

ZH_OBERGERICHT PS120211 vom 13. Dezember 2012

ZH Obergericht, 2012-12-13, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_PS120211

FR: ZH_OBERGERICHT PS120211 du 13 décembre 2012

IT: ZH_OBERGERICHT PS120211 del 13 dicembre 2012

Erwägungen

E. 30

% an E4._____. Die Verkäuferinnen erklärten, mit Vollzug der Freihandverkaufsverfügung auf sämtliche offenen Forderungen gegenüber den vorerwähnten Tochtergesellschaften zu verzichten. Ebenso verzichteten die Verkäuferinnen auf die Debitoren-Forderungen gegenüber I._____. Ltd im Nominalbetrag von USD 750'440.–, und das Bankenkonsortium verzichtete vorgängig zum Vollzug der Freihandsverkaufsverfügung auf seine Rechte an dieser Forderung (act. 2/4 Ziff. 1.6 S. 14). Hinsichtlich des Wareninventars wurde vereinbart, dass ein Teil der Kaufpreiszahlung von den Käuferinnen direkt an die Retentionsgläubiger (J1._____ & J2._____) bezahlt wird, um die sich im Ausland befindliche Ware aus dem Gewahrsam der Retentionsgläubiger herauslösen zu können (act. 2/4 Ziff. 1.3 S. 10 f. und Ziff. 2.b S. 16). Der Vollzug der Freihandverkaufsverfügung war zweigeteilt: In einem ersten Schritt ("vorgeschobener Teilvollzug") wurden die Tochtergesellschaft E3._____ und das Wareninventar gegen anteilmässige Bezahlung auf die Käuferinnen übertragen. Für die Restkaufpreiszahlung in der Höhe von USD 5'998'000.– mussten die Käuferinnen bei Unterzeichnung der Freihandverkaufsverfügung eine Bankgarantie der D._____ AG beibringen (act. 2/4 Ziff. 2 S. 17; act. 8/19 und 8/43). Der Restvollzug (bezüglich der IP-Rechte und übrigen Tochtergesellschaften) sollte innert 10 Tagen nach Eintritt sämtlicher aufschiebender Bedingungen durchgeführt werden. Die (im vorliegenden Zusammenhang) wichtigste aufschiebende Bedingung der Freihandverkaufsverfügung bestand darin, dass kein bekannter Gläubiger oder Dritter innert der angesetzten Frist ein höheres Angebot gemäss Art. 256 Abs. 3 SchKG einreichte (act. 2/4 Ziff. 8.1 und 8.2 S. 22 ff.). Im

- 4 - Weiteren wurde bestimmt, dass keine Rückabwicklung erfolgen sollte, wenn die Freihandverkaufsverfügung dahinfiel bzw. der Restvollzug nicht zustande käme, d.h. jede Partei sollte diesfalls Berechtigte an den ihr gegenüber im Rahmen des Teilvollzugs erbrachten Leistungen bleiben (act. 2/4 Ziff. 8.1 S. 22). 1.3 Mit Gläubigerzirkular vom 17. Juli 2012 teilte das Konkursamt den (bekannten) Gläubigern mit, dass sich die Konkursverwaltung entschlossen habe, einen Notverkauf im Sinne von Art. 243 Abs. 2 SchKG vorzunehmen und setzte den Gläubigern wie auch Dritten im Sinne von Art. 256 Abs. 3 SchKG eine Frist bis

E. 31

Juli 2012, 17.00 Uhr, um ein schriftliches und rechtsverbindliches höheres Angebot zu machen (act. 2/6). Am 19. Juli 2012 wandte sich A1._____ erstmals per E-Mail an das Konkursamt. Er hielt fest, dass er vom Verkauf von E._____ gehört habe und fragte, ob er sich betreffend seiner Rechte in F._____ als Gläubiger melden müsse oder diese Rechte ohnehin bei ihm verblieben. Das Konkursamt teilte ihm mit, dass ihm seitens der Konkursverwaltung keine Rechte übertragen würden, er vielmehr nur noch eine

entsprechende Schadenersatzforderung geltend machen und diese beim Konkursamt eingeben könne (vgl. act. 2/9; act. 8/31). Mit Einschreiben vom 20. Juli 2012 meldete A1._____ für die Beschwerdeführerin beim Konkursamt eine Forderung gegenüber beiden Konkursitinnen über CHF 2 Mio. an (vgl. act. 2/21). Mit Fax und Schreiben vom 29. August 2012 ersuchte die Beschwerdeführerin, vertreten durch ihren Rechtsanwalt, das Konkursamt für den Fall, dass sich der Notverkauf konkretisiert haben sollte, um Ansetzung einer Frist zur Abgabe eines höheren Angebotes (act. 2/11). Das Konkursamt informierte die Beschwerdeführerin gleichentags über den Gegenstand des Notverkaufs und teilte mit, dass die Frist für die Unterbreitung höherer Angebote am 31. Juli 2012 abgelaufen sei (act. 2/12). Mit Fax und Schreiben vom 30. August 2012 verlangte die Beschwerdeführerin die Zustellung des Gläubigerzirkulars vom 17. Juli 2012, die Sistierung des

- 5 - Notverkaufs und eine (neue) Fristansetzung zur Unterbreitung höherer Angebote (act. 2/13). Das (alles) lehnte das Konkursamt ab (act. 2/14). Der Rechtsanwalt der Beschwerdeführerin nahm darauf hin am 3. September 2012 persönlich Einsicht in die Konkursakten in G._____ (act. 23 N 14). 1.4 Am 10. September 2012 erhob die Beschwerdeführerin beim Bezirksgericht Winterthur Beschwerde als unterer kantonaler Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen (Vorinstanz) und beantragte die Aufhebung der Freihandverkaufsverfügung samt Ergänzung sowie die Aufhebung des Notverkaufs unter Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 1 S. 2). Dem Antrag um aufschiebende Wirkung der Beschwerde gab die Vorinstanz am 12. September 2012 statt (act. 4). Sie holte eine Stellungnahmen des Konkursamts ein (act. 6) und wies die Beschwerde nach Eingang weiterer (unaufgeforderter) Eingaben der D._____ AG, der Käuferinnen und des Konkursamts (act. 9, 12 und 16) ab, womit die der Beschwerde zuerkannte aufschiebende Wirkung entfiel (act. 22). 1.5 Am 2. November 2012 ging bei der Kammer eine Schutzschrift im Sinne von Art. 270 ZPO ein. Das Konkursamt stellte den Antrag, einer allfälligen Beschwerde keine aufschiebende Wirkung beizulegen, eventuell nur nach Leistung einer substantziellen Sicherheit (PS120202 act. 22). Mit Beschwerde vom 5. November 2012 an die Kammer beantragt die Beschwerdeführerin, es seien die Freihandverkaufsverfügung vom 16. Juli 2012 und der Notverkauf aufzuheben, und ihrer Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen; eventualiter sei die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (act. 23). Mit Verfügung der Kammerpräsidentin vom 8. November 2012 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung in dem Sinne beigelegt, dass im Rahmen der streitigen Freihandverkäufe noch nicht erfüllte Verträge und auch einzelne Erfüllungshandlungen nicht früher als am Montag 19. November 2012 vollzogen werden dürften. Eine Verlängerung der Massnahme gemäss Ziff. 1 wurde davon abhängig gemacht, dass die Beschwerdeführerin bis Freitag 16. No-

- 6 - vember 2012 11.45 Uhr Sicherheit in der Höhe von CHF 5'584'000.-- leiste. Die Beschwerdeschrift wurde dem Konkursamt, die Schutzschrift der Beschwerdeführerin zugestellt und Beiden wurde Frist bis zum 23. November 2012 angesetzt, um sich zur Sache und insbesondere zur Weiterführung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde zu äussern (act. 27). Gegen die Gewährung der aufschiebenden Wirkung (nur) unter Auferlegung der Sicherheitsleistung erhob die Beschwerdeführerin am 14. November 2012 Beschwerde beim Bundesgericht. Das Bundesgericht verfügte am 15. November 2012, dass der Beschwerde superprovisorisch keine aufschiebende Wirkung erteilt werde (act. 38). Mit Eingaben vom 13. und 16. November 2012 verlangte die Beschwerdeführerin

die Wiedererwägung der Verfügung vom 8. November 2012 (act. 29 und 33). Ihre Anträge wies die Kammerpräsidentin mit Verfügungen vom 14. November 2012 und 19. November 2012 ab (act. 31 und act. 34). Am 19. November 2012 wurde die Freihandverkaufsverfügung bzw. der aufgeschobene (restliche) Teil des Freihandverkaufs vollzogen und der Restkaufpreis (USD 5'998'000.–) vollständig an das Konkursamt überwiesen (act. 38, act. 41 N 7 und act. 42/3). Das Konkursamt nahm am 23. November 2012 zur Beschwerde Stellung (act. 41). Die Beschwerdeführerin äusserte sich mit Eingabe vom gleichen Tag zu den Vorbringen des Konkursamts und insbesondere zur Schutzschrift (act. 44). Die Eingabe des Konkursamts ging der Beschwerdeführerin am 29. November 2012 zu (act. 43/1). Am 3. Dezember 2012 schrieb das Bundesgericht die Beschwerde gegen die Verfügungen vom 8. und 14. November 2012 als durch Rückzug erledigt ab (act. 48). Mit Schreiben vom 6. Dezember 2012 erkundigte sich die Beschwerdeführerin nach dem weiteren Vorgehen im Beschwerdeverfahren (act. 46); eine Replikschrift blieb aus. Die Sache ist spruchreif. 2. Die Schutzschrift des Konkursamts, welche unter der Geschäftsnummer PS120202 angelegt wurde, betrifft die aufschiebende Wirkung der später eingegangenen, unter der Geschäftsnummer PS120211 angelegten Beschwerde der Beschwerdeführerin. Die Verfahren sind unter der letztgenannten Nummer zu

- 7 - vereinigen, d.h. das Verfahren PS120202 ist am Register abzuschreiben (was für sich allein genommen keine rechtlichen Folgen hat). 3.1 Das Verfahren der Beschwerde im Sinne von Art. 17 Abs. 1 SchKG richtet sich nach den Bestimmungen von Art. 20a Abs. 2 SchKG. Soweit das SchKG keine Bestimmungen enthält, regeln die Kantone das Verfahren (Art. 20a Abs. 3 SchKG). Im Kanton Zürich wird in § 84 GOG auf Art. 319 ff. ZPO (Beschwerde) verwiesen. Im SchKG-Beschwerdeverfahren vor oberer Aufsichtsbehörde nach § 84 GOG i.V.m. Art. 319 ff. ZPO gilt daher das (absolute) Novenverbot nach Art. 326 Abs. 1 ZPO (vgl. OGer ZH PS110019 vom 21. Februar 2011; vgl. ferner BGer 4A_228/2012 vom 28. August 2012, E. 2). Ausnahmen davon rechtfertigt immerhin eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör. 3.2 Was die (vom Novenverbot ausgenommenen) Eintretensvoraussetzungen der Beschwerde angeht, kann zunächst auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz (act. 22 E. II.1.-3. S. 5 ff.) verwiesen werden. Insbesondere ist die Beschwerdeführerin als Gläubigerin zur Beschwerde gegen den Freihandverkauf aktivlegitimiert, solange ihre Forderung im Konkurs nicht rechtskräftig abgewiesen wurde (Lorandi, *Betriebungsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit*, Basel 2000, Art. 17 N 185). Letzteres ist nicht der Fall, und der Sachverhalt ist bezüglich ihrer Forderung nicht liquid. Den bestrittenen (vgl. act. 44 N 35) und in wesentlichen Teilen unbelegten Behauptungen des Konkursamts, dass es der Beschwerdeführerin nicht ernsthaft um einen besseren Erlös gehe, sie davon ohnehin höchstens marginal profitieren könnte (vgl. PS120202 act. 22 N 9), ist hier nicht nachzugehen. Unabhängig vom Quantitativ ihrer Forderung hat die Beschwerdeführerin als (nicht abgewiesene) Gläubigerin ein schutzwürdiges Interesse an der korrekten Durchführung des Freihandverkaufs und auch an der Erzielung eines möglichst hohen Kaufpreises. Selbst wenn zuträfe, dass der massgebende Teilhaber der Beschwerdeführerin mit der vorliegenden Beschwerde einen unliebsamen Konkurrenten aus dem Weg schaffen wollte, was die Beschwerdeführerin freilich ebenso bestreitet (act. 44 N 32 f.), entbehrten die Rügen der Beschwerdeführerin nicht der Grundlage. Für deren Beurteilung rechtlich unerheblich sind allerdings die Befürchtungen der Beschwerdeführerin, dass ihr mit dem Freihand-

- 8 - verkauf die Umsetzung ihrer Ideen bezüglich einer Revitalisierung der Marke E._____ verwehrt würde, dass die Käuferinnen wichtige Kunden der D._____ AG seien, denen die Konkursaktiven "um jeden Preis" zugehalten werden sollten und die D._____ AG so zu Lasten der anderen Gläubiger Kundenpflege betreibt (act. 44 N 18, 35 f.). 3.3 Im Hinblick auf den am 19. November 2012 erfolgten (Rest-)Vollzug des Freihandverkaufs ist sodann zu prüfen, ob die Beschwerde noch einen praktischen Verfahrenszweck verfolgt, andernfalls darauf nicht einzutreten wäre. Die Beschwerde dient einzig zwangsvollstreckungsrechtlichen Zielen; die blosser Feststellung einer Pflichtwidrigkeit, nur um eine bessere Grundlage für die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen zu schaffen, ist unzulässig. Die Korrektur im Sinne eines Zurückkommens auf die angefochtene Handlung muss noch möglich sein (BSK SchKG I-Cometta/Möckli, 2. A. Basel 2010, Art. 17 N 7, 40; BGE 120 III 107 E. 2, S. 108 f.; BGE 128 III E. 2.3, S. 469). Ein Zwangsverwertungsgeschäft wie ein Freihandverkauf ist (erst) dann unwiderruflich, wenn die veräußerte Sache vom Erwerber inzwischen an einen gutgläubigen Dritten, der in seinem Erwerb geschützt wird, weiterveräußert worden ist. Selbst bei einer Weiterveräußerung an Dritte bleibt die Beschwerde eines übergangenen Gläubigers gegen den Verkauf durch das Konkursamt indessen möglich, wenn der Gläubiger stichhaltige Gründe gegen die Gültigkeit des Veräußerungsgeschäfts mit dem Dritten bzw. gegen dessen Gutgläubigkeit dartun kann (vgl. BGE 107 III 20, E. 3, S. 24; BGE 73 III 139 E. 3, S. 141; Lorandi, op. cit., Art. 17 N 15). Das Wareninventar wurde bereits mit dem vorgeschobenen Teilvollzug im Juli 2012 auf die Käuferinnen übertragen, und die Schuhe dürften mittlerweile (weiter-)verkauft oder (soweit unverkäuflich) entsorgt worden sein. Insoweit ist eine Rückabwicklung ausgeschlossen und gemäss Freihandverkaufsverfügung auch für den Fall des Scheiterns des Restvollzuges nicht vorgesehen. Im Übrigen aber macht der (Rest-)Vollzug die Beschwerde gegen den Freihandverkauf nicht gegenstandslos, mag eine (mit einer Rechtsdurchsetzung im Ausland verbundene) Rückabwicklung bezüglich der Tochtergesellschaften und der IP-Rechte – wie das Konkursamt vorbringt (act. 41 N 12) – auch praktisch kaum bzw. nur mit unverhält-

- 9 - nismässigem Aufwand zu bewerkstelligen sein. Immerhin wurde der ausstehende Teil in den Räumlichkeiten der Rechtsanwältinnen der Käuferinnen in Zürich vollzogen (vgl. act. 42/3 S. 2), und es ist nicht auszuschliessen, dass die Käuferinnen im Falle einer Gutheissung der Beschwerde zu einer entsprechenden Rückabwicklung Hand böten. Die Beschwerde ist daher zulässig. 4.1 Die Beschwerdeführerin rügt in formeller Hinsicht eine Verletzung ihres rechtlichen Gehörs. Die Vorinstanz habe der Beschwerdeführerin die Doppel der Stellungnahmen des Konkursamts und der weiteren Verfahrensbeteiligten bis heute nicht zugestellt; die eingeholten Stellungnahmen seien dem angefochtenen Beschluss entgegen dem Mitteilungssatz (act. 22 Dispositiv-Ziffer 2) nicht beigelegen, die Beschwerdeführerin habe deshalb bis heute keine Kenntnis vom Inhalt der betreffenden Stellungnahmen erlangt (act. 23 N 17 ff.). 4.2 Den Akten kann nicht entnommen werden, dass der Beschwerdeführerin die Stellungnahmen des Konkursamts und der Verfahrensbeteiligten (act. 6, 9, 12 und 16) vor der Fällung des angefochtenen Beschlusses zugestellt worden wären, und dass ihr Gelegenheit gegeben worden wäre, sich dazu zu äussern. Das verletzte ihr rechtliches Gehör. Selbst eine schwer wiegende Verletzung der Parteirechte nach Art. 53 ZPO, Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 Abs. 1 EMRK kann indessen geheilt werden, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern, die dieselbe Kognition hat, und wenn die Rückweisung an die Vorinstanz zu einem formalistischen Leerlauf bzw. zu unnötigen Verzögerungen

führen würde, die mit dem Interesse der Parteien an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (vgl. BGE 137 I 195 E. 2.3.2, S. 197 f.). Mithin darf und soll eine Heilung weitergehend möglich sein, als es nach dem Gewicht des verletzten Grundsatzes an sich erwünscht wäre, wenn es um eine besonders dringliche Sache geht. So ist es hier. Dass die Beschwerdeführerin die fraglichen Unterlagen entgegen dem betreffenden Hinweis im Mitteilungssatz (act. 22 Dispositiv-Ziffer 2) nicht mit dem angefochtenen Beschluss und auch während der Beschwerdefrist nicht zugestellt erhalten hat, mag auf einem Versehen beruhen. Die Beschwerdeführerin hat den Mangel mit Zustellung des Entscheides erkannt. Sie ist diesbezüglich bei der

- 10 - Vorinstanz jedoch nicht vorstellig geworden. Vielmehr ging sie irrtümlich davon aus, die fehlenden Akten würden sie noch rechtzeitig vor Ablauf der Rechtsmittelfrist erreichen (vgl. act. 44 N 11). Die Beschwerdeführerin erwähnt in ihrer Stellungnahme im Beschwerdeverfahren, dass ihr die betreffenden Eingaben zwischenzeitlich durch die Vorinstanz zugestellt worden seien (act. 44 N 8). Sie hatte demnach Gelegenheit, sich dazu zu äussern. Mit einer nochmaligen Fristansetzung zur Stellungnahme durfte sie überdies nicht rechnen (vgl. BGE 4A_273/2012 Urteil vom 30. Oktober 2012, E. 3.2). Von einer Rückweisung der Sache (wegen Gehörsverletzung) ist unter diesen Umständen abzusehen. 5.1 In der Sache hält die Beschwerdeführerin weitestgehend an ihren erstinstanzlich vorgetragenen Argumenten fest. So macht sie geltend, die Voraussetzungen des Freihandverkaufs seien im vorliegenden Fall nicht gegeben, da weder eine zeitliche Dringlichkeit ausgewiesen noch ein fairer bzw. genügender Preis erzielt worden sei. Es fehle zudem an der Zustimmung der Gläubigermehrheit, das Gläubigerzirkular sei der Beschwerdeführerin zu Unrecht nicht zugestellt worden und ebenso sei keine Spezialanzeige an sie erfolgt, womit ihr das Recht abgeschnitten worden sei, ein höheres Angebot zu unterbreiten. Das Gläubigerzirkular sei mangelhaft, da der Kaufpreis darin falsch deklariert worden sei und die Zahlungskonditionen der Käuferschaft nicht offen gelegt würden, und die Freihandverkaufsverfügung sei mangelhaft, da sie den Notverkauf in zwei Teilen bzw. Phasen vollziehe. Der erfolgte Freihandverkauf und der angefochtene Beschluss seien daher rechtswidrig und aufzuheben (act. 23 N 22 ff.; act. 44 N 12 ff.). 5.2.1 Im Rahmen eines Notverkaufs verwertet die Konkursverwaltung ohne Aufschub Gegenstände, welche einer schnellen Wertverminderung ausgesetzt sind, kostspieligen Unterhalt oder unverhältnismässig hohe Aufbewahrungskosten verursachen (Art. 243 Abs. 2 SchKG). Auch ein kaufmännisches Unternehmen kann einer schnellen Wertverminderung unterliegen und daher "ohne Aufschub" zu verwerten sein, sobald es zu vorteilhaften Bedingungen abgetreten werden kann (vgl. BGE 131 III 280 E. 2.1, S. 285). Der Beschwerdeführerin ist nun darin zuzustimmen, dass der vorliegende Verkauf einem Totalverkauf durch das Konkursamt im Rahmen eines Betriebsfort-

- 11 - führungsvertrages gleichkommt, bezieht er sich doch auf die Veräusserung der wesentlichen Konkursaktiven mit dem Ziel der Betriebsfortführung. Isaak Meier stellt diesbezüglich abgesehen von den gesetzlichen Schranken des Notverkaufs (insbesondere Dringlichkeit und Mangel an besseren Alternativen) im Wesentlichen die Voraussetzung auf, dass der erzielte Preis insgesamt als fair erscheinen müsse (vgl. Meier, Die Weiterführung des Unternehmens nach Konkurseröffnung, BISchK 2003, S. 16). Darauf ist zurückzukommen (vgl. unten Ziff. 5.2.3). Dass die Gesamtheit der Gläubiger einem Notverkauf eines Unternehmens zustimmen müsste, ist hingegen weder praktisch sinnvoll noch rechtlich zwingend. Die Vorinstanz führt richtig aus, dass Notverkäufe, die den

Aufschub bis zur Durchführung der ersten Gläubigerversammlung nicht ertragen, vom Konkursamt bereits vor der ersten Gläubigerversammlung – und damit ohne Zustimmung der Gläubigergesamtheit – durchgeführt werden können müssen. Das ist Rechtsprechung des Bundesgerichts, entspricht der Praxis der kantonalen Aufsichtsbehörden (vgl. BGE 131 III 280 E. 2.1, S. 285; Entscheid der Aufsichtsbehörde Basel-Stadt vom 17. Juni 1994, BLSchK 1995, S. 24; Entscheid der Aufsichtsbehörde St. Gallen vom 22. November 1999, BLSchK 2000, S. 67), und wird durch die Literatur überwiegend gestützt (vgl. BSK SchKG II-Russenberger, 2. A. Basel 2010, Art. 243 N 10, 12; Kuko SchKG-Bürgi, Art. 243 N 9, 12; vgl. ferner Vonder Mühl, Der wirtschaftlich begründete Dringlichkeitsverkauf von Mobilien im Konkurs, BLSchK, 1995 S. 6 f.). Die betreffende Rüge der Beschwerdeführerin ist daher unbegründet.

5.2.2 Was die Voraussetzung der Dringlichkeit angeht, so befürwortet die Beschwerdeführerin selbst einen Notverkauf des Warenlagers (act. 23 N 24). Ob – wie sie in der Beschwerde argumentiert – mit dem alleinigen Verkauf des Warenlagers die Durchführung des ordentlichen Konkursverfahrens möglich gewesen wäre (vgl. act. 23 N 24), steht dahin. Dass die beiden konkursiten Gesellschaften untergegangen sind, indiziert jedenfalls stark aktuelle und erhebliche Schwierigkeiten der ganzen E.____-Gruppe, wenn diese anscheinend auch versucht, nach aussen den normalen Geschäftsgang aufrecht zu erhalten, was von der Beschwerdeführerin mit Hinweisen auf den Internetauftritt untermauert wird

- 12 - (vgl. act. 29). Selbst wenn nur einzelne Tochter-Gesellschaften in finanziellen Schwierigkeiten steckten und vom Konkurs bedroht wären, was die Beschwerdeführerin selber nicht ausschliesst (vgl. act. 29 S. 4; act. 44 N 39), drohte dem Unternehmen ohne den Freihandverkauf eine erhebliche Wertverminderung. Die Vertreterin des Bankenkonsortiums hat die drohende Insolvenz der Tochtergesellschaften bestätigt (act. 12 N 38) und das Konkursamt hat das mit dem Freihandverkauf abgewendete Administrationsgesuch der C5.____ S.r.l. vor Instanz mit E-Mail-Korrespondenz dokumentiert (act. 8/21; die vom Konkursamt im Beschwerdeverfahren neu als act. 24/6 in PS120202 und act. 42/6-9 ins Recht gelegten Beweismittel scheitern am Novenverbot). Im Weiteren liegt auf der Hand, dass die IP-Rechte der Konkursitinnen laufend bewirtschaftet werden müssen, Schutzrechtsverletzungen geahndet und ablaufende Rechte verlängert werden müssen, was angesichts der in den einzelnen Ländern vorzunehmenden Rechtshandlungen aufwendig und mit erheblichen Kosten verbunden ist. Wenn auch noch bis sechs Monate nach Ablauf einer Marke gegen Gebühr eine Erneuerung beantragt werden kann und für die Ahndung von Marken- und Patentverletzungen erhebliche Fristen gewährt werden (vgl. Art. 31 Abs. 2 und Art. 52 ff. MSchG, Art. 72 ff. PatG), ändert dies nichts daran, dass längeres (passives) Zuwarten zu einer Wertverminderung der IP-Rechte führen könnte bzw. diese allenfalls zu einem geringeren Preis veräussert werden müssten. Implizit anerkennt das die Beschwerdeführerin, fragt sie sich doch, wer wohl die IP-Rechte erwerben würde, wenn die konkrete Gefahr bestehe, dass der Markt mit E.____-Kopien überschwemmt werde (vgl. act. 23 N 81). Vor allem aber ist massgeblich, dass der Verkauf nicht nur der Schuhe, sondern auch der übrigen Konkursaktiven mit dem Freihandverkauf zu günstigen Bedingungen erfolgen konnte. Bei einem Gesamtverkauf von Fabrikaten und IP-Rechten zusammen mit einem bestehenden Vertriebsnetz – vorliegend aus Tochtergesellschaften – dürfte ein Käufer einen höheren Preis zu zahlen bereit sein, als wenn er sich seine Vertriebskanäle erst noch aufbauen muss. Schon deshalb war es angezeigt, nicht das Warenlager der Konkursitinnen allein zu verkaufen, sondern zusammen mit den Beteiligungen an den Tochtergesellschaften und den IP-Rechten. Hervorzuheben ist, dass

schon vor der Konkursöffnung eine finan-

- 13 - zielle Restrukturierung mittels eines sog. "share deals" angestrebt wurde, wobei K. _____ & Co., Zürich, mit dem Verkaufsmandat betraut war (vgl. act. 6 N 16 ff. und Überblick der Verkaufsofferten in act. 8/2). Kompliziert gestaltete sich die Sache zudem, weil die Tochtergesellschaften auf der ganzen Welt verstreut sind und am Wareninventar sowie an den IP-Rechten Retentions- und Pfandrechte bestanden. Damit – die Vorinstanz hat darauf hingewiesen – lag eine spezielle Situation vor, der das Konkursamt im Rahmen der Ausübung pflichtgemässen Ermessens Rechnung tragen durfte. Mit dem angefochtenen Freihandverkauf wird das Unternehmen E. _____ weitergeführt, resp. die nahtlose Weiterführung des Vertriebs der E. _____-Schuhe ermöglicht. Die Verkaufsgelegenheit war in dieser Art einmalig und insofern dringlich. 5.2.3 Die Beschwerdeführerin argumentiert im Weiteren zu Recht, dass der mit dem Freihandverkauf erzielte Verkaufspreis fair sein muss und dass die Angemessenheit des festgelegten Verkaufspreises der Beschwerde unterliegt (vgl. Lorandi, Der Freihandverkauf im schweizerischen Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Diss. St. Gallen 1993, S. 198 ff.; Lorandi, Betreibungsrechtliche Beschwerde, Art. 17 N 122 ff.; vgl. auch Entscheid der Aufsichtsbehörde St. Gallen, B1SchK 2000, S. 67 f.). Allein: Der "faire" Preis bedeutet hier das in einem fairen Verfahren zustande gekommene, höchste Angebot. Der faire Preis wird so nicht inhaltlich und absolut, sondern durch ein faires Verfahren bestimmt (vgl. Meier, op. cit., S. 17). Das gilt umso mehr, als die Konkursgläubiger bei einem Verkauf von Vermögensgegenständen von bedeutendem Wert nach Art. 256 Abs. 3 SchKG die Möglichkeit haben, höhere Angebote zu machen. Das Bundesgericht hat die Frage zwar offen gelassen, ob eine Konsultation der Gläubiger geboten ist, wenn Dringlichkeit vorliegt (BGE 131 III 280 E. 2.1, S. 285). Nach der hier vertretenen Auffassung ist den Gläubigern indessen auch im Rahmen eines Notverkaufs nach Art. 243 Abs. 2 SchKG Gelegenheit zu geben, höhere Angebote zu machen, wobei die Eingabefrist freilich kurz bemessen sein darf (vgl. BGer 7B.220/2001 vom 20. November 2001, E. 2; BSK SchKG II-Bürgi, 2. A. Zürich 2010, Art. 256 N 23). Davon ging auch das Konkursamt aus, steht die Freihandverkaufsverfügung doch unter der aufschiebenden Bedingung, dass kein Gläubiger oder Dritter innert der angesetzten Frist ein höheres Angebot einreicht

- 14 - (act. 2/4 Ziff. 8.2 c., S. 23). Ausserdem hat das Konkursamt nach Konkursöffnung unter Beizug von K. _____ & Co. die möglichen Kaufinteressenten kontaktiert und die eingegebenen Offerten sorgfältig geprüft. Diejenige der Käuferinnen von USD 8.5 Mio. erwies sich als das mit Abstand höchste Angebot (vgl. act. 6 N 28 ff.). Auf eine (gutachterliche) Schätzung der Verkehrs- bzw. Liquidationswerte kommt es dabei nicht an. Mit der Vorinstanz kann im Übrigen für notorisch erachtet werden, dass sich die bei laufender Geschäftstätigkeit bilanzierten Werte erheblich von denjenigen unterscheiden, die im Liquidationsstadium erzielt werden können (vgl. act. 22 E. 6.2 S. 19). Der mit dem Freihandverkauf erlangte Verkaufspreis genügt den rechtlichen Anforderungen. 5.2.4 Die Beschwerdeführerin beklagt allerdings, dass sie selber kein höheres Angebot machen konnte. Das Gesetz regelt die Frist für höhere Angebote der Gläubiger nicht. In der Literatur wird eine klare zeitliche Begrenzung der Willenskundgebung befürwortet, da sonst nie eindeutig feststünde, ob der Freihandverkauf überhaupt abgeschlossen werden könne (vgl. BSK SchKG II-Bürgi, 2. A. Zürich 2010, Art. 256 N 23). Das Konkursamt hat den geplanten Verkauf den damals bekannten Gläubigern am 17. Juli 2012 mitgeteilt und für allfällige höhere Angebote Frist bis zum 31. Juli 2012 gesetzt (vgl. act. 2/6). Diese

Fristansetzung war angezeigt und notwendig und wird als solche von der Beschwerdeführerin auch gar nicht beanstandet. Vielmehr rügt sie, dass das Konkursamt ihr nach ihrer An- meldung bzw. Forderungseingabe das Gläubigerzirkular nicht zugestellt und ihr nicht eigens Frist angesetzt habe. Tatsächlich wandte sich A1._____ bereits am 19. Juli 2012 per E-Mail an das Konkursamt: Er gab sich als Inhaber der General- vertretungsrechte von E._____ zu erkennen und erklärte, er habe vom Verkauf der E._____ gehört. Weiter fragte er, ob er sich wegen der Rechte, die er für F._____ besitze, als Gläubiger anmelden müsse oder ob diese sowieso bei ihm verbleiben würden. Das Konkursamt wies ihn noch am selben Tag darauf hin, dass er im Konkurs eine Schadenersatzforderung eingeben könne. Ebenfalls noch an diesem Tag stellte A1._____ in Aussicht, eine Konkurs-Forderung im Be- trag CHF 2 Mio. geltend machen zu wollen (act. 2/9-10; act. 8/31). Mit Einschrei- ben vom 20. Juli 2012 (vgl. act. 2/21; nach Darstellung der Konkursverwaltung bei dieser eingegangen am 23. Juli 2012; vgl. act. 6 N 73) meldete die Beschwerde-

- 15 - führerin ihre Forderung an (vgl. act. 8/31). Mit E-Mail vom 6. August 2012 erkun- digte sich dann A1._____ beim Konkursamt über den Eingang der Forderungs- eingabe und fragte, was nun mit den offenen Forderungen geschehe. Das Kon- kursamt teilte mit, sofern der Notverkauf tatsächlich zustande komme, würden die bekannten Gläubiger zum gegebenen Zeitpunkt zur 1. Gläubigerversammlung eingeladen (act. 8/31). Dass A1._____ selber bzw. die Beschwerdeführerin an ei- nem Kauf von E._____ interessiert gewesen wäre, ergibt sich direkt weder aus der E-Mail-Korrespondenz vom 19. Juli und 6. August 2012 noch aus der Forde- rungseingabe der Beschwerdeführerin. Dessen ungeachtet hätte nach deren Ein- gang durchaus Anlass bestanden, der Beschwerdeführerin als neuer Gläubigerin das Gläubigerzirkular vom 17. Juli 2012 nachträglich noch zuzustellen. Ob das Konkursamt zu einer solchen Spezialanzeige verpflichtet gewesen wäre, um der Beschwerdeführerin innert der laufenden Frist Gelegenheit zu geben, eine höhe- res Angebot zu unterbreiten, ist hier dennoch nicht zu entscheiden. Die Be- schwerdeführerin räumt ein, dass sie schon vor der Forderungsanmeldung ge- rüchtweise vom Verkauf gehört hatte (vgl. act. 23 N 11 f.). Spätestens seit ihrer Akteneinsicht vom 3. September 2012 kannte sie den genauen Inhalt der Frei- handverkaufsverfügung. Sie beschränkte sich in der Folge jedoch darauf, die An- setzung einer (neuen) Frist zur Unterbreitung eines höheren Angebotes zu ver- langen. Ein derartiges Angebot unterbreitete sie weder dem Konkursamt noch der Vorinstanz, geschweige denn, dass sie den offerierten Kaufpreis sicher stellte. Selbst in ihrer Beschwerde an das Obergericht beschränkt sie sich darauf, die Aufhebung der in ihren Augen rechtswidrigen Zwangsvollstreckungsakte zu ver- langen, und sie behauptet bloss, ihr Alleinaktionär und Geschäftsführer verfüge über die nötigen finanziellen Ressourcen, um das E._____ -Geschäft weiterzufüh- ren (vgl. act. 23 N 66), ohne auch nur eine Vorstellung der wesentlichen Kaufbe- dingungen zu äussern. In ihrer Eingabe vom 13. November 2012, womit sie die Wiedererwägung der Auferlegung der Sicherheitsleistung beantragte (act. 29), machte sie ebenfalls kein höheres Angebot, sondern zeigte sich nur gewillt, die noch nicht übertragenen Nachlassaktiven zu den Konditionen der Freihandver- kaufsverfügung zu erwerben und diesen Willen durch die Abgabe einer Bankga- rantie zu bekräftigen (vgl. act. 29 S. 5). Die solchermassen bedingte Bankgarantie

- 16 - hat sie inzwischen dem Bundesgericht vorgelegt (act. 33). Anspruch darauf, die Kaufobjekte zu dem in der Freihandverkaufsverfügung festgelegten Preis über- nehmen zu können, hat die Beschwerdeführerin indes nicht. Erinnerung sei daran, dass die Gläubiger

gemäss Gläubigerzirkular den Kaufpreis gemäss Freihandverkaufsverfügung im Betrag von mindestens USD 200'000.– zu überbieten hatten (act. 2/6 S. 4). Die Beschwerdeführerin bietet nicht auch nur einen Franken mehr, obwohl sie dazu allen Grund und überdies ausreichend Gelegenheit hatte. Wenn sie mit einem höheren Angebot zuwarten wollte, bis die Freihandverkaufsverfügung aufgehoben oder ihr Frist für die Abgabe eines höheren Angebots angesetzt würde (vgl. act. 44 N 19, 27, 31), hat sie sich dem Risiko, leer auszugehen, sehenden Auges ausgesetzt. Da (nur) die Kundgabe einer verbindlichen Offerte relevant gewesen wäre, spielt keine Rolle, dass die verkauften Konkursaktiven vor Aufhebung der Freihandverkaufsverfügung nicht auf die Beschwerdeführerin hätten übertragen werden können. Die Beschwerdeführerin kann deshalb aus der gerügten Verletzung von Art. 256 Abs. 3 SchKG nichts zu ihren Gunsten ableiten.

5.2.5 Die Beschwerdeführerin hält des Weiteren das Gläubigerzirkular vom 17. Juli 2012 für mangelhaft, da darin nicht offengelegt werde, dass die Konkursmasse zusätzlich auf Debitorenforderungen im Betrag von USD 750'440.– gegenüber der mit den Käuferinnen wirtschaftlich verbundenen Gesellschaft I._____ Ltd verzichte, womit die Käuferinnen wirtschaftlich nur einen Kaufpreis von USD 8'125 Mio. zu leisten hätten, während alle anderen Gläubiger ein Angebot von USD 8.5 Mio. hätten überbieten müssen. Diese Information sei dem Gläubigerzirkular nicht zu entnehmen. Ebenso wenig gehe daraus hervor, dass der Verkaufspreis durch die vorteilhaften Zahlungskonditionen erheblich relativiert werde, weil die Käuferinnen in der ersten Phase die eingelagerten Schuhe übernehmen, diese dann verkaufen und sich so den Restkaufpreis für die zweite Phase finanzieren könnten. Diese Konditionen begründeten eine substantiell andere Ausgangslage, als der im Gläubigerzirkular genannte Kaufpreis von USD 8.5 Mio. und deren Offenlegung wäre geeignet gewesen, den Kreis der Kaufinteressenten zu erweitern (act. 23 N 67 ff., 72 ff.).

