

(4) *Freihändige Veräusserung durch den Sachwalter in der Nachlassstundung*

*Urteil des Bundesgerichts vom 27. Juni 2005, Schuldbetreibungs- und Konkurskammer, 7B.57/2005, X. und Y. c. Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs des Kantons Basel-Landschaft, SchKG-Beschwerde gegen den Entscheid der Aufsichtsbehörde des Kantons Basel-Landschaft vom 22. Februar 2005.*

*Aus den Erwägungen:* «3.1 Gemäss Art. 298 SchKG bewirkt die Nachlassstundung, dass der Schuldner seine Geschäftstätigkeit unter Aufsicht des Sachwalters fortsetzen kann. Der Nachlassrichter kann jedoch anordnen, dass gewisse Handlungen rechtsgültig nur unter Mitwirkung des Sachwalters vorgenommen werden können, oder den Sachwalter ermächtigen, die Geschäftsführung anstelle des Schuldners zu übernehmen (Abs. 1). Ohne Ermächtigung des Nachlassrichters können während der Stundung nicht mehr in rechtsgültiger Weise Teile des Anlagevermögens veräussert oder belastet, Pfänder bestellt, Bürgschaften eingegangen oder unentgeltliche Verfügungen getroffen werden (Abs. 2).

3.2 Das Nachlassgericht hat die Z. AG mit Beschluss vom 2. November 2004 in Anwendung von Art. 298 Abs. 2 SchKG ermächtigt, ihre Beteiligungsrechte von 50% an der V. AG (Inhaberin der Markenrechte für Amerika, Australien, Neuseeland etc.), vorbehaltlich des Vorkaufsrechts der Mitaktionäre für einen Betrag von 2 Mio. Franken zu verkaufen. Im gleichen Beschluss hat das Nachlassgericht den Sachwalter zudem für das entsprechende Veräusserungsgeschäft die Berechtigung zur Geschäftsführung erteilt, und ihn ermächtigt, dieses Rechtsgeschäft mit Einzelunterschrift rechtsgültig für die Z. AG zu unterzeichnen. Die hier angefochtene Massnahme des Sachwalters hat sich in diesem Rahmen gehalten. Mit Schreiben vom 11. Januar 2005 teilte der Sachwalter unter Hinweis auf das Schreiben vom 21. Dezember 2004 den Beschwerdeführern als Mitaktionären mit, dass er die 50%-Beteiligung der V. AG für 2 Mio. Franken an die türkische Anbieterin verkaufen werde, wenn die Beschwerdeführer nicht innert Frist von ihrem Vorkaufsrecht zum Preis gemäss Drittangebot Gebrauch machen würden. Von einer Überschreitung der Befugnisse des Sachwalters, wie sie ihm vom Nachlassrichter übertragen worden sind, kann insoweit nicht die Rede sein.

3.3 Der Einwand der Beschwerdeführer, die Aufsichtsbehörde habe die Bestimmungen des «Pool-Agreements» unrichtig ausgelegt und ihr Vorkaufsrecht bzw. dessen Modalitäten sowie ihr Zustimmungsrecht zum Verkauf nicht gewahrt, ist unbehelflich. Wie es jedermann erlaubt ist, Ansprüche Anderer, die er für unbegründet hält zu bestreiten, so handelt auch ein Sachwalter rechtmässig, wenn er dem Schuldner aufgibt, sich Ansprüchen zu widersetzen, die nach seiner Ansicht mit den Wirkungen der Nachlassstundung nicht vereinbar sind (BGE 82 III 131 E. 2 S. 136; 129 III

94 E. 3.2.2 S. 99). Das Gleiche gilt im Rahmen von Geschäften, zu deren Vornahme der Sachwalter – wie hier – vom Nachlassrichter ermächtigt worden ist. Vorliegend war der Sachwalter, der die Interessen der Schuldnerin und der Gläubiger unparteiisch zu wahren hat (BGE 94 III 55 E. 2 S. 58; *Gillieron*, a.a.O., N. 45 zu Art. 295 SchKG), gestützt auf das «Pool-Agreement» der Ansicht, es sei mit den Wirkungen der Nachlassstundung nur vereinbar, den Beschwerdeführern ein Vorkausrecht im Rahmen der Drittofferte (nicht der Vorzugskonditionen) zu gewähren, und es sei keine Zustimmung der Beschwerdeführer zur Veräusserung notwendig. Da diese Art der Stellungnahme weder als böswillig oder leichtfertig, d.h. jedes ernststen Grundes entbehrend, erscheint, muss es dabei sein Bewenden haben. Eine Prüfung der zivilrechtlichen Rechtslage steht – was auch die Vorinstanz verkannt hat – den Aufsichtsbehörden nicht zu (BGE 82 III 131 E. 2 S. 136); vielmehr wird über die Frage, ob bzw. nach welchen Modalitäten der umstrittene Aktionärsbindungsvertrag den Beschwerdeführern ein Vorkaufsrecht für die Zeit nach der Nachlassstundung gewähre und ob er eine Zustimmung der Beschwerdeführer zum Verkauf der Aktien erfordere, nur der Richter entscheiden können. Die Behauptung der Beschwerdeführer, sie hätten Anspruch auf Herausgabe der Aktien entsprechend dem «Pool-Agreement» und dieser Anspruch stelle keine Umgehung der Rechte anderer Gläubiger dar, geht daher ins Leere. Vor diesem Hintergrund ist nicht zu beanstanden, wenn die Aufsichtsbehörde im Ergebnis die Verfügung des Sachwalters geschützt und die Beschwerde abgewiesen hat.»

*Bemerkungen:* Dem Bundesgericht ist zuzustimmen.

1. Die SchKG-Aufsichtsbehörden können *zivilrechtliche Bestimmungen* im Beschwerdeverfahren nach Art. 17 ff. SchKG *nicht prüfen* (E. 3.3; BGE 82 III 136; *Lorandi*, Art. 17 SchKG N 101). Der Einwand des Beschwerdeführers, die Bestimmungen des «Pool-Agreements» seien unrichtig ausgelegt und sein Vorkaufsrecht sei verletzt worden (E. 3.3), war deshalb schon im Ansatz verfehlt.

2. Mit SchKG-Beschwerde können *einzig Verfahrensverletzungen* gerügt werden. Eine solche hätte z.B. vorgelegen, wenn der Sachwalter seine Befugnisse bzw. seine durch den Nachlassrichter begründete Vertretungsmacht für die Nachlassschuldnerin überschritten hätte. Dies war in casu jedoch nicht der Fall (E. 3.2).

3. Der Beschwerdeführer rügte vor den kantonalen Aufsichtsbehörden, dass der Sachwalter ihm als Mitaktionär mitgeteilt hatte, dass er die 50% Beteiligung der V. AG für CHF 2 Mio. an die türkische Anbieterin verkaufen werde, wenn die Beschwerdeführerin nicht innert Frist von ihrem Vorkaufsrecht zum Preis gemäss dem Drittgebot Gebrauch mache (E. 3.2.). Diese Mitteilung stellt m.E. eine *privatrechtliche Erklärung* namens der Nachlassschuldnerin dar. Privatrechtliche Erklärungen stellen keine Verfügungen dar, weshalb sie keine tauglichen Anfechtungsobjekte für eine SchKG-Beschwerde darstellen (*Lorandi*, Art. 17 SchKG N 63 f.; BGE 86 III 110 betr. Ausübung eines Rückkaufsrechts). Dies gilt m.E. unbeschadet des Umstandes, dass die Vertretungsberechtigung des Sachwalters durch Entscheidung des Nachlassrichters gemäss Art. 298 Abs. 2 SchKG begründet worden ist

(E. 3.2). Damit hätten die unteren Aufsichtsbehörden m.E. nur prüfen können, ob der Sachwalter seine Vertretungsmacht überschritten hatte (was mit Beschwerde anfechtbar gewesen wäre; vgl. unten Ziff. 4). Im Übrigen hätte es jedoch *mangels tauglichem Anfechtungsobjekt* (fehlende Verfügung) auf die Beschwerde nicht eintreten müssen.

4. Das Bundesgericht hält fest, «die Art der Stellungnahme [des Sachwalters erscheine] weder als böswillig oder leichtfertig, d.h. [sie entbehre nicht] jeden ernststen Grundes», weshalb es dabei sein Bewenden haben müsse (E. 3.3; so schon BGE 82 III 136). Sofern das Bundesgericht damit im Sinne eines Umkehrschlusses zum Ausdruck bringen wollte, die Aufsichtsbehörden hätten bei *böswilligem oder leichtfertigem Verhalten* einschreiten können, ist Skepsis anzumelden. Zwar untersteht die Amtsführung als solche der Aufsicht durch die SchKG-Aufsichtsbehörden (*Lorandi*, Art. 14 SchKG N 2). Dagegen kann die Amtstätigkeit eines Vollstreckungsorgans nicht Gegenstand einer Beschwerde gemäss Art. 17 SchKG sein (*Lorandi*, Art. 17 SchKG N 47).

Soweit ein SchKG-Organ (wozu auch eine Sachwalter gehört) bei seiner *Amtstätigkeit* böswillig oder leichtfertig handelt, mag man dem Bundesgericht zustimmen; die Aufsichtsbehörden können aufgrund ihrer Aufsichtbefugnisse eingreifen (Art. 14 SchKG). Soweit es jedoch um *rechtsgeschäftliche Handlungen* des SchKG-Organs geht wie vorliegend (vgl. Ziff. 3), kann die Aufsichtsbehörde m.E. auch bei «böswilligem oder leichtfertigem Verhalten» nicht einschreiten, da sie für eine solche Beurteilung zivilrechtliche Bestimmungen anwenden müsste. Dies ist ihr aber verwehrt (vgl. Ziff. 1).

*PD Dr. Franco Lorandi*