

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS160066-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. O. Canal

Urteil vom 25. Oktober 2016

in Sachen

A._____,

Gesuchsteller und Beschwerdeführer,

gegen

B._____ AG in Liquidation,

Beschwerdegegnerin,

vertreten durch Konkursamt Wiedikon-Zürich,

betreffend **Honorar Sachwalter**
(definitive Nachlassstundung B._____ AG)

Beschwerde gegen ein Urteil des Nachlassgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 5. April 2016 (EC160006)

Erwägungen:

I.

1. A. _____ war der Sachwalter in der definitiven Nachlassstundung der B. _____ AG und ist der Beschwerdeführer im vorliegenden Verfahren. Mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich, Nachlassgericht, vom 13. Januar 2016, 14.35 Uhr, wurde über B. _____ AG der Konkurs eröffnet, nachdem sich aus dem Bericht des Sachwalters vom 8. Januar 2016 ergab, dass offensichtlich keine Aussicht auf Sanierung oder Bestätigung des Nachlassvertrages mehr bestand. In der Folge reichte der Sachwalter der Vorinstanz seine Honorarnote in der Höhe von Fr. 164'934.35 ein. Die Vorinstanz kürzte dieses Honorar auf Fr. 123'144.35, weil die Aussichtslosigkeit der Sanierung bereits am 15. Dezember 2015 festgestanden habe, so dass der Sachwalter gehalten gewesen wäre, bereits damals unverzüglich die Konkurseröffnung zu beantragen.

2. Gegen den Entscheid der Vorinstanz vom 5. April 2016 (act. 6/10 = act. 3 = act. 5) erhob der Beschwerdeführer rechtzeitig Beschwerde bei der Kammer (act. 2). Er stellte folgende Anträge (act. 2 S. 1):

1. Das Urteil des Bezirksgerichts vom 5. April 2016 betreffend Honorar Sachwalter (definitive Nachlassstundung B. _____ AG) sei mit Ausnahme der Erwägungen 4 und 5 aufzuheben.
2. Das Honorar des Sachwalters sei auf CHF 164'664.35 festzulegen und der B. _____ in Liquidation aufzuerlegen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin.

Mit Verfügung vom 6. Mai 2016 wurde beim Beschwerdeführer ein Kostenvorschuss von Fr. 750.– erhoben (act. 9), welcher rechtzeitig geleistet wurde (act. 11). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen.

3. Der Beschwerdeführer hat mit der Beschwerde die Beilagen 4/2 bis 4/6 eingereicht. Bei act. 4/2 handelt es sich um den Lagerbestand per 5.12.2015, Umsatzberechnungen ab Kalenderwoche 50 und Soll-Ist-Vergleich ab Kalenderwoche 49, bei act. 4/3 um den Wochenumsatz aller Filialen vom 29.10 bis

31.12.2015, bei act. 4/4 um den Vertrag zwischen B._____ AG und C._____ GmbH betreffend Übertragung von Vermögenswerten und weitere Vereinbarungen vom 8. Januar 2016, bei act. 4/5 um den weiteren Veräusserungsvertrag vom 9. Januar 2016 und bei act. 4/6 um eine Datenzusammenstellung betreffend die nachmalige Konkursitin, datiert vom 18. April 2016.

Was erstmals vor zweiter Instanz eingereicht wird, sind unzulässige Noven. Das gilt gemäss Art. 326 Abs. 1 ZPO ausnahmslos, so dass act. 4/2 bis 4/6 bei der Entscheidfällung unberücksichtigt bleiben. Anzumerken ist, dass dies gegenüber dem Beschwerdeführer, dem die Vorinstanz mit Verfügung vom 25. Februar 2016 (act. 6/6) eine zusätzliche Äusserungsmöglichkeit einräumte, keine Härte darstellt, datieren die bei der Kammer eingereichten Aktenstücke 4/2 bis 4/5 vor diesem Datum. Einzig act. 4/6 trägt ein späteres Datum, wobei es sich dabei um das Datum des Ausdrucks (18.04.2016) handeln dürfte, während die neuesten in der Zusammenstellung enthaltenen Daten (11.01.2016 und der 17.01.2016) im Zeitpunkt des erstinstanzlichen Verfahrens ebenfalls zur Verfügung gestanden hätten. Soweit die Vorbringen, die der Beschwerdeführer mit den act. 4/2 bis 4/6 belegen will, bereits vor Vorinstanz eingebracht und von dieser nicht in Frage gestellt wurden, sind sie allerdings dennoch beachtlich.

4. Mit Verfügung vom 21. Juni 2016 wurde der Beschwerdegegnerin Frist zur Beschwerdeantwort angesetzt. Diese verzichtete darauf und ersuchte um einen Entscheid aufgrund der Akten (act. 14).

5. Die ursprüngliche Gerichtsschreiberin ist in dieser Funktion nicht mehr im Amt, sie wirkt neu als Ersatzrichterin am Verfahren mit.

6. Die Sache ist spruchreif.

II.

1. Die Vorinstanz begründete ihren Entscheid im Wesentlichen wie folgt:
Das Honorar des Sachwalters sei gemäss Art. 55 GebV SchKG festzusetzen. Der Beschwerdeführer habe ausgeführt, dass sich die Unabwendbarkeit des Konkur-

ses erst in den ersten Januartagen 2016 abgezeichnet habe und dass am 15. Dezember 2016 eine Sanierung noch nicht aussichtslos gewesen sei (act. 3 = act. 5 = act. 6/10, je S. 2). An der Anhörung vom 13. Januar 2016 vor Vorinstanz habe er ausgeführt, es sei ca. Mitte Dezember klar gewesen, dass weder ein Asset Deal noch ein Nachlassvertrag abgeschlossen werden könne. Die Kontaktnahme mit dem nach der Konkurseröffnung zuständigen Konkursamt sei in der Leistungszusammenstellung unter dem Datum des 16. Dezembers 2015 mit "Vorinformation des zuständigen Konkursverwalters [...] über die Mitte Januar bevorstehende Konkurseröffnung" beschrieben (act. 3 S. 2). Am 13. Januar 2016 seien Aktiven von Fr. 191'100.– Masseverbindlichkeiten von Fr. 2'253'180.– gegenüber gestanden; diese Differenz müsse sich bereits vor der Benachrichtigung des Konkursamtes abgezeichnet haben. Die Vorinstanz hat den Beschwerdeführer darauf hingewiesen, dass die mit ihrer Verfügung vom 25. Februar 2016 beanstandeten Verrichtungen unabhängig vom Zeitpunkt der Konkurseröffnung nicht zu den Aufgaben des Sachwalters gehörten, da die Liquidation Aufgabe der Konkursverwaltung sei (Art. 240 SchKG). Von den seit 15. Dezember 2015 erbrachten Leistungen seien deshalb lediglich die Information des Konkursamtes vom 15. und 16. Dezember 2015 und des Nachlassgerichts vom 6. Januar 2016, die Erstellung des Sachwalterberichtes vom 6. bis 8. Januar 2016, die Vorbereitung und Teilnahme an der Verhandlung vom 13. Januar 2016 sowie die Tätigkeiten infolge der Konkurseröffnung honorarberechtigt, was zu einer Kürzung um Fr. 40'965.– führe. Weiter kürzte die Vorinstanz Sekretariatsarbeiten in der Höhe von Fr. 120.– und eine doppelt verrechnete Leistung im Betrage von Fr. 150.–. Weiter erfolgte eine Kürzung um Fr. 555.–, weil die Vorinstanz "Ausdruck des Kontostandes" und "Ab-lage des entsprechenden Dokuments, damit es für die spätere Kontrolle greifbar ist" etc. zu den Sekretariatsarbeiten zählte (act. 3 S. 2 f.).

2. Gegen den vorinstanzlichen Entscheid wird in der Beschwerdeschrift wie folgt argumentiert: Die Vorinstanz habe in ihrer Verfügung vom 25. Februar 2016 (act. 6/6) ausgeführt, dass bereits am 15. Dezember 2015 klar gewesen sei, dass der Konkurs eröffnet werden müsse, so dass die Leistungen des Beschwerdeführers aus der Zeit danach – von gewissen Ausnahmen abgesehen – nicht honoriert worden seien, weil es sich dabei nicht um Aufgaben des Sachwalters handle.

