

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer als obere kantonale Aufsichtsbehörde
über Schuldbetreibung und Konkurs



Geschäfts-Nr.: PS120220-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter
Dr. P. Higi und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen sowie Ge-
richtsschreiber lic. iur. M. Isler.

Urteil vom 27. November 2012

in Sachen

A._____,

Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

betreffend **konkursamtliche Verwertung der**
Liegenschaft B._____strasse ... in ... C._____
(Beschwerde über das Konkursamt D._____)

Beschwerde gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Meilen vom 30. Oktober 2012
(CB120056)

Erwägungen:

1. Es geht um die Verwertung der Liegenschaft des Beschwerdeführers im Rahmen des Konkursverfahrens. Mit Eingabe vom 15. November 2012 (act. 22) stellte der Beschwerdeführer folgendes Rechtsbegehren (insbesondere einen Antrag auf eine superprovisorische Massnahme):

- "1. Das angefochtene Urteil sei aufzuheben.
2. Die Beschwerdegegnerin sei anzuweisen, die angedrohte Grundstücksteigerung der Liegenschaft B. _____ strasse ..., ... C. _____, nicht durchzuführen, bis der Kollokationsplan und das Lastenverzeichnis im Konkursverfahren über A. _____ vollständig in Rechtskraft erwachsen sind.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beschwerdegegnerin, zuzüglich MWST."

2. Mit Beschluss vom 20. November 2012 wurde auf das Gesuch des Beschwerdeführers um eine superprovisorische Massnahme nicht eingetreten (act. 25).

3. Zu behandeln bleibt damit noch die Hauptsache, nämlich die Beschwerde gegen das vorinstanzliche Urteil vom 30. Oktober 2012 (act. 21) betreffend die Anweisung, die angedrohte Grundstücksteigerung der Liegenschaft des Beschwerdeführers nicht durchzuführen, bis der Kollokationsplan und das Lastenverzeichnis in seinem Konkurs vollständig in Rechtskraft erwachsen sind.

Der Beschwerdeführer kritisiert die Vorinstanz: Sie habe ausgeführt, dass die Grundstücksverwertung auch vor Rechtskraft des Kollokationsplanes zulässig sei, sofern pendente Kollokationsprozesse keine beschränkten dinglichen Rechte betreffen (act. 22 Rz 17). Unbestritten sei, dass noch eine Kollokationsklage über eine Forderung hängig sei, die ein unter Art. 128 Abs. 1 VZG fallendes vorzumerkendes persönliches Recht (Kaufrecht) betreffe. Nach Vorliegen des Entscheides der Kammer sei noch die Beschwerde ans Bundesgericht möglich, so dass die Rechtskraft noch nicht eingetreten sei (act. 22 Rz 18 f.). Ohnehin sei der Grundsatz der Verhältnismässigkeit verletzt, da keine zeitliche Dringlichkeit vorliege, das Grundstück nicht einem Preiszerfall ausgesetzt sei und niemand von der vor-

zeitigen Verwertung profitiere (act. 22 Rz 22). Weiter begründet der Beschwerdeführer, warum die Vorinstanz bezüglich der neuen Schätzung falsch entschieden habe und dass der Wert der Liegenschaft weit höher sei als die jetzt zu Grunde gelegten Fr. 4,5 Mio. Herr E. _____ sei 2004 von Fr. 3,9 Mio. ausgegangen; die Firma F. _____ AG mit Herrn F. _____ als Notar und Präsident des Schweizerischen ...verbandes gehe von einem Verkehrswert von Fr. 5,1 Mio. aus und halte fest, dass der Marktwert noch um einiges höher liegen würde. Die Gläubigerbank G. _____ bewerte die Immobilie mit Fr. 6 Mio. und Nachbargrundstücke mit kleinerer Fläche seien für Fr. 7 Mio. und mehr verkauft worden. All das werde gestützt durch den Anstieg des ZWEX SEE (2006Q3=100) um 2,1 % im ersten Quartal 2012 und plus 2 % im Vergleich zum Vorjahresquartal (act. 22 Rz 23 ff.).

4. Gemäss Art. 17 Abs. 1 SchKG ist Beschwerdeobjekt eine Verfügung eines Zwangsvollstreckungsorgans. Als weitere Beschwerdeobjekte kommen in Absatz 3 derselben Bestimmung die Rechtsverweigerung und die Rechtsverzögerung in Frage. Der Beschwerdeführer wendet sich gegen die "angedrohte Grundstücksteigerung".

