

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer als obere kantonale Aufsichtsbehörde  
über Schuldbetreibung und Konkurs



---

Geschäfts-Nr.: PS120218-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

1. **C.\_\_\_\_\_ Co.**,
2. **D.\_\_\_\_\_ Co.**,
3. **E.\_\_\_\_\_ Co.**,
4. **F.\_\_\_\_\_ Co.**,
5. **G.\_\_\_\_\_ AG**,
6. **H.\_\_\_\_\_ AG**,

Beschwerdegegnerinnen,

Nr. 1 bis 6 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_ und Rechtsanwältin lic.  
iur. Y.\_\_\_\_\_,

betreffend

### **Erteilung der aufschiebenden Wirkung**

Beschwerde gegen zwei Verfügungen des Präsidenten des Bezirksgerichtes Win-  
terthur vom 22. und 30. Oktober 2012 (CB120033)

## **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 (Eingang: 18. Oktober 2012) beschwerten sich sechs Gläubigerinnen (Beschwerdeführerinnen des vorinstanzlichen Verfahrens und Beschwerdegegnerinnen des vorliegenden Verfahrens, nachfolgend Gläubigerinnen) über die A. \_\_\_\_\_ GmbH und stellten verschiedene Rechtsbegehren: Verpflichtung der Sachwalterin zur Abklärung und Inventarisierung von allfälligen Verantwortlichkeitsansprüchen (Ziff. 1), Gewährung vollumfänglicher Akteneinsicht zuhanden sämtlicher Gläubiger unter Nennung einer Vielzahl von explizit bezeichneten Dokumenten (Ziff. 2), Verpflichtung zur Einberufung einer zweiten Gläubigerversammlung nach Auflage sämtlicher in Ziff. 2 genannten Dokumente (Ziff. 3) und Verpflichtung zur Beantwortung diverser Fragen (Ziff. 4). Schliesslich stellten sie das Begehren (Ziff. 5), "der Beschwerde sofort und ohne Anhörung der Beschwerdegegnerin [Sachwalterin] aufschiebende Wirkung zu erteilen. Jedenfalls aber ist die für ab 9. Oktober 2012 vorgesehene Abstimmung auf dem Schriftweg über den Nachlassvertrag einstweilen auszusetzen" (act. 6/1 S. 2-5).

2. Mit Verfügung der Vorinstanz vom 22. Oktober 2012 (act. 6/4) wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilt (Dispositiv-Ziff. 1) und der Sachwalterin Frist zur Beschwerdeantwort angesetzt (Dispositiv-Ziff. 2). Diese Anordnung ging ihr am 23. 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 die Gläubigerinnen verschiedene Begehren gestellt hätten (act. 6/6 Rz 7). Die Sachwalterin habe den Gläubigerinnen am 15. Oktober 2012 die Auflage weiterer Akten ab dem 19. Oktober 2012 in Aussicht

gestellt, welche inzwischen aufliegen würden (act. 6/6 Rz 10). Am 18./19. Oktober 2012 habe die Sachwalterin mit einem Zirkularschreiben an 289 Gläubiger das Abstimmungsverfahren eingeleitet (act. 6/6 Rz 12 f.). Sie stelle deshalb den Antrag (act. 6/6 S. 2):

"Es sei festzustellen, 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".

Mit Eingabe vom 29. Oktober 2012 (Eingang 30. Oktober 2012) stellten die Gläubigerinnen ihrerseits die Anträge:

- "1. Die Verfügung ... (der Sachwalterin) vom 18. Oktober 2012 bezüglich der Unterzeichnung des Nachlassvertrages sei aufzuheben;
2. Die ... (Sachwalterin) sei anzuweisen:
  - den Versand von Nachlassverträgen mit Dividendenvergleich mitsamt Erläuterungen einzustellen;
  - diejenigen Gläubiger, an die bereits ein Nachlassvertrag mit Dividendenvergleich versandt wurde, über den Beschwerdeeingang und die erteilte aufschiebende Wirkung zu informieren und die angesetzte Frist zur Abstimmung abzunehmen;
  - die Gläubiger zu informieren, dass die Zustimmungen zum Nachlassvertrag mit Dividendenvergleich, welche auf der derzeitigen Informationsbasis erteilt wurden, ungültig seien,
3. Auf die Eingabe der Beschwerdegegnerin betreffend aufschiebende Wirkung vom 25. Oktober 2012 sei nicht einzutreten, eventualiter sei sie abzuweisen".

3. Unter Hinweis darauf, dass die Erteilung der aufschiebenden Wirkung den Stillstand jeglicher Amtstätigkeit mit Verfügungscharakter ex tunc bewirkt, hielt die Vorinstanz in der Verfügung vom 30. Oktober 2012 (act. 6/10) fest, dass das Zustimmungsverfahren durch die Erteilung der aufschiebenden Wirkung gestoppt werde und dass es nach Vorliegen des rechtskräftigen Endentscheides über die Beschwerde erneut eingeleitet werden müsse (act. 3/2 S. 3). Das vorinstanzliche Dispositiv lautet:

"Die Verfügung vom 22. 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 Gläubigerinnen vom 29. Oktober 2012 (act. 6/9) ist zu schliessen, dass über die darin enthaltenen Begehren nicht förmlich entschieden wurde.

4. Darüber beschwerte sich die Sachwalterin ihrerseits rechtzeitig bei der Kammer und stellte folgende Anträge (act. 2 S. 2):

- "1. Ziff. 1 der Präsidialverfügung der unteren Aufsichtsbehörde vom 22. 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. Unter Entschädigungsfolgen".

Mit der Beschwerdeantwort stellen die Gläubigerinnen folgende Anträge (act. 17 S. 2):

- "1. Auf die Beschwerde sei nicht einzutreten;
2. eventualiter sei die Beschwerde vollumfänglich abzuweisen und es sei der vorinstanzlichen Beschwerde in Abänderung der Verfügung vom 19. November 2012 und in Bestätigung des vorinstanzlichen Entscheides die aufschiebende Wirkung rückwirkend wieder zu entziehen".

5. Als Gegenpartei nennt die Sachwalterin in der Beschwerde vor der Kammer das Bezirksgericht Winterthur als untere Aufsichtsbehörde. Diesem kommt jedoch die Stellung einer Vorinstanz zu, und es ist nicht als Partei am Verfahren zu beteiligen. Diesbezüglich ist ohne Weiteres das Rubrum der Vorinstanz zu übernehmen; Beschwerdegegnerinnen sind die Gläubigerinnen C. \_\_\_\_\_ Co., D. \_\_\_\_\_ Co., E. \_\_\_\_\_ Co., F. \_\_\_\_\_ Co., G. \_\_\_\_\_ AG sowie H. \_\_\_\_\_ AG.

6. Die Gläubigerinnen nennen als Beschwerdeobjekt die Verfügung vom 22. Oktober 2012; die Verfügung vom 30. Oktober 2012 sei eine blosser Bestätigung des bereits Entschiedenen (act. 17 Rz 8). Dass die Sachwalterin am 25. Oktober 2012 die Feststellung verlangt habe, dass das laufende Abstimmungsverfahren nicht ausgesetzt bzw. abgebrochen werde, sei zwar prozessual nicht falsch, das könne allerdings bestenfalls als Wiedererwägungsgesuch entgegen genommen werden. Das Feststellungsbegehren dürfe keinesfalls dazu führen, dass dadurch eine unterlassene Beschwerde ersetzt bzw. eine Rechtsmittelfrist verlängert wer-

de. Hätte die Sachwalterin förmlich gegen die aufschiebende Wirkung vorgehen wollen, hätte sie die Verfügung vom 22. Oktober 2012 anfechten müssen. Die Reaktion der Vorinstanz auf das Feststellungsbegehren der Sachwalterin sei die Verfügung vom 30. Oktober 2012 gewesen, mit der die bereits erteilte aufschiebende Wirkung bestätigt worden sei (act. 17 Rz 11-13).

Ausgangspunkt ist, wie die Gläubigerinnen richtig bemerken, die Verfügung vom 22. Oktober 2012 (act. 3/1). Dort wurde der Beschwerde ohne Anhörung, ohne Begründung, und allein auf Grund der Beschwerdeschrift vom 15. Oktober 2012 die aufschiebende Wirkung erteilt ("Der Beschwerde wird aufschiebende Wirkung erteilt"). Damit liegt – wie die Gläubigerinnen am 15. Oktober 2012 verlangt haben ("es sei der Beschwerde sofort und ohne Anhörung der Beschwerdegegnerin [Sachwalterin] aufschiebende Wirkung zu erteilen"; Antrag Ziffer 5 [act. 6/1 S. 5]) – 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 und hat die Sachwalterin vor der Anordnung nicht angehört. Die Sachwalterin rügt dies als Verletzung des rechtlichen Gehörs, so dass die Verfügung schon deshalb aufzuheben sei (act. 2 Rz 35 ff.). Wendet man die Regeln betreffend vorsorgliche Massnahmen und damit Art. 265 ZPO an, so ist der Gegenpartei unverzüglich nach Erlass der superprovisorischen Anordnung 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 Gläubigerinnen vom 15. Oktober 2012 der Sachwalterin eine Frist zur Beantwortung der Beschwerde angesetzt (act. 6/4 S. 3). Auch wenn die Anordnung der aufschiebenden Wirkung darin nicht

speziell erwähnt war, konnte sich die Sachwalterin, die zuvor nicht angehört worden war, dazu äussern, was sie mit ihrer "Eingabe betreffend die aufschiebende Wirkung" am 25. Oktober 2012 denn auch getan hat (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".

Die Vorinstanz hat auf die Eingabe vom 25. Oktober 2012 reagiert (act. 6/10 S. 3 E. 2) und "erläutert, dass die in dieser Verfügung (vom 22. Oktober 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 Beschwerdeführerin vom 25. Oktober 2012 nur "erläuternd" zu reagieren und ob die Frage nicht grundsätzlich neu zu überdenken gewesen wäre, kann – wie sich sogleich ergibt – dahin gestellt bleiben.

Die Gläubigerinnen machen geltend, mit der Verfügung vom 30. Oktober 2012 habe die Vorinstanz "in (blosser) Bestätigung der bereits erteilten aufschiebenden Wirkung" nicht neu entschieden (act. 17 Rz 11). Auch wenn dem so ist bzw. wäre, so muss ein das Superprovisorium bestätigender 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/Afheltdt, N. 14 zu Art. 334), so dass die Frist für die vorliegende Beschwerde mit der am 12. November 2012 der Post übergebenen Eingabe so oder so gewahrt war.

7. Die Vorinstanz hat der Beschwerde vom 15. Oktober 2012 die aufschiebende Wirkung erteilt. Die Kammer hat für ihr eigenes, obergerichtliches Beschwerdeverfahren (Verfügung vom 19. November 2012; act. 10) angeordnet, dass der Beschwerde bei der Kammer einstweilen aufschiebende Wirkung zuer-

kannt werde und den Gläubigerinnen mit Ansetzung der Frist zur Beschwerdeantwort Gelegenheit gegeben, (auch) zur aufschiebenden Wirkung Stellung zu nehmen. Damit wurde die aufschiebende Wirkung der Vorinstanz "neutralisiert" und es verhält sich danach so, wie wenn vor Vorinstanz keine aufschiebende Wirkung erteilt worden wäre. Die Gläubigerinnen machen allerdings geltend, "dass die aufschiebende Wirkung, die der Beschwerde von der oberen Aufsichtsinstanz einstweilen erteilt wurde, nicht zu einer Aufhebung der aufschiebenden Wirkung führt, welche die Vorinstanz der Beschwerde der Beschwerdegegnerinnen (Gläubigerinnen) erteilt hatte, weil dem Antrag 2 der Beschwerde der Beschwerdeführerin (Sachwalterin) nicht stattgegeben worden sei, sondern lediglich dem Antrag 3, ohne indes eine Rückwirkung anzuordnen" (act. 17 Rz 22). Damit beziehen sich die Gläubigerinnen auf die Anträge zur vorliegenden Beschwerde (Ziff. 2: "Der bei der unteren Aufsichtsbehörde eingereichten Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung rückwirkend zu entziehen"; Ziff. 3: "Der vorliegenden Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen"; act. 2 S. 2). 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 vorbestehenden 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. CB120233 [Vorinstanz] und PS120218) ist ein weiteres Beschwerdeverfahren (CB120032 [Vorinstanz] und PS120217) pendent, eingeleitet durch eine andere Gläubigerin 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 an eine Vereinigung beider Verfahren zu denken (vgl. Art. 125 lit. c ZPO). Die Vorinstanz hat keine solche Vereinigung vorgenommen, so dass es zwei vorinstanzliche Beschwerdeentscheide gibt, die hier je separat angefochten wurden.

