

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer als obere kantonale Aufsichtsbehörde
über Schuldbetreibung und Konkurs



Geschäfts-Nr.: PS160117-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter
Dr. P. Higi und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen sowie der
Leitende Gerichtsschreiber lic. iur. M. Hinden

Beschluss und Urteil vom 7. Juli 2016

in Sachen

A._____,
Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1.____ und / oder Rechtsanwalt Dr. iur.
X2.____,

gegen

B.____ AG als Liquidatorin der **C.**____ AG,
Beschwerdegegnerin,

betreffend **Überweisung von Guthaben**
(Beschwerde über das Konkursamt Küsnacht)

Beschwerde gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Meilen vom 31. Mai 2016
(CB150029)

Erwägungen:

1. Einleitung, Prozessgeschichte

Am 17. Oktober 2014 verfügte die FINMA die Liquidation der C._____ AG. Als Liquidatorin wurde die Beschwerdegegnerin eingesetzt. Diese zog Vermögenswerte ein und lieferte diese nach Eröffnung des von der Beschwerdegegnerin beantragten Konkurses dem Konkursamt Küssnacht ab. Am 25. Februar 2015 wurde der Konkurs mangels Aktiven eingestellt. Eine von mehreren Gläubigern dagegen erhobene Beschwerde wurde letztinstanzlich vom Bundesgericht mit Urteil vom 10. Dezember 2015 abgewiesen (act. 19).

Am 24. Juli 2015 verfügte das Konkursamt Küssnacht folgendes (act. 49/2):

Von den sich bei der Konkursverwaltung befindlichen Guthaben in der Höhe von total Fr. 1'132'410.89 werden sämtliche bis zum Verfahrensabschluss der Konkursverwaltung entstehenden Gebühren, Auslagen und Drittkosten (Stand heute: rund Fr. 6'000.00) bezogen.

Das restliche Guthaben wird der B._____ AG, Zürich, überwiesen.

Sämtliche Geschäftsakten werden der B._____ AG zur Verfügung gestellt. Die B._____ AG wird auf die Aufbewahrungspflicht dieser Akten analog Art. 747 OR aufmerksam gemacht.

Mit Schriftsatz vom 6. August 2015 erhob der Beschwerdeführer beim Bezirksgericht Meilen Beschwerde und stellte folgende Anträge (act. 1):

1. Es sei die Verfügung der Beschwerdegegnerin vom 24. Juli 2015 betreffend Konkurs der C._____ AG in Liquidation aufzuheben bzw. zu berichtigen;
2. es sei die Beschwerdegegnerin anzuweisen, dem Beschwerdeführer die Geschäftsakten und die Aktiven der C._____ zwecks Durchführung der Liquidation zu übergeben;
alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzg. MwSt.) zu Lasten der Beschwerdegegnerin;

sowie folgendem Verfahrensantrag:

Es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen.

Mit Verfügung vom 11. August 2015 wurde unter anderem die aufschiebende Wirkung insofern erteilt, als dass die Aktiven (CHF 1'132'410.89 abzüglich der Kosten der Konkursverwaltung) und die Geschäftsakten der C._____ AG nicht an die Beschwerdegegnerin herausgegeben werden durften (act. 4).

Mit Eingabe vom 5. Februar 2016 stellte der Beschwerdeführer folgendes ergänztes Rechtsbegehren (act. 26):

1. Es sei die Verfügung des Konkursamtes Küssnacht vom 24. Juli 2015 betreffend Konkurs der C._____ AG in Liquidation aufzuheben bzw. zu berichtigen;
2. es sei das Konkursamt Küssnacht anzuweisen, das Guthaben in der Höhe von CHF 1'132'410.89 an die Drittsprecherin gemäss Konkursinventar zu verteilen und dem Beschwerdeführer die Geschäftsakten der C._____ AG in Liquidation zu übergeben;

eventualiter sei das Konkursamt Küssnacht anzuweisen, dem Beschwerdeführer die Geschäftsakten der C._____ AG in Liquidation sowie das Guthaben in der Höhe von CHF 1'132'410.89 zu übergeben;

subeventualiter sei die Übergabe des Guthabens von CHF 1'132'410.89 an die Beschwerdegegnerin unter der Auflage zu bewilligen, dass die Beschwerdegegnerin dieses Guthaben an die Drittsprecherin gemäss Konkursinventar überweist;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt) zu Lasten der Beschwerdegegnerin.

Mit Eingabe vom 19. Februar 2016 stellte die Beschwerdegegnerin den Antrag, die Beschwerde sei unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beschwerdeführers abzuweisen. Sodann sei die Beschwerdegegnerin aus dem Rubrum zu streichen (act. 34).

