

Art. 243 Abs. 2 SchKG, Freihand-(Not-)Verkauf. *Summarische Prüfung der Voraussetzungen und Würdigung der dagegen vorgetragene Einwendungen.*
Art. 325 ZPO (in Verbindung mit § 84 GOG und § 18 EG/SchKG) resp. Art. 36 SchKG, aufschiebende Wirkung der Beschwerde. *Berücksichtigung einer Schutzschrift, begrenzte aufschiebende Wirkung, Leistung einer Sicherheit.*

Die Konkursverwaltung im Konkurs über zwei Y.-Gesellschaften hat Verträge für einen freihändigen Notverkauf im Sinne von Art. 243 Abs.2 SchKG abgeschlossen. Das Bezirksgericht als untere Aufsichtsbehörde hat die Beschwerde einer Gläubigerin (X.) dagegen am 23. Oktober 2012 abgewiesen. In den nachstehenden Verfügungen geht es darum, ob das Obergericht im Rahmen des zweitinstanzlichen Beschwerdeverfahrens superprovisorisch, eventuell vorsorglich den vorgesehenen Verkauf dadurch untersagen soll, dass es der Beschwerde aufschiebende Wirkung zuerkennt resp. diese erweitert.

(aus der Verfügung vom 8. Nov. 2012:)

Mit Beschwerde vom 5. November 2012 beantragt die X. Ltd. erneut, es seien die Freihandverkaufsverfügung vom 16. Juli 2012 und weitere Verfügungen aufzuheben. Sie stellt den Antrag, es sei ihrer Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen.

Bereits am 2. November 2012 ist bei der Kammer eine Schutzschrift im Sinne von Art. 270 ZPO eingegangen. Es wird darin beantragt, einer allfälligen Beschwerde keine aufschiebende Wirkung beizulegen, eventuell nur nach Leistung einer substantziellen Sicherheit (Dossier PS120202, act. 22).

Der Entscheid über die aufschiebende Wirkung ist *unverzüglich* zu treffen, wobei er allerdings im weiteren Verfahren neu beurteilt und gegebenenfalls umgestossen werden kann. Heute können die umfangreichen Stellungnahmen der Beteiligten nicht abschliessend gewürdigt werden, und es muss bei einer sehr summarischen Beurteilung sein vorläufiges Bewenden haben.

Zu den einzelnen Rügegründen der Beschwerde:

Es scheint, dass das Bezirksgericht Stellungnahmen zur Beschwerde der X. Ltd. einholte und dann entschied, ohne der Beschwerdeführerin Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Das verletzt das rechtliche Gehör. Allerdings sagt die Beschwerdeführerin selbst, sie habe diesen Mangel mit Zustellung des Entscheides erkannt. Die Verletzung des rechtlichen Gehörs kann geheilt werden, wenn sich die verletzte Partei im Rechtsmittelverfahren äussern kann. Das darf und soll weiter gehend möglich sein, als es nach dem Gewicht des verletzten Grundsatzes an sich erwünscht wäre, wenn es um eine (wenn auch nur behaupteterweise) besonders dringliche Sache geht. So ist es hier. Die Beschwerdeführerin beklagt, sie habe die fraglichen Unterlagen auch während der Beschwerdefrist nicht zugestellt erhalten. Das mag sein. Aber sie behauptet auch nicht, sie habe sich darum bemüht. Unter diesen Umständen ist ein Erfolg der Beschwerde gestützt auf diesen Punkt nicht eben wahrscheinlich.

Der Verkauf ist der Beschwerde zufolge weder dringlich noch dem vorgesehenen Preis nach zu verantworten. Das Letztere wird im angefochtenen Entscheid mindestens fürs Erste überzeugend damit widerlegt, dass die Liquidation im Konkurs nicht mit dem ordentlichen Geschäftsgang verglichen werden kann und dass mit der Möglichkeit für die Gläubiger, höhere Angebote zu unterbreiten, der Anschein eines zu tiefen Preises jedenfalls nicht glaubhaft gemacht sei. Die Dringlichkeit soll sich nach den Ausführungen der Schutzschrift daraus ergeben, dass der Verkauf der X.-Schuhe dramatisch eingebrochen sei, sich das Vertriebsnetz rasant verkleinere und innert kurzer Frist mit der Insolvenz einer verkaufenden Tochtergesellschaft zu rechnen sei - das wird wenn auch nur andeutungsweise gestützt durch die eingelegte mail-Korrespondenz (Dossier PS12020 act. 24/6), ist aber glaubhaft nur schon durch den Umstand, dass die beiden konkursiten Gesellschaften untergegangen sind - das indiziert stark aktuelle und erhebliche Schwierigkeiten der ganzen Gruppe.

Dass die Gesamtheit der Gläubiger dem Verkauf nicht zugestimmt hat, trifft offenbar zu, doch ist das, wie der angefochtene Entscheid richtig ausführt, nicht nötig.

Die Beschwerdeführerin beklagte, dass sie selber kein höheres Angebot machen konnte. Die Konkursverwaltung hat den geplanten Verkauf den damals bekannten Gläubigern am 17. Juli 2012 mitgeteilt und für allfällige höhere Angebote Frist bis zum 31. Juli 2012 gesetzt. Erst mit Eingabe vom 21. Juli 2012 (nach Darstellung der Konkursverwaltung bei dieser eingegangen erst am 23. Juli 2012) hat offenbar die heutige Beschwerdeführerin ihre Forderungen angemeldet. Darauf hin stellte ihr die Konkursverwaltung das Zirkular vom 17. Juli 2012 nicht eigens zu. Ob sie das hätte tun sollen, muss im Moment offen bleiben. Immerhin räumt die Beschwerdeführerin ein, dass sie schon vor der Forderungsanmeldung "gerüchteweise" vom Verkauf gehört hatte. Ob sie das dem Konkursverwalter gegenüber thematisiert hatte, steht dahin. Sie macht aber so weit ersichtlich auch in der Beschwerde nicht ein konkretes Angebot, geschweige denn dass sie wie die in Aussicht genommene Käuferin den Kaufpreis sicher stellt. Die Aussichten der Beschwerde unter diesem Aspekt sind mindestens zweifelhaft.

Mängel der in Frage stehenden Verfügung(en) und des Zirkulars an die Gläubiger werden mit den ausführlichen Darlegungen in der Beschwerde jedenfalls nicht sofort nachgewiesen. Der Punkt dürfte allerdings zu vertiefen sein.

Die Schutzschrift bringt vor, dass es der Beschwerdeführerin nicht ernsthaft um einen besseren Erlös gehen könne, da sie von einem solchen aufgrund der Grössenordnungen der gesamten Forderungseingaben zu ihrer eigenen nur höchst marginal profitieren könnte. Die Grundlagen dieser Argumentation sind den bis heute vorliegenden Akten allerdings nicht zu entnehmen. Dass der massgebende Teilhaber der Beschwerdeführerin mit seiner Beschwerde nur einen unliebsamen Konkurrenten aus dem Weg schaffen wolle, ist möglich, aber ebenfalls nicht glaubhaft gemacht.

Zusammengefasst sind aufgrund einer ersten und summarischen Beurteilung die Aussichten der Beschwerde ungünstig, ist diese aber nicht praktisch aussichtslos. In dieser Situation ist fürs Erste der Mittelweg der Anordnung der Massnahme gegen eine substantielle Sicherheit angezeigt. Diese kann von Amtes wegen angeordnet werden, und damit ist auch ihre Höhe und sind ihre Modalitäten nicht vom Antrag des Massnahmegegners abhängig. Die

Schutzschrift beziffert den möglichen Schaden aus dem Nichtvollzug der streitigen Verkäufe aufgrund der Vertragsentwürfe fürs Erste glaubhaft auf umgerechnet Fr. 5,584 Mio, was einen Totalverlust impliziert, welcher allerdings angesichts der kritischen Situation von "Y." glaubhaft ist. In diesem Umfang ist Sicherheit zu verlangen - das ist umso mehr angezeigt und zumutbar, als die Beschwerdeführerin sich bekanntlich darüber beklagt, dass sie selber (im Juli 2012) kein höheres Angebot machen konnte, und sie muss sich daher auch mit der Finanzierung eines solchen Angebots bereits befasst haben.

Angesichts der glaubhaften Dringlichkeit ist die aufschiebende Wirkung in dem Sinn zu bewilligen, als noch nicht vollzogene Verträge und einzelne Erfüllungshandlungen nicht früher als am Montag 19. November 2012 erfolgen dürfen, und dass eine Weiterführung dieser Massnahme von der rechtzeitigen Leistung der Sicherheit abhängig gemacht wird.

Für den Fall, dass das Verfahren Weiterungen erfahren wird, ist den Beteiligten Frist zur Stellungnahme anzusetzen.

Es wird verfügt:

- I. Der Beschwerde wird einstweilen die aufschiebende Wirkung in dem Sinn beigelegt, dass im Rahmen der streitigen Freihandverkäufe noch nicht erfüllte Verträge und auch einzelne Erfüllungshandlungen nicht früher als am Montag 19. November 2012 vollzogen werden dürfen.
- II. Eine Verlängerung der Massnahme gemäss Ziff. 1 wird davon abhängig gemacht, dass die Beschwerdeführerin bis Freitag 16. November 2012 11.45 Uhr Sicherheit in der Höhe von Fr. 5'584'000.-- leistet, und zwar wie folgt:
 - *entweder* durch Einzahlung des Betrages auf das Postkonto des Obergerichts 80-10210-7 oder auf das Konto ZKB Nr. CH49 0070 0110 0045 5300 6, je mit dem Hinweis *II. ZK PS120211 X./Y.* In Ergänzung von

Art. 143 Abs. 1 und 3 ZPO muss der Betrag bis zum Endtermin nicht nur einem Konto belastet worden, sondern muss das auch durch dem Obergericht physisch vorgelegte Original-Unterlagen nachgewiesen sein; - oder durch die unbefristete Garantie einer Schweizerischen Bank, an das Konkursamt Z. ohne alle Einwendungen und Einreden jeden Betrag bis zu Fr. 5'584'000.-- zu zahlen gegen Vorlage eines vollstreckbaren Entscheides oder mehrerer solcher Entscheide, wonach die X. Ltd. verpflichtet ist, der Y. Marketing & Trading AG in Liq. und/oder der Y. Group International GmbH in Liq. den entsprechenden Betrag zu bezahlen; auch dieses Papier muss bis zum Termin physisch vorgelegt werden.

- III. Die Beschwerdeschrift vom 5. November 2012 wird der Beschwerdegegnerin, die Schutzschrift vom 1. November 2012 wird der Beschwerdeführerin zugestellt. Ihnen beiden läuft eine höchstens einmal und nur kurz erstreckbare Frist bis zum 23. November 2012, um sich zur Sache und insbesondere zur Weiterführung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde zu äussern. Stillschweigen hindert den Fortgang des Verfahrens nicht.

* * *

(Verfügung vom 14. November 2012, zur Wiedererwägung:)

1. Die Beschwerdeführerin beantragt mit Eingabe vom 13. November 2012, die ihrer Beschwerde mit Verfügung vom 8. November 2012 beigelegte aufschiebende Wirkung sei aufrecht zu erhalten und auf die Verfügung einer Sicherheitsleistung sei zu verzichten. Eventualiter sei die aufschiebende Wirkung der Beschwerde unter der Voraussetzung zu verlängern, dass die Beschwerdeführerin innert 3 Tagen eine Bankgarantie an das Konkursamt vorlege, wonach jeder Betrag bis zu CHF 5'584'000.00 bezahlt werde, sofern der Beschwerdeführerin gleichzeitig die noch nicht veräusserten Aktiven gemäss

Freihandverkaufsverfügung vom 16. Juli 2012 (namentlich IP-Rechte und Tochtergesellschaften) zu den dort genannten Konditionen zu Eigentum übertragen werden.

Zur Begründung führt sie im Wesentlichen an, für die Anordnung einer Sicherheitsleistung bestehe im SchKG keine Rechtsgrundlage, die geforderte Sicherstellung sei zudem unverhältnismässig: Erstens sei fraglich, ob sich der Käufer wegen der durch das Beschwerdeverfahren ausgelösten Verzögerung vom Freihandverkauf zurückziehen werde. Zweitens sei es der Käufer selber gewesen, der sich die Vollzugsfrist habe erstrecken lassen, so dringlich scheinete es mit dem Verkauf nicht zu sein und ebenso wenig bestehe in Bezug auf das Tagesgeschäft von Y,. dringender Handlungsbedarf. Drittens prozessiere die Beschwerdeführerin in guten Treuen, was einer Schadenersatzpflicht ohnehin entgegenstehe. Schliesslich sei auch die verfügte Sicherheit auch betragsmässig unverhältnismässig, da ein Totalverlust keineswegs glaubhaft sei.

2.1 Was die Rechtsgrundlage der verfügten Sicherheitsleistung betrifft, anerkennt die Beschwerdeführerin, dass die Kantone das Verfahren regeln, soweit Art. 20a Abs. 2 SchKG keine Bestimmungen enthält (Art. 20a Abs. 3 SchKG; BSK SchKG I-Commetta/Möckli, 2. A. Basel 2010, Art. 20a N 38). Art. 36 SchKG regelt nur die aufschiebende Wirkung der Beschwerde, nicht aber andere vorsorgliche Massnahmen wie die Leistung einer Sicherheit (vgl. BSK SchKG I-Commetta/Möckli, 2. A. Basel 2010, Art. 36 N 6). Im Kanton Zürich verweist § 18 EG SchKG auf § 83 f. GOG, welche die Bestimmungen der ZPO für (sinngemäss) anwendbar erklären (§ 83 Abs. 3 GOG). Für den Weiterzug an das Obergericht gelten nach § 84 GOG insbesondere die Bestimmungen über die Beschwerde gemäss Art. 319 ff. ZPO.

Art. 325 Abs. 2 ZPO sieht nun die Möglichkeit einer Sicherheitsleistung bei Aufschiebung der Vollstreckung vor, und es ist nicht ersichtlich, weshalb diese Bestimmung vom Verweis des kantonalen Rechts ausgenommen sein sollte. Wenn vorsorgliche Massnahmen im Rahmen der SchKG-Beschwerde in der Literatur nicht diskutiert werden, dann nur, weil es – sofern auf die Bestimmungen der ZPO verwiesen wird – eine Selbstverständlichkeit ist. Dass das SchKG-

Beschwerdeverfahren kostenlos ist, lässt die Verfügung einer Sicherheitsleistung weder systemfremd noch ungesetzlich erscheinen. Liegt die aufschiebende Wirkung im pflichtgemässen Ermessen der Rechtsmittelinstanz und kann diese ganz verweigert werden, ist es *a maiore ad minus* zulässig, die Aufschiebung der Vollstreckung von der Leistung einer Sicherheit abhängig zu machen.

2.2 Die verfügte Sicherheitsleistung kann auch nach nochmaliger Prüfung nicht als unverhältnismässig bezeichnet werden. Die Dringlichkeit des Vollzugs des Freihandverkaufs wird nicht dadurch erschüttert, dass die Y.-Gruppe mindestens nach aussen versucht, den normalen Geschäftsgang aufrecht zu erhalten. Dass das Konkursamt die Frist für die ausstehenden Vollzugshandlungen verlängert hat, kann die Beschwerdeführerin nicht als Argument für die fehlende Dringlichkeit des Verkaufs in Feld führen: Soweit nicht durch die Komplexität des Geschäfts bedingt, ist die Verzögerung des Vollzugs des Freihandverkaufs durch die Forderungen der Beschwerdeführerin und die Einleitung des Beschwerdeverfahrens, mindestens mit-*verursacht*. Schliesslich richtet sich die Höhe der auferlegten Sicherheitsleistung nach dem drohenden Schaden, nicht nach der Schadenersatzbemessung (vgl. ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, Art. 325 N 11). Sie fällt daher nicht geringer aus, wenn und soweit die Beschwerde in guten Treuen erfolgt und eine allfällige Ersatzleistung daher gegebenenfalls zu reduzieren wäre. Bei Nichtvollzug der streitigen Verkäufe droht nicht nur der Verlust des Kaufpreises für die Tochtergesellschaften, sondern ein Totalverlust des Restkaufpreises im Betrag von Fr. 5,584 Mio. Die Beschwerdeführerin übersieht, dass die IP-Rechte der Konkursitinnen laufend bewirtschaftet werden müssen, Schutzrechtsverletzungen geahndet und ablaufende Rechte verlängert werden müssen. Ohne aktive Bewirtschaftung sind die IP-Rechte praktisch wertlos bzw. würde (passives) Zuwarten zu einer völligen Entwertung derselben führen.

Der Hauptantrag der Beschwerdeführerin ist daher abzuweisen.

3. Die Beschwerdeführerin zeigt sich (im Eventualstandpunkt) gewillt, die noch nicht übertragenen Nachlassaktiven zu den Konditionen der

Freihandverkaufsverfügung zu erwerben und diesen Willen durch die Abgabe einer Bankgarantie zu bekräftigen.

Sie will die verfügte Sicherheitsleistung mithin nur bedingt erbringen. Sie macht indes kein höheres Angebot, sondern verlangt, den meistbietenden Gesellschaften ohne Weiteres vorgezogen zu werden. Darauf hat sie keinen Anspruch. Vielmehr sucht sie nicht nur die Freihandverkaufsverfügung, sondern auch die gesetzliche Bestimmung von Art. 256 Abs. 3 SchKG zu unterlaufen, was nicht geschützt werden kann. Auch der Eventualantrag ist abzuweisen.

Obergericht, II. Zivilkammer
Verfügung vom 8. November 2012 (Z01)
Verfügung vom 14. November 2012 (Z02)
Geschäfts-Nr.: PS120211-O