Wurden diese Verfahren nicht vereinigt, so ändert das nichts daran, dass beide Beschwerden letztlich das gleiche Nachlassverfahren betreffen, welches nicht gegenüber den einen Gläubigern angehalten und gegenüber den anderen weitergeführt werden kann. Die Frage, ob es – aus welchen Gründen auch immer – möglich wäre, über die im vorinstanzlichen Verfahren erteilte aufschiebende Wirkung unterschiedlich zu entscheiden, muss allerdings nicht abschliessend beantwortet werden, weil beide Beschwerdeverfahren zum gleichen Ergebnis führen.

9. Die Gläubigerinnen haben mit Eingabe vom 3. Dezember 2012 (Eingang 5. Dezember 2012) die Beschwerdeantwort für das obergerichtliche Beschwerdeverfahren erstattet (act. 17). Diese wurde der Sachwalterin am 10. Dezember 2012 zugestellt (act. 20). Das veranlasste die Letztere zur Eingabe vom 18. Dezember 2012, eingegangen am 19. Dezember 2012 (act. 21). Auf die Zustellung an die Gläubigerinnen am 9. Januar 2013 (von deren Rechtsvertretung entgegengenommen am 10. Januar 2013, act. 23) erfolgte keine Reaktion. Die Sache ist spruchreif.

## II.

1. Die Erteilung der aufschiebenden Wirkung folgt grundsätzlich dem gleichen "Muster" wie die vorsorglichen Massnahmen (vgl. Erw. I./6.). 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, sondern auch jene des Gesuchsgegners, wenn die aufschiebende Wirkung gewährt wird (vgl. Isaak Meier, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 2010, S. 262).

2. Dem vorliegenden Fall liegt folgende Chronologie zu Grunde:

04.10.2012	Gläubigerversammlung (Protokoll act. 6/7/6)
05.10.2012	Schreiben Sachwalterin an Gläubigerinnen (act. 6/7/7)
08.10.2012	Schreiben Gläubigerinnen an Sachwalterin (act. 6/3/8)
15.10.2012	Schreiben Sachwalterin an Gläubigerinnen (act. 6/7/9)
15.10.2012	<b>Beschwerde</b> der Gläubigerinnen vor Vorinstanz betr. Klärung von Verantwortlichkeits- und Anfechtungsansprüchen, Verpflichtung zur Gewährung vollumfänglicher Akteneinsicht z.G. aller Gläubiger in einzeln genannte Dokumente, Verpflichtung zur Durchführung einer zweiten Gläubigerversammlung, Pflicht zur Auskunftserteilung an der zweiten Gläubigerversammlung, <b>Gesuch um aufschiebende Wirkung</b> (act. 6/1)
18.10.2012	Abstimmungsunterlagen (6/7/10), in Englisch (6/7/13)
18./19.10.2012	Aufgabebelege Versand Abstimmungsunterlagen (act. 6/7/11, /12, /14, /15)
22.10.2012	<b>Präsidialverfügung</b> Vorinstanz vom 22. Oktober 2012 (act. 6/4): Aufschiebende Wirkung erteilt.
23.10.2012	Versandbelege zur Verfügung vom 22. Oktober 2012 (act. 6/5)
23.10.2012	Schreiben Gläubigerinnen an Sachwalterin (act. 6/7/16)
25.10.2012	<b>Feststellungsbegehren</b> der Sachwalterin betreffend Fortgang des Abstimmungsverfahrens (act. 6/6)
29.10.2012	<b>Beschwerde</b> der Gläubigerinnen betreffend Aufhebung der Verfügung des Beschwerdeführerin vom 18. Oktober 2012; Begehren um Anweisung, den Versand der Abstimmungsunterlagen einzustellen, bzw. Information der Gläubiger bei bereits erfolgtem Versand über Beschwerde bzw. Information der Gläubiger, dass bereits erfolgte Zustimmungen zum Nachlassvertrag ungültig sowie betreffend aufschiebende Wirkung (act. 6/8)
30.10.2012	<b>Präsidialverfügung</b> vom 30. Oktober 2012; <b>Erläuterung</b> (act. 8/10)
12./14.11.2012	Beschwerdeantwort der Sachwalterin vor Vorinstanz (act. 8/14)

Aus dieser tabellarischen Zusammenstellung ergibt sich, dass die Gläubigerinnen bei der Vorinstanz **zwei** Beschwerden bzw. Eingaben eingereicht haben (act. 6/1 und act. 6/8). Die erste (vom 15. Oktober 2012; act. 6/1) richtet sich gegen die Amtsführung bzw. die gerügten Unterlassungen der Sachwalterin im Vorfeld der Gläubigerversammlung sowie anlässlich der Versammlung als solcher. Die zweite (vom 29. Oktober 2012; act. 6/8) betrifft die Abstimmungsunterlagen vom 18. Oktober 2012, welche am 18./19. Oktober 2012 an sämtliche Gläubiger versandt wurden; die beschwerdeführenden Gläubigerinnen, welche bereits die

Rechtsverweigerungsbeschwerde erhoben hatten, verlangen damit die Verpflichtung der Sachwalterin zu einem Tun (Einstellen des Versandes, Information der Gläubiger über den Beschwerdeeingang inkl. Abnahme der Frist für die Abstimmung samt Information darüber, dass die Zustimmungen zum Nachlassvertrag ungültig sei).

3. In der Verfügung der Vorinstanz vom 22. Oktober 2012 (act. 6/4 = act. 3/1) wird auf die (erste) Beschwerde vom 15. Oktober 2012 Bezug genommen, so dass es diese war, der damit der Suspensiveffekt zuerkannt wurde. In der Verfügung der Vorinstanz vom 30. Oktober 2012 (act. 6/10) wird auf die (erste) Beschwerde der Gläubigerinnen vom 15. Oktober 2012, auf die eigene Verfügung vom 22. Oktober 2012, auf die Einleitung des Abstimmungsverfahrens durch die Sachwalterin vom 18. Oktober 2012 sowie auf die Eingabe der Sachwalterin vom 25. Oktober 2012 Bezug genommen und eine auf die Verfügung vom 22. Oktober 2012 bezogene "Erläuterung" abgegeben bzw. die ursprüngliche Anordnung der aufschiebenden Wirkung bestätigt (vgl. E. I./6.). Damit ist davon auszugehen, dass die Vorinstanz die Meinung hatte, das Begehren der Sachwalterin vom 25. Oktober 2012 (act. 6/6) in der "erläuternden" Verfügung zu berücksichtigen.

Die (zweite) Beschwerde der Gläubigerinnen vom 29. Oktober 2012 (act. 6/8 S. 3) ist in der Verfügung vom 30. Oktober 2012 nicht erwähnt. Als Anfechtungsobjekt der Beschwerde vom 29. Oktober 2012 nennen die Gläubigerinnen das Zirkularschreiben der Beschwerdeführerin als Sachwalterin vom 18. Oktober 2012 an die Gläubiger ("B. \_\_\_\_\_ AG, Abstimmung über den Nachlassvertrag" mit dem Anhang "Abstimmungsformular zum Nachlassvertrag" sowie der Text des Nachlassvertrages, datiert vom 4. Oktober 2012; vgl. act. 6/8 S. 3). Die Vorinstanz hat somit über diese (zweite) Beschwerde noch nicht entschieden. Das mag dadurch bedingt sein, dass sie davon ausgegangen sein dürfte, die darin gestellten Begehren seien von der aufschiebenden Wirkung umfasst, weil sie meinte, die Abstimmung sei ohnehin zu wiederholen. Das ändert allerdings nichts daran, dass über die Beschwerde der Gläubigerinnen vom 29. Oktober 2012 kein förmlicher vorinstanzlicher Entscheid ergangen ist, so dass sich die Kammer im Rechtsmittelzug dazu nicht äussern kann. Das führt diesbezüglich zu einem Nichteintreten.