Der Beschwerdeführer verweist auf seine Sachverhaltsdarstellung in der Beschwerde vor Vorinstanz vom 23. Juli 2012 (act. 1 im Verfahren CB120056). Daraus ergibt sich, dass mit Verfügung vom 10. Juli 2012 die konkursamtliche Grundstücksteigerung auf Dienstag, 28. August 2012 angesetzt war (act. 1 Rz 4). Der Beschwerdeführer verlangte vor Vorinstanz, die angefochtene Verfügung aufzuheben und die Versteigerung nicht durchzuführen, bis der Kollokationsplan und das Lastenverzeichnis vollständig in Rechtskraft erwachsen seien (act. 21 S. 2, Beschwerdeantrag 1 und 2). Ausserdem sei eine Neuschätzung durchzuführen und der Schätzwert in den Steigerungsbedingungen auf mindestens Fr. 6 Mio. festzulegen (act. 21 S. 2, Beschwerdeantrag 3). Den abweisenden Beschwerdeentscheid der Vorinstanz vom 23. August 2012 (act. 9) zog der Beschwerdeführer an die Kammer weiter, welche die Versteigerung absetzte und mit Beschluss vom 11. September 2012 die Sache an die Vorinstanz zurückwies (act. 11 S. 4). Mit Urteil vom 30. Oktober 2012 wies die Vorinstanz – nachdem sie die erforderliche Stellungnahme des Beschwerdeführers zur Vernehmlassung des Konkursamtes

D._____ eingeholt hatte – die Beschwerde erneut ab, soweit sie nicht gegenstandslos geworden war (act. 18 = act. 21).

5. Die Vorinstanz hat im Urteil vom 30. Oktober 2012 bejaht, dass die Festlegung von Zeitpunkt und Ort der Grundstücksteigerung durch das Konkursamt D._____ an sich eine anfechtbare Verfügung und damit ein taugliches Anfechtungsobjekt sei (act. 21 S. 5 Erw. II/4). Sie hat dann allerdings einen praktischen Verfahrenszweck verneint, weil die angesetzte Versteigerung mit Präsidialverfügung der Kammer vom 27. August 2012 abgesetzt worden war.

Zu diesen zutreffenden Ausführungen – erforderlich ist grundsätzlich ein aktuelles Interesse (Franco Lorandi, *Betreibungsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit*, Basel/Genf/München, 2000, Rz 174 zu Art. 17 SchKG) – kann nur noch hinzugefügt werden, dass der Beschwerdeführer (bereits im ursprünglichen und auch im vorliegenden Verfahren) sich gegen die "angedrohte Grundstücksteigerung" zur Wehr setzt. Es stellt sich daher die Frage, ob er sich damit noch auf die seinerzeitige Versteigerung von Dienstag, 28. August 2012, bezieht oder ob sein Begehren im jetzigen Zeitpunkt dahingehend verstanden werden müsste, dass es die "drohende Grundstücksteigerung" betrifft, da zu erwarten ist, dass das Konkursamt einen neuen Steigerungstermin ansetzen wird. Die Vorinstanz hat zu Recht die Frage des praktischen Verfahrenszweckes aufgeworfen, welcher fehlt, wenn der Zweck der Beschwerde bereits auf andere Weise erreicht ist (vgl. Lorandi, a.a.O., Rz 12 zu Art. 17). Ausnahmsweise ist eine Beschwerde allerdings trotz Wegfalls des Mangels zulässig, wenn sich die beanstandete Handlung jederzeit in ähnlicher Weise wiederholen und die betreffende Problematik nie rechtzeitig beurteilt werden könnte (vgl. BSK SchKG I-Cometta/Möckli, N. 7 zu Art. 17; BGE 99 III 61 E.3), wenn der Betroffene einer zeitlich begrenzten Anordnung ausgesetzt ist, mit deren Wiederholung gerechnet werden kann bzw. muss (Lorandi, a.a.O., N. 17 zu Art. 17 mit Hinweis auf BGE 105 III 104 [Rechtsstillstand wegen Krankheit, der immer nur für kurze Zeit gewährt wurde, so dass der Beschwerdeführer nie "rechtzeitig" hätte ans Bundesgericht gelangen können]; BISchK 1999 S. 178 [Verweigerung des Akteneinsichtsrechts des Dritten, Möglichkeit der Wiederholung]). Diese Voraussetzungen treffen auf den vorliegenden

Fall nicht zu. Zwar ist mit einer Neuansetzung eines Termins für die Versteigerung zu rechnen, jedoch ist nicht ersichtlich, dass es keine Möglichkeit gäbe, allfällige sich dannzumal immer noch stellende Fragen zur Abklärung zu bringen.

6. Der Beschwerdeführer ging von einer vorzeitigen Verwertung i.S.v. Art. 128 Abs. 1 VZG aus, weil der Kollokationsplan und das Lastenverzeichnis noch nicht in Rechtskraft erwachsen sind. Diesbezüglich kann das wiederholt werden, was im Beschluss vom 20. November 2012 (S. 3 f.) ausgeführt wurde: "Entscheide erwachsen nach der einen Meinung in formelle Rechtskraft, wenn sie nicht mehr mit einem ordentlichen Rechtsmittel angefochten werden können (vgl. z.B. ZK ZPO-Zürcher, N. 37 zu Art. 59), d.h. ordentliche Rechtsmittel richten sich gegen formell *nicht* rechtskräftige Entscheide, ausserordentliche Rechtsmittel hingegen gegen formell rechtskräftige (Christoph Leuenberger/Beatrice Uffer-Tobler, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Bern 2010, Rz 12.5). Ohne auf die Terminologie von ordentlich/ausserordentlich abzustellen, weist Isaak Meier (Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 2010, S. 239) darauf hin, dass die formelle Rechtskraft mit dem Zeitpunkt des Eintretens der Urteilswirkungen, insbesondere der Vollstreckbarkeit, eintritt. Ob die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht ein ordentliches oder ein ausserordentliches Rechtsmittel ist, ist umstritten (BSK BGG-Klett/Escher, 2. Auflage, N. 1 zu Art. 72). In der neueren Dogmatik wird vorgeschlagen, auf diese Unterscheidung zu verzichten (vgl. Karl Spühler/Annette Dolge/Myriam Gehri, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 9. Auflage, Bern 2010, Rz 17 zum 12. Kapitel; Leuenberger/Uffer, a.a.O., Rz 12.5; kritisch zur Unterscheidung auch Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, Zürich 2008, Rz 3 f. zu § 25) und darauf abzustellen, ob einem Rechtsmittel von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung zukommt (Thomas Sutter-Somm, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Auflage, Zürich 2012, Rz 1296). Für die Beschwerde in Zivilsachen geht Sutter-Somm (a.a.O., Rz 1301) davon aus, dass es sich in der Regel um ein ausserordentliches, bei Gestaltungsurteilen (Art. 103 Abs. 2 lit. a BGG) ausnahmsweise um ein ordentliches Rechtsmittel handelt. Kommt der Beschwerde in Zivilsachen gegen SchK-Beschwerdeentscheide der oberen kantonalen Aufsichtsbehörde im Sinne der vorstehenden Ausführungen keine aufschiebende Wirkung zu, so ist der Entscheid aus dem Verfahren PS120194 (Urteil vom

13. November 2012) formell rechtskräftig und vollstreckbar, und zwar unabhängig davon, dass die Beschwerdefrist für den Weiterzug ans Bundesgericht i.S.v. Art. 72 Abs. 2 lit. a BGG (der Beklagte hat den Entscheid am 14. November 2012 in Empfang genommen) derzeit noch läuft." Selbst wenn das Steigerungsdatum nach wie vor noch Geltung hätte, könnte die vorliegende Beschwerde nicht gutgeheissen werden, weil der Kollokationsplan bzw. das Lastenverzeichnis zumindest derzeit rechtskräftig und vollstreckbar sind. Dass sich an der Rechtskraft nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts auch bei Erteilung der aufschiebenden Wirkung nichts ändern dürfte, ergibt sich aus BGer 5A_3/2009 (im Zusammenhang mit der Konkursöffnung) und aus BGer 5A_217/2012 (Eheschutz). Die Beschwerde könnte also auch deshalb nicht gutgeheissen werden, weil die Rechtskraft, die nach Ansicht des Beschwerdeführers noch aussteht, tatsächlich eingetreten ist. Sind die massgebenden Verzeichnisse in Rechtskraft erwachsen, so handelt es sich ohnehin nicht um eine vorzeitige Verwertung im Sinne von Art. 128 Abs. 1 VZG.

7. Vor Vorinstanz ersuchte der Beschwerdeführer um eine Neuschätzung seiner Liegenschaft. Vor der Kammer stellte er keinen solchen Antrag, begründete allerdings seinen diesbezüglichen Standpunkt einlässlich (act. 22 Rz 23 ff.).

Die vorliegende Beschwerde richtet sich nach den Regeln des ZPO-Beschwerdeverfahrens (Art. 20a Abs. 3 ZPO i.V.m. §§ 17 f. EG SchKG, § 84 GOG und Art. 319 ff. ZPO). Nach herrschender Meinung, der auch die Praxis der Kammer folgt (vgl. zu Antrag und Begründung die publizierten Entscheide NQ110031 und PF110034), haben die Parteien Rechtsmittelanträge zu stellen und diese zu begründen (BSK ZPO-Spühler, N 4 zu Art. 321; ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, N. 14 zu Art. 321 sowie N. 15 zu anwaltlich vertretenen Parteien). Dieser Ansicht folgend ist auf die Beschwerde mangels eines gestellten Antrages nicht einzutreten.

Wäre die Frage zu entscheiden, wäre den Argumenten des Beschwerdeführers (act. 22 Rz 23 ff.), dass BGE 114 III 29 ff. anwendbar sei, zumindest bei einer offensichtlich falschen Schätzung (hier: der eingesetzte Schätzer habe das Objekt nicht einmal von innen gesehen; das Konkursamt habe eine viel zu tiefe Schät-

zung vorgenommen [E._____ 2004: Fr. 3,9 Mio., Konkursamt jetzt: Fr. 4,5 Mio.; F._____, Präsident des Schweizerischen ...verbandes 2011: Fr. 5,1 Mio.; Gläubigerbank G._____ ca. Fr. 6 Mio.; Vergleichswerte bei Nachbargrundstücken Fr. 7 Mio.; Preissteigerung ZWEX SEE Steigerung ca. 2 %]), Folgendes entgegenzuhalten: Der angerufene Bundesgerichtsentscheid 114 III 29 ff. betreffend eine (verweigerte) zweite Schätzung bei Fahrnis ist wenig aussagekräftig. Zunächst hält das Bundesgericht fest, dass Art. 9 VZG aus systematischen Gründen im Konkursverfahren keine Anwendung finde, dass sich aus BGE 61 III 65 (Nachlassverfahren mit Prozentvergleich) nichts ableiten lasse, dass es für die unterschiedliche Behandlung der Spezialexécution einerseits und der Generalexécution andererseits sachliche Gründe gebe, dass jedenfalls im summarischen Konkursverfahren kein Anspruch auf eine zweite Schätzung bestehe, "zumal wenn die Schätzung des Konkursverwalters auf objektiven Bewertungsgrundlagen beruht". "Das summarische Konkursverfahren soll möglichst einfach und rasch erfolgen ... Ein allfälliges Interesse einer zweiten Schätzung, zur Aufklärung allfälliger Steigerungs- bzw. Kaufsinteressenten beizutragen, hat unter diesen Umständen zurückzutreten" (BGE 114 III 29 S. 31).

Neben dem systematischen Argument – die grundsätzlichen Unterschiede zwischen der Spezial- und Generalexécution und dort besonders noch das summarische Konkursverfahren – ist vor allem auf die zeitliche Komponente hinzuweisen. In der Spezialexécution (Art. 9, Art. 44 und 99 VZG) ist der Ausgangspunkt die Pfändung, verbunden mit einem Recht auf Neuschätzung innerhalb der 10-tägigen Beschwerdefrist, allenfalls gefolgt von einer Revision bei Wegfall von Lasten, die den Wert des Grundstückes als solches beeinflussen (Bsp. Dienstbarkeiten), bzw. in der Betreuung auf Pfandverwertung das Verwertungsbegehren, verbunden mit dem Recht auf Neuschätzung gemäss Art. 9 Abs. 2 VZG und einer Revision gemäss Art. 44 i.V. mit Art. 102 VZG. Problematisch wäre eine analoge Anwendung im vorliegenden Fall schon deshalb, weil das Neuschätzungsrecht zeitlich völlig in der Luft hängt. Die Tatsache, dass ein solches Recht in der VZG für den Konkurs überhaupt nicht vorgesehen ist, kann sicher nicht dazu führen, dass der Konkursit, dem im Konkursverfahren ausserdem eine völlig andere Stellung zukommt als dem Schuldner in der Spezialexécution, zu einem beliebigen

Zeitpunkt eine Neuschätzung verlangen kann, während dieses Recht in der Einzelzwangsvollstreckung zeitlich genau fixiert ist, nämlich unmittelbar im Anschluss an die ursprüngliche Ermittlung des Schätzwertes nach der Pfändung bzw. nach Eingang des Verwertungsbegehrens. Wollte man einen analogen Zeitpunkt suchen, wäre dies nicht die Anordnung der konkursamtlichen Grundstücksteigerung (act. 2/20), sondern der Zeitpunkt, in dem der Konkursit erstmals vom konkursamtlichen Schätzwert Kenntnis erhält. Das Konkursamt macht in seiner Stellungnahme vom 14. August 2012 darauf aufmerksam, dass die Schätzung von Fr. 4,5 Mio. bereits ins Inventar wie auch ins Lastenverzeichnis aufgenommen worden war, was der Beschwerdeführer nicht bestritten hat (act. 5 S. 2 Ziff. 26). Wollte man – bei allen Vorbehalten, die sich ohnehin aus dem grundsätzlich anderen System ergeben – eine Parallele zur Einzelzwangsvollstreckung ziehen, so wäre auf das Inventar mit erwähntem Schätzwert abzustellen. Fraglich wäre dann noch, ob eine Revision der Schätzung in analoger Anwendung von Art. 44 VZG denkbar wäre, sofern eine Lastenbereinigung dazu geführt hat, dass wertvermindernde Grundstücksbelastungen (Dienstbarkeiten oder vorgemerkte persönliche Rechte) weggefallen sind, was den Wert der Liegenschaft erhöhen und damit den Schätzwert beeinflussen kann. Im vorliegenden Zusammenhang ist verschiedentlich von einem Kaufrecht zu Gunsten von E. _____ die Rede. Wäre die Schätzung unter Berücksichtigung eines im Zeitpunkt der Inventarisierung noch gültigen Kaufrechts vorgenommen worden und wäre dieses im Rahmen des Verfahrens als Grundstücksbelastung weggefallen, so wäre es denkbar, dass sich der Grundstückswert verändert hätte, was auch im Konkurs mit einer Anpassung der Schätzung berücksichtigt werden müsste, allerdings auch dann auf den Reduktionszeitpunkt und nicht auf einen beliebigen späteren Zeitpunkt hin. Aus den beigezogenen Akten im Verfahren PS120194 samt den vorinstanzlichen Akten (CB120049) ergibt sich aber, dass E. _____ das Kaufrecht am 12. März 2009 (und damit noch vor der Konkurseröffnung am 29. April 2009) ausgeübt hat (Verfahren PS120194, act. 2/1 S. 3). Dass das Kaufrecht bei der Schätzung von Fr. 4,5 Mio. nicht berücksichtigt worden ist, ergibt sich mit Blick auf die Höhe des Ausübungspreises von Fr. 2'300'000.-- (act. 7). Angesichts der Tatsache, dass dieses Kaufrecht vom Berechtigten – auch gegenüber einem Erwerber bzw. Ersteigerer der

Liegenschaft – zum vereinbarten Preis von Fr. 2'300'000.-- ausgeübt werden könnte, hätte sich ein Schätzwert in der Höhe von Fr. 4,5 Mio. nicht rechtfertigen lassen.

Daraus ergibt sich, dass die Ablehnung der Neuschätzung durch die Vorinstanz – wenn sie durch die Kammer hätte beurteilt werden müssen – nicht zu beanstanden gewesen wäre.

8. SchK-Beschwerdeverfahren sind kostenlos, und es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen (Art. 61 Abs. 2 lit. a und Art. 62 Abs. 2 GebV SchKG).

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an den Beschwerdeführer sowie das Konkursamt D._____ und – unter Beilage der erstinstanzlichen Akten – an das Bezirksgericht Meilen als untere kantonale SchK-Aufsichtsbehörde, 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

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. M. Isler

versandt am: