

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer als obere kantonale Aufsichtsbehörde über
Schuldbetreibung und Konkurs



Geschäfts-Nr.: PS160220-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. M. Stammbach und Ersatzrichter lic. iur. A. Huizinga sowie
Gerichtsschreiberin MLaw N. Seebacher

Urteil vom 26. Juni 2017

in Sachen

A._____ AG, B._____,

Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. X. _____,

gegen

Konkursmasse der C._____ AG,

Beschwerdegegnerin

vertreten durch Konkursamt Dübendorf,

betreffend

Kollokationsplan / Kollokationsverfügung
(Beschwerde über das Konkursamt Dübendorf)

Beschwerde gegen einen Beschluss des Bezirksgerichtes Uster vom 2. November 2016 (CB160016)

Erwägungen:

I.

Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. Über die Beschwerdegegnerin wurde am 12. September 2013 der Konkurs eröffnet (vgl. act. 6 S. 3). Mit der Durchführung des Konkurses wurde das Konkursamt Dübendorf (nachfolgend Konkursamt) beauftragt. Der in der Folge durch das Konkursamt erstellte Kollokationsplan wurde vom 7. April bis 7. Mai 2015 aufgelegt (vgl. act. 13/1-2). Die Beschwerdeführerin ist Gläubigerin der Beschwerdegegnerin und wurde mit einer Forderung von Fr. 1'059'414.05 in der 3. Klasse kolloziert (Ord.-Nr. 113), wobei beim zugelassenen Betrag der Vermerk "bedingt" angebracht wurde (act. 13/2 S. 26; vgl. nachstehend). Weiter wurden durch das Konkursamt unter anderem Forderungen von zwei ehemaligen Arbeitnehmern der Beschwerdegegnerin, D._____ und E._____, von Fr. 63'148.50 (Ord.-Nr. 16) bzw. Fr. 85'807.20 (Ord.-Nr. 18) in der 1. Klasse kolloziert. Die Darstellung der genannten Forderungen im Kollokationsplan erfolgt wie folgt (act. 13/2 S. 6, S. 26):

Ord.-Nr.	Nr. des Eingabeverzeichnisses	Gläubiger und Forderungsgrund	Angemeldeter Betrag CHF	Zugelassener Betrag CHF
[...] 16	[...] 21	[...] 1. Klasse [...] D._____ [...] Anteil Monatslohn vom 01.09. bis 12.09.2013 Anteil Monatslohn vom 13.09. bis 30.06.2014 Anteil Ferien Verfügung Nr. 20	63'148.50	63'148.50
[...] 18	[...] 6	[...] E._____ [...] Anteil Monatslohn vom 01.09.2013 bis 12.09.2013 Anteil Monatslohn vom 13.09.2013 bis 31.03.2014	85'807.20	85'807.20

[...]	[...]	Anteil Ferien Verfügung Nr. 5 [...]		
[...]	[...]	3. Klasse [...]		
113	162	A. _____ AG [...]	1'059'414.05	1'059'414.05 (bedingt)
[...]	[...]	Verfügung Nr. 31 [...]		

Die Verfügung Nr. 5 des Konkursamtes vom 15. April 2015 betreffend

E. _____, auf welche im Kollokationsplan verwiesen wird, lautet wie folgt (act. 7/1):

1. Fr. 85'807.20 (Lohnansprüche / Anteil Ferienguthaben) werden in Bestand und Höhe anerkannt.

Bedingung: Unverschuldete Unmöglichkeit, eine neue Arbeitsstelle zu finden

Begründung:

Dem Arbeitnehmer obliegt auch bei ungerechtfertigter Entlassung die Pflicht, sich nach einer neuen Arbeitsstelle umzuschauen, um den Schaden möglichst klein zu halten. Der Arbeitnehmer muss sich an die Forderung anrechnen lassen, was er infolge der Beendigung des Arbeitsverhältnisses erspart hat und was er durch anderweitige Arbeit verdient oder zu verdienen absichtlich unterlassen hat (Art. 337c Abs. 2 OR).

Wir fordern Sie auf, uns bis am 30. April 2015 schriftlich mitzuteilen, ob Sie während der Kündigungsfrist (bis 31.03.2014) eine neue Arbeitsstelle angetreten haben und falls ja, per welchem Datum Sie die Stelle angetreten haben und wieviel dabei ihr Bruttoverdienst war. Erhalten wir keine Rückmeldung, gehen wir davon aus, dass Ihrerseits für die Zeit nach Konkurseröffnung (12. September 2013) keine Forderungen mehr bestehen. Sodann würde Ihre Forderung für die Zeit nach Konkurseröffnung bei der Verteilung der Konkursdividenden nicht berücksichtigt.

2. Vom zur Auszahlung gelangenden Treffnis auf der Restlohnforderung (Restlohn = Bruttolohn aus dem Arbeitsverhältnis abzüglich allfällige Insolvenz- und Arbeitslosenentschädigungen) werden die gesetzlichen Arbeitnehmerbeiträge an die Sozialversicherungen abgezogen. Mit den entsprechenden Stellen rechnet die Konkursverwaltung direkt ab.

[...]"

Die Verfügung Nr. 20 des Konkursamtes vom 15. April 2015 betreffend

D. _____, auf welche im Kollokationsplan ebenfalls verwiesen wird, hat folgenden Inhalt (act. 7/2):

1. Fr. 63'148.50 (= Lohnansprüche / Anteil Ferienguthaben) werden in Bestand und Höhe anerkannt und in der 1. Klasse eingereiht.

Bedingung: Unverschuldete Unmöglichkeit, eine neue Arbeitsstelle zu finden

Begründung:

Dem Arbeitnehmer obliegt auch bei ungerechtfertigter Entlassung die Pflicht, sich nach einer neuen Arbeitsstelle umzuschauen, um den Schaden möglichst klein zu halten. Der Arbeitnehmer muss sich an die Forderung anrechnen lassen, was er infolge der Beendigung des Arbeitsverhältnisses erspart hat und was er durch anderweitige Arbeit verdient oder zu verdienen absichtlich unterlassen hat (Art. 337c Abs. 2 OR).