4. Die Gläubigerinnen haben im vorinstanzlichen Verfahren (superprovisorisch) die aufschiebende Wirkung verlangt, **jedenfalls aber die einstweilige Aussetzung der für die ab 9. Oktober 2012 auf dem Schriftweg vorgesehenen Abstimmung** (act. 6/1 S. 5 Ziff. 5). Die Gläubigerinnen hatten mit ihrer Beschwerde vor Vorinstanz vom 15. Oktober 2012 (act. 6/1) Rechtsverweigerung geltend gemacht: Die Sachwalterin habe ihre im Rahmen des Nachlassverfahrens obliegenden Verfahrenspflichten verletzt, worüber jederzeit Beschwerde geführt werden könne (act. 6/1 Rz 2). Anlässlich der Gläubigerversammlung vom 4. Oktober 2012 habe die Sachwalterin verneint, dass sie neben dem Nachlassvertrag mit Dividendenvergleich auch den Konkurs mit Verantwortlichkeits- und Anfechtungsansprüchen geprüft habe und zukünftig prüfen werde (act. 6/1 Rz 13). Die Sachwalterin habe ihre Pflicht verletzt und die Vor- und Nachteile des Nachlassvertrages gegenüber einem Konkursverfahren nicht abgeklärt. Würde die Abstimmung auf der unvollständigen Basis durchgeführt, so würde damit riskiert, dass die (nicht dringliche) Abstimmung auf einer anderen Basis wiederholt werden müsse. Es sei zudem davon auszugehen, dass die Sachwalterin dem Nachlassgericht die im Bestätigungsverfahren erforderlichen Grundlagen voraussichtlich überhaupt nicht liefern könne (act. 6/1 Rz 14).

Zur verlangten aufschiebenden Wirkung wiesen die Gläubigerinnen darauf hin, dass diese dann zu erteilen sei, wenn es Aussicht auf Gutheissung der Beschwerde gebe und die Vollstreckungshandlungen nicht mehr leicht und ohne Schaden rückgängig gemacht werden können (act. 6/1 Rz 12). Aufgrund der zeitlich knappen Abfolge des vorliegenden Falles – die Abstimmung solle bereits ab dem 9. Oktober 2012 stattfinden und der Bericht und das Bestätigungsbegehren sollten gemäss Zeitplan bereits am 23. Oktober 2012 erfolgen – sei die aufschiebende Wirkung unumgänglich, was auch die Verschiebung der Abstimmung mit sich bringen würde. Die Beschwerde befasse sich ja gerade mit den essentiellen Entscheidungsgrundlagen, insbesondere gehe es darum, dass die Sachwalterin keine genügenden Grundlagen für einen sachgerechten Entscheid der Gläubiger bereitgestellt habe. Ohne die aufschiebende Wirkung würde die auf unzureichender Basis durchgeführte Abstimmung bei Gutheissung der Beschwerde wiederholt werden müssen. Die Abstimmung sei nicht dringlich und könne daher problemlos

noch später erfolgen (act. 6/1 Rz 13). Gleiches gelte für das anvisierte gerichtliche Bestätigungsverfahren (act. 6/1 Rz 14). Die neuerliche Durchführung des Abstimmungsverfahrens wäre relativ aufwändig und kostspielig, so dass die geplante Abstimmung auch deshalb ausgesetzt werden müsse (act. 6/1 Rz 15).

In der Beschwerde vor der Kammer macht die Sachwalterin – neben der Verletzung des rechtlichen Gehörs im vorinstanzlichen Verfahren (act. 2 Rz 35 ff.) – u.a. geltend, dass keine Aussicht auf Gutheissung der vorinstanzlichen Beschwerde bestehe (act. 2 Rz 45 ff.), dass keine Gefahr im Verzug sei (act. 2 Rz 48 ff.), dass ein Interesse an der aufschiebenden Wirkung fehle (act. 2 Rz 51 ff.) und dass keine höherwertigen gegnerischen Interessen bestünden (act. 2 Rz 55 ff.).

