



Obergericht Appenzell Ausserrhoden

Einzelrichter

Das Bundesgericht hat diesen Entscheid mit Urteil 5A_169/2023 vom 12. Januar 2024 bestätigt.

Urteil vom 24. Februar 2023

Verfahren Nr. ERZ 22 64

Ort des Entscheids Trogen

Beschwerdeführerin **A. AG in Nachlassstundung**

vertreten durch: RA F., RA FF., RA FFF.

Gegenstand **Nachlassstundung, Konkursöffnung**
Beschwerde gegen die Verfügung des Einzelrichters des
Kantonsgerichts SV1 21 139 vom 14. November 2022

Rechtsbegehren der Beschwerdeführerin:

1. Es seien Dispositiv-Ziffern 1 und 3 der Verfügung des Einzelrichters des Kantonsgerichts Appenzell Ausserrhoden vom 14. November 2022 (Verfahren SV1 21 139) aufzuheben und die Nachlassstundung der Beschwerdeführerin um vier Monate, d.h. bis 12. März 2023, eventualiter aufgrund des vorliegenden Beschwerdeverfahrens um vier Monate ab Datum des rechtskräftigen Entscheides des Obergerichts Appenzell Ausserrhoden, zu verlängern.
2. Eventualiter seien Dispositiv-Ziffern 1 und 3 der Verfügung des Einzelrichters des Kantonsgerichts Appenzell Ausserrhoden vom 14. November 2022 (Verfahren SV1 21 139) aufzuheben und die Angelegenheit diesbezüglich zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen, unter Anordnung der Weitergeltung der Nachlassstundung bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Entscheids.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, inklusive MWST, zu Lasten der Staatskasse.

Sachverhalt

- A. Die D. AG wurde am 5. Januar 2011 im Handelsregister des Kantons Appenzell Ausserrhoden eingetragen. Sie bezweckt insbesondere das Erwerben, Halten und Veräussern von Beteiligungen. Präsident des Verwaltungsrates ist Dr. F., weiteres Mitglied des Verwaltungsrates ist Dr. G. Sie verfügen über Kollektivunterschrift zu zweien.

Zur D-Gruppe gehören rund 20 Gesellschaften, darunter die A. AG mit Sitz in V. Deren Zweck liegt hauptsächlich in der Erbringung von Entwicklungsarbeit und Dienstleistungen in der X-Industrie und im Y sowie den damit zusammenhängenden Kauf, Vermarktung und Verkauf von Produkten aller Art, namentlich von Produkten aus der X-Industrie. Einzelzeichnungsberechtigte Mitglieder des Verwaltungsrates sind wiederum die Dres. F. und G.

Revisionsstelle der A. AG war ab 1. Oktober 2020 die E. AG in H. Diese erstattete im Mai 2021 gestützt auf Art. 729c OR Anzeige wegen offensichtlicher Überschuldung. Mit Verfügung vom 12. Juli 2021 stellte der Einzelrichter des Kantonsgerichts Appenzell Ausserrhoden die Überschuldung der Gesellschaft fest, setzte den Entscheid über den Konkurs indessen aus und gewährte der A. AG für die Dauer von vier Monaten die provisorische Nachlassstundung. Am 11. November 2021 bewilligte der Einzelrichter die definitive Nachlassstundung für die Dauer von 6 Monaten. Am 11. Mai 2022 verlängerte der Einzelrichter die Stundung bis 12. November 2022.

Mit Schreiben vom 8. November 2022 stellten die definitiven Sachwalter den Antrag auf Widerruf der Nachlassstundung und auf Eröffnung des Konkurses. Am 11. November 2022 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Einzelrichter des Kantonsgerichts statt. Die

Organe der Beschwerdeführerin haben an Schranken die Verlängerung der Nachlassstundung verlangt. Am 14. November 2022 hat der Einzelrichter die Nachlassstundung widerrufen. Gleichzeitig wurde angeordnet, dass die definitive Nachlassstundung bis zur Vollstreckbarkeit der Verfügung fortgesetzt werde; ebenso blieben die Sachwalter bis dannzumal im Amt. Ausserdem wurde in der Verfügung festgehalten, dass im Fall der Vollstreckbarkeit der Verfügung über die A. AG der Konkurs eröffnet werde, wobei mittels separater Verfügung die dafür erforderlichen weiteren Vorkehrungen (Zeitpunkt der Konkurseröffnung, Publikation usw.) anzuordnen seien.

- B. Gegen den Entscheid vom 14. November 2022 liess die A. AG in Nachlassstundung am 19. Dezember 2022 Beschwerde erheben. Mit Verfügung vom 23. Dezember 2022 wurde die Vollstreckbarkeit des vorinstanzlichen Entscheids einstweilen aufgehoben und der Beschwerdeführerin, der Vorinstanz und den Sachwaltern Gelegenheit gegeben, zu mehreren vom Einzelrichter des Obergerichts aufgeworfenen Fragen Stellung zu nehmen. Die Vorinstanz hat auf eine Stellungnahme ausdrücklich verzichtet. Der Sachwalter hat sich am 12. Januar 2023 geäussert, die Beschwerdeführerin am 1. Februar 2023. Weitere Eingaben sind nicht erfolgt.

Erwägungen

1. a) Der Entscheid des Nachlassrichters über die Konkurseröffnung nach Art. 296b des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG, SR 281.1) kann mittels Beschwerde nach der Zivilprozessordnung (ZPO, SR 272) angefochten werden (Art. 319 lit. a i.V.m. Art. 309 lit. a Ziffer 7 ZPO; DANIEL HUNKELER, in: Daniel Hunkeler [Hrsg.], Kurzkommentar SchKG, 2. Aufl. 2014, N. 13 ff. zu Art. 296b SchKG; UMBACH-SPAHN/KESSELBACH, in: Kren Kostkiewicz/Vock [Hrsg.], Kommentar SchKG, 4. Aufl. 2017, N. 16 zu Art. 296b SchKG; BAUER/LUGINBÜHL, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, 3. Aufl. 2021, N. 14 zu Art. 296b SchKG). Beschwerdeinstanz ist der Einzelrichter des Obergerichts (Art. 25 lit. a i.V.m. Art. 14 Abs. 1 lit. c Justizgesetz, bGS 145.31; Art. 251 lit. a ZPO). Die örtliche Zuständigkeit der Vorinstanz und des Einzelrichters des Obergerichtes ist nicht umstritten; es kann dazu auf die zutreffenden Ausführungen in Erwägung I./1 des angefochtenen Entscheids verwiesen werden.
- b) Der begründete Entscheid des Einzelrichters des Kantonsgerichtes ging den Rechtsvertretern der Beschwerdeführerin am 8. Dezember 2022 zu (vorinstanzliches act.

184). Die Beschwerdefrist von 10 Tagen gemäss Art. 321 Abs. 2 ZPO begann am 9. Dezember 2022 zu laufen und endete - unter Berücksichtigung des Fristenlaufes an Wochenenden (Art. 142 Abs. 3 ZPO) - am Montag, 19. Dezember 2022. Mit der an diesem Tag der Post übergebenen Beschwerde wurde die Beschwerdefrist eingehalten.

- c) Zur Beschwerde legitimiert ist auch die Schuldnerin (BAUER/LUGINBÜHL, a.a.O., N. 14 zu Art. 296b SchKG; UMBACH-SPAHN/KESSELBACH, a.a.O., N. 16 zu Art. 296b SchKG), hier also die A. AG in Nachlassstundung. Da auch die übrigen von Amtes wegen zu prüfenden Prozessvoraussetzungen gegeben sind, wird auf die Beschwerde eingetreten.
- d) Auch im Beschwerdeverfahren gilt der Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen (Art. 57 ZPO; "iura novit curia"). Die Beschwerdeinstanz ist deshalb weder an die in den Parteieingaben vorgetragenen Argumente noch an die Erwägungen der Erstinstanz gebunden. Sie kann die Beschwerde auch aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen oder mit einer von der Argumentation der Erstinstanz abweichenden Begründung abweisen (sog. Motivsubstitution; vgl. CHRISTOPH HURNI, Berner Kommentar, ZPO, 2012, N. 21 und 39 ff. zu Art. 57 ZPO; OBERHAMMER/WEBER, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], ZPO, 3. Aufl. 2021, N. 2 zu Art. 57 ZPO; zum Ganzen auch BGE 147 III 176 E. 4.2.1). In diesem Rahmen ist auf die Vorbringen der Beteiligten einzugehen, soweit dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist (BGE 134 I 83 E. 4.1 m.w.H.; 141 III 28 E. 3.2.4; 143 III 65 E. 5.2.).
- e) Ob Art. 174 SchKG im vorliegenden Verfahren Anwendung finden kann, wie die Beschwerdeführerin geltend machen lässt, kann offen bleiben. Der Ausgang in der Sache hängt nicht von der Zulässigkeit unechter Noven ab.

- 2. Die Nachlassstundung wurde am 11. Mai 2022 vom Einzelrichter des Kantonsgerichts letztmalig bis am 12. November 2022 verlängert. Bis zu diesem Tag ist beim Gericht kein Antrag auf Verlängerung der Frist eingegangen. Die Berechtigung zum Stellen eines solchen Antrages liegt nach dem ausdrücklichen Wortlaut des Gesetzes allein beim Sachwalter (Art. 295b Abs. 1 SchKG; DANIEL HUNKELER, a.a.O., N. 3 zu Art. 295b SchKG; BAUER/LUGINBÜHL, a.a.O., N. 4 zu Art. 295b SchKG; UMBACH-SPAHN/KESSELBACH/FINK, in: Kren Kostkiewicz/Vock [Hrsg.], Kommentar SchKG, 4. Aufl. 2017, N. 4 zu Art. 295b SchKG; ROUILLER/BAUEN/BERNET/LASSERRE ROUILLER, La société anonyme suisse, 2022, Rz. 173p; FRANCO LORANDI, Masseverbindlichkeiten und ihre Entstehung, AJP 2017 S. 472; Urteil des

Obergerichts Bern vom 29. Januar 2015, erwähnt im Urteil des Bundesgerichts 5A_170/2015 vom 6. März 2015; Urteil des Gerichtshofes des Kantons Genf C/25/108/2020 vom 7. April 2022 E. 2.1 f.; Urteil des Kantonsgerichts von Graubünden KSK 15 45 vom 13. August 2015 E. 4d S. 13). Insbesondere die Schuldnerin ist dazu nicht berechtigt. Der einhelligen Meinung in diesem Punkt in der Lehre und der kantonalen Praxis ist zu folgen. Dass das Bundesgericht bisher nicht ausdrücklich darüber entschieden hat, wie die Beschwerdeführerin geltend macht, ist unerheblich. Die Beschwerdeführerin bringt sodann vor, es bestehe eine Lücke im Gesetz. Dem ist nicht zu folgen. Hätte der Bundesgesetzgeber das Antragsrecht auch dem Schuldner zugestehen wollen, hätte dieser wichtige Entscheid Eingang ins Gesetz gefunden. Insbesondere der von der Beschwerdeführerin angestrebte Vergleich mit der Regelung in Art. 293a Abs. 2 Satz 2 SchKG zeigt, dass der Gesetzgeber durchaus zu differenzieren wusste: Bei Art. 293a Abs. 2 Satz 2 SchKG hat er die Antragsberechtigung ausdrücklich auch dem Schuldner (für den Fall, dass kein Sachwalter eingesetzt worden ist) ins Gesetz aufgenommen. Nach herrschender Auffassung sind deshalb neben dem Sachwalter auch der Schuldner oder der Gläubiger zur Antragstellung berechtigt (DANIEL HUNKELER, a.a.O., N. 17 zu Art. 293a SchKG; BAUER/LUGINBÜHL, a.a.O., N. 8 zu Art. 293a SchKG; UMBACH-SPAHN KESSELBACH/BURKHALTER, in: Kren Kostkiewicz/Vock [Hrsg.], Kommentar SchKG, 4. Aufl. 2017, N. 10 zu Art. 293a SchKG). Die unterschiedliche Regelung in den Art. 293a Abs. 2 Satz 2 SchKG und Art. 295b Abs. 1 SchKG belegt, dass in Art. 295b Abs. 1 SchKG von einem qualifizierten Schweigen des Gesetzgebers auszugehen ist. Zudem fehlt im Rahmen der definitiven Stundung eine dem Art. 294 Abs. 1 2. Satzteil SchKG analoge Regelung, weshalb es tatsächlich der Sachwalter ist, der durch den Verzicht auf das Stellen eines Verlängerungsgesuches mittelbar über das Schicksal der definitiven Nachlassstundung entscheidet. Die Anwendbarkeit der Offizialmaxime im Nachlassverfahren vermag den Entscheid des Gesetzgebers nicht auszuhebeln (vgl. auch das Urteil des Kantonsgerichts von Graubünden KSK 15 45 vom 13. August 2015 E. 4d S. 13, wonach dem Nachlassrichter eine Verlängerung verwehrt ist, wenn der Sachwalter von einem Verlängerungsgesuch absieht, selbst wenn der Schuldner einen solchen Antrag stellt). Die Sachwalter haben im vorliegenden Fall wenige Tage vor Ablauf der Stundungsfrist nicht etwa ein Verlängerungsgesuch gestellt, sondern im Gegenteil den Widerruf der Stundung beantragt (vorinstanzliches act. 168). Die Sachwalter haben nicht etwa aus Nachlässigkeit kein Verlängerungsgesuch gestellt, sondern sind vom Scheitern der Nachlassbemühungen ausgegangen (vorinstanzliches act. 168, insbesondere S. 16 ff.).

Wird kein Antrag auf Verlängerung der Nachlassstundung gestellt oder wird ein solcher Antrag nicht rechtzeitig gestellt, hat dies die gleichen Wirkungen wie der Widerruf der Nach-

lassstundung nach Art. 296b SchKG: Der Konkurs ist zu eröffnen (Urteil des Bundesgerichts 5A_418/2020 vom 8. Juni 2020 E. 3; Urteil des Gerichtshofes des Kantons Genf C/25/108/2020 vom 7. April 2022 E. 3.1; DANIEL HUNKELER, a.a.O., N. 22 zu Art. 295b SchKG, mit Hinweis auf BGE 84 III 117 und 85 I 77; BAUER/LUGINBÜHL, a.a.O., N. 28 zu Art. 295b SchKG; UMBACH-SPAHN/KESSELBACH/FINK, a.a.O., N. 17 f. zu Art. 295b SchKG; STAUBER/TALBOT, Die Praxis des Nachlassgerichts Zürich zum revidierten Sanierungsrecht, AJP 2017 S. 885; OLIVER KÄLIN, Die Sanierung der Aktiengesellschaft, 2016, Rz. 729). Mit dem Ablauf der Nachlassstundung fallen die Wirkungen der Stundung automatisch dahin, ohne dass es hierfür eines Entscheides der Nachlassbehörde bedürfte (BGE 135 III 430 E. 1.2 = Pra 99 [2010] Nr. 32 S. 231; BGE 130 III 380 E. 3.2 f.; DANIEL HUNKELER, Das Nachlassverfahren nach revidiertem SchKG, 1996, S. 212).

3. Nach Ablauf der Stundungsdauer besteht für die Beurteilung der Voraussetzungen für einen vorzeitigen Widerruf der Stundung kein Interesse mehr (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO), weshalb auf den entsprechenden Antrag der Sachwalter nicht mehr einzutreten ist (Urteil des Kantonsgerichts von Graubünden KSK 15 45 vom 13. August 2015 E. 4d S. 13).
4. Über die Beschwerdeführerin ist in *analoger* Anwendung von Art. 296b SchKG der Konkurs zu eröffnen (vgl. auch die Überlegungen des Obergerichts Bern in dessen Urteil ZK 20 120 vom 9. April 2020, wiedergegeben im Urteil des Bundesgerichts 5A_418/2020 vom 8. Juni 2020 E. 3). Der Zeitpunkt der Konkurseröffnung ist auf das Datum des vorliegenden Entscheids zu legen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_827/2019 vom 18. März 2021 E. 3.2).

Die mit dem vorliegenden Entscheid im Widerspruch stehenden Dispositiv-Ziffern 1, 2 und 3 des angefochtenen Entscheids sind aufzuheben. Über die Kosten des vor dem Einzelrichter des Kantonsgerichts geführten Nachlassverfahrens hat die Vorinstanz zu entscheiden, weshalb Dispositiv-Ziffer 4 des angefochtenen Entscheids zu bestätigen ist.

5.
 - a) Die unterliegende Beschwerdeführerin hat die Prozesskosten zu tragen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).
 - b) Die Gerichtsgebühr wird in Anwendung von Art. 54 i.V.m. Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG (SR 281.35) auf Fr. 700.-- festgesetzt.

Der Einzelrichter des Obergerichts erkennt:

1. Die Beschwerde der A. AG in Nachlassstundung wird abgewiesen.
2. Die Verfügung des Einzelrichters des Kantonsgerichts SV1 21 139 vom 14. November 2022 wird in den Ziffern 1, 2 und 3 aufgehoben.
3. Über die A. AG in Nachlassstundung wird mit Wirkung ab 24. Februar 2023, 14:00 Uhr, der Konkurs eröffnet.
4. Die Beschwerdeführerin hat für das Beschwerdeverfahren eine Entscheidgebühr von Fr. 700.-- zu bezahlen.
5. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. **Rechtsmittel:**
Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der Zustellung Beschwerde in Zivilsachen erhoben werden. Die Zulässigkeit einer solchen Beschwerde richtet sich nach Art. 72 ff. Bundesgerichtsgesetz (BGG, SR 173.110). Die Beschwerde ist beim Schweizerischen Bundesgericht, Avenue du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14, schriftlich einzureichen. Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind - soweit vorhanden - beizulegen (Art. 42 BGG). Die Beschwerde hat in der Regel keine aufschiebende Wirkung (Art. 103 BGG). Es handelt sich um eine streitwertunabhängige Angelegenheit (Art. 74 Abs. 2 lit. d BGG).
7. Mitteilung an:
 - RA F., RA FF., RA FFF.
 - RA B., RA C.
 - Kantonsgericht (SV1 21 139), mit interner Post
 - Konkursamt des Kantons St. Gallen, eingeschrieben
 - Betreibungsamt Oberbüren, eingeschrieben
 - Amt für Handelsregister und Notariate, Abteilung Handelsregister, St. Gallen, eingeschrieben
 - Grundbuchamt Oberbüren, eingeschrieben

Der Einzelrichter:

lic. iur. Walter Kobler

versandt am: 24. Februar 2023