

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer als obere kantonale Aufsichtsbehörde
über Schuldbetreibung und Konkurs



Geschäfts-Nr.: PS120004-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter
Dr. P. Higi und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen sowie Ge-
richtsschreiberin lic. iur. K. Wili.

Beschluss und Urteil vom 23. Februar 2012

in Sachen

A._____,
Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

gegen

B._____ als Liquidator der C._____ AG in Nachlassliquidation,
Beschwerdegegner,

betreffend **Vollmacht**
(Beschwerde über das Konkursamt D._____)

Beschwerde gegen einen Beschluss des Bezirksgerichtes Winterthur vom 21.
Dezember 2011 (CB110018)

Erwägungen:

I.

1. Im Konkurs über den Beschwerdeführer verzichtete die Mehrheit der Konkursgläubiger auf die Geltendmachung von drei Rechtsansprüchen der Masse mit den Inventar-Nrn. III./..., III./... und III./.... Einige Gläubiger, darunter auch der Beschwerdegegner, liessen sich diese Ansprüche am 2. September 2011 gemäss Art. 260 SchKG zur Geltendmachung abtreten (act. 6/1-3). In der Folge gelangte der Beschwerdegegner mit Schreiben vom 5. September 2011 an das Konkursamt D. _____ und verlangte die Abklärung und Erteilung der zur Geltendmachung des Anspruches notwendigen Auskünfte sowie die Aushändigung der damit im Zusammenhang stehenden Unterlagen (act. 4/4). Mit Schreiben vom 9. September 2011 liess das Konkursamt D. _____ dem Beschwerdegegner die geforderten Angaben und die sich in ihrem Besitze befindlichen Unterlagen zukommen, soweit sie jeweils vorhanden waren. Im Übrigen erteilte sie ihm für die noch einzuholenden Informationen und Unterlagen eine Vollmacht im Sinne einer Hilfsperson (act. 6/5).

2. Am 26. September 2011 erhob der Beschwerdeführer beim Bezirksgericht Winterthur als untere kantonale Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen Beschwerde und beantragte, die vom besagten Konkursamt an den Beschwerdegegner erteilte Vollmacht und allfällige Rechtsgeschäfte und Abgaben von Erklärungen, die dieser auf Grund der erteilten Vollmacht vorgenommen habe, seien zu widerrufen (act. 1). Mit Beschluss vom 21. Dezember 2011 wies das Bezirksgericht Winterthur die Beschwerde ab, soweit es auf sie eintrat (act. 9 = act. 12).

3. Hiegegen erhob der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 16. Januar 2012 rechtzeitig Beschwerde mit den Anträgen, es sei der angefochtene Beschluss aufzuheben und es seien die erteilte Vollmacht sowie allfällige Rechtsgeschäfte und Abgaben von Erklärungen, die der Beschwerdegegner auf Grund der erteilten Vollmacht vorgenommen habe, zu widerrufen (act. 13). In prozessualer

Hinsicht beantragte der Beschwerdeführer die Erteilung der aufschiebenden Wirkung.

II.

1. Die Vorinstanz erwog, der Beschwerdeführer habe von der Erteilung der Vollmacht nach seinen eigenen Angaben am 9. September 2011 erfahren. Soweit sich die Beschwerde gegen diese Vollmachtserteilung richte, sei sie daher nach Ablauf der zehntägigen Beschwerdefrist und mithin verspätet erhoben worden, weshalb darauf nicht einzutreten sei (act. 12 S. 3). Die Beschwerde wegen Rechtsverzögerung wies die Vorinstanz demgegenüber mit der Begründung ab, es liege keine Interessenkollision beim Beschwerdegegner vor. Dieser sei Abtretungsgläubiger und als solcher hätte er ohnehin Einsicht in die mit dem Anspruch in Zusammenhang stehenden Akten, auch wenn sie vom Konkursamt selber beschafft worden wären. Die Vollmachtserteilung in diesem Umfang erscheine im Sinne einer ökonomischen Durchführung vertretbar und sei nicht zu beanstanden, weshalb die Vollmacht vom Konkursamt D._____ zu Recht nicht widerrufen worden sei (act. 12 S. 4 f.).

2. Der Beschwerdeführer macht demgegenüber geltend, die zehntägige Beschwerdefrist sei eingehalten worden, weil sie nicht am 9. September 2011, sondern erst mit Erhalt der Vollmacht am 23. September 2011 zu laufen begonnen habe (act. 13 S. 3 f.). Des Weiteren rügt der Beschwerdeführer, die Vollmacht sei nicht klar eingegrenzt und erlaube es dem Beschwerdegegner bei Dritten nach eigenem freien Ermessen Informationen einzuholen, was paradox und rechtswidrig sei. Die möglichen Grenzen der Vollmacht seien nur im Zusammenhang mit dem Brief des Konkursamtes D._____ zu ersehen. Bei Einsetzen der Vollmacht müsse Dritten folglich auch dieser Brief vorgelegt werden, woraus jedoch für diese Informationen über ihn einsehbar würden, was eine Geheimnisverletzung darstelle (act. 13 S. 4 f.). Ferner setze sich die Vorinstanz nur unzureichend mit der Frage der Interessenkollision auseinander (act. 13 S. 5).

3. Verzichtet die Gesamtheit der Gläubiger im Konkursverfahren auf die Geltendmachung von Rechtsansprüchen der Masse, so ist jeder Gläubiger be-

reichtigt, die Abtretung dieser Ansprüche zu verlangen (Art. 260 Abs. 1 SchKG). Die Abtretung verleiht dem Gläubiger die Prozessführungsbefugnis, er wird dadurch aber nicht Träger des zugrunde liegenden Anspruchs (BSK SchKG II-BERTI, 2. Aufl. 2010, Art. 260 N 32). Der Abtretungsgläubiger klagt als Prozessstandschafter; er tritt in die verfahrensrechtliche Stellung der Konkursmasse ein (BSK SchKG II-BERTI, 2. Aufl. 2010, Art. 260 N 56). Mit der Prozessführungsbefugnis kommt dem Abtretungsgläubiger zwangsläufig auch das Recht auf Erteilung der zur Durchsetzung des Anspruches notwendigen Auskünfte zu (BSK SchKG II-BERTI, 2. Aufl. 2010, Art. 260 N 36). Nicht nur die Konkursverwaltung, auch Dritte haben dem Abtretungsgläubiger die Einsicht in die einschlägigen Unterlagen zu gewähren und diese allenfalls auszuhändigen.

5. Daraus folgt, dass der Abtretungsgläubiger im Rahmen des abgetretenen Anspruches für die Durchsetzung dieses Auskunftsrechts in rechtlicher Hinsicht nicht auf die Erteilung einer separaten Vollmacht durch die Konkursverwaltung angewiesen ist. Er wird bereits mit der Abtretung zur Einholung der notwendigen Informationen und Auskünfte ermächtigt und agiert insoweit nicht als Hilfsperson der Konkursverwaltung, sondern als selbständig Berechtigter. Wird – wie vorliegend – von der Konkursverwaltung dennoch eine Vollmacht erteilt, so stellt diese keinen konstitutiven Rechtsakt dar. Damit wird vielmehr das (bereits bestehende) Auskunfts- und Einsichtrecht des Abtretungsgläubigers gegenüber allfällig rechtsunkundigen Dritten transparent gemacht. Die Bekräftigung dieser Rechte mittels einer Vollmacht schadet jedenfalls nicht, weshalb das Vorgehen der Konkursverwaltung an sich nicht zu beanstanden ist. Insofern erweist sich die Beschwerde als unbegründet.

6. Problematisch ist hingegen derjenige Passus in der Vollmacht, mit dem dem Bevollmächtigten die Befugnis erteilt wird, „notfalls die Machtmittel im Rahmen von SchKG 222 in Anspruch zu nehmen“. Art. 222 Abs. 1 und 2 SchKG statuieren die strafbewehrte Ablieferungspflicht des Schuldners bzw. der mit ihm im gemeinsamen Haushalt lebenden Personen, Abs. 3 verpflichtet den Schuldner bzw. seine Angehörigen, Räumlichkeiten und Behältnisse zu öffnen und ermächtigt den Beizug der Polizei, Abs. 4 verpflichtet Dritte, die über Vermögensgegen-

stände oder Guthaben verfügen, bei Straffolgen zur gleichen Auskunft wie den Schuldner und schliesslich sieht Abs. 5 vor, dass das Konkursamt die Betroffenen auf ihre Pflichten und die Straffolgen ausdrücklich aufmerksam machen muss.