2. Vom zur Auszahlung gelangenden Treffnis auf der Restlohnforderung (Restlohn = Bruttolohn aus dem Arbeitsverhältnis abzüglich allfällige Insolvenz- und Arbeitslosenentschädigungen) werden die gesetzlichen Arbeitnehmerbeiträge an die Sozialversicherungen abgezogen. Mit den entsprechenden Stellen rechnet die Konkursverwaltung direkt ab.

[...]"

1.2 Am 6. Mai 2015 erhob die Beschwerdeführerin beim Einzelgericht des Bezirksgerichts Uster zwei Kollokationsklagen betreffend die Arbeitnehmerforderungen von E._____ und D._____ (vgl. act. 9/1-12 und 10/1-15). Sie beantragte, es sei die Forderung von E._____ vollumfänglich abzuweisen, eventualiter von der 1. in die 3. Klasse zu verweisen (act. 9/1 S. 2). Im Verfahren gegen D._____ verlangte die Beschwerdeführerin die Herabsetzung von deren Forderung von Fr. 63'148.50 auf Fr. 5'955.95 unter Abweisung des Restbetrages (act. 10/1 S. 2). Die Kollokationsklage gegen E._____ wurde schliesslich mit Verfügung vom 24. Juni 2015 als durch Klageanerkennung gegenstandslos geworden abgeschrieben und die kollozierte Forderung von E._____ über Fr. 85'807.20 aufgehoben (act. 9/11). Sodann konnte im Verfahren gegen D._____ ein Vergleich erzielt werden (vgl. act. 10/13), weshalb das Verfahren mit Verfügung vom 19. August 2015 als gegenstandslos geworden abgeschrieben und gestützt auf den Vergleich die kollozierte Forderung von D._____ im Umfang von Fr. 46'807.30 aufgehoben wurde (act. 10/14).

1.3 Mit Verfügung vom 26. Juli 2016 teilte das Konkursamt der Beschwerdeführerin unter Beilage der entsprechenden Lohnabrechnungen (act. 3/2) mit, dass sie aufgrund der beiden Kollokationsklagen bezüglich der Forderungen der Arbeitnehmer E._____ und D._____ in deren Rechtsstellung eintrete. Subrogationen (bezüglich Arbeitslosentaggelder und Insolvenzentschädigungen) seien dabei ebenso zu beachten wie Bedingungen, unter welche die Zulassung der Forderung gestellt worden sei. Ihrer Darstellung, wonach die Konkursverwaltung diese beiden Forderungen unbedingt zugelassen habe, werde widersprochen. Vielmehr seien die Bedingungen aus den erlassenen Kollokationsverfügungen betreffend

die Arbeitnehmer ersichtlich. Im Kollokationsplan sei auf die entsprechenden Verfügungen hingewiesen worden. Bei E. _____ sei die Bedingung bezüglich der Lohnansprüche nach Konkurseröffnung nicht erfüllt worden. Frau D. _____ habe nebst Insolvenzenschädigung und Arbeitslosentaggeld zusätzlich eine Mutterschaftsentschädigung von total Fr. 16'110.35 netto erhalten (keine Subrogation erfolgt, in der Lohnabrechnung nicht aufgeführt). Ob ihr (der Beschwerdeführerin) in diesem Zusammenhang aufgrund des geschlossenen Vergleichs allenfalls ein direkter Anspruch gegenüber Frau D. _____ zustehe, sei von ihr zu prüfen (act. 3/1).

Der Beschwerdeführerin wurde dabei durch das Konkursamt für D. _____ folgende Lohnabrechnung vom 28. Juni 2016 zugestellt (act. 3/2 S. 1):

Ihre Lohn-Eingabe vom 20.01.2014	CHF	63'148.50
Zugelassene Forderung der Eingabe Nr. 21	CHF	63'148.50
Insolvenzenschädigung ausbezahlt durch Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich	CHF	- 3'270.90
Arbeitslosentaggelder ausbezahlt durch Amt für Wirtschaft Kanton St. Gallen	CHF	- 14'233.45
Restguthaben brutto	CHF	45'644.15
Konkursdividende 33.7351 % von CHF 45'644.15	CHF	- 15'398.10
Verlust	CHF	30'246.05
Verteilung der Konkursdividende	CHF	15'398.10
AHV/IV/EO Arbeitnehmerabzug	CHF	- 1'040.30
ALV Arbeitnehmerabzug	CHF	- 222.20
Suva	CHF	- 204.00
Auszahlung an Arbeitnehmer	CHF	13'931.60

Betreffend E. _____ erhielt die Beschwerdeführerin vom Konkursamt folgende Lohnabrechnung vom 28. Juni 2016 (act. 3/2 S. 2):

Ihre Lohn-Eingabe vom 19.01.2014	CHF	85'807.20
Zugelassene Forderung der Eingabe Nr. 6	CHF	11'772.20
Insolvenzenschädigung ausbezahlt durch die Arbeitslosenkasse	CHF	- 4'200.00
Restguthaben brutto	CHF	7'572.00
Konkursdividende 33.7351 % von CHF 7'572.20	CHF	- 2'554.50
Verlust	CHF	5'017.70
Verteilung der Konkursdividende	CHF	2'554.50
AHV/IV/EO Arbeitnehmerabzug	CHF	- 131.55
ALV Arbeitnehmerabzug	CHF	- 28.10
Suva	CHF	- 25.80
Auszahlung an Arbeitnehmer	CHF	2'369.05

2. Am 5. August 2016 erhob die Beschwerdeführerin gegen die vorgenannte Verfügung des Konkursamtes vom 26. Juli 2016 Beschwerde beim Bezirksgericht Uster als untere kantonale Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs (nachfolgend Vorinstanz). Dabei stellte sie die folgenden Anträge (act. 1 S. 3 f.; Berichtigungen durch die Vorinstanz, vgl. act. 18 S. 4, E. 1.7):

- "1. Es sei [die] angefochtene Verfügung vom 26. Juli 2016 aufzuheben;
2. es sei das Konkursamt anzuweisen, in der Verteilungsliste die Auszahlung einer Konkursdividende in Sachen E._____ auf eine Forderung in der 1. Klasse von CHF 63'148.50 [recte: CHF 85'807.20] ohne Sozialversicherungsabzüge an die Beschwerdeführerin zu verfügen;
es sei das Konkursamt anzuweisen, in der Verteilungsliste die Auszahlung einer Konkursdividende in Sachen D._____ auf eine Forderung in der 1. Klasse von [Fr.] 46'807.30 ohne Sozialversicherungsabzüge an die Beschwerdeführerin zu verfügen;
3. unter Kosten- und Entschädigungsfolgen."

Mit Verfügung vom 9. August 2016 setzte die Vorinstanz der Beschwerdegegnerin, vertreten durch das Konkursamt, Frist zur Beschwerdeantwort an (act. 4). Mit Eingabe vom 23. August 2016 wurde die Beschwerdeantwort fristgerecht (vgl. act. 5) erstattet, wobei die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde beantragte (act. 6). Am 24. August 2016 wurde die Beschwerdeantwort der Beschwerdeführerin zur Kenntnisnahme zugestellt (act. 8). Am 4. Oktober 2016 verlangte die Vorinstanz beim Konkursamt weitere Unterlagen (vgl. act. 11; act. 13/1-10), welche nach Eingang bei der Vorinstanz der Beschwerdeführerin zur Kenntnisnahme zugestellt wurden. Am 2. November 2016 erliess die Vorinstanz schliesslich folgenden Beschluss (act. 15 = act. 18 = act. 20, nachfolgend zitiert als act. 18):

- "1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird das Konkursamt Dübendorf angewiesen, in der Verteilungsliste im Konkursverfahren über die C._____ AG die Auszahlung einer Konkursdividende auf eine Forderung in der 1. Klasse von Fr. 11'772.20 (in Sachen E._____) sowie auf eine Forderung in der 1. Klasse von Fr. 28'021.– (in Sachen D._____), jeweils ohne Sozialversicherungsabzüge, an die Beschwerdeführerin zu verfügen.
Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.
- 2.-5. [Kosten / Entschädigung / Mitteilung / Rechtsmittel]"

Dagegen erhob die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 17. November 2016 fristgerecht (vgl. act. 16) Beschwerde bei der Kammer als obere kantonale Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs und stellte folgende Anträge (act. 19 S. 1 f.):

- "1. Es sei der Beschwerdeentscheid der unteren Aufsichtsbehörde SchKG am Bezirksgericht Uster vom 2. November 2016, CB160016-I aufzuheben, soweit die Beschwerde abgelehnt wurde;
2. es sei die Verfügung des Konkursamtes Dübendorf vom 26. Juli 2016 aufzuheben;
3. es sei das Konkursamt anzuweisen, in der Verteilungsliste die Auszahlung einer Konkursdividende in Sachen E._____ auf eine Forderung in der 1. Klasse von CHF 85'807.20 ohne Sozialversicherungsabzüge an die Beschwerdeführerin zu verfügen;
es sei das Konkursamt anzuweisen, in der Verteilungsliste die Auszahlung einer Konkursdividende in Sachen D._____ auf eine Forderung in der 1. Klasse von CHF 46'807.30 ohne Sozialversicherungsabzüge an die Beschwerdeführerin zu verfügen;
4. unter Kosten- und Entschädigungsfolgen."

Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 1-16). Von der Einholung einer Vernehmlassung der Vorinstanz wurde abgesehen (Art. 20a Abs. 3 SchKG i.V.m. § 18 EG SchKG i.V.m. § 84 GOG i.V.m. Art. 324 ZPO). Mit Verfügung vom 26. April 2017 wurde der Beschwerdegegnerin, vertreten durch das Konkursamt, Frist zur Beantwortung der Beschwerde angesetzt (act. 23), welche diese fristgerecht erstattete und die Abweisung der Beschwerde beantragte (act. 25). Die Beschwerdeantwort wurde am 24. Mai 2017 der Beschwerdeführerin zugestellt (vgl. act. 27). Die Sache ist spruchreif. Auf die Vorbringen der Beschwerdeführerin ist – soweit entscheidrelevant – im Rahmen der folgenden Erwägungen einzugehen.

II.

Formelles

1. Die Beschwerdeführerin stellt zunächst – wie bereits vorinstanzlich (act. 1 S. 2) – in Frage, ob die Vorinstanz überhaupt befugt war, eine Verfügung in Form der ergangenen zu erlassen, oder ob die Vorinstanz über die Auszahlung und Verteilung der Konkursdividenden vielmehr im Rahmen der Verteilungsliste ge-

mäss Art. 261 SchKG zu befinden gehabt hätte. Zwar sei der Beschwerdegegnerin zuzugestehen, dass es verfahrensökonomischer sei, die entsprechenden Fragen bilateral im Rahmen einer solchen Verfügung zu regeln, als auf dem Weg der Verteilungsliste, welche sich an alle Gläubiger richte. Nachdem jedoch aus dem angefochtenen Beschwerdeentscheid hervorgehe, dass auch Drittparteien (Kollokationsbeklagte, Arbeitslosenkasse) betroffen sein könnten, wäre wohl der Weg über die Verteilungsliste der richtige gewesen. Es sei deshalb zu prüfen, ob die angefochtene Verfügung nicht bereits aus diesem Grund gänzlich aufzuheben sei (act. 19 S. 3, Rz. 4).

2. Das Konkursamt führt dazu – wie bereits vorinstanzlich (vgl. act. 6 S. 2) – aus, es habe die fragliche Verfügung aus verfahrensökonomischen Gründen erlassen, um zu vermeiden, dass nach einer allfällig erfolgreichen Beschwerde gegen die Verteilung umfangreiche Rückforderungen der ausgerichteten Dividende erfolgen müssten. Die Auflegung der Verteilungsliste sei im summarischen Verfahren nicht vorgesehen, weshalb sie sich für das zur Debatte stehende Vorgehen (Erlass einer Verfügung) entschieden habe. Sie sehe im Erlass dieser Verfügung keine Unrechtmässigkeit (act. 25 S. 2).

3. Die Beschwerdeführerin macht weder geltend, sie werde durch das Vorgehen der Vorinstanz beschwert noch ergibt sich eine solche Beschwer der Beschwerdeführerin aus den Akten. Vielmehr ist dem Konkursamt dahingehend zuzustimmen, dass das von ihm gewählte Vorgehen für die Beschwerdeführerin vorteilhaft ist, da die Rechtslage vor Verteilung des Konkurserlöses an die Gläubiger geklärt werden kann, was verhindert, dass im Falle einer späteren Guttheissung der Beschwerde der Beschwerdeführerin bereits an andere Gläubiger ausgerichtete Teile des Konkurserlöses zurückgefordert werden müssen. Soweit die Beschwerdeführerin sodann die Verletzung möglicher Rechte Dritter rügt, ist sie darauf hinzuweisen, dass ihr kein schutzwürdiges Interesse an der Prüfung einer Verletzung der Rechte Dritter zukommt. Insoweit ist auf die Beschwerde der Beschwerdeführerin folglich nicht einzutreten.

III.

Zur Beschwerde im Einzelnen

1. Das Verfahren der Aufsichtsbeschwerde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen richtet sich nach den Bestimmungen von Art. 20a Abs. 2 SchKG. Soweit Art. 20a Abs. 2 SchKG keine Bestimmungen enthält, regeln die Kantone das Verfahren (Art. 20a Abs. 3 SchKG; BSK SchKG I-COMETTA/MÖCKLI, 2. A., Art. 20a N 38). Im Kanton Zürich richtet sich das Beschwerdeverfahren gemäss §§ 17 und 18 EG SchKG nach §§ 80 f. und 83 f. GOG. Danach ist der Sachverhalt von Amtes wegen zu untersuchen und es sind die Bestimmungen der ZPO sinngemäss anwendbar (§ 83 Abs. 3 GOG). Für den Weiterzug an das Obergericht gelten insbesondere die Bestimmungen über die Beschwerde gemäss Art. 319 ff. ZPO (§ 84 GOG), weshalb eine Beschwerde bei der Rechtsmittelinstanz schriftlich und begründet einzureichen ist (Art. 321 Abs. 1 ZPO).

2. Im vorinstanzlichen Verfahren war zunächst strittig, ob das mit Verfügung vom 26. Juli 2016 durch das Konkursamt angekündigte Vorgehen zu beanstanden sei, die im Konkurs eingegebenen Lohnforderungen von E._____ von insgesamt Fr. 85'807.20 für die Zeit nach Konkurseröffnung und damit im Umfang von Fr. 74'233.45 bei der Verteilung nicht zu Gunsten der Beschwerdeführerin zu berücksichtigen, weil sich die in der Kollokationsverfügung Nr. 5 vom 15. April 2015 genannte Bedingung der unverschuldeten Unmöglichkeit, eine neue Arbeitsstelle zu finden, nicht realisiert habe. Die Beschwerdeführerin machte geltend, sie habe Anspruch auf volle Zuweisung des von ihr im Rahmen des Kollokationsprozesses errungenen Prozessgewinns. Das Konkursamt könne nicht nachträglich geltend machen, dass das, was sie vor Bezirksgericht im Rahmen der Kollokationsprozesse erreicht habe, nicht gelte (vgl. act. 18 S. 5 ff., E. 3.1-2). Das Konkursamt stellte sich demgegenüber auf den Standpunkt, dass die Forderung des Arbeitnehmers E._____ in Bezug auf die Forderungsbestandteile, welche ihre Rechtsgrundlagen zeitlich nach Konkurseröffnung hätten, als bedingt zugelassen worden sei. Auf die entsprechende Kollokationsverfügung vom 15. April 2015 sei im Kollokationsplan hingewiesen worden, womit die entsprechende Bedingung auch für

die im Kollokationsprozess obsiegende Beschwerdeführerin verbindlich sei (act. 18 S. 7 f., E. 3.3).

2.1 Durch eine bedingte Forderung kann kolloziert werden. So hält Art. 210 Abs. 1 SchKG ausdrücklich fest, dass Forderungen unter aufschiebender Bedingung im Konkurs im vollen Betrage zugelassen werden. Forderungen unter auflösender Bedingung erwähnt der Gesetzestext zwar nicht ausdrücklich, sie sind jedoch nach Lehre und Rechtsprechung wie gewöhnliche Konkursforderungen zu behandeln (BSK SchKG II-SCHWOB, Basel, 2. A. 2010, Art. 210 N 4). Abzugrenzen ist die Kollokation bedingter Forderungen – wie die Vorinstanz ebenfalls zutreffend ausführte (act. 18 S. 8 f., E. 4.1.1) – von der bedingten Zulassung einer (unbedingten) Forderung, welche von Art. 59 Abs. 2 KOV grundsätzlich als unstatthaft bezeichnet wird (vgl. dazu etwa MILANI/WOHLGEMUTH, in: MILANI/WOHLGEMUTH [Hrsg.], Kommentar zur Verordnung über die Geschäftsführung der Konkursämter, Zürich/St. Gallen 2016, Art. 59 N 24 ff.).

