

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS190139-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter Dr. P. Higi und Oberrichter Dr. M. Sarbach sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. D. Tolic Hamming

Urteil vom 30. Oktober 2019

in Sachen

Stiftung Auffangeinrichtung BVG,
Gläubigerin und Beschwerdeführerin,

gegen

A. _____ GmbH,
Schuldnerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Affoltern vom 9. August 2019 (EK190136)

Erwägungen:

I.

1. Im vorliegenden Verfahren stellt sich die Frage, ob das Konkursbegehren der Stiftung Auffangeinrichtung BVG (fortan Gläubigerin) rechtzeitig gestellt wurde und damit, ob bei erhobenem Rechtsvorschlag die Frist zwischen der Einleitung und Erledigung eines dadurch veranlassten Verwaltungsverfahrens still steht, denn Art. 166 Abs. 2 SchKG erwähnt nur das gerichtliche Verfahren.

2. Mit Eingabe vom 7. August 2019 stellte die Gläubigerin beim Einzelgericht des Bezirksgerichtes Affoltern das Begehren um Eröffnung des Konkurses über die A._____ GmbH (fortan Schuldnerin) für eine Forderung von knapp über Fr. 5'000.– zzgl. Zinsen und Kosten (act. 6/1) gestützt auf den Zahlungsbefehl in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Hausen am Albis vom 16. März 2018 (act. 6/2/1) und die Konkursandrohung in der erwähnten Betreuung vom 24. Juni 2019 (act. 6/2/2).

3. Das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Affoltern (fortan Vorinstanz) trat mit Verfügung vom 9. August 2019 auf das Konkursbegehren nicht ein, mit der Begründung, dieses sei verspätet gestellt worden (act. 6/3 = act. 5).

4. Dagegen erhob die Gläubigerin mit Eingabe vom 20. August 2019 rechtzeitig Beschwerde (act. 2 inkl. Beilagen act. 4/2-9) bei der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich (zur Rechtzeitigkeit vgl. act. 6/4). Sie beantragt, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben und die Vorinstanz anzuweisen, auf das Konkursbegehren einzutreten, unter Kostenfolge zu Lasten der Schuldnerin (act. 2 S. 2).

5. Der der Gläubigerin mit Verfügung der Kammer vom 26. August 2019 auferlegte Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 450.– wurde rechtzeitig geleistet (act. 8-10). Mit selbiger Verfügung wurde die Prozessleitung delegiert (act. 8). Die Schuldnerin liess sich innert der ihr mit Verfügung der Kammer vom 17. Septem-

ber 2019 angesetzten Frist (act. 11 und 12) nicht vernehmen. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 6/1-6).

II.

1. Das Verfahren der Beschwerde in Schuldbetreibungs- und Konkurs-sachen (Art. 17 f. SchKG) richtet sich nach den Bestimmungen von Art. 20a Abs. 2 SchKG. Soweit das SchKG keine Bestimmungen enthält, regeln die Kantone das Verfahren (Art. 20a Abs. 3 SchKG). Im Kanton Zürich richtet sich dieses gemäss Art. 18 EG SchKG i.V.m. § 83 ff. GOG nach den Bestimmungen der ZPO über das Beschwerdeverfahren (Art. 319 ff. ZPO).

2.1 Mit der Beschwerde können die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Neue Anträge, neue Tatsachen und neue Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 ZPO). Das gilt auch im zweitinstanzlichen betreibungsrechtlichen Beschwerdeverfahren (vgl. OGerZH PS110019 vom 21. Februar 2011, E. 3.4). In diesem sind Noven ausnahmsweise dann zuzulassen, wenn die Nichtigkeit der Betreuung (Art. 22 SchKG) im Raum steht, was durch das Gericht von Amtes wegen und deshalb auch im zweitinstanzlichen Beschwerdeverfahren zu beachten ist, oder wenn erst der vorinstanzliche Entscheid Anlass zu entsprechenden Vorbringen gibt.

2.2 Die Gläubigerin machte vor Vorinstanz unter Hinweis auf Art. 166 Abs. 2 SchKG geltend, die Frist zur Einreichung des Konkursbegehrens sei gewahrt und erwähnte in den Beilagen die hierfür relevante Beitragsverfügung und Zustellbescheinigung (act. 6/1 S. 3). Diese Dokumente waren in den eingereichten Beilagen (vgl. act. 6/2/1-3) jedoch nicht enthalten. Zecks Wahrung des rechtlichen Gehörs wäre die Vorinstanz gehalten gewesen, der Gläubigerin Gelegenheit zu geben, die erwähnten und für die Fristberechnung relevanten Dokumente (vgl. nachfolgend Ziff. III.3) nachzureichen, was unterblieben ist. Dies hat zur Folge, dass sich die Kammer auf die erst im Rechtsmittelverfahren eingereichte Beitragsverfügung vom 5. April 2019 (act. 4/5) stützen kann (ZR 100/2001 Nr. 27).

III.

1. Die Vorinstanz erwog gestützt auf den Zahlungsbefehl und die Konkursandrohung (act. 6/2/1-2), das Konkursbegehren müsse gemäss Art. 166 Abs. 2 SchKG spätestens 15 Monate nach der Zustellung des Zahlungsbefehls an die Schuldnerin gestellt werden, welche Verwirkungsfrist das Gericht von Amtes wegen zu prüfen habe. Diese Frist habe mit Zustellung des Zahlungsbefehls am 16. April 2018 zu laufen begonnen und habe am 16. Juli 2019 geendet, womit das am 8. August 2019 eingegangene Konkursbegehren verspätet gestellt worden und auf dieses folglich nicht einzutreten sei (act. 5).

2. Die Gläubigerin stellt sich wie bereits vor Vorinstanz (act. 6/1 S. 3) auf den Standpunkt, die Frist zur Einreichung des Konkursbegehrens sei gewahrt. Zusammengefasst macht sie geltend, die Schuldnerin im März 2018 wegen ausstehender Beiträge betrieben zu haben. Der Zahlungsbefehl sei der Schuldnerin am 16. April 2018 zugestellt worden, worauf sie am 25. April 2018 Rechtsvorschlag erhoben habe. Als Vorsorgeeinrichtung im Sinne von Art. 60 Abs. 1 BVG könne sie (die Gläubigerin) gestützt auf Art. 60 Abs. 2bis BVG zur Erfüllung ihrer Aufgaben Verfügungen erlassen, welche vollstreckbaren Urteilen im Sinne von Art. 80 SchKG gleichgestellt seien. In diesem Sinne habe sie am 5. April 2019 verfügt, dass die Schuldnerin ihr den Betrag von Fr. 8'863.80 zzgl. Zinsen und Kosten zu bezahlen habe. Überdies habe sie den Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Hausen am Albis beseitigt. Diese Verfügung sei unangefochten in Rechtskraft erwachsen (act. 2 S. 2 f.). In Auslegung von Art. 166 SchKG müsse das Verwaltungsverfahren, in welchem der Rechtsvorschlag beseitigt werde, vom Fristenstillstand erfasst sein. Die 15-monatige Frist zur Stellung des Konkursbegehrens habe mit der Zustellung des Zahlungsbefehls am 16. April 2018 zu laufen begonnen und sei während der Dauer des Verwaltungsverfahrens bzw. zwischen der Erhebung des Rechtsvorschlags am 25. April 2018 und mindestens dem 5. April 2019 still gestanden, so dass das Konkursbegehren vom 7. August 2019 rechtzeitig erfolgt sei (act. 2 S. 4 ff.).

3.1 Das Recht zur Stellung des Konkursbegehrens erlischt 15 Monate nach Zustellung des Zahlungsbefehls. Ist Rechtsvorschlag erhoben worden, steht diese Frist zwischen der Einleitung und Erledigung eines dadurch veranlassten *gerichtlichen Verfahrens* still (Art. 166 Abs. 2 SchKG). Das Recht zur Stellung des Fortsetzungsbegehrens erlischt ein Jahr nach Zustellung des Zahlungsbefehls. Ist Rechtsvorschlag erhoben worden, steht diese Frist zwischen der Einleitung und Erledigung eines dadurch veranlassten *Gerichts- oder Verwaltungsverfahrens* still (Art. 88 Abs. 2 SchKG).

Die beiden Fristenstillstandsregelungen sind somit bis auf den Umstand, dass Art. 166 SchKG im Gegensatz zu Art. 88 SchKG das Verwaltungsverfahren nicht erwähnt, identisch. Art. 154 Abs. 1 SchKG (Pfandverwertungsbegehren) enthält die gleiche Fristenstillstandsformulierung wie Art. 166 Abs. 2 SchKG.

3.2 Das Konkursbegehren wurde 15 Monate und 3 Wochen nach der Zustellung des Zahlungsbefehls gestellt. Zu prüfen ist, ob die Frist durch das Verwaltungsverfahren, in welchem die Gläubigerin den Rechtsvorschlag beseitigt hat (vgl. zu dieser im Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge, BVG [SR 831.40] nicht ausdrücklich erwähnten Kompetenz der Gläubigerin BGE 134 III 115 E. 3.2 und 4.1.2 = Pra 97 [2008] Nr. 106), analog Art. 88 Abs. 2 SchKG unterbrochen wurde, denn Art. 166 Abs. 2 SchKG erwähnt wie gesagt nur das gerichtliche Verfahren. Das Bundesgericht hat sich, soweit bekannt, noch nicht zu dieser Frage geäußert.

3.3.1 In Bezug auf die Auslegung von gesetzlichen Bestimmungen hat das Bundesgericht festgehalten, dass daraus, dass der Wortlaut an sich klar sei, nicht ohne weiteres zu schliessen sei, für eine sinngemässe Auslegung bleibe kein Raum. Gemäss konstanter Praxis des Bundesgerichts darf vom klaren Wortlaut eines Rechtssatzes abgewichen werden, wenn triftige Gründe dafür bestehen, dass er nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt. Solche triftigen Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte, aus dem Sinn und Zweck der Vorschrift oder aus dem Zusammenhang mit anderen Gesetzesbestimmungen ergeben (vgl. BGE 131 II 217, E. 2.3; BGE 111 Ia 292, E. 3b; BGE 99 Ib 505, E. 3).

3.3.2 Gemäss Botschaft über die Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs vom 8. Mai 1991 sollte die Regelung über den Fristenstillstand in Art. 166 Abs. 2 SchKG (wie auch in Art. 154 Abs. 1 SchKG) an die neue Fassung von Art. 88 Abs. 2 SchKG angepasst werden (BBI 1991 III 107 und 110). Zu Art. 88 Abs. 2 SchKG hält die Botschaft fest, dass der Fristenstillstand hier wie auch bei der Pfandverwertung (Art. 154 Abs. 1) und im Konkurs (Art. 166 Abs. 2) einheitlich geregelt werde. Die geltende Fassung, nach der die Frist nur still stehe, wenn zur Beseitigung des Rechtsvorschlags Klage eingereicht werde, habe sich als zu eng erwiesen. Mit der neuen Umschreibung werde insbesondere auch das Rechtsöffnungsverfahren erfasst (BBI 1991 III 72). Im Gesetzesentwurf vom 8. Mai 1991 war in den Art. 88 Abs. 2, Art. 154 Abs. 1 sowie Art. 166 Abs. 2 SchKG im Zusammenhang mit dem Fristenstillstand nur das gerichtliche Verfahren erwähnt (BBI 1991 III 225, 242 und 244). Diesem Entwurf stimmten Nationalrat (vgl. AmtlBull NR vom 1. und 2. März 1993, S. 22 und 31) und Ständerat (AmtlBull SR vom 22. September 1993, S. 647 f. und 649) zu. Es ist somit davon auszugehen, dass der Gesetzgeber eine einheitliche Fristenstillstandsregelung für die Art. 88, 154 und 166 SchKG schaffen wollte. Eine gewollte Unterscheidung ist aus den parlamentarischen Beratungen (vgl. www.parlament.ch/centers/documents/de/verhandlungen-91034-1991-d-f.pdf) nicht ersichtlich. Dass hernach der Gesetzestext von Art. 88 Abs. 2 SchKG modifiziert und bei der Fristenstillstandsregelung das "gerichtliche Verfahren" durch "Gerichts- oder Verwaltungsverfahren" ersetzt wurde, ohne die entsprechende Anpassung auch der Art. 166 und 154 SchKG (vgl. BBI 1994 V 1015, 1032 und 1034), scheint ein gesetzgeberisches Versehen zu sein.

3.3.3 Sinn und Zweck der Maximalfristen von Art. 88, Art. 154 und Art. 166 SchKG ist es, den Gläubiger zu zwingen, innert einer bestimmten Frist zu handeln, im Falle von Art. 166 Abs. 2 SchKG das Konkursbegehren zu stellen. Andererseits soll er keinen Nachteil dadurch erleiden, dass der Schuldner Rechtsvorschlag erhebt. Es kann nicht darauf ankommen, ob der Gläubiger zwecks Beseitigung des Rechtsvorschlags den Richter anrufen muss oder den Rechtsvorschlag im Verwaltungsverfahren Kraft Gesetzes selbst beseitigen kann, wie in Art. 88 Abs. 2 SchKG ausdrücklich festgehalten. Der Gläubigerin (act. 2 S. 6) ist beizu-

pflichten, dass keine Gründe ersichtlich sind, welche eine unterschiedliche Behandlung von Art. 88 und Art. 166 SchKG rechtfertigen würden. In einem anderen Zusammenhang erwog auch das Bundesgericht, dass Art. 154, Art. 166 und Art. 88 SchKG derselben Betrachtungsweise unterliegen (BGE 124 III 79, E. 2). Die Gleichwertigkeit von Gerichts- und Verwaltungsverfahren findet sich denn auch in den Art. 79 und Art. 80 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG.

3.3.4 Zusammenfassend ist damit festzuhalten, dass das Recht zur Stellung des Konkursbegehrens 15 Monate nach der Zustellung des Zahlungsbefehls erlischt; ist Rechtsvorschlag erhoben worden, so steht diese Frist – gleich wie diejenige zur Stellung des Festsetzungsbegehrens – zwischen der Einleitung und der Erledigung eines dadurch veranlassten Gerichts- oder Verwaltungsverfahrens still. Nach der ratio legis muss das Verwaltungsverfahren, in welchem der Rechtsvorschlag beseitigt wird, in Bezug auf die Frist zur Stellung des Konkursbegehrens dieselbe unterbrechende Wirkung haben wie das gerichtliche Verfahren (vgl. Obergericht Bern ZK 17 142, Entscheid vom 18. April 2017, E. IV.12.4 und Obergericht Solothurn ZKBES.2017.15, Urteil vom 20. Februar 2017, E. II.3.2).

4.1 Der Fristenstillstand im Verwaltungsverfahren gilt ab dem Zeitpunkt der Erhebung des Rechtsvorschlags bis zur Vollstreckbarkeit des diesen aufhebenden Entscheids (vgl. BGer 9C_414/2015 vom 16. Oktober 2015, E. 4.2.2). Der zweite Zeitpunkt ist hier nicht bekannt, da nicht aktenkundig ist, wann der Schuldnerin die Verfügung der Gläubigerin vom 5. April 2019 zugestellt wurde. Gegen diese wurde gemäss Bestätigung des Bundesverwaltungsgerichts vom 14. Juni 2019 keine Beschwerde erhoben (act. 4/5 S. 1), weshalb davon ausgegangen werden kann, dass die Beschwerdefrist spätestens dann abgelaufen war.

4.2 Der Zahlungsbefehl wurde der Schuldnerin am 16. April 2018 zugestellt. Die am 16. Juli 2019 ablaufende 15-monatige Maximalfrist zur Stellung des Konkursbegehrens stand während der Dauer des Verwaltungsverfahrens, d.h. vom 25. April 2018 (Erhebung des Rechtsvorschlags) bis mindestens 5. April 2019 still. Unter Berücksichtigung dieses Fristenstillstandes sind zwischen der Zustellung des Zahlungsbefehls am 16. April 2018 und der Stellung des Konkurs-

begehrens am 7. August 2019 weniger als 15 Monate verstrichen. Das Konkursbegehren erfolgte somit rechtzeitig.

5. Die Beschwerde ist nach dem Gesagten gutzuheissen und die angefochtene Verfügung der Vorinstanz vom 9. August 2019 aufzugeben. Die Schuldnerin hatte bislang keine Gelegenheit, sich zum Konkursbegehren der Gläubigerin zu äussern. Die Sache ist daher an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO) und diese einzuladen, die Parteien zu einer Verhandlung vorzuladen sowie danach über das Konkursbegehren der Gläubigerin zu entscheiden.

III.

Kosten für das Beschwerdeverfahren sind nicht zu erheben. Der von der Gläubigerin geleistete Vorschuss von Fr. 450.– ist ihr unter Vorbehalt eines allfälligen Verrechnungsanspruchs zurückzuerstatten. Parteientschädigungen wurden nicht beantragt und wären ohnehin nicht zuzusprechen (Art. 62 Abs. 2 GebV SchKG).

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird die Verfügung des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Affoltern vom 9. August 2019 aufgehoben und die Sache zur Ansetzung einer Verhandlung und zu neuem Entscheid über das Konkursbegehren an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Für das Verfahren des Obergerichts werden keine Kosten erhoben.
3. Der von der Beschwerdeführerin geleistete Vorschuss von Fr. 450.– wird ihr zurückerstattet, unter Vorbehalt eines allfälligen Verrechnungsanspruchs.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die Obergerichtskasse und – unter Beilage der Akten – an das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Affoltern, je gegen Empfangsschein.
6. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um einen Entscheid des Konkurs- oder Nachlassrichters oder der Konkurs- oder Nachlassrichterin im Sinne von Art. 74 Abs. 2 lit. d BGG.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. D. Tolic Hamming

versandt am:
1. November 2019