

**Art. 10 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG, Art. 13 SchKG, Art. 17 Abs. 1 SchKG, Befangenheit, rechtsgeschäftliches Handeln, Aufsichtsbeschwerde.** Auf einen mit der Geltendmachung von Ansprüchen der Konkursmasse beauftragten Rechtsanwalt finden die Ausstandsgründe von Art. 10 SchKG keine Anwendung. Die Beauftragung eines solchen Vertreters der Masse stellt keine anfechtbare Verfügung des Konkursamtes dar. Erfolgt ein Ausstandsbegehren gegen den Konkursbeamten nicht im Zusammenhang mit einer anfechtbaren Verfügung, so ist dieses als Aufsichtsbeschwerde entgegenzunehmen. Im aufsichtsrechtlichen Beschwerdeverfahren finden die kantonalen Kosten- und Entschädigungsbestimmungen Anwendung.

Sachverhalt:

Der Konkursbeamte beauftragte in dem von ihm geführten Konkursverfahren über die G. AG Rechtsanwalt W. als Vertreter der Konkursmasse mit der Durchsetzung allfälliger Verantwortlichkeitsansprüche der Masse gegen die verantwortlichen Organe. Rechtsanwalt W. vertritt im Konkursverfahren zugleich die Interessen einer Gruppe von Gläubiger-Gesellschaften, welche wirtschaftlich durch M. beherrscht werden. Der überwiegende Teil der eingegebenen Konkursforderungen ist dieser Gruppe zuzuordnen. Zwischen Rechtsanwalt W. und dem Konkursbeamten besteht ein freundschaftliches Kollegialitätsverhältnis.

Die Beschwerdeführerin ist Gläubigerin im Konkursverfahren und zugleich eine mögliche Beklagte im Verantwortlichkeitsprozess. Mit ihrer Beschwerde beantragt sie, es sei der Konkursbeamte anzuweisen, in den Ausstand zu treten. Zudem sei festzustellen, dass die Mandatierung von Rechtsanwalt W. nichtig sei, eventualiter sei das Konkursamt anzuweisen, den erteilten Auftrag zu widerrufen. Die Vorinstanz wies die Beschwerde ab, soweit sie darauf eintrat. Bezüglich der Beauftragung von Rechtsanwalt W. trat sie auf die Beschwerde mangels einer beschwerdefähigen Verfügung nicht ein. Eine Befangenheit des Konkursamtes (Beschwerdegegnerin) und namentlich des zuständigen Konkursbeamten verneinte sie.

Aus den Erwägungen:

"II.

2. Die Beschwerdeführerin sieht in der Mandatierung von RA W. nach wie vor ein beschwerdefähiges Anfechtungsobjekt und macht geltend, es sei auch in diesem Punkt auf ihr Begehren einzutreten. Sie führt in diesem Zusammenhang aus, dass der von der Vorinstanz zitierte Entscheid des Bundesgerichts vom 14. Juli 2003 (7B.147/2003) nicht auf die vorliegende Situation übertragbar sei. Das Bundesgericht stelle nämlich darauf ab, ob durch die betreffende Handlung die Interessen der Masse verletzt würden oder nicht. Vorliegend würde nicht der Beauftragungsakt als solcher, wohl aber die Mandatierung eines Rechtsvertreters in der Person von RA W. die Interessen der Masse verletzen (...). Die Beschwerdegegnerin macht demgegenüber geltend, auf die Beschwerde hätte nicht eingetreten werden müssen, weil es einerseits an dem erforderlichen schützenswerten Interesse und andererseits an einer konkreten Verfügung der Konkursverwaltung fehle. Zwar treffe es zu, dass die Verletzung einer Ausstandspflicht durch die Aufsichtsbehörde von Amtes wegen zu prüfen und diese Prüfung nicht an Fristen gebunden sei, doch sei diese nicht Inhalt eines Beschwerdeverfahrens gemäss Art. 17 SchKG, sofern nicht eine konkrete Verfügung angefochten werde. Demnach sei in diesem Punkt auch ein Rekurs nach Art. 18 ff. SchKG ausgeschlossen (...).