In der Beschwerdeantwort (act. 17) weisen die Gläubigerinnen – neben der Verwirkung des Beschwerderechts (act. 17 Rz 8 ff., vgl. oben E. I/7.) – erneut darauf hin, dass die Sachwalterin ihre Pflichten verletzt habe, was sie eingehend begründen (act. 17 Rz 17 ff.). Weiter nehmen sie zur aufschiebenden Wirkung bzw. zur Durchführung der Abstimmung auf dem Zirkularweg Stellung (act. 17 Rz 52 ff.) und stellen sich hinter den Entscheid der Vorinstanz: Ziel und Zweck der aufschiebenden Wirkung sei, dass eine belastende Verfügung einstweilen nicht vollstreckt werden könne (act. 17 Rz 64 f.).

5. Die Vorinstanz hat der Beschwerde am 22. Oktober 2012 die aufschiebende Wirkung erteilt (act. 3/1). Zu prüfen ist zunächst, ob das zulässig und überhaupt geeignet war, um das von den Gläubigerinnen anvisierte Ziel zu erreichen. Ausgangspunkt ist, dass eine Beschwerde wegen Rechtsverweigerung erhoben wurde, so dass es keine Verfügung der Sachwalterin gibt, 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 zu erreichen, so ist das Gesuch unzulässig und daher abzuweisen.

6. Anders könnten die Dinge höchstens bei der besonders erwähnten, ab dem 9. Oktober 2012 zu erwartenden Abstimmung über den Nachlassvertrag liegen, die die Gläubigerinnen einstweilen verhindern wollten. Die Gläubigerinnen verweisen auf die Präsentationsfolien 4 und 26 (vgl. act. 4/15), wo der vorgesehene zeitliche Ablauf des Nachlassverfahrens (09.10.2012: Versand des Nachlassentwurfes und **schriftliche Abstimmung** und 23.10.2012: Bericht der Sachwalterin und **Bestätigungsbegehren** an das Nachlassgericht) dargestellt wird. Beim präsentierten Zeitplan handelt es sich allerdings nicht um eine beschwerdefähige Verfügung der Sachwalterin betreffend Durchführung der Abstimmung, 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, wenn eine solche Erklärung oder Äusserung in schriftlicher Form erfolgt (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 solcher besonderer Fall liegt hier nicht vor, so dass diesbezüglich eine vorsorgliche Massnahme nicht in Frage käme. Der einstweilige Rechtsschutz würde wohl ohnehin daran scheitern, dass der eintretende 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 eines 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 Anordnungen geht, darüber nicht entschieden werden kann.

7. Das vorinstanzliche Verfahren wird nach Abschluss des zweitinstanzlichen Beschwerdeverfahrens betreffend aufschiebende Wirkung allerdings weitergeführt werden müssen. Mit dem unbehandelten Antrag betreffend Aussetzung der Abstimmung 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 halten würde), weil die Abstimmung inzwischen stattgefunden hat (vgl. Hinweise der Sachwalterin: act. 2 Rz 25 ff.; act. 6/5; act. 2 Rz 25 ff.; act. 6/9/1-2; act. 6/15/4, /15, /16, /17, /18, /19; act. 2 Rz 34; act. 21 Rz 36 f.; Hinweise der Gläubigerinnen in act. 17 Rz 54; act. 6/9/3; act. 6/8 S. 3 Antrag Ziff. 2). Ein Begehren, das deren Durchführung verbieten soll, ist damit ohnehin gegenstandslos geworden.

Die Frage, ob die durchgeführte Abstimmung allenfalls wiederholt werden muss, wird sich je nach Ausgang des vorinstanzlichen Beschwerdeverfahrens in der Sache selbst wieder stellen; einzig die Tatsache, dass in der Verfügung vom 30. Oktober 2012 (act. 3/2) auf unrichtigen Grundlagen "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 – zumal die aufschiebende Wirkung zu Unrecht erteilt wurde – keine gültige Grundlage.

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: