



**BAZ 21 5**

**Entscheid vom 12. April 2021  
Beschwerdeabteilung in Zivilsachen**

**Besetzung**

Vizepräsidentin Barbara Brodmann, Vorsitz,  
Oberrichter Rolf Gabriel,  
Oberrichterin Rahel Jacob,  
Gerichtsschreiber Silvan Zwysig.

**Verfahrensbeteiligte**

A. \_\_ GmbH,  
Z. \_\_,

Zustelladresse:

B. \_\_,

**Beschwerdeführerin/Gesuchsgegnerin,**

gegen

**Ausgleichskasse Nidwalden,**  
Stansstaderstrasse 88, Postfach, 6371 Stans,

**Beschwerdegegnerin/Gesuchstellerin.**

**Gegenstand**

**Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung nach  
Art. 190 SchKG**

Beschwerde gegen den Entscheid des Kantonsgerichts  
Nidwalden, Zivilabteilung/Einzelgericht SchK vom 11. März  
2021 (ZES 21 162).

## **Erwägungen:**

### **1.**

Anlässlich der Konkursverhandlung vom 11. März 2021 eröffnete das Kantonsgericht Nidwalden, Zivilabteilung/Einzelgericht SchK, um 14.45 Uhr in Anwesenheit beider Parteien mit Entscheid ZES 21 162 den Konkurs über die A.\_\_\_ GmbH («Beschwerdeführerin»). Es begründete ihren Entscheid mündlich und kündigte den Parteien zugleich die Nachreichung des Entscheids in Schriftform an (VI-amtl. Bel. B./5. S. 6-8 [Verhandlungsprotokoll]). Der Entscheid wurde gleichentags versandt, am 12. März 2021 zur Abholung gemeldet und von der Beschwerdeführerin am 19. März 2021 entgegengenommen (VI-amtl. Bel. C./6. [Sendungsverfolgung]). Die Beschwerdeführerin gelangte mit Beschwerde, welche sie der Schweizerischen Post am 6. April 2021 übergab, an das Obergericht Nidwalden (amtl. Bel. 1).

Die vorinstanzlichen Akten wurden praxisgemäss beigezogen. Das Obergericht, Beschwerdeabteilung in Zivilsachen, hat die vorliegende Streitsache auf dem Zirkularweg abschliessend beurteilt. Auf die Ausführungen der Parteien wird – soweit erforderlich – in den nachstehenden Erwägungen eingegangen.

### **2.**

#### **2.1**

Das Gericht entscheidet ohne Aufschub, auch in Abwesenheit der Parteien. Es spricht die Konkurseröffnung aus, sofern nicht einer der in den Artikeln 172–173a erwähnten Fälle vorliegt (Art. 171 SchKG). Der Entscheid des Konkursgerichtes kann innert zehn Tagen mit Beschwerde nach der ZPO angefochten werden (Art. 174 Abs. 1 Satz 1 SchKG). Eingaben müssen spätestens am letzten Tag der Frist beim Gericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben werden (Art. 143 Abs. 1 ZPO). Im summarischen Verfahren gilt kein Fristenstillstand (Art. 145 Abs. 2 lit. b ZPO).

Selbiges steht allerdings unter dem Vorbehalt der Bestimmungen des SchKG über die Betreibungsferien und den Rechtsstillstand (Art. 145 Abs. 4 ZPO). Ausser im Arrestverfahren oder wenn es sich um unaufschiebbare Massnahmen zur Erhaltung von Vermögensgegenständen handelt, dürfen während der (hier relevanten) Betreibungsferien, nämlich sieben Tage vor und sieben Tage nach Ostern, Betreibungshandlungen nicht vorgenommen werden (Art. 56 Ziff. 2 SchKG). Betreibungshandlungen, die während der Ferien nicht vorgenommen werden dürfen,

sind alle Handlungen der Vollstreckungsbehörden, die auf die Einleitung oder Fortsetzung eines Verfahrens gerichtet sind, das darauf abzielt, den Gläubiger auf dem Wege der Zwangsvollstreckung aus dem Vermögen des Schuldners zu befriedigen, und die in die Rechtsstellung des Schuldners eingreifen (BGE 115 III 6 E. 5 S. 10 f.; ähnlich: Urteil des Bundesgerichts 5A\_1/2020 vom 3. März 2020 E. 3). Betreibungsferien und Rechtsstillstand hemmen den Fristenlauf nicht. Fällt jedoch für den Schuldner, den Gläubiger oder den Dritten das Ende einer Frist in die Zeit der Betreibungsferien oder des Rechtsstillstandes, so wird die Frist bis zum dritten Tag nach deren Ende verlängert. Bei der Berechnung der Frist von drei Tagen werden Samstag und Sonntag sowie staatlich anerkannte Feiertage nicht mitgezählt (Art. 63 SchKG). Für rein betreibungsrechtliche Streitigkeiten – denen namentlich der Entscheid des Konkursgerichts zuzuordnen ist – gilt, dass sich Rechtsmittelfristen, welche vor dem Beginn der betreibungsrechtlichen Schonzeiten zu laufen begonnen haben und deren Ende in diesen Zeiten liegt, sich bis zum dritten Tag nach dem Ende der Schonzeit, wobei Samstag, Sonntag und staatlich anerkannte Feiertage bei der Berechnung der Frist nicht mitgezählt werden, verlängern (JURIJ BENN, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], BSK-ZPO, 3. A., 2017, N 9 zu Art. 145 ZPO; ADRIAN STAEHELIN, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. A., 2016, N 9 zu Art. 146 ZPO).

Hervorzuheben ist, dass der Konkurs von dem Zeitpunkt an als eröffnet gilt, in welchem er erkannt wird (Art. 175 Abs. 1 SchKG). Erscheinen die Parteien zur Konkursverhandlung, so ist die mündliche Eröffnung massgebend. Mitteilung und Publikation des Entscheids sind für den Eintritt der Konkurswirkungen bedeutungslos (ROGER GIROUD, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], BSK-SchKG II, 2. A., 2010, N 3 zu Art. 175 SchKG).

## **2.2**

Die zehntägige Rechtsmittelfrist begann im vorliegenden Fall am Tag nach der Zustellung, dem 20. März 2021, zu laufen und endete – mangels Gerichtsferien im Summarverfahren – am 29. März 2021. Es fragt sich, ob sich diese Rechtsmittelfrist bis zum 14. April 2021, dem dritten Werktag nach der betreibungsrechtlichen Schonzeit über Ostern (hier: Sonntag, 28. März 2021 bis Sonntag, 11. April 2021), verlängerte und die Rechtsmitteleingabe vom 6. April 2021 fristgerecht erfolgte.

Der streitbefangene Entscheid betrifft eine Konkursöffnung, somit eine rein betreibungsrechtliche Streitigkeit, weshalb in diesem Verfahren grundsätzlich die betriebsrechtlichen Schonzeiten zu berücksichtigen sind. Art. 145 Abs. 4 ZPO und Art. 63 SchKG sind mithin nicht unbeholfen anzuwenden, sondern im Lichte der sie ergänzenden Zweck- bzw. Grundsatznorm von Art. 56 SchKG (a.M. STAEHELIN, a.a.O., N 8 zu Art. 145 ZPO; dieser jedoch mit Verweis auf die gegenteilige Auffassung des Bundesgerichts in BGE 115 III 6 E. 4 S. 9 f., wonach für eine Fristverlängerung nach Massgabe von Art. 63 SchKG jedenfalls eine Betreuungshandlung gemäss Art. 56 SchKG vorausgegangen sein muss), sowie den konkreten Sach- und Verfahrensumständen zu betrachten. Hier verhielt es sich nämlich so, dass eine bevollmächtigte Vertreterin der Beschwerdeführerin an der Konkursverhandlung vom 19. März 2021 anwesend war und ihr der Entscheid betreffend die Konkursöffnung persönlich, in mündlich begründeter Form erläutert wurde. In zivilprozessualer Hinsicht war darin noch kein rechtsgenügend eröffnete Endentscheid zu erkennen (vgl. hierzu Art. 238 f. ZPO i.V.m. Art. 219 ZPO). Der (gerichtliche) Eingriff in das Konkursverfahren, mithin die massgebliche Betreuungshandlung im Sinne von Art. 56 SchKG, erfolgte jedoch bereits in diesem Zeitpunkt, also am 19. März 2021. Mit der (nachträglichen) Zustellung des schriftlichen Entscheids waren keine separaten bzw. neuen betriebsrechtlichen Wirkungen mehr verbunden. Dementsprechend ist der nachträglichen Entscheidzustellung aus konkursrechtlicher Perspektive kein eigentlicher Betreuungshandlungscharakter mehr zuzuschreiben, welche eine Anwendung von Art. 145 Abs. 4 ZPO i.V.m. Art. 63 SchKG erlauben würde. Eine Verlängerung der Rechtsmittelfrist lässt sich weder mit dem Zweck der betriebsrechtlichen Schonfrist (Schutz des Schuldners vor Betreuungshandlungen während den Schonzeiten; Art. 56 SchKG) noch mit dem Prinzip der möglichst unverzüglichen Feststellung und Eröffnung einer Konkurskenntnis (Art. 171 und Art. 175 f. SchKG) vereinbaren. Die Beschwerdeführerin führte die gegenständliche Konstellation nämlich selbst, mittels Abholens des ihr inhaltlich bereits bekannten Entscheids am letztmöglichen Abholdatum herbei, weshalb eine Berufung auf die Verlängerung der Rechtsmittelfrist missbräuchlich, mithin nicht schützenswert ist (Art. 52 ZPO; Art. 2 Abs. 2 ZGB). Die Eingabe vom 6. April 2021 erfolgte verspätet, weshalb auf das Rechtsmittel nicht einzutreten ist (Art. 59 f. ZPO i.V.m. Art. 174 Abs. 1 SchKG *e contrario*).

### **3.**

#### **3.1**

Selbst wenn die Eingabe als rechtzeitig eingereicht entgegenzunehmen und auf die Sache einzutreten wäre, müsste die Beschwerde abgewiesen werden.

#### **3.2**

Mit der Beschwerde kann eine unrichtige Rechtsanwendung und/oder eine offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). In tatsächlicher Hinsicht ist die Kognition somit eingeschränkt; eine Sachverhaltswürdigung der Erstinstanz muss entsprechend willkürlich, d.h. qualifiziert falsch bzw. schlechthin unhaltbar, sein, damit die Beschwerdeinstanz auf diese zurückkommen kann (KARL SPÜHLER, in: BSK-ZPO, a.a.O., N 3 zu Art. 320 ZPO). Im Sinne einer *lex specialis* ist vorgesehen, dass die Parteien Beschwerdeverfahren betreffend einen Konkursentscheid neue Tatsachen geltend machen können, wenn diese vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind (Art. 174 Abs. 1 Satz 2 SchKG).

Im Übrigen kann die Rechtsmittelinstanz die Konkursöffnung aufheben, wenn der Schuldner seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden beweist, dass inzwischen: (1.) die Schuld, einschliesslich der Zinsen und Kosten, getilgt ist; (2.) der geschuldete Betrag beim oberen Gericht zuhanden des Gläubigers hinterlegt ist; oder (3.) der Gläubiger auf die Durchführung des Konkurses verzichtet (Art. 174 Abs. 2 ZPO; ausführlich: GIROUD, a.a.O., N 20 ff. zu Art. 174 SchKG).

#### **3.3**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, derzeit sei man damit beschäftigt die Buchhaltung für die Jahre 2018 bis 2020 abzuschliessen, damit festgestellt werden könne, welche Beiträge an die Ausgleichskasse effektiv noch offen seien. Die noch offenen Beiträge würden mehrheitlich das Jahr 2018 betreffen, in dem die Gesellschaft aber nur während 2 Monaten aktiv gewesen sei und einen Angestellten im Dezember 2018 gehabt habe. Die Post sei zum Buchhalter umgeleitet worden, weshalb die Beschwerdeführerin gar nicht gewusst habe, dass die Lohndeklarationen für die Jahre 2018-2020 nicht gemacht worden seien. Die Lohnmeldungen würden nun erstellt und spätestens bis zum 19. April 2021 aufgelegt. Den Jahresabschlüssen werde zu entnehmen sein, dass die Gesellschaft nicht überschuldet und sämtliche Betreibungen – mit Ausnahme der Beträge der Ausgleichskasse Nidwalden, welche jedoch entsprechend den nachzureichenden Lohnmeldungen anzupassen seien – bezahlt worden sind. In den Jahren

2020/2021 hätten aufgrund der Corona-Pandemie keine Rechnungen bezahlt werden können, da die Situation als Gastronomiebetrieb sehr schwierig geworden und der Umsatz stark zurückgegangen sei.

### **3.4**

Die Beschwerdeführerin setzt sich in keiner Weise mit dem vorinstanzlichen Entscheid auseinander. Namentlich fehlt eine Auseinandersetzung mit den Feststellungen der Vorinstanz betreffend die Zahlungseinstellung, den diesbezüglichen rechtlichen Schlussfolgerungen und der damit begründeten Konkurserkennnis (vgl. dortige E. 5.3 und 5.4). Die vorinstanzlichen Ausführungen sind aber ohnehin nachvollziehbar und schlüssig. Dem lediglich eine eigene, davon abweichende Schilderung des Sachverhalts entgegenzustellen, genügt den Rügeanforderungen, namentlich Art. 320 lit. b ZPO (*offensichtlich* unrichtige Feststellung des Sachverhalts), nicht. Sodann macht die Beschwerdeführerin weder ihre eigene Zahlungsfähigkeit noch eine der drei alternativen Konkurshinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung, Gläubigerverzicht) mittels Urkunden glaubhaft, womit eine Aufhebung der Konkursöffnung gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG ausser Betracht fällt. Mit Blick auf zahlreichen Betreibungen, die daraus resultierenden Pfändungsverlustscheine und dem fehlenden Nachweis irgendwelcher Schuldenbereinigungsbemühungen erscheint unwahrscheinlich, dass die in Aussicht gestellten Noven (Lohnmeldungen, Jahresabschlüsse) noch Grundsätzliches am Verfahrensausgang zu ändern vermöchten, weshalb sich ein weiteres Zuwarten und eine ausnahmsweise Umgangnahme vom Grundsatz, dass diese echte Noven bereits in der Beschwerdebegründung vorzubringen sind, hier nicht erlaubt.

### **4.**

Auf die Erhebung von Gerichtskosten wird ausnahmsweise verzichtet (Art. 48 Gebührenverordnung zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs [GebV SchKG; SR 281.35] i.V.m. Art. 4 Abs. 1 PKoG [NG 261.2]). Die Beschwerdegegnerin war an gegenständlichem Verfahren nicht aktiv beteiligt, weshalb ihr keine Aufwände entstanden sind und ihr keine Parteienschädigung zuzusprechen ist.

**Demnach erkennt das Obergericht:**

1. Auf die Beschwerde wird zufolge Verspätung nicht eingetreten.
2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben und keine Parteientschädigungen zugesprochen.
3. Zustellung dieses Beschlusses an:

Stans, 12. April 2021

**OBERGERICHT NIDWALDEN**  
**Beschwerdeabteilung in Zivilsachen**  
Die Vizepräsidentin

lic. iur. Barbara Brodmann  
Der Gerichtsschreiber

MLaw Silvan Zwyszig

Versand: \_\_\_\_\_

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit Zustellung beim Schweizerischen Bundesgericht, 1005 Lausanne 14, Beschwerde eingereicht werden (Art. 72 ff. i.V.m. Art. 92 ff. BGG). Die Beschwerde hat die Begehren, deren Begründung mit Angaben der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angeführten Urkunden sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat (Art. 42 BGG).