- 17 - Abgesehen davon, dass im Gläubigerzirkular ausdrücklich nur "die Eckdaten" der Freihandverkaufsverfügung unter Hinweis darauf, dass die Gläubiger die Freihandverkaufsverfügung in elektronischer Form verlangen könnten, "skizziert" wurden (vgl. act. 2/6 S. 2, 4), beläuft sich der von den Käuferinnen bezahlte Gesamtkaufpreis effektiv auf USD 8.5 Mio. Die Beschwerdeführerin übersieht, dass die Forderung der Konkursitinnen gegenüber der I._____ Ltd. sicherheitshalber an das Bankenkonsortium abgetreten worden war, mithin gar kein realisierbares Aktivum der Konkursmasse mehr darstellte. Zu fragen wäre einzig, ob das Bankenkonsortium sich den Verzicht auf die Forderung gegenüber I._____ Ltd. auf den nicht pfandgesicherten Teil seiner Forderung von rund CHF 98 Mio. gegenüber der Konkursmasse anrechnen lassen müsste und insofern die Passivseite zu reduzieren wäre. Dies freilich nicht im Nominalbetrag der Forderung von rund USD 750'000.–, sondern (selbst bei entsprechender Werthaltigkeit derselben) nur im Umfang der bei den nicht pfandgesicherten Forderungen der dritten Klasse für diesen Forderungsbetrag zu erwartenden Konkursdividende, welche bescheiden ausfallen dürfte. Was die Zahlungskonditionen betrifft, ist zu beachten, dass die Käuferschaft per 16. Juli 2012 für die Bezahlung des Restkaufpreises eine Bankgarantie abgegeben hat, welche bei nicht fristgerechter Zahlung des Restkaufpreises einseitig durch das Konkursamt gezogen werden kann (act. 6 N 170; act. 8/19 und 8/43). Damit aber ergibt sich aus dem vorgeschobenen Teilverzug für die Finanzierung des Kaufpreises kein Vorteil der Käuferschaft. Und wenn doch, dann wäre dessen Kenntnis allenfalls geeignet, angebotsbereite Gläubiger in ihrem Kaufinteresse zu bestärken, hingegen kaum dazu, (echte) Kaufinteressenten von einem Angebot abzuhalten. Das Gläubigerzirkular enthält die

wesentlichsten Informationen über den Freihandverkauf – namentlich über die Kaufobjekte und den Kaufpreis – und erfüllt mithin seinen Zweck – die Gewährleistung des Rechtes der Gläubiger, höhere Angebote zu machen. Läge aber in dieser Hinsicht tatsächlich ein Mangel vor, begründete dies für sich genommen nicht die Aufhebung der Freihandverkaufsverfügung, nachdem die Beschwerdeführerin die Gelegenheit zur Einreichung ei-

- 18 - nes höheren Angebots trotz umfassender Aktenkenntnis nicht wahrgenommen hat.

5.2.6 Die Beschwerdeführerin argumentiert schliesslich, auch die Freihandverkaufsverfügung selbst sei fehlerhaft. Das Konkursamt hätte ihrer Auffassung nach den Käuferinnen die Formensets nicht überlassen dürfen, ohne gleichzeitig den Verkauf der IP-Rechte resp. der Rechte, die E.____-Schuhe mit dieser Form auch herzustellen, zu sichern. Mangels einer Regelung des Übergabezeitpunkts der Formensets an die Käuferinnen sei davon auszugehen, dass sie – wenn sie sich gegen den Restvollzug entscheiden würden – an den Formensets, die sie im Rahmen des vorgeschobenen Teilvollzugs bezahlt hätten, Eigentum erworben hätten. Da die Käuferinnen die Formensets mithin rechtmässig erworben hätten, würde ihnen niemand das Recht absprechen, diese zu gebrauchen und damit Schuhe herzustellen. Die Beschwerdeführerin sorgt sich daher darum, wer denn nun die mangels Vollzug der zweiten Phase nicht verkauften IP-Rechte erwerben würde, wenn die konkrete Gefahr bestehe, dass der Markt mit E.____-Kopien überschwemmt werde (act. 23 N 76 ff.). Mit dem Restvollzug der Freihandverkaufsverfügung am 19. November 2012 ist diesem Argument der Beschwerdeführerin die Grundlage entzogen. Lediglich der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass, wenn die Übertragung der Rechte tatsächlich erst in der zweiten Phase vorgesehen gewesen wäre (was die Vorinstanz verneinte, vgl. act. 22 E. 6.1 S. 18) und wenn der Vollzug der zweiten Phase gescheitert wäre, sich der Erwerber bzw. Inhaber der E.____-Rechte nur einem unauthorisierten Hersteller, d.h. Fälscher von E.____-Schuhen gegenüber gesehen hätte. Die IP-Rechte wären in dieser Situation alles andere als wertlos gewesen. Da die E.____-Schuhe als solche (Funktionsweise bzw. Aussehen) geschützt und zudem verschiedene Marken "E.____" registriert sind (vgl. www.swissreg.ch), kann der Erwerber der IP-Rechte die Herstellung und den Vertrieb von E.____-Kopien ahnden und verbieten lassen. Entgegen der landläufigen Meinung ist ein Schutzrecht nicht schon an sich wertvoll, sondern erst dann, wenn es (fortwährend) überwacht und verteidigt wird, da es sonst schlicht nicht beachtet wird (vgl. David et. al., Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbe-

- 19 - werbsrecht, Band I/2, S. 5). Schutzrechtsverletzungen indizieren so gesehen den Wert des Schutzrechts. Auch die (letzte) Rüge der Beschwerdeführerin erweist sich daher als unbegründet. Das führt – unter Bestätigung des angefochtenen Entscheides – zur Abweisung der Beschwerde. 6. In kantonalen betriebsrechtlichen Beschwerdeverfahren werden grundsätzlich keine Kosten erhoben; eine Parteientschädigung darf nicht zugesprochen werden (Art. 20a Abs. 2 Ziff. 5 SchKG; Art. 61 Abs. 2 und Art. 62 Abs. 2 GebV SchKG). Es wird erkannt:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.