Urteilskopf

105 III 20

5. Auszug aus dem Urteil der II. Zivilabteilung vom 19. Februar 1979 i.S. Schweizerische Revisionsgesellschaft gegen Konkursmasse der Larop AG für Lagertechnik (Berufung)
Regeste (de):
Art. 316c Abs. 2 SchKG; Honorarforderung des Sachwalters im Stundungsverfahren.

Ist die Honorarforderung des Sachwalters im Stundungsverfahren im nachfolgenden Konkurs eine Masseverbindlichkeit? Art. 316c Abs. 2 SchKG ist jedenfalls nur anwendbar, wenn bereits in der Nachlassstundung ein Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung ins Auge gefasst und in der Publikation der Stundung darauf hingewiesen wurde (E. 2; Bestätigung der Rechtsprechung).

Regeste (fr):
Art. 316c al. 2 LP; créance en rémunération du commissaire dans la procédure de sursis concordataire.

La créance en rémunération du commissaire dans la procédure de sursis concordataire constitue-t-elle une dette de la masse dans une faillite subséquente? L'art. 316c al. 2 LP n'est en tout cas applicable que lorsqu'un concordat par abandon d'actif a été envisagé déjà durant le sursis concordataire et qu'il en a été fait mention dans la publication du sursis (c. 2; confirmation de jurisprudence).

Regesto (it):
Art. 316c cpv. 2 LEF; credito del commissario per la sua attività durante la moratoria.

Il credito del commissario per l'attività da lui svolta durante la moratoria costituisce un debito della massa nel susseguente fallimento? L'art. 316c cpv. 2 LEF è comunque applicabile soltanto ove un concordato con abbandono dell'attivo sia già stato previsto durante la moratoria concordataria e ne sia stata fatta menzione nella pubblicazione della moratoria (consid. 2) (conferma della giurisprudenza).

Sachverhalt ab Seite 20

A.- Am 3. März 1976 bewilligte der Gerichtspräsident IV von Bern als Nachlassbehörde der Larop AG für Lagertechnik in Bern-Liebefeld eine Nachlassstundung für die Dauer von 4 Monaten und setzte die Schweizerische Revisionsgesellschaft als Sachwalterin ein. In Ziff. 5 des Stundungsentscheids nahm der Gerichtspräsident davon Akt, dass sich die Nachlassschuldnerin betreffend den Kostenvorschuss an die Sachwalterin mit dieser direkt verständigen werde. Im Stundungsgesuch hatte die Larop AG einen Prozentvergleich mit einer Dividende von 50% in Aussicht genommen. Der vom Nachlassrichter beigezogene gerichtliche Experte äusserte allerdings gewisse Zweifel an der Realisierbarkeit dieses Vorhabens. Trotzdem gelangten der Experte und die Nachlassbehörde zum Ergebnis, ein Prozentvergleich werde aller Wahrscheinlichkeit nach für die

Gläubiger günstiger sein als ein Liquidationsvergleich oder gar ein Konkurs. Im weiteren Verlauf des Verfahrens kam die Liquidatorin zum Schluss, dass weder der vorgeschlagene Prozent- noch auch ein allfälliger Liquidationsvergleich durchführbar sei. Auf ihre Veranlassung hin teilte die Larop AG daher dem Gerichtspräsidenten IV von Bern mit Schreiben vom 28. Mai 1976 mit, es bleibe ihr kein anderer Weg, als im Sinne von Art. 725 OR ihre Überschuldung anzuzeigen, und sie sehe keine Möglichkeit, eine Konkurseröffnung aufzuschieben. Gestützt darauf wurde über die Larop AG der Konkurs eröffnet. Für die Sachwalterkosten hatte die Larop AG am 15. März 1976 einen ersten Kostenvorschuss von Fr. 15'000.- geleistet. Am 9. April 1976 stellte die Sachwalterin für ihre bisherigen Bemühungen eine Zwischenrechnung in der Höhe von Fr. 19'685.- und forderte gleichzeitig einen weiteren Kostenvorschuss von Fr. 15'000.-. Die Larop AG zeigte sich ob dieser Forderung erstaunt und bezahlte in der Folge lediglich noch den Restbetrag von Fr. 4'685.- gemäss Rechnung vom 9. April 1976. Im Konkursverfahren meldete die Sachwalterin ein Restguthaben aus ihrer Sachwaltertätigkeit von Fr. 16'400.- als Masseschuld an. Nachdem der Nachlassrichter die Sachwalterrechnungen von insgesamt Fr. 36'085.- genehmigt hatte, kollozierte das Konkursamt Bern den noch ausstehenden Restbetrag von Fr. 16'400.- in der 5. Klasse und lehnte dessen Anerkennung als Masseschuld mit der Begründung ab, ungedeckte Forderungen des Sachwalters im Stundungsverfahren mit Prozentvergleich seien nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung keine Masseforderungen.

