

Art. 293 ff. SchKG, Nachlassverfahren (örtliche Zuständigkeit). *In der Regel entfällt die Zuständigkeit des Nachlassgerichts, wenn der Schuldner seinen Wohnsitz vor der Überweisung der Akten durch den Sachwalter (Art. 304 SchKG) ins Ausland verlegt (E. V).* **Art. 326 ZPO, keine Noven im Nachlassverfahren.** *In der Beschwerde gegen den Entscheid des Nachlassgerichts sind keine Noven zulässig. Dass sich der Gesuchsteller aufgrund des angefochtenen Entscheides entschied, den Sachverhalt zu verändern, begründet keine Ausnahme (E. IV).*

Der Schuldner reichte ein Gesuch um Nachlassstundung ein, in welchem er unter anderem erklärte, er werde demnächst nach Ungarn auswandern. Dieses Gesuch wurde mit Hinweis auf diese Erklärung abgewiesen. Der Schuldner ficht das an.

(aus den Erwägungen des Obergerichts:)

(III.) 4. Die Vorinstanz hat ihren Entscheid wie folgt begründet: Voraussetzung für die Bewilligung eines Gesuchs des Schuldners um provisorische Nachlassstundung sei, dass dieser die erforderlichen Unterlagen einreiche, dass das Gesuch nicht missbräuchlich sei und dass eine Aussicht auf Sanierung oder Bestätigung eines Nachlassvertrages nicht offensichtlich fehle. Örtlich zuständig sei das Nachlassgericht am Betreibungsort, d.h. am Wohnsitz des Schuldners. Aufgrund des Territorialitätsprinzips stehe das Nachlassverfahren ausschliesslich Schuldner mit Wohnsitz in der Schweiz zur Verfügung. Der Gesuchsteller habe zwar noch Wohnsitz im Gerichtsbezirk, jedoch stehe nach dessen eigenen Ausführungen eine definitive Verlegung seines Wohnsitzes nach Ungarn unmittelbar bevor. Insofern stehe bereits jetzt fest, dass der Gesuchsteller in unmittelbarer Zukunft – nämlich per 14. August 2018 – über keinen Wohnsitz in der Schweiz mehr verfügen werde, womit nur kurz nach der angebehrten Nachlassstundung eine Voraussetzung derselben wegfallen werde. Da der Gesuchsteller somit nicht während der gesamten Dauer des Nachlassverfahrens Wohnsitz in der Schweiz haben werde, sei das Gesuch um provisorische Nachlassstundung abzuweisen.

5. Nicht im Sinne einer selbständigen Eventualbegründung, sondern bloss "obiter", führt die Vorinstanz alsdann aus, es sei im Übrigen ohnehin zweifelhaft, ob das Gesuch inhaltlich begründet gewesen wäre: Das Nachlassverfahren zeitige schwerwiegende Konsequenzen für die (nicht zustimmenden) Gläubiger; dies werde vorliegend noch dadurch verschärft, dass der durch eine Auswanderung des Schuldners an sich geschaffene Arrestgrund (Art. 271 Abs. 1

Ziff. 4 SchKG) durch die Wirkungen der provisorischen Stundung gleich wieder beseitigt würde (Art. 293c Abs. 1 i.V.m. Art. 297 Abs. 3 SchKG). Ferner beabsichtige der Gesuchsteller, durch die Nachlassstundung von der Lohnpfändung befreit zu werden und Zugang zur Juli-Lohnzahlung in der Höhe von etwa CHF 18'900.– zu erhalten, die er zur Finanzierung seines Umzugs nach Ungarn, seines Lebensunterhalts für die nächsten vier Monate sowie zur Deckung der Verfahrenskosten zu verwenden gedenke, während die Gläubiger, die bereits eine Lohnpfändung erwirkt hätten, (praktisch) leer ausgehen würden. Zudem habe der Gesuchsteller nach eigenen Angaben "aus prozesstaktischen Gründen" mit einzelnen Gläubigern noch keine Gespräche geführt, wobei unklar sei, was damit gemeint sei. Schliesslich beantrage der Gesuchsteller, seinen Prozessvertreter als Sachwalter einzusetzen, was ebenfalls Fragen hinsichtlich der Wahrung der Gläubigerinteressen aufwerfe. Wie es sich mit diesen Aspekten aber im Einzelnen verhält, liess die Vorinstanz letztlich offen und wies das Gesuch einzig aus dem vorgenannten Grund eines fehlenden fortdauernden schweizerischen Wohnsitzes des Beschwerdeführers ab. Da eine vertiefte Prüfung der finanziellen Verhältnisse des Beschwerdeführers unterbleiben könne, sei nicht von Amtes wegen der Konkurs zu eröffnen (Art. 293a Abs. 3 SchKG).

IV.1. Mit Eingaben vom 30. Juli 2018, vom 2. August 2018 sowie vom 21. August 2018 stellt der Beschwerdeführer diverse neue bzw. modifizierte Anträge und bringt verschiedene Noven in das Verfahren ein. Insbesondere lässt er ausführen, dass er nun doch bis auf Weiteres in der Schweiz verbleiben werde und dass er hier nun wieder eine Arbeitsstelle (bzw. -stellen) gefunden habe.

2. Nach Art. 326 Abs. 1 ZPO sind neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen. Vorbehalten bleiben jedoch besondere gesetzliche Bestimmungen (Art. 326 Abs. 2 ZPO). Solche finden sich namentlich in Art. 174 SchKG (Konkureröffnung), in Art. 278 Abs. 3 SchKG (Arrest) sowie in Art. 327a Abs. 1 ZPO (Anerkennungs- bzw. Exequaturentscheid nach LugÜ). In den Bestimmungen über das Nachlassverfahren (Art. 293 ff. SchKG) findet sich kein entsprechender Ausnahmetatbestand. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers handelt es sich hierbei

nicht um eine echte Lücke des Gesetzes. Eine solche besteht nur dann, wenn sich eine Regelung als unvollständig erweist, weil sie jede Antwort auf die sich stellende Rechtsfrage schuldig bleibt, d.h. sofern der Gesetzgeber etwas zu regeln unterlassen hat, was er hätte regeln sollen. Hat der Gesetzgeber aber eine Rechtsfrage nicht übersehen, sondern stillschweigend – im negativen Sinne – mitentschieden (qualifiziertes Schweigen), bleibt für eine richterliche Lückenfüllung kein Raum (BGE 140 III 206, E. 3.5.1). Dafür, dass der Gesetzgeber das in einem Beschwerdeverfahren betreffend Bewilligung der Nachlassstundung geltende Novenrecht nicht bedacht und nicht bewusst auf eine von Art. 326 Abs. 1 ZPO abweichende Regelung verzichtet hätte, bestehen keine Anhaltspunkte (vgl. Botschaft zur ZPO vom 28. Juni 2006, BBI 2006, S. 7379; Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs [Sanierungsrecht], BBI 2010, S. 6482, 6485 f., 6491). Vielmehr schuf er im Rahmen der Revision des Nachlassrechts gerade ein neues Rechtsmittelsystem (Art. 293d, Art. 295c, Art. 296a und Art. 307 SchKG), das den Interessen aller Beteiligten gerecht werden sollte. Namentlich sah er spezielle Bestimmungen zur aufschiebenden Wirkung vor (Art. 295c Abs. 2, Art. 307 Abs. 2 SchKG), die von Art. 325 ZPO abweichen. Im Umkehrschluss muss folglich davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber eine Ausnahme zu Art. 326 Abs. 1 ZPO gerade nicht schaffen und vom allgemeinen Novenverbot gerade nicht abweichen wollte. Insofern handelt es sich beim Fehlen einer entsprechenden Bestimmung nicht um eine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes, sondern um ein qualifiziertes Schweigen. Davon ging die Kammer im Ergebnis bereits in ihrem Entscheid vom 25. Mai 2016 (PS160089, E. III.1e Abs. 2 und E.III.1f Abs. 1) aus (insofern weist der Beschwerdeführer zu Unrecht auf E.III.1d Abs.2-3 dieses Entscheids hin, wo es um das Novenrecht im erstinstanzlichen Verfahren ging).

3. Gerade auch mit Blick auf den vom Beschwerdeführer ins Feld geführten Art. 174 SchKG drängt sich – jedenfalls soweit im Nachlassverfahren nicht der Konkurs eröffnet wird – eine durch Richterrecht zu schaffende Erweiterung des Novenrechts nicht auf. Art. 174 SchKG lässt Noven nur in ganz engem Rahmen zu. So kann namentlich in der Beschwerdeschrift (nicht aber später; vgl. BGE 139 III 491, E. 4) geltend gemacht werden, die betriebene Forderung sei

bereits vor dem erstinstanzlichen Entscheid getilgt worden (Abs. 1; unechtes Novum), oder aber, die Forderung sei seither getilgt bzw. hinterlegt worden oder es habe der Gläubiger auf die Durchführung des Konkurses verzichtet (echte Noven), wobei Letzteres durch Urkunden zu beweisen und zudem auch die Zahlungsfähigkeit des Schuldners glaubhaft zu machen ist (Abs. 2). Inwiefern sich ein solch enges, ganz spezifisches Novenregime auf das Nachlassverfahren übertragen liesse – jedenfalls sofern in diesem nicht der Konkurs eröffnet wird –, ist nicht ersichtlich. Abgesehen davon, wäre dem Beschwerdeführer auch mit einer analogen Anwendung von Art. 174 SchKG nicht geholfen, da er einerseits die relevanten Noven nicht in seiner Beschwerdeschrift (bzw. innerhalb der Beschwerdefrist) vorgebracht hat und weil er andererseits ein viel weitergehendes Novenrecht in Anspruch nehmen möchte.

4. Nach dem Gesagten gilt im vorliegenden Beschwerdeverfahren somit das allgemeine Novenverbot von Art. 326 Abs. 1 ZPO (s. aber einschränkend sogleich E. IV.5). *Echte* Noven konnten mithin nur im vorinstanzlichen Verfahren – und auch dort nur bis zum Beginn der Urteilsberatung (vgl. Art. 229 Abs. 3 ZPO) – vorgebracht werden. Neue Tatsachen, die sich erst nach diesem, für den Entscheid massgeblichen Zeitpunkt zugetragen haben, konnte weder die Vorinstanz berücksichtigen, noch kann dies die Beschwerdeinstanz. Umgekehrt markiert dieser Zeitpunkt jedoch auch die zeitliche Rechtskraftgrenze, was sich bereits zwingend aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör ergibt (s. hierzu KUKO ZPO-OBERHAMMER, Art. 236 N 62 ff.). Später eintretende Sachverhaltsänderungen werden somit von der Rechtskraft nicht erfasst und können in einem neuen Verfahren (vorliegend in einem neuen Gesuch um provisorische Nachlassstundung) geltend gemacht werden. *Unechte* Noven, d.h. Tatsachen, die vor dem entscheidungsmassgeblichen Zeitpunkt eingetreten sind, müssen grundsätzlich, sofern die entsprechenden Voraussetzungen gegeben sind, mit Revision geltend gemacht werden (KUKO ZPO-OBERHAMMER, Art. 236 N 63). Die Streitfrage, ob zur Revision berechtigende unechte Noven (Art. 328 ZPO) auch bereits in einem Beschwerdeverfahren geltend gemacht werden können (vgl. in diesem Sinne BSK ZPO-HERZOG, Art. 328 N 20 ff.; a.A. STAUBER, in: Kunz et al [Hrsg.], ZPO-Rechtsmittel, Berufung und Beschwerde, 2013, Art. 326 N 5 f.; offen gelassen in BGE 139 III

466, E. 3.4), braucht vorliegend nicht entschieden zu werden, da der Beschwerdeführer, soweit relevant, ausschliesslich echte Noven vortragen lässt.

5. Zu Recht bringt der Beschwerdeführer hingegen vor, dass Noven auch im kantonalen Beschwerdeverfahren zumindest in jenem Umfang zulässig sein müssen, als sie später in einem bundesgerichtlichen Verfahren zulässig wären (Art. 99 Abs. 1 BGG); dies ergibt sich aus einer analogen Anwendung von Art. 111 Abs. 3 BGG, wonach die Kognition – und damit auch die Zulässigkeit von Noven – im kantonalen Rechtsmittelverfahren nicht enger sein darf als vor Bundesgericht (BGE 139 III 466, E. 3.4). Nach Art. 99 Abs. 1 BGG dürfen neue Tatsachen und Beweismittel im bundesgerichtlichen Verfahren – und damit auch im kantonalen Beschwerdeverfahren – so weit vorgebracht werden, als erst der Entscheidung der Vorinstanz dazu Anlass gibt. Soweit für den vorliegenden Entscheid relevant, bringt der Beschwerdeführer im Rahmen des Beschwerdeverfahrens neu vor, er würde nun doch an seinem bisherigen Wohnsitz in der Schweiz verbleiben und habe hier nun auch (wieder) eine Arbeitsstelle (bzw. -stellen) gefunden. Anlass, diese Tatsache in das Verfahren einzubringen, habe er erst aufgrund der vorinstanzlichen Erwägung gehabt, ein Gemeinschuldner müsse zwingend während des gesamten Nachlassverfahrens Wohnsitz in der Schweiz haben.

6. Art. 99 Abs. 1 BGG setzt eine gewisse kausale Beziehung zwischen dem vorinstanzlichen Entscheid (Dispositiv und/oder Erwägungen) und der Notwendigkeit, den eigenen Standpunkt mit den neuen tatsächlichen Behauptungen zu untermauern, voraus (BSK BGG-MEYER/DORMANN, Art. 99 N 41). Soweit sich echte Noven auf das vorinstanzlich beurteilte Prozessthema beziehen, können sie von vornherein nicht durch das angefochtene Urteil veranlasst worden sein (BGer, 2C_94/2009 vom 16. Juni 2009, E. 2.2). Von Art. 99 Abs. 1 BGG erfasst sind demgegenüber beispielsweise Noven, die für die Beurteilung der formellen Rechtsmittelvoraussetzungen von Bedeutung sind, oder solche, die auf formelle Mängel des angefochtenen Entscheids schliessen lassen, wie etwa auf eine Verletzung des rechtlichen Gehörs oder einen fehlerhaft besetzten Spruchkörper. Zulässig sind zudem (unechte) Noven, die erst durch die Art und Weise, in welcher die Vorinstanz Recht gesprochen hat, Rechtserheblichkeit erlangen, nament-

lich in Fällen der überraschenden Rechtsanwendung (BGG-MEYER/DORMANN, Art. 99 N 45 ff. m.Nw.).

7. Die vom Beschwerdeführer geltend gemachte Kausalität zwischen dem Novum eines nunmehr bis auf Weiteres doch nicht stattfindenden Wegzugs und dem vorinstanzlichen Entscheid besteht bei genauerer Betrachtung gerade nicht darin, dass der angefochtene Entscheid die Notwendigkeit einer solchen Behauptung erst ausgelöst habe, sondern vielmehr darin, dass der Beschwerdeführer, nachdem er die negativen Folgen einer solchen (bestehenden) Tatsache erkannt hatte, diese kurzerhand geändert hat. Mit anderen Worten verursachte der vorinstanzliche Entscheid nicht die Notwendigkeit, Behauptungen zum aktuellen und zukünftigen Wohnsitz des Beschwerdeführers aufzustellen, sondern er veranlasste den Beschwerdeführer dazu, diesen nachträglich zu verändern. Es handelt sich folglich um ein sich auf den behandelten Prozessstoff beziehendes echtes Novum, das von Art. 99 Abs. 1 BGG nicht erfasst sein kann (vgl. BGer, 2C_94/2009 vom 16. Juni 2009, E. 2.2). Hinzu kommt, dass der vorinstanzliche Entscheid in Wahrheit nicht einmal den Entschluss des Beschwerdeführers, seinen Umzug nach Ungarn bis auf Weiteres zu verschieben, ausgelöst haben kann. In seiner Beschwerdeschrift lässt er nämlich ausführen, dass er – trotz Kenntnis des vorinstanzlichen Entscheids – nach wie vor per 14. August 2018 nach Ungarn auswandern wolle. Erst in seiner Noveneingabe vom 30. Juli 2018 lässt er ausführen, er werde nun doch bis auf Weiteres in der Schweiz verbleiben. Vor diesem Hintergrund kann nicht die Rede davon sein, der vorinstanzliche Entscheid habe den Entschluss des Beschwerdeführers, nun doch nicht auszuwandern, oder gar die Notwendigkeit, eine solche Behauptung aufzustellen, verursacht.

8. Folglich sind die vom Beschwerdeführer neu eingebrachten Tatsachen, er ziehe nun doch nicht per Mitte August 2018 nach Ungarn und habe in der Schweiz (wieder) eine Arbeitsstelle bzw. -stellen angetreten, im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht zu berücksichtigen. Für den Entscheid massgeblich ist mithin der Sachverhalt, wie er im Zeitpunkt des vorinstanzlichen Entscheids (Beginn der Urteilsberatung) bestanden hat. Es ist somit davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer per Mitte August 2018 definitiv nach Ungarn ziehen wird

(bzw. nunmehr gezogen ist). Die übrigen vom Beschwerdeführer eingebrachten Noven sind ebenfalls unzulässig und darüber hinaus – wie noch zu zeigen sein wird – unerheblich.

9. Mit Eingabe vom 30. Juli 2018 stellte der Beschwerdeführer schliesslich diverse neue "Rechtsbegehren" und "Verfahrensanträge" bzw. modifizierte er die bisherigen. Namentlich beantragt er neu, es sei im Falle der Abweisung des Nachlassgesuchs der Konkurs über ihn zu eröffnen. Da solches ohnehin von Amtes wegen angeordnet werden kann bzw. bei gegebenen Voraussetzungen angeordnet werden muss (Art. 293a Abs. 3 SchKG) und insofern die Officialmaxime gilt, kommt diesem – unzulässigen (Art. 326 Abs. 1 ZPO) – neuen Antrag keine selbständige Bedeutung zu. Dasselbe gilt für die neuerdings um zwei Tage länger angebehrte Dauer der provisorischen Nachlassstundung, für die Massnahmen zur Erhaltung des schuldnerischen Vermögens (vgl. Art. 293a Abs. 1 SchKG) sowie für die Person des allenfalls zu bestellenden provisorischen Sachwalters (Art. 293b SchKG).

10. Der mit Eingabe vom 2. August 2018 und damit nach Ablauf der Beschwerdefrist sinngemäss gestellte, neue Rückweisungsantrag bzw. der neue Antrag auf Feststellung der Nichtigkeit des vorinstanzlichen Urteils aufgrund einer Gehörsverletzung durch mangelhafte Begründung ist verspätet und deshalb unzulässig. Ein solcher wäre zwar in der Beschwerdeschrift selbst bzw. durch separate Eingabe innerhalb der Beschwerdefrist ohne Weiteres zulässig gewesen; dasselbe gilt für die entsprechenden Noven im Zusammenhang mit einer solchen Gehörsverletzung (Art. 99 Abs. 1 BGG analog; s. dazu oben, E. IV.5-6). Einen solchen Antrag und eine solche Beanstandung (mit den entsprechenden Noven) erst nach Ablauf der Beschwerdefrist vorzubringen, geht nicht an. Die Beschwerdeanträge sind nach Ablauf der Beschwerdefrist unveränderlich (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Dasselbe gilt für die nach Art. 99 Abs. 1 BGG ausnahmsweise zugelassenen Noven; auch diese müssen innerhalb der Rechtsmittelfrist vorgetragen werden, da sie andernfalls nicht als durch den vorinstanzlichen Entscheid veranlasst gelten können. Auf diese Anträge ist folglich nicht einzutreten.

V. 1. Der Beschwerdeführer scheint die Auffassung zu vertreten, dass ein Nachlassverfahren nach Art. 293 ff. SchKG einen Wohnsitz des Gemeinschuldners in der Schweiz überhaupt nicht voraussetze, auch nicht im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs um provisorische Nachlassstundung, und dass das Territorialitätsprinzip insofern "zu überwinden" sei. Dies trifft nicht zu. Das sog. "Territorialitätsprinzip" stellt nicht etwa einen selbständigen, aus sich selbst heraus anwendbaren Rechtsgrundsatz dar, sondern es lässt sich vielmehr verschiedenen Bestimmungen des SchKG sowie des 11. Kapitels des IPRG entnehmen, dass dem schweizerischen System der Zwangsvollstreckung ein solcher Grundsatz zugrunde liegt. Die inhaltliche Bedeutung dieses – für sich selbst genommen inhaltsleeren – Prinzips variiert freilich je nach konkreter Fragestellung (vgl. zur Relativität des Territorialitätsprinzips auch OGer ZH, LB150044 vom 13. Dezember 2016, E. IV.3). Im vorliegenden Zusammenhang bedeutet es nichts anderes, als dass die angerufenen schweizerischen Gerichts- und Zwangsvollstreckungsbehörden zur Einleitung, Durchführung und Abwicklung des Nachlassverfahrens jeweils international und örtlich zuständig sein müssen und dass diese Zuständigkeit als solche während des gesamten Verfahrens bestehen muss. Unter welchen Voraussetzungen eine solche Zuständigkeit besteht, lässt sich dem (für sich genommen inhaltsleeren) Territorialitätsprinzip nicht entnehmen. Weil aber umgekehrt die relevanten Zuständigkeitsvorschriften mehr oder weniger intensiv am schweizerischen Territorium anknüpfen, lässt sich insofern von einem "Territorialitätsprinzip" sprechen.

2. Die internationale und die örtliche Zuständigkeit des Nachlassgerichts richtet sich – gleichermassen wie die Zuständigkeit des Konkursgerichts – nach dem SchKG und nicht nach dem LugÜ (Art. 1 Nr. 2 lit. b) oder dem IPRG (vgl. ZK ZPO-SUTTER-SOMM/SCHRANK, Art. 46 N 6; BSK SchKG I-M. STAEHELIN, Art. 30a N 2a). Art. 293 ff. SchKG regeln diese jedoch nicht explizit. Weil mit der Zuständigkeit zur Bewilligung der Nachlassstundung bzw. mit der Zuständigkeit zur Bestätigung des Nachlassvertrags immer auch eine Zuständigkeit zur Konkurseröffnung einhergeht (Art. 293a Abs. 3, Art. 294 Abs. 3, Art. 296b und Art. 304 i.V.m. Art. 309 SchKG), setzt eine Zuständigkeit des Nachlassgerichts

zwangsläufig voraus, dass am betreffenden Ort jeweils (auch) ein Konkursort besteht (vgl. ZK ZPO-SUTTER-SOMM/SCHRANK, Art. 46 N 6 sowie noch zum alten Recht BSK SchKG I-VOLLMAR, Art. 293 N 35); umgekehrt ist jedoch nicht zwingend, dass an jedem Konkursort auch ein "Nachlassort" vorhanden sein muss.

3. Jedenfalls möglich ist die Eröffnung eines Nachlassverfahrens am ordentlichen Betreuungsort (Art. 46 SchKG; vgl. BGE 98 III 37, E. 2), am Betreuungsort des Aufenthalts (Art. 48 SchKG) sowie am Betreuungsort der Erbschaft (Art. 49 SchKG; KUKO SchKG-HUNKELER, Art. 293 N 6); diese Bestimmungen stellen insofern nicht nur einen Betreibungs- und Konkursort zur Verfügung, sondern auch einen Nachlassort. Von vornherein ausgeschlossen ist die Durchführung eines Nachlassverfahrens demgegenüber an den besonderen Betreibungsorten nach Art. 51 SchKG (Betreibungsort der gelegenen Sache), Art. 52 SchKG (Arrestbetreibungsart) und – entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers – Art. 50 Abs. 2 SchKG (Betreibungsart des Spezialdomizils), da ein Konkurs dort nicht eröffnet werden kann. Ebenfalls ausser Betracht fällt – entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers – eine Bewilligung der Nachlassstundung am Konkursort des flüchtigen Schuldners nach Art. 54 SchKG. Abgesehen davon, dass der Beschwerdeführer vorliegend ohnehin nicht "flüchtig" im Sinne dieser Bestimmung wäre und diese schon deshalb nicht zur Anwendung käme, ist ein Nachlassverfahren mit einem flüchtigen Schuldner schlechterdings nicht vorstellbar (vgl. etwa Art. 306 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG, wonach die vom Schuldner "angebotenen Leistungen" angemessen sein müssen; vgl. auch Art. 296b SchKG). Ob – wie in der Lehre teilweise vertreten (KUKO SchKG-HUNKELER, Art. 293 N 5; UMBACH-SPAHN/KESSELBACH/BURKHALTER, a.a.O., Art. 293 N 32) – ein Nachlassverfahren am Betreuungsort der Geschäftsniederlassung (Art. 50 Abs. 1 SchKG) ausgeschlossen oder ob solches in Bezug auf Verbindlichkeiten der Niederlassung gleichermassen wie ein "Niederlassungskonkurs" möglich wäre, braucht hier nicht geklärt zu werden. Wenn der Beschwerdeführer schliesslich ausführen lässt, dass er trotz seines Wegzugs ins Ausland seinen Betreuungsort in der Schweiz aufrechterhalten wolle, so übersieht er, dass die gesetzliche Ordnung der zulässigen Betreibungs-, Konkurs- bzw. Nachlassorte abschliessend und zwingend ist;

eine davon abweichende Prorogation ist nicht möglich (BSK SchKG I-SCHMID, Art. 46 N 6 ff.).

4. Nach dem Gesagten steht fest, dass der Schuldner, der um Nachlassstundung ersucht, wenigstens im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung im vorerwähnten Sinne einen Nachlassort – d.h. in der Regel Sitz bzw. Wohnsitz – in der Schweiz bzw. im jeweiligen Gerichtsbezirk haben muss; andernfalls kann das angerufene Nachlassgericht mangels internationaler bzw. örtlicher Zuständigkeit nicht auf das Gesuch eintreten. Da der Beschwerdeführer sowohl im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung wie auch im entscheidungsmassgeblichen Zeitpunkt (Beginn der vorinstanzlichen Urteilsberatung; s. oben, E. IV.4 und E. IV.8) seinen Wohnsitz (noch) in Kloten hatte – daran änderte seine klare Absichtserklärung, diesen in naher Zukunft ins Ausland zu verlegen, nichts –, erachtete sich die Vorinstanz zutreffend als zuständig und trat zu Recht auf das Gesuch ein. Auf der Ebene der Begründetheit des Gesuchs stellen sich jedoch zwei Fragen: Erstens, ob der einen Nachlassort begründende territoriale Bezug zur Schweiz bzw. zum jeweiligen Gerichtsbezirk (d.h. in der Regel der dort gelegene Sitz bzw. Wohnsitz des Schuldners) während des gesamten Nachlassverfahrens bestehen muss oder ob und gegebenenfalls zu welchem Zeitpunkt eine Fixierung des Nachlassortes (analog zur *perpetuatio fori* im Zivilprozess) eintritt. Falls eine solche *perpetuatio fori* erst nach dem geplanten, zukünftigen Wegzug des Beschwerdeführers eintreten sollte, fragt sich zweitens, welche Auswirkungen dieser bereits heute feststehende, dereinstige Wegfall der Zuständigkeit des befassen Nachlassgerichts auf die Begründetheit des vorliegenden Gesuchs um provisorische Nachlassstundung hätte.

5. Verändert der Schuldner seinen Wohnsitz, nachdem ihm die Pfändung angekündigt oder nachdem ihm die Konkursandrohung oder der Zahlungsbefehl zur Wechselbetreibung zugestellt worden ist, so wird die Betreibung am bisherigen Orte fortgesetzt (Art. 53 SchKG). Damit definiert das Gesetz den Zeitpunkt, in welchem eine Fixierung des Betreibungs- bzw. Konkursortes eintritt (*perpetuatio fori*), nur für die Betreibung auf Pfändung (Art. 89 ff. SchKG), die ordentliche Konkursbetreibung (Art. 159 ff. SchKG) sowie die Wechselbetreibung

(Art. 177 ff. SchKG) explizit. Daraus kann jedoch nicht im Umkehrschluss entnommen werden, dass eine perpetuatio fori für die übrigen Betreibungsarten sowie für das Nachlassverfahren per se ausgeschlossen wäre; es liegt insofern kein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers vor (vgl. BGE 121 III 13, E. 1b und E. 2b): Für die Betreibung auf Pfandverwertung (Art. 151 ff. SchKG) erachtete die Rechtsprechung den Zeitpunkt der Zustellung des Zahlungsbefehls als für die Fixierung des Betreibungsortes massgeblich, da dieser die Pfändungsankündigung funktional ersetze (BGE 116 III 1, E. 2). Für das Verfahren der Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung – auf Gesuch eines Gläubigers (Art. 190 SchKG) oder von Amtes wegen (Art. 192 SchKG) – bestimmte das Bundesgericht die Zustellung der Vorladung zur Konkurseröffnungsverhandlung an den Schuldner (Art. 168 SchKG) als den für die perpetuatio fori massgeblichen Zeitpunkt. Dies begründete es wie folgt: Der Grundsatz, wonach der Schuldner während des gesamten Zwangsvollstreckungsverfahrens an seinem jeweiligen Sitz bzw. Wohnsitz zu belangen sei, erfahre nach Art. 53 SchKG aus praktischen Gründen eine vernünftige Einschränkung. Für die Fixierung des Betreibungs- bzw. Konkursortes relevant sei jeweils derjenige Zeitpunkt im Verfahren, in welchem der Schuldner darüber informiert werde, dass der Gläubiger nun die eigentliche Zwangsvollstreckungsphase einleiten wolle. Im Verfahren nach Art. 190 bzw. Art. 192 SchKG sei dies die Zustellung der Vorladung zur Konkurseröffnungsverhandlung durch das Gericht an den Schuldner (BGE 121 III 13, E. 1b und E. 2b; 134 III 417, E. 4). Noch nicht abschliessend geklärt ist demgegenüber, wie es sich im (wohl äusserst seltenen) Fall verhält, wenn der Schuldner nach Stellung eines Konkursantrags nach Art. 191 SchKG seinen Wohnsitz wechselt. In Anwendung der bundesgerichtlichen Erwägung, es sei für die perpetuatio fori nach Art. 53 SchKG derjenige Zeitpunkt relevant, in welchem der Schuldner Kenntnis von der Einleitung des Zwangsvollstreckungsverfahrens i.e.S. erhalte, wäre hier wohl bereits der Zeitpunkt der Gesuchseinreichung ausschlaggebend (vgl. in diesem Sinne wohl auch TALBOT, in: Kostkiewicz et al [Hrsg.], Kommentar SchKG, 4. Aufl. 2017, Art. 191 N 24). Diese Frage kann vorliegend aber offen bleiben.

6. Ob und in welchem Zeitpunkt eine perpetuatio fori im Nachlassverfahren (Art. 293 ff. SchKG) eintritt, lässt sich dem Gesetz nicht entnehmen und wurde – soweit ersichtlich – auch in der Rechtsprechung bisher nicht behandelt, weder unter altem noch unter neuem Recht. Ausgangspunkt bildet die Überlegung, dass das Nachlassgericht nach neuem Recht sowohl im Falle einer Abweisung des Stundungsgesuchs (Art. 293a Abs. 3, Art. 294 Abs. 3 SchKG) wie auch bei einem späteren Scheitern der Sanierung bzw. der Bestätigung eines Nachlassvertrages (Art. 296b, Art. 304 i.V.m. Art. 309 SchKG) immer auch den Konkurs von Amtes wegen eröffnen können muss. Obschon zwar eine Konkurseröffnung bei Scheitern des Nachlassverfahrens nicht zwingend ist und in gewissen Ausnahmefällen – namentlich bei Missbräuchlichkeit des Nachlassgesuchs – eine "dritte Entscheidungsalternative" besteht (Abweisung des Nachlassgesuchs ohne Konkurseröffnung), hatte der Reformgesetzgeber doch eine Konkurseröffnung von Amtes wegen im Falle eines Scheiterns der Nachlasssanierung als klaren Regelfall vor Augen (vgl. Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs [Sanierungsrecht] vom 8. September 2010, BBI 2010, S. 6471 f., 6480, 6484, 6486, 6491; vgl. auch BGE 142 III 364, E. 2). Entsprechend muss während des gesamten Nachlassverfahrens nicht nur ein Nachlass-, sondern immer auch ein Konkursort bestehen.

7. Ging dem Nachlassverfahren ein Konkurseröffnungsverfahren voraus (vgl. Art. 173a und Art. 293 lit. c SchKG), tritt eine Fixierung des Konkursortes – und damit naheliegenderweise auch eine Fixierung des Nachlassortes – bereits vor Einleitung des Nachlassverfahrens ein, nämlich mit Zustellung der Konkursandrohung, des Zahlungsbefehls in der Wechselbetreibung bzw. der Vorladung zur Konkurseröffnungsverhandlung an den Schuldner oder mit Einreichung des Konkursbegehrens durch den Schuldner selbst. In allen anderen Fällen kann eine perpetuatio fori nach den Art. 53 SchKG zugrunde liegenden Wertungen demgegenüber *frühestens* in jenem Zeitpunkt eintreten, in welchem der Schuldner vom Nachlassverfahren erstmals Kenntnis erhält (vgl. BGE 121 III 13, E. 1b), d.h. mit Einreichung des Nachlassgesuchs durch den Schuldner selbst oder mit Zustellung des Nachlassgesuchs eines Gläubigers an den Schuldner.

Umgekehrt muss eine Fixierung des Konkurs- bzw. Nachlassortes *spätestens* dann eintreten, wenn das Nachlassgericht dem Schuldner zwecks Wahrung des rechtlichen Gehörs mitgeteilt hat, dass es eine Konkursöffnung von Amtes wegen in Betracht ziehe. Dies entspricht funktional der nach Art. 53 SchKG relevanten Konkursandrohung bzw. der Zustellung der Vorladung zur Konkursöffnungsverhandlung an den Schuldner (Art. 168 SchKG; vgl. BGE 121 III 13, E. 1b und E. 2b). Eine solche Mitteilung erfolgt im Nachlassverfahren jedoch nicht zwangsläufig; vielmehr ist es gut möglich, dass die provisorische und später auch die definitive Nachlassstundung ohne Weiteres bewilligt und anschliessend ein Nachlassvertrag ohne Einwendungen bestätigt wird. In einem solchen Fall stellt sich die Frage, ob es für die Fixierung des (auch im Nachlassverfahren stets erforderlichen) Konkursortes nach Art. 53 SchKG ausreichend sein kann, dass der Schuldner zwar Kenntnis *vom Nachlassverfahren als solchem* hat – womit nach dem Gesagten immer auch eine gesetzlich vorgesehene, abstrakte Möglichkeit der Konkursöffnung einhergeht –, nicht jedoch davon, dass eine Konkursöffnung *im konkreten Einzelfall auch tatsächlich und unmittelbar droht*.

8. Dies ist zu verneinen. Im Verfahren betreffend Bewilligung der provisorischen Nachlassstundung ist eine Konkursöffnung – mangels konkreten gerichtlichen Hinweises und Aufforderung des Schuldners zur diesbezüglichen (mündlichen oder schriftlichen) Stellungnahme – doch noch relativ fernliegend. Nach Art. 293a Abs. 3 SchKG hat eine Konkursöffnung nur dann zu erfolgen, wenn "*offensichtlich* keine Aussicht auf Sanierung oder Bestätigung eines Nachlassvertrages" besteht. Damit hat ein Schuldner, gerade wenn er selbst ein Gesuch um Nachlassstundung eingereicht hat, in aller Regel nicht schon von Anfang an ernsthaft mit einer unmittelbar bevorstehenden Konkursöffnung zu rechnen. Hinzu kommt, dass im Nachlassverfahren jedenfalls bis zum Ablauf der Stundung bzw. bis zur Einleitung des Verfahrens betreffend Bestätigung des Nachlassvertrages (vgl. Art. 304 SchKG) die eigentliche Zwangsvollstreckungsphase nicht derart unmittelbar bevorsteht, wie dies bei einer Pfändungsankündigung bzw. bei einer Konkursandrohung der Fall ist (vgl. BGE 121 III 13, E. 1b). Namentlich ist es vor diesem Zeitpunkt stets möglich – und oft sogar das eigentliche Ziel der Nach-

lassstundung –, dass eine Sanierung i.e.S. erfolgen und der Abschluss bzw. die Bestätigung eines Nachlassvertrages unterbleiben kann (vgl. Art. 296a SchKG). In diesem Fall kommt es überhaupt nicht zu einer eigentlichen "Zwangsvollstreckung". Schliesslich ist zu bedenken, dass die perpetuatio fori nach Art. 53 SchKG den Grundsatz, wonach der Schuldner während des gesamten Zwangsvollstreckungsverfahrens am nach Art. 46 ff. SchKG jeweils relevanten Ort zu belangen ist, aus praktischen Gründen einschränkt (BGE 121 III 13, E. 2b). Im Gegensatz zum Konkursverfahren sprechen im Nachlassverfahren praktische Überlegungen gerade gegen einen frühen Eintritt der perpetuatio fori. In Letzterem braucht es nämlich eine aktive und freiwillige Mitarbeit des Schuldners sowie letztlich ein von ihm zu unterbreitendes, "angemessenes Angebot" an die Gläubiger (vgl. Art. 306 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG; KUKO SchKG-HUNKELER, Art. 306 N 5 ff.). Wirkt der Schuldner nicht mit, ist eine Nachlasssanierung nicht möglich. Ferner bedarf es zur Bestätigung eines Nachlassvertrages der Zustimmung einer bestimmten Mehrheit der Gläubiger (Art. 305 SchKG). Verlegt der Schuldner aber seinen Wohnsitz bereits vor Ablauf der Stundung ins Ausland, so ist sowohl dessen Mitarbeit wie auch die Bereitschaft der Gläubiger, sich auf ein Nachlassverfahren einzulassen, in Frage gestellt. Möchte der Schuldner trotz einer bevorstehenden Auswanderung seine Schulden im Wege eines Nachlassverfahrens in der Schweiz sanieren, so ist es ihm zuzumuten, mit seinem Wohnsitzwechsel wenigstens bis zur Einleitung des Bestätigungsverfahrens zuzuwarten und dadurch die Unwägbarkeiten, die sich bei einem grenzüberschreitend durchzuführenden Stundungsverfahren (Art. 299 ff. SchKG) andernfalls ergeben würden, zu vermeiden.

9. Nach dem Gesagten tritt im Nachlassverfahren eine Fixierung des Konkurs- und Nachlassortes wie folgt ein (a.A. HUNKELER/WOHL, in: Kostkiewicz et al [Hrsg.], Kommentar SchKG, 4. Aufl. 2017, Art. 306 N 3, die ohne Begründung von einem früheren Zeitpunkt einer perpetuatio fori ausgehen): Sofern dem Nachlassverfahren ein Konkursverfahren voranging (Art. 173a und Art. 293 lit. c SchKG), tritt die perpetuatio fori bereits in einem früheren Stadium ein, nämlich mit Zustellung der Konkursandrohung, des Zahlungsbefehls in der Wechsel-

betreibung bzw. der Vorladung zur Konkurseröffnungsverhandlung an den Schuldner oder mit Stellung des Konkursbegehrens durch den Schuldner selbst. Wird das Nachlassverfahren – wie vorliegend – ohne vorgängiges Konkursverfahren auf Gesuch des Schuldners oder eines Gläubigers eingeleitet (Art. 293 lit. a und lit. b SchKG), so tritt die perpetuatio fori entweder dadurch ein, dass das Nachlassgericht dem Schuldner eine der Konkursandrohung funktional entsprechende Mitteilung macht (Aufforderung zur Stellungnahme zu einer möglichen Konkurseröffnung) bzw. den Konkurs (bei Spruchreife) sogleich eröffnet. Andernfalls tritt sie erst dann ein, wenn dem Schuldner die Einleitung des Bestätigungsverfahrens (Überweisung der Akten durch den Sachwalter an das Nachlassgericht; Art. 304 Abs. 1 SchKG) zur Kenntnis gebracht wird. Erst in diesem Stadium des Nachlassverfahrens ist nämlich klar, dass – abgesehen von wenigen Ausnahmefällen – nun die eigentliche Zwangsvollstreckungsphase eingeleitet wird (vgl. BGE 121 III 13, E. 1b), entweder durch "Zwangsvollstreckung" nach Massgabe des zu bestätigenden Nachlassvertrages (Art. 314 ff. SchKG) oder aber durch Konkurseröffnung.

10. Da vorliegend ein vorgängiges Konkurseröffnungsverfahren nicht stattgefunden und die Vorinstanz dem Beschwerdeführer auch keine der Konkursandrohung funktional entsprechende Mitteilung gemacht hat, ist eine perpetuatio fori nach dem Gesagten noch nicht eingetreten. Im entscheidungsmassgeblichen Zeitpunkt (Beginn der vorinstanzlichen Urteilsberatung; s. oben, E. IV.4) hatte der Beschwerdeführer seinen Wohnsitz noch in der Schweiz, weshalb sich die Vorinstanz zu Recht als zuständig erachtete. Wie bereits ausgeführt wurde (s. oben, E. IV.8), ist im vorliegenden Beschwerdeverfahren jedoch davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer seinen Wohnsitz per Mitte August 2018 nach Ungarn verlegen würde (bzw. nun bereits verlegt hat); dies hatte er vor Vorinstanz wie auch in seiner Beschwerdeschrift als unumstössliche Tatsache dargestellt (vgl. die insofern nicht beanstandeten Ausführungen der Vorinstanz). Obschon folglich die internationale Zuständigkeit der Vorinstanz im massgeblichen Zeitpunkt des Entscheids über die Bewilligung der provisorischen Nachlassstundung noch bestand, stand damals bereits fest, dass sie diese als Nachlassgericht für spätere,

im Nachlassverfahren notwendig werdende Entscheide (Bewilligung der definitiven Stundung, definitive Einsetzung eines Sachwalters, Bestätigung eines Nachlassvertrages, allfällige Konkursöffnung etc.) einbüßen würde. Da entsprechend von Anfang an feststand, dass das Nachlassverfahren aufgrund eines unmittelbar bevorstehenden Wegzugs des Schuldners ins Ausland ohnehin nicht würde zu Ende geführt werden können und dass auch eine Sanierung i.e.S. in der verbleibenden Zeit nicht möglich sein würde, wies die Vorinstanz das Nachlassgesuch des Beschwerdeführers zu Recht ab. Die provisorische Nachlassstundung zu bewilligen, um sie dann nur kurze Zeit später – ohne jede Aussicht auf zwischenzeitliche Sanierung – aufgrund wegfallender internationaler Zuständigkeit wieder aufheben zu müssen, wäre nicht sinnvoll und mit den Interessen der Gläubiger nicht zu vereinbaren. Vielmehr erscheint ein solches Gesuch bei feststehendem Wille, in naher Zukunft ins Ausland zu ziehen, als missbräuchlich.

11. Da das Stundungsgesuch des Beschwerdeführers folglich zwar materiell unbegründet und deshalb abzuweisen ist, eine vertiefte Prüfung seiner finanziellen Verhältnisse jedoch unterbleiben kann, ging die Vorinstanz zu Recht davon aus, dass (ausnahmsweise) der Konkurs nicht zu eröffnen ist (vgl. BGE 142 III 364, E. 2.3; UMBACH-SPAHN/KESSELBACH/BURKHALTER, a.a.O., Art. 293a N 17; KUKO SchKG-HUNKELER, Art. 293a N 9). Die Beschwerde ist folglich abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Ferner ist die Anweisung an das Betreibungsamt Kloten, die Verteilung der Einkommenspfändung betreffend Juli-Lohn samt Zulagen (Dienstaltersgeschenk und Anteil 13. Monatslohn) einstweilen aufzuschieben (Verfügung vom 20. Juli 2018), aufzuheben.

12. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass es dem Beschwerdeführer freisteht, ein neues Gesuch um provisorische Nachlassstundung einzureichen. In einem solchen Verfahren wäre die neue Tatsache eines nun doch nicht stattfindenden Wegzugs zu berücksichtigen, da diese von der Rechtskraft des vorliegenden Entscheids nicht erfasst wird (s. oben, E. IV.4). Rückwirkend könnte die Nachlassstundung freilich auch dann nicht bewilligt werden, ebenso wenig wie solches im vorliegenden Verfahren hätte angeordnet werden können (wovon der Beschwerdeführer aber auszugehen scheint). Ebenso wie ein Konkurs nur mit

Wirkung für die Zukunft eröffnet werden kann, ist auch die Bewilligung der Nachlassstundung nur ex nunc und nicht per Gesuchseinreichung möglich.

Obergericht, II. Zivilkammer
Urteil vom 3. September 2018
Geschäfts-Nr.: PS180131-O/U