

BE_ZIVILSTRAF ABS 2021 280 vom 24. Januar 2022

BE Obergericht, 2022-01-24, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_zivilstraf_ABS_2021_280

FR: BE_ZIVILSTRAF ABS 2021 280 du 24 janvier 2022

IT: BE_ZIVILSTRAF ABS 2021 280 del 24 gennaio 2022

Regeste

Massaschulden eines dem Konkurs zeitlich vorausgegangenen Nachlassverfahrens | KA OL, DS Oberland

Erwägungen

E. 1.1

Der F. _____ AG wurde am 16. Juli 2014 die definitive Nachlassstundung bewilligt (Beschwerdebeilage [BB] 5). Der ausgearbeitete Nachlassvertrag erreichte jedoch nicht die erforderliche Gläubigermehrheit (das Quorum von Art. 305 Abs. 1 Bst. a des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs [SchKG; SR 281.1] wurde verfehlt), weshalb das Regionalgericht Oberland am 14. August 2015 die Bestätigung des Nachlassvertrags verweigerte (BB 6 und BB 7). Über die F. _____ AG wurde in der Folge per 30. November 2015 der Konkurs eröffnet (BB 8).

E. 1.2

Am 18. Juli 2016 erfolgte die Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven. Mit Publikation im Amtsblatt des Kantons Bern vom _____ (BB 9) publizierte das Konkursamt Oberland, Dienststelle Oberland (nachfolgend: Konkursamt), die Konkurseinstellung und kündigte an, dass das Konkursverfahren als geschlossen erklärt werde, wenn nicht ein Gläubiger bis am 7. August 2016 die Durchführung des Konkurses verlange und einen Kostenvorschuss von CHF 1'928'000.00 leiste.

E. 1.3

Gegen die Höhe des Kostenvorschusses erhob die Gläubigerin D. _____ AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin 3) Beschwerde. Mit Entscheid ABS 16 271 vom 14. November 2016 (BB 10) reduzierte die kantonale Aufsichtsbehörde in Betreibungs- und Konkursachen den Kostenvorschuss auf CHF 31'000.00. In der Folge wurde dieser Kostenvorschuss durch die Beschwerdeführerin 3 bezahlt.

E. 1.4

Im Konkurs der F. _____ AG wurden u.a. die A. _____ AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin 1), C. _____ (nachfolgend: Beschwerdeführer 2) und die Beschwerdeführerin 3 als Gläubiger kolloziert (BB 12). Mit Verfügung vom 18. August 2017 (BB 13) liessen sich die Beschwerdeführer zusammen mit anderen Gläubigern vom Konkursamt insbesondere Verantwortlichkeitsansprüche der Konkursmasse gegen die Organe der F. _____ AG abtreten. Am 15. August 2019 zederte die Beschwerdeführerin 3 zudem ihre Konkursforderung (inkl. sämtlichen Nebenrechten und den ihr abgetreten Rechtsansprüchen der Konkursmasse) an die Beschwerdeführerin 1 (BB 14).

E. 1.5

Die Beschwerdeführerin 1 und der Beschwerdeführer 2 sowie eine weitere Partei reichten am 16. August 2019 eine Klage gegen die Organe der F. _____ AG ein (BB 15; Verfahren HG 19 93). Am 18. Februar 2021 konnte im entsprechenden Verfahren ein Vergleich (BB 16) abgeschlossen werden. Die Vereinbarung sah vor, dass die G. _____ SA ihre Massaforderung gegen die Konkursmasse der F. _____ AG im Umfang von CHF 170'000.00 an den Beschwerdeführer 2 zediere. Sobald die Zahlung von CHF 170'000.00 aus der Konkursmasse an den Beschwerdeführer 2 geflossen sei, übertrage dieser im Gegenzug innert 20 Tagen seine 892'858 Namenaktien der G. _____ SA an die Konkursmasse der F. _____ AG (Ziff. 2 der Vereinbarung). Die Vereinbarung stand unter der Bedingung, dass der Beschwerdeführer 2 die Zahlung von CHF 170'000.00 bis zum 31. August 2021 erhalte (Ziff. 5 der Vereinbarung). Die Vereinbarung wurde von

E. 1.6

Mit Zirkularschreiben vom 19. Mai 2021 (BB 17) informierte das Konkursamt die Gläubiger über den aktuellen Stand des Konkursverfahrens. Ziff. 2 dieses Zirkularschreibens lautete wie folgt: Die Konkursmasse der F. _____ AG verfügt aktuell über Aktiven im Betrag von total CHF 258'335.15. Von diesem Betrag sind die relevanten Konkurskosten im Betrag von CHF 37'500.00 (gemäss Entscheid ABS 16 271 der Aufsichtsbehörde in Betreibungs- und Konkurs-sachen vom 14. November 2016) sowie die Auslagen der Konkursverwaltung, welche sich bis zum Abschluss auf schätzungsweise CHF 5'000.00 belaufen werden, in Abzug zu bringen. Somit werden gerundet ca. CHF 215'000.00 zur Deckung der Massaschulden zur Verfügung stehen. Es bestehen Massaschulden von total CHF 1'267'209.97. Dies würde einer Dividende von ca. 16.96 % entsprechen. Bei dieser Berechnung handelt es sich um eine grobe Schätzung, welche jedoch ein ungefähres Bild der Situation darstellt. Im Zirkularschreiben wurde den Gläubigern der Antrag gestellt, die Konkursverwaltung sei zu ermächtigen, die provisorische Verteilungsliste für die Massaverbindlichkeiten zu erstellen und nach deren Rechtskraft die Auszahlung der Abschlagszahlungen an die Massagläubiger vorzunehmen. Da kein Gläubiger beim Konkursamt schriftlich opponiert hat, gilt dieser Antrag als zum Beschluss erhoben.

E. 1.7

Am 19. Juli 2021 erkundigten sich die Beschwerdeführerin 1 und der Beschwerdeführer 2 nach der Verteilungsliste, die am 19. Mai 2021 angekündigt worden war. Mit E-Mail vom 20. Juli 2021 (BB 18) wurde der «Verteilungsplan Massaforderungen» vom 29. Juni 2021 (BB 1) der Beschwerdeführerin 1 und dem Beschwerdeführer 2 per E-Mail übermittelt.

2.1 Aus dem Verteilungsplan geht Folgendes hervor (S. 2): - Das Konkursamt erzielte Einnahmen in der Höhe von CHF 335'698.00. In diesem Betrag nicht enthalten ist der Kostenvorschuss von CHF 31'000.00, welchen die Beschwerdeführerin 3 geleistet hatte. - Diesen Einnahmen stehen Auslagen in der Höhe von CHF 122'044.50 gegenüber. Diese Auslagen bestehen aus «Auslagen gem. Kontoauszug» und «Auslagen gem. Konkurs-Protokoll bis zum Abschluss». - Die Differenz von CHF 213'653.50 (CHF 335'698.00 – CHF 122'044.50) dient zur Deckung der «Massaforderungen während Nachlassverfahren». - Der grösste Anteil entfällt mit CHF 195'785.64 auf die G. _____ SA, welche davon CHF 170'000.00 an den Beschwerdeführer 2 zediert hat (vgl. Nr. 16 auf S. 6).

2.2 Weiter enthält der «Verteilungsplan Massaforderungen» auf S. 2 unter der Kolonne «Bemerkungen» folgenden Text:

E. 4

der Beschwerdeführerin 3 mitunterschrieben, welche ihre Forderung an die Beschwerdeführerin 1 abgetreten hatte.

E. 4.1

Mit diesem Vorgehen waren die Beschwerdeführerin 1 und der Beschwerdeführer 2 nicht einverstanden. Sie erhoben mit Eingabe vom 30. Juli 2021 (Postaufgabe am selben Tag) Beschwerde bei der kantonalen Aufsichtsbehörde in Betreibungs- und Konkursachen und stellten folgenden Antrag (Verfahren ABS 21 233): Der «Verteilungsplan Massaforderungen» im Konkursverfahren der F. _____ AG vom 29. Juni 2021 sei aufzuheben, soweit dieser vorsieht, dass die Massaschulden aus einem dem Konkurs zeitlich vorangehenden Nachlassverfahren vor den Gebühren des Konkursverfahrens befriedigt werden. unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.

E. 4.2

Nebst der Einreichung von diversen Beilagen stellten die Beschwerdeführerin 1 und der Beschwerdeführer 2 den Antrag, es seien die Akten ABS 16 271 der kantonalen Aufsichtsbehörde beizuziehen und die Akten HG 19 93 beim Handelsgericht des Kantons Bern, die Nachlassakten CIV 14 832 beim Regionalgericht Oberland sowie die Konkursakten der F. _____ AG beim Konkursamt zu edieren.

E. 4.3

Die Beschwerdeführerin 1 und der Beschwerdeführer 2 vertraten die Ansicht, dass nur die im Verteilungsplan aufgeführten «Auslagen gem. Konkurs-Protokoll» tatsächlich Auslagen des Konkursamts betreffen würden. Bei den «Auslagen gem. Kontoauszug» handle es sich nicht um eigentliche Auslagen, sondern um die Massaschulden des Konkursverfahrens. Der Verteilungsplan sehe somit die folgende Reihenfolge zur Deckung der offenen Massaverbindlichkeiten vor:

E. 4.4

Die Beschwerdeführerin 1 und der Beschwerdeführer 2 machten geltend, dass der Grundfehler, welcher dem Verteilungsplan des Konkursamts zugrunde liege, darin bestehe, dass das Konkursamt nicht konsequent zwischen Massaschulden des Konkursverfahrens und Massaschulden des Nachlassverfahrens unterscheide. Der Verteilungsplan stehe im Widerspruch zu den gesetzlichen Grundlagen. Aus Art. 230 Abs. 1 und Abs. 2 SchKG gehe hervor, dass eine Sicherheit nur dann beansprucht werden dürfe, wenn die Mittel der Konkursmasse tatsächlich nicht genügen würden, um die Kosten des summarischen Konkursverfahrens (bestehend aus Auslagen, Massaschulden und Gebühren) zu decken. Folglich sei es nicht zulässig, Mittel der Konkursmasse zur Deckung von Kosten zu verwenden, die schon vor der Konkurseröffnung in einem Nachlassverfahren angefallen seien, umgekehrt aber Kosten des Konkursverfahrens (nämlich die Gebühren) aus dem Vorschuss zu beziehen, den ein Gläubiger geleistet habe. Diese Auslegung werde ebenfalls durch Art. 262 Abs. 1 SchKG gestützt.

E. 4.5

Ausserdem brachten die Beschwerdeführerin 1 und der Beschwerdeführer 2 vor, dass der Verteilungsplan im Widerspruch zu Lehre und Rechtsprechung stehe. Sie verwiesen dabei u.a. auf folgende Stelle aus dem Basler Kommentar (MATTHIAS STAEHELIN, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2. Aufl. 2010, N. 4 zu

Art. 262 SchKG): Gemäss Abs. 1 sind vorab zu begleichen die Kosten für Eröffnung und Durchführung des Konkurses sowie für die Aufnahme eines Güterverzeichnisses. Diese Kosten werden unten Massakosten genannt. Neben den Massakosten sind ebenfalls vorab zu decken die anderen Verbindlichkeiten der Masse, welche auch Massaschulden genannt werden (...) Massakosten und Massaschulden haben gemeinsam, dass sie ihren Entstehungsgrund nach der Konkurseröffnung haben und die Masse selbst und nicht der Gemeinschuldner verpflichtet ist (BGE 120 III 156; 122 III 246, 248 E. 5b; 111 Ia 86, 90 f. E. 2d). Die Beschwerdeführerin 1 und der Beschwerdeführer 2 zitierten noch eine weitere Stelle aus dem Basler Kommentar. Diese lautet wie folgt (STAEHELIN, a.a.O., N. 10 zu Art. 262 SchKG):

E. 4.6

Weiter führten die Beschwerdeführerin 1 und der Beschwerdeführer 2 aus, dass das Konkursamt mit dem Verteilungsplan den Fehler wiederhole, der schon zur Aufhebung seiner Verfügung vom 27. Juli 2016 mit Entscheid ABS 16 217 vom 14. November 2016 (BB 10) geführt habe. In der aufgehobenen Verfügung habe das Konkursamt verlangt, dass die Massaschulden aus dem Nachlassverfahren durch eine Sicherheit i.S. von Art. 230 Abs. 2 SchKG gedeckt werden müssten, bevor ein Konkursverfahren durchgeführt werde. Dieser Verfügung habe die falsche Überlegung zugrunde gelegen, dass die Massaschulden des Nachlassverfahrens gleich wie die Massaschulden des Konkursverfahrens zu behandeln wären. In E. 17.4 des Entscheids ABS 16 217 vom 14. November 2016 habe die kantonale Aufsichtsbehörde in Betreibungs- und Konkursachen darauf hingewiesen, dass durch die Sicherheitsleistung keine Kosten gedeckt werden sollten, die in der Vergangenheit angefallen seien. Daraus folge, dass die Sicherheitsleistung zurückerstattet werden müsse, wenn die Einnahmen, die im Konkursverfahren erzielt worden seien, alle Kosten des Konkursverfahrens decken würden. Gegen diese Regel verstosse der angefochtene Verteilungsplan, indem darin Einnahmen des Konkursverfahrens zur Befriedigung von Forderungen verwendet werden sollten, die vor der Konkurseröffnung entstanden seien, und weil die Sicherheit gemäss Art. 230 Abs. 2 SchKG als Folge davon dafür beansprucht werden solle, um Gebühren zu bezahlen, die sich auf die Zeit nach der Konkurseröffnung bezögen.

E. 4.7

Schliesslich rügten die Beschwerdeführerin 1 und der Beschwerdeführer 2, dass der Verteilungsplan auch dem Zirkularschreiben des Konkursamts vom 19. Mai 2021 (BB 17) widerspreche. Das Zirkularschreiben vom 19. Mai 2021 sehe u.a. vor, dass von den Aktiven der Konkursmasse die «relevanten Konkurskosten im Betrag von CHF 37'500.00 (gemäss Entscheid ABS 16 271 der Aufsichtsbehörde in Betreibungs- und Konkursachen vom 14. November 2016) sowie die Auslagen der Konkursverwaltung, welche sich bis zum Abschluss auf schätzungsweise CHF 5'000.00 belaufen werden, in Abzug zu bringen» seien, bevor die Deckung der Massaschulden erfolge. Einen Teilbetrag der Konkurskosten in der Höhe von CHF 37'500.00 würden die Gebühren von CHF 31'000.00 bilden (vgl. E. 17.2 des Entscheids ABS 16 217 [BB 10], wonach sich der Betrag von CHF 37'500.00 aus Gebühren von CHF 31'000.00 und aus Kosten der Aktenaufbewahrung von CHF 6'500.00 zusammensetze). Das Konkursamt habe also noch im Zirkularschreiben vom 19. Mai 2021 ausdrücklich vorgesehen, dass die Gebühren aus den Einnahmen bezahlt würden, indem die Gebühren vor der Verteilung vom Total der Einnahmen in Abzug gebracht würden. Das Zirkularschreiben vom 19. Mai 2021

E. 5

Reichen die Aktiven nicht aus, um sämtliche Massverbindlichkeiten zu decken, hat die Rechtsprechung folgende Regel entwickelt: Zunächst werden die Auslagen des Amtes beglichen. Es folgen die übrigen Massschulden und zuletzt werden die Gebühren des Amtes getilgt (BGE 113 III 148 E. 3a S. 151; LORANDI, a.a.O., S. 925; MATTHIAS STAEHELIN, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2. Aufl. 2010, N. 26 ff. zu Art. 262 SchKG). 3. 3.1 Auf entsprechende Nachfrage hin übermittelte das Konkursamt der Beschwerdeführerin 1 und dem Beschwerdeführer 2 den Kontoauszug betreffend den Konkurs der F. _____ AG mit Stand per 27. Juli 2021 (BB 19). Aus dem Kontoauszug geht hervor, dass es sich bei den «Auslagen gem. Kontoauszug» um Kosten von Drittpersonen, z.B. der H. _____ AG und der I. _____ AG für die Inventaraufnahme, handelt. 3.2 Aus dem Kontoauszug geht weiter hervor, dass das Konkursamt (nach offenbar schon erfolgter Verteilung an die Massgläubiger des Nachlassverfahrens, aber vor Rückerstattung des Kostenvorschusses) noch über Mittel von CHF 41'265.68 verfügt. Dieser Betrag entspricht ungefähr den Gebühren und den Auslagen des Konkursamts gemäss Art. 13 und Art. 14 der Gebührenverordnung zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (GebV SchKG; SR 281.35), wie beispielsweise Portokosten, Telefongebühren oder Kopierkosten. Daraus folgt implizit, dass das Konkursamt beabsichtigt, seine Gebühren nicht aus den Einnahmen, sondern aus dem geleisteten Kostenvorschuss zu decken. 4.

E. 5.1

In seiner Vernehmlassung vom 16. August 2021 im Verfahren ABS 21 233 stellte das Konkursamt den Antrag, die Beschwerde sei abzuweisen.

E. 5.2

Zur Begründung wies das Konkursamt darauf hin, dass die Beschwerdeführerin 1 und der Beschwerdeführer 2 übersähen, dass die während der Stundung mit Zustimmung des Sachwalters eingegangenen Verbindlichkeiten die Masse in einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung oder in einem nachfolgenden Konkurs verpflichten würden (Art. 310 Abs. 2 SchKG). Diese Verbindlichkeiten seien Massschulden. Damit würden die Massschulden aus dem zeitlich vorangehenden Nachlassverfahren einen Bestandteil der Kosten des summarischen Konkursverfahrens bilden.

E. 5.3

Weiter führte das Konkursamt aus, dass die zu verlangende Kostensicherheit gemäss Art. 230 Abs. 2 SchKG und die tatsächlichen Kosten des summarischen Konkursverfahrens zu unterscheiden seien. Die Massverbindlichkeiten, welche vor der Konkurseröffnung entstanden seien, seien zwar nicht sicherzustellen, jedoch bei der Verteilung vorab zu tilgen. Gebühren dürfe die Konkursverwaltung erst erheben, wenn alle übrigen Massschulden bezahlt seien. Falls diese nicht bezahlt werden könnten, sei eine schon bezahlte Gebühr dann zurückzugeben, wenn entweder die Verrichtung, welche die Gebühr auslöse, noch nicht vorgenommen worden sei, oder wenn die Gebühr nach dem Zeitpunkt erhoben worden sei, in welchem erkennbar gewesen sei, dass die vorhandenen Aktiven nicht ausreichen würden, um die übrigen Massschulden zu decken.

E. 5.4

Das Konkursamt gab ausserdem an, dass es – entgegen den Behauptungen der Beschwerdeführerin 1 und des Beschwerdeführers 2 – die Unterscheidung zwischen Massaschulden des Nachlassverfahrens und Massschulden des Konkursverfahrens konsequent vorgenommen habe. Die Massaschulden des Konkursverfahrens seien auf S. 2 des «Verteilungsplans Massaforderungen» (BB 1) unter Auslagen aufgeführt und würden sich aus dem Kontoauszug ergeben. Dagegen seien die Massschulden des Nachlassverfahrens direkt im «Verteilungsplan Massaforderungen» aufgelistet.

E. 5.5

Schliesslich machte das Konkursamt geltend, dass es das vorliegende Verfahren ohne die Einforderung eines Kostenvorschusses hätte durchführen können, wenn die Herleitungen der Beschwerdeführerin 1 und des Beschwerdeführers 2 zutreffen würden. Die Gebühren und Auslagen fänden nach deren Ansicht nämlich vorab Deckung. Damit wäre der Entscheid der kantonalen Aufsichtsbehörde ABS 16 271 vom 14. November 2016 unnötig gewesen bzw. es hätte auf die Erhebung eines Kostenvorschusses verzichtet werden können. Es sei bereits damals bekannt gewesen, dass die Konkursmasse über flüssige Mittel im Umfang von rund CHF 310'000.00 verfüge (E. 18.5 des Entscheids ABS 16 271 [BB 10]). Diese Mit-

E. 6

- In erster Linie würden die Auslagen des Konkursamts und die Massschulden aus dem Konkursverfahren gedeckt. Diese Forderungen könnten durch die Einnahmen vollständig beglichen werden. - In zweiter Linie würden die Massschulden aus dem Nachlassverfahren gedeckt, die zeitlich vor der Konkurseröffnung angefallen seien. Diese Massschulden würden auf CHF 1'269'929.27 beziffert. Angesichts der Höhe der Massschulden des Nachlassverfahrens könnten diese – anders als die Massschulden des Konkursverfahrens – nicht vollständig gedeckt werden (sondern im Umfang von 16.82 %). - Weil die ganzen Einnahmen aus dem Konkurs dazu verwendet würden, die vor der Konkurseröffnung entstandenen Massschulden des Nachlassverfahrens (teilweise) zu decken, bleibe nichts mehr übrig für die Gebühren, welche die Aufwendungen des Konkursamts abgelten sollten. Diese Gebühren sollten offenbar aus der Sicherheit von CHF 31'000.00 bezogen werden.

E. 7

Praxis und Lehre haben die übrigen Verbindlichkeiten der Masse den Masskosten gleichgestellt. Diese übrigen Verbindlichkeiten, oft auch Massschulden genannt, haben gemeinsam, dass sie ihren Ursprung in einer Tatsache haben, welche sich nach Konkurseröffnung ereignet hat. Die Massschulden lassen sich nach ihrem Entstehungsrund in drei Gruppen aufgliedern; Verbindlichkeiten aus Vertrag, Verbindlichkeiten aus Urteil und Verbindlichkeiten, die direkt aus dem Gesetz folgen. Gestützt auf diese beiden Zitate kamen die Beschwerdeführerin 1 und der Beschwerdeführer 2 zum Schluss, dass Verbindlichkeiten, die während eines dem Konkursverfahren zeitlich vorausgegangenen Nachlassverfahrens entstanden seien, keine Massschulden im Konkursverfahren darstellen könnten.

E. 8

sei in Rechtskraft erwachsen, nachdem kein Gläubiger «opponiert» oder Beschwerde dagegen erhoben habe. Auch unter diesem Gesichtspunkt sei es dem Konkursamt verwehrt, die im rechtskräftig gewordenen Zirkularschreiben vorgesehene Vorgehensweise im Verteilungsplan plötzlich abzuändern. 5.

E. 9

In seiner Vernehmlassung vom 6. Oktober 2021 im Verfahren ABS 21 280 stellte das Konkursamt den Antrag, die Beschwerde sei abzuweisen. Die Beschwerdeführerin 3 habe mit Schreiben vom 30. August 2021 die Rückerstattung des geleisteten Kostenvorschusses verlangt. Mit Schreiben vom 31. August 2021 sei ihr mitgeteilt worden, dass der Kostenvorschuss zur Deckung der Gebühren verwendet werde. Als Beilage sei ihr der «Verteilungsplan Massaforderungen» mitgesandt worden. Dieses Schreiben sei ihr am 8. September 2021 zugestellt worden (Ver-

E. 10

Am 6. Oktober 2021 nahm die Beschwerdeführerin 3 zu den bisher erfolgten Eingaben im Verfahren ABS 21 233 Stellung. Sie schloss sich den Ausführungen der Beschwerdeführerin 1 und des Beschwerdeführers 2 in der Beschwerde vom 30. Juli 2021 und in der Stellungnahme vom 16. September 2021 vollumfänglich an.

E. 11

Mit Eingabe vom 19. Oktober 2021 nahmen die Beschwerdeführerin 1 und der Beschwerdeführer 2 zur Beschwerde der Beschwerdeführerin 3 im Verfahren ABS 21 280 Stellung. Sie beantragten, unter prozessökonomischen Gesichtspunkten seien die beiden Verfahren ABS 21 233 und ABS 21 280 zu vereinigen. Nachdem die Beschwerdeführerin 3 ebenfalls Beschwerde erhoben habe, könne offenbleiben, ob der vom Konkursamt erhobene Einwand, dass die Beschwerdeführerin 1 und der Beschwerdeführer 2 nicht beschwerdelegitimiert seien, zutreffe.

E. 12

Mit Verfügung vom 25. Oktober 2021 vereinigte die Verfahrensleitung die Verfahren ABS 21 233 und ABS 21 280. Sie wies darauf hin, dass die beiden Verfahren unter der Verfahrensnummer ABS 21 280 fortgeführt würden. Die beiden getrennt angehobenen Verfahren ABS 21 233 und ABS 21 280 würden den gleichen Gegenstand betreffen, weshalb es zweckmässig erscheine, sie zu vereinigen.

E. 13.1

Die Zuständigkeit der kantonalen Aufsichtsbehörde als Beschwerdeinstanz ergibt sich aus Art. 17 Abs. 1 SchKG i.V.m. Art. 10 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (EGSchKG; BSG 281.1).

E. 13.2

Zur Beschwerdeführung gemäss Art. 17 SchKG ist legitimiert, wer durch die angefochtene Verfügung eines Zwangsvollstreckungsorgans in seinen rechtlichen oder zumindest tatsächlichen Interessen betroffen und dadurch beschwert ist (BGE 139 III 384 E. 2.1 S. 387 mit Hinweisen = Pra 2014 Nr. 18 S. 129). Die Beschwerdeführerin 1 und der Beschwerdeführer 2 brachten in ihrer Eingabe vom 16. September 2021 zu ihrer Legitimation vor, dass sie mit der Beschwerdeführerin 3, welche den Kostenvorschuss bezahlt habe, eine interne Abrede darüber getroffen hätten, wie die Rückerstattung des Kostenvorschusses zu verteilen sei (vgl. E. 7 oben). Die Beschwerdeführerin 3 bestätigte diese Ausführungen in ihrer Eingabe vom 6. Oktober 2021 (vgl. E. 10 oben). Damit ist erstellt, dass alle drei Beschwerdeführer zumindest ein wirtschaftliches und damit tatsächliches Interesse an der Rückerstattung des Vorschusses haben. Folglich sind sie zur Beschwerde legitimiert.

E. 13.3

Eine Beschwerde muss nach Art. 17 Abs. 2 SchKG innert zehn Tagen nach Kenntnisnahme der Verfügung angebracht werden. Die Beschwerdeführerin 1 und der Beschwerdeführer 2 erhielten durch die E-Mail vom 20. Juli 2021 vom «Verteilungsplan Massaforderungen» vom 29. Juni 2021 Kenntnis (vgl. E. 1.7 oben). Mit der Postaufgabe ihrer Beschwerde am 30. Juli 2021 haben sie die Beschwerdefrist gewahrt. Der Beschwerdeführerin 3 wurde der Verteilungsplan am 8. September 2021 zugestellt (vgl. E. 9 oben). Mit der Postaufgabe ihrer Beschwerde am 16. September 2021 hat sie die Beschwerdefrist ebenfalls eingehalten.

E. 13.4

Auf die form- und fristgerechten Beschwerden ist einzutreten.

E. 14

Die Beschwerdeführer haben zahlreiche Beilagen eingereicht, welche den Sachverhalt umfassend dokumentieren. Deshalb erscheint der Beizug der Akten ABS 16 271 der kantonalen Aufsichtsbehörde, die Edition der Akten HG 19 93 beim Handelsgericht des Kantons Bern, die Edition der Nachlassakten CIV 14 832 beim Regionalgericht Oberland und die Edition der Konkursakten der F. _____ AG beim Konkursamt nicht notwendig. Es wären dadurch keine neuen relevanten Erkenntnisse zu gewinnen (antizipierte Beweiswürdigung). Die entsprechenden Beweisanträge sind folglich abzuweisen.

E. 15.1

Es ist unbestritten, dass Massaverbindlichkeiten im Konkurs grundsätzlich privilegiert behandelt werden. Dies ergibt sich aus Art. 262 Abs. 1 SchKG, welcher anordnet, dass «sämtliche Kosten für Eröffnung und Durchführung des Konkurses sowie für die Aufnahme eines Güterverzeichnisses» vorab aus dem Erlös zu decken sind. Diese Kosten werden als Massakosten bezeichnet. Sie bestehen aus den Gebühren und Auslagen des Konkursamts und der ausserordentlichen Konkursverwaltung. Neben den Massakosten sind auch die anderen Verbindlichkeiten der Masse, welche Massaschulden genannt werden, vorab zu decken (STAEHE-LIN/STOJILJKOVI, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl. 2021, N. 4 f. zu Art. 262 SchKG). Bei Massaschulden handelt es sich um von der Konkursmasse selbst eingegangene oder übernommene vertragliche Verpflichtungen sowie öffentlich-rechtliche Verpflichtungen. Vorab stellen alle vertraglichen Verpflichtungen, welche die Konkursmasse während des Konkursverfahrens eingeht, Massaschulden dar. Es kann sich dabei z.B. um Honorare von Anwälten und Experten, die Miete von Lokalen zur Aufbewahrung von Konkursakten und die Schulden aus der Weiterführung des Geschäftsbetriebs handeln (STÖCKLI/POSSA, in: Kurzkomentar SchKG, 2. Aufl. 2014, N. 11 f. zu Art. 262 SchKG). Die Privilegierung der Massaverbindlichkeiten besteht darin, dass sie nicht in den Kollokationsplan, sondern in die Schlussrechnung aufzunehmen sind. Sie sind vorab aus dem Verwertungserlös zu begleichen, bevor der Rest an die Konkursgläubiger verteilt wird (STÖCKLI/POSSA, a.a.O., N. 17 zu Art. 262 SchKG).

E. 15.2

Grundsätzlich verlangt Art. 262 Abs. 1 SchKG eine Gleichbehandlung aller Massagläubiger. Die Rechtsprechung hat jedoch für die Auslagen und Gebühren des Konkursamts und der Konkursverwaltung eine Ausnahme gemacht. Wenn das vorhandene

Vermögen nicht einmal zur Deckung sämtlicher Massaverbindlichkeiten ausreicht, so sind in erster Linie die Auslagen des Konkursamts und der Konkursverwaltung zu begleichen. Danach kommen die übrigen Massaverbindlichkeiten an die Reihe, mit Ausnahme der Gebühren des Konkursamts und der Konkursverwaltung, die erst in letzte Linie zu berücksichtigen sind (BGE 113 III 148 E. 3 und E. 3a S. 150 ff.). Diese Rangordnung ist ebenfalls unbestritten.

12

E. 16.1

Vorab ist auf die Ansicht der Beschwerdeführer einzugehen, dass nur die im Verteilungsplan aufgeführten «Auslagen gem. Konkurs-Protokoll» tatsächlich Auslagen des Konkursamts betreffen würden. Bei den «Auslagen gem. Kontoauszug» handle es sich nicht um eigentliche Auslagen, sondern um die Massaschulden des Konkursverfahrens. Das Konkursamt teilt diese Auffassung.

E. 16.2

Bei den «Auslagen gem. Kontoauszug» (BB 19) handelt es sich um Kosten von Drittpersonen, z.B. für Kosten der H. _____ AG, für Kosten der I. _____ AG für die Inventaraufnahme und für Kosten von Rechtsanwalt J. _____ für seine Beratung (vgl. hierzu auch den Entscheid der kantonalen Aufsichtsbehörde ABS 16 271 vom 14. November 2016 [BB 10], E. 17.6). Bei den Kosten der I. _____ AG für die Inventaraufnahme in der Höhe von CHF 49'939.20 handelt es sich gemäss Art. 262 Abs. 1 SchKG – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführer und des Konkursamts – um Auslagen und nicht um Massaschulden des Konkursverfahrens. Hingegen ist den Beschwerdeführern und dem Konkursamt beizupflichten, dass es sich bei den Kosten der H. _____ AG für die Bewachung von Gebäuden und dem Honorar von Rechtsanwalt J. _____ eher um Massaschulden des Konkursverfahrens handeln dürfte. Deshalb ist davon auszugehen, dass die «Auslagen gem. Kontoauszug» sowohl Auslagen des Konkursamts als auch Massaschulden des Konkursverfahrens beinhalten. Zwischen diesen beiden Kategorien von Massaverbindlichkeiten fand keine saubere Trennung statt. Es hat sich kein Massagläubiger dagegen beschwert, dass die «Auslagen gem. Kontoauszug» teilweise auch Massaschulden des Konkursverfahrens beinhalten, welche nicht vollständig, sondern bloss anteilmässig zu decken gewesen wären (vgl. unten E. 18.4). Deshalb erübrigt es sich, weiter auf diese Angelegenheit einzugehen und genau zu differenzieren, bei welchen Positionen es sich um Auslagen des Konkursamts und bei welchen Positionen es sich um Massaschulden des Konkursverfahrens handelt.

E. 17.1

Weiter rügen die Beschwerdeführer, dass das Konkursamt nicht konsequent zwischen Massaschulden des Konkursverfahrens und Massaschulden des Nachlassverfahrens unterschieden habe. Dies bestreitet das Konkursamt und führt aus, dass es diese Unterscheidung sehr wohl vorgenommen habe. Die Massaschulden des Konkursverfahrens seien auf S. 2 des «Verteilungsplans Massaforderungen» (BB 1) unter Auslagen aufgeführt und würden sich aus dem Kontoauszug (BB 19) ergeben. Dagegen seien die Massaschulden des Nachlassverfahrens direkt im «Verteilungsplan Massaforderungen» unter «Massaforderungen während Nachlassverfahren» aufgelistet.

E. 17.2

Wie bereits vorstehend erwähnt (vgl. E. 16.2 oben), stellen die «Auslagen gem. Kontoauszug» eine Mischung zwischen Auslagen des Konkursamts und Massaschulden des Konkursverfahrens dar. Ausserdem ist darauf hinzuweisen, dass es sich bei den im Verteilungsplan als «Massaforderungen während Nachlassverfahren» ausgewiesenen Massaschulden teilweise auch um Massaschulden aus dem Konkursverfahren handelt. Über die F. _____ AG wurde am 30. November 2015 der Konkurs eröffnet (vgl. E. 1.1 oben). Es ist davon auszugehen, dass die Forde-

13 rung der Ausgleichskasse K. _____ für Lohnbeiträge vom 25. Januar 2017 (Nr. 1 des Verteilungsplans) nach der Konkursöffnung entstanden ist und deshalb nicht mehr das zeitlich vorangegangene Nachlassverfahren betrifft. Das Gleiche gilt beispielsweise auch für die Forderung der L. _____ SA, welche sich auf den Finanzierungsleasingvertrag Nr. 202358.004 vom 18. Mai 2016 stützt (Nr. 5 des Verteilungsplans), sowie für die Forderung des Regionalgerichts Oberland vom 11. Mai 2016 (Nr. 20 des Verteilungsplans). Wie nachfolgend zu zeigen sein wird (vgl. E. 18.4 unten), sind Massaschulden des Konkursverfahrens – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführer und des Konkursamts – aber gleich zu behandeln wie Massaschulden des Nachlassverfahrens. Eine Trennung dieser beiden Kategorien ist damit nicht nötig. Deshalb erübrigt es sich, weiter auf diese Angelegenheit einzugehen und genau zu differenzieren, bei welchen Positionen es sich um Massaschulden des Nachlassverfahrens und bei welchen Positionen es sich um Massaschulden des Konkursverfahrens handelt.

E. 18.1

Zentral ist im vorliegenden Verfahren die Frage, ob die während eines dem Konkursverfahren zeitlich vorausgegangenen Nachlassverfahrens entstandenen Massaschulden ebenfalls privilegiert zu behandeln und als Massaverbindlichkeiten im Konkurs zu qualifizieren sind. Falls dies zutrifft, ist weiter fraglich, ob die Massaschulden des Nachlassverfahrens vor den Gebühren des Konkursamts zu decken sind, wenn das vorhandene Vermögen nicht zur Deckung sämtlicher Massaverbindlichkeiten ausreicht.

E. 18.2

Wie das Konkursamt in seiner Vernehmlassung zutreffend ausführt, setzen sich die Beschwerdeführer nicht mit Art. 310 Abs. 2 SchKG auseinander. Diese Bestimmung sieht explizit vor, dass die während einer Nachlassstundung mit Zustimmung des Sachwalters eingegangenen Verbindlichkeiten in einem nachfolgenden Konkurs die Masse belasten. Das Gesetz bestimmt damit ausdrücklich, dass diese Forderungen in einem nachfolgenden Konkursverfahren Massaverbindlichkeiten darstellen. Die Verweise der Beschwerdeführer auf Art. 230 Abs. 1 und Abs. 2 SchKG und auf Art. 262 Abs. 1 SchKG ändern daran nichts. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern sie dem klaren Wortlaut von Art. 310 Abs. 2 SchKG widersprechen.

E. 18.3

Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführer widerspricht der Verteilungsplan auch nicht der Lehre. Die Beschwerdeführer zitieren zwei Stellen aus dem Basler Kommentar (STAEHELIN, a.a.O., N. 4 und N. 10 zu Art. 262 SchKG), wonach hervorgeht, dass Massaverbindlichkeiten ihren Entstehungsgrund nach der Konkursöffnung haben (vgl. oben E. 4.5). Vom selben Autor stammt jedoch auch folgendes Zitat (STAEHELIN/STOJILJKOVIĆ, a.a.O., N. 8a zu Art. 262 SchKG): Ist dem Konkurs eine Nachlassstundung vorangegangen, sind die in der Zeit der Nachlassstundung mit der

Zustimmung des Sachwalters eingegangenen Verbindlichkeiten auch im Konkurs als Massakosten zu behandeln. Das Verfehlen des Stundungsziels (Bestätigung eines Nachlassvertrages oder Sanierung, Art. 294 Abs. 1) ändert nichts an der einmal begründeten Eigenschaft der Masseverbindlichkeit. Die Beschwerdeführer haben somit den Basler Kommentar nicht vollständig zitiert. Für Verbindlichkeiten, die während der dem Konkurs vorangegangenen Nachlass-

14 stundung mit Zustimmung des Sachwalters eingegangen wurden, besteht eine Ausnahme vom Grundsatz, dass Massaverbindlichkeiten nach der Konkurseröffnung entstehen. Der Vollständigkeit halber wird darauf hingewiesen, dass die Terminologie im vorstehend erwähnten Zitat nicht ganz präzise ist. Bei Verbindlichkeiten, welche während der Nachlassstundung mit Zustimmung des Sachwalters eingegangen wurden, handelt es sich um Massaschulden und nicht um Massakosten (LORANDI, a.a.O, S. 464; vgl. zur Unterscheidung zwischen Massakosten und Massaschulden E. 15.1 oben). In diesem Zusammenhang sprechen auch die Beschwerdeführer und das Konkursamt übereinstimmend von Massaschulden des Nachlassverfahrens.

E. 18.4

Verbindlichkeiten, die während eines dem Konkursverfahren zeitlich vorausgegangen Nachlassverfahrens mit Zustimmung des Sachwalters entstanden sind, stellen dementsprechend – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführer – Massaschulden im Konkursverfahren dar. Sie bilden somit einen Bestandteil der Kosten des summarischen Konkursverfahrens. Wie bereits vorstehend unter E. 15.2 erläutert, hat die Rechtsprechung eine Rangordnung entwickelt, wenn das vorhandene Vermögen nicht ausreicht, um sämtliche Massaverbindlichkeiten zu decken: Zunächst werden die Auslagen des verfahrensleitenden Organs beglichen, danach die übrigen Massaverbindlichkeiten (d.h. die Massaschulden) und schliesslich die Gebühren des Amtes bzw. die Forderungen des verfahrensleitenden Organs. Innerhalb jeder dieser drei Kategorien gilt ein Anspruch auf gleichmässige bzw. anteilige Befriedigung (Art. 220 SchKG analog; LORANDI, a.a.O., S. 477). Vorliegend bedeutet dies, dass die Massaschulden des Konkursverfahrens zusammen mit den Massaschulden des Nachlassverfahrens zwar nach den Auslagen des Konkursamts, aber noch vor den Gebühren des Konkursamts zu begleichen sind. Die Einnahmen in der Höhe von CHF 335'698.00 reichten aus, um die Auslagen in der Höhe von CHF 122'044.50 zu decken. Sie genügten jedoch nicht, um auch noch die Massaschulden in der Höhe von CHF 1'269'929.27 zu bezahlen, weshalb die Massagläubiger nur eine Dividende von 16.82 % erhielten (vgl. «Verteilungsplan Massaforderungen», BB 1). Für die Gebühren war gar kein Geld mehr vorhanden. Dementsprechend haben die Beschwerdeführer auch keinen Anspruch auf Rückerstattung des Kostenvorschusses. Wie vorstehend unter E. 16.2 erwähnt, sind einige der als Auslagen aufgelisteten Schulden wohl eher als während dem Konkursverfahren entstandene Massaschulden zu qualifizieren. Dies bedeutet, dass diese Schulden nicht vorab vollständig zu befriedigen gewesen wären, sondern die entsprechenden Gläubiger bloss eine anteilmässige Dividende erhalten hätten. Als Folge davon hätte sich die Dividende für die Massagläubiger ein wenig erhöht. Für die Beschwerdeführer spielt dies jedoch keine Rolle. Für die Deckung der Gebühren hätte auch in diesem Fall kein Geld mehr zur Verfügung gestanden.

E. 19.1

Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführer geht auch aus dem Entscheid der kantonalen Aufsichtsbehörde ABS 16 271 vom 14. November 2016 (BB 10) hervor, dass die Konkursgebühren erst nach den Massaschulden aus dem vorgelagerten Nachlassverfahren beglichen werden (E. 18). Aus diesem Grund wurden die Gebühren als gefährdet erachtet und folglich wurde ein Kostenvorschuss verlangt.

15 Falls die Argumentation der Beschwerdeführer zutreffen würde, dass die Massaschulden aus dem Nachlassverfahren erst nach den Gebühren gedeckt werden, hätte die kantonale Aufsichtsbehörde auf die Erhebung eines Kostenvorschusses verzichtet. Gemäss dem Entscheid ABS 16 271 verfügte das Konkursamt im damaligen Zeitpunkt über flüssige Mittel von rund CHF 310'000.00. Die Auslagen betragen damals CHF 58'939.20 und die Massaschulden aus dem Nachlassverfahren mindestens CHF 343'111.25. Massaschulden, die während dem Konkursverfahren entstanden sind, wurden im Entscheid keine erwähnt. Die flüssigen Mittel hätten also längstens ausgereicht, um die Auslagen und die Gebühren zu beglichen, weshalb die Erhebung eines Kostenvorschusses unnötig gewesen wäre.

E. 19.2

Im Zusammenhang mit dem Entscheid ABS 16 271 ist weiter darauf hinzuweisen, dass die Beschwerdeführer aus dem Umstand, dass die Massaschulden aus dem Nachlassverfahren nicht unter Art. 230 Abs. 2 SchKG fallen, nichts zu ihren Gunsten ableiten können. Gemäss dem Entscheid ABS 16 271 hat die in Art. 230 Abs. 2 SchKG vorgesehene Kostensicherheit nur die «frais futurs éventuels» zu decken. Der Zweck der vom Gesetz vorgesehenen Sicherheitsleistung verbietet es, dass durch sie Kosten gedeckt würden, die in der Vergangenheit angefallen seien (E. 17.4). Bestehende Massaschulden aus dem gescheiterten Nachlassverfahren dürften nicht nach Art. 230 Abs. 2 SchKG durch die Gläubiger sichergestellt werden, da es sich dabei nicht um zukünftige Kosten handle (E. 17.5). Deshalb reduzierte die Aufsichtsbehörde den Kostenvorschuss von CHF 1'928'000.00 auch auf CHF 31'000.00. Wie das Konkursamt zutreffend ausführt, sind die zu verlangende Kostensicherheit und die tatsächlichen Kosten des summarischen Konkursverfahrens zu unterscheiden. Die Massaschulden aus dem vorangegangenen Nachlassverfahren sind zwar nicht sicherzustellen, jedoch bei der Verteilung vorab zu tilgen (vgl. E. 18.1 des Entscheids ABS 16 271).

E. 20

Schliesslich machen die Beschwerdeführer geltend, dass der Verteilungsplan dem Zirkularschreiben des Konkursamts vom 19. Mai 2021 (BB 17) widerspreche. Ziff. 2 dieses Zirkularschreibens sah u.a. vor, dass die «relevanten Konkurskosten im Betrag von CHF 37'500.00 (gemäss Entscheid ABS 16 271 der Aufsichtsbehörde in Betreibungs- und Konkursachen vom 14. November 2016) sowie die Auslagen der Konkursverwaltung» von den Einnahmen in Abzug zu bringen seien, bevor die Verteilung an die Massagläubiger stattfinde (vgl. E. 1.6 oben). Dieses Zirkularschreiben steht tatsächlich im Widerspruch zum Verteilungsplan, indem das Konkursamt ausgeführt hat, dass die Gebühren aus den Einnahmen zu bezahlen seien, bevor die Massaschulden aus dem Nachlassverfahren gedeckt würden. Die Beschwerdeführer können daraus jedoch nichts zu ihren Gunsten ableiten. Wie vorstehend erläutert, wurde der Verteilungsplan korrekt erstellt. Die Ausführungen in Ziff. 2 des Zirkularschreibens vom 19. Mai 2021 erweisen sich jedoch als falsch. Beim Zirkularschreiben ging es jedoch hauptsächlich darum, die Zustimmung der

Gläubiger für die weitere Vorgehensweise einzuholen. Der Antrag im Zirkularschreiben lautete, dass die Konkursverwaltung zu ermächtigen sei, die provisorische Verteilungsliste für die Massaverbindlichkeiten zu erstellen und nach deren Rechtskraft die Auszahlung der Abschlagszahlungen an die Massagläubiger vorzunehmen. Da kein Gläubiger gegen diesen Antrag opponierte, wurde dieser Antrag zum Be-

schluss erhoben. Dies gilt jedoch nicht für die Ausführungen in Ziff. 2 des Zirkularschreibens zur beabsichtigten Verteilung. Im Antrag stand explizit, dass die Verteilungsliste zuerst noch zu erstellen sei und in Rechtskraft erwachsen müsse, bevor die Auszahlung der Abschlagszahlungen an die Massagläubiger vorgenommen werden könne. Für die Verteilung ist damit alleine der «Verteilungsplan Massaforderungen» massgebend. Ausserdem ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführer gegen diesen Verteilungsplan rechtzeitig ein Rechtsmittel ergriffen haben. Sie können also nicht geltend machen, dass sie auf die Ausführungen im Zirkularschreiben vertraut und es deshalb unterlassen hätten, gegen den Verteilungsplan Beschwerde zu erheben.

E. 21

Zusammenfassend ergibt sich, dass der «Verteilungsplan Massaforderungen» zu Recht vorsieht, dass die Massaschulden aus dem dem Konkurs zeitlich vorangehenden Nachlassverfahren vor den Gebühren des Konkursverfahrens befriedigt werden. Dies bedeutet, dass die Konkurseinnahmen nicht ausreichen, um die Gebühren des Konkursamts zu decken und die Beschwerdeführer ihren Kostenvorschuss in der Höhe von CHF 31'000.00 nicht zurückerhalten. Folglich sind die Beschwerden abzuweisen.

E. 22

Im betriebs- und konkursrechtlichen Beschwerdeverfahren werden weder Gerichtskosten erhoben noch Parteientschädigungen gesprochen (Art. 20a SchKG und Art. 61 Abs. 2 sowie Art. 62 Abs. 2 GebV SchKG).

17 Die Aufsichtsbehörde entscheidet:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.