Es trifft zu, dass unter besonderen Umständen die Beauftragung einer bestimmten Person als Vertreter der Konkursmasse die Interessen der Masse (und damit letztlich der Gläubiger) verletzen kann. So zum Beispiel wenn eine fachlich ungeeignete Person mit der Interessenwahrung beauftragt würde. In einem solchen Falle wäre denkbar, dass die Gläubiger zumindest in ihren tatsächlichen Interessen betroffen und damit grundsätzlich zur Beschwerde legitimiert sind. Insoweit ist der Beschwerdeführerin zuzustimmen. Ob es allerdings zur Bejahung eines genügenden Anfechtungsinteresses ausreicht, wenn geltend gemacht wird, der mandatierte Anwalt sei nicht "neutral", erscheint als zweifelhaft. Wie noch zu zeigen sein wird, besteht nämlich in rechtlicher Hinsicht kein Anspruch darauf, dass ein am Verfahren nicht beteiligter Anwalt beigezogen wird. In praktischer Hinsicht besteht auch bei Beizug eines Parteivertreters nicht automatisch die

Gefahr einer Bevorzugung einzelner Gläubiger. Indessen kann diese Frage vorliegend offen gelassen werden, weil es nämlich zur Erhebung einer Beschwerde zunächst einmal ein Anfechtungsobjekt im Sinne von Art. 17 Abs. 1 SchKG braucht. Die Vorinstanz hat hierzu unter entsprechendem Hinweis auf Lehre und Rechtsprechung zutreffend ausgeführt, dass Anfechtungsobjekt einer Beschwerde nur eine Verfügung des Betreibungs- oder Konkursamtes sein kann und dass das rechtsgeschäftliche Handeln der Betreibungsbehörde (ausserhalb der Verwertung von Aktiven) keine Verfügung im Sinne von Art. 17 Abs. 1 SchKG darstellt. Die Beauftragung eines Anwalts zur prozessualen Geltendmachung von Ansprüchen der Konkursmasse aus "Gründungshaftung, Nachliberierung und Verantwortlichkeiten" stellt ein solches rechtsgeschäftliches Handeln dar (...). Die Vorinstanz hat damit zu Recht ausgeführt, dass es demnach an einer anfechtbaren Verfügung im Sinne von Art. 17 Abs. 1 SchKG fehle.

Die Vorinstanz hat allerdings in der Folge die Beschwerde (auch bezüglich der Beauftragung von RA W.) dennoch materiell behandelt unter dem Hinweis, dass die Aufsichtsbehörde ausstandspflichtigen Beamten von Amtes wegen weitere Amtshandlungen in der gleichen Sache zu untersagen hat. Dies trifft zu. Erfolgt ein entsprechendes Ausstandsbegehren nicht im Zusammenhang mit einer anfechtbaren Verfügung im Sinne von Art. 17 Abs. 1 SchKG, so ist dieses als Aufsichtsbeschwerde im Sinne von Art. 13 SchKG entgegenzunehmen. Liegt tatsächlich ein Ausstandsgrund vor, so ist durch die Aufsichtsbehörde kraft Aufsichtsrecht von Amtes wegen das Nötige vorzukehren.

Die Beschwerdegegnerin führt aus, dass gegen einen solchen (aufsichtsrechtlichen) Entscheid ein Rekurs nach Art. 18 SchKG ausgeschlossen sei. Richtiger Ansicht nach kann ein aufsichtsrechtlicher Entscheid der unteren Aufsichtsbehörde dann ein im Sinne von Art. 18 SchKG anfechtbarer Entscheid sein, wenn mittels einer konkreten Anweisung in das Betreibungsverfahren eingegriffen worden ist (BGE 86 III 127 und Lorandi, Betreibungsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit, Basel/Genf/München 2000, Art. 18 N 25). Ein blosser Bestätigungsentcheid bzw. (wie vorliegend) eine blosser Abweisung einer Aufsichtsbeschwerde hingegen kann nicht mit Rekurs im Sinne von Art. 18 SchKG angefochten werden