B.- Mit Klageschrift vom 26. September 1977 beantragte die Schweizerische Revisionsgesellschaft dem Appellationshof des Kantons Bern, die Konkursmasse der Larop AG sei zu verurteilen, ihr Fr. 16'400.- nebst 5% Zins seit dem 5. August 1976 zu bezahlen. Das angerufene Gericht wies die Klage mit Urteil vom 12. September 1978 ab, einmal, weil Art. 316c Abs. 2 SchKG nur zur Anwendung komme, wenn ein Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung vorliege, sodann aber auch, weil es sich beim Sachwalterhonorar nicht um eine während der Nachlassstundung mit Zustimmung des Sachwalters eingegangene Verbindlichkeit im Sinne der genannten Gesetzesvorschrift handle.

C.- Mit ihrer Berufung ans Bundesgericht beantragt die Klägerin Aufhebung des angefochtenen Urteils und Gutheissung der Klage. Die Beklagte ersucht um Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils. Das Bundesgericht weist die Berufung ab.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

2. Masseverbindlichkeiten sind ausser den eigentlichen Konkurskosten im Sinne von Art. 262 Abs. 1 SchKG jene Schulden, die aus von der Konkursmasse selbst eingegangenen oder übernommenen vertraglichen Verpflichtungen entstanden sind, sowie öffentlich-rechtliche Verpflichtungen, die ihren Entstehungsgrund in einer Tatsache haben, die sich erst nach der Konkurseröffnung verwirklicht hat (BGE 75 III 22; vgl. auch JAEGER, N. 2 zu Art. 262 SchKG; FRITZSCHE, Schuldbetreibung und Konkurs, 2. Aufl., Bd. II, S. 181; BÖNI, Die Masseverbindlichkeiten im Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung, Freiburger Diss. 1959, S. 17 f.; LUDWIG, Der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung, Berner Diss. 1970, S. 94 f.). Allen diesen Masseverbindlichkeiten ist somit gemeinsam, dass sie ihren Entstehungsgrund in der Zeit nach der Konkurseröffnung bzw. im Falle des Liquidationsvergleichs nach dem Bestätigungsentscheid der Nachlassbehörde haben. Nur in weni-

gen vereinzelten Ausnahmefällen hat der Gesetzgeber angeordnet, dass auch Verbindlichkeiten, die vor diesen massgebenden Zeitpunkten entstanden sind, im nachfolgenden Liquidationsverfahren (Konkurs oder Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung) als Masseschulden behandelt werden. Diese Ausnahmeregelungen finden sich einerseits in Art. 316c Abs. 2 SchKG, anderseits in den Art. 22 Abs. 2 und 25 Abs. 2 und 3 VNB. Nach Art. 316c Abs. 2 SchKG sind im Nachlassverfahren mit Vermögensabtretung die während der Nachlassstundung mit Zustimmung des Sachwalters eingegangenen Verpflichtungen sowohl bei der Abwicklung des Liquidationsvergleichs wie auch in einem allfälligen nachfolgenden Konkurs Masseverbindlichkeiten. In BGE 85 III 203 ff. hat das Bundesgericht dazu ausgeführt, das könne nur dann gelten, wenn bereits in der vorausgegangenen Nachlassstundung ein Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung ins Auge gefasst (envisagé) worden sei. Zu diesem Ergebnis gelangte es einerseits aufgrund der systematischen Einordnung

der fraglichen Bestimmung im Gesetz und ihrer Entstehungsgeschichte, anderseits aber auch aufgrund einer teleologischen Auslegung. Mit Bezug auf die Entstehungsgeschichte wies das Bundesgericht insbesondere auf den Unterschied zur älteren VNB hin, die eine entsprechende Vorschrift ausdrücklich sowohl für den Stundungs- und Prozentvergleich einerseits (Art. 22 Abs. 2) wie auch für den Liquidationsvergleich anderseits (Art. 25 Abs. 2 und 3) aufweist, wogegen bei der Teilrevision des SchKG von 1949 eine solche nur unter die Bestimmungen über den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung aufgenommen wurde. Dabei übersah das Bundesgericht nicht, dass im Stadium der Nachlassstundung unter Umständen noch ungewiss sein kann, ob das Verfahren schliesslich in einen Stundungs-, einen Prozent- oder einen Liquidationsvergleich ausmündet. Es stellte aber unter Hinweis auf einen frühern Entscheid (BGE 56 III 100 /101) klar, Art. 316c Abs. 2 SchKG könne nur dann zur Anwendung kommen, wenn bereits in der Publikation der Nachlassstundung darauf hingewiesen werde, dass der Schuldner einen Liquidationsvergleich anstrebe. Diese Rechtsprechung ist, soweit ersichtlich, in der Literatur mit einer einzigen Ausnahme gebilligt worden. FRITZSCHE (a.a.O. S. 354), LUDWIG (a.a.O. S. 94 Fussnote 65 und S. 98), KUMMER (ZBJV 97/1961 S. 18/19) und HABERTHÜR (BlSchK 24/1960 S. 174) stimmen ihr ausdrücklich zu; einzig BÖNI (a.a.O. S. 48 ff.) hält es für richtig, die während der vorausgegangenen Stundung mit Zustimmung des Sachwalters eingegangenen Verpflichtungen auch dann im nachfolgenden Liquidationsvergleich oder Konkurs als Masseverbindlichkeiten zu behandeln, wenn in der Stundung lediglich ein Stundungs- oder Prozentvergleich in Aussicht genommen worden ist. Dabei handelt es sich indessen weitgehend um eine Argumentation de lege ferenda; der Autor muss nämlich (S. 49) selbst einräumen, der Wille des Gesetzgebers sei vermutlich dahin gegangen, Art. 316c Abs. 2 SchKG auf jene Fälle zu beschränken, in welchen bereits im vorausgegangenen Stundungsverfahren ein Liquidationsvergleich angestrebt worden sei.

3. Es besteht kein Anlass, von der ausführlich begründeten und in der Literatur sozusagen einhellig gebilligten Auslegung, wie sie das Bundesgericht in BGE 85 III 203 ff. vorgenommen hat, abzuweichen, und in der Berufung wird denn auch nichts dargetan, was eine Praxisänderung nahelegen würde. Geht man davon aus,

so reduziert sich die Streitfrage des vorliegenden Falles darauf, ob im Stundungsverfahren der Larop AG ein Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung in Aussicht genommen worden sei. Das ist ohne Zweifel zu verneinen. Im Stundungsgesuch hat die Gesuchstellerin ausdrücklich einen Prozentvergleich vorgeschlagen, und es

liegt nichts vor, wonach sie diese Meinung im Verlaufe der Nachlassstundung geändert hätte. Zwar scheint die Sachwalterin schon bald nach Übernahme ihres Mandates Zweifel an der Durchführbarkeit des vorgeschlagenen Prozentvergleichs gehabt zu haben, und sie hat offenbar auch die Möglichkeit eines Liquidationsvergleichs in Erwägung gezogen. Das genügt aber keinesfalls, um zu sagen, es sei bereits während der Nachlassstundung ein Liquidationsvergleich in Aussicht genommen worden. Das würde nach der zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 85 III 210, BGE 56 III 100 /101) eine entsprechende Publikation bedingen, die im vorliegenden Fall unbestrittenermassen nicht erfolgt ist. Zwar liesse sich erwägen, diese Rechtsprechung dahin zu mildern, dass dann, wenn erst im Laufe der Stundung anstelle des ursprünglich vorgeschlagenen Prozentvergleichs ein Liquidationsvergleich angestrebt werden will, nicht unbedingt eine neue Publikation erforderlich ist, sondern allenfalls eine Orientierung sämtlicher Gläubiger, sei es an der Gläubigerversammlung, sei es durch Zirkular, genügen könnte; denn entscheidend ist ja, dass Schuldner, Sachwalter und sämtliche Gläubiger sich über die Natur des anzustrebenden Vergleichs im Klaren sind (in diesem Sinne offenbar RUEDIN in BlSchK 42/1978 S. 67 unten/68 oben sowie andeutungsweise bereits BGE 56 III 93 und 101). Erforderlich ist aber in jedem Fall, dass der Schuldner einen Liquidationsvergleich anstrebt und dass die Gläubiger darüber orientiert werden. Davon ist im vorliegenden Fall keine Rede. Die Ausführungen im vorinstanzlichen Urteil, wonach die Sachwalterin an der "ersten Gläubigerversammlung" vom 26. April 1976 einen Liquidationsvergleich vorgeschlagen habe, sind in dieser Form unzutreffend und beruhen auf einem offensichtlichen Versehen. Abgesehen davon, dass im Nachlassverfahren nicht eine erste und eine zweite, sondern eine einzige Gläubigerversammlung stattfindet (Art. 302 SchKG), handelte es sich bei der am 26. April 1976 abgehaltenen Sitzung nicht um eine Gläubigerversammlung, sondern um eine Aussprache der Sachwalterin mit den "wichtigsten Gläubigern und allfälligen Interessenten".

Zwar äusserten verschiedene Teilnehmer dieser Zusammenkunft die Meinung, der ursprünglich vorgeschlagene Prozentvergleich mit einer Dividende von 50% sei undurchführbar; vermutlich werde es zu einem Liquidationsvergleich oder zu einem Konkurs kommen müssen. Indessen liegen keinerlei Anhaltspunkte dafür vor, dass die Nachlassschuldnerin je einen Liquidationsvergleich konkret vorgeschlagen hätte und dass sämtliche Gläubiger darüber durch sie oder die Sachwalterin orientiert worden wären. Damit aber sind die Voraussetzungen für eine Anwendung von Art. 316c Abs. 2 SchKG zum vornherein nicht gegeben. Die Klage ist daher abzuweisen, ohne dass entschieden werden müsste, ob Sachwalterkosten überhaupt als "mit Zustimmung des Sachwalters eingegangene Verbindlichkeiten" im Sinne von Art. 316c Abs. 2 SchKG betrachtet werden könnten (vgl. dazu einerseits BGE 43 III 255 und BGE 78 III 174 sowie Archiv SchK, 9/1905 Nr. 30 und ein Urteil des Obergerichts Luzern in BlSchK 20/1956 S. 94 ff. = SJZ 51/1955 S. 90/91; anderseits BGE 63 III 91 /92, LUDWIG, a.a.O. S. 96 ff., BÖNI, a.a.O. S. 50/51, CORADI, Der Sachwalter im gerichtlichen Nachlassverfahren nach Art. 293 ff. SchKG, Zürcher Diss. 1973 S. 98, und das Urteil des Bezirksgerichts Kulm AG in BlSchK 18/1954 S. 59 ff.).

4. Was die Klägerin in der Berufungsschrift vorbringt, vermag an diesem Ergebnis nichts zu ändern: a) Es ist nicht recht einzusehen, was die Klägerin daraus für sich ableiten will, dass im vorliegenden Falle weder ein Prozent noch ein Liquidationsvergleich die gerichtliche Bestätigung erlangt hat. Das ist für die Anwendbarkeit von Art. 316c Abs. 2 SchKG unerheblich; es kommt allein darauf an, welche Art Nachlassvertrag im Stundungsverfahren in Aussicht genommen worden ist. Es ist daher belanglos, dass im Falle BGE 85 III 203 ff. ein ordentlicher Nachlassvertrag bereits gerichtlich bestätigt worden und nachträglich wegen Nichterfüllung dahingefallen war. Damit im Sinne von Art. 316c Abs. 2 SchKG von einem "nachfolgenden Konkurs" gesprochen werden kann, ist allein erforderlich, dass das Nachlassverfahren aus irgendeinem Grunde nicht zum Ziel führt, sondern einen Konkurs nach sich zieht (BÖNI, a.a.O. S. 47/48). Ob es zum Konkurs kommt, weil der Schuldner bereits im Stadium der Nachlassstundung sein Vorhaben als aussichtslos aufgibt, weil der vorgeschlagene Nachlassvertrag nicht die Zustimmung

der Gläubiger oder des Richters findet oder aber weil ein bereits genehmigter Nachlassvertrag nachträglich widerrufen werden muss, ist in diesem Zusammenhang unerheblich. b) Ebenso bedeutungslos ist es, ob die Sachwalterin Grund und Zeit gehabt habe, eine neue Publikation zu veranlassen; denn nicht darauf, sondern auf den Willen der Nachlassschuldnerin und auf die Orientierung sämtlicher Gläubiger kommt es entscheidend an. Die Ausführungen, den Pflichten des Sachwalters müssten entsprechende Privilegien zur Seite stehen, gehen deshalb an der Sache vorbei. c) Auch die 1971 erfolgte Revision des Gebührentarifs zum SchKG, die die Genehmigung der Sachwalterrechnung neu der Nachlassbehörde übertrug, hat mit der im vorliegenden Fall zu entscheidenden Streitfrage nichts zu tun. Es ist unerheblich, ob das Honorarguthaben des Sachwalters erst mit der Genehmigung seiner Rechnung durch die Nachlassbehörde fällig wird oder nicht. Das Recht des Sachwalters, für seine Bemühungen Vorschüsse zu verlangen, ist seit jeher anerkannt (BGE 100 III 34 /35 mit Hinweisen sowie schon Archiv SchK, 9/1905 Nr. 30). Die in der Berufung verfochtene These, ein Sachwalter, der sich sein Honorar bevorschussen lasse, begehe eine mit der Überschuldungspauliana anfechtbare Handlung, ist deshalb absurd. Davon kann selbstverständlich keine Rede sein. Vielmehr wäre es das Recht der Sachwalterin gewesen und hätte der ihr zuzumutenden Vorsichtspflicht entsprochen, wenn sie dafür gesorgt hätte, dass sie zu jedem Zeitpunkt des Stundungsverfahrens für ihren jeweils bestehenden Honoraranspruch ausreichend durch Vorschüsse gesichert gewesen wäre. Sie hätte auch zu jedem Zeitpunkt jede weitere Tätigkeit von der Leistung der erforderlichen Vorschüsse abhängig machen können. Es ist daher nicht unbillig, wenn sie nun die Folgen ihrer Unvorsichtigkeit insoweit selbst zu tragen hat, als sie im Konkurs der Larop AG mit ihrem Anspruch in die 5. Klasse verwiesen wird. d) Schliesslich ist auch der Hinweis auf die öffentliche Funktion, die der Sachwalter ausübt, für den Ausgang des Berufungsverfahrens ohne Belang. Es ist der Klägerin zwar zuzugeben, dass sie nicht berechtigt gewesen wäre, ihr Sachwaltermandat zur Unzeit niederzulegen. Indessen hätte sie sich keinem Vorwurf ausgesetzt, wenn sie eine ungerechtfertigte Weigerung der Nachlassschuldnerin, weitere Kostenvorschüsse zu leisten, zum Anlass genommen hätte, ihre Tätigkeit bis zur Leistung des verlangten

Kostenvorschusses einzustellen. Übrigens macht die Klägerin nicht geltend, dass sie als Sachwalterin zur Vermeidung drohender Nachteile für die Nachlassschuldnerin dringliche Massnahmen habe treffen müssen, ohne dass sie vorher die Leistung des verlangten Kostenvorschusses hätte abwarten können. Eine derartige Gefahr bestand denn auch nicht. Es wäre höchstens etwas früher zur Konkurseröffnung gekommen, die dann schliesslich doch eingetreten ist.