Nach durchgeführtem Verfahren fällte die Vorinstanz folgendes Urteil (act. 42 = act. 47):

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Der prozessuale Antrag der Beschwerdegegnerin auf Streichung aus dem Rubrum wird abgewiesen.

3. Die Kosten fallen ausser Ansatz.

4. [Mitteilung]

5. [Rechtsmittelbelehrung]

Dieser Entscheid wurde dem Beschwerdeführer am 9. Juni 2016 zugestellt (act. 43/2). Mit Eingabe vom Montag, 20. Juni 2016 (Datum Poststempel) erhob der Beschwerdeführer rechtzeitig Beschwerde und stellte folgende Anträge (act. 46):

1. Es seien das Urteil der unteren Aufsichtsbehörde (Bezirksgericht Meilen) vom 31. Mai 2016 (Geschäfts-Nr. CB150029-G) und die Verfügung des Konkursamtes Küsnacht vom 24. Juli 2015 betreffend den Konkurs der C._____ AG in Liquidation aufzuheben, und:
 - es sei das Konkursamt Küsnacht anzuweisen, vom Guthaben in der Höhe von gesamthaft CHF 1'132'410.89 an die Drittsprecherin gemäss Konkursinventar, der D._____ Ltd. mit Sitz auf Malta (c/o E._____ AG, ... [Adresse]), CHF 1'131'084.28 zu übergeben, und es seien dem Beschwerdeführer die Geschäftsakten der C._____ AG in Liquidation sowie der Restbetrag von CHF 1'326.61 zu übergeben;
 - eventualiter sei das Konkursamt Küsnacht anzuweisen, dem Beschwerdeführer die Geschäftsakten der C._____ AG in Liquidation sowie das Guthaben in der Höhe von CHF 1'132'410.89 zu übergeben;
 - subeventualiter sei die Übergabe des Guthabens von CHF 1'132'410.89 an die Beschwerdegegnerin unter der Auflage zu bewilligen, dass die Beschwerdegegnerin dieses Guthaben im Umfang von CHF 1'131'084.28 an die Drittsprecherin gemäss Konkursinventar, der D._____ Ltd. mit Sitz auf Malta (c/o E._____ AG, ... [Adresse]), weiterüberweist;
2. eventualiter sei das das Urteil der unteren Aufsichtsbehörde (Bezirksgericht Meilen) vom 31. Mai 2016 (Geschäfts-Nr. CB150029-G) und die Verfügung des Konkursamtes Küsnacht vom 24. Juli 2015 betreffend den Konkurs der C._____ AG in Liquidation aufzuheben und zur Neuurteilung an die untere Aufsichtsbehörde (Bezirksgericht Meilen) zurückzuweisen;
alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzg. MwSt.) zu Lasten der Beschwerdegegnerin;

Verfahrensanträge:

1. Es sei der Aufsichtsbeschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen;
2. es sei das hiermit anhängig gemachte Verfahren vor der oberen kantonalen Aufsichtsbehörde über die Konkursämter zu sistieren, bis das vor Bundesgericht hängige Beschwerdeverfahren der C._____ AG in Liquidation, Küsnacht/ZH, gegen die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA (Verfahrens-Nr. 2C_303/2016) rechtskräftig entschieden sein wird.

Mit Verfügung vom 23. Juni 2016 wurde der Antrag um Erteilung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen (act. 51). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen. Das Verfahren ist spruchreif.

2. Begründung der Vorinstanz

Die Vorinstanz erwog, der Beschwerdeführer sei Verwaltungsrat der C._____ AG in Liquidation, unterliege der Haftung gemäss Art. 754 OR und sei durch den angefochtenen Entscheid in seinen Interesse betroffen und beschwert. Er sei deshalb zur Beschwerde legitimiert.

Die FINMA habe die Auflösung der C._____ AG wegen unbewilligter finanzintermediären Tätigkeiten im Sinne von Art. 2 Abs. 3 GwG verfügt und die Beschwerdegegnerin als Liquidatorin eingesetzt. Dem Beschwerdeführer, der nach wie vor Verwaltungsrat der C._____ AG in Liquidation sei, sei die Vertretungsbefugnis entzogen worden. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers sei mit der Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven die aufsichtsrechtliche Liquidation nicht aufgehoben worden. Daran könne ein Eintrag auf der Internetseite der FINMA nichts ändern, da dieser Eintrag zum einen unpräzise sei und zum anderen keine Rechtswirkung habe. Es sei Sache der Beschwerdegegnerin als Liquidatorin, die Verwaltung der Gesellschaft zu besorgen und insbesondere die noch vorhandenen Aktiven zu verwerten. Der Einwand des Beschwerdeführers, wonach gar keine Aktiven mehr vorhanden seien, sei nicht stichhaltig. Der Beschwerdeführer argumentiere zu Unrecht damit, dass gemäss dem mittlerweile rechtskräftig gewordenen Konkursinventar keine Gesellschaftsaktiven mehr vorhanden seien. Denn das Konkursinventar habe keine Auswirkungen auf die Rechtsstellung Drit-

ter. Es verfolge lediglich den Zweck, einen Überblick über die vorhandenen Aktiven der Gesellschaft zu verschaffen, diese zu sichern und hierdurch als Grundlage für den Entscheid bezüglich des weiteren Verfahrens bzw. der Einstellung des Konkurses zu dienen. Damit werde jedoch nicht über allfällige Aussonderungsansprüche Dritter entschieden. Mit der Überweisung des Guthabens an die Drittsprecherin würde der Entscheid über allfällige Aussonderungsansprüche präjudiziert und der Gesellschaft würde allenfalls Haftungssubstrat in gesetzeswidriger Weise entzogen. Zu Recht habe das Konkursamt Küsnacht entschieden, das ehemals mit Konkursbeschlagnahmung belegte Guthaben und die Geschäftsakten seien der Liquidatorin der Gesellschaft zu übergeben. Demnach sei die Beschwerde abzuweisen.

3. Argumente des Beschwerdeführers

Der Beschwerdeführer bringt vor, die FINMA habe der C._____ AG zu Unrecht schwere Verletzungen aufsichtsrechtlicher Bestimmungen vorgeworfen. Die von der FINMA mit Verfügung vom 17. Oktober 2014 angeordnete Auflösung der Gesellschaft sowie die Einsetzung der Beschwerdegegnerin als Liquidatorin seien ohne hinreichende gesetzliche Grundlage erfolgt. Zwar sei die C._____ AG in Liquidation mit dieser Ansicht in einem Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht unterlegen, doch habe die Gesellschaft dagegen Beschwerde beim Schweizerischen Bundesgericht erhoben (act. 46 S. 16 mit Hinweis auf act. 49/5). Bis zum Entscheid des Bundesgerichts sei zur Vermeidung widersprechender Urteile das vorliegende Verfahren zu sistieren.

Die C._____ AG in Liquidation habe das im Streit liegende Guthaben von CHF 1'132'410.89 treuhänderisch für die D._____ Ltd. mit Sitz in Malta verwaltet. Die D._____ Ltd. sei die berechnete Drittsprecherin und ihr sei der Betrag zu überweisen. Auf eine nähere Auseinandersetzung mit der materiellen Begründetheit dieses Anspruchs könne verzichtet werden. Es sei in diesem Zusammenhang auf das nicht beanstandete Konkursinventar (act. 49/13) zu verweisen. Darin werde die D._____ Ltd. als Eigentumsansprecherin für einen Betrag von CHF 1'132'410.89 (CHF 1'111'543.93, CHF 17'549.35 und CHF 2'000.00) vermerkt. Die Bemerkung der Vorinstanz, es sei über die Ansprüche bisher nicht in

einem Aussonderungsprozess entschieden worden, sei zwar zutreffend, doch hätten die Gläubiger, die das Konkursinventar nicht angefochten hätten, auf eine Aussonderung verzichtet. Um zu verhindern, dass die Beschwerdegegnerin das Guthaben für eigene Honorare verbrauchen könne, sei dieses direkt im Umfang von CHF 1'131'084.28 an die D._____ Ltd. herauszugeben. Der Restbetrag sowie die Geschäftsakten der C._____ AG in Liquidation seien dem Beschwerdeführer herauszugeben. Dieser sei als Verwaltungsrat für die Durchführung der Liquidation zuständig. Die Zuständigkeit der Beschwerdegegnerin als Liquidatorin sei – sofern man entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers überhaupt davon ausgehe, dass die Anordnung der FINMA rechtmässig gewesen sei – mit der Konkursöffnung beendet worden. Daran vermöge der Umstand, dass die Beschwerdegegnerin nach wie vor als Liquidatorin im Handelsregister eingetragen sei, nichts zu ändern, da der Eintrag deklaratorisch sei.

4. Würdigung

4.1. Für das zweitinstanzliche Beschwerdeverfahren nach Art. 18 SchKG sind die Regelungen von Art. 319 ff. ZPO anwendbar (Art. 20a Abs. 3 SchKG i.V.m. § 18 EG SchKG i.V.m § 84 GOG). Mit der Beschwerde können die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Die Beschwerde ist innerhalb der zehntägigen Rechtsmittelfrist zu erheben. Dabei sind konkrete Beschwerdeanträge zu stellen und zu begründen. Die Beschwerde führende Partei hat sich hierbei mit der Begründung des vorinstanzlichen Entscheides einlässlich auseinander zu setzen und anzugeben, an welchen Mängeln der angefochtene Entscheid ihrer Ansicht nach leidet (Art. 321 ZPO; vgl. im Einzelnen BK ZPO-STERCHI, Art. 321 N 15 ff.). Neue Anträge, neue Tatsachen und neue Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren grundsätzlich ausgeschlossen (Art. 326 ZPO), weil es bei der Beschwerde nicht um die Fortführung des erstinstanzlichen Prozesses, sondern im Wesentlichen um eine Rechtskontrolle des vorinstanzlichen Entscheides geht (ZK ZPO-FREIBURGHaus/ AFHELDT, 2. Aufl., Art. 326 N 3).

4.2. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers besteht mangels Zweckmässigkeit kein Anlass, das Verfahren bis zum Abschluss des Verfahrens vor Bun-

desgericht zu sistieren (Art. 126 Abs. 1 ZPO). Denn sollte das Bundesgericht die Beschwerde gutheissen, könnte dies im vorliegenden Verfahren aufgrund des Novenverbotes nicht berücksichtigt werden (vgl. dazu OGer ZH PS110019 vom 21. Februar 2011 sowie BGer 5A_605/2011 vom 8. November 2011 E. 3, wonach die Frage des Novenverbotes im Verfahren vor der oberen kantonalen Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen vom kantonalen Recht zu beantworten ist). Das Sistierungsgesuch ist nach dem Gesagten abzuweisen.

4.3. Mit Verfügung vom 17. Oktober 2014 löste die FINMA die C._____ AG auf, setzte die Beschwerdegegnerin als Liquidatorin ein und untersagte den bisherigen Organen ohne Zustimmung der Liquidatorin geschäftliche Handlungen für die Gesellschaft auszuüben. Die bisherigen Unterschriften wurden im Handelsregister gelöscht (act. 49/4). Der Beschwerdeführer macht nicht geltend, dass die Verfügung vom 17. Oktober 2014 zwischenzeitlich aufgehoben oder abgeändert worden wäre. Mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass der Eintrag auf der Internetseite der FINMA, wonach die Liquidation am 25. Februar 2015 beendet worden sei, unpräzise ist und ohnehin keine konstitutive Wirkung hat. Denn unter "Bemerkungen" wird darauf verwiesen, dass mit dem Eintrag Bezug auf das Urteil des Bezirksgerichts Meilen vom 25. Februar 2015 genommen wird, mit dem der Konkurs über die C._____ AG in Liquidation eröffnet worden ist (act. 23/1). Mit der Konkurseröffnung hat die Beschwerdegegnerin als von der FINMA eingesetzte Liquidatorin die Verfügungsfähigkeit über die Gesellschaft weitgehend verloren, dies aber nur vorübergehend, da der Konkurs später mangels Aktiven eingestellt wurde. Davon geht im Übrigen auch der Beschwerdeführer selbst aus, verweist er doch auf die an das Bundesgericht gerichtete Beschwerde der C._____ AG in Liquidation vom 8. April 2016 (act. 49/5), mit der unter anderem die Aufhebung der mit Verfügung vom 17. Oktober 2014 angeordneten Liquidation verlangt wird. Dies wäre nicht nötig, wenn die Liquidation durch die FINMA bereits aufgehoben worden wäre.

Seit Aufhebung des Konkurses mangels Aktiven liegt die Vertretungsmacht über die C._____ AG in Liquidation wiederum vollumfänglich bei der Beschwerdegegnerin als von der FINMA eingesetzte Liquidatorin. Das Konkursamt Küsnacht hat

deshalb zu Recht verfügt, dass der noch bei der Konkursverwaltung befindliche Betrag (abzüglich Gebühren, Auslagen und Drittkosten) sowie die Geschäftsakten an die Beschwerdegegnerin auszuhändigen sind. Die Beschwerdegegnerin hat darüber zu entscheiden, was mit dem überwiesenen Betrag geschieht und welche Bedeutung das nicht angefochtene Konkursinventar hat. Sie hat sich mit einem allfälligen Herausgabebegehren der D._____ Ltd. auseinanderzusetzen. Die vom Beschwerdeführer gegen den vorinstanzlichen Entscheid vorgebrachten Einwendungen sind nicht stichhaltig. Die Beschwerde ist abzuweisen.

5. Prozesskosten

Das Beschwerdeverfahren ist kostenlos (Art. 20a Abs. 2 Ziff. 5 SchKG und Art. 61 Abs. 2 GebV SchKG).

Es wird beschlossen:

1. Das Sistierungsgesuch wird abgewiesen.
2. Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage eines Doppels von act. 46, an das Bezirksgericht Meilen sowie an das Konkursamt Küsnacht, je gegen Empfangsschein.

Die vorinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an das Bezirksgericht Meilen zurück.

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

Der Leitende Gerichtsschreiber:

lic.iur. M. Hinden

versandt am:
8. Juli 2016