

Art. 293, 293a Abs. 3. Art. 293d SchKG (e contrario), Art. 251 lit. a ZPO. Beschwerde gegen die Abweisung eines Gesuchs um provisorische Nachlassstundung mit gleichzeitiger Konkurseröffnung.

Lässt das Gesuch um provisorische Nachlassstundung keine Prüfung der finanziellen Verhältnisse des Gesuchstellers und damit der Sanierungsaussichten zu, so darf der Konkurs nicht ohne weiteres eröffnet werden und dem Gesuchsteller ist Gelegenheit zu geben, das Fehlende nachzubringen. Erfolgt die erforderliche Klärung nicht, so ist auf das Gesuch nicht einzutreten und der Konkurs ist nicht zu eröffnen.

Sachverhalt:

Die Beschwerdeführerin hatte beim Bezirksgericht ein unvollständiges Gesuch um Bewilligung der provisorischen Nachlassstundung gestellt. Dieses wurde abgewiesen und gleichzeitig der Konkurs eröffnet. Das focht die Beschwerdeführerin an.

(Aus den Erwägungen:)

"2.

Gegen den Entscheid des Nachlassgerichts betreffend die Nichtbewilligung der provisorischen Stundung und die Konkurseröffnung ist die Beschwerde nach Art. 319 ff. ZPO zulässig (Art. 293d SchKG e contrario i.V.m. Art. 309 lit. b Ziff. 7 ZPO und Art. 319 lit. a ZPO; vgl. dazu *Kren Kostkiewicz*, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 2. Aufl., Zürich 2014, § 11 N. 1674 sowie *KUKO SchKG-Hunkeler*, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 293d N. 3 i.V.m. N. 5 und N. 8). Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Die Beschwerde ist innert der Rechtsmittelfrist schriftlich und begründet bei der Rechtsmittelinstanz einzureichen (Art. 321 Abs. 1 ZPO); die Beschwerde führende Partei hat in der Beschwerde im Einzelnen darzulegen, an welchen Mängeln (unrichtige Rechtsan-

wendung, offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts) der angefochtene Entscheid ihrer Ansicht nach leidet. Die Rüge in Bezug auf den Sachverhalt muss eine qualifiziert fehlerhafte Feststellung betreffen (vgl. ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 320 N. 5). Im Beschwerdeverfahren sind (ausser in gesetzlich vorgesehenen, vorliegend nicht gegebenen Ausnahmefällen) keine Noven mehr zulässig (Art. 326 ZPO). Das umfassende Novenverbot gilt dabei auch in von der Untersuchungsmaxime beherrschten Verfahren; das Beschwerdeverfahren dient zur Hauptsache der Rechtskontrolle (siehe etwa ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, a.a.O., Art. 326 N. 3 f.).

3.

3.1. Die Beschwerdeführerin hatte ihr Gesuch um Bewilligung der Nachlassstundung vor Vorinstanz im Wesentlichen damit begründet, dass die Gesellschaft zurzeit wirtschaftlich sehr in die Enge gedrängt sei, über keine liquiden Mittel verfüge und kurz vor der Konkurseröffnung resp. Insolvenz stehe. Es bestünden offene Beteiligungen für einen Forderungsbetrag von rund Fr. 30'000.00, welche bereits fortgesetzt und in welchen bereits die Verwertung verlangt worden sei. Es würden Aufschubraten bezahlt, um die Verwertung zu vermeiden. Wegen der Leistung von Abzahlungen an das Beteiligungsamt und aufgrund weiterer Abzahlungsvereinbarungen mit Gläubigern gerate die Gesellschaft mit den laufenden Kosten (Miete/Strom) in Verzug. Es werde die Nachlassstundung für neun Monate verlangt, um mit den Gläubigern einen Nachlassvertrag schliessen und neue realistische Abzahlungen vereinbaren zu können. Der Betrieb laufe und sei umsatzaktiv. Die Schulden könnten aus eigener Kraft nach dem Sanierungsplan langfristig getilgt werden. Ihrem Gesuch legte die Beschwerdeführerin eine Bilanz und Erfolgsrechnung per 30. Juni 2016, beide mit dem Vermerk "provisorisch, nicht alle Angaben bekannt", einen Beteiligungsregisterauszug vom 26. Juni 2016 sowie einen Sanierungsplan bei.

3.2. Die Vorinstanz erwog, aus der von der Beschwerdeführerin eingereichten provisorischen Bilanz gehe hervor, dass ihr per 30. Juni 2016 flüssige Mittel von lediglich Fr. 250.00 zur Verfügung stünden. Damit sei es der Beschwerdeführerin offensichtlich nicht möglich, einen Vorschuss für die Gerichtskosten oder einen

solchen zur Sicherstellung des Honorars eines allfälligen provisorischen Sachwalters (zusammen einstweilen Fr. 20'000.00) zu leisten. Die aus der Bilanz ersichtlichen Aktiven von Fr. 22'350.00 stünden Passiven von Fr. 45'500.00 gegenüber, womit die Beschwerdeführerin massiv überschuldet sei. Schliesslich stelle die Annahme der Beschwerdeführerin, dass "sämtliche Gläubiger ihre Debitoren als Verluste verbuchen könnten", keineswegs einen realistischen Sanierungsplan dar. Im Übrigen seien von den gemäss Art. 293 lit. a SchKG erforderlichen Unterlagen weder eine aktuelle Bilanz, eine Liquiditätsplanung oder entsprechende Unterlagen noch ein plausibler provisorischer Sanierungsplan, mithin keine der verlangten Unterlagen, eingereicht worden. Die Vorinstanz ging gestützt auf diese Erwägungen davon aus, dass offensichtlich keine Aussicht auf Sanierung oder Bestätigung eines Nachlassvertrages bestehe. Sie wies deshalb das Gesuch der Beschwerdeführerin um Bewilligung der Nachlassstundung ab und eröffnete den Konkurs über sie.

3.3. Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe aufgrund eines unvollständigen bzw. falschen Sachverhalts entschieden. Sie bringt in ihrer Beschwerdeschrift vor, sie (die Beschwerdeführerin) sei sich nicht bewusst gewesen, dass sie dem Nachlassgericht zum Entscheid über die Gewährung der Nachlassstundung eine professionell erstellte Zwischenbilanz hätte zur Verfügung stellen müssen und diese nicht auf provisorischen sowie unvollständigen Zahlen beruhen könne. Sie habe die bei der Vorinstanz eingereichte Bilanz und Erfolgsrechnung explizit als "provisorisch" bezeichnet und angefügt, dass ihr für die Erstellung der behelfsmässigen Bilanz und Erfolgsrechnung "nicht alle Angaben bekannt" gewesen seien. Die Unvollständigkeit der Angaben habe der Vorinstanz somit klar sein müssen, das Gesuch um Gewährung der Nachlassstundung sei offensichtlich unvollständig gewesen. Die Vorinstanz wäre gehalten gewesen, sie (die Beschwerdeführerin) als juristischen Laien darauf hinzuweisen und ihr die Möglichkeit zu eröffnen, das Gesuch zu verbessern. Die Beschwerdeführerin macht geltend, bei Vorliegen resp. Erfragen der effektiven Betriebszahlen hätte die Vorinstanz zumindest darauf verzichtet, von Amtes wegen den Konkurs zu eröffnen.

Im Beschwerdeverfahren reicht die Beschwerdeführerin neu eine Bilanz und Erfolgsrechnung per 30. September 2016, einen Auszug Kassabericht September 2016, eine Aufschub-Liste zu offenen Betreibungen und diverse Abrechnungen des Betreibungsamtes ein. Sie erklärt gestützt auf diese Belege, dass die Gesellschaft weit von einer offensichtlichen Sanierungsunfähigkeit entfernt sei. Die nach Überprüfung der aktuellen Betriebszahlen durch die X. GmbH erstellte Zwischenbilanz ergebe, dass die Gesellschaft in keiner Weise überschuldet und nicht illiquid sei. Im Gegenteil resultiere per Ende September 2016 sogar ein Gewinn von Fr. 55'581.30. Zudem bestünden flüssige Mittel im Umfang von Fr. 53'581.30, womit eine genügende Liquidität zur Bedienung der Gläubiger und zur Bestreitung der Geschäftstätigkeit vorhanden sei. Per Ende September 2016 stehe einem Betriebsertrag von Fr. 198'606.45 ein Aufwand von Fr. 143'025.15 gegenüber. Der auf einen Monat heruntergebrochene Geschäftsaufwand von Fr. 15'891.68 stehe einem aktuellen Kassenumsatz vom September 2016 von Fr. 28'014.55 gegenüber. Daraus sei ersichtlich, dass eine Weiterführung des Betriebs in keiner Weise gefährdet sei, dies insbesondere auch vor dem Hintergrund, dass die im Gastgewerbe tendenziell umsatzstärksten Monate Oktober bis Dezember erst noch bevorstünden. Der Betreibungsregisterauszug zeichne zugegebenermassen ein etwas düsteres Bild. Keiner der Gläubiger habe jedoch bis dato die Konkurseröffnung beantragt. Dies rühre daher, dass die unbestrittenen Forderungen in regelmässigen Abständen über das Betreibungsamt oder über private Abzahlungsvereinbarungen mittels Abschlagszahlungen beglichen würden. Aus dem Betreibungsregisterauszug ergebe sich nicht der effektive Schuldenstand, die betriebenen Forderungen seien entweder bereits beglichen oder befänden sich in Abzahlung.

3.4. Zur Einleitung eines Nachlassverfahrens bedarf es eines Gesuchs. Dieses kann vom Schuldner gestellt werden (Art. 293 lit. a SchKG). Er hat das Gesuch zu begründen und zu belegen. Mit dem neuen Sanierungsrecht (in Kraft seit 1. Januar 2014) soll der Zugang zum Nachlassverfahren erleichtert werden. Der definitiven Nachlassstundung geht immer zunächst eine provisorische Stundung von maximal vier Monaten voraus, während welcher das Vorhandensein von Sanierungsaussichten näher abgeklärt werden soll. An die Bewilligung der provisori-

schen Stundung sind keine hohen Anforderungen zu stellen. Nur wenn offensichtlich keine Aussicht auf Sanierung oder Bestätigung eines Nachlassvertrages besteht, eröffnet das Nachlassgericht den Konkurs von Amtes wegen (Art. 293a Abs. 1 und Abs. 3 SchKG; Botschaft BBl 2010 6455 ff., 6467 und 6480; KUKO-*Hunkeler*, a.a.O., Vor Art. 293-336 N. 24 f.). Die Anwendung dieser Möglichkeit bedarf der Zurückhaltung (siehe dazu etwa *Spühler/Dolge*, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht II, 6. Aufl., Zürich 2014, N. 397a). Das Mass an Sanierungschancen, welches vorhanden sein muss, damit nicht von offensichtlich fehlenden Sanierungsaussichten auszugehen ist, liegt im Ermessen des Nachlassgerichts. Zur Beurteilung dienen die Unterlagen, welche der Gesuchsteller gemäss Art. 293 lit. a SchKG einzureichen hat. Diese sollen dem Nachlassgericht erlauben, sich unter dem Aspekt der offensichtlich fehlenden Sanierungsaussichten eine Meinung zu bilden. Dabei reicht es aus, wenn der Schuldner aufzeigt, dass realistisch mit gewissen Sanierungschancen gerechnet werden kann, selbst wenn die Wahrscheinlichkeit, dass eine Sanierung gelingt, deutlich geringer ist als die Wahrscheinlichkeit ihres Scheiterns. Es muss gerechtfertigt erscheinen, das Bestehen von Sanierungschancen während der provisorischen Stundung durch einen Sachwalter näher abklären zu lassen (vgl. KUKO SchKG-*Hunkeler*, a.a.O., Art. 293 N. 18 ff. und N. 26).

3.5. Die vorinstanzlichen Erwägungen präsentiert sich als nicht stringent bzw. widersprüchlich, indem sie sich einerseits auf die von der Beschwerdeführerin eingereichte Bilanz abstützten, diese andererseits jedoch als lediglich "provisorisch" erkennen und zudem festgehalten wurde, dass keine der gemäss Art. 293 lit. a SchKG verlangten Unterlagen eingereicht worden seien. Liegen die Unterlagen, aus denen die derzeitige und künftige Vermögens-, Ertrags- oder Einkommenslage des Schuldners hervorgeht, – wie von der Vorinstanz selber festgestellt – nicht vor, so fehlt es an der Grundlage für einen Entscheid, insbesondere für einen solchen über die Konkurseröffnung gestützt auf Art. 293a Abs. 3 SchKG. Im summarischen Verfahren der Nachlassstundung gilt der Untersuchungsgrundsatz (Art. 251 Abs. 1 lit. a ZPO i.V.m. Art. 248 ff. ZPO und insbes. i.V.m. Art. 255 Abs. 1 lit. a ZPO). Das Nachlassgericht hat den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen, es kann die Verfahrensbeteiligten (v.a. den Schuldner) zur Mitwir-

kung anhalten. Art. 293a Abs. 1 SchKG sieht zwar eine unverzügliche Entscheidung über die provisorische Nachlassstundung vor, schliesst die Ansetzung einer allfälligen Nachfrist zur gehörigen Begründung und Dokumentation des Gesuchs, insbesondere zum Nachweis der Vermögenslage, jedoch nicht aus (vgl. KUKO SchKG-*Hunkeler*, a.a.O., Art. 293a N. 11; siehe auch *Kren Kostkiewicz*, a.a.O., § 11 N. 1650). Der Beschwerdeführerin ist daher darin zuzustimmen, dass ihr die Vorinstanz eine (kurze) Nachfrist zur Nachreichung der Unterlagen hätte ansetzen müssen. Die Beschwerde ist insofern gutzuheissen.

3.6.1. Gemäss Art. 327 Abs. 3 ZPO hat die Beschwerdeinstanz, soweit sie eine Beschwerde gutheisst, die Möglichkeit, den vorinstanzlichen Entscheid aufzuheben und selber neu zu entscheiden oder aber die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen. Vorliegend wurde der Sachverhalt infolge unterlassener Ansetzung einer Nachfrist zur gehörigen Begründung resp. Einreichung der gemäss Art. 293 lit. a SchKG geforderten Belege nicht hinreichend durch die Vorinstanz abgeklärt. Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass die Beschwerdeführerin – entgegen den vorinstanzlichen Feststellungen – die Äusserung, sämtliche Gläubiger könnten ihre Debitoren als Verluste verbuchen, nicht als Sanierungsplan angab. Es handelte sich dabei lediglich um eine von der Beschwerdeführerin geäusserte, befürchtete Konsequenz, sollte über sie der Konkurs eröffnet werden. Im Gesuch vom 20. September 2016 gab die Beschwerdeführerin an, ihre Schulden aus eigener Kraft mit dem ihrem Gesuch angefügten Sanierungsplan langfristig tilgen zu können. Den eingereichten Sanierungsplan würdigte die Vorinstanz nicht, womit sie zudem einen Teil des Gesuchs unbehandelt gelassen hat. Die von der Beschwerdeführerin in der Beschwerde vorgetragene neuen Tatsachenbehauptungen und die von ihr neu eingereichten Urkunden können aufgrund des Novenverbots im Beschwerdeverfahren keine Berücksichtigung finden. Sie werfen ferner einige weitere (zu klärende) Fragen auf: So bezeichnete die Beschwerdeführerin die Darstellung ihrer Finanzlage im Gesuch vom 20. September 2016 zwar als provisorisch bzw. sinngemäss als unvollständig, jedoch fällt auf, dass diese ganz erheblich von der nunmehr im Beschwerdeverfahren aufgezeigten finanziellen Situation abweicht. Wäre auf Letztere abzustellen, müsste das Gesuch um Nachlassstundung allenfalls als verfrüht bzw. unnötig angesehen werden. In ihrer Be-

schwerde bezeichnet sich die Beschwerdeführerin sodann als nicht resp. in keiner Weise sanierungsbedürftig. Weiter erklärt die Beschwerdeführerin, aus dem Betreibungsregisterauszug, gemäss welchem offene Beteiligungen über Fr. 52'442.85 bestehen, ergebe sich nicht der effektive Schuldenstand. Wie hoch der effektive Schuldenstand ist, liess die Beschwerdeführerin aber offen.

3.6.2. Aus all den vorgenannten Gründen erscheint es daher sachgerecht, das Urteil des Nachlassgerichtes des Bezirksgerichtes [...] vom 27. September 2016, mit welchem das Gesuch um Bewilligung der Nachlassstundung abgewiesen und über die Beschwerdeführerin der Konkurs eröffnet wurde, aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen. Diese wird der Beschwerdeführerin eine kurze Nachfrist zur Ergänzung ihres Gesuchs sowie Belegeinreichung anzusetzen und alsdann erneut über die Bewilligung der provisorischen Nachlassstundung zu befinden haben. An dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass eine falsche Darstellung der Vermögenslage (beispielsweise durch eine falsche Buchführung oder Bilanz) zur Strafbarkeit führen kann (vgl. etwa Art. 170 StGB bedroht mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe, Art. 251 StGB bzw. Art. 146 StGB mit noch höherer Strafandrohung). Die Vorinstanz kann die Bewilligung der provisorischen Stundung von der Leistung eines Kostenvorschusses (Gerichtskosten Art. 54 GebV SchKG, Honorar des provisorischen Sachwalters Art. 55 Abs. 1 GebV SchKG) abhängig machen (Botschaft BBI 2010 6455 ff., 6480).

Anzumerken ist, dass der vorliegende Fall ein Problem bei der Anwendung des neuen Nachlassverfahrensrechts – unverzügliche Konkursöffnung, wenn die provisorische Nachlassstundung nicht erteilt werden kann (Art. 293a Abs. 3 SchKG) – aufzeigt. Fehlen genügend Unterlagen zur Beurteilung des Gesuchs, sollte nicht gestützt auf ein unvollständiges Bild über die finanziellen Verhältnisse ohne weiteres der Konkurs eröffnet werden. Das neue Nachlassrecht bezweckt, Sanierungen frühzeitig anzugehen (Botschaft BBI 2010, 6479). Kontraproduktiv wäre es, wenn ein Gesuchsteller wegen eines unvollständigen Gesuches riskieren würde, nicht nur keine provisorische Nachlassstundung zu erhalten, sondern gleichzeitig in den Konkurs getrieben zu werden. Überzeugend ist daher die Ansicht von *Karl Spühler/Annette Dolge* (Schuldbetreibungs- und Konkursrecht II,

6. Aufl., Zürich 2014, N. 393), welche sich dafür aussprechen, bei ungenützter Nachreichung von Gesuchunterlagen auf das Gesuch nicht einzutreten und den Konkurs folgerichtig nicht zu eröffnen. Anders dürfte es gegebenenfalls dort sein, wo das Konkurseröffnungsverfahren gemäss Art. 173a SchKG bereits pendent ist."

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer
Urteil vom 21. November 2016
Geschäfts-Nr. PS160185-O/U
(Mitgeteilt von lic. iur. K. Würsch)