

Art. 229 Abs. 3 SchKG, Ausweisung des Schuldners aus seiner Wohnung.
Die Konkursverwaltung setzt den Räumungsanspruch ohne einen Befehl des Zivilrichters durch. Stellung des Ehegatten und der Kinder.

Der Konkursverwalter hatte verfügt, der Gemeinschuldner habe die zur Konkursmasse gehörende Wohnung zu verlassen. Als das nichts fruchtete, erwirkte er beim Einzelgericht im summarischen Verfahren einen Befehl gegen den Gemeinschuldner, dessen Ehefrau und den minderjährigen Sohn. Die Ausgewiesenen führen Berufung.

(aus den Erwägungen:)

4. Im Zusammenhang mit der zur Konkursmasse gehörenden Liegenschaften können sich in verschiedenen Konstellationen Fragen stellen: Ist der Konkursit Eigentümer und ist die Liegenschaft an Dritte vermietet, so tritt das Konkursamt in die Stellung des Konkursiten als Vermieter ein. Für die Verwertung im Zusammenhang mit dem Konkurs sieht Art. 261 Abs. 1 OR den Übergang der Mietverträge auf den Erwerber vor („Kauf bricht Miete nicht“). Während des laufenden Konkursverfahrens hat das Konkursamt die Mietzinsen einzuziehen, allfällige Ausweisungen von Mietern zu veranlassen etc. Das Konkursamt muss dabei gleich vorgehen wie dies jeder Vermieter tun muss. Die betroffenen Mieter können sich mit den üblichen Mitteln des Miet- und Prozessrechtes zur Wehr setzen. Direkte Anordnungen den Mietern gegenüber sind dem Konkursamt verwehrt. Würde es beispielsweise – statt die Ausweisung gemäss Art. 257 ZPO oder im vereinfachten Verfahren gemäss Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO beantragen – eine Verfügung erlassen und den Mietern befehlen, das Objekt zu verlassen, dann wäre dies kompetenzwidrig, da das Zwangsvollstreckungsrecht den Zwangsvollstreckungsorganen keine besonderen Befugnis gegenüber unbeteiligten Dritten verleiht. Dies zeigt sich z.B. auch daran, dass die Admassierung von Gegenständen, die das Konkursamt als zur Masse gehörig betrachtet, die jedoch im Gewahrsam von Dritten sind, nicht durch zwangsweise Wegnahme erwirkt werden kann, sondern dass es dafür, wenn die Dritten nicht freiwillig kooperieren, eines (realvollstreckbaren) richterlichen Urteils bedarf.

Ist der Konkursit Mieter, so kann das Konkursamt ebenfalls nicht mit Amtsgewalt eingreifen, sondern hat sich für allfällige Vorkehren an die Vorschriften des Obligationenrechts (Art. 266 h OR; Art. 271a Abs. 3 lit. f; Art. 272 Abs. 1 lit. c OR) zu halten (vgl. Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. Auflage, Zürich 1997/99, N. 9 zu Art. 229). Allfällige Streitigkeiten mit der Vermieterschaft sind zivilgerichtlich zu regeln.

Anders gelagert ist der vorliegende Fall, in dem sowohl die betroffene Person – der Konkursit – als auch das betroffene Objekt – die unter Konkursbeschlagnahme stehende Liegenschaft – unter die Amtsbefugnis des Konkursamtes fallen und das Mietrecht zum vorneherein nicht anwendbar ist. Hier kommen ausschliesslich die Bestimmungen des Konkursrechts zur Anwendung und das Konkursamt ist nicht nur zum Erlass, sondern auch zur Durchsetzung seiner Anordnungen berechtigt und verpflichtet (vgl. CR LP-Vouilloz, N. 6 zu Art. 229; BISchK 16/1952 S. 180 ff.). Dem Konkursamt kommt gemäss Art. 229 Abs. 3 SchKG die Befugnis zu, über den Verbleib des Konkursiten in seinem Haus und die dafür zu entrichtende Entschädigung zu entscheiden. Entsprechend ist es auch befugt, das Ende des Verbleibs zu bestimmen. Eine richterliche Entscheidung ist nicht erforderlich und das Konkursamt kann seine Anordnung auch selber vollstrecken bzw. die Polizei beauftragen, wenn die Anwendung von Zwang erforderlich ist.

