

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer als obere kantonale Aufsichtsbehörde  
über Schuldbetreibung und Konkurs



---

Geschäfts-Nr.: PS170149-O/U

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

## Urteil vom 27. Juli 2017

in Sachen

**A.**\_\_\_\_\_,  
Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X.\_\_\_\_\_,

sowie

**B.**\_\_\_\_\_,  
Verfahrensbeteiligte,

betreffend **fehlende Unterlagen**  
(Beschwerde über das Konkursamt Uster)

Beschwerde gegen einen Beschluss des Bezirksgerichtes Uster vom 13. Juli  
2017 (CB170022)

## **Erwägungen:**

### **I.**

#### Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. Über den Beschwerdeführer wurde der Konkurs eröffnet, wobei das Konkursamt Uster mit der Durchführung des Konkursverfahrens betraut ist. Mit Schreiben vom 3. Juli 2017 wandte sich das Konkursamt an den Beschwerdeführer und teilte diesem mit, dass die verlängerte Frist für die Einreichung von diversen Unterlagen am 1. Juli 2017 abgelaufen sei. Gemäss einer von Beschwerdeführer eingereichten ärztlichen Bescheinigung sei belegt, dass er lediglich nicht selber schwere Lasten anheben dürfe, weshalb es ihm durchaus möglich sei, Akten zu studieren, Stellungnahmen zu verfassen sowie einen Vertreter für den Aktentransport zu beauftragen. Deshalb – so das Konkursamt weiter – setze man dem Beschwerdeführer eine letzte Frist bis 14. Juli 2017, um die noch fehlenden Angaben/Akten schriftlich beizubringen. Dabei listete das Konkursamt nachfolgende noch beizubringende Angaben/Unterlagen auf und hielt weiter fest, dass diese Aufforderung erneut als amtliche Verfügung im Sinne von Art. 292 StGB unter Androhung von Haft oder Busse für den Fall, dass er dieser Verfügung keine Folge leiste, ergehe (act. 3/2 S. 1 f.):

- a) Schriftliche Stellungnahme zum Verzeichnis der Forderungseingaben (Erklärung über die Anerkennung/Bestreitung der Forderungen);
- b) Aufstellung sämtlicher Einlagen/Investitionen in die einfache Gesellschaft bzgl. der Grundstücke C. \_\_\_\_\_ seit dem Kauf;
- c) Gesellschaftervertrag bzgl. Häuser: Ergänzungen infolge Austritte einreichen; woraus heutige Beteiligung der Ehegatten (je 1/2?) hervorgeht;
- d) Angabe sämtlicher Kontobeziehungen im Ausland; davon je Kontoauszüge seit Konkurseröffnung bis heute sowie insbesondere Angabe auf welches Konto die offenbar am 9.8.2016 erfolgte Auszahlung über Euro 500'000.– aus der Erbschaft D. \_\_\_\_\_ in Holland erfolgte;
- e) Aufstellung sämtlicher Einlagen/Investitionen in das Haus/Liegenschaft in Italien.

- f) Angabe ob Sie dem vorgeschlagenen gemeinsamen Schätzer für die Liegenschaft in C. \_\_\_\_\_ zustimmen und mit dem Vorgehen einverstanden sind;
- g) letzte Jahresabschlüsse (Bilanz/Erfolgsrechnungen) sowie Angabe über den aktuellen inneren Wert Ihrer Stammanteile von je CHF 19'000 an der E. \_\_\_\_\_ GmbH, sowie der F. \_\_\_\_\_ GmbH, beide mit Sitz in ...;
- h) Angabe ob Sie Aktien an der G. \_\_\_\_\_ AG besitzen oder treuhänderisch für Drittpersonen halten; sofern zutreffend ebenfalls die Angabe über die Höhe der Beteiligung und den aktuellen inneren Wert dieser Aktien

Weiter hielt das Konkursamt fest, dass sofern nicht alle Angaben/Unterlagen bis zum genannten Zeitpunkt eingegangen sein sollten, man ohne weitere Ankündigung eine entsprechende Strafanzeige einreichen werde. Zudem werde man bei Nichterhalt der Stellungnahme zu den Forderungseingaben bis zum 14. Juli 2017 den Kollokationsentscheid ohne Stellungnahme des Beschwerdeführers fällen, da man dann davon ausgehen müssen, dass er sich willentlich der Stellungnahme entziehe. Zudem wies das Konkursamt den Beschwerdeführer darauf hin, dass er gegen diese Verfügung Beschwerde im Sinne von Art. 17 SchKG erheben könne (act. 3/2 S. 2 f.).

2. Mit Eingabe vom 12. Juli 2017 (Datum Poststempel) erhob der Beschwerdeführer beim Bezirksgericht Uster als untere kantonale Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs Beschwerde gegen diese Verfügung und stellte die folgenden Anträge (act. 1 S. 2):

- " 1. Es seien die lit. a-e sowie g und h der Verfügung vom 3. Juli 2017 aufzuheben;
- 2. es sei davon Vormerk zu nehmen, dass lit. f der Verfügung vom 3. Juli 2017 erfüllt ist.
- 3. es sei die Beschwerdegegnerin anzuweisen, eine dem Gesetz entsprechende Frist nach rechtskräftiger Beendigung des Beschwerdeverfahrens anzusetzen."

Zudem beantragte der Beschwerdeführer in prozessualer Hinsicht die Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 1 S. 2). Mit Beschluss vom 13. Juli 2017 trat die Vorinstanz auf die Beschwerde des Beschwerdeführers nicht ein und schrieb das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ab (act. 7 [= act. 4

= act. 9)). Dieser Entscheid wurde dem Beschwerdeführer gleichentags vorab per Fax zugestellt (act. 9).

3. Mit am 14. Juli 2017 überbrachter Eingabe erhob der Beschwerdeführer bei der Kammer als obere kantonale Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs rechtzeitig Beschwerde gegen den Entscheid der Vorinstanz und stellte dabei folgende Anträge (act. 8 S. 2):

"Es sei der Beschluss des Bezirksgerichts Uster als untere kantonale Aufsichtsbehörde vom 13. Juli 2017 aufzuheben;

es sei die Sache an das Bezirksgericht Uster als untere kantonale Aufsichtsbehörde zurückzuweisen und dieses anzuweisen, über die Anträge des Beschwerdeführers zu entscheiden."

Am 14. Juli 2017 wies die Kammer den vom Beschwerdeführer mit Beschwerdeerhebung gestellten Antrag um Gewährung der aufschiebenden Wirkung ab (act. 12).

3.1 Die Vorinstanz hat B.\_\_\_\_\_, welche nach Darstellung des Beschwerdeführers eine unter mehreren Konkursgläubigern ist (vgl. act. 1 S. 4; act. 8 S. 6 f.), als Beschwerdegegnerin ins Rubrum aufgenommen. Gläubiger sind jedoch als weitere Verfahrensbeteiligte in einem SchK-Beschwerdeverfahren keine Parteien im zivilprozessualen, sondern nur im übertragenen Sinn. Wesentlich ist die Wahrung ihres rechtlichen Gehörs, wobei es im Einzelfall zweckmässig ist, sie im Rubrum anzuführen (vgl. dazu BSK SchKG I-COMETTA/MÖCKLI, 2. A., 2010, Art. 17 N 48). Da B.\_\_\_\_\_ im vorliegenden Verfahren somit keine Parteistellung im eigentlichen Sinn zukommt, ist von ihr auch keine Beschwerdeantwort einzuholen (Art. 20a Abs. 3 SchKG i.V.m. § 18 EG SchKG i.V.m. § 84 GOG i.V.m. Art. 322 ZPO). Dies gilt umso mehr, als sie – ebenso wie die übrigen, von der Vorinstanz nicht ins Rubrum aufgenommenen Konkursgläubiger – durch das vorliegende Verfahren, welches lediglich verfahrenstechnische Aspekte des Konkursverfahrens betrifft, in ihrer Rechtsstellung nicht berührt wird.

3.2 Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1-5). 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). Die Sache ist

spruchreif. Auf die Vorbringen des Beschwerdeführers ist – soweit entscheidrelevant – im Rahmen der folgenden Erwägungen einzugehen.

## II.

### Zur Beschwerde im Einzelnen

1. Für das Beschwerdeverfahren nach Art. 18 SchKG sind die Regelungen von Art. 319 ff. ZPO anwendbar (Art. 20a Abs. 3 SchKG i.V.m. § 18 EG SchKG i.V.m. § 84 GOG). Mit der Beschwerde können (a) die unrichtige Rechtsanwendung und (b) die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Die Beschwerde ist schriftlich und begründet einzureichen (Art. 321 ZPO), was bedeutet, dass konkrete Rechtsbegehren zu stellen sind und in der Begründung darzulegen ist, welche Beschwerdegründe nach Art. 320 ZPO geltend gemacht werden und an welchen konkreten Mängeln der angefochtene Entscheid leidet. Die Beschwerde wirkt grundsätzlich kassatorisch: Soweit die Rechtsmittelinstanz die Beschwerde gutheisst, hebt sie den angefochtenen Entscheid auf und weist die Sache an die Vorinstanz zurück. Die Beschwerde kann jedoch auch reformatorisch wirken: Ist die Sache spruchreif, kann die Beschwerdeinstanz einen Sachentscheid treffen (Art. 327 Abs. 3 ZPO; KuKo ZPO-BRUNNER, 2. A., Basel 2014, Art. 327 N 5 ff.). Kommt nur ein kassatorischer Entscheid in Frage, mag ein Antrag auf Aufhebung des angefochtenen Entscheides und Rückweisung der Sache an die Vorinstanz genügen. Kann die Sache jedoch bei Spruchreife von der Rechtsmittelinstanz entschieden werden, ist ein Antrag in der Sache erforderlich (VO HUNGERBÜHLER/MANUEL BUCHER, DIKE-Komm-ZPO, 2. A., Zürich/St. Gallen 2016, Art. 321 N 19; BRUNNER, a.a.O., Art. 327 N 5).

2.1 Die Vorinstanz ist auf die Beschwerde des Beschwerdeführers nicht eingetreten und hat zur Begründung ausgeführt, dem als Verfügung bezeichneten Schreiben des Konkursamtes vom 3. Juli 2017 komme kein Verfügungscharakter zu. Eine Verfügung im Sinne von Art. 17 SchKG sei jede auf den Fortgang des Vollstreckungsverfahrens gerichtete amtliche Handlung eines Betreibungs- oder Konkursorgans sowie ihrer Hilfspersonen; potentiell anfechtbare Handlungen würden immer dann vorliegen, wenn sie den Gläubiger oder die Gläubigerge-

meinschaft einen Schritt näher zu ihrem Ziel brächten, nämlich die Verwertung von schuldnerischen Vermögenswerten (act. 7 S. 2, E. 2.1). Das fragliche Schreiben des Konkursamtes diene jedoch einzig dazu, dem Beschwerdeführer das rechtliche Gehör zu den Forderungseingaben der Gläubiger zu gewähren bzw. ihm zu ermöglichen, (noch) fehlende Unterlagen beizubringen. Entsprechend halte das Konkursamt in seinem als Verfügung bezeichneten Schreiben auch fest, dass es "bei Nichterhalt der Stellungnahme (...) den Kollokationsentscheid ohne (...) Stellungnahme" fälle. Komme mithin der Beschwerdeführer der Aufforderung des Konkursamtes nicht nach, erleide er insofern einen Nachteil, als dass er sich nicht äussern könne und sich dann insoweit gegen den Entscheid des Konkursamtes im Hinblick auf einen Kollokationsplan wehren müsse. Dass hingegen das Vorgehen des Konkursamtes die Gläubiger oder die Gläubigergemeinschaft einen Schritt näher zu ihrem Ziel bringe, nämlich die Verwertung von schuldnerischen Vermögenswerten, sei zur Zeit nicht ersichtlich. Damit fehle es bereits an einer potentiell anfechtbaren Handlung, weshalb auf die Beschwerde nicht einzutreten sei. Daran ändere auch nichts, dass das Konkursamt als Rechtmittelteilbelehrung die Beschwerde nach Art. 17 SchKG angegeben habe. Wie es sich mit der Androhung nach Art. 292 StGB verhalte, könne ausgangsgemäss ebenfalls offen bleiben. Wie angeführt, erleide der Beschwerdeführer bereits einen Nachteil mit Blick auf die Erstellung des Kollokationsplans, soweit er sich nicht aufforderungsgemäss beteilige. Ob er darüber hinaus auch noch strafrechtlich belangt werden könne, müsse nicht beantwortet werden (act. 7 S. 3 f., E. 2.3).

2.2 Der Beschwerdeführer rügt, die Vorinstanz sei zu Unrecht davon ausgegangen, das Schreiben des Konkursamtes stelle keine anfechtbare Verfügung dar. So könne er zwar – sofern das Konkursamt androhungsgemäss ohne seine Stellungnahme über die Kollokation entscheide – dagegen tatsächlich gesondert Beschwerde erheben. Doch habe das Konkursamt ihn in seinem Schreiben unter Androhung einer Bestrafung nach Art. 292 StGB im Unterlassungsfall zur Lieferung diverser Angaben und Unterlagen verpflichtet. Diese Angaben wolle das Konkursamt, damit es den Kollokationsplan und das Inventar erstellen könne. Es könne demnach nicht die Rede davon sein, das Schreiben diene nur zur Gewährung des rechtlichen Gehörs. Das Schreiben diene zur Prüfung, Dokumentation

und allfälligen Aufnahme von Ansprüchen ins Inventar und solle damit das Verfahren voranbringen. Es sei daher eindeutig, dass eine anfechtbare Verfügung vorliege. Andernfalls hätte das Konkursamt seine Anweisung wohl kaum mit der Androhung einer Strafe nach Art. 292 StGB verbunden. Sodann übergehe der angefochtene Entscheid einfach, dass neben der darin erwähnten Aufforderung zur Stellungnahme auch Verpflichtungen des Beschwerdeführers festgelegt würden, denen er nachzukommen habe, wolle er sich nicht strafbar machen (act. 8 S. 4 f., Rz. 4).

2.3 Zuzustimmen ist der Vorinstanz insoweit, als jede auf den Fortgang des Vollstreckungsverfahrens gerichtete Handlung der Konkursverwaltung eine Verfügung im Sinne von Art. 17 SchKG darstellt, womit potentiell anfechtbare Handlungen immer dann vorliegen, wenn die Gläubiger damit dem Ziel der Verwertung von schuldnerischen Vermögenswerten einen Schritt näher kommen (vorstehend Ziff. II.2.1; vgl. statt vieler etwa KuKo SchKG-DIETH/WOHL, 2. A., Basel 2014, Art. 17 N 3). Abzugrenzen sind solche Handlungen der Konkursverwaltung von reinen Meinungsäusserungen, (schriftlichen) Absichtserklärungen oder rechtsgeschäftlichen Handlungen der Vollstreckungsorgane ohne Verwertungscharakter (vgl. DIETH/WOHL, a.a.O., Art. 17 N 3), welchen kein Verfügungscharakter im Sinne von Art. 17 SchKG zukommt. Die Fristansetzung an den Schuldner zur Einreichung von Unterlagen bzw. Erstattung von Angaben unter der Androhung, das Verfahren werde im Säumnisfall ohne die entsprechenden Unterlagen bzw. Angaben des Schuldners fortgesetzt, dient entgegen der Vorinstanz klarerweise dem Fortgang des Vollstreckungsverfahrens, kann dieses doch nach Fristablauf androhungsgemäss auch ohne die entsprechende Handlung des Schuldners fortgesetzt werden. Ob – wie die Vorinstanz festhält – die Fristansetzung in erster Linie der Wahrung des rechtlichen Gehörs des Beschwerdeführers diene, spielt dabei keine Rolle, stellt doch auch die Gehörgewährung an die Verfahrensbeteiligten, welche jedem Entscheid einer Behörde zwingend vorausgehen muss, eine auf den Fortgang des Verfahrens gerichtete Handlung dar. Bereits aus diesem Grund erweist sich die Beschwerde des Beschwerdeführers gegen den Nichteintretensentscheid der Vorinstanz als begründet. Weiterungen, insbesondere dazu, dass dem Beschwerdeführer vom Konkursamt für den Säumnisfall zusätzlich Art. 292

StGB und damit ein direkter Nachteil angedroht wurde, erübrigen sich deshalb an dieser Stelle.

3.1 Wie bereits (vorstehend Ziff. II.1) ausgeführt, kann die Beschwerde *kassatorisch* oder *reformatorisch* wirken: Soweit die Rechtsmittelinstanz die Beschwerde gutheisst, hebt sie den angefochtenen Entscheid auf und weist die Sache an die Vorinstanz zurück oder entscheidet sie neu, wenn die Sache spruchreif ist. Mit Blick auf die Möglichkeit eines reformatorischen Entscheides hat der Beschwerdeführer regelmässig einen Antrag in der Sache zu stellen, der bei Gutheissung der Beschwerde zum Entscheid erhoben werden kann (vgl. etwa GASSER/RICKLI, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. A., Zürich/St. Gallen 2014, Art. 327 N 3). Ein solcher Antrag fehlt im vorliegenden Verfahren. Der Beschwerdeführer verlangt einzig die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz (vgl. act. 8 S. 2).

3.2 Ein Antrag in der Sache erübrigt sich jedoch ausnahmsweise dann, wenn ein oberinstanzlicher Entscheid in der Sache nicht angebracht ist, wenn sich also bei Gutheissung der Beschwerde ein kassatorischer Entscheid aufdrängt (vgl. HUNGERBÜHLER/BUCHER, DIKE-Komm-ZPO, 2. A., Zürich/St. Gallen 2016, Art. 321 N 19; BK ZPO-STERCHI, Art. 321 N 15 f.; ZK ZPO-FREIBURGHAUS/AFHELDT, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 327 N 11; ferner etwa OGer ZH, PF110013 vom 21. Juni 2011, E. II/1; OGer ZH, LF170010 vom 10. April 2017, E. II.3-4). Dies ist namentlich dann der Fall, wenn die Sache nicht spruchreif ist. Gemäss STERCHI liegt Spruchreife im Sinne von Art. 327 Abs. 3 lit. b ZPO namentlich dann nicht vor, wenn die Rechtsmittelinstanz auch als Berufungsinstanz nicht selbst entscheiden könnte (STERCHI, a.a.O., Art. 327 N 8a), sei dies, weil ein wesentlicher Teil der Klage nicht beurteilt worden (Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 1 ZPO) oder der Sachverhalt in wesentlichen Teilen zu vervollständigen ist (Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 2 ZPO). Vorliegend bemängelt der Beschwerdeführer – wie gesehen – zu Recht, die Vorinstanz habe die Beurteilung seiner Beschwerde unrichtigerweise verweigert (act. 8 S. 3 ff.). Mithin wurde die Beschwerde des Beschwerdeführers inhaltlich noch gar nicht beurteilt, weshalb die Kammer als Beschwerdeinstanz in der Sache nicht "*neu*" (vgl. Art. 327 Abs. 3 lit. b ZPO), sondern erstmals entscheiden würde. Aus diesem Grund ist die Rückweisung des Verfahrens angezeigt.



### III.

#### 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. Der Entscheid des Bezirksgerichts Uster als untere kantonale Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs vom 13. Juli 2017 (Geschäfts-Nr. CB170022-I) wird aufgehoben und die Sache zur allfälligen Ergänzung des Verfahrens sowie zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an den Beschwerdeführer, an B.\_\_\_\_\_, sowie – unter Beilage der vorinstanzlichen Akten – an das Bezirksgericht Uster und an das Konkursamt Uster, je gegen Empfangsschein.
5. 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 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:  
28. Juli 2017