

Art. 256 SchKG, Art. 231 Abs. 3 Ziff. 2 SchKG; Verwertung schwierig zu bewertender Aktiven im summarischen Verfahren. *Die angefragten Gläubiger können ihre Angebote zwar mit Bedingungen verbinden, aber dann kommt - zunächst - kein Verkauf zustande. Die Konkursverwaltung kann eine interne Versteigerung unter den Bietenden ansetzen.*

(Erwägungen des Obergerichts:)

1. Am 28. Juli 2011 teilte das Konkursamt Winterthur-Altstadt den Gläubigern im Konkurs über die A. Holding AG mittels Gläubigerzirkular u. a. folgendes mit:

"II. Anträge und Beschlussfassung

A. Anträge

1. ...

2. Verwertung Aktien (Inventar-Nr.III.4)

Im Inventar der Gemeinschuldnerin befinden sich 100 Aktien (welche dem Konkursamt jedoch nicht vorliegen) an der A. America Holding, Inc., c/o ..., USA. Soweit uns ein ehemaliges Mitglied des Verwaltungsrats der Gemeinschuldnerin informierte, ist die A. America Holding eine reine Holding-Gesellschaft, deren einziger Zweck das Halten von 100% der Aktien der A. America Inc., ..., USA, ist. Die A. America Inc. selbst habe massive Zahlungsschwierigkeiten.

Wir bieten Ihnen und auch allen sonstigen interessierten Personen hiermit gestützt auf Art. 256 Abs. 3 SchKG die Gelegenheit, eine Kaufofferte für die genannten Aktien einzureichen.

*Falls bis zum **08. August 2011** (Datum des Poststempels) bei uns keine Kaufofferte eingeht, beantragen wir Ihnen als Gläubigergesamtheit, die Konkursverwaltung solle ermächtigt werden, die vorstehende Inventarposition im Inventar als wertlos abzuschreiben (unter Vorbehalt von Ziff. III. hinten).*

3. ...

B. Beschlussfassung

Die vorstehenden Anträge (Ziff. 1-5) gelten als genehmigt und zum Beschluss erhoben, falls nicht die Mehrheit der mutmasslichen Gläubiger im Konkursverfahren über die A. Holding AG bis spätestens am **08. August 2011** (...) bei uns schriftlich gegen diese Anträge Einsprache erhebt. Stillschweigen gilt als Zustimmung zu unseren Anträgen."

S. unterbreite dem Konkursamt Winterthur-Altstadt am 8. August 2011 eine Kaufofferte und bot für 100 Aktien A. America Holding Inc. (Inventar Nr. III.4) einen Preis von Fr. 1'000.-. Gleichentags liess die T. AG Winterthur in Nachlassliquidation durch ihren Rechtsvertreter dem Konkursamt eine Kaufofferte von Fr. 100.- für die betreffenden Aktien zukommen. Diese Offerte erfolgte mit dem Hinweis, "ich bitte Sie mir mitzuteilen, wenn ein höheres Angebot eingehen sollte. In diesem Falle behalte ich mir vor, das obenstehende Angebot entsprechend zu erhöhen". Mit Schreiben vom 16. September 2011 teilte das Konkursamt den beiden Bietenden mit, nach Absprache mit den beiden Kaufinteressenten biete die Konkursverwaltung diesen bis **Mittwoch, 28. September 2011**, eine letzte Gelegenheit, ihre Kaufangebote entsprechend zu erhöhen und der Konkursverwaltung einzureichen. Den Zuschlag erhalte der Meistbietende, eine weitere Angebotsrunde werde ausgeschlossen. In der Folge bot die T. AG Winterthur in Nachlassliquidation für die 100 Aktien Fr. 5'200.50 und verlangte für den Fall des Eingangs eines höheren Angebotes durch S. ein Bietverfahren am runden Tisch, um so der Konkursmasse einen möglichst hohen Ertrag aus diesem Anspruch zu ermöglichen. S. teilte mit, sie erhöhe ihr Kaufangebot immer um jeweils Fr. 100.- auf das nächstfolgende Gebot bis zum Maximalbetrag von Fr. 10'700.-. Mit Schreiben vom 6. Oktober 2011 antwortete die Konkursverwaltung auf die eingegangenen Angebote wie folgt:

"Die ... Konkursverwaltung im Konkurs über die **A. Holding AG**, ... widerruft aufgrund der zwei eingegangenen Kaufangebote, welche nicht die von der Konkursverwaltung gestellten Bedingungen erfüllen, die Verwertung auf schriftlichem Wege der obgenannten Inventarposition und setzt somit eine Versteigerung gemäss den untenstehenden Bestimmungen im Amtslokal des Notariates Winterthur-Altstadt an ...".

Die Versteigerung wurde auf den 20. Oktober 2011, 10:30 Uhr im Amtslokal des Notariates Winterthur-Altstadt angesetzt. Nach Erhalt dieses Schreibens wandte sich S. erneut an das Konkursamt und forderte dieses auf, ihr innerhalb der nächsten drei Tage die Kaufsbestätigung zukommen zu lassen bzw. innert drei Tagen eine beschwerdefähige Verfügung zuzustellen. Die

Konkursverwaltung blieb in der Folge wegen Abwesenheit des zuständigen Sachbearbeiters untätig.

2. a) S. erhob wegen Rechtsverzögerung bzw. Rechtsverweigerung Aufsichtsbeschwerde beim Bezirksgericht Winterthur, eingegangen am 17. Oktober 2011, mit den Anträgen, der Widerruf bezüglich Verwertung der Aktien vom 6. Oktober 2011 und die Ansetzung einer erneuten Versteigerung sei eine willkürliche Rechtsverzögerung. Die Mitteilung des Konkursamtes, dass infolge Ferienabwesenheit die Kaufbestätigung, resp. eine beschwerdefähige Verfügung nicht innert Frist zugestellt werden könne, sei eine Rechtsverweigerung/Rechtsverzögerung. Die erneute Versteigerung der Aktien am 20. Oktober 2011 sei vorerst zu sistieren bzw. aufzuheben und erst nach dem Entscheid gegebenenfalls neu anzusetzen. Die Kaufbestätigung sei ihr unverzüglich zuzustellen. Allenfalls sei festzustellen, dass sie die Aktien mit Gebot vom 28. September 2011 erworben habe und eine weitere Angebotsrunde hinfällig sei.

In Anbetracht der Beschwerdeerhebungen durch die Interessentinnen – auch die Beschwerdegegnerin 2 hatte beim Bezirksgericht Winterthur eine Beschwerde eingereicht – verschob die Konkursverwaltung in Absprache mit diesen die auf den 20. Oktober 2011 angesetzte Versteigerung. Mit Beschluss vom 4. November 2011 wies das Bezirksgericht Winterthur als untere kantonale Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen die Beschwerde ab.

- b) Innert der 10tägigen Frist liess S. durch ihren Rechtsvertreter Beschwerde erheben und beantragte:

"Es sei in Gutheissung der Beschwerde der Beschwerdeführerin unverzüglich eine Kaufbestätigung über 100 Aktien der A. America Holding, Inc. ... (Inventar-Nr. III.4. im Konkurs der A. Holding AG) zuzustellen."

Das Obergericht nahm in seinem Verfahren nebst der Konkursmasse A. Holding AG (Beschwerdegegnerin 1) die T. AG Winterthur in Liquidation als

Beschwerdegegnerin 2 ins Rubrum auf. Mit Verfügung vom 13. Dezember 2011 wurde den Beschwerdegegnerinnen eine Frist von 10 Tagen zur Beantwortung der Beschwerde angesetzt. Innert Frist reichte das Konkursamt Winterthur-Altstadt als Vertreterin der Beschwerdegegnerin 1 eine Antwort ein. Der Beschwerdegegnerin 2 wurde die Verfügung vom 13. Dezember 2011 am 15. Dezember 2011 zugestellt. Unter Berücksichtigung der Gerichtsferien – irrtümlicherweise wurde der Hinweis auf den Fristenlauf in den Gerichtsferien nicht angebracht (vgl. dazu Verfügung vom 2. August 2011, publiziert in der Internet-Kartei der Zürcher Gerichte, aufzurufen unter [www.gerichte-zh.ch/Entscheide/suchen nach "PS110127"](http://www.gerichte-zh.ch/Entscheide/suchen%20nach%20PS110127)) – lief demnach die Frist am 10. Januar 2012 ab (Art. 145 Abs. 1 und 3 ZPO). Innert dieser Frist wurde keine Antwort eingereicht und das gestellte Fristerstreckungsgesuch wieder zurückgezogen. Das Verfahren ist daher androhungsgemäss ohne Beschwerdeantwort fortzusetzen (Art. 147 ZPO).

3. Vorerst ist zu bemerken, dass die Beschwerdeführerin vor Vorinstanz zwar ihre Beschwerde unter dem Titel "Aufsichtsbeschwerde wegen Rechtsverzögerung" führte, Inhaltlich bezogen sich ihre Ausführungen jedoch auch auf die von der Konkursverwaltung im Schreiben vom 6. Oktober 2010 angezeigten Folgehandlungen und damit auf die Verweigerung des Konkursamtes, eine Freihandverkaufsverfügung zu erlassen. Die Vorinstanz stellte bei ihren Erwägungen die Rechtsthematik der Rechtsverzögerung zu Recht nicht in den Vordergrund. Auf die einzelnen Vorbringen ist nachfolgend einzugehen.
4. a) Gegenstand der vorliegenden Beschwerde ist der vom Konkursamt eingeschlagene Weg der Verwertung der Aktien gemäss Inventar Nr. III.4, 100% der Aktien der A. America Inc.. Das Konkursamt nimmt vorliegend die Verwertung gestützt auf Art. 256 Abs. 3 SchKG vor. Die Beschwerdeführerin bezweifelt, ob die Konkursverwaltung tatsächlich die Verwertung gestützt auf diese Bestimmung durchführen wollte. Sie führte aus, sie gewinne den Eindruck, die Konkursverwaltung habe eine Art verkürzte Freihand-Verwertung nach Art. 26 (recte: 256) Abs. 1 SchKG durchführen wollen,

wonach Vermögensgegenstände nur mit Zustimmung der Gläubiger freihändig verkauft werden dürften.

b) Es besteht ein *numerus clausus* der zulässigen Verwertungsarten, nämlich Zwangsversteigerung, Freihandverkauf und "Abtretung" von Ansprüchen, wobei es bei der Betreibung auf Pfändung bzw. Pfandverwertung noch die Überweisung von Forderungen an Zahlungsstatt gibt (vgl. Lorandi, Der Freihandverkauf im schweizerischen Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, St. Galler Studien zum Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht, Band 37, S. 7). Die zur Masse gehörenden Vermögenswerte werden auf Anordnung der Konkursverwaltung öffentlich versteigert oder, falls die Gläubiger es beschliessen, freihändig verkauft (Art. 256 Abs. 1). Art. 256 Abs. 3 SchKG bestimmt, dass Vermögensgegenstände von bedeutendem Wert und Grundstücke nur freihändig verkauft werden dürfen, wenn die Gläubiger vorher Gelegenheit erhalten, höhere Angebote zu machen. Vor der Revision von 1994 galt, dass den Gläubigern immer vor dem Freihand-Verkauf die Gelegenheit gegeben werden musste, ein höheres Angebot zu machen. Dieses Recht ist nun durch Abs. 3 von Art. 256 SchKG auf Grundstücke und Vermögensgegenstände von bedeutendem Wert beschränkt worden (vgl. BSK SchKG II-Bürgi, 2. Auflage, Art. 256 N 19). Bei den vorliegenden Aktien handelt es sich nicht um "Vermögensgegenstände von bedeutendem Wert". Dies ergibt sich daraus, dass die Konkursverwaltung im Gläubigerzirkular vom 28. Juli 2011 unter II. lit. A die Gläubiger aufforderte, sie zu ermächtigen, nach Fristablauf zur Kaufofferteneingabe diese Inventarposition als wertlos abzuschreiben.

c) Von Bedeutung ist, dass der Konkurs vorliegend summarisch durchgeführt wird. Das summarische Konkursverfahren zeichnet sich dadurch aus, dass es einfach, rasch und weitgehend formlos ist. Das bezweckt, das Verfahren zu beschleunigen und die Kosten tief zu halten. Es liegt zur Hauptsache in den Händen der Konkursverwaltung. Gläubigerversammlungen finden nur ausnahmsweise statt (Urteil des Bundesgerichtes vom 17. August 2006, 7B.97/2006 Erw. 3.2). Das

Bundesgericht hat entgegen dem Wortlaut von Art. 256 Abs. 1 SchKG entschieden, dass im summarischen Konkursverfahren die Anordnung eines Freihandverkaufs in die Zuständigkeit und ins Ermessen der Konkursverwaltung fällt, **ohne** dass es der Zustimmung der Gläubiger bedarf, dass aber den Gläubigern bei Vermögensgegenständen von bedeutendem Wert und bei Grundstücken Gelegenheit zu einem höheren Angebot eingeräumt werden muss (vgl. Urteil des Bundesgerichtes vom 16. April 2003, 5P.41/2003 bzw. vom 12. Mai 2003, 7B.27/2003). Liegt kein Fall von Art. 256 Abs. 3 SchKG vor, der zwingend die Angebotsnachfrage bei den Gläubigern verlangt, steht es der Konkursverwaltung im summarischen Verfahren frei, ob es allen Gläubigern die Gelegenheit zur Einreichung von Offerten bietet, bevor es einen Freihandverkauf durchführt (vgl. Pra 95 [2006] Nr. 121 Erw. 1.2.1).

5. a) Der Freihandverkauf eignet sich vor allem dann, wenn auf der Nachfrageseite nicht viele Interessenten vorhanden sind. Gerade dies war vorliegend der Fall. Wie erwähnt, ging das Konkursamt davon aus, dass die Papiere wertlos seien. Aufgrund der beiden gestützt auf das Gläubigerzirkular vom 28. Juli 2011 eingereichten Offerten durfte das Konkursamt davon ausgehen, dass der Interessenkreis sehr wenige Personen umfasste. Im Hinblick auf anfallende Kosten bei einer Steigerung drängte sich vorliegend ein solches internes Freihandverkauf-Verfahren auf. Die Wahl des Verwertungsmodus ist entsprechend dem Ziel, einen bestmöglichen Gewinn zu erzielen bzw. allenfalls die Verwertungskosten gering zu halten, auszurichten. Diese Interessen hat die Konkursverwaltung beim Freihandverkauf zu verfolgen. Wie der Freihandverkauf konkret abzulaufen hat, nämlich welche Bedingungen bei der Offertenstellung einzuhalten sind, hat die Konkursverwaltung zu bestimmen. Im SchKG finden sich keine Bestimmungen dazu.
- b) Der Freihandverkauf ist ein Institut der Zwangsvollstreckung mit dem Zweck, das beschlagnahmte Vermögen zu versilbern. Im Unterschied zur öffentlichen Steigerung tritt beim Freihandverkauf an die Stelle der Angebote

der Steigerungsinteressenten und des Steigerungszuschlages die Vereinbarung zwischen dem Betreibungs- oder dem Konkursbeamten und dem Erwerber. Dabei kann dem Beamten naturgemäss nicht die Stellung des Verkäufers im zivilrechtlichen Sinne zukommen. Der Beamte ist in seinem Handeln nicht frei; vielmehr ist es unter anderem seine Pflicht, das günstigste Angebot ausfindig zu machen und den Gläubigern sowie gegebenenfalls den Aktionären der Gemeinschuldnerin Gelegenheit zu geben, ein Angebot zu überbieten (BGE 106 III 79 Erw. 4).

6. a) Das Konkursamt gab den Gläubigern Gelegenheit gestützt auf Art. 256 Abs. 3 SchKG eine Kaufofferte einzureichen. Mit dem Verweis auf diese Gesetzesbestimmung wird klar, dass ein **höheres** Angebot einzureichen ist. Damit ein höheres Angebot gemacht werden kann, muss ein konkretes Angebot unter Angabe des Preises vorliegen. Das war vorliegend erst im zweiten Durchgang – nachdem das Angebot der Gegenpartei bekannt war – der Fall. Beide Bieter hatten also die Möglichkeit, ihr Angebot nochmals zu erhöhen (vgl. dazu Lorandi, a.a.O., S 57). Das Gesetz schreibt zwar keine Verwertungsfristen vor, es gilt aber zu beachten, dass das Konkursverfahren innert einem Jahr seit der Konkursöffnung durchgeführt sein soll (Art. 270 Abs. 1 SchKG). Unter diesem Gesichtspunkt ist ein solches Bietverfahren nicht endlos in die Länge zu ziehen. Es steht den Behörden frei, eine Frist für ein letztes Angebot anzusetzen (Lorandi, a.a.O., S. 57). Dies geschah auch vorliegend, indem das Konkursamt eine am 28. September 2011 endende Frist zur Erhöhung des Kaufangebotes festlegte. Den Zuschlag sollte der Meistbietende erhalten, eine weitere Angebotsrunde wurde ausgeschlossen (Schreiben vom 16. September 2011. Die T. AG Winterthur in Nachlassliquidation bot für die 100 Akten Fr. 5'200.50 und verlangte für den Fall des Eingangs eines höheren Angebotes durch S. ein Bietverfahren "am runden Tisch". S. teilte mit, sie erhöhe ihr Kaufangebot immer um jeweils Fr. 100.- auf das nächstfolgende Gebot bis zum Maximalbetrag von Fr. 10'700.-.

b) Die Ausübung des Rechts zum höheren Angebot geschieht in der Weise, dass der Berechtigte innert Frist der Konkursverwaltung mitteilt, er wolle das betreffende Objekt zu einem **bestimmten** Preis erwerben (Lorandi, a.a.O., S. 319, S. 336). Beide Bieter verknüpften im zweiten Verfahren ihre Angebote mit Bedingungen. Bei der Beschwerdeführerin **fehlte** eine konkrete Preisangabe. Sie verknüpfte ihre Offerte mit der Offerte der Beschwerdegegnerin 2 und die Beschwerdegegnerin 2 gab ihre Offerte unter einem Vorbehalt ab. Da der Freihandverkauf zwei Erklärungen voraussetzt und den Parteien ein gewisser Verhandlungsspielraum offensteht, ist die Verknüpfung der Erklärungen mit Bedingungen grundsätzlich zulässig (Lorandi, S. 66). Dies im Gegensatz zur Steigerung, wo der Ausschluss von Bedingungen notwendig ist. Die an der Versteigerung teilnehmenden Personen können sich nur zum Preis äussern (Lorandi, a.a.O., S. 67). Beim Freihandverkauf, dürfen die Bedingungen aber nicht dazu führen, dass der Vollzug des Freihandverkaufs über Gebühr in die Länge gezogen wird (Lorandi, a.a.O., S. 67). Das war vorliegend der Fall. Beiden Anbietern hätte – aufgrund der fehlenden **konkreten** Preisangabe, die sich aus dem Angebot selbst heraus ergeben muss – nochmals Gelegenheit gegeben werden müssen, Angebote einzureichen. Die Beschwerdeführerin hat deshalb im heutigen Zeitpunkt keinen Anspruch darauf, dass ihr die Aktien zugesprochen werden. Die Beschwerdeführerin beruft sich auf Treu und Glauben und verkennt dabei die Rechtsnatur des Freihandverkaufs. Beim Freihandverkauf gibt es keinen Verkäufer im obligationenrechtlichen Sinn. Es handelt sich nicht um einen privaten Rechtserwerb, sondern um eine öffentlichrechtliche Eigentumszuweisung (Lorandi, a.a.O., S. 110). Der Freihandverkauf ist zwar ein zweiseitiges Rechtsgeschäft, da es materiell zweier übereinstimmender Willenerklärungen bedarf, trotzdem liegt kein Vertrag vor. Es wirkt nämlich formell nur eine Willenserklärung, diejenige der Behörde, konstitutiv (vgl. Lorandi, a.a.O., S. 38). Die Rechtsnatur dieses Freihandverkaufsverfahrens lässt deshalb nicht zu, dass die allgemeinen Regeln über das Zustandekommen eines Vertrages, insbesondere die Bestimmungen über

Antrag und Annahme (Ar. 3 ff. OR) zur Anwendung gelangen (zur Steigerung vgl. BGE 128 III 198). Der Berechtigte, der ein Angebot einreicht, hat – im Gegensatz zur Steigerung bei der Zwangsverwertung von Grundstücken, Art. 60 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. Art. 130 Abs. 2 VZG – keinen durchsetzbaren Anspruch, dass die Verwertung an ihn erfolgt (Lorandi, a.a.O., S. 320, S. 336; BSK SchKG II-Bürgi, Art. 256 N 23).

7. a) Was die Fortsetzung des Verwertungsverfahrens anbelangt, ist zu bemerken, dass die Konkursverwaltung nicht verpflichtet ist, das Bietverfahren mehrmals zu wiederholen (vgl. dazu BSK SchKG II- Urs Bürgi, 2. Auflage, Art. 256 N 23). Grundsätzlich ist das Recht zum höheren Angebot einmal zu gewähren. Da in der zweiten Runde keine konkreten Angebot eingingen, stand es im Ermessen der Konkursverwaltung, das Bietverfahren abzubrechen und die Verwertung auf einem anderen Weg fortzusetzen. Dazu musste sie nicht vorgängig das Einverständnis der Beschwerdeführerin einholen (vgl. vorstehend Ziff. 4 c).
 - b) Da das Verfahren weitgehend formlos ist, steht es der Konkursverwaltung frei, ein internes Steigerungsverfahren – wie vorliegend geplant – durchzuführen (BSK SchKG II-Urs Bürgi, Art. 256 N 23; Lorandi, S. 55-56) . Bei der internen Versteigerung handelt es sich um einen Freihandverkauf, bei dem der Preis nicht auf Grund von schriftlichen Angeboten, sondern durch Entgegennahme von Offerten der Anwesenden ermittelt wird. Auch hier hat die Konkursverwaltung zu bestimmen, welche Bedingungen bei der Offertenstellung einzuhalten sind und wie das Verfahren konkret abzulaufen hat. Die im Schreiben der Konkursverwaltung vom 6. Oktober 2011 aufgeführten "Steigerungsbedingungen" sind deshalb nicht zu beanstanden.
8. Eine Rechtsverzögerung durch das Konkursamt liegt demnach nicht vor. Im Übrigen hat die Beschwerdeführerin keinen Anspruch darauf, dass die Konkursverwaltung heute eine entsprechende Freihandverkaufsverfügung erlässt und ihr darin die betreffenden Aktien zu Eigentum zuweist. Die Beschwerde ist abzuweisen.

Obergericht, II. Zivilkammer
Urteil vom 15. März 2012
Geschäfts-Nr.: PS110228-O/U.doc