In der Lehre finden sich zur Frage der Abtretung der Machtbefugnis gemäss Art. 222 SchKG kaum konkrete Ausführungen und soweit ersichtlich fehlen auch Präjudizien. Liessen sich die hoheitlichen Machtbefugnisse ohne weiteres an Private – hier ein Abtretungsgläubiger – delegieren, so würde dies insbesondere dazu führen, dass Private den Strafbarkeitshinweis gemäss Art. 222 Abs. 6 SchKG (vgl. auch die gleiche Problematik von Art. 91 Abs. 6 SchKG), der eine objektive Strafbarkeitsbedingung darstellt (vgl. BSK SchKG II-LUSTENBERGER, N. 17 zu Art. 222; BSK SchKG I-VONDER MÜHLL, N. 40 zu Art. 92), machen könnten und müssten. Ausserdem wären sie ermächtigt, die Polizei mit den in Abs. 3 vorgesehenen Aufgaben zu betrauen. Staatliche Zwangsausübung kann nicht ohne gesetzliche Grundlage an Private delegiert werden und im Rahmen des SchKG ergangene, entgegenstehende Anordnungen sind nichtig (Art. 22 SchKG). Vergleichsweise ist der Blick etwa auf die Schiedsgerichte, d.h. gemäss Schiedsvereinbarung der Parteien eingesetzte Privatgerichte (vgl. KuKo ZPO-DASSER, N. 3 vor Art. 353-399) zu richten, die weder Strafen ausfällen noch Zwang ausüben können (HANS REISER, Strafandrohung gemäss Art. 292 StGB durch Schiedsgerichte?, in: Riemer/Kuhn/Vock/Gehri (Hrsg.), Schweizerisches und internationales Zwangsvollstreckungsrecht, FS für Karl Spühler, Zürich 2005, S. 265 ff., S. 270). Dass sie die erforderlichen Strafandrohungen bei Zeugeneinvernahmen (Art. 307 StGB) dennoch machen dürfen, geht auf die ausdrückliche Vorschrift in Art. 309 lit. a StGB zurück. In BSK StGB II-RIEDO/BONER (N. 41 zu Art. 292) wird darauf hingewiesen, dass auch juristische Personen des Privatrechts im Zusammenhang mit von ihnen zu erlassenden Verfügungen Ungehorsamsstrafen anordnen können, allerdings ist dies nur dort zulässig, wo eine genügende gesetzliche Delegation besteht.

Aus diesen Gründen ist die Delegation der Machtbefugnis an den Abtretungsgläubiger unzulässig und zu streichen.

7. Mit dem Entscheid in der Sache wird das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos. Immerhin ist darauf hinzuweisen, dass das

vom Beschwerdeführer Verlangte ohnehin keine Frage der Hemmung des Eintritts der formellen Rechtskraft und der Vollstreckbarkeit des angefochtenen Entscheids wäre, sondern vielmehr ein Gesuch um Anordnung von vorsorglichen Massnahmen darstellt, welches mangels Begründung ohnehin abzuweisen gewesen wäre.

8. Das Verfahren vor den kantonalen Aufsichtsbehörden in Schuldbetreibungs- und Konkursachen ist kostenlos (Art. 20a Abs. 2 Ziff. 5 SchKG); Prozessentschädigungen sind nicht zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgeschrieben.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung gemäss nachfolgendem Urteil.

Sodann wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen und der Satz: "Der Bevollmächtigte ist befugt, notfalls die Machtmittel im Rahmen von SchKG 222 in Anspruch zu nehmen" in der Vollmacht gestrichen. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beschwerdegegner unter Beilage eines Doppels von act. 13, sowie – unter Beilage der erstinstanzlichen Akten – an das Bezirksgericht Winterthur und an das Konkursamt D._____, 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. K. Wili

versandt am: