

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer als obere kantonale Aufsichtsbehörde
über Schuldbetreibung und Konkurs



Geschäfts-Nr.: PS160204-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. P. Higi sowie
Leitender Gerichtsschreiber lic. iur. M. Hinden

Beschluss und Urteil vom 16. Januar 2017

in Sachen

A._____,

Beschwerdeführer

gegen

Konkursmasse der B.____ in Liquidation,

Beschwerdegegnerin

vertreten durch Konkursamt C._____,

vertreten durch D._____, Konkursamt E._____

betreffend **Verteilungsliste**
(Beschwerde über das Konkursamt C._____)

Beschwerde gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur vom 10. Oktober
2016 (CB160011)

Erwägungen:

1. Einleitung, Prozessgeschichte

Der Beschwerdeführer ist Gläubiger im Konkurs der B._____. Am 18. Juli 2016 erstellte das Konkursamt E._____ eine provisorische Verteilungsliste für die Abschlagsverteilung (act. 6/2) und zeigte dem Beschwerdeführer gleichentags mit vier Anzeigen die Auszahlung von insgesamt CHF 21'419.10 an (act. 6/3). Mit Eingabe vom 30. Juli 2016 erhob der Beschwerdeführer beim Bezirksgericht Winterthur Beschwerde. Er verlangte die Ungültigerklärung der Verteilungsliste und der vier Anzeigen. Bevor eine neue Verteilungsliste erstellt werde, müsse ein (dritter) Kollokationsplan erstellt und rechtskräftig werden. Inhaltlich müsse der neu zu erstellende Kollokationsplan demjenigen von Januar 2014 entsprechen, der 90 Gläubiger enthalten habe (act. 1). Mit Beschluss vom 10. Oktober 2016 trat die Vorinstanz auf die Beschwerde nicht ein (act. 11 = act. 14). Dieser Entscheid wurde dem Beschwerdeführer am 18. Oktober 2016 zugestellt (act. 12). Mit Eingabe vom 28. Oktober 2016 (Datum Poststempel) erhob er rechtzeitig Beschwerde und stellte sinngemäss folgende Anträge (act. 15 und 19):

1. Die provisorische Verteilungsliste sei für ungültig zu erklären.
2. Es seien die vier Spezialanzeigen für ungültig zu erklären.
3. Es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen.
4. Es seien die Akten der Vorinstanz beizuziehen.
5. Es sei festzustellen, dass die Vorinstanz entschieden habe, obwohl der Beschwerdeführer noch eine Eingabe angekündigt habe.
6. Es sei vorerst ein rechtsgültiger Kollokationsplan zu erstellen, der inhaltlich demjenigen vom Januar 2014 entspreche und der Grundlage für eine neue Verteilungsliste sei.
7. Es sei die Auszahlung von 14 Millionen Franken an die Gemeinsame Einrichtung für ungültig zu erklären.
8. 77 Gläubiger, denen am 18. August 2016 eine provisorische Dividende ausbezahlt worden sei, seien zu verpflichten, die Beträge der Masse zurückzubezahlen.
9. Das Konkursamt sei anzuweisen, den Betrag von 14.193314 Millionen Franken in die Masse zurückzunehmen oder sich mit dem Beschwerdeführer diesbezüglich abzusprechen.

10. Es sei dem Konkursamt zu verbieten, die Schlussverteilung vorzunehmen.
11. Es sei der Kollokationsplan Nr. 2 für rechtsungültig zu erklären.

Das Dokument (act. 15) war vom Druck her teilweise schlecht lesbar. Am 2. November 2016 reichte der Beschwerdeführer eine gut lesbare Kopie nach (act. 19, siehe auch act. 18 und 20). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen. Das Verfahren ist spruchreif.

2. Begründung der Vorinstanz

Die Vorinstanz erwog, das Konkursamt habe am 18. Juli 2016 eine provisorische Verteilungsliste erstellt. Die Forderungen des Beschwerdeführers würden damit vollständig gedeckt, was ihm mit vier Spezialanzeigen mitgeteilt worden sei. Da der Beschwerdeführer vollständig befriedigt werde, habe er kein Rechtsschutzinteresse an der Anfechtung der Verteilungsliste und der vier Spezialanzeigen, weshalb auf die Beschwerde nicht einzutreten sei.

Der Vollständigkeit halber sei darauf hinzuweisen, dass die Beschwerde abzuweisen wäre, wenn darauf eingetreten werden könnte. Mit Verfügung vom 20. Februar 2014 habe das Konkursamt 68 Gläubiger aus dem Kollokationsplan gestrichen. Dieser Entscheid sei letztinstanzlich durch das Bundesgericht in Bezug auf 67 Gläubiger bestätigt worden. In Bezug auf einen Gläubiger habe das Bundesgericht sinngemäss festgehalten, dass die Löschung unzulässig gewesen sei. Mit Urteil vom 18. Juli 2014 habe das Obergericht die Streichung aufgehoben. Damit sei der Kollokationsplan in Rechtskraft erwachsen. Daran könne auch ein vom Beschwerdeführer erwähnter "Zivilprozess II" nichts ändern. Der geänderte Kollokationsplan habe nicht neu aufgelegt werden müssen, da dem Beschwerdeführer durch die Streichung hinsichtlich seiner Forderungen kein Nachteil entstanden sei. Soweit der Beschwerdeführer einen neuen Gläubiger erwähne und dies als "Fall F._____" bezeichne, substantziere er seine Beschwerde nicht (act. 16).

3. Argumente des Beschwerdeführers

Der Beschwerdeführer bringt vor, im Januar 2014 sei ein erster Kollokationsplan mit 90 Gläubigern erstellt worden. Am 20. Februar 2014 sei ein geänderter Kollo-

kationsplan erstellt worden, 68 Gläubiger seien in einer "Gläubiger-Raus-Kauf-Aktion" gestrichen worden. Die Streichung von 67 Gläubigern sei in Rechtskraft erwachsen. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz aber nicht, nachdem das Bundesgericht darüber entschieden habe, sondern weil der Beschwerdeführer diesbezüglich gar keine Beschwerde geführt habe. Der erste Kollokationsplan habe seine Rechtskraft verloren. Der zweite Kollokationsplan würde erst nach öffentlicher Auflegung und Abschluss der folgenden Kollokationsprozesse rechtskräftig. Die Kollokationsklagen werde der Beschwerdeführer noch einreichen. Es gehe ihm darum, die Stimmenmehrheit zurückzugewinnen. 60 G.____-Kunden, die er mit einer Vollmacht vertrete, seien wieder in den Kollokationsplan aufzunehmen. Wegen fehlender Rechtskraft könne der zweite Kollokationsplan keine Grundlage für die angefochtene Verteilungsliste sein, weshalb diese für ungültig zu erklären sei. Die Zahlung von 14 Millionen Franken an die Gemeinsame Einrichtung in H.____ sei für ungültig zu erklären und die Empfängerin sei zu verpflichten, den Betrag zurückzuerstatten.

In formeller Hinsicht rügt der Beschwerdeführer, die Vorinstanz habe das Urteil vom 10. Oktober 2016 gefällt, obwohl das Verfahren noch nicht spruchreif gewesen sei. Der Beschwerdeführer habe einen dritten Vortrag angekündigt, diesen aber noch nicht einreichen können. Die im Verfahren vor Obergericht eingereichten Zahlungsbelege (act .17) seien zu Unrecht unberücksichtigt geblieben. Der Beschwerdeführer werde demnächst eine Klage auf Feststellung der Ungültigkeit des zweiten Kollokationsplanes einreichen. Solange die provisorische Verteilungsliste nicht in Rechtskraft erwachsen sei, sei dem Konkursbeamten D.____ zu verbieten, die Schlussverteilung vorzunehmen. Alle Gläubiger der dritten Klasse sollten eine prozentual gleich hohe Dividende erhalten (act. 15 = act. 19).

4. Würdigung

4.1. Das Verfahren der Beschwerde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen richtet sich nach den Bestimmungen von Art. 20a Abs. 2 SchKG. Soweit das SchKG keine Bestimmungen enthält, regeln die Kantone das Verfahren (Art. 20a Abs. 3 SchKG). Im Kanton Zürich wird in § 84 i.V.m. § 85 GOG für das Verfahren des Weiterzugs an die obere kantonale Aufsichtsbehörde auf das Beschwerde-