(Lorandi, a.a.O., Art. 18 N 11 ff.). Indessen ist gegen den Beschwerdeentscheid ein Rekurs an die obere Aufsichtsbehörde möglich (Art. 13 Abs. 2 SchKG in Verbindung mit § 11 EG SchKG und § 110 f. GVG; Hauser/Schweri, GVG N 1 zu § 111 GVG). Dabei soll nach Ansicht von Lorandi die obere Aufsichtsbehörde grundsätzlich konkrete Anweisungen nur an die untere Aufsichtsbehörde, nicht aber direkt an das betreffende Konkursamt geben können. Eine "Sprunganweisung" sei ausgeschlossen (Lorandi, a.a.O., Art. 13 N 37). (...) Ob diese Lehrmeinung zutrifft, erscheint als fraglich (vgl. z.B. § 14 Abs. 1 EG SchKG), braucht aber vorliegend nicht geklärt zu werden. Da es sich nämlich bei einem Aufsichtsrekurs materiell nur um eine Anzeige an die Aufsichtsbehörde, ihrer Aufsichtspflicht nachzukommen, handelt, und die Aufsichtsbehörde bei Begründetheit der Anzeige von Amtes wegen mittels geeigneter Vorkehrungen Abhilfe zu schaffen hat (wobei vorliegend insbesondere eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz in Betracht käme), ist nachfolgend somit ohnehin zu prüfen, ob - wie von der Beschwerdeführerin geltend gemacht - ein Ausstandsgrund besteht bzw. Anhaltspunkte für eine Befangenheit der Beschwerdegegnerin vorliegen.

### III.

1. Der Hauptantrag (...), nämlich die Feststellung der Nichtigkeit der Mandatierung von RA W., erweist sich zum Vornherein als unbegründet, weil nichtig im Sinne von Art. 22 SchKG nur Verfügungen sein können und eine solche nach dem Gesagten nicht vorliegt.

2. Nach dem Bundesgerichtsentscheid vom 14. Juli 2003 (7B.147/2003) wird ein von der Konkursverwaltung beauftragter Anwalt nicht zu einer Hilfsperson der Konkursverwaltung im Sinne von Art. 10 SchKG, weshalb die betreffende Bestimmung auf solche Personen auch keine Anwendung finden kann. (...) Die bundesgerichtliche Auffassung überzeugt, zumal die Leitung des Konkursverfahrens bei der Konkursverwaltung verbleibt und gegen deren Verfügungen jeweils eine Beschwerdemöglichkeit im Sinne von Art. 17 SchKG besteht. Es kann sich damit in diesem Zusammenhang nur die Frage stellen, ob die Beschwerdegegnerin, indem sie RA W. mit der Interessenwahrung der Konkursmasse beauftragte, den Anschein der Befangenheit erweckt hat. Hingegen stossen die Ausführungen der

Beschwerdeführerin, RA W. komme als Vertreter der Konkursmasse infolge fehlender Unabhängigkeit und Neutralität nicht in Frage (...), zum Vorherein ins Leere.

#### IV.

2. Die Beschwerdeführerin führt in ihrer Rekursschrift abermals breit aus, dass RA W. grossen Einfluss auf die entsprechenden Konkursverfahren genommen habe, er die Interessen von M. und der von diesem beherrschten Gesellschaften vertrete und deshalb nicht neutral sei (...). All dies ist unbestritten und die Vorinstanz hat sich mit diesen Vorbringen in zutreffender Weise auseinandergesetzt. Unrichtig ist die Darstellung der Beschwerdeführerin, dass sich die Vorinstanz auf den Standpunkt gestellt habe, die Einflussnahme von RA W. auf die Konkursverfahren stehe deshalb einer unabhängigen und unparteiischen Verfahrensführung nicht entgegen, weil RA W. als Interessenvertreter der M.-Gruppe Gläubigerforderungen im Umfang von 99 % vertrete (...). Die Vorinstanz hat lediglich ausgeführt, dass die Mandatierung von RA W. einer Erzielung eines möglichst guten Verwertungsergebnisses zugunsten aller Gläubiger nicht entgegenstehe (...). Im Übrigen ist es vorliegend auch nicht entscheidend, ob die M.-Gruppe die überwiegende Mehrheit der Forderungen vertritt oder nicht. Entscheidend ist vielmehr die nachfolgenden Erwägung der Vorinstanz, welche die Beschwerdeführerin geflissentlich übergeht, nämlich, dass keinerlei Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Beschwerdegegnerin und damit insbesondere auch der zuständige Konkursbeamte nicht über die nötige Kompetenz und Eigenständigkeit verfügen würden. Dem ist beizupflichten. Der Umstand, dass ein Gläubiger der Konkursverwaltung seine Sicht der Dinge darlegt und dies aufgrund eines kollegialen Verhältnisses in Du-Form erfolgt (...), führt nicht automatisch zu einer Befangenheit der Konkursverwaltung. Vorliegend war es denn auch nicht etwa so, dass nur RA W. der Konkursverwaltung seine Sicht dargelegt hätte (...). Falsch ist auch die Behauptung der Beschwerdeführerin, nach Ansicht der Vorinstanz seien die fraglichen Konkursverfahren materiell durch die Vertreter der M.-Gruppe geführt worden (...). Die Vorinstanz hat ganz im Gegenteil zu Recht festgehalten, dass alle materiellen Entscheide vorschriftsgemäss und unter Wahrung der Interessen der

Konkursmasse und der Gläubigergesamtheit durch die zuständige Konkursverwaltung gefällt wurden.

Die Beschwerdeführerin gibt aber nicht nur die Erwägungen der Vorinstanz falsch wieder, sondern gelangt darüber hinaus in einem "Umkehrschluss" zum Ergebnis, dass eine unabhängige und unparteiische Verfahrensführung dann nicht gewährleistet wäre, wenn die M.-Gruppe nicht die Gläubigermehrheit darstellen würde (...). Ein Beizug von RA W. würde indes auch dann nicht zum Vornherein den Anschein einer Befangenheit der Beschwerdegegnerin erwecken, wenn RA W. lediglich Vertreter eines Gläubigers wäre. (..) Es ist an dieser Stelle nochmals darauf hinzuweisen, dass auf den beigezogenen Rechtsvertreter Art. 10 SchKG keine Anwendung finden kann. Zudem erscheint es als sinnvoll, wenn mit der Vertretung der Konkursmasse ein Rechtsanwalt beauftragt wird, der bereits über Vorkenntnisse in der Sache verfügt. Dass RA W. lediglich aufgrund des freundschaftlichen Verhältnisses zwischen ihm und dem Konkursbeamten beauftragt worden sei, macht die Beschwerdeführerin (zu Recht) nicht geltend. Im Übrigen ist auch nicht einzusehen, wie RA W. bei der prozessualen Geltendmachung von Ansprüchen der Konkursmasse einzelne Konkursgläubiger bevorteilen könnte, da das Prozessergebnis ja der Masse zugute kommt.

7. Zusammenfassend erscheint die Beschwerdegegnerin in den fraglichen Konkursverfahren nicht als befangen, weshalb sich keine aufsichtsrechtlichen Massnahmen aufdrängen. Dass die Beauftragung von RA W. nicht nichtig im Sinne von Art. 22 SchKG sein kann, wurde bereits ausgeführt. Nach dem Gesagten gibt es auch keinen Grund für einen Widerruf des erteilten Auftrages an RA W. Die entsprechenden Begehren der Beschwerdeführerin sind daher abzuweisen.

## VI.

Bezüglich der Anfechtung des Nichteintretensentscheides sind keine Kosten zu erheben (Art. 20a Abs. 1 SchKG). In Bezug auf den Aufsichtsrekurs finden die kantonalen Kostenbestimmungen Anwendung (§ 111 GVG in Verbindung mit § 109 Abs. 3 GVG und 64 ff. ZPO). Die unterliegende Beschwerdeführerin wird

damit kostenpflichtig (§ 64 Abs. 2 ZPO), wobei bei der Kostenfestsetzung die teilweise Kostenlosigkeit des Verfahrens im vorerwähnten Sinne zu berücksichtigen ist."

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer

Obere kantonale Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen

Beschluss vom 11. Mai 2004

(Mitgeteilt von lic. iur. M. Hüsler)