

Art. 237 Abs. 3 SchKG, Art. 46 und 47 GebV SchKG, Entschädigung des Gläubigerausschusses, Beizug und Honorierung eines Rechtsanwaltes. *Der Gläubigerausschuss kann zum Führen eines Beschwerdeverfahrens falls notwendig einen Rechtsanwalt beiziehen.*

Der Gläubigerausschuss im Konkurs einer Aktiengesellschaft möchte für ein Beschwerdeverfahren einen Rechtsanwalt beiziehen. Er stellt bei der unteren Aufsichtsbehörde den Antrag, die Vergütung dieses Anwaltes festzusetzen. Das Gesuch wird abgelehnt mit der Begründung, dass die Mitglieder des Gläubigerausschusses ihre Aufgabe persönlich zu erfüllen hätten und keinen Rechtsanwalt dafür zuziehen dürften. Die obere Aufsichtsbehörde differenziert.

(aus den Erwägungen des Obergerichts:)

II.

1. Die Kammer hat einzig über die vorinstanzliche Abweisung des Begehrens des Gläubigerausschusses zu entscheiden, für die Führung des Beschwerdeverfahrens einen externen Rechtsanwalt beiziehen und dessen Honorar der Konkursmasse belasten zu können (act. 2 Rz 2).

Zu prüfen ist eingangs die Frage, ob die Aufsichtsbehörde im Zusammenhang mit den für die Rechtsvertretung des Gläubigerausschusses anfallenden Kosten angerufen werden kann bzw. muss. Der Gläubigerausschuss weist zu Recht auf die diesbezüglichen Unklarheiten hin: Gemäss Art. 47 GebV SchKG setze die Aufsichtsbehörde in anspruchsvollen Verfahren das Entgelt der ausseramtlichen Konkursverwaltung und des Gläubigerausschusses fest. Daher könne die Aufsichtsbehörde auch für zuständig angesehen werden, das Honorar für den vom Gläubigerausschuss beigezogenen Rechtsanwalt festzusetzen, denn nur so könne sichergestellt werden, dass die Kosten der Rechtsvertretung nicht von den Mitgliedern des Gläubigerausschusses bezahlt werden müssten. Zuständig könne jedenfalls nicht die Konkursverwaltung sein. Beantragt werde ein Stundenansatz von Fr. 300.– (act. 2 Rz 17, 19).

Sprecher (Thomas Sprecher, Der Gläubigerausschuss im schweizerischen Konkursverfahren und im Nachlassverfahren mit Vermögensabtretung, Zürcher

Studien zum Verfahrensrecht, Band 136, Zürich 2003, Rz 840) weist darauf hin, dass auch Dritte, z.B. Fachexperten, die vom Gläubigerausschuss beigezogen würden, entschädigungsberechtigt seien. Fest steht, dass in § 47 GebV SchKG die vorliegende Konstellation nicht erwähnt ist. Hingegen hat die Aufsichtsbehörde Honorar- und Spesenrechnungen des Gläubigerausschusses bzw. seiner Mitglieder zu prüfen und zu genehmigen. Aus dieser Sicht gehört das Honorar einer beauftragten Rechtsvertretung zu den Kosten bzw. Spesen des Ausschusses, deren Vergütung aus Mitteln der Konkursmasse verweigert werden könnte. Ist eine Vorausprüfung der Honoraransätze möglich, so ist es naheliegend, dass Ausgaben von grösserer Tragweite, die der Gläubigerausschuss zu tätigen gedenkt, gleichermassen der Aufsichtsbehörde vorab unterbreitet werden können.

2. Die Vorinstanz hat ihren Entscheid vom 19. August 2015 (act. 3), soweit er den Beizug eines Rechtsanwaltes betrifft, wie folgt begründet: Der Gläubigerausschuss bzw. dessen Mitglieder dürften sich in ihrer Arbeit grundsätzlich nicht von Dritten vertreten lassen, auch wenn der Beizug von Hilfspersonen gestattet werde, wo dies sachlich gerechtfertigt sei (act. 3 S. 5). Der Gläubigerausschuss weise darauf hin, dass die Konkursverwaltung Universale von zwei Mitarbeitern – Juristen mit Anwaltspatent – vertreten werden; einen externen Anwalt habe die Konkursverwaltung Universale allerdings nicht beigezogen. Bei drei Mitgliedern des Gläubigerausschusses handle es sich um Juristen, wobei zwei ein Anwaltspatent besitzen würden. Aus anderen Verfahren sei bekannt, dass die Ausschussmitglieder aufgrund ihrer juristischen Grundausbildung und der langjährigen Tätigkeit im Gläubigerausschuss durchaus in der Lage seien, den Ausschuss mit genügenden SchKG-Kenntnissen angemessen zu vertreten, zumal der Untersuchungsgrundsatz gelte, so dass die Mandatierung eines Anwalts hier unnötig sei (act. 3 S. 6).

3. Der Gläubigerausschuss wendet in der Beschwerde bei der Kammer gegen den vorinstanzlichen Entscheid Folgendes ein: Es gebe einen Interessenkonflikt, weil eine andere Abteilung der ... AG [= der aa. Konkursverwaltung] durch fehlerhaftes Verhalten beim Verkauf der Villa ... aus der Konkursmasse ... dieser einen Schaden zugefügt habe, was gutachterlich bestätigt worden sei. Diesen

Interessenkonflikt stelle die Vorinstanz zu Recht nicht in Abrede (act. 2 Rz 6). Vor diesem Hintergrund habe die Konkursverwaltung ... am 24. April 2015 eine Beschwerde gegen den Beschluss des Gläubigerausschusses erhoben (act. 2 Rz 7). Die Vorinstanz berufe sich vor allem darauf, dass sich der Gläubigerausschuss bei seiner Arbeit nicht von Dritten vertreten lassen dürfe (act. 2 Rz 8). Dass der Beizug von Hilfspersonen möglich sei, wo dies sachlich gerechtfertigt erscheine, räume allerdings auch die Vorinstanz ein (act. 2 Rz 8). Im pendenten Beschwerdeverfahren gegen den Gläubigerausschuss würden sich zahlreiche anspruchsvolle rechtliche, insbesondere prozessuale Fragen stellen. Beschwerdeverfahren gehörten nicht zu den eigentlichen Aufgaben des Gläubigerausschusses, so dass es ihm erlaubt sein müsse, einen prozesserfahrenen Anwalt als sog. Hilfsperson beizuziehen, und dass dieser nicht aus der Tasche der Ausschussmitglieder, sondern aus der Konkursmasse bezahlt werden müsse (act. 2 Rz 10). Daran ändere die Untersuchungsmaxime nichts, was die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Zusammenhang mit der unentgeltlichen Rechtsverteidigung anerkannt habe (act. 2 Rz 11). Theoretisch denkbar wäre, dass ein Mitglied des Geschäftsausschusses, der anwaltlich tätig und entsprechend prozesserfahren sei, das Beschwerdeverfahren führen würde, was allerdings auch zu entschädigen wäre, mindestens zum Ansatz als Mitglied des Gläubigerausschusses. Derzeit noch praktizierender Anwalt sei einzig Rechtsanwalt ..., der sich aber passiv verhalte und die Bevollmächtigung des Rechtsvertreters des Gläubigerausschusses verweigert habe; ausserdem sei er befangen, weil er auch schon für die Konkursmasse prozessiert habe. Es habe zudem dem Beschluss des Gläubigerausschusses nicht zugestimmt. Drei weitere Ausschussmitglieder würden im Ausland wohnen. Der Beizug eines spezialisierten Prozessanwaltes dränge sich auf, was sich auch daraus ergebe, dass die Vorinstanz zunächst und fälschlicherweise auf der Unterzeichnung der Vollmacht durch sämtliche Ausschussmitglieder bestanden habe (act. 2 Rz 13). Die vor Vorinstanz erstattete (beigelegte) Vernehmlassung zur Beschwerde der Konkursverwaltung ... zeige, dass die juristischen Fragestellungen anspruchsvoll seien, gehe es doch nicht nur um den erwähnten Interessenkonflikt der Konkursverwaltung, sondern auch um die fehlende Aktivlegitimation derselben (act. 2 Rz 14). Die Bedeutung des Rechtsstreit und die derzeit

liquiden Mittel der Konkursmasse von rund Fr. 3.3 Mio. würden die bezüglichen Ausgaben angemessen erscheinen lassen (act. 2 Rz 15). Würde eine Rechtsvertretung für die Konkursmasse beigezogen, würde sie ebenfalls aus Mitteln derselben bezahlt, und zwar auch für die Führung von Prozessen (act. 2 Rz 16, 18). Zuständig für die Bewilligung könne jedenfalls nicht die Konkursverwaltung sein. Beantragt werde ein Stundenansatz von Fr. 300.– (act. 2 Rz 17, 19). Auch die Konkursverwaltung könne den Aufwand der Angestellten von ... AG [= der aa. Konkursverwaltung] der Konkursmasse in Rechnung stellen. Eine Vertretung würde jene im vorliegenden Fall nicht benötigen, da es sich um prozessgewohnte SchKG-Anwälte handle (act. 2 Rz 18).

4. Wenn die Konkursverwaltung oder der Gläubigerausschuss eine Spezialvergütung für "anspruchsvolle Verfahren" nach Art. 47 GebV SchKG beanspruchen wollen, lassen sie diese nach Art. 84 KOV durch die Aufsichtsbehörde festsetzen. Art. 43 ff. GebV SchKG regeln die Gebühren im Konkursverfahren. Für anspruchsvolle Verfahren sieht Art. 47 GebV SchKG die Möglichkeit vor, über den gesetzlich äusserst moderat gehaltenen Tarif hinauszugehen. Allerdings müssen solche höheren Ansätze von der Aufsichtsbehörde festgesetzt werden, welche die Schwierigkeit und die Bedeutung der Sache, den Umfang der Bemühungen sowie den Zeitaufwand zu berücksichtigen hat (Abs. 1; vgl. auch BGE 138 III 443 E. 2). In Abs. 2 ist vorgesehen, dass die Aufsichtsbehörde auch die Entschädigungsansätze für die Mitglieder des Gläubigerausschusses erhöhen kann. Verfahrensrechtliche Vorschriften zu diesem "Festsetzungsverfahren" durch die Aufsichtsbehörde gibt es nicht.

Die Organe des Konkursverfahrens lassen sich die erhöhten Stundenansätze i.S.v. Art. 47 GebV SchKG häufig in einem "Vorentscheid" bzw. in einem "Zwischenentscheid" der Aufsichtsbehörde bewilligen (z.B. BGE 130 III 611= Pra 2005 Nr. 66; Thomas Sprecher, Rz 833; vgl. auch act. 5/6 E. 3.1 und dessen vorinstanzliches Verfahren am Bezirksgericht Zürich vom 13. August 2014 [CB140016], E. 1). Die Aufsichtsbehörde hat dann allerdings später – d.h. vor der Auszahlung und anhand einer detaillierten Zusammenstellung des Aufwandes – auch noch die endgültige Honorarrechnung (und die Spesen) zu überprüfen und

zu genehmigen (vgl. BGE 130 III 611 = Pra 2005 Nr. 66 E. 3.1; dazu auch der Beschluss des Bezirksgerichts Zürich, 7. Abteilung als untere kantonale Aufsichtsbehörde über Konkursämter vom 23. September 2015 (CB150053 [act. 7/1])).

Was die Entschädigung des Gläubigerausschusses anbelangt, hat die Konkursverwaltung grundsätzlich nicht die Kompetenz und auch nicht die Pflicht, die Honorarrechnungen des Gläubigerausschusses zu prüfen bzw. vorzuprüfen (Sprecher, a.a.O., Rz 825). Der genannte Autor hält es dennoch für zweckmässiger, wenn Honorar- und Spesenrechnungen des Gläubigerausschusses der Aufsichtsbehörde via Konkursverwaltung vorgelegt werden. Das – so Sprecher a.a.O. – erleichtere die Aufgabe der Aufsichtsbehörde, wenn sie bei der Überprüfung von Rechnungen des Gläubigerausschusses über eine Stellungnahme der Konkursverwaltung verfüge und umgekehrt sei dienlich, wenn der Gläubigerausschuss zu den Rechnungen der Konkursverwaltung Stellung nehme, sofern er sie für unkorrekt oder unangemessen halte (Sprecher, a.a.O., Rz 825). Das heisst allerdings nicht, dass ein Beizug des jeweiligen anderen Organs obligatorisch wäre (vgl. oben E. I/6.).

5. Im hier zu beurteilenden Fall geht es nicht um die Konkursverwaltung bzw. den Gläubigerausschuss, sondern um das Ersuchen des Gläubigerausschusses, auf Kosten der Konkursmasse für das Beschwerdeverfahren einen Rechtsvertreter beiziehen zu können. Zum einen stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage der Zulässigkeit des Beizuges von Dritten, wozu die Vorinstanz Folgendes ausgeführt hat (act. 3 S. 5): "Der Gläubigerausschuss bzw. dessen Mitglieder dürfen sich bei ihrer Arbeit grundsätzlich nicht durch Dritte vertreten lassen. Der Beizug von Hilfspersonen ist dort gestattet, wo er sachlich gerechtfertigt ist (Sprecher, a.a.O., S. 202 u. 221). Der Beschwerdegegner (der Gläubigerausschuss) begründet seinen Antrag mit der Waffengleichheit. Die Beschwerdeführerin wird vertreten durch zwei Mitarbeiter, welche Juristen mit Anwaltspatent sind. Einen externen Anwalt hat sie nicht beigezogen. Bei den Mitgliedern des Beschwerdegegners (des Gläubigerausschusses) handelt es sich bei A., B. und C. um Juristen, wobei letzte zwei das Anwaltspatent besitzen. Zudem haben A.

und .B. gezeigt, dass sie durchaus ihre bzw. die Interessen des Beschwerdegegners gehörig vertreten können. Es sei auf die Stellungnahme und Anzeige / Beschwerde von A. vom 14. September 2012 im Verfahren CB120129-L, die Beschwerde von B. vom 10. Dezember 2012 im Verfahren CB120158-L sowie die Eingaben von A. und B. im Verfahren CB150053-L verwiesen. Insbesondere war A. in der Lage, den nun erneut thematisierten Interessenkonflikt in der erstgenannten Stellungnahme einlässlich darzulegen. Aufgrund ihrer langjährigen Tätigkeit im Gläubigerausschuss sowie ihrer juristischen Grundausbildung kann so- dann davon ausgegangen werden, dass die genannten Mitglieder des Beschwerdegegners genügende SchKG-Kenntnisse aufweisen, um dessen Interesse im vorliegenden Verfahren angemessen zu vertreten, Zu beachten ist weiter, dass das Beschwerdeverfahren vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht, mithin der Sachverhalt von Amtes wegen festgestellt wird (Art. 20a Abs. 2 Ziff. SchKG; § 83 Abs. 3 GOG). Damit ist die Mandatierung eines Anwalts nicht notwendig".

Auf der anderen Seite besteht das Problem, ob und inwieweit die Konkursmasse mit zusätzlichen Kosten belastet werden darf. Dazu hat sich die Vorinstanz nicht geäußert. Aus BGE 103 III 44 E. 1 – noch zum inzwischen überholten früheren SchKG-Gebührentarif, aber in der vorliegenden Frage nach wie vor aktuell – ergibt sich in dieser Hinsicht Folgendes: "Gemäss Art. 1 GebTSchKG dürfen die für Zwangsvollstreckung, Nachlass und Notstundung zuständigen Ämter, Behörden und übrigen Organe für ihre Verrichtungen, die sie in Anwendung des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes oder anderer Erlasse des Bundes vornehmen, nur die in diesem Tarif vorgesehenen Gebühren und Entschädigungen beziehen. Der Grundsatz der Ausschliesslichkeit gilt auch dann, wenn eine der genannten Behörden sich für gewisse Verrichtungen der Dienste eines Dritten bedient, ausser es sei etwas anderes bestimmt. So dürfen bei der Pfändung die Kosten der Schätzung durch (ausseramtliche) Sachverständige als Auslagen belastet werden (Art. 22 Abs. 5 GebTSchKG) oder ist die Nachlassbehörde befugt, das Entgelt des Sachwalters pauschal festzusetzen (Art. 61 Abs. 1 GebTSchKG). Für jene Fälle ist jedoch der Beizug einer Drittperson gesetzlich vorgesehen (vgl. Art. 97 Abs. 1 bzw. Art. 295 Abs. 1 SchKG), was für Verwertungshandlungen im Konkurs nicht zutrifft. Ob die Übertragung der Veräusserung des gemeinschuld-

nerischen Grundvermögens an ein privates Auktionshaus vor dem Bundesrecht standzuhalten vermöge, braucht hier nicht geprüft zu werden. Auf jeden Fall darf sie nicht zu einer die Ansätze des Gebührentarifs übersteigenden Belastung der Masse bzw. von Grundpfandgläubigern führen. Allfällige Mehrkosten sind vom auftraggebenden Amt bzw. von der Staatskasse zu tragen (vgl. Straessle/Krauskopf, Erläuterungen zum GebTSchKG, S. 53 unten)".

a) In der erstgenannten Frage – dem Beizug Dritter – begründet Sprecher (a.a.O., Rz 763), warum dieser zulässig sei müsse: Seien juristische Personen in den Gläubigerausschuss wählbar, so könnten diese logischerweise nicht "selber", sondern für sie müssten gezwungenermassen ihre Organe oder Hilfspersonen handeln. Als zweites Argument nennt Sprecher (a.a.O.) die Situation bei der Konkursverwaltung, die ebenfalls berechtigt sei, bei Bedarf Hilfskräfte beizuziehen.

Der Beizug von Rechtsanwälten durch die (fachlich kompetente) Konkursverwaltung ist durchaus gängig. Gemäss Art. 243 Abs. 1 SchKG hat die Konkursverwaltung unbestrittene fällige Guthaben, nötigenfalls auf dem Rechtswege einzuziehen. Bestreitet der Schuldner eines fälligen Guthabens dieses mit ernsthaften Gründen, so hat die zweite Gläubigerversammlung bzw. der Gläubigerausschuss über die Prozessführung bzw. die Abtretung nach Art. 260 SchKG zu befinden (KuKo SchKG-Bürgi [2. Auflage 2014], N. 1 zu Art. 243). Soweit die Konkursverwaltung tätig wird, kann sie einen Anwalt beiziehen (BSK SchKG II-Russenberger [2. Auflage, 2010], N. 4 zu Art. 243). Was den Beizug eines Rechtsvertreters anbelangt, ist davon auszugehen, dass das Führen von Prozessen, von Rechtsmittel- und Beschwerdeverfahren, ohnehin nicht zu den angestammten Tätigkeiten eines Gläubigerausschusses gehört, so dass diesbezüglich keine Pflicht für ein "persönliches Tätigwerden" besteht.

b) Das Kostenargument hat im Zwangsvollstreckungsverfahren ein erhebliches Gewicht. So wird etwa im Zusammenhang mit Art. 47 GebV SchKG erwähnt, dass gemäss BGE 108 III 69 E. 2 die einschlägige Gebührenverordnung "auf sozialen Überlegungen beruht und dass nicht unbegrenzt hohe Forderungen der Konkursmasse belastet werden dürfen". Damit stellt sich die Frage, ob die Man-

datierung eines Rechtsanwaltes unter diesem Gesichtspunkt unangemessen sein könnte. Diesbezüglich ist daran zu erinnern, dass die Mitglieder des Gläubigerausschusses gemäss dem Beschluss des Bezirksgerichts Zürich, 7. Abteilung, im Verfahren CB150053 betreffend Entschädigung der Mitglieder des Gläubigerausschusses 1995 bis 2013 in Sachen ...AG in Konkursliquidation auf Grund eines Stundenansatzes von Fr. 280.– honoriert werden (act. 7/2 S. 11 E. 3.3). Daraus ergibt sich, dass – würde ein Mitglied des Gläubigerausschusses die Prozessführung im Beschwerdeverfahren übernehmen, er dieses Honorar entsprechend geltend machen könnte. Wird nun ein Rechtsanwalt mandatiert, wird die Konkursmasse jedenfalls dann nicht stärker belastet, wenn er zum gleichen Stundenansatz arbeitet wie ein Ausschussmitglied. Zuzugeben ist, dass es allenfalls zu gewissen Doppelbelastungen kommen kann, weil der Anwalt von einem Ausschussmitglied instruiert werden muss, etc. Allerdings ist auch davon auszugehen, dass ein regelmässig prozessierender Rechtsanwalt in denjenigen Rechtsgebieten, in denen er immer wieder tätig wird, erfahrener, sicherer und effizienter ist und daher schneller und damit weniger teuer sein dürfte. Denn: Jeder praktisch tätige Jurist aus Advokatur und Rechtsprechung weiss, dass das Tätigwerden in entfernteren Rechtsgebieten zwar möglich ist, dass wegen der fehlenden Routine und Detailkenntnisse ein teilweise erheblicher Zusatzaufwand anfällt.

Der Gläubigerausschuss verlangt, dass ihm zu bewilligen sei, Rechtsanwalt Dr. .G. zu mandatieren (act. 2 S. 2). Dieses Begehren erinnert an ein solches, wie es im Zusammenhang mit der unentgeltlichen Rechtspflege gestellt wird, bei der eine ganz bestimmte Anwaltsperson bestellt wird. Dafür gibt es im vorliegenden Kontext keinen Grund: Das Mandat wird nicht von der Aufsichtsbehörde erteilt und es geht lediglich darum zu klären, ob die Kosten für irgendeine Rechtsvertretung grundsätzlich durch die Konkursmasse zu tragen sind.

Gestellt ist neu auch ein Begehren hinsichtlich der Höhe des zu leistenden Honorars, das – erst vor zweiter Instanz – mit Fr. 300.– beziffert wird (act. 2, act. 5/5 S. 2). Da diesbezüglich nicht die Regeln des Zivilprozesses gelten, wirkt sich das Fehlen eines erst zweitinstanzlich bezifferten Antrages nicht grundsätzlich negativ aus. Die Verordnung über die Anwaltsgebühren (AnwGebV), welche al-

lerdings nur hilfsweise heranzuziehen ist, sieht in § 3 "Gebühren nach Zeitaufwand" vor, die in der Regel auf Fr. 150.– bis Fr. 350.– pro Stunde festzusetzen sind. Der Betrag von Fr. 300.– erscheint angesichts dieses Spektrums sowie der mässigen Schwierigkeit des zu führenden Beschwerdeverfahrens als zu hoch. Da es ausserdem gute Gründe gibt, den Einsatz des Rechtsvertreters für die Konkursmasse möglichst kostenneutral zu halten, erscheint der Betrag in der Höhe von Fr. 280.– pro Stunde, wie er den Mitgliedern des Gläubigerausschusses zugestanden wird, als angemessen.

Zusammenfassend ist der Honoraransatz für den Beizug eines Rechtsanwalts für das Beschwerdeverfahren betreffend den Beschluss des Gläubigerausschusses vom 10. März 2015 (Feststellung, Nichtigkeit etc.) in der Höhe von Fr. 280.– pro Stunde (inkl. Mehrwertsteuer) zulasten der Konkursmasse zulässig. Vorbehalten bleibt die Prüfung der Abrechnung als solcher durch die Aufsichtsbehörde.

Obergericht, II. Zivilkammer
Urteil vom 5. November 2015
Geschäfts-Nr.: PS150152-O/U