

**ABS 11/262, publiziert April 2012**

**Entscheid der Aufsichtsbehörde in Betreibungs- und Konkursachen des Kantons Bern**

vom 14. März 2012

**Besetzung**

Oberrichter Messer (Präsident), Rieder und Bähler sowie Gerichtsschreiber Rüetschi

**Verfahrensbeteiligte**

**X,**

Disziplinarbeklagte

**Gegenstand**

Disziplinarverfahren

**Regeste:**

*In Schrägschrift:*

- Art. 14 Abs. 2 und Art. 335 SchKG
- *Der Sachwalter hat im Verfahren der einvernehmlichen Schuldenbereinigung nicht dieselbe Autoritätsstellung wie der Sachwalter bei der ordentlichen Nachlassstundung. Aus diesem Grund ist von einer "gelockerten" Aufsicht des Nachlassrichters auszugehen.*

**Redaktionelle Vorbemerkungen:**

Sachwalterin X begleitete den Schuldner Z in einem Verfahren betreffend einvernehmliche Schuldenbereinigung (Art. 333 ff SchKG). Nach Abschluss des Verfahrens wurde die Sachwalterin vom Nachlassgericht zur Einreichung der Sachwalterakten aufgefordert (vgl. Kreisschreiben Nr. C 3 der Aufsichtsbehörde vom 6. September 2005). Die Sachwalterin X reichte gewisse Akten ein, verweigerte aber mit ausführlicher Begründung die vom Nachlassgericht verlangte Aktenergänzung.

Daraufhin zeigte das Nachlassgericht den Sachverhalt der Aufsichtsbehörde an.

**Auszug aus den Erwägungen:**

(...)

4. Die positivrechtliche Regelung des materiellen Disziplinarrechts nach SchKG erschöpft sich in Art. 14 Abs. 2 SchKG. In formeller Hinsicht wird einzig die Einsetzung der kantonalen Aufsichtsbehörde als Disziplinarbehörde bestimmt (FRANK EMMEL, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Basel 2010, N 5a zu Art. 14 SchKG). Soweit das Bundesrecht selbst, wie im Falle des Disziplinarrechts, keine Verfahrensvorschriften aufstellt, ist dies gemäss Art. 20a Abs. 3 SchKG Sache der Kantone (FRANCO LORANDI, Betreibungsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit, Kommentar zu den Artikeln 13-30 SchKG, Basel/Genf/München 2000, N 58 zu Art. 14).
5. Entsprechende kantonale Verfahrensvorschriften finden sich im Einführungsgesetz zum SchKG (BSG 281.1) nicht, ebenfalls keine diesbezüglichen Hinweise im Personalgesetz (BSG 153.10) oder der entsprechenden Verordnung (BSG 153.011.1). Das revidierte, auf den 1. Juli 2005 in Kraft getretene Personalgesetz verzichtet gar auf ein eigentliches Disziplinarrecht. Es ist im Kanton Bern nicht mehr vorgesehen, Dienstpflichtverletzungen disziplinarisch zu ahnden (MARKUS MÜLLER/RETO FELLER [Hrsg.], Bernisches Verwaltungsrecht, Bern 2008, S. 70, N 65). Da das SchKG als Bundesgesetz weiterhin eine Disziplinierung von Angestellten der Betreibungs- und Konkursämter sowie von Sachwaltern vorsieht, das kantonale Personalgesetz jedoch nicht mehr beigezogen werden kann, ist nachfolgend die Frage der anzuwendenden Verfahrensvorschriften zu klären. In casu rechtfertigt es sich, diese offensichtliche Gesetzeslücke betreffend Verfahrensrecht durch Beizug der sachbezüglichen Bestimmungen des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21) zu schliessen. Das Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege diene bereits wiederholt zur Regelung des nur rudimentär normierten betreibungsrechtlichen Aufsichtsverfahrens und auch das Personalgesetz verweist in Art. 108 Abs. 1 auf das VRPG. Zudem ist für das Beschwerdeverfahren (Art. 17 – 21 SchKG) seit der Revision vom 11. Juni 2009 ausdrücklich die Anwendung des VRPG vorgesehen (Art. 11 Abs. 3 EGSchKG).
6. Wie Gerichtspräsident Oberle in seiner Eingabe vom 9. September 2011 zutreffend zum Ausdruck bringt, bestehen in der Lehre diverse Ansichten zu Rechtsnatur und Ausgestaltung des Instituts der einvernehmlichen privaten Schuldenbereinigung.

In der Lehre wird das (Auftrags-)Verhältnis zwischen Nachlassrichter und Sachwalter mehrheitlich als privatrechtliches im Sinne des Auftragsrechts verstanden, da dem Sachwalter gemäss Art. 335 SchKG keine hoheitlichen Zwangsmittel übertragen werden (ALEXANDER BRUNNER/FELIX H. BOLLER, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, 2. A., Basel 2010, N 12 zu Art. 334 SchKG). Diese Qualifikation kann in Frage gestellt werden (vgl. für die Abgrenzung privatrechtlicher von öffentlich-rechtlichen Verhältnissen im Allgemeinen statt vieler BGE 128 III 250), ist indessen im vorliegenden Verfahren nicht entscheidenderheblich und kann offen gelassen werden.

Auch der Schuldenregulierungsvertrag (als Innominatkontrakt) zwischen Schuldner und Gläubiger wird als privatrechtlich qualifiziert (BRUNNER/BOLLER, a.a.O., N 7 zu Art. 335 SchKG; MARIO RONCORONI, in: Hunkeler [Hrsg.], Kurzkommentar SchKG,

Basel 2009, N 6 zu Art. 335 SchKG; DANIEL HUNKELER, Das NACHLASSVERFAHREN nach revidiertem SchKG, Diss. Freiburg i. Ue. 1996 [zit. „HUNKELER, Nachlassverfahren“], S. 60, N 228; DOMINIQUE JUNOD MOSER/LOUIS GAILLARD, in: *Dallèves/Foëx/Jeandin* [Hrsg.], *Poursuite et faillite*, Commentaire romand, Basel 2005, N 13 und N 23 zu Art. 335 SchKG).

Die einvernehmliche private Schuldenbereinigung schränkt die Verfügungsbefugnis des Schuldners während der Stundung in keiner Weise ein und der Sachwalter soll den Schuldner in seinen Bemühungen um einen Bereinigungsvorschlag lediglich unterstützen. Der Sachwalter ist – anders als bei der ordentlichen Nachlassstundung – kein autoritärer Begleiter des Schuldners (FRIDOLIN M.R. WALTHER, Die einvernehmliche Schuldenbereinigung als Retterin in der Not?, in: *Insolvenz- und Wirtschaftsrecht IWR* 4/2001, S. 121 ff., S. 122). Der Verfahrensverlauf steht unter der Herrschaft des Schuldners. Der Sachwalter kann insbesondere nicht an Stelle des Schuldners handeln, sondern diesen nur bei den Verhandlungen mit den Gläubigern unterstützen (DANIEL HUNKELER, Beaufsichtigte, unentgeltliche und entgeltliche Schuldenbereinigung bei natürlichen Personen, in: *BISchK* 2004 [zit. „HUNKELER, Schuldenbereinigung“], S. 1 ff., S. 3; MARKUS HOBY, Die einvernehmliche private Schuldenbereinigung gemäss Art. 333 SchKG, in: *BISchK* 2011, S. 89 ff., S. 91; sinngemäss zum Ganzen auch JUNOD MOSER/GAILLARD, a.a.O., N 18 f. zu Art. 335 SchKG). Der privaten Schuldenbereinigung kommt im Übrigen lediglich die Eigenschaft eines aussergerichtlichen Vergleichs zu (zum Ganzen: KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, *Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts*, 8. A., Bern 2008, § 57 N 7 f.; BRUNNER/BOLLER, a.a.O., N 7 zu Art. 335 SchKG). Ferner ist für das Zustandekommen des Nachlassvertrags die Zustimmung sämtlicher Gläubiger vorausgesetzt (BRUNNER/BOLLER, a.a.O., N 7 zu Art. 335 SchKG). Schliesslich ist der zustande gekommene aussergerichtliche Nachlassvertrag nicht vom Richter zu genehmigen oder verbindlich zu erklären bzw. – wie bei der Nachlassstundung – zu bestätigen (vgl. BRUNNER/BOLLER, a.a.O., N 17 zu Art. 335 SchKG und N 16 zu Art. 334 SchKG; JUNOD MOSER/GAILLARD, a.a.O., N 24 zu Art. 335 SchKG; WALTHER, a.a.O., S. 124; HOBY, a.a.O., S. 91 und S. 92 f.; HUNKELER, a.a.O., S. 60, N 227). Überhaupt untersteht der Inhalt des Schuldenbereinigungsvertrages keinerlei Überprüfung durch den Nachlassrichter. Die (eingeschränkte) indirekte staatliche Kontrolle des Nachlassvertrages erschöpft sich in der Aufsicht des Nachlassrichters über den Sachwalter (vgl. sogleich Ziffer 7; JUNOD MOSER/GAILLARD, a.a.O., N 23 zu Art. 335 SchKG; BRUNNER/BOLLER, a.a.O., N 16 zu Art. 334 SchKG).

Demzufolge ist die Gleichstellung dieses Instituts mit der ordentlichen Nachlassstundung bzw. die direkte Subsumierung der einvernehmlichen privaten Schuldenbereinigung unter das Kreisschreiben Nr. C 3 der Aufsichtsbehörde in Betreibungs- und Konkursachen vom 6. September 2005 (redaktionell geändert per 1. Januar 2011) nicht evident.

7. Für das Verfahren der einvernehmlichen privaten Schuldenbereinigung wird vereinzelt postuliert, der Sachwalter unterstehe der öffentlich-rechtlichen Aufsicht durch den Nachlassrichter (BRUNNER/BOLLER, a.a.O., N 12 zu Art. 334 SchKG; JUNOD MOSER/GAILLARD, a.a.O., N 9 zu Art. 335 SchKG).

Der Nachlassrichter kann den Sachwalter beauftragen, den Schuldner bei der Erfüllung der Vereinbarung zu überwachen. Wiederum im Gegensatz zur ordentlichen Nachlassstundung normiert das Gesetz demgegenüber keine Pflicht des Sachwalters, einen Sachwalterbericht vorzulegen, in welchem der Nachlassrichter über das Ergebnis der Sanierungsbemühungen zu unterrichten wäre. Obschon gesetzlich nicht festgeschrieben, verlangen die Nachlassrichter aber in der Praxis oft einen kurzen Schlussbericht vom Sachwalter (vgl. RONCORONI, a.a.O., N 5 zu Art. 335 SchKG).

Im Verfahren der einvernehmlichen privaten Schuldenbereinigung kann der Sachwalter – auch wenn er mit der Überwachung des Schuldners beauftragt worden ist – jedoch keine verbindlichen Weisungen erteilen oder Sanktionen aussprechen (vgl. HOBY, S. 94; RONCORONI, a.a.O., N 15 zu Art. 335 SchKG; JUNOD MOSER/GAILLARD, a.a.O., N 18 zu Art. 335 SchKG).

Anders als bei der ordentlichen Nachlassstundung ist im Übrigen für das Verfahren der einvernehmlichen privaten Schuldenbereinigung die Ablieferung der „Aktenstücke“ an den Nachlassrichter nicht gesetzlich geregelt (für die ordentliche Nachlassstundung: Art. 304 Abs. 1 SchKG). Diese Ablieferungspflicht erfolgt im Hinblick auf die gerichtliche Bestätigung oder Ablehnung des Nachlassvertrages, die eben im Verfahren der einvernehmlichen privaten Schuldenbereinigung nicht existiert.

Aufgrund der hiervor aufgezeigten Ausgestaltung und der Rechtsnatur des Verfahrens (Ziffer 6 f.) ist im Verhältnis zur ordentlichen Nachlassstundung von einer „gelockerten“ Aufsicht des Nachlassrichters auszugehen.

8. Nach dem Ausgeführten besteht keine *generelle* Ablieferungspflicht der (vollständigen) Akten im Sinne von Art. 304 Abs. 1 SchKG und des KS Nr. C 3 im Verfahren der einvernehmlichen privaten Schuldenbereinigung gemäss Art. 333 ff. SchKG.

Demgegenüber liegt es im pflichtgemässen Ermessen des Nachlassrichters im Rahmen seiner Aufsichtsfunktion in begründeten Einzelfällen – namentlich bei Verdacht auf Unregelmässigkeiten bzw. missbräuchlicher Ausübung der Amtsfunktion – die Ablieferung der Akten mittels Verfügung anzuordnen.

Ferner hat die einvernehmliche private Schuldenbereinigung vornehmlich kleine Fälle im Auge, namentlich Sozialfälle, die nicht in der Lage sind, ihre finanziellen Verhältnisse zu ordnen (vgl. HUNKELER, Nachlassverfahren, a.a.O., S. 59, N 223, m.H.a. Bericht „Expertengruppe Sanierungsrecht“, S. 19). Auch unter Kostengesichtspunkten erweist sich eine generelle Pflicht zur Ablieferung der vollständigen Akten in diesen Verfahren nicht als sachgerecht.

Vorliegend steht unrechtmässiges Vorgehen der Sachwalterin nicht zur Diskussion und ist auch nicht ersichtlich. Insbesondere liegen keine Anhaltspunkte vor, privilegierte oder andere Gläubiger seien nicht bezahlt worden. Die Sachwalterin hat eingehend und nachvollziehbar begründet, weshalb sie die weiteren vom Nachlassrichter geforderten Belege nicht eingereicht hat bzw. einreichen konnte. So steht namentlich

die Auszahlung der vereinbarten Beträge an die Gläubiger hier nicht in Frage, weshalb sich die Vorlegung entsprechender Belege erübrigt (S. 3 des Schreibens der Sachwalterin vom 15. August 2011). Ferner kann bei dieser Konstellation auch auf die Einreichung von Unterlagen, die nicht direkt die vermögensrechtlichen Verhältnisse des Schuldners betreffen, verzichtet werden (S. 4 des Schreibens der Sachwalterin vom 15. August 2011). Nachdem hier keine ernsthaften Zweifel an der Echtheit der von der Sachwalterin abgelieferten Akten bestehen dürften, darf die Edition der Originalurkunden unterbleiben (analog Art. 178 ZPO; vgl. S. 5 des Schreibens der Sachwalterin vom 15. August 2011). Unter den gegebenen Umständen ist im vorliegenden Fall kein pflichtwidriges Verhalten der Sachwalterin auszumachen.

9. Vor diesem Hintergrund erscheint die Eröffnung eines Disziplinarverfahrens gegen die Angezeigte nicht gerechtfertigt.

(...)

**Hinweis:**

Urteil rechtskräftig.