

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer als obere kantonale Aufsichtsbehörde
über Schuldbetreibung und Konkurs



Geschäfts-Nr.: PS120217-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter
Dr. P. Higi und Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden sowie Ge-
richtsschreiberin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen.

Urteil vom 1. Februar 2013

in Sachen

A._____ GmbH, als Sachwalterin im Nachlassverfahren der **B._____ AG**,
Beschwerdeführerin,

gegen

C._____ AG,
Beschwerdegegnerin,

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. **X._____**

betreffend
Erteilung der aufschiebenden Wirkung

Beschwerde gegen zwei Verfügungen des Präsidenten des Bezirksgerichtes Win-
terthur vom 18. und 30. Oktober 2012 (CB120032)

Erwägungen:

I.

1. Die B. _____ AG befindet sich in Nachlassstundung, Sachwalterin ist die A. _____ GmbH (Beschwerdegegnerin des vorinstanzlichen Verfahrens und Beschwerdeführerin im vorliegenden Verfahren, nachfolgend Sachwalterin). Am 15. Oktober 2012 beschwerte sich die C. _____ AG (Beschwerdeführerin des vorinstanzlichen Verfahrens und Beschwerdegegnerin im vorliegenden Verfahren, nachfolgend Gläubigerin) und stellte im vorinstanzlichen Verfahren verschiedene Anträge (act. 6/1 S. 2 f.): Klärung und Inventierung allfälliger Verantwortlichkeits- bzw. Anfechtungsanprüche (Ziff. 1), vollumfängliche Akteneinsicht mit einem Katalog der zugänglich zu machenden Dokumente (Ziff. 2), Einberufung einer zweiten Gläubigerversammlung (Ziff. 3) und Auskunftserteilung an der zweiten Gläubigerversammlung (Ziff. 4). Schliesslich lautet Ziff. 5 der Anträge wie folgt: "Es sei der Beschwerde sofort und ohne Anhörung der Beschwerdegegnerin aufschiebende Wirkung zu erteilen. Jedenfalls aber ist die für im Oktober 2012 vorgesehene Abstimmung auf dem Schriftweg über den Nachlassvertrag einstweilen auszusetzen".

2. Mit Verfügung der Vorinstanz vom 18. Oktober (act. 6/4 = act. 3/1) wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilt (Dispositiv-Ziffer 1) und der Sachwalterin Frist zur Beschwerdeantwort angesetzt (Dispositiv-Ziff. 3). Diese Anordnung ging der Sachwalterin am 19. Oktober 2012 zu (act. 6/5).

Mit Eingabe vom 25. Oktober 2012 (Eingang 29. Oktober 2012) wandte sich die Sachwalterin an die Vorinstanz. Sie verwies u.a. auf die Gläubigerversammlung vom 4. Oktober 2012, an der CA. _____ eine vorbereitete Stellungnahme vorgelesen und unter anderem Informations- und Dokumentationsbegehren gestellt habe (act. 6/6 Rz 11). Mit Schreiben vom 18. Oktober 2012 habe die Beschwerdeführerin die Auflage weiterer Akten ab dem 19. Oktober in Aussicht ge-

stellt, welche inzwischen aufliegen würden (act. 6/6 Rz 14). Am 18./19. Oktober habe die Beschwerdeführerin mit einem Zirkularschreiben an 289 Gläubiger das Abstimmungsverfahren eingeleitet (act. 6/6 Rz 16 f.). Sie stelle betreffend die aufschiebende Wirkung deshalb folgenden Antrag (act. 6/6 S. 2):

"Es sei festzustellen, dass die Gläubiger nicht über die Beschwerde und die aufschiebende Wirkung informiert werden müssen und dass bereits laufende Abstimmungsverfahren nicht ausgesetzt bzw. abgebrochen werden muss".

Mit Eingabe vom 29. Oktober 2012 (Eingang 30. Oktober 2012) ersuchte die Gläubigerin ihrerseits um "Anweisung und Feststellung" (act. 6/9 S. 2):

1. Die Sachwalterin sei anzuweisen, der Beschwerdeführerin mitzuteilen, ab wann sämtliche zur Einsicht verlangten Unterlagen und Daten zur Einsicht aufliegen;
2. Die Sachwalterin sei anzuweisen, auf den Beizug der Dienste der Anwaltskanzlei Y. _____, sofern dies nicht bereits erfolgt ist, ab sofort zu verzichten, soweit es um den Verfahrenskomplex der Beschwerde, nämlich den Nachlassvertrag mit Dividendenvergleich, Verantwortlichkeitsansprüche und Anfechtungsansprüche geht;
3. Es sei festzustellen, dass die Verfügung der Sachwalterin vom 18. Oktober 2012 auf Grund der am 18. Oktober erteilten aufschiebenden Wirkung unbeachtlich ist;
4. Es sei festzustellen, dass Zustimmungen zum Nachlassvertrag mit Dividendenvergleich, welche auf der derzeitigen Informationsbasis erteilt wurden, ungültig sind".

3. Unter Hinweis auf die Beschwerde der Gläubigerin vom 15. Oktober 2012 (act. 6/1) und auf die Eingabe der Sachwalterin vom 25. Oktober 2012 (act. 6/6) wies die Vorinstanz in ihrer Verfügung vom 30. Oktober 2012 (act. 6/11= 3/2) darauf hin, dass die Erteilung der aufschiebenden Wirkung den Stillstand jeglicher Amtstätigkeit mit Verfügungscharakter ex tunc bewirke und hielt fest, dass das Zustimmungsverfahren nach Vorliegen des rechtskräftigen Endentscheides über die vorliegende Beschwerde neu einzuleiten sei. Ziff. 1 des vorinstanzlichen Dispositivs lautet:

"Die Verfügung vom 18. Oktober 2012 wird in dem Sinne erläutert, dass die in dieser Verfügung erteilte aufschiebende Wirkung auch das mit Zirkularschreiben des Sachwalters vom 18. Oktober 2012 in die Wege geleitete Zustimmungsverfahren umfasst".

Aus dem fehlenden Verweis auf die Eingabe der Gläubigerin vom 29. Oktober 2012 (act. 6/9) in der Verfügung der Vorinstanz vom 30. Oktober 2012 (act. 6/11 = 3/2) ist darauf zu schliessen, dass über die darin enthaltenen Begehren nicht förmlich entschieden wurde.

Mit Eingabe vom 12. November 2012 (Eingang 14. November 2012; act. 6/15) stellte die Sachwalterin dann im Zusammenhang mit der im vorinstanzlichen Beschwerdeverfahren eingereichten Beschwerdeantwort unter anderem folgendes Begehren (act. 6/15 S. 2 Ziff. 2):

- "2. Auf den Entscheid betreffend die Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde sei nochmals zurückzukommen und der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung rückwirkend zu entziehen".

Sie bezog sich auf ihre Eingabe vom 25. Oktober 2012 sowie das am 12. November 2012 eingeleitete (zweitinstanzliche) Beschwerdeverfahren bei der Kammer (act. 6/15) und begründete ihren Standpunkt mit der Verweigerung des rechtlichen Gehörs, wegen fehlenden Voraussetzungen für die Erteilung der aufschiebenden Wirkung, wegen fehlender Gefahr, wegen Unmöglichkeit, die Abstimmung noch zu verhindern, der fehlenden Interessenabwägung und verwies auf die aus ihrer Sicht fatalen Folgen, wenn wegen der aufschiebenden Wirkung nicht weitergeführt werden könne (act. 6/15 Rz 10 ff.). Diesbezüglich ist offenbar bis anhin nicht entschieden worden.

4. Mit der bereits erwähnten Beschwerdeeingabe vor der Kammer vom 12. November 2012 hat die Beschwerdeführerin folgende Rechtsbegehren (act. 2 S. 2) gestellt:

- "1. Ziff. 1 der Präsidialverfügung der unteren Aufsichtsbehörde vom 18. Oktober 2012 bzw. die Präsidialverfügung der unteren Aufsichtsbehörde vom 30. Oktober 2012 seien aufzuheben.
2. Der bei der unteren Aufsichtsbehörde eingereichten Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung rückwirkend zu entziehen.
3. Der vorliegenden Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen.
4. Entschädigungsfolgen".

Die Gläubigerin stellte in der Beschwerdeantwort ihrerseits folgendes Begehren (act. 6/15 S. 2):

- "1. Die Beschwerde der Beschwerdeführerin sei vollumfänglich abzuweisen".

Weiter liess die Gläubigerin der Kammer am 7. Dezember 2012 eine weitere Eingabe zukommen, in der sie auf aktive Beeinflussungsversuche betreffend Zustimmung zum Dividendenvergleich gegenüber noch nicht zustimmenden Gläubi-

gern hinwies und darum ersuchte, diese Vorkommnisse bei der Beurteilung der Fragestellung der aufschiebenden Wirkung zu berücksichtigen (act. 17 S. 2).

Darauf reagierte die Sachwalterin mit einer Stellungnahme vom 17. Dezember 2012 zu den "sachfremden und polemischen Unterstellungen" (act. 19 S. 1). Diese Stellungnahme wurde der Gläubigerin am 20. Dezember 2012 zur Kenntnis gebracht (act. 21). Die Sache ist damit spruchreif.

Auf die Ausführungen der Parteien in den Beschwerdeeingaben sowie in den weiteren Stellungnahmen der Parteien (act. 17, act. 19) wird soweit erforderlich einzugehen sein.

5. Als Gegenpartei nennt die Sachwalterin in der Beschwerde bei der Kammer das Bezirksgericht Winterthur als untere Aufsichtsbehörde. Diesem kommt jedoch die Stellung einer Vorinstanz zu und sie ist nicht als Partei am Verfahren zu beteiligen. Entsprechend ist ohne Weiteres die Gläubigerin ins Rubrum aufzunehmen.

