konkursmasse und des ausseramtlichen Konkursverwalters verletzt worden sei. Ersteres deshalb, weil auf die Beschwerde gegen die Beschwerdeführerin 2 nicht eingetreten worden, sie durch den Entscheid gegen den Beschwerdeführer 1 aber beschwert sei (act. 35 S. 5 f.).

Das rechtliche Gehör des Beschwerdeführers 1 sei verletzt worden, indem die Vorinstanz sich unsachlich, unhaltbar und abwertend über im pflichtgemässen Ermessen des Beschwerdeführers 1 liegende Entscheidungen geäussert habe, ohne ihm vorher Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben zu haben (act. 35 S. 6).

Dieser Einwand geht fehl. Sowohl dem Beschwerdeführer 1 als auch der Beschwerdeführerin 2 wurde von der Vorinstanz mit Verfügung vom 23. Februar 2012 (act. 4) und Verfügung vom 13. April 2012 (act. 13) vorgängig Gelegenheit gegeben, um sich zur Beschwerde zu äussern. Soweit ihnen im vorinstanzlichen Verfahren mangels Parteistellung überhaupt ein Anspruch auf rechtliches Gehör zugekommen war, wurde dieser somit gewahrt. Der angefochtene Entscheid ist diesbezüglich nicht zu beanstanden.

4.8. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vorinstanz die Beschwerde der Beschwerdegegnerin nicht nur betreffend die gerügte Rechtsverzögerung, sondern auch in Bezug auf die Rechtsverletzung hätte abweisen müssen, soweit sie auf die Beschwerde überhaupt hätte eintreten dürfen. In Gutheissung der Beschwerde ist der angefochtene Entscheid demnach aufzuheben und in diesem Sinne zu ändern.

5.

Das Verfahren vor den kantonalen Aufsichtsbehörden in Schuldbetreibungs- und Konkursachen ist kostenlos (Art. 20a Abs. 2 Ziff. 5 SchKG); Prozessentschädigungen sind nicht zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Auf die Beschwerde des Beschwerdeführers 1 wird nicht eingetreten.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde der Beschwerdeführerin 2 werden die Ziffern 2 und 3 des Zirkulationsbeschlusses der II. Abteilung des Bezirksgerichtes Bülach vom 10. Oktober 2012 aufgehoben und durch folgende Fassungen ersetzt:
 - "2. Die Beschwerde der Beschwerdeführerin gegen den Beschwerdegegner 1 wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
 3. [--]"
3. Es werden keine Kosten erhoben.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und – unter Beilage der erstinstanzlichen Akten – an die II. Abteilung des Bezirksgerichtes Bülach, je gegen Empfangsschein.
5. 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. K. Houweling-Wili

versandt am: