

BGer 5A 556/2021 vom 20. September 2022

Bundesgericht, 2022-09-20, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_556_2021

FR: TF 5A 556/2021 du 20 septembre 2022

IT: TF 5A 556/2021 del 20 settembre 2022

Regeste

Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung | Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

Erwägungen

E. 1.1

Angefochten ist einerseits ein Entscheid über die Abweisung eines Gesuchs um provisorische Nachlassstundung und andererseits ein Entscheid über die Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung. Dabei handelt es sich um Endentscheide (Art. 90 BGG ; vgl. Urteil 5A_866/2015 vom 2. Mai 2016 E. 1.1 mit Hinweis, nicht publ. in: BGE 142 III 364) einer kantonalen Rechtsmittelinstanz in Schuldbetreibungs- und Konkursachen, welche der Beschwerde in Zivilsachen unterliegen (Art. 72 Abs. 2 lit. a BGG). Die Beschwerde gegen Entscheide des Konkurs- bzw. des Nachlassgerichts ist an keinen Streitwert gebunden (Art. 74 Abs. 2 lit. d BGG).

E. 1.2

Die Konkurseröffnung ist keine provisorische Massnahme gemäss Art. 98 BGG . Der Entscheid, mit welchem das Gericht die provisorische Nachlassstundung nicht gewährt und von Amtes wegen den Konkurs eröffnet (Art. 293a Abs. 3 SchKG), ist ebenso wenig eine provisorische Massnahme im Sinne von Art. 98 BGG wie die Konkurseröffnung zufolge Widerrufs der provisorischen Stundung oder zufolge Nichtbewilligung der definitiven Stundung (BGE 142 III 364 E. 2.3; Urteile 5A_827/2019 vom 18. März 2021 E. 1.2, nicht publ. in: BGE 147 III 226 ; 5A_495/2016 vom 11. November 2016 E. 1.2). Mit vorliegender Beschwerde kann daher insbesondere die Verletzung von Bundesrecht gerügt werden (Art. 95 lit. a BGG).

E. 1.3

Das Bundesgericht wendet das Recht grundsätzlich von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG) und urteilt mit freier Kognition. Es ist allerdings nicht gehalten, wie ein erstinstanzliches Gericht alle sich stellenden rechtlichen Fragen von sich aus zu untersuchen, wenn der Beschwerdeführer diese nicht mehr thematisiert (BGE 142 III 364 E. 2.4 mit Hinweisen). Deshalb ist in der Beschwerde in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt (Art. 42 Abs. 2 BGG ; BGE 140 III 86 E. 2 mit Hinweisen). Die beschwerdeführende Partei muss auf den angefochtenen Entscheid eingehen und aufzeigen, worin eine Verletzung von Bundesrecht liegt; sie soll im Schriftsatz mit ihrer Kritik an den Erwägungen der Vorinstanz ansetzen, die sie als rechtsfehlerhaft erachtet (BGE 140 III 115 E. 2; 121 III 397 E. 2a). Allgemein gehaltene Einwände, die ohne aufgezeigten oder erkennbaren Zusammenhang mit bestimmten Entscheidungsgründen vorgebracht werden, genügen nicht. Für Vorbringen betreffend die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gilt ausserdem das strenge Rügeprinzip (Art. 106

Abs. 2 BGG ; BGE 143 II 283 E. 1.2.2 mit Hinweis; 133 II 249 E. 1.4.2).

E. 1.4

Was den Sachverhalt angeht, legt das Bundesgericht seinem Urteil die vorinstanzlichen Feststellungen zugrunde (Art. 105 Abs. 1 BGG). Diesbezüglich kann die rechtsuchende Partei nur vorbringen, die vorinstanzlichen Feststellungen seien offensichtlich unrichtig (Art. 97 Abs. 1 BGG), das heisst willkürlich (vgl. BGE 140 III 264 E. 2.3; 135 III 127 E. 1.5 mit Hinweis), oder würden auf einer anderen Rechtsverletzung im Sinn von Art. 95 BGG (z.B. Art. 29 Abs. 2 BV oder Art. 8 ZGB) beruhen (Urteil 5A_1043/2021 vom 27. Juni 2022 E. 2.3). Überdies ist darzutun, inwiefern die Behebung der gerügten Mängel für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 BGG ; BGE 135 I 19 E. 2.2.2).

E. 2

Der Beschwerdeführer ersucht darum, beide Beschwerden in einem Urteil zu behandeln. Zwar sind an den Verfahren 5A_556/2021 und 5A_557/2021 nicht dieselben Parteien beteiligt. Die Verfahren weisen jedoch einen engen sachlichen Zusammenhang auf. Die einheitliche Beurteilung der Abweisung des Gesuchs um provisorische Nachlassstundung und der Konkursöffnung rechtfertigt mit Blick auf die Beschwerdegegenstände eine Vereinigung der Verfahren (Art. 71 BGG i.V.m. Art. 24 BZP). Mit der Vereinigung der Verfahren wird der Antrag des Beschwerdeführers um Sistierung des Verfahrens 5A_556/2021 gegenstandslos.

E. 3

Zur Kompetenzverteilung zwischen Konkursgericht und Nachlassgericht hält Art. 173a Abs. 1 SchKG fest, dass das Gericht den Entscheid über den Konkurs aussetzen kann, wenn der Schuldner oder ein Gläubiger ein Gesuch um Nachlassstundung oder um Notstundung eingereicht hat. Seit der Revision des Sanierungsrechts per 1. Januar 2014 sieht Art. 293a Abs. 3 SchKG vor, dass das Nachlassgericht von Amtes wegen den Konkurs eröffnet, wenn offensichtlich keine Aussicht auf Sanierung oder Bestätigung eines Nachlassvertrages besteht. Eine Rücküberweisung der Akten durch das Nachlassgericht an das Konkursgericht findet nicht mehr statt (Botschaft vom 8. September 2010 zur Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs [Sanierungsrecht], BBl 2010, 6471 Ziff. 2.3; HUNKELER, in: Kurzkomentar SchKG, 2. Aufl. 2014, N. 6 zu Art. 293a SchKG). Die Sistierung gemäss Art. 173a Abs. 1 SchKG ist trotz der "Kann-Formulierung" nicht ins freie Ermessen des Konkursgerichts gestellt; das Stundungsgesuch ist grundsätzlich zu berücksichtigen, es sei denn, es sei missbräuchlich, diene offensichtlich Verzögerungszwecken oder erweist sich ohne weiteres als aussichtslos (Urteil 5A_268/2010 vom 30. April 2010 E. 3.2; GIROUD/THEUS SIMONI, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl. 2021, N. 6 zu Art. 173a SchKG ; STAUBER/TALBOT, Die Praxis des Nachlassgerichts Zürich zum revidierten Sanierungsrecht, AJP 2017, S. 880). Gewährt das Nachlassgericht die provisorische Nachlassstundung oder eröffnet es von Amtes wegen den Konkurs, ist das sistierte Konkursverfahren gemäss Art. 242 ZPO als gegenstandslos abzuschreiben (GIROUD/THEUS SIMONI, a.a.O., N. 11 zu Art. 173a SchKG ; STAUBER/TALBOT, a.a.O., S. 880). Das Konkursgericht entscheidet bei einem hängigen Gesuch um provisorische Nachlassstundung nur in wenigen Fällen materiell über das Konkursbegehren - bspw. bei Rückzug des Gesuchs um provisorische Nachlassstundung oder Nichteintreten

des Nachlassgerichts (GIROUD/ THEUS SIMONI, a.a.O., N. 11 zu Art. 173a SchKG ; TALBOT, in: Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs [SchKG], 4. Aufl. 2017, N. 6 zu Art. 173a SchKG).

E. 4

Zunächst ist die provisorische Nachlassstundung zu prüfen. Anlass zur Beschwerde gibt die Abweisung des Gesuchs um provisorische Nachlassstundung und die Begründung der Vorinstanz, gemäss Art. 293a Abs. 3 SchKG bestehe offensichtlich keine Aussicht auf eine Sanierung oder Bestätigung eines Nachlassvertrags.

E. 4.1

Bei der Prüfung der Sanierungsaussichten des Beschwerdeführers stellte die Vorinstanz auf seine finanziellen Verhältnisse ab. Er ist als Einzelunternehmer im Handelsregister eingetragen und bezweckt den Betrieb eines Hotels, Berghütte "C._____" mit Restaurant, Terrasse und Schneebar. Er ist Inhaber der D._____. GmbH, deren Anteile die einzig namhaften Vermögenswerte ausmachen. Die D._____. GmbH bezweckt das Führen von Restaurationsbetrieben. Sie ist Eigentümerin der Berghütte "C._____". Die Liegenschaft ist mit einem Grundpfand zur Sicherung eines Darlehens belastet, dessen Gläubigerin die E._____. AG ist. In einer Betreibung auf Grundpfandverwertung, die von der E._____. AG gegen die D._____. GmbH angehoben wurde, erteilte das Regionalgericht Prättigau/Davos im Mai 2019 provisorische Rechtsöffnung. Dagegen führte die D._____. GmbH Aberkennungsklage. Gegenstand dieser Klage sind namentlich Schadenersatzforderungen im Zusammenhang mit der Ausschlagung eines lukrativen Kaufangebots für die Liegenschaft "C._____", die die D._____. GmbH per umgekehrtem Durchgriff verrechnungsweise gegen die E._____. AG geltend machen will.

E. 4.2

Die Vorinstanz erwog, die Erstinstanz habe auf der Aktivseite der D._____. GmbH die im Aberkennungsverfahren geltend gemachten Schadenersatzforderungen von Fr. 1'450'000.-- bzw. Fr. 117'000.-- zu Recht unberücksichtigt gelassen. Diese Forderungen seien vom Ausgang des hängigen Verfahrens zwischen der D._____. GmbH und der E._____. AG abhängig. Der Beschwerdeführer lege nicht schlüssig dar, dass eine Aktivierung der umstrittenen Forderungen gerechtfertigt sei. Zudem sei unklar, ob vor Ablauf der maximalen Dauer einer provisorischen Nachlassstundung Klarheit über den Bestand der Forderungen eintreten werde. Auf der Passivseite der D._____. GmbH zeige der Beschwerdeführer nicht auf, weshalb neben der Hauptforderung die strittigen Darlehenszinsen in der Grössenordnung von Fr. 630'000.-- derart unwahrscheinlich seien, dass sie nicht wenigstens als Rückstellungen zu berücksichtigen wären. Unabhängig von der (im Einzelnen ebenfalls umstrittenen) Bezifferung der Grundpfandschuld und des erwarteten Verkaufspreises der Liegenschaft verblieben dem Beschwerdeführer ungedeckte Schulden von über Fr. 450'000.--. Somit sei offensichtlich, dass bei diesem Ausmass der Überschuldung keine Aussicht auf Sanierung bestehe, da der Beschwerdeführer auch selbst in absehbarer Zeit mit keinen grösseren Einnahmen aus der Geschäftstätigkeit rechne.

E. 4.3

Der Beschwerdeführer rügt neben einer Verletzung von Art. 293a SchKG eine willkürliche Sachverhaltsfeststellung bzw. -würdigung sowie eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, ohne diese Rügen hinreichend voneinander zu trennen. Soweit sich die Vorbringen des

Beschwerdeführers gegen die Umstände richten, die bei der Beurteilung der Aussicht auf Sanierung oder Bestätigung eines Nachlassvertrages in Betracht fallen, bzw. welches Mass die Vorinstanz dieser Beurteilung zugrunde legte, handelt es sich um Rechtsfragen, welche das Bundesgericht gemäss den Anforderungen in E. 1.3 überprüft (vgl. Urteil 5A_818/2019 vom 31. Januar 2020 E. 4.1). Für die Rügen der Verletzung des rechtlichen Gehörs gilt das strenge Rügeprinzip (vgl. E. 1.3 hievor). Richten sich die Vorbringen des Beschwerdeführers gegen die konkreten Umstände, aufgrund derer die Vorinstanz die fehlenden Sanierungsaussichten beurteilt hat, betreffen sie die Beweiswürdigung und damit Tatfragen, auf die das Bundesgericht nur unter den Voraussetzungen gemäss E. 1.4 hiervor zurückkommen kann (vgl. Urteil 5A_818/2019, a.a.O., E. 4.1).

E. 5

Der Beschwerdeführer bringt vor, die Vorinstanz habe der Prüfung der Aussichten auf Sanierung bzw. Bestätigung eines Nachlassvertrages gemäss Art. 293a Abs. 3 SchKG einen falschen Massstab zugrunde gelegt.

E. 5.1

Durch die Revision des Sanierungsrechts per 1. Januar 2014 wurde unter anderem der Zugang zur Nachlassstundung und zum Nachlassvertrag erleichtert (BGE 147 III 226 E. 3.1.3; Botschaft, a.a.O., 6480 Ziff. 2.7). Insbesondere ist nach Einleitung des Nachlassverfahrens immer zunächst eine provisorische und dann erst eine definitive Nachlassstundung zu prüfen (BGE 147 III 226 E. 3.1.3 m.w.H.). Während für die definitive Stundung "Aussicht auf Sanierung oder Bestätigung eines Nachlassvertrages" erforderlich ist (Art. 294 Abs. 1 und 2 SchKG), d.h. ein Gelingen der Sanierung erwartet werden darf bzw. ein Nachlassvertrag realistische Chancen hat, ist die provisorische Stundung einzig zu verweigern, wenn "offensichtlich keine Aussicht" auf Sanierung oder Bestätigung eines Nachlassvertrages besteht (Art. 293a Abs. 3 SchKG ; BGE 147 III 226 E. 3.1.3 m.w.H.). An die Bewilligung der provisorischen Stundung sind keine hohen Anforderungen zu stellen (Botschaft, a.a.O., 6480 Ziff. 2.7). Sie ist zu bewilligen, sofern nicht von Beginn an klar erkennbar ist, dass keine Aussichten auf eine Sanierung oder Bestätigung eines Nachlassvertrages bestehen (BGE 147 III 226 E. 3.1.3; Urteil 5A_495/2016, a.a.O., E. 3.1; je mit Hinweisen). Nur in aussichtslosen bzw. hoffnungslosen Fällen soll das Nachlassgericht keine provisorische Stundung bewilligen, wobei zur Beurteilung ein Ermessen besteht (BGE 147 III 226 E. 3.1.3 f.; HUNKELER, a.a.O., N. 20 f. zu Art. 293 SchKG ; JEANDIN, Les nouveautés du droit de l'assainissement, in: Gesellschaftsrecht und Notar/La société au fil du temps, 2016, S. 326).

E. 5.2.1

Der Beschwerdeführer bringt in grundsätzlicher Hinsicht vor, es reiche nicht aus, wenn sich die Vorinstanz mit theoretischen Ausführungen und entsprechenden Literaturhinweisen den hohen Anforderungen an die offensichtliche Aussichtslosigkeit einer Sanierung bewusst zu sein glaubt, diesen Massstab in der Entscheidungsfindung dann jedoch zu streng ansetzt. Dies zeige sich in der vorinstanzlichen Wortwahl der Begründung. So beurteile die Vorinstanz die umstrittenen Aktiv- und Passivposten mit Worten wie "offen, offenbar, möglich, nicht zwingend oder nicht ausgeschlossen". Diese Wortwahl sei unvereinbar mit dem in Art. 293a Abs. 3 SchKG verankerten Massstab. Wenn die Vorinstanz davon ausgehe, dass der Bestand der vom Beschwerdeführer behaupteten Aktiven "offen" sei und ihm entgegenhalte, die von ihm bestrittenen Schulden seien "nicht ausgeschlossen", heisse dies

nichts anderes, als dass die Forderungen Bestand haben könnten, die Schulden nicht geschuldet seien und damit hinreichend Aussicht auf Sanierung bzw. Bestätigung eines Nachlassvertrages bestehe.

E. 5.2.2

Diese Vorbringen dringen nicht durch. Der Beschwerdeführer weist zwar zutreffend darauf hin, dass mit der Revision des Sanierungsrechts die vormals in Art. 293 SchKG vorgesehene "kann-Formulierung" gestrichen wurde. Dies ändert aber nichts daran, dass auch unter geltendem Recht bei der Beurteilung der Sanierungsaussichten bzw. dem offensichtlichen Fehlen solcher Aussichten das Nachlassgericht eine Gesamtwürdigung der aktuellen bzw. zukünftigen finanziellen Lage des Schuldners vorzunehmen hat. Aus den bei der Würdigung der einzelnen Aspekte der finanziellen Lage gewählten milden Worte kann der Beschwerdeführer nichts zu seinen Gunsten ableiten. Die Wortwahl ist Ausdruck der Ausübung des dem Nachlassgericht zugewiesenen Ermessens unter Berücksichtigung einer gewissen Zurückhaltung in der Prognose über die noch ausstehende materielle Beurteilung der Forderungen im hängigen Aberkennungsverfahren. Eine Überschreitung des Ermessensrahmens ist darin nicht zu erblicken. Das Ergebnis der vorinstanzlichen Gesamtwürdigung liegt innerhalb des durch Art. 293a Abs. 3 SchKG abgesteckten Rahmens; die Vorinstanz erachtete die finanzielle Lage des Beschwerdeführers als hoffnungs- bzw. aussichtslos.

E. 5.3.1

Der Beschwerdeführer trägt vor, die Vorinstanz habe den Prüfungsmassstab gemäss Art. 293a Abs. 3 SchKG überspannt, indem sie der Frage nachging, ob die noch nicht gerichtlich beurteilten Schadenersatzansprüche gemäss Vorsichtsprinzip hätten aktiviert werden dürfen. Vom Beschwerdeführer würde abverlangt, die Zulässigkeit der Aktivierung der Forderung im Gesuch um provisorische Nachlassstundung beweisen zu müssen, bevor die hängigen Gerichtsverfahren abgeschlossen seien. Dies laufe darauf hinaus, dass laufende Verfahren, die potentiell zu einer entscheidenden Verbesserung der Vermögenslage beitragen könnten, im Rahmen eines Gesuchs um provisorische Nachlassstundung nie berücksichtigt werden dürften. Die Frage der Aktivierung sei nicht entscheidend, da für das Nachlassgericht nur das offensichtliche Fehlen von Sanierungsaussichten ins Gewicht fallen könnte.

E. 5.3.2

Diese Vorbringen des Beschwerdeführers schlagen fehl. Der Schuldner hat gemäss Art. 293 lit. a SchKG seinem Gesuch um provisorische Nachlassstundung Unterlagen beizulegen, aus denen seine derzeitige und künftige Vermögens-, Ertrags- oder Einkommenslage ersichtlich ist. Zwar müssen Bilanz und Erfolgsrechnung nicht revidiert worden sein (Botschaft, a.a.O., 6479, Ziff. 2.7), trotzdem kann sich das Nachlassgericht bei der Beurteilung der Unterlagen nach den Grundsätzen des Rechnungslegungsrechts richten (vgl. STAUBER/TALBOT, a.a.O., S. 876). Die Unterlagen sollen dem Nachlassgericht erlauben, sich unter dem Aspekt der offensichtlich fehlenden Sanierungsaussichten eine Meinung zu bilden (HUNKELER, a.a.O., N. 26 zu Art. 293 SchKG). Eine Überschreitung ihres Prüfungsmassstabes kann der Vorinstanz demnach nicht vorgeworfen werden, wenn sie die Plausibilität der eingereichten Unterlagen - namentlich die "pro forma Bilanz" der D._____ GmbH - an den wesentlichen Grundsätzen der Rechnungslegung misst. Dabei hat die Vorinstanz im Rahmen ihrer Prüfungscompetenz zu Recht die Frage gestellt, wie

zuverlässig die Bilanz erscheint, ob Verbindlichkeiten übersehen wurden und ob die Vermögenswerte als überbewertet erscheinen (vgl. Urteil 5A_546/2017 vom 6. Oktober 2017 E. 3.2). Entgegen der Annahme des Beschwerdeführers kann nicht unbesehen auf die vom Gesuchsteller aufgestellte Prognose bzw. die eigene Beurteilung seiner finanziellen Lage abgestellt werden, würde dies doch zu einem beinahe bedingungslosen Anspruch auf Gewährung der provisorischen Nachlassstundung führen, den auch die Revision des Sanierungsrechts nicht geschaffen hat und Art. 293a Abs. 3 SchKG widerspricht.

E. 5.4.1

In zeitlicher Hinsicht moniert der Beschwerdeführer, die Vorinstanz habe zu Unrecht auf den Abschluss des Aberkennungsverfahrens (inkl. Rechtsmittelverfahren) während der Dauer der provisorischen Nachlassstundung abgestellt. Dies sei nicht erforderlich, da während der provisorischen Stundung sich lediglich ergeben muss, dass Aussicht auf Sanierung oder Bestätigung eines Nachlassvertrages besteht. Es sei ohne weiteres möglich, während der Dauer der provisorischen Stundung Verhandlungen mit Gläubigern aufzunehmen und diese in ein Stadium voranzutreiben, welches die Bewilligung einer definitiven Stundung angezeigt erscheinen liesse. Dies, zumal "der ökonomische Sachverstand den Gläubigern des Beschwerdeführers schon aus heutiger Sicht voraussichtlich gebieten wird, in der vorliegenden Situation einem Nachlassvertrag zuzustimmen", da sie vor der Wahl stünden, entweder kurzfristig im Rahmen eines Konkursverfahrens auch noch ihre übrigen Forderungen endgültig abschreiben zu müssen oder mittelfristig intakte Chancen bestehen würden, alle ihre Forderungen voll gedeckt zu erhalten. Es bestehe kein Zusammenhang zwischen der Dauer des Aberkennungsverfahrens und der Möglichkeit, die provisorische Nachlassstundung zu bewilligen.

E. 5.4.2

Der Beschwerdeführer wiederholt vor Bundesgericht seine bereits vorinstanzlich vorgetragenen Einwände. Er stellt in seiner Begründung pauschal auf die Interessenlage seiner Gläubiger ab und geht von der Möglichkeit eines Abschlusses eines Nachlassvertrages aus, noch bevor das Aberkennungsverfahren rechtskräftig abgeschlossen ist. Diese Möglichkeit konkretisiert der Beschwerdeführer nicht weiter und erläutert nicht, inwiefern der Abschluss eines Nachlassvertrags realistisch erscheint, solange die Pfandfreigabe und damit der Verkauf der Liegenschaft "C. _____" als zentraler Vermögenswert durch das hängige Aberkennungsverfahren blockiert wird. Diesen Zusammenhang hat bereits die Erstinstanz hergestellt. Folglich ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz mangels konkreter Auseinandersetzung mit der zeitlichen Prognose die erstinstanzliche Begründung stützte, ohne im Einzelnen auf die (pauschalen) Vorbringen des Beschwerdeführers einzugehen.

E. 5.4.3

Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, wie sie der Beschwerdeführer im Zusammenhang mit der zeitlichen Komponente rügt, ist nicht auszumachen. Der angefochtene Entscheid ist im wesentlichen Punkt hinreichend begründet. Es ist klar zu erkennen, dass die Vorinstanz die Begründung des Beschwerdeführers als ungenügend erachtete. Die Urteilsbegründung der Vorinstanz ermöglichte es dem Beschwerdeführer, sich über dessen Tragweite Rechenschaft zu geben und das Urteil in voller Kenntnis der Sache beim Bundesgericht anzufechten. Damit ist der verfassungsrechtlichen Begründungspflicht Genüge getan (vgl. BGE 146 II 335 E. 5.1; 145 III 324 E. 6.1; 143 III 65 E. 5.2).

E. 6

Der Beschwerdeführer rügt die Feststellung bzw. Würdigung der konkreten Umstände, aufgrund derer die Vorinstanz die Sanierungsaussichten verneint hat.

E. 6.1.1

Der Beschwerdeführer bringt vor, die Vorinstanz könne nicht ohne in Willkür zu verfallen die im Aberkennungsverfahren geltend gemachten Forderungen als offen und die bestrittenen Verbindlichkeiten als nicht ausgeschlossen beurteilen, daraus aber auf eine offensichtlich fehlende Aussicht auf Sanierung oder Bestätigung eines Nachlassvertrages schliessen. Ganz grundsätzlich moniert der Beschwerdeführer, die Vorinstanz habe sich einzig auf "Mutmassungen" der Erstinstanz über den Ausgang und die Dauer des von der D._____ GmbH geführten Aberkennungsverfahrens abgestützt und dabei auch den Folgen der Abweisung des Gesuchs um provisorische Nachlassstundung nicht Rechnung getragen.

E. 6.1.2

Der Beschwerdeführer zeigt mit seinen Vorbringen zwar auf, wie die Gesamtwürdigung seiner finanziellen Situation zu seinen Gunsten ausfallen könnte. Er stützt sich auf die Hoffnung, dass die von ihm gehaltene D._____ GmbH im Aberkennungsverfahren mit den geltend gemachten Schadenersatzforderungen durchdringen werde, dass sie auf dem aufgenommenen Darlehen keine Darlehenszinsen zu entrichten habe, dass sie die Liegenschaft "C._____" zu einem möglichst hohen Preis verkaufen könne, fruchtbare Verhandlungen mit seinen Gläubigern geführt und deren Forderungen letztlich vollumfänglich gedeckt werden könnten. Die gegenteiligen Feststellungen der Vorinstanz zur finanziellen Lage zerschlugen diese Hoffnungen des Beschwerdeführers. Dass die von der Vorinstanz festgestellte finanzielle Lage nicht mit der eigenen Darstellung des Beschwerdeführers übereinstimmen, belegt jedoch noch keine Willkür (vgl. BGE 142 II 433 E. 4.4).

E. 6.2

Der Beschwerdeführer wendet sich konkret gegen die Feststellung zu den Verbindlichkeiten der D._____ GmbH und rügt, die Vorinstanz habe ein wichtiges und entscheidungswesentliches Beweismittel unberücksichtigt gelassen.

E. 6.2.1

Die Erstinstanz berücksichtigte auf der Passivseite der Bilanz der D._____ GmbH neben der Grundpfandschuld von Fr. 1'350'000.--, drei Zinspositionen in der Höhe von Fr. 337'500.--, Fr. 270'185.-- und Fr. 27'019.--, somit Zinsen in der Grössenordnung von Fr. 630'000.--. Sie führte aus, zu den Verbindlichkeiten der D._____ GmbH gegenüber der E._____ AG gehörten nicht nur die Grundpfandschulden, sondern all jene Schulden, welche die E._____ AG gegen die D._____ GmbH in Betreuung gesetzt habe. Die Vorinstanz stützte diese Begründung und führte aus, die Erstinstanz habe die Verbindlichkeiten als derart wahrscheinlich beurteilt, dass sie die Bildung von Rückstellungen erforderten. Der blosser Hinweis des Beschwerdeführers, die E._____ AG habe versucht, kumulativ Darlehens- und Verzugszinsen geltend zu machen, genüge mit Blick auf Art. 828 Abs. 1 Ziff. 2 und 3 ZGB nicht, dies zu entkräften. Auch der Umstand, dass die Erstinstanz im Rechtsöffnungsverfahren für lediglich Fr. 1'340'288.15 Rechtsöffnung erteilt haben soll, impliziere nicht, dass keine Mehrforderungen geschuldet

sein können. Die Erstinstanz verhalte sich nicht widersprüchlich, wenn sie im Verfahren um provisorische Nachlassstundung die Zinsen im Umfang von rund Fr. 630'000.-- berücksichtigte, obschon sie für diese Forderungen keine provisorische Rechtsöffnung erteilte.

E. 6.2.2

Der Beschwerdeführer wendet dagegen ein, die Vorinstanz hätte es als willkürlich erachten müssen, dass die Erstinstanz die Darlehenszinsen bei der Darstellung der Vermögenssituation der D. _____ GmbH bzw. des Beschwerdeführers berücksichtigte. Es sei offensichtlich unrichtig, wenn die Erstinstanz in ihrem Entscheid betreffend die provisorische Nachlassstundung von ihren eigenen Erkenntnissen aus dem Rechtsöffnungsverfahren abweicht und zu Ungunsten des Beschwerdeführers annimmt, die Zinsen seien zu berücksichtigen. Neben erfolgten Tilgungszahlungen würde aus der (rechtlichen) Begründung des Rechtsöffnungsentscheids klar hervorgehen, dass der gesetzliche Verzugszins den vertraglich geschuldeten Zins nach Fälligkeit abgelöst habe und es unzulässig gewesen sei, vor Anhebung der Betreuung Verzugszins auch auf verfallene vertragliche Zinsforderungen zu erheben. Würde auf die Erkenntnisse des Rechtsöffnungsverfahrens abgestellt, so seien die Zinspositionen im Umfang von Fr. 337'500.-- und Fr. 270'185.-- nicht zu berücksichtigen und die offene Zinsschuld beliefe sich lediglich auf Fr. 27'019.--. Unter Berücksichtigung eines Verkaufserlöses für die Liegenschaft von Fr. 2'000'000.-- bzw. Fr. 2'135'000.-- könnten die Schulden des Beschwerdeführers von Fr. 692'000.-- weitestgehend bzw. vollumfänglich gedeckt werden.

E. 6.2.3

Mit diesen Vorbringen überschätzt der Beschwerdeführer die Relevanz des Rechtsöffnungsentscheids für die Beurteilung seiner finanziellen Verhältnisse im Rahmen des Nachlassverfahrens. Im Rechtsöffnungsverfahren befindet das Gericht einzig darüber, ob ein für die Rechtsöffnung genügender Titel (Art. 80 bzw. 82 Abs. 1 SchKG) vorliegt und die Betreuung fortgesetzt werden kann (BGE 148 III 30 E. 2.2; 136 III 566 E. 3.3, 583, E. 2.3). Zwar ist es auch nicht am Nachlassgericht, im Rahmen der Prüfung der Aussichten auf Sanierung über den Bestand von umstrittenen Forderungen materiell zu befinden. Im Gegensatz zum Rechtsöffnungsgericht hat es jedoch eine Gesamtwürdigung mit spezifischer Ausrichtung vorzunehmen. Der Rechtsöffnungsentscheid und die (rechtliche) Begründung des Rechtsöffnungsgerichts bindet das Nachlassgericht in dieser Gesamtwürdigung der finanziellen Verhältnisse nicht. Die Vorinstanz hat auf die Unterschiede dieser beiden Verfahren hingewiesen. Sie hat es zu Recht als nicht willkürlich erachtet, dass das Nachlassgericht die in Betreuung gesetzten Darlehenszinsen auf der Passivseite berücksichtigte, auch wenn es zuvor als Rechtsöffnungsgericht für diese keine Rechtsöffnung erteilte.

E. 6.3

Der Beschwerdeführer moniert hinsichtlich der Verbindlichkeiten der D. _____ GmbH eine Verletzung seines Rechts auf Beweis (Art. 152 Abs. 1 ZPO) sowie eine Verletzung der Begründungspflicht als Teilgehalte des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 53 Abs. 1 ZPO , Art. 29 Abs. 2 BV , Art. 6 Ziff. 1 EMRK).

E. 6.3.1

Soweit der Beschwerdeführer der Vorinstanz vorwirft, den zum Beweis offerierten Rechtsöffnungsentscheid nicht aus den erstinstanzlichen Akten beigezogen zu haben, läuft

seine Gehörsrüge ins Leere. Nach dem Dargelegten ist der Rechtsöffnungsentscheid nicht tauglich, den Nichtbestand der in Betreuung gesetzten Darlehenszinsen zu erstellen. Es ist deshalb nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz losgelöst von ihrer Überzeugung hinsichtlich der Verwirklichung der damit zu erstellenden Tatsache bzw. einem offenem Beweisergebnis auf die Abnahme des als untauglich einzustufenden Beweismittels verzichtet hat (vgl. Urteile 5A_1028/2020 vom 16. Dezember 2021 E. 4.1; 4A_279/2020 vom 23. Februar 2021 E. 6.3).

E. 6.3.2

Soweit der Beschwerdeführer der Vorinstanz hinsichtlich der behaupteten Tilgungszahlungen eine Verletzung ihrer Begründungspflicht vorhält, ist seine Rüge ebenfalls unbegründet. Es ist zutreffend, dass der Beschwerdeführer diese Tilgungszahlungen in seiner Beschwerde vor Vorinstanz thematisierte und das angefochtene Urteil nicht in allen Einzelheiten darauf eingeht. Die Vorinstanz nahm in ihrer Begründung jedoch auf die im Rechtsöffnungsverfahren beurteilten Einwendungen gemäss Art. 82 Abs. 2 SchKG Bezug und begründete, weshalb die geltend gemachten Forderungen im Verfahren um provisorische Nachlassstundung dennoch zu berücksichtigen seien. Diese Begründung erlaubte dem Beschwerdeführer eine sachgerechte Anfechtung des Entscheids, sodass dem Begründungserfordernis auch in diesem Punkt Genüge getan ist. Die Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs ist unbegründet.

E. 7

Nach dem Dargelegten besteht kein Anlass, in das Ermessen der kantonalen Instanz einzugreifen, welche offensichtlich keine Aussicht auf Sanierung oder Bestätigung eines Nachlassvertrages erblickte und die Abweisung des Gesuchs um provisorische Nachlassstundung bestätigte.

E. 8.1

Anlass zur Beschwerde gegen die Konkursöffnung gibt vorweg die Frage, ob das Konkursgericht das Verfahren gemäss Art. 173a SchKG aufgrund des Gesuchs um provisorische Nachlassstundung hätte sistieren müssen. Beide Vorinstanzen hielten fest, das Gesuch um provisorische Nachlassstundung sei zu Recht abgewiesen worden, womit sich die Sistierung des Konkursverfahrens erübrigte. Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung von Art. 173a Abs. 1 SchKG. Die Vorinstanz habe das Konkursverfahren zumindest aussetzen müssen, bis ein rechtskräftiger Entscheid betreffend das Gesuch um provisorische Nachlassstundung vorgelegen hätte.

E. 8.2

Die Rügen des Beschwerdeführers zielen insofern ins Leere, als er sie unter der Prämisse vorbringt, die Vorinstanz habe das Gesuch um provisorische Nachlassstundung zu Unrecht abgewiesen. Was sein ins Recht gelegter Anspruch auf Sistierung betrifft, so ist offenkundig, dass beide Vorinstanzen die beiden Verfahren miteinander koordinierten und jeweils am gleichen Tag über das Gesuch um provisorische Nachlassstundung bzw. das Konkursbegehren urteilten. Der Umstand, dass die Erstinstanz das Konkursverfahren nicht formell sistierte, ändert nichts daran, dass sie das Gesuch um provisorische Nachlassstundung berücksichtigte; sie griff als Konkursgericht dem Entscheid über das Nachlassgesuch nicht vor. Der Beschwerdeführer vermag nicht aufzuzeigen, inwiefern in diesem Vorgehen eine Verletzung von Art. 173a Abs. 1 SchKG liegt. Es ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz vor dem Hintergrund der Koordination der Verfahren das

Sistierungsgesuch im Ergebnis als gegenstandslos erachtete.

E. 9

Strittig ist schliesslich die Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung gemäss Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG .

E. 9.1.1

Ein Gläubiger kann ohne vorgängige Betreuung vom Gericht die Konkurseröffnung gemäss Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG gegen einen der Konkursbetreuung unterliegenden Schuldner verlangen, wenn dieser seine Zahlungen eingestellt hat. Das Verfahren richtet sich nach Art. 194 SchKG : Der Gläubiger haftet als Gesuchsteller für die Kosten, die bis und mit der Einstellung des Konkurses mangels Aktiven oder bis zum Schuldenruf entstehen (Art. 169 Abs. 1 i.V.m. Art. 194 SchKG). Das Gericht kann von dem Gläubiger einen entsprechenden Kostenvorschuss verlangen (Art. 169 Abs. 1 i.V.m. Art. 194 SchKG).

E. 9.1.2

Der Konkurs wird gemäss Art. 192 SchKG ohne vorgängige Betreuung von Amtes wegen eröffnet, wenn es das Gesetz so vorsieht. Diese Bestimmung erfasst seit der Revision per 1. Januar 2014 namentlich die Konkurseröffnung bei offensichtlich fehlender Aussicht auf Sanierung oder Bestätigung eines Nachlassvertrages gemäss Art. 293a Abs. 3 SchKG (Botschaft, a.a.O., 6472, Ziff. 2.3). Die Konkurseröffnung vom Amtes wegen setzt gerade kein Konkursbegehren voraus. Insofern entfällt auch die Vorschusspflicht und die Haftung für die Konkurskosten (Art. 194 Abs. 1 SchKG ; vgl. Botschaft, a.a.O., 6486 Ziff. 2.8; LORANDI, Ein- und Ausstieg der Nachlassstundung nach neuem Recht, in: St. Galler SchKG-Tagung, 18. September 2014, S. 18).

E. 9.1.3

Gemäss Art. 293a Abs. 3 SchKG ist die offensichtlich fehlende Aussicht auf Sanierung oder Bestätigung eines Nachlassvertrages sowohl der Grund für die Ablehnung der provisorischen Nachlassstundung wie auch für die Eröffnung des Konkurses. Sofern das Gesuch nicht als verfrüht oder rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren ist, hat das Nachlassgericht keine Alternative zur Ablehnung des Gesuchs, als den Konkurs zu eröffnen (BGE 142 III 364 E. 2.3; Urteil 5A_950/2015 vom 29. September 2016 E. 8.2.1). Die Konkurseröffnung ist demnach die automatische und zwingende Folge der Ablehnung des Gesuchs um provisorische Nachlassstundung (GASSER, Neues Nachlassverfahren - praktische Konsequenzen für die Betreibungs- und Konkursämter, BLSchK 2014 S. 2; NEUENSCHWANDER, Premières expériences judiciaires du nouveau droit de l'assainissement, JdT 2016 II S. 22; LORANDI, a.a.O., S. 3). Die Nichtbewilligung der Nachlassstundung und die Konkurseröffnung erfolgen im gleichen Entscheid (vgl. BGE 142 III 364 E. 2.3; HUNKELER, a.a.O., N. 24 zu Art. 293a SchKG ; STAUBER/TALBOT, a.a.O., S. 882; NEUENSCHWANDER, a.a.O., S. 22).

E. 9.2.1

Das Gesuch des Beschwerdeführers um provisorische Nachlassstundung wurde im konkreten Fall wegen offensichtlich fehlender Aussicht auf Sanierung oder Bestätigung eines Nachlassvertrages abgewiesen. Die Erstinstanz hat daraufhin nicht als Nachlassgericht von Amtes wegen den Konkurs eröffnet. Stattdessen hat sie als Konkursgericht dem Konkursbegehren der Beschwerdegegnerin stattgegeben und den

Konkurs gestützt auf Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG eröffnet. Die Erstinstanz erachtete die Konkurseröffnung von Amtes wegen gemäss Art. 293a Abs. 3 SchKG als nicht zwingend. Die Vorinstanz hat sich nicht weiter mit diesem Vorgehen befasst.

E. 9.2.2

Das Vorgehen der Erstinstanz findet in Art. 293a Abs. 3 SchKG keine Stütze. Mit der Abweisung des Gesuchs um provisorische Nachlassstundung gemäss Art. 293a Abs. 3 SchKG waren alle Voraussetzungen für die Konkurseröffnung von Amtes wegen erfüllt. Das Vorgehen widerspricht der in Art. 293a Abs. 3 SchKG vorgesehenen grundsätzlichen Einheit von Abweisung des Gesuchs um provisorische Nachlassstundung und Konkurseröffnung. Eine Aufteilung von Abweisung und Konkurseröffnung hatte zwei in ihrer Grundlage unabhängige Rechtsmittelverfahren zur Folge, in denen eine einheitliche Beurteilung der Rechtsfolgen des Gesuchs um provisorische Nachlassstundung nicht sichergestellt ist. Dies birgt die Gefahr sich widersprechender Urteile, welcher auch durch eine Koordination der parallelen Verfahren nicht hinreichend begegnet werden kann. Das von der Erstinstanz gewählte Vorgehen steht dann auch mit Blick auf die Kostenfolgen Gläubigerinteressen entgegen, die der Gesetzgeber bei der Einführung der Konkurseröffnung von Amtes wegen zu stärken beabsichtigte (vgl. Botschaft, a.a.O., 6486 Ziff. 2.8).

E. 9.2.3

Die Erstinstanz hätte folglich als Nachlassgericht gemäss Art. 293a Abs. 3 SchKG mit der Abweisung des Gesuchs um provisorische Nachlassstundung von Amtes wegen und zwingend Konkurs über den Beschwerdeführer eröffnen und als Konkursgericht das Konkursverfahren als gegenstandslos abschreiben müssen (vgl. E. 3 hievor). Da die Erstinstanz wie ausgeführt um die Koordination der parallelen Verfahren bemüht war, wies sie gleichentags das Gesuch um provisorische Nachlassstundung ab und eröffnete im Konkursverfahren unter den Voraussetzungen von Art. 190 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG den Konkurs. Die Konkurseröffnung über den Beschwerdeführer am 16. März 2021 erfolgte demnach im Ergebnis, jedoch nicht in ihrer Grundlage zu Recht (vgl. BGE 136 III 247 E. 4 mit Hinweisen).

E. 9.3

Der Beschwerdeführer rügt in seiner Beschwerde gegen die Konkurseröffnung gemäss Art. 190 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG zum einen formelle Mängel im Gläubigerantrag. Zum anderen wendet er sich gegen die von der Vorinstanz der Konkurseröffnung zugrunde gelegten Zahlungseinstellung. Nach dem Dargelegten können diese Rügen die Konkurseröffnung im Ergebnis nicht umstossen. Weder setzt eine Konkurseröffnung nach Art. 293a Abs. 3 SchKG einen gültigen Gläubigerantrag voraus, noch muss näher darauf eingegangen werden, ob die Vorinstanz im Rahmen der Prüfung der Zahlungseinstellung zu Recht auf die fehlenden Sanierungsaussichten hinwies. Für die vorliegende Konstellation (Abweisung des Gesuchs um provisorische Nachlassstundung mangels hinreichender Sanierungsaussichten) ist die Konkurseröffnung gemäss 293a Abs. 3 SchKG unausweichlich.

E. 10

Beiden Beschwerden ist nach dem Gesagten kein Erfolg beschieden. Ausgangsgemäss trägt der Beschwerdeführer die Verfahrenskosten (Art. 66 Abs. 1 BGG). Den Beschwerdegegnerinnen ist kein entschädigungspflichtiger Aufwand entstanden.

Parteientschädigungen sind folglich nicht geschuldet (Art. 68 Abs. 1 BGG). Da vorliegend die Anordnung der aufschiebenden Wirkung auf das Verbot beschränkt worden ist, während der Dauer des bundesgerichtlichen Verfahrens weitere Vollstreckungshandlungen vorzunehmen, erübrigt sich die Festsetzung eines neuen Konkursdatums.

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