

Hochschulstrasse 17
Postfach
3001 Bern
Telefon +41 31 635 48 02
Fax +41 31 634 50 53
obergericht-zivil.bern@justice.be.ch
www.justice.be.ch/obergericht

Entscheid

ZK 20 448

Bern, 8. Dezember 2020

Besetzung

Oberrichter Hurni (Referent), Oberrichterin Grütter und Oberrichter D. Bähler
Gerichtsschreiber Knüsel

Verfahrensbeteiligte

A. _____ AG
vertreten durch Rechtsanwalt B. _____
Schuldnerin/Gesuchsgegnerin/Beschwerdeführerin

gegen

C. _____ GmbH & Co KG
vertreten durch Rechtsanwalt D. _____
Gläubigerin/Gesuchstellerin/Beschwerdegegnerin

Gegenstand

Anfechtung Konkurserkennntnis

Beschwerde gegen den Entscheid des Regionalgerichts Oberland vom 24. September 2020 (CIV 20 2002)



Regeste:

Konkurseröffnung

Zulässigkeit echter und unechter Noven im Zusammenhang mit einer Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung (E. 9 ff.).

Kassation bei mangelnder Spruchreife (E. 15).

Erwägungen:

1. Die Parteien schlossen im Jahr 2016 einen Serienproduktevertrag (SPV; GB 4). Darin verpflichtete sich die Gläubigerin im Wesentlichen zur Herstellung von *Maximum Pilot View Kits* für einen bestimmten Airbus Helikopter und die Schuldnerin zur Bezahlung der Kosten gemäss vertraglicher Abmachungen.

Beim Maximum Pilot View Kit (MPVK) handelt es sich um ein System, das dem Piloten nach Einbau in den Helikopter eine exzellente Sicht nach unten durch eine Art Fenster im Boden des Helikopters und seitlich bis einschliesslich in den Bereich der Aussenwand ermöglicht. Der Einbau kann als strukturelle Modifikation des Helikopters Airbus AS350/H125 bezeichnet werden, ausgelegt primär für das Fliegen mit Unterlast. Die Idee des MPVK stammt von der Schuldnerin. Die Gläubigerin sollte das MPVK als Standardbausatz fertigen und liefern. Der Einbau in bestehende Helikopter und der Verkauf des Kits an Endkunden bzw. von Helikoptern mit dem MPVK war Aufgabe der Schuldnerin (vgl. HG 19 55, E. 29).

Der Vertrag wurde auf unbestimmte Dauer geschlossen. Eine Kündigung wäre laut Vertrag erst nach der Abnahme von 150 Kits möglich gewesen.

2. Die Schuldnerin hat unbestrittenermassen 30 MPKV bei der Gläubigerin bestellt. Diese wurden an die Schuldnerin ausgeliefert und in Helikopter verbaut. Spätestens seit dem 4. November 2019 hat die Schuldnerin keine weiteren Bestellungen mehr getätigt.

Bereits im Jahr 2018 kam es zwischen den Parteien zu Meinungsverschiedenheiten über die Kosten und die Abnahmeverpflichtung. Um zu verhindern, dass die Schuldnerin vertragswidrig MPKV bei anderen Herstellern bezieht, hob die Gläubigerin im Mai 2019 ein Massnahmenverfahren beim Handelsgericht des Kantons Bern an. Sie berief sich auf die vertragliche Bestellpflicht und die Exklusivitätsklausel. Während laufendem Verfahren kündigte die Schuldnerin den Vertrag. Das Handelsgericht des Kanton Bern hat mit Entscheid vom 4. November 2019 den Begehren der Gläubigerin teilweise entsprochen und Bezugsverbote bei anderen Herstellern verfügt. In der Begründung wurde erwo-

gen, die von der Schuldnerin ausgesprochene Kündigung zeitige (aus der Optik des Summarrichters) keine Wirkung und der Serienproduktevertrag habe weiterhin Bestand (GB 6, E. 37.9).

3. Per 31. Dezember 2019 übertrug die Schuldnerin den MPVK-Geschäftsbereich - und damit wesentliche Bilanzpositionen - auf die E._____ AG. Darin sieht die Gläubigerin eine betrügerische Handlung i.S. von Art. 190 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG. Am 10. August 2020 stellte sie beim Regionalgericht Oberland ein Gesuch um sofortige Konkurseröffnung.
4. Dem widersetzte sich die Schuldnerin. Sie bestritt im Wesentlichen die Gläubigereigenschaft der C._____ GmbH & Co KG mit dem Argument, sie [die Schuldnerin] habe sich vertraglich nicht zur Abnahme von mindestens 150 MPKV verpflichtet. Entsprechend bestehe auch keine Ersatzpflicht für entgangenen Gewinn. Ferner ist die Schuldnerin der Ansicht, sie sei aus wirtschaftlichen Gründen zur Übertragung des Geschäftsbereichs gezwungen gewesen und habe einzig in der Absicht gehandelt, ihr wirtschaftliches Fortkommen zu sichern bzw. zu Gunsten der Gläubiger einen Konkurs abzuwenden. Von betrügerischen Handlungen könne keine Rede sein.
5. Damit fand sie beim Vorrichter kein Gehör. Mit Entscheid vom 24. September 2020 eröffnete das Regionalgericht Oberland über die Schuldnerin gestützt auf Art. 190 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG infolge betrügerischer Handlungen den Konkurs.

Die Vorinstanz untersuchte zunächst die Gläubigerstellung, d.h. die vertraglichen Beziehungen zwischen den Parteien. Der Vorrichter vermochte keinen übereinstimmenden Parteiwillen auszumachen, kam aber mittels Auslegung nach dem Vertrauensprinzip zum Schluss, die Schuldnerin sei zur Abnahme von mindestens 150 MPVK verpflichtet gewesen. Dazu sei es jedoch nicht gekommen. Vielmehr habe die Schuldnerin vorzeitig erklärt, sich nicht mehr an die vertraglichen Pflichten halten zu wollen resp. eingeräumt, nach dem 4. November 2019 keine Bestellungen mehr getätigt zu haben. Bei dieser Ausgangslage sei die Gläubigerin berechtigt gewesen, auf eine Realerfüllung zu verzichten und stattdessen von der Schuldnerin Ersatz für den entgangenen Gewinn zu verlangen (Art. 107 Abs. 2 OR). Im Ergebnis ging der Vorrichter davon aus, dass die Gläubigerin ihre Gläubigerstellung jedenfalls in Bezug auf eine Forderung von EUR 819'600 glaubhaft gemacht hat. Gegenforderungen der Schuldnerin hielt der Vorrichter für unbeachtlich, schon deshalb, weil keine Verrechnungserklärung behauptet worden sei.

Sodann begründete der Vorrichter einlässlich, dass es sich bei der per 31. Dezember 2019 vollzogenen Übertragung des MPVK-Geschäftsbereichs objektiv und subjektiv um eine betrügerische Handlung i.S. von Art. 190 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG gehandelt hat.

6. Dagegen beschwerte sich die A._____ AG am 5. Oktober 2020 beim Obergericht des Kantons Bern und beantragte die Aufhebung des angefochtenen Entscheides und die Abweisung des Gesuches. Ferner ersuchte sie um Aufschub der Vollstreckbarkeit.

Die Schuldnerin trägt vor, die Gläubigerin habe ihre Gläubigereigenschaft mit dem Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit darzulegen. Das sei ihr jedoch nicht hinreichend gelungen, da sie am 28. Dezember 2019 (Zeitpunkt der Übertragung des MPK-Geschäfts) keine Forderung gegenüber der Schuldnerin gehabt habe, bzw. eine allfällige Forderung aufgrund der in der Beschwerde erklärten Verrechnung mit Gegenforderungen untergegangen sei (Beschwerde Rz. 4.3). Die Vorinstanz habe bei der Beurteilung der Gläubigerforderung insbesondere den Sachverhalt offensichtlich falsch festgestellt, indem sie von einer Bestellpflicht von 150 MPVK ausgegangen sei (Beschwerde Rz. 4.2 lit. a und b) und Art. 107 Abs. 2 OR verletzt, indem sie eine Forderung der Gläubigerin in der Höhe von EUR 819'600.00 aufgrund entgangenen Gewinns als glaubhaft gemacht erachtet habe (Beschwerde Rz. 4.2 lit. c).

Weiter macht die Schuldnerin geltend, die Übertragung des MPVK-Geschäfts sei keine betrügerische Handlung im Sinne von Art. 190 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG, da damit die Gläubigerstellung der C._____ GmbH & Co KG nicht verschlechtert worden sei (Beschwerde Rz. 5).

Zum Beweis ihrer Gegenforderungen reichte die Schuldnerin im Beschwerdeverfahren diverse echte und unechte Noven ein. Gestützt darauf wird oberinstanzlich erstmals vorgetragen, die Gläubigerin hätte ihr Schäden in der Höhe von EUR 1.25 Mio. aus mangelhafter Vertragserfüllung zugefügt und - ebenfalls neu - Verrechnung mit diesen Gegenforderungen erklärt.

7. Mit Referentenverfügung vom 5. Oktober 2020 wurde der Antrag um Erteilung der aufschiebenden Wirkung gutgeheissen und die Rechtskraft bzw. Vollstreckbarkeit des angefochtenen Entscheides aufgeschoben. In ihrer Beschwerdeantwort vom 19. Oktober 2020 schloss die Gläubigerin auf vollumfängliche Abweisung der Beschwerde. Sie hält die Erwägungen der Vorinstanz für korrekt und die neuen Vorbringen der Schuldnerin für unbegründet.

Am 21. Oktober 2020 wurde der Schuldnerin das rechtliche Gehör gewährt. Sie hielt am 2. November 2020 an ihren Begehren fest. Die Gläubigerin verzichtete in der Folge auf Entgegnungen.

Auf die form- und fristgerechte Beschwerde ist einzutreten.

8. Die Schuldnerin hat im oberinstanzlichen Verfahren neu die Verrechnung mit Gegenforderungen erklärt und die Gegenforderungen aus angeblich mangelhafter Vertragserfüllung mit neuen Beweismitteln unterlegt.

9. Im Beschwerdeverfahren herrscht eigentlich ein strenger Novenausschluss (Art. 326 ZPO). Diese strikte Novenregelung kommt im Zusammenhang mit Konkursbeschwerden jedoch nicht zur Anwendung, weil Art. 174 SchKG - der auch für Konkurseröffnungen ohne vorgängige Betreibung gilt (Art. 194 SchKG) - eine besondere Novenregelung bereithält (vgl. Art. 326 Abs. 2 ZPO).

10. Das Gesetz unterscheidet in Art. 174 SchKG zwischen zwei Novengruppen: Die erste Gruppe bilden die bis zum (genauer: vor dem) angefochtenen Entscheid der Vorinstanz entstandenen Noven (neue Tatsachen) und sind in Abs. 1 Satz 2 geregelt. Die zweite Novengruppe besteht aus den nach dem Entscheid entstandenen Noven und werden von Abs. 2 erfasst.

Bei den unechten Noven handelt es sich um Tatsachen und Beweismittel die vor dem erstinstanzlichen, angefochtenen Entscheid entstanden sind, aber bei diesem Entscheid nicht berücksichtigt wurden, weil sie dem erstinstanzlichen Gericht - trotz Untersuchungsmaxime (Art. 255 lit. a ZPO) - nicht bekannt waren und auch nicht von einer Partei vorgebracht wurden. Inhaltlich können diese Noven uneingeschränkt alle für das Konkursbegehren prozessrelevanten Tatsachen betreffen (GIROUD, in: BSK-SchKG, 2. Auflage 2010, N. 17 ff. zu Art. 174 SchKG).

Die von der Schuldnerin oberinstanzlich vorgebrachten Ergänzungen zum Sachverhalt (permanenter Verzug der Gläubigerin, mangelhafte Lieferungen und daraus resultierender Schaden) sowie die entsprechenden Beweismittel (Beschwerdebeilagen [BB] 5-10) sind folglich unbeschränkt zuzulassen.

11. Strittig ist hingegen, welche echten Noven in Konkurseröffnungen ohne vorgängige Betreibung vorgebracht werden können. In der Lehre und Rechtsprechung wird teilweise die Meinung vertreten, dass Art. 174 Abs. 2 SchKG nicht wörtlich zu übernehmen sei. Vielmehr sei diese Bestimmung sinngemäss unter Berücksichtigung der einzelnen Verfahren anzuwenden und seien echte Noven von Fall zu Fall zuzulassen. Nach anderer Auffassung sind gemäss dem klaren Gesetzeswortlaut (Art. 194 Abs. 1 i.V.m. Art. 174 Abs. 2 SchKG) die zulässigen echten Noven abschliessend geregelt (TALBOT, in: Schulthess Kommentar zum SchKG, 4. Auflage 2017, N. 26 zu Art. 190 SchKG m.H.).

Nach Ansicht der Kammer ist indes die abschliessende Novenregelung von Abs. 2 nicht auf Entscheide in Verfahren nach Art. 190 SchKG zugeschnitten. Die Noven "*Tilgung*" und "*Hinterlegung*" ergeben sich aus dem Prozessgegenstand des ordentlichen Konkursverfahrens (vgl. Art. 172 Ziff. 3 SchKG). Dieser Art. 172 SchKG ist aber in Verfahren nach Art. 190 SchKG gerade nicht anwendbar (Art. 194 SchKG). Zudem steht bei Konkursen ohne vorgängige Betreibung Bestand und Umfang einer Schuld nicht fest. In solchen Fällen handelt es sich vielmehr um eine Ausnahme vom Grundsatz,

wonach ein Gläubiger das Konkursbegehren erst dann stellen kann, wenn seine Forderung (im Einleitungsverfahren) rechtlich verbindlich bestätigt worden ist.

Aufgrund der gesetzgeberischen Intention, mit der Zulassung echter Noven unnötige Konkurse zu verhindern, erscheint es deshalb angebracht, echte Noven unbeschränkt zuzulassen. Auch das Bundesgericht handhabt die Novenregelung gemäss Abs. 2 jedenfalls dann flexibel, wenn die zur Konkurseröffnung nach Art. 190 SchKG Anlass gebende Forderung strittig - bzw. wie hier - nie in einem ordentlichen Verfahren überprüft worden ist (BGE 135 III 32 E. 2; TALBOT, a.a.O., N. 27 f. zu Art. 190 SchKG m.H.). Weder das Handelsgericht (vorsorgliche Massnahme im Summarium) noch der Konkursrichter (ebenfalls Summarium) haben die Gläubigerforderung mit voller Kognition beurteilt.

12. Geht man - mit der hier vertretenen Auffassung - von einer unbeschränkten Zulassung echter Noven aus, ist die Schuldnerin im Beschwerdeverfahren auch mit ihrer Verrechnungseinrede zu hören. Im Übrigen macht sie mit diesem Vorbringen den Nichtbestand der Forderung im Zeitpunkt der Konkurseröffnung geltend, weshalb die Prüfung der Zahlungsfähigkeit entbehrlich ist.

13. Damit präsentiert sich die Situation im Beschwerdeverfahren folgendermassen:

Die Schuldnerin unterbreitet dem Obergericht einen in vielerlei Hinsicht ergänzten, ja geradezu neuen Sachverhalt. Namentlich behauptet sie gegenüber der Gläubigerin (in prozessual zulässiger Weise) eine Schadenersatzforderung in der Höhe von EUR 1.25 Mio. und erklärt (prozessual ebenfalls zulässig) Verrechnung mit der umstrittenen Gläubigerforderung. Würde sich die nunmehr geltend gemachte Gegenforderung als glaubhaft erweisen, könnte sie die Forderung der Gläubigerin und damit ihre Gläubigerstellung zum Untergang bringen.

Die (zulässigerweise) vorgetragenen echten und unechten Noven sind für den Ausgang des Konkursverfahrens somit relevant.

14. Bei dieser Ausgangslage erweist sich die in Erwägung 9.3.11 von der Vorinstanz getroffene Feststellung, dass die Schuldnerin keine Verrechnungserklärung abgegeben hat, als überholt und gründet auf einem offensichtlich unrichtigen Sachverhalt. Dieses Ergebnis ist allerdings nicht auf eine fehlerhafte Würdigung der Vorinstanz zurückzuführen. Vielmehr ergibt sich dieser Befund aus dem Umstand, dass das Gesetz bei Beschwerden gegen Konkurseröffnungen ausdrücklich die Ergänzung des Sachverhaltes mit Noven zulässt - namentlich um unnötige Konkurse zu vermeiden.

15. Die Beschwerdeinstanz kann reformatorisch oder kassatorisch entscheiden. Sie entscheidet neu, wenn die Sache spruchreif ist (Art. 327 ZPO).

Aufgrund der erörterten Besonderheiten beim Novenrecht war es zulässig, dass die Schuldnerin den vollständigen Sachverhalt erst dem Obergericht unterbreitete. Das bedeutet aber andersherum, dass die Vorinstanz wesentliche Teile des Sachverhalts nicht beurteilt hat bzw. nicht hat beurteilen können, weil die entsprechenden Tatsachenvorbringen erst im Rechtsmittelverfahren nachgeholt wurden. Mit wesentlichen materiellen Streitfragen (Glaubhaftmachen der Gegenforderungen, Verrechenbarkeit) hat sich die Vorinstanz deshalb gar nicht oder nur am Rande auseinandergesetzt. Es gehört aber nicht zu den Aufgaben einer Rechtsmittelbehörde, wesentliche Teile des Sachverhalts wie ein erstinstanzlicher Richter erstmalig zu beurteilen. Vielmehr erscheint es systemwidrig, wenn sich eine obere Instanz erstmals mit dem vollständigen Prozessstoff auseinandersetzen muss. Die obere Instanz nimmt höchstens Beweisergänzungen vor, andernfalls den Parteien bei der inhaltlichen Beurteilung wesentlicher Streitfragen eine Instanz verloren geht (zur Kassation bei mangelnder Spruchreife vgl. auch CHRISTOPH HURNI, Zum Rechtsmittelgegenstand im Schweizerischen Zivilprozessrecht, 2018, Rz. 515 ff. und 545).

Der angefochtene Entscheid ist damit in teilweiser Gutheissung der Beschwerde aufzuheben und die Sache ist an die Vorinstanz zur Ergänzung des Sachverhalts (d.h. insbesondere zur Berücksichtigung der oberinstanzlich vorgebrachten neuen Tatsachen und Beweismitteln) und neuem Sachentscheid zurückzuweisen.

16. Bei diesem Verfahrensausgang hat die Schuldnerin zwar einen Teilsieg errungen (Aufhebung des angefochtenen Entscheides). Den Umweg über das Obergericht hat sie allerdings allein verursacht, indem sie ihre Argumente in zweiter Instanz ergänzte. Aus diesem Grund hat sie die gesamten oberinstanzlichen Kosten zu tragen (Art. 108 ZPO).

Die Gerichtskosten werden in Anwendung von Art. 52 und Art. 61 Abs. 1 der Gebührenverordnung zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (GebV SchKG, SR 281.35) auf CHF 750.00 festgesetzt. Die Parteientschädigung wird in Anwendung von Art. 5 und 7 der Parteikostenverordnung (PKV, BSG 168.811) auf CHF 3'100.00 (pauschal inkl. Auslagen, aber ohne MWSt.) bestimmt.

Die Kammer entscheidet:

1. Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen. Der Entscheid des Regionalgerichts Oberland vom 24. September 2020 wird aufgehoben und die Sache zum neuen Entscheid an die Vorinstanz zurückgewiesen.

Soweit weitergehend wird die Beschwerde abgewiesen.

2. Die oberinstanzlichen Gerichtskosten, bestimmt auf CHF 750.00, werden der Schuldnerin zur Bezahlung auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Vorschuss verrechnet.
3. Die Schuldnerin wird verurteilt, der Gläubigerin für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung, bestimmt auf CHF 3'100.00 (pauschal, inkl. Auslagen) zu bezahlen.
4. Dieser Entscheid ist zu eröffnen:
 - den Parteien, v.d. ihre Anwälte (GU)
 - dem BA Oberland, Dst. Oberland West (A-Post)
 - dem KA Oberland, Dst. Oberland (A-Post)
 - dem Grundbuchamt Oberland, Dst. Frutigen (A-Post)
 - dem Handelsregisteramt des Kantons Bern (A-Post)

Bern, 8. Dezember 2020

Im Namen der 2. Zivilkammer

Der Referent:

Oberrichter Hurni

(i.V. Oberrichterin Grütter)

Die Gerichtsschreiber:

Knüsel

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Entscheid (Konkurserkenntnis) kann innert 30 Tagen nach der schriftlichen Eröffnung beim Bundesgericht Beschwerde in Zivilsachen erhoben werden aus den in Art. 95 bis 97 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) genannten Gründen.

Die Beschwerde muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen und ist an folgende Adresse zu richten: Schweizerisches Bundesgericht, av. du Tribunal-Fédéral 29, 1000 Lausanne 14.

Der Entscheid ist rechtskräftig.

Das Bundesgericht ist auf eine dagegen erhobene Beschwerde nicht eingetreten (Urteil des Bundesgerichts 5A_11/2021 vom 12. Januar 2021).