verfahren nach Art. 319 ff. ZPO verwiesen, welches dementsprechend als kantonales Recht anzuwenden ist. Anwendbar ist somit auch Art. 326 Abs. 1 ZPO, wonach im Beschwerdeverfahren keine neuen Anträge, neuen Tatsachenbehauptungen und neuen Beweismittel zulässig sind (OGer ZH, PS160180 mit Hinweisen auf: JENT-SØRENSEN, Das kantonale Verfahren nach Art. 20a Abs. 3 SchKG: ein Relikt und die Möglichkeit einer Vereinheitlichung, BISchK 2013 S. 89 ff., S. 103; BSK SchKG-NORDMANN, 2. Auflage 2010, Art. 33 N 16). Wenn im zweitinstanzlichen Beschwerdeverfahren neue Anträge ausgeschlossen sind, so bedeutet dies auch, dass Anträge, die im vorinstanzlichen Verfahren zu spät gestellt worden sind, ausgeschlossen bleiben. Die Beschwerde ist der oberen kantonalen Aufsichtsbehörde schriftlich und begründet einzureichen (Art. 20a Abs. 3 SchKG i.V.m. § 18 EG SchKG, § 84 GOG und Art. 321 Abs. 1 ZPO). Daran ändert auch die im SchKG-Beschwerdeverfahren zur Anwendung gelangende Untersuchungsmaxime nichts (Art. 20a Abs. 2 Ziff. 2 SchKG). Bei Laien werden an die Begründung des Rechtsmittels zwar keine hohen Anforderungen gestellt. Sie müssen jedoch zumindest rudimentär darlegen, an welchen Mängeln der angefochtene Entscheid ihrer Auffassung nach leidet. Ist diese Voraussetzung nicht erfüllt, wird auf das Rechtsmittel nicht eingetreten (OGer ZH, PS160058).

Mit der Beschwerde gemäss Art. 17 SchKG kann jede Verfügung eines Zwangsvollstreckungsorganes, die das Zwangsvollstreckungsverfahren vorantreibt, angefochten werden (BGE 142 III 425). In einem Zwangsvollstreckungsverfahren ergehen eine Vielzahl von Verfügungen, die alle selbständig angefochten werden können. Gegenstand des jeweiligen Beschwerdeverfahrens ist die jeweils angefochtene Verfügung. Die Richtigkeit anderer Verfügungen kann damit grundsätzlich nicht in Frage gestellt werden (vgl. Kuko SchKG-Dieth/Wohl, 2. Auflage, Art. 22 N 8) und es können den Zwangsvollstreckungsorganen keine Anweisungen über den Fortgang des Verfahrens gemacht werden.

4.2. Der Beschwerdeführer hat mit Eingabe vom 2. August 2016 an das Bezirksgericht Winterthur rechtzeitig die provisorische Verteilungsliste vom 18. Juli 2016 sowie die vier Spezialanzeigen angefochten sowie die Erstellung eines neuen Kollokationsplanes verlangt (act. 1). Mit Eingabe vom 22. August 2016 und damit

nach Ablauf der Beschwerdefrist stellte der Beschwerdeführer neue Anträge (act. 9), was unzulässig ist (BGE 142 III 234 E. 2.2). Soweit der Beschwerdeführer diese Anträge mit den Beschwerdeanträgen Ziff. 7 bis 11 wiederholt, ist auf die Beschwerde nicht einzutreten. Das selbe gilt, soweit die Anträge ganz neu sind.

4.3. Mit der Beschwerdeschrift vom 2. August 2016 hat der Beschwerdeführer verlangt, das Konkursamt habe einen neuen (dritten) Kollokationsplan zu erstellen. Die Vorinstanz ist insgesamt und damit auch auf diesen Antrag nicht eingetreten. Dies zu Recht, da diesbezüglich kein Beschwerdeobjekt vorlag und im Beschwerdeverfahren dem Konkursamt keine Anweisung über den Fortgang des Verfahrens erteilt werden kann. Der Beschwerdeantrag Ziff. 6 ist deshalb abzuweisen.

4.4. Gemäss Art. 266 SchKG können im Konkursverfahren Abschlagsverteilungen vorgenommen werden, sobald die Frist zur Anfechtung des Kollokationsplanes abgelaufen sind. Die Abschlagsverteilung kann mit Beschwerde angefochten werden. Die Gläubiger sind dazu grundsätzlich legitimiert (BGE 129 III 595 E. 3; BSK SchKG-Matthias Staehelin, 2. Auflage, Art. 266 N 7). Ist ein Gläubiger aber vollständig befriedigt worden, so hat er kein praktisches und aktuelles Interesse mehr, weshalb die Beschwerdelegitimation dahinfällt (BGer 7B.166/2000 E. 1a). Darauf hat die Vorinstanz zu Recht hingewiesen. Ergänzend ist zu bemerken, dass dies nicht nur hinsichtlich einer definitiven Befriedigung bei der Schlussverteilung gilt, sondern auch bezüglich der Abschlagsverteilung, die nur provisorischen Charakter hat. Stellt sich im Nachhinein heraus, dass die Konkursverwaltung zu viel verteilt hat, so ist das zu viel Bezahlte gegebenenfalls zurückzuerstatten (BGE 129 III 595 E. 3; BSK SchKG-Matthias Staehelin, 2. Auflage, Art. 266 N 5). Dies beschwert den im Rahmen der Abschlagszahlung vollständig befriedigten Gläubiger indes nicht, zumal es ihm frei steht, die Abschlagszahlung nicht entgegenzunehmen und die definitive Verteilung abzuwarten. Der Beschwerdeführer hat sich mit der diesbezüglichen vorinstanzlichen Hauptbegründung nicht auseinandergesetzt, weshalb auf die Beschwerdeanträge Ziff. 1 und 2 nicht einzutreten ist. Daran ändert auch die Rüge des Beschwerdeführers an der Eventualbegründung der Vorinstanz, wonach die Streichung von 67 Gläubigern aus dem