2.2 Die Vorinstanz erwog in diesem Zusammenhang zunächst, die Forderungen der Arbeitnehmer E._____ und D._____ seien zum Zeitpunkt ihrer Eingaben im September 2013 tatsächlich noch in dem Sinne bedingt gewesen, als nicht habe abgeschätzt werden können, in welchem Ausmass die beiden Arbeitnehmer im Sinne der ihnen obliegenden Schadensminderungspflicht in der Lage sein würden, durch Antritt einer neuen Stelle bereits während der Kündigungsfrist wieder ein Erwerbseinkommen zu erzielen. Hinsichtlich des weiteren Vorgehens des Konkursamtes bemängelte die Vorinstanz jedoch, dass nicht nachvollziehbar sei, weshalb das Konkursamt nicht vor Erstellung des Kollokationsplans, welcher erst zu einem Zeitpunkt erfolgt sei, als die Kündigungsfristen und damit der Zeitrahmen für allfällige Lohnansprüche gegen die Konkursitin bereits verstrichen sei, abgeklärt habe, ob die Bedingung der unverschuldeten Unmöglichkeit eine neue Arbeitsstelle zu finden, eingetreten sei. Statt dessen sei der Arbeitnehmer E._____ gleichzeitig mit der Erstellung des Kollokationsplans mit Kollokationsverfügung vom 15. April 2015 aufgefordert worden, schriftlich mitzuteilen, ob er während der Kündigungsfrist (bis 31. März 2014) eine neue Arbeitsstelle gefunden habe und es sei ihm dafür eine Frist bis 30. April 2015 angesetzt worden. Es wäre

– so die Vorinstanz weiter – dem Konkursamt ohne weiteres möglich gewesen, diese zweiwöchige Frist noch abzuwarten, bis dahin mit der Auflage des Kollokationsplans zuzuwarten und die Forderung durch E._____ nach unbenütztem Ablauf der Frist teilweise abzuweisen und nur in reduziertem Umfang zu kollozieren. Damit hätte sich das Aufstellen einer Bedingung vermeiden lassen und es hätte hinsichtlich der tatsächlich zugelassenen Ansprüche von E._____ Klarheit geschaffen werden können. Deshalb – so das Zwischenfazit der Vorinstanz – sei das Vorgehen des Konkursamtes zweifellos unvereinbar mit den in Art. 59 KOV aufgestellten Grundsätzen hinsichtlich Entscheiden über Konkursforderungen zu qualifizieren. Erschwerend wirke sich zudem aus, dass im Kollokationsplan nur allgemein auf die jeweiligen Verfügungen Nr. 5 und Nr. 20 verwiesen worden sei, ohne dass der Plan selbst einen Hinweis auf die darin aufgestellten Bedingungen enthalten habe (act. 18 S. 9 f., E. 4.1.2).

Weiter stellte sich die Vorinstanz die Frage, welche Konsequenzen dieser von ihr festgestellte Mangel für die anschliessenden Kollokationsklagen der Beschwerdeführerin gegen E._____ sowie deren Ansprüche im Rahmen der Verteilung des Konkurserlöses habe. Dabei kam sie zum Schluss, das durch das Konkursamt mit Verfügung vom 26. Juli 2016 angekündigte Vorgehen, die im Konkurs eingegebenen Lohnforderungen von E._____ für die Zeit nach Konkurseröffnung bei der Verteilung nicht zu Gunsten der Beschwerdeführerin zu berücksichtigen, sei im Ergebnis nicht zu beanstanden (act. 18 S. 12, E. 4.1.5). Dies begründete sie im Wesentlichen damit, dass aufgrund der von der Beschwerdeführerin in den Kollokationsprozessen eingereichten Unterlagen anzunehmen sei, die Beschwerdeführerin habe vor Anhebung der beiden Kollokationsklagen gegen die Arbeitnehmer D._____ und E._____ Einsicht in die entsprechenden Konkursakten des Konkursamtes genommen und habe dabei selbstverständlich auch die dort aufgestellten Bedingungen zur Kenntnis genommen. Da die Beschwerdeführerin insbesondere nicht behauptete, die Kollokationsverfügungen bezüglich der Forderungen der Arbeitnehmer E._____ und D._____ nicht gekannt zu haben, könne sie sich nicht mehr – wie sie selbst vorbringe – auf die alleinige Massgeblichkeit der Angaben im Kollokationsplan berufen. Da die Frist an E._____ bezüglich seiner Arbeitstätigkeit während der Kündigungsfrist am 30. April 2015 abgelaufen sei, sei

es der Beschwerdeführerin ohne weiteres zumutbar gewesen, vor Einreichung der Kollokationsklagen vom 6. Mai 2015 beim Konkursamt nachzufragen, inwiefern die Bedingung gemäss Kollokationsverfügung vom 15. April 2015 eingetreten sei und in welchem Umgang die Forderung von E._____ nun definitiv zugelassen sei. Der Beschwerdeführerin habe zudem die Möglichkeit offen gestanden, die in den Kollokationsverfügungen aufgestellten Bedingungen nach Auflage des Kollokationsplans mit Beschwerde bei der Aufsichtsbehörde als unzulässig zu rügen. Da die Beschwerdeführerin dies unterlassen habe, obwohl sie offensichtlich Kenntnis vom Inhalt der in den Kollokationsverfügungen aufgestellten Bedingungen gehabt haben müsse, erscheine ihr Vorgehen, sich nun im Hinblick auf die anstehende Verteilung auf die alleinige Massgeblichkeit des Kollokationsplans zu berufen, als mit dem Grundsatz von Treu und Glauben unvereinbar (act. 18 S. 10 f., E. 4.1.3).

2.3 Die Beschwerdeführerin hält dem entgegen, die Vorinstanz werfe ihr zu Unrecht einen Verstoss gegen Treu und Glauben vor. Vielmehr habe sie bei Einreichung der Kollokationsklagen alle Unterlagen eingereicht, welche sie vom Konkursamt vor Einreichung der Kollokationsklagen erhalten habe. Auf die Kollokationsverfügungen sei sie erst mit Telefon und Email des Konkursamtes vom 19. Mai 2016 (recte: 2015) hingewiesen worden, nachdem die Kollokationsklagen bereits eingereicht gewesen seien. Sie habe dementsprechend weder während der Auflagefrist für den Kollokationsplan noch während der noch kürzeren Beschwerdefrist gegen den Kollokationsplan über diese Kollokationsverfügungen verfügt. Nachdem die Forderungen der Arbeitnehmer D._____ und E._____ ohne irgendwelche Bedingungen im Kollokationsplan kolloziert gewesen seien, und nur ein nichtsagender Vermerk betreffend Kollokationsverfügung im Kollokationsplan aufgeführt gewesen sei, habe nicht zuletzt innert der kurzen Beschwerdefrist von 10 Tagen nach Auflage des Kollokationsplans kein Anlass bestanden, nach irgend welchen versteckten Bedingungen in den Kollokationsverfügungen zu fragen (act. 19 S. 3 f., Rz. 5).

2.4 Ob der Beschwerdeführerin tatsächlich ein Verstoss gegen Treu und Glauben vorzuwerfen ist, kann offen gelassen werden. Entgegen der Vorinstanz ist es

zunächst unzutreffend, dass das Konkursamt mit seinem Vorgehen gegen die in Art. 59 KOV aufgestellten Grundsätze versties. So muss sich der Arbeitnehmer im Konkurs des Arbeitgebers gestützt auf Art. 337c Abs. 2 OR an seine Forderung infolge fristloser Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch ausserordentliche Kündigung anrechnen lassen, was er infolge der Beendigung des Arbeitsverhältnisses erspart oder durch anderweitige Arbeit verdient oder zu verdienen absichtlich unterlassen hat. Entgegen der impliziten Annahme der Vorinstanz handelt es sich bei der Kollokation einer solchen Forderung jedoch nicht um eine bedingte Kollokation im Sinne von Art. 59 Abs. 1 KOV, sondern die Kollokation der Arbeitnehmerforderungen wegen vorzeitiger Entlassung des Arbeitnehmers infolge Konkurses des Arbeitgebers erfolgt vielmehr unter der (resolutiven) Bedingung der unverschuldeten Unmöglichkeit, eine neue Arbeitsstelle zu finden. Entsprechend handelt es sich um eine unbedingte Kollokation einer bedingten Forderung im Sinne von Art. 210 SchKG, wohingegen Art. 59 KOV nicht einschlägig ist.

Derjenige Gläubiger, der die Kollokation eines anderen Gläubigers anfecht, kann sich sodann nicht darauf berufen, den genauen Inhalt der diesen Gläubiger betreffenden Kollokationsverfügung der Konkursverwaltung nicht gekannt zu haben, dient die Kollokationsklage doch der materiellrechtlichen Überprüfung des Inhalts der im Kollokationsplan getroffenen Verfügung der Konkursverwaltung (BGE 98 II 313 E. 4; OFK SchKG, 19. A., Zürich 2016, Art. 250 N 1). Mit der Kollokationsklage bestreitet der Gläubiger, dass die Konkursverwaltung über die Anerkennung oder Abweisung einer Forderung oder über ihren Betrag richtig entschieden habe und verlangt die dem materiellen Recht entsprechende Teilnahme oder Nichtteilnahme eines Mitgläubigers am Konkursergebnis (KuKo SchKG-SPRECHER, 2. A., Basel 2014, Art. 250 N 1). Anfechtungsobjekt der Kollokationsklage ist dementsprechend die Kollokationsverfügung der Konkursverwaltung (DOMINIK MILANI, Die Behandlung der Kollokationsklage im vereinfachten Verfahren, Diss. Zürich/St. Gallen 2011, S. 239 f., Rz. 700), weshalb sich die Beschwerdeführerin nicht darauf berufen kann, bei der Anfechtung der Kollokation der Mitgläubiger E._____ und D._____ den Inhalt der fraglichen Kollokationsverfügungen nicht gekannt zu haben. Zwar gehen aus dem Kollokationsplan direkt die Bedingungen nicht hervor, was gemäss den Grundsätzen der Klarheit und Deutlichkeit

geboten gewesen wäre (BSK SchKG II-HIERHOLZER, a.a.O., Art. 247 N 83). Wie aber das Konkursamt zutreffend ausführt (act. 25 S. 2), erfolgte der Hinweis auf die massgebenden Verfügungen – die ebenso Teil des Kollokationsplanes sind – mit hervorgehobener Darstellung. Die Vorinstanz ist deshalb im Ergebnis zu Recht zum Schluss gekommen, dass das durch das Konkursamt mit Verfügung vom 26. Juli 2016 angekündigte Vorgehen, die im Konkurs eingegebenen Lohnforderungen von E._____ für die Zeit nach Konkurseröffnung bei der Verteilung nicht zu Gunsten der Beschwerdeführerin zu berücksichtigen, nicht zu beanstanden sei. Die entsprechende Rüge erweist sich dementsprechend als unbegründet.

3. Umstritten war vorinstanzlich weiter, ob das Konkursamt von demjenigen Betrag, in dessen Umfang die Beschwerdeführerin infolge Obsiegens im Kollokationsprozess in die Rechtsstellung der Mitgläubigerin D._____ eintrat, zu Recht die von der Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich an die Mitgläubigerin D._____ ausbezahlte Insolvenzenschädigung von Fr. 3'270.90 sowie die vom Amt für Wirtschaft des Kantons St. Gallen an die Mitgläubigerin D._____ ausbezahlten Arbeitslosentaggelder von Fr. 14'233.45 abgezogen hat.

3.1 Die Vorinstanz hat in diesem Zusammenhang zusammengefasst ausgeführt, dass in demjenigen Umfang, in welchem eine Kasse nach dem Konkurs des Arbeitgebers an den Arbeitnehmer eine Insolvenzenschädigung oder eine Arbeitslosenentschädigung auszahle, die Ansprüche des Arbeitnehmers samt dem gesetzlichen Konkursprivileg von Gesetzes wegen auf die entrichtende Kasse übergingen (vgl. Art. 54 Abs. 1 Satz 1 AVIG und Art. 29 Abs. 1 und 2 AVIG). Sodann sei der Arbeitnehmer gesetzlich dazu verpflichtet, im Konkurs- und Pfändungsverfahren alles zu unternehmen, um seine Ansprüche gegenüber dem Arbeitgeber zu wahren, bis die Kasse ihm mitteile, dass sie an seiner Stelle in das Verfahren eingetreten sei (Art. 55 Abs. 1 AVIG), wobei diese Bestimmung sowohl auf die Ausrichtung einer Insolvenzenschädigung als auch – analog – auf die Ausrichtung von Arbeitslosentaggeldern anwendbar sei (act. 18 S. 13 f., E. 4.2.1 ff.). Mit hin ergebe sich aus Art. 55 AVIG, dass obwohl die Forderung des Arbeitnehmers bereits mit Zahlung einer Insolvenzenschädigung bzw. Arbeitslosenentschädigung auf die ausrichtende Kasse übergehe, die Verfahrensrechte nicht bereits mit

der Subrogation, sondern erst mit der von der Kasse an den Versicherten gerichteten Erklärung, selbst in das Verfahren eintreten zu wollen, übergehen würden. Bis eine solche Erklärung der Kasse vorliege, habe der Arbeitnehmer daher in eigenem Namen weiterhin seine Ansprüche gegenüber dem Arbeitgeber durchzusetzen, wozu nicht nur die Eingabe der Lohnforderung im Konkurs gehöre, sondern auch die Pflicht zur Anfechtung des Kollokationsplans und zur Teilnahme an einem Kollokationsprozess auf der Passivseite. Anzeigen an das Konkursamt bezüglich ausbezahlter Leistungen seien dabei nicht als Erklärung im Sinne von Art. 55 Abs. 1 AVIG zu verstehen (act. 18 S. 14 f., E. 4.2.5).

Im konkreten Fall – so die Vorinstanz weiter – bestünden keine Hinweise auf die Abgabe einer Erklärung der Arbeitslosenkasse im Sinne von Art. 55 AVIG, weshalb die Arbeitnehmerin D._____ – wie auch der Arbeitnehmer E._____ – sowohl berechtigt als auch verpflichtet gewesen seien, sich gegen die von der Beschwerdeführerin angestregten Kollokationsklagen auch hinsichtlich der bereits an die Arbeitslosenkasse subrogierten Ansprüche für die Kasse zur Wehr zu setzen (act. 18 S. 15, E. 4.2.6). Dabei sei zu berücksichtigen, dass die Kollokationsklage gegen D._____ – anders als diejenige gegen E._____ – von dieser nicht (vollumfänglich) anerkannt worden sei, sondern vielmehr durch einen zwischen den Parteien geschlossenen Vergleich erledigt worden sei. Während die Beschwerdeführerin ursprünglich eine Reduktion der Konkursforderung von D._____ von Fr. 63'148.50 auf Fr. 5'955.95 beantragt habe, hätten sich die Parteien schliesslich auf eine Reduktion von Fr. 63'148.50 auf Fr. 16'341.20 geeinigt. Zu beachten sei, dass zum Vergleich eine Vorbemerkung angebracht worden sei, welche erkläre, wie die Reduktion zustande gekommen sei. Daraus gehe eindeutig hervor, dass die vereinbarten Fr. 16'341.20 bloss die Restforderung von D._____ nach Abzug der erbrachten Leistungen der Arbeitslosenkasse sowie der Sozialversicherungsanstalt (Mutterschaftsentschädigung) darstelle. Dass diese Leistungen zu Gunsten der Beklagten in irgendeiner Weise zu Unrecht erfolgt seien, werde weder im Rahmen der Vorbemerkungen zum Vergleich festgehalten, noch sei entsprechendes im Rahmen der Klagebegründung der Beschwerdeführerin vom 6. Mai 2016 geltend gemacht worden. Eine Auslegung des Inhalts der Vorbemerkung zum Vergleich lasse als einzigen Schluss zu, dass die Kollokati-

onsbeklagte D._____ beim Abschluss des Vergleichs – wie auch die Beschwerdeführerin – fälschlicherweise angenommen habe, dass es im Kollokationsprozess nur noch darum gehe, in welchem Umfang sie persönlich im Rahmen der Verteilung zu berücksichtigen sein werde. Die Parteien seien dabei offensichtlich in Unkenntnis gewesen, dass D._____ im Kollokationsprozess auch als Prozessstandschafterin der Arbeitslosenkasse aufzutreten habe. Ein Verzicht auf die subrogierte Forderung in materieller Hinsicht könne dem Vergleich jedenfalls nicht entnommen werden, zumal auch die Beschwerdeführerin nie geltend gemacht habe, die aufgrund von Art. 29 und Art. 51 AVIG erfolgten Leistungen der Kassen seien zu Unrecht erfolgt, da es der Arbeitnehmerin an entsprechenden Ansprüchen gegen die Konkursitin gefehlt habe. Unter diesen Umständen sei es nicht zu beanstanden, dass das Konkursamt die subrogierten Ansprüche bei der Verteilung in Abzug bringen und die entsprechenden Konkursdividenden an die Arbeitslosenkassen abliefern wolle. Dies wäre aufgrund des entsprechenden Vorbehalts zugunsten der erfolgten Subrogation in der Kollokationsverfügung vom 15. April 2015 zweifellos auch ohne Kollokationsklage der Beschwerdeführerin geschehen, weshalb sich die Beschwerde der Beschwerdeführerin insoweit als unbegründet erweise (act. 18 S. 17 f., E. 4.2.8).

3.2 Die Beschwerdeführerin stellt sich im Beschwerdeverfahren unter anderem auf den Standpunkt, die Konsequenzen eines allfälligen Verstosses der Arbeitnehmerin D._____ gegen ihre aus Art. 55 AVIG resultierenden Pflichten könnten nicht ihr (der Beschwerdeführerin) angelastet werden. Wenn D._____, welche beim Abschluss des Kollokationsvergleichs anwaltlich vertreten gewesen sei, gegen ihre aus Art. 55 AVIG resultierenden Pflichten verstossen habe, habe sie selbst die Konsequenzen daraus zu tragen (act. 19 S. 5 f.).

3.3 Dem ist zuzustimmen, ist doch nicht ersichtlich, weshalb die Beschwerdeführerin die Konsequenzen einer allfälligen Verletzung einer der Gegenpartei des Kollokationsprozesses obliegenden gesetzlichen Pflicht zu tragen hat, umso mehr, als die Vorinstanz selbst davon ausgeht, dass sich beide Parteien nicht bewusst gewesen seien, D._____ habe als Prozessstandschafterin auch die Interessen der Arbeitslosenkasse zu vertreten gehabt. Auch vermag das Vorbringen

der Vorinstanz, wonach eine solche Ablieferung zweifellos auch ohne Kollokationsklage der Beschwerdeführerin erfolgt wäre, nicht zu überzeugen. So hat das Konkursamt im Kollokationsplan ausdrücklich vermerkt, dass gestützt auf Art. 29 und 54 AVIG erfolgte Legalzessionen bei der Aufstellung des Kollokationsplans bereits berücksichtigt worden seien, soweit sie bekannt seien (act. 13/2 S. 42). Obwohl die Eingabe der Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich bezüglich der ausbezahlten Insolvenzenschädigung bereits am 10. Januar 2014 (vgl. act. 13/8/2) und die Eingabe des Amtes für Wirtschaft und Arbeit des Kantons St. Gallen betreffend die ausbezahlte Arbeitslosenentschädigung bereits am 11. Juni 2014 (vgl. act. 13/9) vollständig vorlagen, kann der die Mitgläubigerin D._____ betreffenden Kollokationsverfügung vom 15. April 2015 kein Hinweis entnommen werden, dass in ihrem Fall eine gestützt auf Art. 29 und/oder 54 AVIG erfolgte Legalzession berücksichtigt worden wäre oder dass zur Zeit die Eingaben der beiden vorgenannten Kassen bekannt seien. Vielmehr kann der Verfügung nur der generelle Hinweis entnommen werden, dass vom zur Auszahlung gelangenden Treffnis auf der Restlohnforderung die gesetzlichen Arbeitnehmerbeiträge an die Sozialversicherungen abgezogen würden, wobei der Restlohn als Bruttoforderung aus dem Arbeitsverhältnis abzüglich allfällige Insolvenz- und Arbeitslosenentschädigungen definiert wird (vgl. act. 7/2). Selbst wenn die Beschwerdeführerin – wie die Vorinstanz anführt – bei Anhebung ihrer Kollokationsklage von den durch die genannten Kasse ausbezahlten Geldern wusste und ihre Kollokationsklage unter anderem damit begründete, dass die Mitgläubigerin D._____ in diesem Umfang infolge gesetzlicher Subrogation nicht mehr kollokationsberechtigt sei (vgl. act. 10/1 S. 3), musste sie aufgrund des Fehlens eines Hinweises des Konkursamtes darauf, dass die Eingaben der beiden vorgenannten Kassen berücksichtigt worden seien bzw. die entsprechenden Forderungen von der Forderung der Mitgläubigerin D._____ abgezogen würden (vgl. dazu Gesellschaft der Notar-Stellvertreter des Kantons Zürich, Muster-Kollokationsplan: Darstellung für die Praktiker, 3. A., Zürich 2007, S. 205 Rz. 8.12.1.2.4.2), nicht davon ausgehen, dass der Anspruch der Mitgläubigerin D._____ durch das Konkursamt entsprechend reduziert werden würde. Der diesbezügliche Prozessgewinn der Be-

schwerdeführerin aus dem Kollokationsprozess darf ihr deshalb nicht aberkannt werden. Insoweit erweist sich die Beschwerde als begründet.

In teilweiser Gutheissung der Beschwerde ist damit das Konkursamt anzuweisen, in der Verteilungsliste im Konkursverfahren über die C._____ AG in Sachen D._____ die Auszahlung einer Konkursdividende auf einer Forderung in der 1. Klasse von Fr. 46'807.30 (Fr. 28'021.– + 3'270.90 + 15'515.40; vgl. act. 18 S. 19, E. 4.2.10; act. 13/8/1-2 und act. 13/9) zu verfügen. Die vorinstanzliche Dispositiv-Ziffer 1 ist entsprechend neu zu fassen.

IV.

Kosten- und Entschädigungsfolgen

Für das Verfahren vor der oberen kantonalen Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen sind keine Kosten zu erheben (Art. 20a Abs. 2 Ziff. 5 SchKG). Gemäss Art. 62 Abs. 2 GebV SchKG sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird Dispositiv-Ziffer 1 des Beschlusses des Bezirksgerichts Uster als untere kantonale Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs vom 2. November 2016 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

"1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird das Konkursamt Dübendorf angewiesen, in der Verteilungsliste im Konkursverfahren über die C._____ AG die Auszahlung einer Konkursdividende auf eine Forderung in der 1. Klasse von Fr. 11'772.20 (in Sachen E._____) sowie auf eine Forderung in der 1. Klasse von Fr. 46'807.30 (in Sachen D._____), jeweils ohne Sozialversicherungsabzüge, an die Beschwerdeführerin zu verfügen.

Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen."

2. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
3. Es werden keine Kosten erhoben.
4. Es werden keine Parteienschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und – unter Beilage der erstinstanzlichen Akten – an das Bezirksgericht Uster, je gegen Empfangsschein.
6. 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:

MLaw N. Seebacher

versandt am:
27. Juni 2017