

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer als obere kantonale Aufsichtsbehörde
über Schuldbetreibung und Konkurs



Geschäfts-Nr.: PS160207-O/U

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

Beschluss und Urteil vom 16. Januar 2017

in Sachen

A._____,

Beschwerdeführer

vertreten durch B._____

gegen

C._____,

Beschwerdegegnerin

vertreten durch Konkursamt Winterthur-Altstadt

vertreten durch D._____

betreffend **Verteilungsliste**
(Beschwerde über das Konkursamt Winterthur-Altstadt)

Beschwerde gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur vom 10. Oktober
2016 (CB160014)

Erwägungen:

1. Einleitung, Prozessgeschichte

Der Beschwerdeführer hat im Konkurs der C._____ eine Forderung eingegeben. Am 18. Juli 2016 erstellte das Konkursamt Wetzikon eine provisorische Verteilungsliste für die Abschlagsverteilung. In Bezug auf die Forderung des Beschwerdeführers ist ein zugelassener Betrag von Null vermerkt und keine Auszahlung vorgesehen (act. 6/2, Nr. des Eingabeverzeichnis: 95). Mit Eingabe vom 3. August 2016 erhob der Beschwerdeführer beim Bezirksgericht Winterthur Beschwerde. Er verlangte die Ungültigerklärung der Verteilungsliste. 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. Es sei dem Beschwerdeführer eine gesetzeskonforme Dividende auszuzahlen (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 sei die Spezialanzeige 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, die ursprünglich kollozierte Forderung des Beschwerdeführers sei mit Verfügung des Konkursamtes vom 20. Februar 2014 aus dem Kollokationsplan gestrichen worden, weil eine Gläubigerin eine zweckgebundene Zahlung zur Deckung der Forderung geleistet habe. Auf eine gegen diese Verfügung erhobene Beschwerde sei das Bezirksgericht Winterthur mit Beschluss vom 16. April 2014 nicht eingetreten. Die Gültigkeit der Verfügung vom 20. Februar 2014 habe das Bundesgericht sinngemäss festgestellt. Der Beschwerdeführer sei nicht mehr Gläubiger. Er habe auch sonst kein schützenswertes Interesse mehr, das durch die Handlungen des Konkursamtes berührt würde, weshalb auf die Beschwerde nicht einzutreten sei.

Der Vollständigkeit halber sei darauf hinzuweisen, dass die Beschwerde abzuweisen wäre, wenn darauf eingetreten werden könnte. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers sei der Kollokationsplan rechtskräftig geworden. Die mit Verfügung vom 20. Februar 2014 angeordnete Streichung von 68 Gläubigern sei in Bezug auf 67 Gläubiger in Rechtskraft erwachsen. In einem Fall sei die Streichung erfolgreich angefochten und mit Urteil des Obergerichts vom 18. Juli 2014 wieder aufgehoben worden. Die Forderung des Beschwerdeführers sei also rechtskräftig aus dem Kollokationsplan gestrichen worden. Daran könne auch ein vom Beschwerdeführer angekündigter Zivilprozess II nichts ändern. Ebenso wenig habe der geänderte Kollokationsplan neu aufgelegt werden müssen, da den verbliebe-

nen Gläubigern durch die Streichung kein Nachteil entstanden sei. Bezüglich der vom Beschwerdeführer erwähnten Forderung von Herrn E. _____ sei auf die zutreffenden Ausführungen der Beschwerdegegnerin zu verweisen (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 Kollokationsplan 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 einreichen. Es gehe ihm darum, die Stimmenmehrheit zurückzugewinnen. 60 F. _____-Kunden, die der Vertreter des Beschwerdeführers 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 ... [Ortschaft] 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. Er 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. Dies sei aber nicht der Fall. 55 Gläu-

biger würden vollständig befriedigt, 22 Gläubiger erhielten eine Dividende von 26% und 12 Gläubiger gingen leer aus (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 Beschwerdeverfahren 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 ange-

fochtene 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 der Spezialanzeige 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 gemacht 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).

Der Beschwerdeführer geht mit der Vorinstanz davon aus, dass seine Forderung mit Verfügung vom 20. Februar 2014 aus dem Kollokationsplan gestrichen wurde und dass die Verfügung in Rechtskraft erwachsen ist. Mit der Streichung aus dem Kollokationsplan hat der Beschwerdeführer seine Gläubigerstellung eingebüsst (OGer ZH PS140095). Er ist deshalb nicht legitimiert, die Abschlagsverteilung an-

zufechten, weshalb die Vorinstanz zu Recht auf die Beschwerde nicht eingetreten ist, was zur Abweisung der Beschwerde im zweitinstanzlichen Verfahren führt.

4.5. Der Vollständigkeit halber bleibt auf folgendes hinzuweisen. Der Beschwerdeführer geht davon aus, mit der Verfügung vom 20. Februar 2014 sei ein neuer (zweiter) Kollokationsplan entstanden. Nachdem die Streichung der Forderung einer anderen Gläubigerin durch das Urteil des Obergerichts vom 18. Juli 2014 aufgehoben worden sei, müsse nun ein neuer (dritter) Kollokationsplan aufgelegt werden, der wiederum die Möglichkeit zu Kollokationsklagen eröffnen würde. Auf diese Weise will der Beschwerdeführer seine Gläubigerstellung zurückgewinnen. Der Auffassung des Beschwerdeführers ist nicht zuzustimmen. Das Konkursamt bestätigte am 1. April 2016 die Rechtskraft des Kollokationsplanes. Es führte aus, der Kollokationsplan sei vom 11. Juni bis am 1. Juli 2010 aufgelegt worden. Es seien 114 Kollokationsklagen eingereicht worden, die mittlerweile alle rechtskräftig erledigt seien. Vom 3. Januar bis 23. Januar 2014 sei ein Nachtrag zum Kollokationsplan aufgelegt worden. Auch dieser Nachtrag sei rechtskräftig geworden. Der Beschwerdeführer macht nicht geltend, die genannten Tatsachen seien unrichtig bescheinigt worden. Der Kollokationsplan von 2010 ist mit dem Nachtrag 2014 rechtskräftig. Die mit Verfügung vom 20. Februar 2014 erfolgte Streichung von 68 Gläubigern sowie die Rückgängigmachung der Streichung bezüglich der Forderung der Beschwerdeführerin durch Urteil des Obergerichts führte nicht zu einem neuen Kollokationsplan oder zu einer Ergänzung, die neu aufzulegen gewesen wäre. Zwar ist nach Art. 249 Abs. 1 SchKG der Kollokationsplan zur Einsicht offenzulegen, und die Auflagepflicht erstreckt sich auch auf Änderungen, sofern es sich dabei nicht um bloss zu protokollierende Tatsachen wie zum Beispiel die Eintragung des Ergebnis eines Kollokationsprozesses handelt (Art. 64 Abs. 1, Art. 65 Abs. 2 und 67 Abs. 3 KOV). Die Pflicht zur Neuauflage besteht aber nicht in jedem Fall. Das Bundesgericht hielt fest, auf die Neuauflage eines Lastenverzeichnisses (dieses bildet einen Teil des Kollokationsplanes) könne trotz Änderung verzichtet werden, wenn die Interessen der übrigen Gläubiger nicht tangiert würden (BGE 96 III 74 E. 1). Der Rückzug einer Konkurseingabe führt deshalb nicht zu einer Neuauflage, da die Interessen der übrigen Gläubiger dadurch nicht berührt werden (BSK SchKG-Matthias Staehelin, 2. Auflage,

Art. 249 N 8 mit Hinweis auf BGer 7B.268/2003). Das selbe muss gelten, wenn das Konkursamt von sich aus Gläubiger aus dem Kollokationsplan streicht. Die Streichung ist selbstverständlich dem betroffenen Gläubiger anzuzeigen und dieser kann sich gegen die Streichung mit Beschwerde wehren. Die Streichung hat auf die übrigen Gläubiger keine andere Wirkung als der Rückzug einer Konkurseingabe. Eine Pflicht zur Neuauflage ist deshalb zu verneinen. Auch die Rückgängigmachung der Streichung im Beschwerdeverfahren löst keine neue Publikationspflicht aus.

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

4.7. 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 unbenütztem 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