

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS210173-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,  
Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichter Dr. M. Sarbach  
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Kröger

## **Beschluss und Urteil vom 15. Oktober 2021**

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Gesuchsgegner und Beschwerdeführer

gegen

**B.** \_\_\_\_\_ **AG**,

Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin

betreffend **Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes  
Horgen vom 17. September 2021 (EK210112)**

### Erwägungen:

1.

1.1. Mit Eingabe vom 14. April 2021 stellte die B.\_\_\_\_\_ AG (Beschwerdegegnerin) beim Bezirksgericht Horgen (Vorinstanz) das Begehren, über A.\_\_\_\_\_ (Beschwerdeführer) sei gestützt auf Art. 190 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG für Forderungen aus unbezahlt gebliebenen Prämienrechnungen und Kostenbeteiligungen im Umfang von Fr. 46'519.70 und aus der Solidarhaftung mit seiner Ehefrau C.\_\_\_\_\_ geschuldete Prämien und Kostenbeteiligungen von Fr. 48'062.30 der Konkurs zu eröffnen. Als vorsorgliche Massnahme beantragte sie, das Konto der D.\_\_\_\_\_ [Bank], lautend auf Wein A.\_\_\_\_\_, sei sofort zu sperren (act. 7/1). Am 21. April 2021 verfügte die Vorinstanz die beantragte vorsorgliche Kontosperrung (act. 7/4). Nach schriftlicher Durchführung des weiteren Verfahrens eröffnete sie mit Urteil vom 17. September 2021 den Konkurs über den Beschwerdeführer und hob die Kontosperrung auf (act. 6 = [act. 3 = act. 7/32]). Das Urteil ging dem Beschwerdeführer am 21. September 2021 zu (act. 7/34/2).

1.2. Gegen diesen Entscheid erhob der Beschwerdeführer am 1. Oktober 2021 (Datum Poststempel) rechtzeitig Beschwerde beim Obergericht mit den folgenden Anträgen (act. 2):

"Es sei der vorläufige, über mich am 17. September 2021 eröffnete Konkurs mit sofortiger Wirkung aufzuheben;

Es sei das Verfahren mit sofortiger Wirkung einzustellen und mir die volle Verfügungsfähigkeit zuzuerkennen;

Es sei die aufschiebende Wirkung im Sinne einer einstweiligen Verfügung dahingehend auszusprechen, als dass das Konkursamt einstweilen keine weiteren Handlungen vornehmen darf;

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin."

1.3. Die erstinstanzlichen Akten wurden wegen beigezogen (act. 7/1-35). Von der Einholung einer Beschwerdeantwort wurde abgesehen (vgl. Art. 322 Abs. 1

ZPO). Das Verfahren ist spruchreif. Mit dem Endentscheid über die Beschwerde wird der Antrag auf aufschiebende Wirkung gegenstandslos und ist entsprechend abzuschreiben.

2.

2.1. Ein Gläubiger kann ohne vorgängige Betreuung beim Gericht die Konkursöffnung gegen einen Schuldner verlangen, der betrügerische Handlungen zum Nachteil seiner Gläubiger begangen oder zu begehen versucht hat oder bei einer Betreuung auf Pfändung Bestandteile seines Vermögens verheimlicht hat (Art. 190 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG). Auf die ohne vorgängige Betreuung erfolgte Konkursöffnung sind Art. 169, Art. 170 und Art. 173a-176 des SchKG anwendbar (Art. 194 SchKG). Wie sich aus dem Verweis in Art. 194 SchKG ergibt, kann der Entscheid betreffend Konkursöffnung gestützt auf Art. 174 SchKG mit Beschwerde nach Art. 319 ff. ZPO weitergezogen werden. Die Beschwerde ist innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen. Urkunden, die als Beweismittel dienen sollen, sind innert dieser Frist vollständig einzureichen (vgl. Art. 194 i.V.m. Art. 174 Abs. 1 SchKG und Art. 321 Abs. 2 ZPO).

2.2. Mit dem angefochtenen Entscheid über die Konkursöffnung wurde die als vorsorgliche Massnahme verfügte Kontosperrung aufgehoben. Auf die diesbezügliche Kritik des Beschwerdeführers ist daher nicht mehr einzugehen (act. 2 S. 6).

2.3. Die Vorinstanz hat die rechtlichen Grundlagen für eine direkte Konkursöffnung wegen betrügerischen Handlungen zum Nachteil von Gläubigern oder Verheimlichen von Vermögenswerten nach Art. 190 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG zutreffend dargelegt, so dass darauf verwiesen werden kann (act. 3 E. 3.1.-3.2.). Gestützt auf diese Bestimmung kann – entgegen den Vorbringen des Beschwerdeführers (act. 2 S. 3) – gegen jeden Schuldner die Konkursöffnung beantragt werden, unabhängig davon, ob sie nach Art. 39 SchKG der Konkursbetreuung unterliegt (BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER, 2. Aufl. 2010, Art. 190 N 22).

2.4. Wer die Konkursöffnung ohne vorgängige Betreuung verlangt, muss seine Gläubigereigenschaft glaubhaft machen (BGer 5A\_442/2015 vom 11. September

2015 E. 4.). Glaubhaft gemacht ist eine Tatsache, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte (BGE 140 III 610 E. 4.1.).

Die Vorinstanz erwog, die Forderungen beträfen Prämien und Kostenbeteiligungen der obligatorischen Krankenversicherung. Indem der Beschwerdeführer vorbringe, er habe das Versicherungsverhältnis im Jahr 2017 gekündigt, anerkenne er, dass zumindest während eines gewissen Zeitraums ein solches bestanden habe. Dies ergebe sich auch aus den eingereichten Krankenversicherungspolicen. Zudem lägen mehrere Verlustscheine lautend auf die Beschwerdegegnerin als Gläubigerin vor. Die gerichtliche Überprüfung dieser Forderungen hätte im Betreibungsverfahren vor der Ausstellung des Verlustscheins erfolgen müssen. Die weiteren Forderungen, welche die Beschwerdegegnerin in einer substantiierten Übersicht darlege, resultierten aus dem durch die Policen belegten Versicherungsverhältnis. Der Beschwerdeführer habe dieses nicht widerlegt, indem er etwa den Anschluss an eine andere obligatorische Krankenversicherung dargelegt habe. Die Gläubigereigenschaft sei damit zumindest glaubhaft gemacht (act. 3 E. 3.3.).

Auch auf diese zutreffenden Ausführungen kann verwiesen werden. Der Beschwerdeführer bringt auch im Beschwerdeverfahren vor, er habe das Versicherungsverhältnis im Jahr 2017 gekündigt. Ein neues Versicherungsverhältnis könne er nicht darlegen, da die Beschwerdegegnerin die Kündigung nicht akzeptiert und damit einen Wechsel in eine andere obligatorische Krankenversicherung verhindert habe (act. 2 S. 3 und 6). Damit bestätigt er, dass er bei der Beschwerdegegnerin krankenversichert war und entsprechend Prämien sowie Kostenbeteiligungen für erbrachte Leistungen schuldet. Er bringt damit auch im Beschwerdeverfahren nichts vor, was die vorgelegten Policen der Jahre 2014 bis 2020 (act. 7/3/3) zu entkräften vermöchte. Das beanstandete Verhalten der Krankenasse bezüglich Kündigung und Auflösung des Versicherungsverhältnisses ist nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens, weshalb die ohnehin pauschal gehaltenen Vorwürfe nicht relevant sind. Die eingereichten Verlustscheine haben ferner immerhin die Wirkung einer Schuldanerkennung im Rechtsöffnungsverfahren (Art.

149 Abs. 2 SchKG). Die Vorinstanz erachtete die Gläubigereigenschaft der Beschwerdegegnerin gestützt auf diese Unterlagen daher zu Recht als glaubhaft gemacht. Ob letztlich tatsächlich ein Anspruch auf Zahlung der bestrittenen Forderung besteht, ist vom Konkursgericht nicht umfassend zu entscheiden.

2.5. Der antragstellende Gläubiger trägt weiter auch für den Konkursgrund im Sinne von Art. 190 Abs. 1 SchKG die Beweislast (BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER, Art. 190 N 29). Aufgrund der folgenschweren Konsequenzen, die eine Konkursöffnung mit sich bringt, ist der Konkursgrund nicht nur glaubhaft zu machen, sondern mit überwiegender Wahrscheinlichkeit darzutun (OGer ZH PS200148 vom 11. August 2020 E. 3.2.). Dabei gilt ein Beweis als erbracht, wenn für die Richtigkeit der Sachbehauptung nach objektiven Gesichtspunkten derart gewichtige Gründe sprechen, dass andere denkbare Möglichkeiten vernünftigerweise nicht massgeblich in Betracht fallen (BGE 140 III 610 E. 4.1.). Zu beachten ist ausserdem, dass die Eröffnung des Konkurses ohne Betreuung eine Ausnahme darstellt. Grundsätzlich hat ein Gläubiger den ordentlichen Weg einzuschlagen. Die sofortige Konkursöffnung soll nur dann zur Anwendung gelangen, wenn ein Schuldner die Ansprüche seiner Gläubiger durch bestimmte Handlungen derart gefährdet, dass ihnen der ordentliche Betreuungsweg nicht mehr zugemutet werden kann (BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER, Art. 190 N 1 ff.; BGE 97 I 309).

2.6. Die Vorinstanz erachtete den Konkursgrund als gegeben, nachdem der Beschwerdeführer sowohl erst- als auch zweitinstanzlich (unter anderem) wegen mehrfachem Pfändungsbetrug im Sinne von Art. 163 StGB verurteilt worden war, da er als Schuldner bei Pfändungsvollzügen Vermögenswerte und Einkommen verschwiegen habe (bzw. durch seine Ehefrau habe verschweigen lassen), wodurch diversen Gläubigern (auch der Beschwerdegegnerin) Verlustscheine hätten ausgestellt werden müssen (vgl. act. 6 E. 3.4.).

2.7. Wie bereits die Vorinstanz festhielt, wurde die Beschwerdegegnerin in den Strafurteilen als Privatklägerin aufgeführt (act. 7/3/1-2), womit sie diese rechtmässig erlangte; der entsprechende Einwand des Beschwerdeführers (act. 2 S. 4 f.) ist daher unbegründet. Der Beschwerdeführer stellt sich weiter auf den Stand-

punkt, das Strafverfahren sei noch am Bundesgericht hängig. Solange kein rechtskräftiges Urteil vorliege, seien die ihm zur Last gelegten Handlungen nicht erwiesen (act. 2 S. 3 ff.).

2.8. Die Vorinstanz wies zutreffend darauf hin, das Konkursgericht entscheide unabhängig von einem allfälligen Strafverfahren darüber, ob die Voraussetzungen für eine Konkursöffnung nach Art. 190 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG gegeben seien (BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER, Art. 190 N 7). Ob ein rechtskräftiges Strafurteil vorliegt, ist demnach unerheblich. Ein Verheimlichen von Vermögenswerten nach Art. 190 Abs. 1 Ziff. 1 liegt nicht nur vor, wenn der Tatbestand des Pfändungs Betrugs von Art. 163 StGB erfüllt ist. Es genügt, wenn ein Schuldner beim Pfändungsvollzug seiner in Art. 91 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG statuierten Auskunftspflicht nicht nachkommt und dadurch das Vollstreckungsverfahren erschwert, indem er Vermögenswerte nicht angibt, solche versteckt oder ihr Vorhandensein schlichtweg bestreitet. Verlangt wird dabei die Absicht des Schuldners, Vermögensbestandteile zu verbergen, eine Schädigungsabsicht ist nicht erforderlich (BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER, Art. 190 N 9 f.).

Gegenstand des Strafverfahrens waren Pfändungsvollzüge von Februar 2015 bis September 2016 in Betreibungsverfahren, in welchen der Beschwerdeführer Schuldner war. Das Bezirksgericht Horgen hatte im Urteil vom 25. Juni 2019 detailliert begründet, gemäss den Pfändungsprotokollen, den bei den Akten liegenden Vollmachten und den Aussagen des Beschwerdeführers und seiner Ehefrau seien sie beim ersten Pfändungsvollzug in der gemeinsamen Wohnung beide anwesend gewesen. An den weiteren Pfändungsvollzügen im Amtszimmer habe die Ehefrau den Beschwerdeführer vertreten. Aus den Pfändungsprotokollen sei ersichtlich, dass der Beschwerdeführer bzw. seine Ehefrau bei jedem der Pfändungsvollzüge angegeben hätten, der Beschwerdeführer besitze keine Vermögenswerte, und beide seien ohne Arbeit und Einkünfte. Zugleich sei aufgrund der in den Akten liegenden Kontoauszüge erstellt, dass der Beschwerdeführer und seine Ehefrau am 26. Februar 2015 über ein Kontoguthaben bei der D.\_\_\_\_\_ Zürich von Fr. 10'139.85 verfügt hätten. Auf dem Konto "Wein-A.\_\_\_\_\_" bei der D.\_\_\_\_\_ Zürich sei am 29. Juli 2016 ein Guthaben von Fr. 300'967.71 vorhanden

gewesen. Der Beschwerdeführer habe weiter im Zeitraum März 2015 bis September 2016 Auszahlungen für Lohn und Krankentaggelder im Umfang von insgesamt Fr. 254'460.60 erhalten. Ebenfalls sei ein Einkommen der Ehefrau des Beschwerdeführers im März 2015 bei der E. \_\_\_\_\_ [Bank] im Betrag von Fr. 4'641.– ausgewiesen. Insgesamt hätten der Beschwerdeführer und seine Ehefrau damit Vermögenswerte im Umfang von Fr. 570'709.19 verschwiegen. Diver- sen Gläubigern (unter anderem auch der Beschwerdegegnerin) seien daraufhin Verlustscheine ausgestellt worden. Der Beschwerdeführer und seine Ehefrau hät- ten im Strafverfahren mehrfach und übereinstimmend angegeben, sie hätten die Idee, die Vermögenswerte zu verschweigen, gemeinsam gehabt. Sie hätten auch ausgesagt, es sei ihnen bewusst gewesen, dass die vorhandenen Vermögens- werte und zumindest ein Teil der Einkünfte bei korrekter Deklaration gegenüber dem Betreibungsamt gepfändet worden wären, und sie hätten die Falschangaben gemacht, damit das Geld nicht gepfändet werde bzw. um es anderweitig verwen- den zu können. Angesichts der bei jedem Pfändungsvollzug erfolgten Belehrung über die Auskunftspflicht und der unzähligen Zwangsvollstreckungsverfahren, welche der Beschwerdeführer und seine Ehefrau bereits durchlaufen hätten, überzeugten diese Aussagen (act. 7/14 S. 53 ff.). Auch begründete das Bezirks- gericht eingehend, weshalb die vorgebrachten Einwände bezüglich der Echtheit einer Unterschrift der Ehefrau des Beschwerdeführers sowie bezüglich ihrer Ein- vernahmefähigkeit zwischen Juni und August 2016 unbehelflich seien (act. 7/14 S. 52 f.). Der Entscheid wurde vom Obergericht mit Urteil vom 12. März 2021 be- stätigt (act. 7/3/2, OGer ZH SB200098; vgl. im Einzelnen auch S. 54 ff. des be- gründeten Urteils auf [www.gerichte-zh.ch](http://www.gerichte-zh.ch)). Es gibt keinen Anlass an diesen Aus- führungen und der Beurteilung der Strafgerichte zu zweifeln. Der Beschwerdefüh- rer sagt in seiner Beschwerde auch nicht, inwiefern diese falsch sein sollen. Es ist daher überwiegend wahrscheinlich, dass der Beschwerdeführer seiner Aus- kunftspflicht im Betreibungsverfahren damit nicht nachkam, sondern Vermögens- werte in einem namhaften Betrag verheimlichte, wodurch er die Zwangsvollstre- ckung für die betreibenden Gläubiger entscheidend erschwerte. Die Vorinstanz würdigte diese Handlungen zu Recht als Verheimlichen von Vermögenswerten im Sinne von Art. 190 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG.

2.9. Der Beschwerdeführer wirft der Beschwerdegegnerin schliesslich vor, das Gesuch um Konkurseröffnung sei rechtsmissbräuchlich. Die Beschwerdegegnerin wisse, dass er über keine Aktiven verfüge. Die Vermögensverhältnisse der Ehegatten seien seit dem Strafverfahren mehrmals festgestellt worden, wobei das Betreibungsamt festgehalten habe, dass keine Vermögenswerte vorhanden seien. Ausserdem habe sich die Beschwerdegegnerin ihr Recht bereits gesichert. Es sei nicht ersichtlich, was sie sich von einem Konkursverfahren erhoffe. Durch dieses entstehe beim Beschwerdeführer und seiner Ehefrau ein Härtefall, da auch ihre selbständige Erwerbstätigkeit durch die bereits entstandene Rufschädigung leide (act. 2 S. 6 ff.).

Wurde der betreibende Gläubiger trotz der Vermögensverheimlichung vollständig befriedigt, so fehlt ihm das Rechtsschutzinteresse für eine Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung (EUGEN FRITSCHI, Verfahrensfragen bei der Konkurseröffnung, S. 162). Der Beschwerdeführer reicht eine Pfändungsurkunde vom 6. Juli 2021 ein, wonach für Betreibungen mehrerer Gläubiger ein Betrag von rund Fr. 10'000.– gepfändet wurde (act. 4/2). Dadurch ist die Forderung der Beschwerdegegnerin bei Weitem nicht gedeckt, weshalb diese Pfändung nicht zu einem Wegfall des Rechtsschutzinteresses an der Konkurseröffnung führen kann. Dass Aktiven vorhanden sind, ist sodann keine Voraussetzung für eine Konkurseröffnung nach Art. 190 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG. Es wird nach der Konkurseröffnung Aufgabe des Konkursamtes sein, den Umfang der zur Konkursmasse gehörenden Vermögenswerte festzustellen (Art. 221 SchKG). Ebenfalls unbehelflich ist das Argument einer allfälligen Rufschädigung durch das Konkursverfahren. Wenn der Beschwerdeführer in früheren Betreibungsverfahren Vermögen verheimlicht hat, muss er sich selber zuschreiben, dass die Gläubiger ihre Forderungen nun mit dem schärferen Mittel des Konkurses geltend machen (BGer 5A\_506/2009 vom 11. Februar 2010 E. 3.6.). Die Beschwerde ist demnach abzuweisen.

3.

Der Beschwerdeführer wird für das Beschwerdeverfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). In Anwendung von Art. 61 Abs. 1 i.V.m. Art. 52 lit. b GebV SchKG sind die Kosten auf Fr. 750.– festzusetzen. Parteientschädigungen sind bei diesem Ausgang keine zuzusprechen.

**Es wird beschlossen:**

1. Der Antrag, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen, wird abgeschrieben.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

**Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt und dem Beschwerdeführer auferlegt.
3. Die vorliegenden Verfahrenskosten werden vorsorglich zur Kollokation angemeldet.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Thalwil, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Thalwil-Rüschlikon-Kilchberg, je gegen Empfangsschein.

5. 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 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

i.V. Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. D. Tolic Hamming

versandt am:  
18. Oktober 2021