Gelegentlich wird in Lehre und Rechtsprechung auf den Kommentar von Jaeger/Walder/Kull/Kottmann zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. Auflage, Zürich 1997/99 (N. 9 zu Art. 229 SchKG) verwiesen, wo ausgeführt wird: „Wenn er (der Konkursit) der Verfügung der Konkursverwaltung nicht nachlebt, so hat sie zur Exekution auf dem gleichen zivilprozessualen Weg gegen ihn vorzugehen wie ein Hauseigentümer gegen einen renitenten Mieter, nämlich mittels Ausweisungsbefehls, der vom dafür zuständigen Beamten zu vollziehen ist“. Dazu, dass dies nicht zutrifft, wird im Entscheid BISchK 16/1952 S. 181 überzeugend ausgeführt: „Damit, dass eine Verfügung im Sinne des Art. 229 Abs. 3 SchKG vollstreckt werden kann, ist nicht vorerst die Feststellung des Zivilrichters, dass sie rechtmässig erfolgt ist, nötig. Der Gemeinschuldner hat die

Möglichkeit, die Verfügung der Konkursverwaltung mit den Rechtsmitteln des SchKG anzufechten, die ihm genügend Rechtsschutz bieten (Beschwerdemöglichkeit an die ... untere Aufsichtsbehörde in SchKG-Sachen, an das Obergericht ... und letzten Endes an das Bundesgericht). Abgesehen von der grundsätzlichen Frage wäre es eine Doppelspurigkeit, wenn ... nach Ausnützung dieser Beschwerdemöglichkeiten der Gerichtspräsident nochmals als Befehlsrichter über die Rechtmässigkeit der Verfügung der Konkursverwaltung befinden müsste“.

Ausnahmsweise wird angenommen, die beiden Möglichkeiten (direkte Vollsteckung oder Vollstreckung auf Grund eines richterlichen Entscheides mit zivilprozessualen Mitteln) stünden wahlweise nebeneinander (CR LP-Vouilloz, N.10 zu Art. 229). Diese Ansicht dürfte allerdings auf einem Missverständnis beruhen, beruft sich Vouilloz (a.a.O.) doch zum einen auf die zuvor genannte Kommentarstelle von Jaeger/Walder/Kull/Kottmann (N. 9 zu Art. 229 SchKG) und zum anderen auf den zitierten Aargauer Entscheid in BISchK 16/1952 S. 181, die je für sich nur je eine Vorgehensweise – nicht aber eine Wahlmöglichkeit - postulieren. Für das zivilprozessuale Vorgehen fehlt jedenfalls das Rechtsschutzinteresse, weil mit dem Ausweisungsprozess höchstens nochmals das erreicht werden könnte, was bereits auf Grund der konkursamtlichen Anordnung möglich und zulässig ist.

Leistet der Konkursit Widerstand, so kann das Konkursamt seine Anordnungen notfalls mit Hilfe der Polizei durchsetzen, ohne dass es dafür eines richterlichen Entscheides bedürfte. Vollstreckungstitel ist seine eigene Verfügung, welche gesetzlich auch zur Durchführung der Vollstreckung ermächtigt. Es ist unbestritten und wird von den Berufungsklägern auch anerkannt, dass das Konkursamt eine rechtskräftige Anordnung über die Dauer des Aufenthaltes in der Liegenschaft Föhrenstrasse 23 in Erlenbach erlassen hat (act. 12 S. 5: „Das Ausweisungsbegehren der gesuchstellenden Partei stützt sich auf die rechtskräftige Verfügung des Konkursamtes Küsnacht vom 7. Juli 2010, nach welchem der Gesuchsgegner 1 und die Gesuchsgegnerin 2 gestützt auf Art. 229 Abs. 3 SchKG aufgefordert wurden, die Liegenschaft zu verlassen“). Dass ein

Auszugstermin, wenn Rechtsstreitigkeiten den ursprünglich angesetzten Termin überdauern, neu angesetzt werden muss, ändert daran nichts.

Fraglich kann damit höchstens noch sein, wie es mit den Familienmitgliedern des Konkursiten steht, die der Amtsgewalt des Konkursamtes nicht unmittelbar unterworfen sind. Was den Ehegatten anbelangt, kann er seine Verfahrensrechte auf die Bestimmung über die Familienwohnung stützen (Art. 169 ZGB; Art. 273a OR analog). Wäre die Familienwohnung gemietet, stünden der Berufungsklägerin 2 die Schutzbestimmungen und die Abwehrmöglichkeiten des Mietrechts zur Verfügung. Von besonderer Bedeutung ist dabei, dass ein Ehegatte Rechtsschutz bezüglich der Familienwohnung in Anspruch nehmen kann, auch wenn er den Mietvertrag nicht mit unterzeichnet hat, was eine Ausnahme vom Prinzip darstellt, dass Rechte aus Vertrag nur vom Vertragsschliessenden geltend gemacht werden können. Charakteristisch ist weiter, dass der Nicht-Mieter-Ehegatte auch prozessieren kann, wenn der Mieter-Ehegatte dies nicht tut bzw. nicht tun will (vgl. Ingrid Jent-Sørensen, Die Verfahrensrechte der Ehegatten bezüglich der Familienwohnung gemäss Art. 169 ZGB, Art. 273a OR und Art. 153 nSchKG, Mitteilungen aus dem Institut für zivilgerichtliches Verfahren in Zürich, Nr. 21, Oktober 1996, S. 1 ff., insbes. S. 16 ff.).

Gehört die Liegenschaft, die als Familienwohnung dient, zur Konkursmasse, so bedeutet dies allerdings, dass dem nicht-konkursiten Ehegatte diesbezüglich die Rechtsmittel des Zwangsvollstreckungsverfahrens und damit die Beschwerde gemäss Art. 17 ff. SchKG zur Verfügung stehen, und zwar auch dann, wenn der Konkursit selber untätig bleiben bzw. verfahrensrechtlich abweichende Anträge stellen würde. Wird seitens des Ehegatten keine Beschwerde geführt bzw. nimmt er nicht am Beschwerdeverfahren des Konkursiten teil, so muss er sich die konkursamtliche Anordnung ohne weiteres entgegenhalten lassen. Die Berufungsklägerin 2 wurde denn auch im Verfahren PS110119 (Beschluss und Urteil vom 21. Februar 2011) ohne weiteres als Beschwerdeführerin (2) zugelassen. Im vorliegenden Ausweisungsverfahren scheidet die Berufung der Berufungsklägerin 2 denn auch nicht an der Legitimation, sondern daran, dass das Verfahren als solches – für den Konkursiten und seine Ehefrau, der lediglich

abgeleitete Rechte und damit die gleichen Rechtsmittel wie diesem zustehen können – unzulässig ist.

Der Berufungskläger 3 ist der nicht volljährige Sohn der Berufungskläger 1 und 2. Anders als für die Rechtswahrung an der Familienwohnung durch die Ehegatten legitimiert die Rechtsordnung die Kinder für solche Verfahren grundsätzlich nicht. Mangels einer entsprechenden gesetzlichen Legitimation – welche die vertragliche Legitimation ersetzt – können sie sich an Prozessen über den Verbleib in der Familienwohnung nicht beteiligen. Es verhält sich nicht anders als bei mietrechtlichen Verfahren betreffend Familienwohnungen, an denen die Kinder regelmässig nicht als Partei beteiligt sind. Da die Vorinstanz den Berufungskläger dennoch ausgewiesen hat, ist seine Berufung gutzuheissen, der vorinstanzliche Entscheid aufzuheben und das gegen ihn gerichtete Gesuch des Berufungsbeklagten abzuweisen.

5. Aus den eingangs genannten Gründen ist die Berufung der Berufungskläger 1 und 2 gutzuheissen, der vorinstanzliche Entscheid aufzuheben und es ist auf das Gesuch des Berufungsbeklagten nicht einzutreten. Klarzustellen ist, dass die Berufungskläger damit zwar obsiegt haben, dass es bezüglich ihres Anliegens, der Räumung der Liegenschaft Föhrenstrasse 21 in Erlenbach, letztlich bei den bisherigen vollstreckbaren Anordnungen des Berufungsbeklagten bzw. jener der Beschwerdeinstanzen geblieben ist. Dem Antrag, eventualiter eine Verlängerung des Verbleibes in der Liegenschaft ... in Erlenbach anzuordnen, kann ebenfalls nicht stattgegeben werden, weil dafür aus den genannten Gründen ebenso wenig der Zivilrichter zuständig ist.

Obergericht, II. Zivilkammer
Beschluss und Urteil vom 11. Oktober 2011
Geschäfts-Nr.: LF110097-O/U, vereinigt mit PF110039