Diese Ansicht liege denn auch dem vorinstanzlichen Urteil vom 5. April 2016 zugrunde. Der Beschwerdeführer halte an seinen Ausführungen in der Stellungnahme vom 7. März 2016 (act. 6/8) fest. Die offenbar anlässlich der Anhörung vom 13. Januar 2016 protokollierte Äusserung des Sachwalters, dass weder ein Asset Deal noch ein Nachlassvertrag möglich gewesen sei (act. 3 E. 3), sei insofern nachweislich falsch, als die Gemeinschuldnerin mit den Verkäufen sämtlicher verbleibenden Aktiven sowie der Übertragung aller Arbeitsverhältnisse tatsächlich einen Asset Deal (bzw. zwei Verträge) abgeschlossen hätte. Dass die Gefahr eines Konkurses bereits Mitte Dezember 2015 real gewesen sei, werde nicht bestritten, jedoch sei er damals nicht unausweichlich gewesen (act. 2 Rz 4 und 5). Der Verkaufserlös habe angesichts der von den Interessenten verfolgten Fortsetzungsszenarien nicht hinreichend abgeschätzt werden können, so dass eine antizipierte Gegenüberstellung von Aktiven und Passiven für eine Dividendenberechnung rein spekulativ gewesen wäre. Die Annahme der Vorinstanz, dass die Kontaktaufnahme mit dem Konkursamt deshalb erfolgte, weil klar gewesen sei, dass der Konkurs unvermeidlich sei, sei rein spekulativ und lasse sich mit dem Eintrag vom 16. Dezember 2015 nicht belegen. Das Konkursamt sei vielmehr deshalb kontaktiert worden, um ihm mitzuteilen, dass im Januar eine Konkursöffnung bevorstehen könnte (act. 2 Rz 5). Gesicherte Tatsachen habe es nicht gegeben, nicht zuletzt deshalb, weil die Schuldnerin bzw. ihr Verwaltungsrat gegen eine Konkursöffnung vor dem Verkauf der restlichen Aktiven vermutlich Beschwerde eingelegt hätte. In den Passiven sei der Massekredit des Hauptaktionärs und Verwaltungsratspräsidenten im Betrage von Fr. 2.2 Mio. enthalten, der über die gesamten Umstände vollumfänglich informiert gewesen sei. Eine vorzeitige Konkursöffnung hätte die Veräusserung der noch vorhandenen Aktiven sowie die nahtlose Weiterführung der Filiale in St. Gallen (samt Inventar sowie Übernahme der Arbeitsverhältnisse) verunmöglicht (act. 2 Rz 6). Der Sachwalter müsse seiner Tätigkeit nachkommen, solange die Nachlassstundung andauere. Auch wenn die Meldung bereits am 15. Dezember 2015 erfolgt wäre, so hätte der Beschwerdeführer seine Tätigkeit nicht sofort niederlegen können (act. 2 Rz 7). Der Ansicht der Vorinstanz, dass die Verwertung von Aktiven nicht die Aufgabe des Sachwalters, sondern jene des Konkursverwalters sei, könne entgegen gehalten werden,

dass die Verwertung durch die Gesellschaft erfolge und dass der Sachwalter lediglich zur Genehmigung befugt sei (act. 2 Rz 8). Im Nachlassverfahren sei der Sachwalter für den Erhalt der Masse verantwortlich, so dass insbesondere Handelsware möglichst werthaltig verkauft werden müsse, um einen Wertzerfall zu verhindern. Wären Veräusserungen verboten, so könnte die Schuldnerin ihrer Geschäftstätigkeit während der Nachlassstundung gar nicht mehr nachgehen, was Art. 298 Abs. 2 SchKG widerspräche (act. 2 Rz 8). Bei einer Konkursöffnung per 15. Dezember 2015 hätten die noch vorhandenen Handelswaren massiv an Wert verloren (act. 2 Rz 9). Es sei notorisch, dass nach erfolgter Konkursöffnung nur noch ein Bruchteil des normalen Verkaufswertes erzielbar sei, erfahrungsgemäss 10 % des Einkaufspreises. Knapp Dreiviertel des Warenbestandes gemäss Liste vom 5. Dezember 2015 (act. 4/2) mit einem Einkaufswert von Fr. 2.630 Mio. sei keine aktuelle Ware gewesen, so dass im Konkursfall grob geschätzt und bestenfalls Fr. 150'000.– bis 200'000.– hätten gelöst werden können. Durch den Liquidationsverkauf in der umsatzstarken Weihnachts- und Neujahrszeit hätte zwischen dem 16. Dezember 2016 und dem 2. Januar 2016 immerhin Fr. 576'000.– gelöst werden können. Die verbleibenden Restwaren hätten im Rahmen der Übernahme der Filialen für Fr. 200'000.– für die Filiale in St. Gallen und Fr. 237'600.– für die Filiale in Zürich veräussert werden können. Dass alle sechs Angestellten der Filiale St. Gallen und alle 19 der Filiale Zürich übernommen worden seien, hätte sich positiv auf der Passivseite ausgewirkt, weil damit Lohnforderungen von ca. Fr. 1 Mio. hätten abgewendet werden können (act. 2 Rz 10). Die Weiterführung des Betriebes samt Liquidation der Restwaren hätte die Konkursmasse daher um rund Fr. 2 Mio. besser gestellt. Aus der Sicht des Beschwerdeführers sei es unzulässig, das behauptete Versäumnis des Beschwerdeführers via seinen Honoraranspruch zu korrigieren. Tatsache sei, dass die Verpflichtung des Sachwalters so lange dauere, wie das Nachlassverfahren pendent sei; anzuwenden wäre gegebenenfalls eine Disziplinar massnahme (act. 2 Rz 12). Zur Erwägung 6 des vorinstanzlichen Entscheides führt der Beschwerdeführer an, dass die einzelnen Arbeitsschritte in Sekretariats- und Sachwalterarbeiten bei Tätigkeiten von maximal 15 Minuten nicht sinnvoll aufgeteilt

werden könnten und dass eine solche Aufteilung in der Praxis auch nicht üblich sei (act. 2 Rz 13).

3. a) Die Vorinstanz hatte dem Beschwerdeführer mit Verfügung vom 25. Februar 2016 (act. 6/6) – unter Bezugnahme auf den Antrag des Beschwerdeführers auf Genehmigung seines Honorars vom 4. Februar 2016 sowie der von ihm eingereichten Honorarnote – zusammengefasst Folgendes bekanntgegeben (act. 6/6): Die Leistungen des Sachwalters seien im Hinblick auf Art. 55 GebV SchKG ausreichend zu substantizieren, um dem Gericht eine Überprüfung zu ermöglichen. Es seien die einzelnen Bemühungen zu nennen und die dafür je aufgewendete Zeit und Sammelbezeichnungen wie div. Telefonate, div. Abklärungen etc. würden nicht ausreichen. Der Beschwerdeführer habe am 15. Dezember 2015 mit dem Konkursamt Kontakt aufgenommen und somit habe spätestens ab diesem Zeitpunkt keine Aussicht mehr auf Sanierung oder Bestätigung des Nachlassvertrages bestanden. Der Beschwerdeführer hätte das Nachlassgericht – zum Zweck der Konkurseröffnung – umgehend informieren müssen, so dass es sich in der Zeit danach – von näher bezeichnete Ausnahmen abgesehen – nicht mehr um entschädigungsberechtigte Sachwalteraufgaben gehandelt habe. Der Sachwalter habe ausserdem an zwei näher genannten Daten Sekretariatsarbeiten als Sachwalterarbeiten verrechnet und im Übrigen erscheine die Dauer einzelner näher bezeichneter Leistungen nicht plausibel.

b) Der Beschwerdeführer hatte innert der ihm mit Verfügung vom 25. Februar 2016 angesetzten Frist wie folgt Stellung genommen (act. 6/8): Bei den umschriebenen Tätigkeiten, die nach Meinung der Vorinstanz keine Überprüfung zulassen, führte er aus, dass eine genauere Aufschlüsselung aus Praktikabilitätsgründen nicht opportun bzw. unverhältnismässig seien, zumal es um kleine Aufwände von bis zu maximal 45 Minuten gehe. Ausserdem sei der Zusammenhang, in dem die Kommunikation stattgefunden habe, in der Regel auch erwähnt. Es sei sinnvoll, kürzere Telefonate etc. in einem Aufwandsposten zusammenzufassen. Ein höherer Detaillierungsgrad werde auch von ZR 110/2011 S. 214 nicht gefordert. Zum Zeitpunkt der vorzeitigen Konkurseröffnung erwähnt der Beschwerdeführer, dass er am 15. Dezember 2015 erstmals mit dem Konkursamt Wiedikon-

