

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 17 234

Bern, 23. Juni 2017

Besetzung

Oberrichter Studiger (Referent), Oberrichter J. Bähler und Ober-
richterin Pfister Hadorn
Gerichtsschreiber Nuspliger

Verfahrensbeteiligte

A. _____
vertreten durch Rechtsanwältin B. _____
Gesuchstellerin/Beschwerdeführerin



 Gegenstand

Nachlassvertrag

Beschwerde gegen den Entscheid des Regionalgerichts Bern-
Mittelland vom 9. Mai 2017 (CIV 17 1363)

Regeste:

Bei Geldschulden setzt die Subrogation (Art. 110 OR; gesetzlicher Übergang der Gläubigerstellung auf einen Dritten) die Bezahlung der Schuld voraus (E. 9). Wer behauptet, der Übergang der Nebenrechte (insbesondere: die Befugnis, einem Nachlassvertrag zuzustimmen) sei auf einen früheren Zeitpunkt hin vereinbart worden, ist hierfür beweisbelastet (E. 10.2).

Erwägungen:

I.

1. Das Regionalgericht Bern-Mittelland gewährte A._____ (nachfolgend: Beschwerdeführerin) am 24. Februar 2016 die Nachlassstundung und setzte eine Sachwalterin ein (Verfahren CIV 15 6589).
2. Am 9. Mai 2017 stellte das Regionalgericht fest, dass das nötige Quorum für das Zustandekommen des vorgeschlagenen Nachlassvertrages nicht erreicht worden sei. Entsprechend lehnte das Regionalgericht die Bestätigung des Nachlassvertrages ab und eröffnete den Konkurs (Verfahren CIV 17 1363 pag. 93 ff.).
3. Mit Beschwerde vom 19. Mai 2017 beantragt die Beschwerdeführerin den Zivilkammern des Obergerichts des Kantons Bern, was folgt (pag. 129 ff.):
 1. Die im Entscheid des Nachlassgerichts vom 9. Mai 2017 verfügte Konkurseröffnung sei aufzuheben.
 2. Der vorliegenden Beschwerde gegen die Konkurseröffnung sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen.
 3. Der Nachlassvertrag vom 17. Februar 2017 sei zu bestätigen.
 4. Eventualiter sei der Entscheid des Nachlassgerichts vom 9. Mai 2017 aufzuheben und zur Neuurteilung an das erstinstanzliche Gericht zurückzuweisen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen

4. Der Instruktionsrichter hiess den Antrag um Aufschub der Vollstreckbarkeit am 22. Mai 2017 gut (pag. 151 ff.).

II.

5.

- 5.1 Angefochten ist ein Entscheid des Nachlassgerichts, worin der Nachlassvertrag verworfen und der Konkurs eröffnet wurde. Hiergegen steht die Beschwerde offen (Art. 307 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs [SchKG; SR 281.1]; Art. 309 Bst. b Ziff. 7 sowie Art. 319 Bst. a der Zivilprozessordnung [ZPO; SR 272]).

- 5.2 Die Zivilkammern des Obergerichts des Kantons Bern sind zur Beurteilung der Beschwerde in jeder Hinsicht zuständig (Art. 6 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zur Zivilprozessordnung, zur Strafprozessordnung und zur Jugendstrafprozessordnung [EG ZSJ; BSG 271.1]).
- 5.3 Die übrigen Prozessvoraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Auf die frist- (Art. 314 Abs. 1 i.V.m. Art. 251 Bst. a ZPO) und formgerecht (Art. 321 Abs. 1 ZPO) erhobene Beschwerde ist einzutreten.
- 5.4 Im Beschwerdeverfahren gilt das strikte Novenverbot, d.h. neue Tatsachen und Beweismittel sind ausgeschlossen (Art. 326 ZPO).

Die Beschwerdeführerin reichte dem Obergericht als Sammelbeilage die E-Mail-Korrespondenz zwischen der Sachwalterin und der C._____ AG (Bank) im Zeitraum 17. Februar 2017 bis 4. Mai 2017 ein (Beschwerdebeilage [BB] 3). Sie behauptet, diese Urkunden seien «bereits Gegenstand des erstinstanzlichen Verfahrens» gewesen (pag. 139). Dies ist angesichts des Wortlauts des Verhandlungsprotokolls (pag. 87 und 89) zweifelhaft, kann mit Blick auf den Verfahrensausgang aber offenbleiben.

III.

6.

- 6.1 Obwohl in Art. 306 SchKG nicht ausdrücklich erwähnt, überprüft das Nachlassgericht vorab, ob das Gläubigerquorum gemäss Art. 305 SchKG erreicht wurde. Anschliessend klärt es, ob die Bestätigungsvoraussetzungen von Art. 306 Abs. 1 SchKG erfüllt sind (DANIEL HUNKELER, Kurzkommentar SchKG, 2. Aufl. 2014, N. 3 zu Art. 306 SchKG).
- 6.2 Gemäss Art. 305 Abs. 1 SchKG ist der Nachlassvertrag angenommen, wenn ihm bis zu Bestätigungsentscheid entweder (a) die Mehrheit der Gläubiger, die zugleich mindestens zwei Drittel des Gesamtbetrages der Forderungen vertreten, oder (b) ein Viertel der Gläubiger, die mindestens drei Viertel des Gesamtbetrages der Forderungen vertreten, zugestimmt haben.

7. Die Vorinstanz erwog Folgendes:

- 7.1 Der Gesamtbetrag der nicht privilegierten Forderungen betrage CHF 56'209.95. Dieser Betrag verteile sich auf neun Gläubiger (darunter die C._____ AG), wovon lediglich vier (44.44%), vertretend eine Forderungssumme von CHF 7'064.15 (12.57%), dem Nachlassvertrag zugestimmt hätten. Eine Zustimmungserklärung der C._____ AG (Forderung: CHF 41'266.30) liege nicht vor, weshalb diese zu den ablehnenden Gläubigern gezählt worden sei.

7.2 Der von der Sachwalterin vertretenen Ansicht, wonach eine Dritte (D._____, Schwiegertochter der Schuldnerin) in die Forderung der C._____ AG subrogiert sei und für diese dem Nachlassvertrag habe zustimmen dürfen, könne nicht gefolgt werden:

- Die Subrogation nach Art. 110 des Obligationenrechts (OR; SR 220) setze voraus, dass der Gläubiger vollständig befriedigt und ihm mitgeteilt werde, dass ein Gläubigerwechsel beabsichtigt sei.
- Laut Sachwalterin habe sich D._____ bereit erklärt, der C._____ AG CHF 25'000.00 zu bezahlen, und zwar CHF 11'000.00 per Ende Mai 2017 und anschliessend CHF 14'000.00 in sieben monatlichen Raten à je CHF 2'000.00. Heute, im Entscheidzeitpunkt, sei die C._____ AG noch nicht «vollständig befriedigt» worden. D._____ sei nicht in die Gläubigerstellung subrogiert und folglich auch nicht berechtigt, dem Nachlassvertrag zuzustimmen.
- Andere Gründe für die Gültigkeit der Zustimmungserklärung von D._____, wie z.B. eine Zession der Forderung, seien nicht erstellt.
- Ohnehin habe die getroffene Abmachung eine verpönte Ungleichbehandlung der Gläubiger zur Folge, da die C._____ AG rund 60% ihrer Forderung erhalte.

7.3 Im Ergebnis erachtete das Regionalgericht das Quorum von Art. 305 SchKG als nicht erreicht, weshalb es den Nachlassvertrag verwarf.

8. Die Beschwerdeführerin macht zusammengefasst Folgendes geltend:

- Die C._____ AG habe die Drittleistung von D._____ (CHF 25'000.00) als volle Befriedigung akzeptiert. Entsprechend sei D._____ in vollem Umfang in die Forderung der C._____ AG subrogiert (pag. 139).
- Für den Eintritt der Subrogationswirkungen sei ausreichend, dass dem Gläubiger erkenntlich gemacht werde, dass der Zahlende als Intervenient handeln wolle und dass ein Gläubigerwechsel beabsichtigt sei. Beides sei hier spätestens Anfangs Mai 2017 der Fall gewesen. Die alte Verbindlichkeit sei zufolge der Begründung einer neuen Verbindlichkeit erloschen (pag. 141 oben).
- Aus dem E-Mailverkehr gehe das Einverständnis der C._____ AG hervor, dass D._____ als neue Gläubigerin dem Nachlassvertrag zustimme. Es sei vereinbart worden, dass die Nebenrechte bereits vor der vollständigen Bezahlung übergangen (pag. 141 unten).

Aus diesen Gründen sei D._____ zur Abgabe der Zustimmungserklärung befugt gewesen, womit das nötige Quorum erreicht sei.

9. Die Subrogation (gesetzlicher Übergang der Gläubigerstellung auf einen Dritten) ist in Art. 110 OR wie folgt geregelt: «Soweit ein Dritter den Gläubiger befriedigt, gehen dessen Rechte von Gesetzes wegen auf ihn über, wenn der Schuldner dem Gläubiger anzeigt, dass der Zahlende an die Stelle des Gläubigers treten soll» (Art. 110 Ziff. 2 OR).

- 9.1 Nach dem Wortlaut des Gesetzes setzt die Subrogation voraus, dass 1. ein Dritter die geschuldete Leistung erbringt, dass 2. diese Leistung den Gläubiger befriedigt und dass 3. ein Subrogationsgrund vorliegt (hier: Mitwirkung des Schuldners in Form einer Subrogationserklärung).
- 9.2 Befriedigt der Dritte den Gläubiger nur teilweise, subrogiert er grundsätzlich nur im Umfang des befriedigten Teils in die Gläubigerstellung. Es kommt zu einer Teilung der Forderung. Eine Ausnahme ist dort zu machen, wo der Gläubiger die Drittleistung als volle Befriedigung für die ihm zustehende Forderung annimmt; diesfalls subrogiert der Dritte vollumfänglich (CORINNE ZELLWEGER-GUTKNECHT, in: Basler Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht I, 6. Aufl. 2015, N. 35 zu Art. 110 OR).
- 9.3 Zu den Wirkungen der Subrogation zählt auch der Übergang der Nebenrechte (wie Pfändungs- und Konkursprivilegien, Sicherungsrechte, Konventionalstrafen oder Gerichtsstandsklauseln; ZELLWEGER-GUTKNECHT, a.a.O, N. 33 zu Art. 110 OR). Erfüllt der Dritte nur mit Teilleistung, so steht es den Parteien offen, den Übergang der Sicherheiten gesondert vertraglich zu ordnen, wobei bei Fehlen einer Abrede von der Wahrung der Position des ursprünglichen Gläubigers auszugehen ist (ZELLWEGER-GUTKNECHT, a.a.O, N. 35 zu Art. 110 OR).

10.

- 10.1 Vorliegend gebricht es an der Hauptvoraussetzung der Subrogation: der Leistungserbringung mit Befriedigungsfolge. D._____ hat bis zum Stichtag (9. Mai 2017) keinerlei Zahlungen an die C._____ AG geleistet; diese war per dato weder teilweise, geschweige denn vollständig befriedigt. Wie das Regionalgericht festgestellt hat, war die erste Zahlung von CHF 11'000.00 erst später, per Ende Mai 2017, fällig. An der Verhandlung bestätigte die Sachwalterin denn auch, dass «noch nichts bezahlt worden» sei (Protokoll pag. 87).

Die Auffassung der Beschwerdeführerin, die Subrogation trete bereits dann ein, wenn die Zahlung angekündigt (oder versprochen) sei, lässt sich mit dem Gesetzestext («soweit ein Dritter den Gläubiger befriedigt...») nicht in Einklang bringen. Eine solche Rechtsfolge wäre dem Gläubiger, der sich gegen die Subrogation nicht wehren kann, nicht zuzumuten, käme sie doch einem unfreiwilligen Schuldnerwechsel gleich (vgl. aber Art. 176 OR). Der in diesem Zusammenhang gemachte Hinweis der Beschwerdeführerin auf BGE 57 II 90 S. 93 geht fehl, äussert sich dieser doch nur zur Subrogationserklärung: «Pour que la subrogation s'opère, il faut et il suffit que le créancier se rende compte, *au moment du paiement*, qu'il s'agit d'un changement de créancier, non d'une extinction de la dette en faveur du débiteur; un avis formel n'est pas nécessaire» (Regeste; Hervorhebung hinzugefügt).

- 10.2 Zu prüfen bleibt der Einwand, dass D._____ mit der C._____ AG den vollumfänglichen Übergang der Nebenrechte bereits vor der Zahlung vereinbart habe.

Für den Bestand einer solchen Vereinbarung ist die Schuldnerin beweisbelastet (Art. 8 des Zivilgesetzbuches [ZGB; SR 210]). In den Akten finden sich indessen keinerlei Hinweise hierauf (selbst unter Beachtung von BB 3). Aus der Vereinba-

zung von Zahlungsfristen sowie der (blossen) Erwähnung von Subrogation und Nachlassverfahren in der Korrespondenz kann hierzu nichts abgeleitet werden.

- 10.3 Andere Gründe, die D._____ berechtigen würden, dem Nachlassvertrag zuzustimmen, sind nicht ersichtlich. Weder wurde eine Vollmacht behauptet und bewiesen, noch wurde die Forderung zediert oder noviert, noch hat die C._____ AG die Schuldnerin aus der Schuld entlassen. Die aktenkundige Haltung der Bank präsentiert sich vielmehr als Teilerlass, verbunden mit einer Stundung.
11. D._____ konnte somit weder für sich selber noch für die C._____ AG dem Nachlassvertrag zustimmen. Es bleibt dabei, dass das Quorum von Art. 305 SchKG verfehlt wurde. Dabei ist einerlei, ob die Forderung der C._____ AG mit CHF 41'266.30 (Zustimmungsquote bei 12.57%) oder mit CHF 25'000.00 (Zustimmungsquote bei 17.68%) berücksichtigt wird.
12. Die Beschwerde ist abzuweisen.
13. Da der Beschwerde gegen die Konkurseröffnung die aufschiebende Wirkung gewährt wurde, muss der Zeitpunkt der Konkurseröffnung neu festgelegt werden. Dieser wird auf Freitag, 23. Juni 2017, 10:30 Uhr bestimmt.

IV.

14. Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens werden in Anwendung von Art. 61 Abs. 1 i.V.m. Art. 48 der Gebührenverordnung zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SR 281.35) auf CHF 1'500.00 bestimmt, der Beschwerdeführerin zur Zahlung auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO) und mit ihrem gleich hohen oberinstanzlichen Kostenvorschuss verrechnet (Art. 111 Abs. 1 ZPO).
15. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

V.

16. Der Entscheid über den Nachlassvertrag ist öffentlich bekanntzumachen und den gesetzlich bezeichneten Stellen mitzuteilen (Art. 308 Abs. 1 SchKG). Die gleiche Mitteilungspflicht besteht hinsichtlich der Konkurseröffnung (Art. 176 Abs. 1 SchKG).

Die Kammer entscheidet:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die gerichtliche Bestätigung des Nachlassvertrags wird abgelehnt.
3. Über A. _____ wird mit Wirkung ab Freitag, 23. Juni 2017, 10:30 Uhr der Konkurs eröffnet.
4. Die oberinstanzlichen Gerichtskosten, bestimmt auf CHF 1'500.00, werden der Beschwerdeführerin auferlegt und mit ihrem gleich hohen oberinstanzlichen Gerichtskostenvorschuss verrechnet.
5. Zu eröffnen:
 - der Beschwerdeführerin, v.d. ihre AnwältinMitzuteilen:
 - der Vorinstanz
 - dem Betreibungsamt Bern-Mittelland, Dienststelle Mittelland
 - dem Konkursamt Bern-Mittelland, Dienststelle Mittelland
 - dem Grundbuchamt Bern-Mittelland
 - dem Handelsregisteramt des Kantons BernZiff. 2 und 3 des Dispositivs sind zu publizieren (ohne Rechtsmittelbelehrung):
 - im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB)
 - im Amtsblatt des Kantons Bern

Bern, 23. Juni 2017

Im Namen der 1. Zivilkammer

Der Referent:

Oberrichter Studiger

Der Gerichtsschreiber:

Nuspliger

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 Bundesgerichtsgesetzes (BGG; SR 173.110) geführt werden. Die Beschwerde muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen. Es gilt keine Streitwertgrenze (Art. 74 Abs. 2 Bst. d BGG).

Hinweis: Der Entscheid ist rechtskräftig.