6. Umstritten ist, ob die Sachwalterin die Beschwerde bei der Kammer rechtzeitig eingereicht hat. Die Sachwalterin geht davon aus, die erläuternde Verfügung vom 30. Oktober 2012 (act. 3/2) sei der massgebliche Ausgangspunkt, weshalb sie die 10-tägige Beschwerdefrist gewahrt habe (act. 2 Rz 2). Die Gläubigerin ist hingegen der Meinung, dass die erste Verfügung vom 18. Oktober 2012 fristauslösend war, so dass die am 12. November 2012 eingereichte Beschwerde verspätet sei (act. 15 Rz 2).

In der (ersten) Verfügung vom 18. Oktober 2012 (act. 3/1 = act. 6/4) hat die Vorinstanz der Beschwerde ohne Anhörung, ohne Begründung, und allein auf Grund der Beschwerdeschrift vom 15. Oktober 2012 (act. 6/1 S. 2 und Ziff. 5) die aufschiebende Wirkung erteilt. Damit liegt – wie die Gläubigern am 15. Oktober 2012 verlangt hatte ("es sei der Beschwerde sofort und ohne Anhörung der Beschwerdegegnerin [der Sachwalterin] aufschiebende Wirkung zu erteilen. Jedenfalls aber sei die für im Oktober 2012 vorgesehene Abstimmung auf dem Schriftweg über den Nachlassvertrag einstweilen auszusetzen"; Antrag Ziffer 5 [act. 6/1

S. 3]) – eine superprovisorische Anordnung der aufschiebenden Wirkung vor. Anordnungen betreffend aufschiebende Wirkung sind vorsorgliche Massnahmen (vgl. Art. 46 BGG; BSK BGG-Amstutz/Arnold, N. 11 zu Art. 46 ["Verfahren betreffend aufschiebende Wirkung und andere vorsorgliche Massnahmen"]; ZK ZPO-Reetz/Huber, N. 23 und 24 zu Art. 315 S. 1991 ["vorsorgliche Massnahme sui generis"]; ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, N. 6 zu Art. 325; Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, Zürich 2010, Rz 3a zu § 22; Rz 18 zu § 26]; a.A. BSK ZPO-Sprecher, N. 55 vor Art. 261-269, allerdings ohne Begründung).

Die Vorinstanz hat dem Begehren um aufschiebende Wirkung stattgegeben, die Sachwalterin vor der Anordnung allerdings nicht angehört (act. 6/4 = act. 3/1: "Der Beschwerde wird aufschiebende Wirkung erteilt"). Die Sachwalterin rügt dies als Verletzung des rechtliche Gehörs, so dass die Verfügung schon deshalb aufzuheben sei (act. 2 Rz 39 ff., insbes. Rz 42). Wendet man die Regeln betreffend vorsorgliche Massnahmen und damit Art. 265 ZPO an, so ist der Gegenpartei unverzüglich nach Erlass der aufschiebenden Wirkung Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Danach ist die sofort angeordnete Massnahme zu bestätigen, abzuändern oder aufzuheben (vgl. KuKo ZPO-Kofmel Ehrenzeller, N. 6 zu Art. 265). Die Vorinstanz hat auf Grund der Beschwerde der Gläubigerin vom 15. Oktober 2012 der Beschwerdeführerin eine Frist zur Beantwortung der Beschwerde angesetzt (act. 6/4 = 3/1, je S. 2, Dispo-Ziff. 3). Auch wenn die Anordnung der aufschiebenden Wirkung dort nicht speziell erwähnt war, konnte sich die Sachwalterin dazu äussern, auch bevor sie am 12. November 2012 innert erstreckter Frist die Beschwerdeantwort einreichte, und zwar am 25. Oktober 2012 mit ihrer "Eingabe betreffend die aufschiebende Wirkung" (act. 6/6 S. 2 und Rz 1). Dass sie ihr Anliegen in die Form eines Feststellungsantrages gekleidet hat, kann ihr nicht schaden, jedenfalls wenn ihr Anliegen – wie hier – klar ist. Es bestand darin, "dass die Gläubiger nicht über die Beschwerde und die aufschiebende Wirkung informiert werden müssen und das bereits laufende Abstimmungsverfahren nicht ausgesetzt bzw. abgebrochen werden muss" (act. 6/6 S. 2).

Die Vorinstanz hat auf die Eingabe der Klägerin vom 25. Oktober 2012 reagiert (act. 6/11 S. 2 E. 2) und "erläutert, dass die in dieser Verfügung vom 18. Ok-

tober 2012 erteilte aufschiebende Wirkung auch das mit Zirkularschreiben des Sachwalters vom 18. Oktober 2012 in die Wege geleitete Zustimmungsverfahren umfasst". Ob es genüge, auf die Eingabe der Sachwalterin vom 25. Oktober 2012 nur "erläuternd" zu reagieren und ob die Frage nicht grundsätzlich neu zu überdenken gewesen wäre, kann dahin gestellt bleiben.

Die Gläubigerin macht geltend, mit der zweiten, die Verfügung vom 18. Oktober 2012 bestätigenden Verfügung sei kein neuer Fristenlauf ausgelöst worden. Eine solche Verfügung stelle kein Anfechtungsobjekt dar, da sie lediglich eine Bestätigung von bereits Entschiedenem enthalte (act. 15 Rz 2). Selbst wenn dem so ist bzw. wäre, so muss ein – nach Stellungnahme der zuvor nicht angehörten Gegenpartei – das Superprovisorium gefällter Entscheid der Ausgangspunkt für den Fristenlauf für den Weiterzug sein (vgl. ZK ZPO-Huber, N. 20 zu Art. 265: "Erst die «definitive», nach Anhörung der Gegenseite bestätigte vorsorgliche Massnahme ist ... anfechtbar"). Und das gilt auch dann, wenn die Reaktion der Vorinstanz lediglich als Erläuterung (act. 3/2 = act. 6/6) zu verstehen wäre, weil Erläuterungen den Fristenlauf erneut auslösen (KuKo ZPO-Brunner, N. 6 zu Art. 334; ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, N. 14 zu Art. 334). So oder so ist die Beschwerdefrist mit der am 12. November 2012 zu Handen der Kammer der Post übergebenen Eingabe gewahrt.

7. Die Vorinstanz hat der Beschwerde vom 15. Oktober 2012 die aufschiebende Wirkung erteilt. Die Kammer hat im obergerichtlichen Beschwerdeverfahren (Verfügung vom 19. November 2012; act. 10) ihrerseits ebenfalls die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 10 S. 2 und Dispositiv-Ziff. 1) und der Beschwerdegegnerin mit Verfügung vom 20. November 2012 (act. 13 S. 2, Dispositiv-Ziff. 1 Frist zur Beschwerdeantwort angesetzt. In der Beschwerdeantwort vom 3. Dezember 2012 weist die Beschwerdegegnerin darauf hin, dass "die aufschiebende Wirkung, die der Beschwerde vor der oberen Aufsichtsinstanz einstweilen erteilt wurde, nicht zu einer Aufhebung der aufschiebenden Wirkung führt, welche die untere kantonale Aufsichtsbehörde der Beschwerde der Beschwerdegegnerin erteilt hatte. Sie begründet dies damit, dass Antrag 2 der Beschwerde der Be-

schwerdeführerin nicht stattgegeben worden sei, sondern lediglich einstweilen Antrag 3" (act. 15 Rz 3).

Mit Antrag 2 der Beschwerdeschrift wurde verlangt, der bei der unteren Aufsichtsbehörde eingereichten Beschwerde die aufschiebende Wirkung rückwirkend zu entziehen und mit Antrag 3 wurde beantragt, der vorliegenden Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen (act. 2 S. 2). Die Kammer hat im obergerichtlichen Beschwerdeverfahren (Verfügung vom 19. November 2012; act. 10) ohne Bezugnahme auf eine bestimmte Antragsziffer angeordnet, dass der Beschwerde bei der Kammer einstweilen aufschiebende Wirkung zuerkannt werde. Wenn, wie dies hier geschehen ist, auf eine vorinstanzlich erteilte aufschiebende Wirkung hin von der Rechtsmittelinstanz die aufschiebende Wirkung ebenfalls erteilt wird, hat dies ohne weiteres die Neutralisierung der vorinstanzlichen Anordnung zur Folge. Das trifft – unabhängig vom (überflüssigen) Antrag 2, zu dem tatsächlich nicht besonders Stellung genommen wurde und auch nicht genommen werden musste – auch hier zu.

8. Neben der vorliegenden Beschwerde (Proz.-Nrn. CB120032 [Vorinstanz] und PS120217) ist ein weiteres Beschwerdeverfahren (CB120233 [Vorinstanz] und PS120218) pendent, eingeleitet durch sechs weitere Gläubigerinnen der B._____ AG, basierend auf dem im wesentlichen gleichen Sachverhalt und auf den im wesentlichen gleichen Beschwerdegründen, so dass sich die Frage nach einer Verfahrenskoordination stellt. Insbesondere wäre in einer solchen Situation eine Vereinigung denkbar (vgl. Art. 125 lit. c ZPO), was allerdings nicht zwingend ist. Die Vorinstanz hat keine solche Vereinigung vorgenommen, so dass es zwei vorinstanzliche Beschwerdeentscheide gibt, die hier je separat angefochten wurden.

Würden diese Verfahren nicht vereinigt, so ändert das nichts daran, dass das Ergebnis der beiden Verfahren letztlich das gleiche Nachlassverfahren betrifft, das nur bezüglich aller Gläubiger in gleicher Weise fortgesetzt werden kann. Würde die Kammer – aus welchen Gründen auch immer – über die im vorinstanzlichen Verfahren erteilte aufschiebende Wirkung unterschiedlich entscheiden und würde in der einen Beschwerde die aufschiebende Wirkung belassen und in der

anderen nicht, so dürfte es (für das Nachlassverfahren als solches) bei der aufschiebenden Wirkung bleiben. Abschliessend beantwortet werden muss der Fall allerdings nicht, weil sich die Ergebnisse der beiden Beschwerdeverfahren entsprechen.

9. Die Gläubigerin hat mit Eingabe vom 3. Dezember 2012 (Eingang 5. Dezember 2012) die Antwort für das obergerichtliche Beschwerdeverfahren erstattet (act. 15), welche der Sachwalterin am 10. Dezember 2012 zugestellt wurde (act. 16). Eine weitere Eingabe der Gläubigerin datiert vom 7. Dezember 2012 (act. 17), welche die Sachwalterin zur Eingabe vom 17. Dezember 2012 veranlasste (act. 19). Die Letztere wurde der Gläubigerin am 20. Dezember 2012 zugestellt (act 21). Damit ist die Sache spruchreif.

II.

1. Die Erteilung der aufschiebenden Wirkung folgt grundsätzlich dem gleichen "Muster" wie die vorsorglichen Massnahmen (Erw. I./5.). Es ist zu beurteilen, ob das, was verlangt wird, eine geeignete Massnahme ist und ob ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil im Sinne jeglicher Beeinträchtigung droht (BK ZPO-Güngerich, N. 30, N. 34 ff. und N. 39 zu Art. 261), wobei die aufschiebende Wirkung – in Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips – notwendig sein muss, um die nicht oder nicht leicht reparable Beeinträchtigung des Gesuchstellers abzuwenden (KUKO ZPO-Kofmel Ehrenzeller, N. 12 zu Art. 261). Zu prüfen sind allerdings nicht nur die Nachteile, die dem Gesuchsteller erwachsen, wenn die aufschiebende Wirkung nicht erteilt wird, sondern auch jene des Gesuchsgegners, wenn die aufschiebende Wirkung gewährt wird (vgl. Isaak Meier, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 20120, S. 262).

2. Dem vorliegenden Fall liegt folgende Chronologie zu Grunde:

| | |
|------------------|---|
| 15. Oktober 2012 | Beschwerde bei der Vorinstanz durch die C. ____ AG (Gläubigerin) (act. 6/1) |
| 18. Oktober 2012 | Verfügung der Vorinstanz mit Erteilung aufschiebende Wirkung (act. 6/4) |
| 19. Oktober 2012 | Entgegennahme dieser vorinstanzlichen Verfügung vom 18. Oktober |

| | |
|-------------------|--|
| | 2012 durch die Sachwalterin A. _____ GmbH (act. 6/5) |
| 18. Oktober 2012 | Zirkular betreffend Abstimmung über den Nachlassvertrag (deutsch: act. 4/25 und englisch act. 4/28) samt Aufgabebelagen vom 18. bzw. 19. Oktober 2012 (act. 4/26) |
| 25. Oktober 2012 | Feststellungsbegehren der Sachwalterin betreffend Fortgang des Abstimmungsverfahrens (act. 6/6) |
| 29. Oktober 2012 | Eingabe Gläubigerin , u.a. mit Feststellungsbegehren betreffend Unbeachtlichkeit des Zirkularschreibens zur Annahme des Nachlassvertrags seitens der Sachwalterin vom 18. Oktober 2012 sowie Feststellung der Ungültigkeit der Zustimmungen zum Nachlassvertrag mit Dividendenvergleich, etc. (act. 6/9 S. 2) |
| 30. Oktober 2012 | Verfügung der Vorinstanz (act. 3/2 = act. 6/11) mit Erläuterung der Verfügung vom 18. Oktober 2012 betreffend aufschiebende Wirkung (act. 3/1 = 6/4), dass davon auch das Zirkularschreiben der Beschwerdeführerin vom 18. Oktober 2012 erfasst sei und dass dieses neu eingeleitet werden müsse. |
| 12. November 2012 | Beschwerde der Sachwalterin bei der Kammer (act. 2): Rückwirkender Entzug der aufschiebenden Wirkung sowie Erteilung der aufschiebenden Wirkung für das Verfahren vor der Kammer |
| 15. November 2012 | Beschwerdeantwort der Beschwerdeführerin vor Vorinstanz (act. 6/15) mit Begehren um rückwirkenden Entzug der aufschiebenden Wirkung |
| 19. November 2012 | Kammer erteilt der Beschwerde einstweilen aufschiebende Wirkung (act. 10) |
| 20. November 2012 | Fristansetzung zur Beschwerdeantwort durch die Kammer (act. 13), Zustellung am 22. November 2012 |
| 3. Dezember 2012 | Beschwerdeantwort der Gläubigerin bei der Kammer mit Antrag auf Abweisung der Beschwerde (act. 15) |
| 7. Dezember 2012 | Eingabe Gläubigerin betr. Verhalten der Vertreter der B. _____ AG (act. 17) |
| 7. Dezember 2012 | Zustellung von act. 15 und 17 an die Beschwerdeführerin |
| 17. Dezember 2012 | Eingabe der Sachwalterin betreffend der Beschwerdeantwort vom 3. Dezember 2012 und betreffend Eingabe der Gläubigerin vom 7. Dezember 2012 (act. 19). |
| 20.12.2012 | Zustellung von act. 19 an die Beschwerdegegnerin |

3. Aus dieser tabellarischen Zusammenstellung ergibt sich, dass die Gläubigerin bei der Vorinstanz **zwei** Beschwerden bzw. Eingaben eingereicht hat (act. 6/1 und act. 6/9). Die erste (vom 15. Oktober 2012; act 6/1) richtet sich gegen die Amtsführung bzw. die gerügten Unterlassungen der Sachwalterin im Vorfeld und an der Gläubigerversammlung. Die zweite (vom 29. Oktober 2012; act. 6/9: "Anweisung und Feststellung") betrifft die Gewährung der Akteneinsicht, eine Anwei-

sung betreffend die Anwaltskanzlei Y._____, die Feststellung, dass die Verfügung der Sachwalterin vom 18. Oktober 2012 unbeachtlich und dass die Zustimmung zum Dividendenvergleich ungültig ist.

4. Die Sachwalterin führt in der Beschwerde vor der Kammer an, dass ihr von der Gläubigerin Rechtsverzögerung vorgeworfen werde, insbesondere werde angeblich verweigerte Akteneinsicht und angeblich unzureichende Abklärungen von Verantwortlichkeits- und Anfechtungsansprüchen geltend gemacht (act. 2 Rz. 7). Die Vorinstanz habe ergänzend ausgeführt, dass das bereits initiierte Abstimmungsverfahren – unabhängig vom Entscheid der Beschwerde als solcher – nochmals wiederholt werden müsse. Das wäre ein sinnloser Leerlauf und könnte auch für die Gläubiger fatale Auswirkungen haben (act. 2 Rz 9). Die Beschwerdeführerin habe den Gläubigern und insbesondere der Beschwerdegegnerin das Akteneinsichtsrecht jederzeit und weit über den erforderlichen Umfang hinaus gewährt (act. 2 Rz 26). Die Beschwerdeführerin habe erst am 19. Oktober 2012 Kenntnis von der Beschwerde bzw. der Verfügung mit erteilter aufschiebender Wirkung erlangt (act. 2 Rz 28), so dass der Versand der Gläubigerzirkulare zulässig gewesen sei (act. 2 Rz 29). Am folgenden Tag sei es nicht gestoppt worden, weil bereits rund 80 % der Zirkulare am Vortag verschickt worden seien (act. 2 Rz 31). Aus der Verfügung vom 18. Oktober 2012 gehe nicht hervor, worauf sich die aufschiebende Wirkung beziehe. Am 12. November 2012 hätte bereits eine Mehrheit von 186 der 338 Gläubiger zugestimmt. Die Beschwerdeführerin begründet in der Folge einlässlich die Verletzung ihres rechtlichen Gehörs, indem die aufschiebende Wirkung ohne Anhörung angeordnet worden sei (act. 2 Rz 39 ff.), indem keine Aussicht auf Gutheissung der Beschwerde bestehe, weil die Beschwerdeführerin keine Sachverhalte festgestellt habe, die Verantwortlichkeits- und Anfechtungsansprüche vermuten liessen, worüber die Gläubiger an der Gläubigerversammlung informiert worden seien (act. 2 Rz 50). Das Akteneinsichtsrecht sei im Rahmen des Vertretbaren gewährt worden (act. 2 Rz 51) und ausserdem sei keine Gefahr in Verzug gewesen (act. 2 Rz 54), zumal nachdem die Abstimmungsunterlagen bereits versandt worden seien (act. 2 Rz 56). Schliesslich bestehe kein Rechtsschutzinteresse und keine höherwertigen Inte-

ressen an der Wiederholung des Zustimmungsverfahrens, was zum Entzug der aufschiebenden Wirkung hätte führen müssen.

5. In der Beschwerdeantwort vom 3. Dezember 2012 vor der Kammer (act. 15) begründete die Gläubigerin ihren Antrag, die Beschwerde abzuweisen, damit, dass die Beschwerdeführerin als Sachwalterin ihre Pflichten verletzt habe, indem anlässlich der Gläubigerversammlung bezüglich Prüfung von Verantwortlichkeitsansprüchen unrichtige und unvollständige Darstellungen gemacht wurden, indem wesentliche Akten nicht vorlagen und indem nicht richtig über die Vor- und Nachteile des Dividendenvergleichs informiert worden sei (act. 15 Rz 3 ff.). Die aufschiebende Wirkung sei daher absolut gerechtfertigt (act. 15 Rz 6). Es gehe der Beschwerdegegnerin einzig darum, das Recht nicht zu verlieren, die offensichtlichen Pflichtverletzungen der Organe der B. _____ AG geltend machen zu können (act. 15 Rz 8). Immerhin habe sich aus der zwischenzeitlich ergänzten Akteneinsicht ergeben, dass die Revisionsstelle zum Abschluss 2010 erklärt habe, dieser sei falsch, was zu Korrekturbuchungen im Betrage von rund Fr. 12 Mio. geführt habe, so dass per 2010 richtigerweise eine Überschuldung vorgelegen habe (act. 15 Rz 9). Schliesslich wies sie darauf hin, dass die von der Beschwerdeführerin eingereichte Stellungnahme der Anwälte der B. _____ AG im Verfahren betreffend aufschiebende Wirkung unnötig seien (act. 15 Rz 10).

6. Im vorliegenden Verfahren geht es einzig darum, ob die Vorinstanz der Beschwerde der Gläubigerin die aufschiebende Wirkung (act. 3/1 S. 2 Dispositiv-Ziff. 1) zu Recht erteilt hat und welche Bedeutung der vorinstanzlichen Präsidialverfügung vom 30. Oktober 2012 (act. 3/2) zukommt.

Die Gläubigerin hat mit der Beschwerdebegründung im vorinstanzlichen Verfahren (superprovisorisch) die aufschiebende Wirkung beantragt und angefügt: **"Jedenfalls aber ist die für im Oktober 2012 vorgesehene Abstimmung auf dem Schriftweg über den Nachlassvertrag einstweilen auszusetzen"** (act. 6/1 S. 3, Antrag Ziff. 5). Sie beruft sich in ihrer Beschwerde vor Vorinstanz vom 15. Oktober 2012 auf Rechtsverweigerung (act. 6/1 S. 4 und 5). Zu prüfen ist zunächst, ob die Erteilung der aufschiebenden Wirkung zulässig und überhaupt geeignet war, um die von der Gläubigerin anvisierten Ziele zu erreichen. Wird eine

Beschwerde wegen Rechtsverweigerung erhoben, so gibt es keine Verfügung der Sachwalterin, die hätte angefochten werden können. Der Suspensiveffekt bewirkt die Aussetzung der Entscheidungswirkungen. Entscheidungswirkungen können aber nur dann ausgesetzt werden, wenn überhaupt eine Verfügung bzw. ein Entscheid ergangen ist (vgl. dazu z.B. ZPO-Rechtsmittel-Hoffmann-Nowotny, N. 5 zu Art. 315) und das fehlt bei der Rechtsverzögerung/Rechtsverweigerung regelmässig. Diese beruht nämlich gerade darauf, dass geltend gemacht wird, die zum Handeln verpflichtete Behörde bzw. das in der Pflicht stehende Organ habe keinen Entscheid gefällt. Ist das, was mit der aufschiebenden Wirkung erreicht werden will, nicht erreichbar, so ist das Gesuch unzulässig und daher abzuweisen.

7. Anders könnten die Dinge höchstens bei der besonders erwähnten Ziff. 5 der Anträge der Beschwerde vom 15. Oktober 2012 liegen, mit der die für Oktober 2012 angekündigte Abstimmung über den Nachlassvertrag (vgl. z.B. Protokoll der Gläubigerversammlung vom 4. Oktober 2012, act. 6/7/10 S. 5, III.; Präsentationsfolien 4 und 26 als Anhang zu act. 6/7/13) einstweilen verhindert werden sollte. Bei der Ankündigung eines Abstimmungstermin bzw. beim präsentierten Zeitplan handelt es sich allerdings nicht um eine beschwerdefähige Verfügung der Sachwalterin, sondern um Angaben über den mutmasslichen weiteren Fortgang des Verfahrens. Das ist nichts anderes als eine Absichtserklärung für die Zukunft, und das ist nicht anfechtbar (BGE 96 III 44 E. c), und zwar auch dann nicht, wenn eine solche Erklärung oder Äusserung in schriftlicher Form abgegeben wird (BSK SchKG I-Cometta/Möckli, N. 22 zu Art. 17). In dieser Situation könnte höchstens an eine vorsorgliche Massnahme gedacht werden, mit der die Sachwalterin einstweilen daran gehindert werden könnte, die geplante Abstimmung durchzuführen, wenn denn die Voraussetzungen im Übrigen gegeben wären. Anzumerken ist in diesem Zusammenhang allerdings, dass im Zwangsvollstreckungsverfahren vorsorgliche Massnahmen zwar nicht völlig inexistent, jedoch die absolute Ausnahme sind (vgl. z.B. vorsorgliche Sicherung von Vollstreckungssubstrat im Hinblick auf eine bevorstehende Pfändung, vgl. BSK SchKG I-Levante, N. 72 zu Art. 19; BGE 115 III 44). Der Regelfall beruht darauf, dass nach dem Konzept von Art. 17 SchKG zuerst eine Verfügung erlassen werden muss, die dann angefochten werden kann (Abs. 1). Ein solch besonderer Fall liegt hier nicht vor, so dass

diesbezüglich eine vorsorgliche Massnahme nicht in Frage käme. Der einstweilige Rechtsschutz müsste wohl ohnehin daran scheitern, dass der drohende Nachteil – eine allfällige Wiederholung der Abstimmung und die damit verbundenen Versandkosten – zum vorneherein nicht schwergewichtig genug erscheint.

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass die Vorinstanz auch gar keine vorsorgliche Massnahme im Sinne des Verbotes zur Durchführung der Abstimmung erlassen hat, so dass im Rahmen des vorliegenden Beschwerdeverfahrens, wo es nicht um den Erlass, sondern um die Überprüfung von vorinstanzlichen Anordnung geht, darüber nicht entschieden werden kann. Zu erwähnen ist schliesslich, dass sich aus der Eingabe vom 7. Dezember 2012 (act. 17) nichts ergibt, was beim vorliegenden Entscheid über die Erteilung der aufschiebenden Wirkung berücksichtigt werden könnte und müsste, weil diese bereits aus dogmatischen bzw. rechtstechnischen Gründen unzulässig war.

8. Das vorinstanzliche Verfahren wird nach Abschluss des zweitinstanzlichen Beschwerdeverfahrens betreffend aufschiebende Wirkung allerdings weiter geführt werden müssen. Mit dem unbehandelten Antrag betreffend Aussetzung der Abstimmung (act. 6/1 S. 3, Antrag Ziff. 5) wird sich die Vorinstanz inhaltlich allerdings nicht (mehr) befassen müssen: zum einen, weil solche vorsorglichen Massnahmen – wie gezeigt – nicht zulässig sind, und zum anderen (für den Fall, dass man sie entgegen der vorstehend erläuterten Ansicht dennoch für zulässig hielte), weil die Abstimmung inzwischen stattgefunden hat (vgl. act. 6/9 S. 3 f.). Ein Begehren, das deren Durchführung verbieten soll, ist damit ohnehin gegenstandslos geworden.

Von den vier Begehren in der Eingabe der Gläubigerin vom 29. Oktober 2012 (act. 6/9 S. 2) tangieren nur zwei Begehren (Ziff. 3 und 4) indirekt die Frage der aufschiebenden Wirkung, indem die Feststellung der Unbeachtlichkeit der Verfügung des Sachwalters vom 18. Oktober 2012 sowie die Ungültigkeit des Zustimmungsverfahrens zum Nachlassvertrag verlangt wird. Die Vorinstanz hat diese Eingabe, welche möglicherweise nach Erlass der Verfügung vom 30. Oktober 2012 beim Gericht eintraf, formell nicht behandelt, so dass es im Rechtsmittelverfahren dazu nichts zu entscheiden gibt. Die Frage, ob die durchgeführte Ab-

stimmung allenfalls wiederholt werden muss, wird sich je nach Ausgang des vorinstanzlichen Beschwerdeverfahrens in der Sache selbst stellen; einzig die Tatsache, dass in der Verfügung vom 30. Oktober 2012 (act. 3/2) auf unrichtiger Grundlage "erläutert" wurde, dass "die erteilte aufschiebende Wirkung auch das mit Zirkularschreiben des Sachwalters vom 18. Oktober 2012 in die Wege geleitete Zustimmungsverfahren umfasst", ist für die Wiederholung keine gültige Grundlage. Werden die Verfügungen vom 18. Oktober 2012 (act. 3/1) und vom 30. Oktober 2012 (act. 3/2) aufgehoben, dann ist es so, als ob die aufschiebende Wirkung nie erteilt wurde, was den verlangten Feststellungen, die auf der Unzulässigkeit der Durchführung der Versteigerung basieren, ohne weiteres den Boden entzieht.

Die vorliegende Beschwerde der Sachwalterin ist demnach gutzuheissen, soweit darauf einzutreten ist, und die von der Vorinstanz erteilte aufschiebende Wirkung fällt damit ex tunc dahin. Mit dem vorliegenden Entscheid entfällt auch die aufschiebende Wirkung im zweitinstanzlichen Beschwerdeverfahren.

III.

Im SchK-Beschwerdeverfahren können keine Gebühren erhoben (Art. 20a Abs. 2 Ziff. 5; Art. 61 Abs. 2 lit. a GebV SchKG) und keine Parteientschädigungen zugesprochen werden (Art. 62 Abs. 2 SchKG).

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen, soweit darauf eingetreten wird, und die von der Vorinstanz erteilte aufschiebende Wirkung wird aufgehoben.
2. Es werden keine Kosten erhoben, und es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und – unter Beilage der erstinstanzlichen Akten – an das Bezirksgericht Winterthur als untere kantonale Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen, je gegen Empfangsschein.
4. 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:

Prof. Dr. I. Jent-Sørensen

versandt am: