

Hochschulstrasse 17
Postfach
3001 Bern
Telefon +41 31 635 48 02
Fax +41 31 635 48 14
obergericht-zivil.bern@justice.be.ch
www.justice.be.ch/obergericht

Entscheid

ZK 16 557

Bern, 24. November 2016

Besetzung

Oberrichter Studiger (Referent), Oberrichterin Pfister Hadorn und
Oberrichterin Apolloni Meier
Gerichtsschreiberin Kislig

Verfahrensbeteiligte

A._____, Inhaber der Kollektivgesellschaft: **C.**_____
Gesuchsgegner/Beschwerdeführer

gegen

B._____ **AG**,
Gesuchstellerin/Beschwerdegegnerin



Gegenstand

Anfechtung Konkurserkennntnis

Beschwerde gegen den Entscheid des Regionalgerichts Bern-
Mittelland vom 18. Oktober 2016 (CIV 16 5552)

Regeste:

- Die Hinterlegung gemäss Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG ist als «Hinterlegung als Erfüllung» zu verstehen. Verzugszinsen sind demnach bis zum Datum der Hinterlegung des Forderungsbetrags geschuldet (E. 13).

Erwägungen:

I.

1. Am 18. Oktober 2016 fällte das Regionalgericht Bern-Mittelland folgenden Entscheid (pag. 15 ff.):
 1. Über A._____, vgt., wird mit Wirkung ab heute, Dienstag, 18. Oktober 2016, 13:00 Uhr, gestützt auf Art. 171 SchKG der Konkurs eröffnet.
 2. Die Gerichtskosten von CHF 400.00 werden dem Schuldner/Gesuchsgegner auferlegt. Die verbleibende Kostensicherheit von CHF 2'000.00 ist dem Konkursamt Bern-Mittelland, Dienststelle Mittelland, zu überweisen.
 3. [Eröffnungsformel]
2. Der Entscheid wurde A._____ (nachfolgend: Beschwerdeführer) am 20. Oktober 2016 zugestellt (pag. 25).
3. Mit Eingabe vom 26. Oktober 2016 erhob der Beschwerdeführer gegen diesen Entscheid Beschwerde und beantragte Folgendes (pag. 33 ff.):
 1. die aufschiebende Wirkung d.h. den Aufschub der Vollstreckung in vorerwähntem Konkursverfahren
sowie hernach
 2. die Aufhebung resp. Einstellung der Konkurseröffnung resp. des Konkurses auf Grund der glaubhaft gemachten Zahlungsfähigkeit.
4. Mit Verfügung vom 27. Oktober 2016 wurde der Antrag um aufschiebende Wirkung der Beschwerde gutgeheissen (pag. 43 ff.).
5. Die B._____ AG (nachfolgend: Beschwerdegegnerin) erklärte in ihrer Beschwerdeantwort vom 4. November 2016 den Verzicht auf die Durchführung des Konkurses, unter der Voraussetzung, dass der beim Betreibungsamt Bern-Mittelland bezahlte Betrag von CHF 2'957.80 sowie die Gerichtskosten von CHF 400.00 und der beim Regionalgericht Bern-Mittelland bezahlte Kostenvorschuss von CHF 2'200.00 vollumfänglich an sie überwiesen werde (pag. 59).

II.

6. Die 1. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Bern ist zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde örtlich, sachlich und funktional zuständig (Art. 174 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs [SchKG; SR 281.1], Art. 319 Bst. a i.V.m. Art. 309 Bst. b Ziff. 7 der Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO; SR 272] und Art. 6 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zur Zivilprozessordnung, zur Strafprozessordnung und zur Jugendstrafprozessordnung [EG ZSJ; BSG 271.1]). Zur Anwendung gelangt das summarische Verfahren (Art. 251 Bst. a ZPO).
7. Die Beschwerdefrist beträgt im summarischen Konkursverfahren 10 Tage (Art. 174 Abs. 1 SchKG i.V.m. Art. 321 Abs. 2 sowie Art. 251 Bst. a ZPO) und wurde vorliegend gewahrt.
8. Der Kostenvorschuss für das oberinstanzliche Verfahren von CHF 750.00 wurde fristgerecht bezahlt (pag. 41 und 43).
9. Auf die form- und fristgerecht (Art. 174 Abs. 1 SchKG i.V.m. Art. 321 sowie Art. 251 lit. a ZPO) eingereichte Beschwerde ist einzutreten.
10. Mit Beschwerde kann die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO).
11. Die Parteien können im Beschwerdeverfahren nach Art. 174 Abs. 1 Satz 2 SchKG neue Tatsachen geltend machen, wenn diese vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind. Art. 174 Abs. 2 SchKG erlaubt es dem Schuldner zudem, seine gegen das Konkurserkennntnis erhobene Beschwerde mit bestimmten, erst nach dem angefochtenen Entscheid entstandenen neuen Tatsachen und Beweismitteln zu begründen und damit von der Beschwerdeinstanz die Aufhebung des Konkurses zu verlangen. Das Gesetz zählt die zulässigen echten Noven abschliessend auf, nämlich die alternativen Konkurshinderungsgründe der Tilgung, der Hinterlegung und des Gläubigerverzichts, die alle durch Urkunden zu beweisen sind, ferner die Zahlungsfähigkeit des Schuldners (vgl. GIROUD, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, 2. Auflage 2010, N. 20 zu Art. 174 SchKG). Die Konkursaufhebungsgründe müssen sich jedoch innerhalb der Beschwerdefrist verwirklicht haben und geltend gemacht werden (Art. 174 Abs. 2 SchKG; BGE 139 III 491 E. 4 S. 492 ff.).

Die vom Beschwerdeführer in oberer Instanz eingereichten, seine finanzielle Situation betreffenden Unterlagen können folglich als Noven berücksichtigt werden.

III.

12. Nach Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Rechtsmittelinstanz die Konkursöffnung aufheben, wenn der Schuldner seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden beweist, dass inzwischen die Schuld, einschliesslich der Zinsen und

Kosten, getilgt ist (Ziff. 1), der geschuldete Betrag bei der Rechtsmittelinstanz zuhanden des Gläubigers hinterlegt ist (Ziff. 2) oder der Gläubiger auf die Durchführung des Konkurses verzichtet (Ziff. 3).

13. Sowohl Tilgung als auch Hinterlegung des geschuldeten Betrags müssen einschliesslich Zinsen und Kosten erfolgen (DIGGELMANN, in: Hunkeler [Hrsg.], Kurzkommentar SchKG, 2. Auflage 2014, N 10 zu Art. 174 SchKG; GIROUD, a.a.O., N 22 zu Art. 174 SchKG). Damit stellt sich die Frage, bis zu welchem Zeitpunkt die laufenden Verzugszinsen aufzurechnen sind. Der Zinsenlauf endet grundsätzlich mit der Eröffnung des Konkurses im erstinstanzlichen Konkurserkennnis (Art. 209 Abs. 1 i.V.m. Art. 175 SchKG). Im Falle einer Anfechtung des Konkursdekrets hemmt die bewilligte aufschiebende Wirkung jedoch sowohl die Vollstreckung als auch den Eintritt der Konkurswirkungen, weshalb weiterhin Zinsen geschuldet sind (GIROUD, a.a.O., N 30 zu Art. 174 SchKG mit Hinweis auf Urteil des Bundesgerichts 5P.288/2003 vom 9. September 2003 E. 1; DIGGELMANN, a.a.O., N 5 zu Art. 174 SchKG). Mit der Tilgung der Schuld (Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG) endet der Zinsenlauf (vgl. MÖCKLI, in: Hunkeler [Hrsg.], Kurzkommentar SchKG, 2. Auflage 2014, N 8 und 11 zu Art. 12 SchKG). Dasselbe gilt im Falle einer Hinterlegung des geschuldeten Betrags. Die Hinterlegung gemäss Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG ist als «Hinterlegung als Erfüllung» zu verstehen (BGE 135 III 31 E. 2.2.3). Bei der Hinterlegung als Erfüllung wird der Schuldner durch seine Hinterlegung befreit, seine Schuldpflicht geht folglich unter. Der Unterschied zur Tilgung der Schuld liegt einzig in der Abwicklung (BGE 135 III 31 E. 2.2.2 und E. 2.2.3). Die Verzugszinsen sind demnach bis zum Datum der Tilgung oder der Hinterlegung des Forderungsbetrags geschuldet.
14.
 - 14.1 Die Beschwerdegegnerin hat sich nur unter gewissen Bedingungen zum Verzicht auf die Durchführung des Konkurses bereit erklärt, wobei es sich um Ansprüche handelt, über welche erst mit vorliegendem Entscheid befunden wird. Der Konkursaufhebungsgrund von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG ist deshalb nicht gegeben.
 - 14.2 Der Beschwerdeführer hat nach der Konkurseröffnung einen Betrag von CHF 6'280.35 beim Obergericht des Kantons Bern hinterlegt (pag. 41). Damit hat er unter anderem den Gegenwert des von der Beschwerdegegnerin erstinstanzlich geleisteten Gerichts- und Konkurskostenvorschusses von CHF 2'400.00 hinterlegt. Der hinterlegte Betrag diene zudem zur Bezahlung des oberinstanzlichen Gerichtskostenvorschusses von CHF 750.00 (pag. 43). Weiter hat der Beschwerdeführer einen Betrag von CHF 3'130.35 hinterlegt, entsprechend der Forderung gemäss Notifikation vom 27. September 2016 (pag. 5) zuzüglich der nach Auskunft des Betreibungsamtes (pag. 39) bis zur Hinterlegung am 27. Oktober 2016 angefallenen Zinsen von CHF 157.00 sowie der Kosten. Für die erstinstanzlichen Gerichtskosten hat der Beschwerdeführer insgesamt einen Betrag von CHF 600.00 (CHF 200.00 im Rahmen der Notifikation der Vorinstanz vom 27. September 2016 sowie CHF 400.00 im Rahmen des Gegenwerts des Kostenvorschusses von CHF 2'400.00) statt CHF 400.00 hinterlegt.

- 14.3 Damit hat der Beschwerdeführer die Schuld einschliesslich Zinsen und Kosten zuhanden der Beschwerdegegnerin hinterlegt (Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG).

15.

- 15.1 Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG hat der Schuldner zudem (kumulativ) seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen.
- 15.2 Glaubhaft gemacht ist eine Tatsache dann, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte (BGE 132 III 715 E. 3.1 S. 720; Urteil des Bundesgerichts 5A_810/2015 vom 17. Dezember 2015 E. 3.2.1).

Im Hinblick auf die Aufhebung der Konkursöffnung bedeutet dies, dass die Zahlungsfähigkeit des Konkursiten wahrscheinlicher sein muss als seine Zahlungsunfähigkeit. An diese Glaubhaftmachung dürfen keine allzu strengen Anforderungen gestellt werden, insbesondere wenn die wirtschaftliche Lebensfähigkeit des schuldnerischen Unternehmens nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann. Es liegt am Schuldner, Beweismittel vorzulegen, die geeignet sind, seine Zahlungsfähigkeit als glaubhaft erscheinen zu lassen. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichend liquide Mittel zur Begleichung der fälligen Schulden vorhanden sind (Urteil des Bundesgerichts 5A_810/2015 vom 17. Dezember 2015 E. 3.2.1 m.w.H.). Es genügt, dass sich der Schuldner um die Sanierung seiner ungünstigen finanziellen Situation ernsthaft bemüht und mit den Gläubigern beispielsweise Abzahlungen vereinbart, die er glaubhaft in der Lage ist, vereinbarungsgemäss zu leisten. Bloss Behauptungen des Schuldners genügen nicht. Es sind konkrete Anhaltspunkte wie Zahlungsbelege, Belege über die dem Schuldner zur Verfügung stehenden Mittel (z.B. Bankguthaben, Kreditverträge, Erklärung der Bank, das schuldnerische Unternehmen weiterhin zu stützen), Debitorenlisten, Zwischenbilanzen, Auftragsbestätigungen, Jahresrechnung, Auszug aus dem Betreibungsregister etc. nötig (GIROUD, a.a.O., N 26 zu Art. 174 SchKG).

Grundsätzlich als zahlungsunfähig erweist sich ein Schuldner, der beispielsweise Konkursandrohungen anhäufen lässt, systematisch Rechtsvorschlag erhebt und selbst kleinere Beträge nicht bezahlt. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen den Schuldner noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen, ausser wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung seiner finanziellen Situation zu erkennen sind und er auf unabsehbare Zeit als illiquid erscheint. Die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit beruht auf einem aufgrund der Zahlungsgewohnheiten eines Konkursiten gewonnenen Gesamteindruck (Urteil des Bundesgerichts 5A_912/2013 vom 18. Februar 2014 E. 3 m.w.H.).

- 15.3 Dem Betreibungsregisterauszug des Beschwerdeführers sowie dem Schuldnerauszug per 18. Oktober 2016 (Beschwerdebeilagen) ist zu entnehmen, dass gegen den Beschwerdeführer zwischen dem 1. Januar 2011 und dem 18. Oktober 2016 insgesamt 67 Beteiligungen im Betrag von insgesamt CHF 324'056.30 angehoben wurden. Der Beschwerdeführer hat vor der Konkursöffnung bereits in Beteiligung gesetzte Forderungen von CHF 151'626.90 durch Bezahlung an das Betreibungsamt beglichen. In weiteren Beteiligungen wurde das Beteiligungsbegehren von den Gläubigern zurückgezogen oder Rechtsvorschlag erhoben, so dass sich der noch

offene Forderungsbetrag der Betreibungen per 18. Oktober 2016 auf CHF 21'071.45 belief. Weiter hat der Beschwerdeführer mittels oberinstanzlich eingereichter Einzahlungs-Quittungen (Beschwerdebeilagen) dargelegt, dass er am 25. Oktober 2016 sieben weitere Betreibungsforderungen in der Höhe von insgesamt CHF 18'847.00 getilgt hat. Offene Verlustscheine sind keine vorhanden (vgl. Betreibungsregisterauszug, Beschwerdebeilage). Auch wenn die Anzahl und Höhe der in Betreibung gesetzten Forderungen nicht als geringfügig bezeichnet werden kann, steht doch fest, dass der Beschwerdeführer in der Vergangenheit und auch nach der erstinstanzlichen Konkursöffnung kleinere und grössere Betreibungsforderungen beglichen hat. Dies lässt darauf schliessen, dass sich der Beschwerdeführer bemüht und auch in der Lage ist, seine Schulden zu begleichen, wenn auch teilweise erst auf Druck der Gläubiger.

- 15.4 Aus dem eingereichten Kontoauszug der D._____ Bank ergibt sich per 27. Oktober 2016 ein Bankguthaben des Beschwerdeführers von CHF 83'449.58 (Beschwerdebeilage). Weiter verfügte der Beschwerdeführer per 24. bzw. 25. Oktober 2016 über ein Guthaben von insgesamt CHF 29'349.75 auf zwei Geschäftskonti bei der E._____ Bank (vgl. Einzahlungsbelege der E._____ Bank vom 24. und 25. Oktober 2016, Beschwerdebeilagen). Der Beschwerdeführer ist zudem Miteigentümer einer Liegenschaft in F._____ mit einem amtlichen Wert von CHF 350'600.00 und Gesamteigentümer einer Liegenschaft in G._____ mit einem amtlichen Wert von CHF 676'900.00, wobei die jeweils auf den Grundstücken lastenden Hypothekarschulden nicht aktenkundig sind (vgl. Auszug aus Grundstück-Informationen, Beschwerdebeilagen).
- 15.5 Die Zahlungsfähigkeit erscheint nach den gesamten Umständen wahrscheinlicher als die Zahlungsunfähigkeit.
16. Nach dem Gesagten sind die Voraussetzungen von Art. 174 Abs. 2 SchKG zur Aufhebung der Konkursöffnung durch die Rechtsmittelinstanz erfüllt und die Beschwerde ist entsprechend gutzuheissen.
17. Anzumerken bleibt, dass der Beschwerdeführer trotz seiner offenbar komfortablen finanziellen Situation Rechnungen der öffentlichen Hand systematisch zu bestreiten scheint. So mussten zwischen dem 1. Januar 2011 und dem 18. Oktober 2016 insgesamt 67 Betreibungen gegen den Beschwerdeführer angehoben werden und auch in jüngerer Zeit resultierten verschiedene Betreibungen der Sozialversicherungen (Ausgleichskasse H._____ und H._____ Pensionskasse), welche nach Erhebung des Rechtsvorschlags doch noch durch Zahlung erledigt wurden. Dieses Verhalten bringt neben einem grossen Aufwand für die Gläubiger und das Betreibungsamt auch erhebliche Kosten für den Beschwerdeführer mit sich, weshalb es angezeigt wäre, dieses zu hinterfragen.

IV.

18.

- 18.1 Bei diesem Ausgang des Verfahrens würde nach dem Unterliegerprinzip grundsätzlich die Beschwerdegegnerin kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Nach Art. 107 Abs. 1 ZPO kann das Gericht jedoch von diesen Grundsätzen abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen, etwa wenn besondere Umstände vorliegen, die eine Verteilung nach dem Ausgang des Verfahrens als unbillig erscheinen lassen. Nach Art. 108 ZPO hat unnötige Prozesskosten zu tragen, wer sie verursacht hat.

Da der Beschwerdeführer unter anderem durch Nichtbezahlung der in Betreuung gesetzten Forderung und Säumnis im erstinstanzlichen Verfahren die Konkurseröffnung selbst zu verantworten hat, hat er die erst- und oberinstanzlichen Gerichtskosten zu tragen. Eine Auferlegung der Gerichtskosten an die Beschwerdegegnerin erschiene unbillig.

- 18.2 Die erstinstanzlichen Gerichtskosten, bestimmt auf CHF 400.00, werden dem Beschwerdeführer zur Bezahlung auferlegt und mit dem von der Beschwerdegegnerin erstinstanzlich geleisteten Kostenvorschuss von insgesamt CHF 2'400.00 verrechnet (Art. 111 Abs. 1 ZPO).

Die verbleibende Kostensicherheit von CHF 2'000.00 ist dem Konkursamt Bern-Mittelland, Dienststelle Mittelland, zu belassen. Das Konkursamt wird angewiesen, die nach Abzug seiner Kosten verbleibende Restanz dem Beschwerdeführer zu überweisen.

- 18.3 Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden bestimmt auf CHF 750.00 (Art. 52 i.V.m. Art. 61 der Gebührenverordnung zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs [GebV SchKG; SR 281.35]). Sie werden mit dem vom Beschwerdeführer oberinstanzlich geleisteten Kostenvorschuss verrechnet (Art. 111 Abs. 1 ZPO).

19. Der Beschwerdeführer hat beim Obergericht des Kantons Bern zusätzlich zum geleisteten Kostenvorschuss von CHF 750.00 den Betrag von CHF 5'530.35 hinterlegt. Davon ist ein Betrag von CHF 5'330.35 (erstinstanzlicher Gerichts- und Konkurskostenvorschuss der Beschwerdegegnerin von CHF 2'400.00 sowie in Betreuung gesetzte Forderung samt Zinsen und Kosten) aus der Gerichtskasse an die Beschwerdegegnerin zu überweisen.

Der Restbetrag von CHF 200.00 entspricht dem zu viel hinterlegten Betrag für die erstinstanzlichen Gerichtskosten (vgl. E. III.14.2 oben) und ist dem Beschwerdeführer aus der Gerichtskasse zurückzuerstatten.

20. Der Beschwerdegegnerin ist mangels entsprechenden Antrages weder erst- noch oberinstanzlich eine Parteientschädigung zuzusprechen (zum Antragserfordernis siehe BGE 139 III 334 E. 4.3 S. 344).

Die Kammer entscheidet:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen und der durch das Regionalgericht Bern-Mittelland mit Entscheid vom 18. Oktober 2016 (CIV 16 5552) über A._____, Inhaber der Kollektivgesellschaft C._____, ausgesprochene **Konkurs** wird **aufgehoben**.
2. Die erstinstanzlichen Gerichtskosten, bestimmt auf CHF 400.00, werden dem Beschwerdeführer zur Bezahlung auferlegt und mit dem von der Beschwerdegegnerin erstinstanzlich geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
3. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens, bestimmt auf CHF 750.00, werden dem Beschwerdeführer auferlegt und mit dem von ihm oberinstanzlich geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
4. Das Konkursamt Bern-Mittelland, Dienststelle Mittelland, wird angewiesen, den vom Regionalgericht Bern-Mittelland weitergeleiteten Kostenvorschuss von CHF 2'000.00 nach Abzug der beim Konkursamt entstandenen Kosten an den Beschwerdeführer zu überweisen.
5. Der Beschwerdeführer hat beim Obergericht des Kantons Bern zusätzlich zum geleisteten Kostenvorschuss von CHF 750.00 einen Betrag von CHF 5'530.35 hinterlegt. Davon ist ein Betrag von CHF 5'330.35 (Gerichts- und Konkurskostenvorschuss für das erstinstanzliche Verfahren von CHF 2'400.00 sowie Forderungsbetrag inkl. Zinsen und Kosten) aus der Gerichtskasse an die Beschwerdegegnerin zu überweisen.

Die Restanz der Hinterlegung in der Höhe von CHF 200.00 wird dem Beschwerdeführer aus der Gerichtskasse zurückerstattet.

6. Für das erstinstanzliche und das oberinstanzliche Verfahren wird keine Parteientschädigung gesprochen.
7. Zu eröffnen:
 - den Parteien
 - dem Betreibungsamt Bern-Mittelland, Dienststelle Mittelland
 - dem Konkursamt Bern-Mittelland, Dienststelle Mittelland
 - dem Handelsregisteramt des Kantons Bern
 - dem Grundbuchamt Bern-Mittelland

Mitzuteilen:

- der Vorinstanz

Bern, 24. November 2016

Im Namen der 1. Zivilkammer

Der Referent:

Oberrichter Studiger

Die Gerichtsschreiberin:

Kislig

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung der schriftlichen Begründung beim Bundesgericht, Av. du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 39 ff., 72 ff. und 90 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110) geführt werden. Die Beschwerde muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen.