

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer als obere kantonale Aufsichtsbehörde
über Schuldbetreibung und Konkurs



Geschäfts-Nr.: PS160036-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Ersatzrichter
lic. iur. H. Meister und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Kröger

Beschluss und Urteil vom 6. April 2016

in Sachen

A._____ Immobilien AG,

Beschwerdeführerin,

vertreten durch B._____,

betreffend

Schätzung Konkursdividende und Kostenrechnung

(Beschwerde über das Konkursamt Affoltern)

Beschwerde gegen einen Beschluss des Bezirksgerichtes Affoltern vom 18. Februar 2016 (CB160002)

Erwägungen:

I.

1.

1.1. Mit Urteil vom 27. Januar 2016 entschied der Einzelrichter des Bezirksgerichts Affoltern (nachfolgend Kollokationsrichter) über die Kollokation der Forderung der A._____ Immobilien AG im Konkurs der C._____ Immobilien AG (Geschäfts-Nr. FB060009). Zwecks Ermittlung des Streitwerts dieser Kollokationsklage forderte der Kollokationsrichter das Konkursamt Affoltern auf, die mutmassliche Konkursdividende zu berechnen. Diesem Ersuchen kam das Konkursamt Affoltern mit Schreiben vom 30. Dezember 2015 nach (act. 2/1 = act. 11/2; nachfolgend zitiert als act. 11/2). Mit Kostenrechnung vom 30. Dezember 2015 verlangte das Konkursamt Affoltern vom Bezirksgericht Affoltern eine Entschädigung für seinen Berechnungsaufwand (act. 2/2 = act. 11/3; nachfolgend zitiert als act. 11/3). Die Mitteilung betreffend Dividendenschätzung und die Kostenrechnung wurden den Parteien des Kollokationsverfahrens mit dem erwähnten Urteil vom 27. Januar 2016 zugestellt. Gegen das Urteil erhob die A._____ Immobilien AG Berufung (das Berufungsverfahren ist derzeit auf der II. Zivilkammer des hiesigen Gerichts pendent [Geschäfts-Nr. NE160004]). Gegen die Dividendenschätzung und die Kostenrechnung erhob B._____ für sich sowie für die A._____ Immobilien AG, die D._____ Dienstleistungen AG, E._____, F._____, G._____ und H._____ Beschwerde beim Bezirksgericht Affoltern als untere kantonale Aufsichtsbehörde (nachfolgend Vorinstanz). Vollmachten reichte B._____ keine ein. Mit Beschluss vom 18. Februar 2016 trat die Vorinstanz auf die Beschwerde nicht ein. Sie erwog, weder die Schätzung der Konkursdividende noch die Kostenrechnung seien taugliche Anfechtungsobjekte im Sinne von Art. 17 SchKG (act. 3 = act. 8 = act. 10; nachfolgend zitiert als act. 8).

1.2. Mit Eingabe vom 2. März 2016 (Datum Poststempel) erhob B._____ wiederum für sich und die erwähnten natürlichen und juristischen Personen beim Obergericht des Kantons Zürich als obere kantonale Aufsichtsbehörde in Schuldbetrei-

bungs- und Konkursachen rechtzeitig (act. 4 i.V.m. act. 9) Beschwerde gegen den genannten vorinstanzlichen Beschluss. Die Beschwerdeanträge (act. 9 S. 2) lauten:

- " 1. Es sei die Verfügung CB160002 vom 18. Februar 2016 aufzuheben
es sei die Sache an eine unabhängige, neutrale untere Aufsichtsbehörde zurückzuweisen, mit der Anweisung die Eingabe vom 10. Februar 2016 an ein unabhängiges Konkursamt zur Beantwortung, Stellungnahme usw. zuzustellen.
2. Es sei eine vollständige Untersuchung, wie in der Eingabe vom 10. Februar 2016 (Seite 1-5) beantragt / begründet wurde von Amtes wegen durchzuführen.
3. Die Eingabe vom 10. Februar 2016 wird hiermit zum integrierenden Bestandteil dieser Eingabe erklärt und nachstehend im ganzen Wortlaut wiederholt.
4. Es sei eine öffentliche Gerichtsverhandlung anzuberaumen.
und es sei den Antragsstellern Gelegenheit zu geben daran teilnehmen zu können, zwecks persönlicher Befragung und Erläuterung usw.
5. Es sei ein öffentliches Beweisverfahren durchzuführen.
6. Es sei aufschiebende Wirkung zu erteilen, um nicht wieder gutzumachender Schaden abzuwenden.
7. Alles unter Kosten- und Entschädigung zu Lasten der Staatskasse des Kantons Zürich, 8090 Zürich"

Die Anträge gemäss der in Beschwerdeantrag Ziffer 3 erwähnten vorinstanzlichen Eingabe vom 10. Februar 2016, die in der Beschwerdeschrift wiedergegeben werden, lauten wie folgt (act. 9 S. 3 f. = act. 1 S. 1 f.):

- " 1. Beschwerde
2. Gesuch um Erläuterung des Inhaltes der Eingabe vom 30. Dez. 2015
3. Detaillierung einer Rechnung Nr. ... dat. 30. Dez. 2015
ausgestellt durch das Konkursamt Affoltern am Albis
Gesamtbetrag Fr. 1'243.75
4. Antrag auf Durchführung einer Schätzung durch einen unabhängigen Immobilien-Fach-Schätzer (mit Fachausweis)
(Immobilien ...strasse ..., ..., ..., ... und Tiefgarage, Affoltern a.A).
5. Antrag auf Durchführung einer Schätzung des Inventars (sämtliche Positionen im Verfahren C._____ Immobilien AG in Liq. seit Aug. 1999 durch eine unabhängige Fachperson (Schätzer), versiert in Verfahren nach SchKG.

6. Antrag um aufschiebende Wirkung

7. Antrag auf Berücksichtigung der Eingabe vom 9. Februar 2016 (Verfahren Nr. FB060011 – Ausstandsbegehren, Streitverkündung usw. BO: BEIZUG)"

1.3. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1-6). Das Verfahren ist spruchreif, weshalb von der Einholung einer Beschwerdeantwort bzw. einer Vernehmlassung abgesehen werden kann (Art. 20a Abs. 3 SchKG i.V.m. § 18 EG SchKG i.V.m. § 84 GOG i.V.m. Art. 322 ZPO).

2.

Selbst wenn in den Beschwerdeschriften vom 10. Februar 2016 und 2. März 2016 nebst der Geschäfts-Nr. FB060009 auch die Geschäfts-Nr. FB060008 und FB060010-12 erwähnt werden, bezieht sich die vor Vorinstanz angefochtene konkursamtliche Mitteilung einzig auf die Kollokationsklage der I. _____ Switzerland AG gegen die A. _____ Immobilien AG (= Geschäfts-Nr. FB060009). Betroffen und demnach im Rubrum als Beschwerdeführerin aufzuführen ist nur die A. _____ Immobilien AG. B. _____ ist gemäss Handelsregisterauszug deren Verwaltungsratspräsident mit Einzelzeichnungsberechtigung (act. 12). Demnach war bzw. ist B. _____ zur Erhebung der Beschwerde für die Beschwerdeführerin befugt, und ist er als Vertreter der Beschwerdeführerin aufzunehmen. In Bezug auf die D. _____ Dienstleistungen AG, E. _____, F. _____, G. _____, H. _____ und B. _____ ist die Beschwerde mangels Beschwerdeberechtigung abzuweisen.

II.

1.

Gegen Verfügungen eines Betreibungs- oder Konkursamtes kann nach Art. 17 Abs. 1 SchKG bei der unteren Aufsichtsbehörde und gegen deren Entscheid hernach bei der oberen Aufsichtsbehörde (Art. 18 SchKG) Beschwerde geführt werden. Das Verfahren der Aufsichtsbeschwerde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen richtet sich nach den Bestimmungen von Art. 20a Abs. 2 SchKG. Soweit Art. 20a Abs. 2 SchKG keine Bestimmungen enthält, regeln die Kantone das

Verfahren (Art. 20a Abs. 3 SchKG; BSK SchKG-I-Cometta/Möckli, 2. Aufl., Art. 20a N 38). Im Kanton Zürich richtet sich das Beschwerdeverfahren gemäss §§ 17 und 18 EG SchKG nach §§ 82 ff. 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). Mit der Beschwerde können (a) die unrichtige Rechtsanwendung und (b) die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Art. 326 Abs. 1 ZPO schliesst neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel aus, auch bei Verfahren, die der Untersuchungsmaxime unterstehen (BGer 5A_405/2011 E. 4.5.3; OGer ZH PS140112 vom 4. Juli 2014 E. II.3.3. m.w.H.).

2.

2.1. Die Beschwerdeführerin weist in ihrer Beschwerdeschrift auf das im Verfahren FB060011 eingereichte Ausstandsbegehren vom 9. Februar 2016 hin und erklärt dieses zum integrierenden Bestandteil ihrer Beschwerdeeingabe. Wegen "jahrelanger Rechtsverzögerung, Rechtsverweigerung, grobfahrlässigem Zufügen von Vermögensschaden, Gesundheitsschaden usw., versuchter Begünstigung von Dritten usw." bestünde mindestens der Anschein der Befangenheit. Die Ausstandspflicht der dort erwähnten Personen bestünde daher auch in diesem Verfahren. J._____, K._____, L._____ und M._____ sowie N._____ hätten die gesetzlichen Ausstandsvorschriften willkürlich und rechtswidrig missachtet (act. 9 S. 7 f.).

Die Beschwerdeführerin kam ihrer Obliegenheit, in ihrem Gesuch die Gründe bezüglich jeder abgelehnten (Gerichts-)Person einzeln zu spezifizieren, zu substantiieren und soweit möglich zu belegen (ZK ZPO-Wullschleger, 2. Aufl., Art. 49 N 2-4) nicht nach. Auf ein derart unspezifiziertes Ausstandsbegehren ist nicht einzutreten (BGE 114 Ia 278 E. 1; BGer 5A_337/2009). Die Vorinstanz hat dieses Ausstandsgesuch nicht behandelt und ist damit sinngemäss darauf nicht eingetreten. Ein Verfahrensfehler, der zur Gutheissung der Beschwerde führen würde, ist darin nicht zu erblicken.

2.2. Weiter bringt die Beschwerdeführerin vor, N._____, M._____ und O._____ sei mit Eingabe vom 6. Februar 2016 der Streit erklärt worden. Sie erkläre diesen Personen nochmals den Streit (act. 9 S. 7 und S. 9). Da im vorliegenden betriebsrechtlichen Beschwerdeverfahren nicht über materiellrechtliche Ansprüche entschieden wird, sind sowohl die Streitverkündung als auch die Haupt- und Nebenintervention ausgeschlossen. Auf die Streitverkündung ist daher ebenfalls nicht einzutreten.

2.3. Sodann verlangt die Beschwerdeführerin die Durchführung einer mündlichen und öffentlichen Verhandlung (Beschwerdeantrag Ziffer 4) sowie eines öffentlichen Beweisverfahrens (Beschwerdeantrag Ziffer 5). Ob sie sich mit diesem Antrag auf das vorinstanzliche Verfahren oder auf das vorliegende Beschwerdeverfahren beziehen will, lässt sich mangels Begründung in der Beschwerdeschrift nicht beurteilen. Für das Beschwerdeverfahren vor Obergericht gelten die Bestimmungen über die Beschwerde gemäss Art. 319 ff. ZPO (§ 84 GOG). Nach Art. 327 Abs. 2 ZPO kann die Beschwerdeinstanz aufgrund der Akten, d.h. ohne mündliche Verhandlung, entscheiden. Im vorliegenden Beschwerdeverfahren wäre eine Verhandlung grundsätzlich nicht sinnvoll, sind doch neue Behauptungen und Beweismittel ebenso unzulässig wie eine Ergänzung der Beschwerde (vgl. Art. 326 Abs. 1 ZPO und Art. 321 Abs. 1 ZPO) bzw. eine ergänzende Beweisführung (vgl. BK ZPO-Sterchi, Art. 327 N 8b). Es bliebe daher unerfindlich, was in der Verhandlung noch zur Sprache kommen könnte. Aus Art. 30 Abs. 3 BV ergibt sich nichts Abweichendes, da er auf Zivil- und Strafsachen beschränkt ist (Steinmann, St. Galler Kommentar, N 50 zu Art. 30 BV). Demzufolge sind die Beschwerdeanträge Ziffer 4 und Ziffer 5 abzuweisen, soweit darauf mangels Begründung überhaupt einzutreten ist.

2.4. Ein Entscheid über den Antrag der Beschwerdeführerin, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen (Beschwerdeantrag Ziffer 1), erübrigt sich, da sogleich ein Endentscheid gefällt werden kann. Das Gesuch um aufschiebende Wirkung ist damit abzuschreiben.

3.

3.1. Die Rechtsmittelinstanz prüft von Amtes wegen, ob ein Rechtsmittel zulässig ist. Anfechtungsobjekt der betreibungsrechtlichen Beschwerde nach Art. 17 SchKG sind – mit Ausnahme von Art. 17 Abs. 3 SchKG – Verfügungen eines Vollstreckungsorgans. Entsprechend ist die Beschwerde an die obere kantonale Aufsichtsbehörde über die Betreibungsämter nur zulässig, wenn der erstinstanzliche Entscheid eine solche Verfügung betrifft. Unter einer Verfügung nach Art. 17 SchKG ist eine bestimmte behördliche Handlung in einem konkreten zwangsvollstreckungsrechtlichen Verfahren zu verstehen, die in Ausübung amtlicher Funktion ergeht. Die Verfügung muss die fragliche Zwangsvollstreckung in rechtlicher Hinsicht beeinflussen. Es handelt sich somit um Vorkehren, welche die Weiterführung oder den Abschluss des Verfahrens bewirken und für die Parteien bestimmte Folgen nach sich ziehen. Weder der Wortlaut noch das formale Erscheinungsbild entscheidet darüber, ob eine anfechtbare Verfügung vorliegt, sondern der tatsächliche und rechtliche Gehalt. Keine Verfügungen sind amtliche Handlungen eines Betreibungsamtes, die ihrer Natur nach überhaupt nicht in den Gang der Zwangsvollstreckung eingreifen. Die allgemeine Amtstätigkeit als solche, blosse Meinungsäusserungen oder Absichtserklärungen des Betreibungsorgans, aber auch eine einfache Mitteilung oder ein Bericht über den Stand des Verfahrens sind nicht durch Beschwerde anfechtbar, weil dadurch die Rechtsstellung der Personen, an die sich solche Äusserungen richten, nicht in bestimmter, konkreter Weise beeinträchtigt wird (vgl. BGE 129 III 400 E. 1.1, BGE 128 III 156 E. 1c, BGE 116 III 91 E. 1, BGer 5A_224/2012 vom 21. Juni 2012 E. 5.2.1., BGer 5A_308/2011 vom 8. September 2011 E. 1.1. m.w.H.).

3.2. Wie erwähnt ficht die Beschwerdeführerin u.a. die Mitteilung des Konkursamtes betreffend Berechnung der mutmasslichen Konkursdividende an (zur Kostenrechnung vgl. E. 4 unten). Vorweg ist somit zu klären, ob diese Mitteilung eine anfechtbare Verfügung im Sinne von Art. 17 SchKG darstellt. Die Vorinstanz verneinte dies.

Es gehört zu den Aufgaben der Konkursverwaltung, die mutmassliche Konkursdividende zu berechnen. Für diese Berechnung ist vom Schätzwert sämtlicher Kon-

kursaktiven auszugehen. Davon sind die voraussichtlichen Kosten in Abzug zu bringen, weil diese vorweg bezahlt werden müssen. Der Betrag, der daraus resultiert – im Folgenden als "Nettoschätzwert" bezeichnet – ist das, was vermutlich zur Befriedigung der Gläubiger zur Verfügung stehen wird. Um die mutmassliche Konkursdividende zu ermitteln, ist die Gesamtforderung sämtlicher (zugelassener) Gläubiger dem "Nettoschätzwert" gegenüberzustellen, und zwar getrennt nach Klassen gemäss Art. 219 Abs. 4 SchKG, weil die Gläubiger nachgehender Klassen erst befriedigt werden, wenn die vorgehenden vollständig gedeckt sind. Diese provisorische Zuweisung des "Nettoschätzwertes" ergibt die mutmassliche Konkursdividende, d.h. das, womit die Gläubiger der einzelnen Klassen als auf ihre Forderungen entfallendes Ergebnis rechnen können. Das Konkursamt hat am Ende des aufzulegenden Kollokationsplans diese zu erwartende Höchstdividende für jede einzelne Klasse anzuführen (BGE 138 III 675 E. 3.2. m.H. auf BGE 65 III 28 E. 3; BSK SchKG II-Hierholzer, 2. Aufl., Art. 247 N 91 und Art. 250 N 49). Für den Kollokationsrichter, der im Falle von Kollokationsklagen für den Streitwert der mutmasslichen Konkursdividende auszugehen hat, ist die konkursamtliche Berechnung verbindlich (BGE 138 III 675 E. 3.2.2.).

Der Schätzwert der Aktiven ist demnach einer der drei Faktoren, aus denen die mutmassliche Konkursdividende errechnet wird. Dieser ist bei der Inventaraufnahme (Art. 221 SchKG) für jedes Vermögensstück zu ermitteln und ins Konkursinventar einzusetzen (Art. 227 SchKG). Die Schätzung ist eine zwangsvollstreckungsrechtliche Verfügung (vgl. BGE 138 III 675 E. 3.2.2.) und daher i.S.v. Art. 17 SchKG mit SchK-Beschwerde anfechtbar. Das hat allerdings gemäss Art. 17 Abs. 2 SchKG innert 10 Tagen zu geschehen. Danach ist das Beschwerderecht nach den einschlägigen Regeln verwirkt (BSK SchKG I-Cometta/Möckli, 2. Aufl., Art. 17 N 50).

Im vorliegend relevanten Kollokationsplan sind keine mutmasslichen Konkursdividenden angegeben (siehe act. 3/1 in Geschäfts-Nr. FB060009 bzw. derzeit in Geschäfts-Nr. NE160004). Das Konkursamt hat diese offenbar erst berechnet, nachdem es von der Vorinstanz zwecks Streitwertermittlung im Verfahren mit der Geschäfts-Nr. FB060009 dazu aufgefordert worden war. Gab es deshalb bis anhin

noch keine Möglichkeit, die Berechnung der mutmasslichen Konkursdividende anzufechten, so ist davon auszugehen, dass vorliegend die Mitteilung des Konkursamts an die Vorinstanz betreffend Dividendenschätzung vom 30. Dezember 2015 eine anfechtbare Verfügung im Sinne von Art. 17 SchKG ist. Das kann allerdings nicht dazu führen, dass auf diesem Umweg die längst erfolgten Schätzungen indirekt in Frage gestellt werden können.

3.3. Wie bereits vor Vorinstanz (vgl. act. 1 S. 2-4 und act. 8 E. 3.2.) führt die Beschwerdeführerin zusammengefasst aus, es würden überprüfbare Angaben zum Inhalt des Inventars fehlen. Es bestünde keine "behauptete Schätzung" des voringenommenen und vorbefassten Vorstehers des Konkursamtes Affoltern. Ausserdem fehle eine Schätzung eines "Immobilien-Fach-Schätzers". Es sei eine aktuelle Schätzung des Inventars durch einen "Immobilien-Fach-Schätzer" per 31. Januar 2016 vorzunehmen (act. 9 S. 4-6 und S. 9).

Formell richtet sich die Beschwerde der Beschwerdeführerin gegen die Richtigkeit der mutmasslichen Dividende; sie bringt inhaltlich allerdings nur vor, es seien bei der Schätzung "alle bekannten Faktoren", "alle Anträge Nr. 4, 5, 6, 7" und die "gesamte Begründung" zu berücksichtigen, wobei sie zudem nicht erwähnt, welches die bekannten Faktoren sein sollen. Beziehen sich ihre Anträge damit inhaltlich ausschliesslich auf das nicht (mehr) anfechtbare Konkursinventar vom 17. März 2006 (vgl. act. 3/3 in Geschäfts-Nr. FB060009 bzw. derzeit in Geschäfts-Nr. NE160004) und damit einzig auf einen für die Ermittlung der mutmasslichen Dividende verbindlich feststehenden Faktor, so ist dies unzulässig und die Beschwerde deshalb abzuweisen.

3.4. Sodann erweist sich der pauschale Vorwurf der Rechtsverweigerung und -verzögerung (vgl. act. 9 S. 7 und S. 8) als unbegründet, liegen doch sowohl das Konkursinventar als auch die Dividendenschätzung vor.

4.

In Bezug auf die Kostenrechnung hielt die Vorinstanz fest, es liege keine anfechtbare Verfügung im Sinne von Art. 17 SchKG vor. Sie erwog, die Konkursverwaltung habe die mutmassliche Konkursdividende auf Ersuchen des Kollokationsrichters geschätzt und sie sei für die entstandenen Aufwendungen vollumfänglich entschädigt worden. Die Konkursmasse sei von der Rechnungsstellung nicht tangiert. Diese Auslage seien als Verfahrenskosten im Kollokationsprozess der unterliegenden Partei aufzuerlegen (act. 8 E. 4.4.). Da die Kostenrechnung keine Auswirkung auf das Konkursverfahren hat, fehlt es – wie die Vorinstanz korrekt festhielt – an einem tauglichen Anfechtungsobjekt für eine betreibungsrechtliche Beschwerde. Auf die Beschwerde ist daher in diesem Punkt nicht einzutreten.

III.

Das Verfahren vor den kantonalen Aufsichtsbehörden ist kostenlos und Parteientschädigungen werden nicht zugesprochen (Art. 20a Abs. 2 Ziff. 5 SchKG; Art. 61 Abs. 2 und Art. 62 Abs. 2 GebV SchKG).

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgeschrieben.
2. Auf das Ausstandsbegehren und die Streitverkündung wird nicht eingetreten.
3. Die prozessualen Anträge Ziffer 4 und Ziffer 5 werden abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
4. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
2. Es werden keine Kosten erhoben und keine Entschädigungen zugesprochen.
3. Schriftliche Mitteilung an die Beschwerdeführerin und – unter Beilage der erstinstanzlichen Akten – an das Bezirksgericht Affoltern als untere kantonale Aufsichtsbehörde über Betreibungsämter sowie an das Konkursamt Affoltern, 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. S. Kröger

versandt am:
7. April 2016