Kollokationsplan gemäss Verfügung vom 20. Februar 2014 und sinngemässer Feststellung des Bundesgerichts im Urteil vom 1. Dezember 2014 rechtskräftig geworden sei, nichts, da es sich dabei um eine Alternativbegründung handelt. Eine Alternativbegründung ist nur zu prüfen, wenn auch die Hauptbegründung gerügt worden ist (OGer ZH RT120065). Nur am Rande sei bemerkt, dass der Beschwerdeführer (zwar aus anderen Gründen als die Vorinstanz) ebenfalls davon ausgeht, dass die Streichung der 67 Gläubiger rechtskräftig geworden ist.

Zu ergänzen ist Folgendes: Mit den Abschlagszahlungen gemäss der angefochtenen Verfügung vom 18. Juli 2016 werden die vom Beschwerdeführer geltend gemachten Forderungen vollständig gedeckt. Er hat deshalb kein praktisches und aktuelles Interesse an einer Anfechtung. Ein solches ergibt sich auch nicht aus dem vom Beschwerdeführer verfolgten Ziel, die Stimmenmehrheit in der Gläubigerversammlung zurückzugewinnen. Denn die Abschlagszahlung hat keinen Einfluss auf die Gläubigerstellung des Beschwerdeführers und präjudiziert damit auch nicht ein Teilnahmerecht an einer allfälligen weiteren Gläubigerversammlung.

4.5. Der Beschwerdeführer rügte sinngemäss die Verletzung des rechtlichen Gehörs. Mit Eingabe vom 1. September 2016 teilte er der Vorinstanz mit, das Verfahren sei noch nicht spruchreif, er arbeite an einer Replik und sei daran, sich zusätzliche Unterlagen zu beschaffen (act. 10).

Eine Partei hat das Recht, sich zu den Eingaben der Gegenpartei zu äussern (BGE 142 III 48 E .4.1.1.). Ein darüber hinausgehender Anspruch auf Replik besteht im Beschwerdeverfahren nicht (§ 83 Abs. 2 GOG). Die Vorinstanz hat mit Verfügung vom 18. August 2016 dem Beschwerdeführer die Beschwerdeantwort zugestellt (act. 7). Die Vorinstanz durfte, nachdem sich der Beschwerdeführer danach zweimal geäußert hatte (act. 9 und 10), über die Beschwerde entscheiden, ohne den Anspruch auf rechtliches Gehör zu verletzen. Die vom Beschwerdeführer im zweitinstanzlichen Verfahren eingereichten Unterlagen (act. 17) sind unzulässige Noven. Selbst wenn sie beachtet würden, liesse sich daraus nichts zu Gunsten des Beschwerdeführers ableiten, da dem Beschwerdeführer die Legitimation zur Anfechtung der provisorischen Abschlagszahlung und der vier Spe-

zialanzeigen fehlt, weshalb die Unterlagen betreffend eine Belastung des auf das Notariat C. _____ lautenden Kontos im Betrag von rund 14 Millionen Franken nicht entscheidungsrelevant sind. Eine allfällige Verletzung des rechtlichen Gehörs durch die Vorinstanz wäre durch Berücksichtigung der eingereichten Unterlagen geheilt (BGE 137 I 195; OGer ZH LB130066).

4.6. Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Der Antrag um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ist damit gegenstandslos und ist abzuschreiben.

5. Prozesskosten

Das Beschwerdeverfahren ist kostenlos (Art. 20a Abs. 2 Ziff. 5 SchKG sowie Art. 61 Abs. 2 GebV SchKG). Parteientschädigungen dürfen in diesem Verfahren nicht zugesprochen werden (Art. 62 Abs. 2 GebV SchKG).

Es wird beschlossen:

1. Der Antrag um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgeschrieben.
2. 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.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage eines Doppels von act. 19, an das Bezirksgericht Winterthur, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz 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:
19. Januar 2017