Zürich Kontakt aufgenommen habe, was allerdings die Sanierungsaussichten noch nicht ausgeschlossen habe. Die Kontaktnahme habe dazu gedient, die für die Gläubiger bestmögliche Lösung zu evaluieren. Es habe damals Gespräche gegeben betreffend Übernahme von Ladenlokalen und Warenbeständen, so dass die möglichen Erlöse schwierig abzuschätzen gewesen seien. Die Einschätzung, ob es sich um eine reine Restverwertung handeln werde oder ob den Gläubigern noch ein Nachlassvertrag unterbreitet werden könne, sei schwierig gewesen. Die Unabwendbarkeit des Konkurses sei erst anfangs Januar festgestanden, als aufgrund der fortgeschrittenen Verhandlungen mit den späteren Käufern der verbleibenden Warenbestände klar gewesen sei, wie hoch der Erlös sein würde. Das Nachlassgericht sei am 6. Januar 2016 informiert worden, als die Voraussetzung von Art. 296b lit. b SchKG dann effektiv gegeben gewesen seien (act. 6/8 S. 2 lit. a.). Eine sofortige Konkurseröffnung noch am 15. Dezember 2015 wäre selbst bei einer Meldung an das Nachlassgericht nicht möglich gewesen, da zuerst noch eine Verhandlung hätte durchgeführt werden müssen. Nach der Anzeige vom 6. Januar 2016 habe die Vorinstanz eine solche Verhandlung denn auch auf den 13. Januar 2016 angesetzt. Gegen eine Widerrufsentscheidung sei nach h.M. eine Beschwerde möglich, welcher aufschiebende Wirkung zukommen sollte, so dass die Konkurseröffnung ohnehin erst auf den Zeitpunkt der Vollstreckbarkeit des Widerrufsentscheidendes hin hätte ausgesprochen werden können (act. 6/8 S. 2 b.). Die Schuldnerin hätte gegen einen solchen Entscheid zweifelsfrei Beschwerde eingereicht, da bei einer vorzeitigen Konkurseröffnung für alle Gläubiger, insbesondere auch für den VR-Präsidenten und Gläubiger des Massekredits und für die Arbeitnehmer, ein deutlich schlechteres Ergebnis resultiert hätte. Wegen der mit der Konkurseröffnung einhergehenden Schliessung der Ladenlokale in Zürich und St. Gallen wären die Liquidationsverkäufe nicht mehr möglich gewesen und die Handelswaren wären praktisch wertlos geworden. Das lasse sich nur mit einer nahtlosen Weiterführung der Verkaufstätigkeit vor Ort ermöglichen. Der Sachwalter hätte in der letzten Phase die Liquidationstätigkeit überwacht und vorwiegend auf die bestmögliche Verwertung samt den dazugehörigen anspruchsvollen Verhandlungen fokussiert (act. 6/8 S. 3). Es sei ein sehr gutes Resultat erzielt worden, hätten doch sämtliche Aktiven zu substantiellen Preisen veräussert und alle

Arbeitsverhältnisse übernommen werden können. Das sei im Sinne der Gläubiger gewesen und daher als Sachwaltertätigkeit zu qualifizieren.

Zur Plausibilität der Leistungen führt der Beschwerdeführer aus (act. 6/8 S. 3 f.): Der Kontostand hätte gerade wegen der knappen Liquidität eng und sorgfältig überprüft werden müssen. Diese Tätigkeit erfordere vier (näher beschriebene) Arbeitsschritte und sei jedes Mal minutengenau erfasst worden. Gleiches gelte auch für die Freigabe der Zahlungen.

4. Die Vorinstanz blieb – wie erwähnt – in ihrem Urteil vom 5. April 2016 dabei, dass am 15. Dezember 2015 festgestanden habe, dass die Beschwerdegegnerin konkursreif sei, worauf der Sachwalter unverzüglich mit einem entsprechenden Gesuch hätte reagieren müssen. Für Veräusserungen sei das Konkursamt und nicht der Sachwalter zuständig.

a) In zeitlicher Hinsicht ist zu erwägen, dass sieben Tage vor und sieben Tage nach Weihnachten Betreibungsferien waren; diese begannen am Freitag, 18. Dezember 2015, und endeten unter Berücksichtigung des Wochenendes am 4. Januar 2016. Nach dem Gesetzeswortlaut gelten die Betreibungsferien für die sog. Betreibungshandlungen, wozu auch Konkursöffnungen gezählt werden (KuKo SchKG-Sarbach [2. Auflage 2014], N. 19 zu Art. 56). In BSK SchKG I-Bauer (2. Auflage 2010), N. 40 zu Art. 56 SchKG, wird darauf hingewiesen, dass nicht nur die Konkursöffnung als solche, sondern auch die Vorladung vor den Konkursrichter als Betreibungshandlung zu verstehen sei. Für Vorladungen vor das Konkursgericht gilt Art. 168 SchKG, wonach den Parteien nach Stellung des Konkursbegehrens die gerichtliche Verhandlung angezeigt wird, und zwar wenigstens drei Tage vorher, was als Minimalfrist zu verstehen ist (KuKo SchKG-Diggelmann [2. Auflage 2014], N. 3 zu Art. 168). Die Regelung des Verfahrens gemäss Art. 296b SchKG (förmlicher Widerruf der Stundung mit Konkursöffnung) ist lückenhaft (KuKo SchKG-Hunkeler [2. Auflage 2014], N. 9 ff. zu Art. 296b). A.a.O. (N. 13 zu Art. 296b SchKG) geht Hunkeler davon aus, dass jedenfalls eine Verhandlung durchzuführen und diese öffentlich bekannt zu machen ist.

b) Der Beschwerdeführer macht geltend, solange die Stundung nicht widerrufen sei, habe der Sachwalter im Amt zu bleiben. Das trifft zu. Das ist allerdings nicht geeignet, den Vorbehalt der Vorinstanz zu beseitigen, die das Sachwalterhonorar insbesondere deshalb kürzen will, weil der Sachwalter nach ihrer Ansicht übermässig lange mit der Anzeige zugewartet, Hand zu Verwertungen geboten und damit nicht zu entschädigenden Aufwand verursacht hat.

Die Nachlassstundung ist eine Übergangsphase, die im günstigen Fall zu einer Sanierung und im ungünstigen Fall zu einer Konkureröffnung führt. Deshalb ist diesbezüglich auch vorgesehen, dass sie nicht weiter geführt werden soll, wenn "offensichtlich keine Aussicht mehr auf Sanierung oder Bestätigung eines Nachlassvertrages besteht" (Art. 296b lit. b SchKG). Allerdings ist in Art. 296b lit. a SchKG auch die Erhaltung des schuldnerischen Vermögens als beachtenswert erwähnt: Die Nachlassstundung muss aufgehoben werden, wenn ersteres in Gefahr ist. Eine andere Frage ist, ob der Erhalt des schuldnerischen Vermögens, das das Haftungssubstrat für die Gläubiger darstellt, auch der Grund dafür sein könnte, dass die Nachlassstundung (noch) nicht unmittelbar beendet wird.

c) Der Sachwalter hat die Pflicht, aus den in Art. 296b SchKG genannten Gründen einen vorzeitigen Widerruf der Stundung mit gleichzeitiger Konkureröffnung zu beantragen (KuKo SchKG-Hunkeler [2. Auflage 2014], N. 7 zu Art. 295). Wäre der Beschwerdeführer am 15. bzw. 16. Dezember 2015 an die Vorinstanz gelangt, so hätte die Zeit voraussichtlich nicht ausgereicht, noch vor den Weihnachtsbetriebsferien (öffentlich) eine Verhandlung anzusetzen. Jedenfalls hätte eine solche Verhandlung nicht während den Betriebsferien durchgeführt werden können. Der erste mögliche Verhandlungstermin wäre demnach der Montag, 4. Januar 2016 gewesen, wobei sich nicht erstellen lässt, wann genau die Verhandlung hätte durchgeführt werden können. Mindestens bis zum 4. Januar 2016 war es unmöglich, die Nachlassstundung zu widerrufen und der Beschwerdeführer hatte mindestens bis zu diesem Zeitpunkt – bei späterer Verhandlung auch noch länger – als Sachwalter zu amten.

d) Die Vorinstanz weist darauf hin, dass Verwertungen nicht zu den Aufgaben des Sachwalters gehören. In Art. 298 Abs. 2 SchKG ist vorgesehen, dass

"ohne Ermächtigung des Nachlassgerichts oder des Gläubigerausschusses [...] während der Stundung nicht mehr in rechtsgültiger Weise Teile des Anlagevermögens veräussert oder belastet, Pfänder bestellt, Bürgschaften eingegangen oder unentgeltliche Verfügungen getroffen werden [können]". Das betrifft – wie in der vorstehenden Bestimmung erwähnt – lediglich das Anlagevermögen. KuKo SchKG-Hunkeler (2. Auflage 2014) schreibt in diesem Zusammenhang: "Eigentliche Verwertungshandlungen sind während der Nachlassstundung nur in Ausnahmefällen möglich. Werden zur Beschaffung notwendiger liquider Mittel oder zur Abwendung drohenden Wertverlustes die Veräusserung oder Belastung von Anlagevermögen notwendig, ist dazu die Ermächtigung des Nachlassgerichts einzuholen. [...]. Anlagevermögen sind alle Sachwerte und Vermögensanlagen, welche nicht zum Umlaufvermögen gehören, wie Liegenschaften, Produktionsanlagen, Finanzanlagen, Patente und andere immaterielle Anlagen [...]. Der Begriff des Anlagevermögens ist zum Schutz der Gläubiger im Zweifelsfall weit auszulegen, so dass Vermögenswerte, welche nicht unmittelbar im täglichen Geschäft umgesetzt werden, als Anlagevermögen zu betrachten sind [...]". Der Beschwerdeführer macht geltend, dass es nur noch um Restwarenbestände gegangen sei und dass die Liquidationsverkäufe in den bisherigen Verkaufslokalen in der umsatzstarken Zeit (Weihnachten, Jahresende) deutlich schlechtere Verwertungsergebnisse, ja Veräusserung zu Schleuderpreisen, verhindert hätten. Ausserdem sei es so möglich geworden, Arbeitsplätze zu erhalten und den nachfolgenden Konkurs zusätzlich von Lohnkosten zu entlasten (act. 6/8 S. 3).

Was die Verwertungen anbelangt, hat es sich – was auch die Vorinstanz nicht grundsätzlich in Frage stellt – um Handelsware und damit nicht um Anlagevermögen gehandelt, was nach dem Gesagten ohne gerichtliche Ermächtigung möglich ist. Für Verwertungen im insolvenzrechtlichen Zusammenhang wird ganz allgemein davon ausgegangen, dass jegliche Verwertungsmöglichkeiten ausserhalb eines Konkurses vorzuziehen sind, weil Veräusserungen, vor allem wenn sie ausserhalb des üblichen geschäftlichen Rahmens erfolgen müssen, keine nennenswerten Erträge abwerfen. Das spricht dafür, dass dem Sachwalter in Situationen wie der vorliegenden ein gewisses Ermessen zustehen sollte, um noch sinnvoll abzuwickeln, was ohnehin und später unter schwierigeren Bedingungen

abgewickelt werden müsste, jedenfalls wenn dafür nur noch wenig Zeit in Anspruch genommen werden muss. Dass die Liquidationsverkäufe und die Verwertungen die Gläubiger geschädigt hätten, wird nirgends angeführt.

5. Der Beschwerdeführer hat mit seiner Eingabe vor Vorinstanz (act. 6/1 und 6/2) ein Honorar von Fr. 164'935.35 geltend gemacht (act. 6/1, basierend auf dem Total der im wesentlichen detaillierten Aufwandszusammenstellung des Beschwerdegegners in act. 6/2). Die Vorinstanz hat ihm mit Urteil vom 5. April 2016 (act. 3) Fr. 123'144.35 (Dispositiv-Ziff. 1) zugestanden und damit eine Kürzung von Fr. 41'790.– vorgenommen (act. 3 S. 4 Rz 7). Die Kürzungen sind allerdings nicht betragsmässig aufgelistet, sondern wie folgt namhaft gemacht: "Die seit dem 15. Dezember 2015 erfolgten Leistungen mit Ausnahme der Information des Konkursamtes am 15. und 16. Dezember 2015 sowie des Nachlassgerichts am 6. Januar 2016 (act. 2 S. 37), der Erstellung des Sachwalterberichts am 6. bis 8. Januar 2016 (vgl. act. 2 S. 38 f.), der Vorbereitung und Teilnahme an der Verhandlung am 13. Januar 2016 (vgl. act. 2 S. 40) sowie der Tätigkeiten infolge der Konkurseröffnung (vgl. act. 2 S. 40 f.) sind daher nicht in die Berechnung des Honorars miteinzubeziehen, weshalb dieses um Fr. 40'965.– zu kürzen ist". Das genügt nicht als Begründung für eine Abrechnungskorrektur, die sowohl für den Betroffenen und die Rechtsmittelinstanz auf einen Blick ersichtlich sein muss, auch wenn einzuräumen ist, dass es möglich wäre, mit den Angaben und Verweisungen die zugelassenen Beträge herauszusuchen und zu addieren. Nicht anders verhält es sich mit der Kürzung von insgesamt Fr. 555.– in act. 3 S. 3 f. E. 6. Auch hier liessen sich die Einzelbeträge zur Gesamtkorrektur von Fr. 555.– aus der Liste der Aufwendungen zusammensuchen, was jedoch den Anforderungen an eine Begründung von Abrechnungskorrekturen nicht genügt.

6. Die beiden Korrekturen der Vorinstanz von Fr. 120.– ("Sekretariatsarbeiten (Versand, 25. August 2015, und Zustellungen, 1. September 2015"; act. 3 S. 3 E. 4) und von Fr. 150.– wegen doppelter Verrechnung der Leistung bezüglich Umsatzmeldeliste (8. Dezember 2015) hat der Beschwerdeführer nicht angefochten.

7. Zusammengefasst gilt also Folgendes: Die unzureichende Darstellung der Abrechnungskorrektur verletzt die Begründungspflicht und verbietet aus formellen Gründen, der angefochtene Entscheid so zu schützen wie er sich darstellt. Wegen der Betreibungsferien hätte die Konkurseröffnung frühestens am 4. Januar 2016 angesetzt werden können, allerdings steht nicht fest, wann genau die Verhandlung stattgefunden hätte. Ein nur einigermaßen genauer Zeitpunkt, wann die Nachlassstundung und damit das Sachwaltermandat sowie der damit im Zusammenhang stehende Honoraranspruch geendet hätte, lässt sich demnach nicht ermitteln. Bereits aus diesem Grund ist eine Honorarkürzung abzulehnen. Dazu kommt, dass es durchaus Gründe gibt, in der vorliegenden Situation einer Restverwertung, die im Interesse des Schuldners und der Gläubiger ist, mit der Anzeige an das Nachlass-/Konkursgericht etwas zuzuwarten. Dispositiv-Ziffer 1 lautet demnach neu: "Das Honorar des Sachwalters (Gesuchstellers) für Zeitaufwand und Barauslagen wird auf Fr. 164'664.35 festgesetzt und der B. _____ AG in Liquidation auferlegt". Im Übrigen bleibt es beim vorinstanzlichen Entscheid.

III.

Für das Beschwerdeverfahren gilt, dass die Kosten der unterliegenden Partei aufzuerlegen sind (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Im vorliegenden Fall gibt es keinen Unterliegenden, weil die Beschwerdegegnerin keine Stellung genommen hat, sondern der Kammer die Entscheidung überliess (act. 14). Deshalb sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Zusprechung einer Umtriebsentschädigung zulasten der Gegenpartei entfällt aus den gleichen Gründen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen, Dispositiv-Ziffer 1 des vorinstanzlichen Urteils vom 5. April 2016 wird aufgehoben und das Honorar des Sachwalters (Gesuchstellers) für Zeitaufwand und Barauslagen auf Fr. 164'664.35 festgesetzt und der B._____ AG in Liquidation auferlegt.
2. Die Kosten für das Beschwerdeverfahren werden auf die Staatskasse genommen.
3. Es wird keine Umtriebsentschädigung zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten an das Bezirksgericht Zürich, Nachlassgericht, je gegen Empfangsschein.
5. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um einen Entscheid des Konkurs- oder Nachlassrichters oder der Konkurs- oder Nachlassrichterin im Sinne von Art. 74 Abs. 2 lit. d BGG.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. O. Canal

versandt am:
25. Oktober 2016