

# ZH\_OBERGERICHT LF120002 vom 31. Januar 2012

ZH Obergericht, 2012-01-31, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LF120002](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LF120002)

FR: ZH\_OBERGERICHT LF120002 du 31 janvier 2012

IT: ZH\_OBERGERICHT LF120002 del 31 gennaio 2012

## Erwägungen

### E. 1

Sachverhalt und Prozessgeschichte

#### E. 1.1

Mit Eingabe vom 15. November 2011, gleichentags zur Post gegeben, reichte der Gesuchsteller und Berufungskläger (nachfolgend Berufungskläger) bei der Vorinstanz folgendes Rechtsbegehren ein (act. 1 S. 3): "1. Es sei dem Konkursamt B.\_\_\_\_\_ (Gesuchsgegner) vor dem 22. November 2011 unter Androhung der Ungehorsamsstrafe gemäss Art. 292 StGB für den Fall der Zuwiderhandlung zu verbieten, die hier angefochtene Steigerungsverfügung vom tt. November 2011 (Besichtigung der Steigerungsobjekte am 22. November 2011 sowie Zwangsversteigerung der Liegenschaften "C.\_\_\_\_\_strasse ... und ...", in Z.\_\_\_\_\_ am tt. Dezember 2011) zu vollziehen.

#### E. 1.2

Es sei den Berufungsbeklagten das gesamte von ihnen admasierte Eigentum des Berufungsklägers im Sinne von Art. 926 Abs. 2 ZGB sofort wieder abzunehmen und lastenfremd (inkl. die zu unrecht beschlagnahmten Hypotheken) zurück zu geben.

#### E. 1.3

Alles unter Kosten-, Entschädigungs- und Genugtuungsfolgen (inkl. 8% MWST), zuzüglich aller weiteren anfallenden Kosten zu lasten der Berufungsbeklagten bzw. der Staatskasse.

#### E. 1.4

Mit Eingabe vom 9. Januar 2012 reichte der Berufungskläger rechtzeitig Berufung gegen die vorinstanzliche Verfügung vom 21. Dezember 2011 ein mit den folgenden Anträgen (act. 20 und act. 17/1): "1.1. Die hier angefochtene Verfügung des Vizepräsidenten, Dr. W. Egger, des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Meilen, vom 21. Dezember 2011, betreffend Besitzschutz im Sinne von Art. 926 ff. ZGB (Geschäfts Nr. ER110041-G/U/Eg-Bo/jl) sei sofort kosten-, ersatz- und genugtuungspflichtig zu lasten der Staatskasse bzw. zugunsten des obsiegenden Berufungsklägers aufzuheben und antragsgemäss umgehend zu vollziehen.

#### E. 1.5

Auf die Einholung einer Beschwerdeantwort kann verzichtet werden, da sich die Beschwerde als offensichtlich unbegründet erweist (vgl. Art. 322 Abs. 1 ZPO). Das Verfahren ist somit spruchreif.

- 4 - 2. Rechtliches

### E. 2

Dem Gesuchsgegner sei kosten- und schadenersatzpflichtig zu befehlen, die am tt. November 2011 erfolgten öffentlichen amtlichen Anzeigen in den gleichen Medien im Sinne von Art. 22 SchKG zu widerrufen.

### **E. 2.1**

Bei der Berufungsinstanz verlangt der Berufungskläger die Aufhebung der Verfügung der Vorinstanz vom 21. Dezember 2011 (Antrag Nr. 1.1). Mit vorinstanzlichem Rechtsbegehren / Gesuch hatte der Berufungskläger ein Verbot von Vollstreckungshandlungen des Konkursamts bzw. den Widerruf von Publikationen durch das Konkursamt im Rahmen einer Besitzschutzklage verlangt. An einem Verbot der Zwangsversteigerung sowie an einem Widerruf der Publikationen besteht nun aber kein Rechtsschutzinteresse mehr, da die Zwangsvollstreckung mittlerweile vollzogen wurde. Diesbezüglich ist auf den Antrag auf Aufhebung der vorinstanzlichen Verfügung (Antrag Nr. 1.1) nicht einzutreten.

### **E. 2.2**

Der Berufungskläger macht ausserdem geltend, die Staatskasse sei kosten-, ersatz- und genugtuungspflichtig für das vorinstanzliche Verfahren (Antrag Nr. 1.1).

#### **E. 2.2.1**

Auf die Anträge auf eine Genugtuung respektive auf eine Entschädigung, welche über das hinausgeht, was im Rahmen der ZPO in Verbindung mit der AnwGebV zugesprochen werden kann, ist mangels sachlicher Zuständigkeit nicht einzutreten. Diesbezüglich richtet sich die Zuständigkeit nach dem Haftungsgesetz des Kantons Zürich vom 14. September 1969.

#### **E. 2.2.2**

Soweit der Berufungskläger die Kosten- und Entschädigungsfolge in der vorinstanzlichen Verfügung anfechtet (Antrag Nr. 1.1), ist auf den Antrag einzutreten. Dem Berufungskläger wurde von der Vorinstanz eine Entscheidegebühr von Fr. 15'000.– auferlegt (Dispositiv-Ziffern 2 und 3). Parteientschädigungen wurden keine zugesprochen (Dispositiv-Ziffer 4). Für die Überprüfung der vorinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolge ist die Richtigkeit der angefochtenen Verfügung zu überprüfen. Die Vorinstanz trat auf das Gesuch nicht ein, weil der verlangte Kostenvorschuss nicht geleistet wurde, und hielt ausserdem fest, dass die sachliche Zuständigkeit nicht gegeben sei.

#### **E. 2.2.3**

Mit Verfügung vom 5. Dezember 2011 setzte die Vorinstanz dem Berufungskläger eine Frist von 7 Tagen an, um einen Kostenvorschuss von Fr. 30'000.– zu leisten, ansonsten auf das Gesuch nicht eingetreten werde

- 5 - (act. 13). Innert der ihm angesetzten Frist leistete der Berufungskläger keinen Kostenvorschuss, reichte aber eine Stellungnahme ein, in welcher er erklärte, widerrechtliche Verfügungen des Konkursamtes seien kostenlos aufzuheben (act. 15). Die Vorinstanz fällte am 21. Dezember 2011 einen Nichteintretensentscheid, ohne dem Berufungskläger eine Nachfrist gemäss Art. 101 Abs. 3 ZPO angesetzt zu haben. Die Vorinstanz begründete den Nichteintretensentscheid (unter anderem) damit, dass der Berufungskläger innert Frist weder die Verfügung vom 5. Dezember 2011 angefochten noch den Kostenvorschuss geleistet habe. Deshalb sei androhungsgemäss auf sein Gesuch

nicht einzutreten (act. 16 S. 3). Dass die Vorinstanz einen Kostenvorschuss verlangte, war rechtens. Das vom Berufungskläger angestrebte Verfahren des Rechtsschutzes in klaren Fällen richtete sich nach der ZPO, womit auch Art. 98 ZPO (Kostenvorschuss) zur Anwendung gelangte. Zu beachten war aber auch Art. 101 Abs. 3 ZPO. Diese Bestimmung besagt, dass das Gericht auf die Klage oder das Gesuch nicht eintritt, wenn der Kostenvorschuss auch nicht innert einer Nachfrist geleistet wird. Eine Nachfrist gemäss Art. 101 Abs. 3 ZPO ist zwingend zu gewähren (vgl. ZK ZPO-Suter/von Holzen, Art. 101 N. 9 sowie Adrian Urwyler, DIKE-Komm-ZPO, Art. 101 N. 5). Dies gilt wohl auch bei einer antizipierten Leistungsverweigerung. Im vorliegenden Fall kann allerdings nicht von einer antizipierten Leistungsverweigerung ausgegangen werden. Der Berufungskläger äusserte lediglich seine Ansicht, dass das Verfahren kostenlos sein müsse und dass deshalb kein Kostenvorschuss seitens des Gesuchstellers geschuldet sei. Aus dieser Äusserung kann nicht geschlossen werden, dass er den Kostenvorschuss auch innert einer ihm angesetzten Nachfrist nicht geleistet hätte. Ein Nichteintretensentscheid wegen fehlender Leistung des Kostenvorschusses durfte somit – trotz Androhung der Säumnisfolgen mit der ersten Fristansetzung (vgl. act. 13) – vor Ansetzung einer Nachfrist und deren ungenutzten Ablaufs von der Vorinstanz nicht gefällt werden. Die Sache müsste an die Vorinstanz zur Ansetzung einer Nachfrist zurückgewiesen werden, wenn eine solche Rückweisung nicht bereits an der inzwischen eingetretenen Gegenstandslosigkeit wegen der Versteigerung des Streitobjekts (und allenfalls – was noch zu prüfen sein wird – an einer fehlenden sachlichen Zuständigkeit der Vorinstanz) scheitern würde.

- 6 -

#### **E. 2.2.4**

Der Berufungskläger verlangte im vorinstanzlichen Verfahren zum einen ein Verbot der Zwangsversteigerung (Antrag Nr. 1) und zum anderen den Widerruf der am 11. November 2011 erfolgten öffentlichen Anzeigen des Konkursamtes B.\_\_\_\_\_ im Sinne von Art. 22 SchKG (Antrag Nr. 2). Der Berufungskläger berief sich dabei auf den Besitzerschutz gemäss Art. 926 ff. ZGB. Bei der fraglichen Zwangsversteigerung handelte es sich um eine konkursamtliche Grundstücksteigerung. Dies ergibt sich aus der Publikation (vgl. act. 3/2). Der Berufungskläger machte geltend, der Konkurs über ihn sei vom Konkursrichter des Bezirksgerichts Meilen mit Verfügung vom 27. Juni 2001 als geschlossen erklärt worden. Abtretungen von Forderungen (paulianische Anfechtungsklagen) aus dem vorgenannten Konkurs von den Abtretungsgläubigern hätten auf dem Zivilweg erfolgen müssen und allfällige Ansprüche aus diesen Verfahren hätten auf dem ordentlichen Betreuungsweg – und nicht durch Weiterführung eines im Jahre 2001 geschlossenen Konkurses – durchgesetzt werden müssen. Da die vom Konkursamt B.\_\_\_\_\_ erfolgten Amtshandlungen trotz geschlossenem Konkurs über den Gesuchsteller widerrechtlich und amtspflichtwidrig erfolgt seien und noch immer erfolgten, seien sie gemäss Art. 22 SchKG absolut nichtig (act. 12). Eine Besitzesstörung durch eine bestimmte Person kann bei klaren Verhältnissen über den "Rechtsschutz in klaren Fällen" (Art. 257 ZPO) geklärt werden (vgl. ZK ZPO-Göksu, Art. 258 N. 20). Der Berufungskläger klagte gegen das Konkursamt B.\_\_\_\_\_. Besitzesstörungen können grundsätzlich auch vom Staat und seinen Beamten und Angestellten veranlasst werden. Die Besitzeschutzklage steht aber nur dann zur Verfügung, wenn die Störungen bei zweckentsprechender Verfolgung der gesetzten Ziele vermeidbar waren. Soweit die Besitzesstörungen mit der Erfüllung der öffentlich-rechtlichen Aufgaben unvermeidbar verbunden sind, ist die

Besitzesstörungsklage ausgeschlossen, da die Eigenmacht nicht verboten ist (vgl. BSK ZGB II–Stark/Ernst, 3. Aufl. 2007, Art. 928 N. 8, vor Art. 926– 929 N 20 und BK ZGB IV/3/1–Stark, 3. Aufl. 2001, Art. 928 N. 16). Um beurteilen zu können, ob die Eigenmacht verboten war oder nicht, sind aus dem Verfahren der paulianischen Anfechtung mit der Prozessnummer LB070012 Kopien der Ent- scheidung sämtlicher Instanzen zur Sache beizuziehen (act. 21/1-5). Wie sich aus

- 7 - diesen Entscheiden ergibt, wurde das Konkursamt B.\_\_\_\_\_ im Zusammenhang mit der vom Berufungskläger genannten paulianischen Anfechtung vom Bezirks- gericht Meilen mit Urteil vom 15. Dezember 2006 (nach Schluss des Konkursver- fahrens) angewiesen, die Liegenschaften C.\_\_\_\_\_strasse ... und ..., Z.\_\_\_\_\_, zu verwerten (act. 21/1 S. 60). Dieser Entscheid wurde angefochten und gelangte bis ans Bundesgericht; er wurde jedoch in sämtlichen Instanzen bestätigt (vgl. act. 21/2 S. 55 f., act. 21/3 S. 7 bzw. act. 21/4 S. 24 f. und act. 21/5 S. 9). Das Konkursamt vollzog das Urteil aus der paulianischen Anfechtung, handelte somit in Erfüllung seiner öffentlich-rechtlichen Aufgaben und auf Anweisung einer rich- terlichen Instanz. Eine Besitzeschutzklage gegen die im Zusammenhang mit der angeordneten Zwangsvollstreckung stehenden Handlungen des Konkursamts stand bzw. steht nicht (auch noch) zur Verfügung. Damit ist die sachliche Zustän- digkeit der Vorinstanz zu verneinen, und es kann festgehalten werden, dass der Nichteintretensentscheid der Vorinstanz zu Recht erfolgte. Der Antrag auf Aufhe- bung der vorinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolge ist abzuweisen.

### **E. 2.3**

In seinem Antrag Nr. 1.2 verlangt der Berufungskläger neu sinngemäss eine Restituierung seines Besitzes. Auch wenn der Berufungskläger seine Besitzes- schutzklage auf eine neue rechtliche Grundlage stützt – die rechtliche Grundlage für eine Besitzeschutzklage verändert sich, wenn keine Besitzesstörung mehr droht, sondern der Besitz bereits entzogen wurde –, verändert sich die Tatsache, dass Besitzeschutzklagen gegen den Staat ausgeschlossen sind, wenn Besit- zesstörungen mit der Erfüllung der öffentlich-rechtlichen Aufgaben unvermeidbar verbunden sind (vgl. oben Ziff. 2.2.4), nicht. Ausserdem macht der Berufungsklä- ger keine Gründe geltend, weshalb trotz Wegfalls des Streitgegenstandes trotz- dem in der Sache entschieden werden sollte; solche Gründe sind auch nicht er- sichtlich. Unzulässig ist zudem die Aufnahme neuer Beklagter im Berufungsver- fahren, sofern nicht die Voraussetzungen für einen Parteiwechsel erfüllt sind. Weshalb diese Voraussetzungen erfüllt sein sollten, ist weder geltend gemacht noch ersichtlich. Auf den Antrag Nr. 1.2 ist nicht einzutreten.

- 8 -

### **E. 3**

Kosten- und Entschädigungsfolgen

#### **E. 3.1**

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Berufungsverfahrens dem Beru- fungskläger aufzuerlegen. Hinsichtlich des Streitwerts ist auf die Erwägungen der Vorinstanz in der Verfügung vom 5. Dezember 2011 (act. 13) abzustellen. Es ist von einem Streitwert von Fr. 3'500'000.– auszugehen. Dabei handelt es sich um den konkursamtlichen Schätzwert der beiden Grundstücke, welche Gegenstand des vorinstanzlichen Verfahrens bildeten und inzwischen zwangsverwertet wur- den.

### **E. 3.2**

Beim in Frage stehenden Streitwert sind die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren gemäss § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 2 Abs. 1 lit. a, § 4 Abs. 1, § 8 Abs. 1 und § 10 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 14'000.– festzusetzen.

### **E. 3.3**

Mangels Umtrieben ist dem Konkursamt B.\_\_\_\_\_ keine Prozessentschädigung zuzusprechen. Es wird beschlossen:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.