

# NW\_GERICHTE BAZ 24 8 vom 20. November 2024

NW Gerichte, 2024-11-20, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/nw\\_gerichte\\_BAZ 24 8](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/nw_gerichte_BAZ_24_8)

FR: NW\_GERICHTE BAZ 24 8 du 20 novembre 2024

IT: NW\_GERICHTE BAZ 24 8 del 20 novembre 2024

## Erwägungen

### E. 1

Der Entscheid des Konkursgerichts kann innert zehn Tagen mit Beschwerde angefochten werden (Art. 174 Abs. 1 SchKG). Die Beschwerdeführerin hat das Konkurserkennnis vom 14. Oktober 2024 am 16. Oktober 2024 in Empfang genommen. Die zehntägige Rechtsmittelfrist endete folglich am 26. Oktober 2024 (Art. 142 ZPO). Die Beschwerde datierend vom 24. Oktober 2024 wurde gleichentags versandt und folglich rechtzeitig eingereicht. Da die übrigen Prozessvoraussetzungen zu keinen Bemerkungen Anlass geben, ist auf die Beschwerde einzutreten.

### E. 2

Die Parteien können neue Tatsachen geltend machen, wenn diese vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind (Art. 174 Abs. 1 SchKG). Der Schuldner kann auch Mängel des vorinstanzlichen Verfahrens oder einen Konkurshinderungsgrund i.S.v. Art. 174 Abs. 2 SchKG rügen. Gemäss Art. 320 ZPO können mit der Beschwerde die unrichtige Rechtsanwendung (lit. a) oder die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts (lit. b) geltend gemacht werden. Für Rechtsfragen kommt der Beschwerdeinstanz die gleiche, d.h. die volle Kognition wie der Vorinstanz zu (Blickenstorfer Kurt, in: Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2016, N. 4 zu Art. 320 ZPO). Die unrichtige Sachverhaltsfeststellung ist von der Beschwerdeinstanz jedoch nur beschränkt überprüfbar, da die kantonale Beschwerdeinstanz grundsätzlich an die Sachverhaltsfeststellung durch die Vorinstanz gebunden ist. Die unrichtige Feststellung des Sachverhalts kann daher nur bei offensichtlicher Unrichtigkeit, d.h. wenn entscheidwesentliche Tatsachen schlechthin unhaltbar festgestellt worden sind, gerügt werden (Blickenstorfer, a.a.O., N. 8 zu Art. 320 ZPO; vgl. Hans Reiser, in: Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl. 2021, N. 40 zu Art. 278 SchKG).

4■11

### E. 3.1

Der Beschwerdeführer begründet die geltend gemachte Nichtigkeit des angefochtenen Entscheides im Wesentlichen damit, dass er als Inhaber einer Einzelfirma zwar der Konkursbetreibung unterliege, für öffentlich-rechtliche Forderungen, insbesondere Prämien der obligatorischen Krankenversicherung, die Konkursbetreibung aber in jedem Fall ausgeschlossen sei. Die Bestimmung von Art. 43 Abs. 1 und 1bis SchKG werde erst auf den 1. Januar 2025 abgeschafft und sei somit auf die vorliegende Betreibung anzuwenden. Die Betreibungsforderung gründe auf «Beteiligungen KVG». Somit habe das Betreibungs- und Konkursamt keine Konkursandrohung ausstellen dürfen, sondern hätte dem Beschwerdeführer die Pfändung androhen müssen. Dass er hiergegen keine Beschwerde erhoben habe, ändere nichts daran. Die Nichtigkeit sei von jeder Behörde jederzeit

festzustellen.

### **E. 3.2**

Gemäss Art. 43 Ziff. 1 SchKG ist die Konkursbetreibung in jedem Fall ausgeschlossen für Steuern, Abgaben, Gebühren, Sporteln, Bussen und andere im öffentlichen Recht begründete Leistungen an öffentliche Kassen oder Beamte. Nach der Rechtsprechung müssen zwei Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein, damit sich ein Schuldner auf diese Bestimmung berufen kann: Einerseits muss die Forderung ihren Rechtsgrund im öffentlichen Recht haben, und andererseits muss der Gläubiger eine Anstalt des öffentlichen Rechts, z.B. eine öffentlichrechtliche Körperschaft sein. Mit Art. 43 SchKG wird vom ordentlichen Vollstreckungsverfahren abgewichen, weshalb die systemwidrige Bestimmung nach ständiger Rechtsprechung eng ausgelegt wird. Rechtssubjekte des Privatrechts (wie zur Durchführung der obligatorischen Krankenversicherung) fallen nicht unter die Ausnahmebestimmung (BGE 139 III 288 E. 2.1 und E. 2.1.1, je mit Hinweisen). Die Voraussetzung, dass es sich beim Gläubiger um ein Rechtssubjekt des öffentlichen Rechts handelt, ist nicht gegeben, wenn die betreibende Krankenversicherung eine Aktiengesellschaft ist (vgl. BGE 125 III 250 Regeste).

### **E. 3.3**

Es ist unbestritten, dass die Forderung der Beschwerdegegnerin teilweise als im öffentlichen Recht begründete Leistung anzusehen ist, soweit es sich um die ausstehenden Beteiligungen und Prämien nach KVG handelt, wie im Zahlungsbefehl und der Konkursandrohung in der Betreibung Nr. aa angegeben (vi-GS-1 f.). Inwiefern dies für die ebenfalls in Betreibung

5■11 gesetzten VVG-Prämien zutreffen sollte, führt der Beschwerdeführer hingegen nicht aus. Die Anwendung von Art. 43 Ziff. 1 SchKG in derartigen Fällen braucht allerdings aus nachfolgenden Überlegungen nicht näher beleuchtet zu werden: Bei der Beschwerdegegnerin handelt es sich um eine privatrechtliche Aktiengesellschaft gemäss Art. 620 ff. OR (vi-GS-3). Sie gilt damit nicht als öffentliche Kasse oder Beamte im Sinn von Art. 43 Ziff. 1 SchKG. Gemäss der vorzitierten Rechtsprechung ist der Ausschluss der Konkursbetreibung bei dieser Ausgangslage nicht vorgesehen. Mit Blick auf Art. 39 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG hat das Betreibungs- und Konkursamt Nidwalden somit zu Recht den Weg der Konkursbetreibung beschritten. Der ohne weitere Begründung ebenfalls angerufene Art. 43 Abs. 1bis SchKG betreffend Prämien der obligatorischen Unfallversicherung ist vorliegend nicht anwendbar. Im Ergebnis ist damit die Nichtigkeit des Entscheids ZES 24 345 vom 14. Oktober 2024 zu verneinen.

### **E. 4.1**

Eventualiter beantragt der Beschwerdeführer die Aufhebung des angefochtenen Entscheids. Er führt hierzu zusammengefasst aus, die Betreibungsforderung an sich sei unbestritten. Am 17. Oktober 2024 habe er beim Kantonsgericht die Forderung mitsamt allen Kosten sowie dem von der Beschwerdegegnerin geleisteten Vorschuss von Fr. 2'000.– beglichen. Damit wären auch die Gerichtskosten gedeckt, falls der Beschwerdeführer diese zu tragen hätte. Darüber hinaus habe er sämtliche weiteren offenen Schulden im Gesamtbetrag von Fr. 10'482.63 beim Betreibungsamt beglichen. Aktuell stünden nur noch zwei Forderungen aus, welche er bestreite und Rechtsvorschlag erhoben habe. Damit mache er seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft. Um sicherzustellen, dass sich derartige Versäumnisse nicht wiederholten, habe er einen Treuhänder zur Buchführung und Betreuung des

Zahlungsverkehrs mandatiert.

#### **E. 4.2.1**

Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn der Schuldner mit der Einlegung des Rechtsmittels seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkursgründe (Tilgung oder Hinterlegung der Schuld, einschliesslich Zinsen und Kosten, oder Gläubigerverzicht) nachweist. Zu den Kosten im Sinne von Art. 68 SchKG gehören auch die durch die Beurteilung des Konkursbegehrens anfallenden Gerichtskosten sowie eine

6■11 allfällige Parteientschädigung in diesem Verfahren (Urteil des Bundesgerichts 5A\_435/2013 vom 10. Juli 2013 E. 2.1 mit Hinweisen). Im Übrigen können im Beschwerdeverfahren gestützt auf Art. 174 Abs. 1 SchKG neue Tatsachen vorgebracht werden, wenn diese vor dem erstinstanzlichen Konkursurteil eingetreten sind. Darüber hinaus dürfen aber auch Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen geltend gemacht werden, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind (echte Noven). Solche sind aber ebenfalls innert der Rechtsmittelfrist einzureichen, Nachfristen sind keine zu gewähren (Urteil des Bundesgerichts 5A\_817/2012 vom 20. Dezember 2012 E. 3).

#### **E. 4.2.2**

Der Beschwerdeführer hat gemäss den eingereichten Akten am 17. Oktober 2024 bei der Gerichtskasse Nidwalden einen Betrag von Fr. 4'758.75 bezahlt (BF-Bel. 4). Der Betrag setzte sich zusammen aus Fr. 2'758.75 entsprechend der Aufstellung der Vorinstanz über die ausstehende Forderung der Beschwerdegegnerin, inklusive Verzugszinsen und Betreuungskosten, gemäss Vorladung vom 2. September 2024 abzüglich der darin auf Fr. 150.– veranschlagten Gerichtskosten (vi-act. 4 S. 2 f.). Hinzu kommen mit «Kostenvorschuss Gesuchsteller» umschriebene Fr. 2'000.– entsprechend dem von der Vorinstanz bei der Beschwerdegegnerin einverlangten Kostenvorschuss für die Konkursöffnung (vi-act. 4 S. 1). Die in Betreuung gesetzte Forderung wurde damit samt den bis zur Konkursöffnung aufgelaufenen Zinsen (vgl. Art. 209 Abs. 1 SchKG), den Betreuungskosten für den Zahlungsbefehl und die Konkursandrohung von Fr. 146.60 (vi-GS-2) sowie dem von der Beschwerdegegnerin an die Vorinstanz geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 2'000.– bezahlt. Eine Parteientschädigung wurde im vorinstanzlichen Verfahren nicht zugesprochen und musste daher nicht ersetzt werden. Wie gemäss Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG gefordert, ist die Schuld damit einschliesslich der Zinsen und Kosten getilgt.

#### **E. 4.3.1**

Weiter hat der Schuldner in jedem Fall vor der Beschwerdeinstanz seine grundsätzliche Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. Für die Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit reicht es aus, wenn das Gericht zum Schluss kommt, dass die Zahlungsfähigkeit des Konkursiten wahrscheinlicher ist als die Zahlungsunfähigkeit. In diesem Bereich dürfen keine zu strengen Anforderungen gestellt werden (Urteil des Bundesgerichts 5A\_126/2010 vom 10. Juni 2010

7■11 E. 6.2). Die ratio legis der Norm besteht darin, den Konkurs möglichst zu vermeiden, wenn eine Gesellschaft wirtschaftlich überlebensfähig und die fehlende Liquidität bloss

vorübergehend ist (Roger Giroud/Fabiana Theus Simoni, in: Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs [BSK-SchKG], 3. Aufl. 2021, N. 1b zu Art. 174 SchKG). Der Schuldner muss namentlich nachweisen, dass gegen ihn kein Konkursbegehren in einer ordentlichen Konkursbetreibung hängig ist und dass keine weiteren vollstreckbaren Betreibungen vorliegen (Urteil des Bundesgerichts 5A\_115/2012 vom 20. April 2012 E. 3 m.w.H.). Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende liquide Mittel vorhanden sind, mit welchen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Dabei sind nur die sofort und konkret verfügbaren, nicht aber zukünftig zu erwartende oder mögliche Mittel zu berücksichtigen (Urteil des Bundesgerichts 5A\_642/2010 vom 7. Dezember 2010 E. 2.4). Grundsätzlich als zahlungsunfähig erweist sich eine Schuldnerin, die beispielsweise Konkursandrohungen anhäufen lässt, systematisch Rechtsvorschlag erhebt und selbst kleinere Beträge nicht bezahlt. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen sie noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen; anders verhält es sich, wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung der finanziellen Situation zu erkennen sind und die Schuldnerin auf unabsehbare Zeit als illiquid erscheint. Die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit beruht insoweit auf einem Gesamteindruck, der vor allem auch aufgrund der Zahlungsgewohnheiten einer Schuldnerin im Zeitpunkt des Beschwerdeentscheides zu gewinnen ist (Urteile des Bundesgerichts 5A\_297/2012 vom 10. Juli 2012 E. 2.3; 5A\_115/2012 vom 20. April 2012 E. 3 und 5A\_642/2010 vom 7. Dezember 2010 E. 2.4).

#### **E. 4.3.2**

Der Beschwerdeführer hat mit der Auflage seiner Schuldner-Informationen vom 22. und 23. Oktober 2024 und der Quittung des Betreibungs- und Konkursamts Nidwalden vom 22. Oktober 2024 (BF-Bel. 5-7) nachgewiesen, dass er mit einer Einzahlung über Fr. 10'482.65 beinahe sämtliche weiteren gegen ihn in Betreibung gesetzten Forderungen beglichen hat. Zwei Forderungen – von vergleichsweise geringem Umfang – verbleiben, wogegen Rechtsvorschlag erhoben wurde und deren Begründetheit bestritten werden. Das Vorhandensein genügend liquider Mittel wird dadurch nicht in Frage gestellt und die Einzelfirma erscheint weiterhin als überlebensfähig. Hängige Konkursbegehren in einer ordentlichen Konkursbetreibung oder andere vollstreckbare Betreibungen liegen ebenfalls nicht vor. Als Massnahme zur Verhinderung künftiger, der beruflichen Überforderung zugeschriebener Zahlungsver säumnisse hat der Beschwerdeführer einen Treuhänder engagiert (BF-Bel. 8 f.), was im

8■11 Rahmen des massgebenden Gesamteindrucks ebenfalls berücksichtigt werden darf. Bei dieser Ausgangslage ist die Zahlungsfähigkeit genügend glaubhaft gemacht.

#### **E. 4.4**

Im Ergebnis ist die Beschwerde somit gutzuheissen und das Konkurserkennnis aufzuheben.

#### **E. 5**

Die Beurteilung des Antrages Gewährung der aufschiebenden Wirkung wird mit dem Endentscheid gegenstandslos.

#### **E. 6.1**

Die Kosten beider Instanzen sind trotz Gutheissung der Beschwerde dem Beschwerdeführer zu überbinden, da dieser das Verfahren verursacht hat (Art. 108 ZPO; Gutheissung der Beschwerde gestützt auf echte Noven nach Art. 174 Abs. 2 SchKG, vgl. Urteil des Bundesge-

richts 5A\_519/2019 vom 29. Oktober 2019 E. 3.5.1) und keine Nichtigkeit vorliegt, wie er es in seinem Hauptstandpunkt geltend macht. Wie sich die beantragte Kostenaufgabe an die Be- schwerdegegnerin oder den Kanton rechtfertigen liesse, führt der Beschwerdeführer nicht aus und ist auch nicht ersichtlich. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden in Anwendung von Art. 61 Abs. 1 i.V.m. Art. 52 lit. b der Gebührenverordnung zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (GebV SchKG; SR 281.35) auf Fr. 600.– festgesetzt. Die Gerichtskosten werden mit dem vom Beschwerdeführer einverlangten Kostenvorschuss in gleicher Höhe verrechnet und sind bezahlt. Im Übrigen sind die Kosten der Vorinstanz in Höhe von Fr. 400.– aus dem vom Beschwerde- führer geleisteten «Kostenvorschuss Gesuchsteller» in Höhe von Fr. 2'000.– zu begleichen. Der Restbetrag wird dem Konkursamt Nidwalden zur Deckung von deren Verfahrenskosten überwiesen. Das Konkursamt wird einen allfälligen Restbetrag nach seiner Endabrechnung an den Beschwerdeführer zurückerstatten.

9■11

#### **E. 6.2**

Nachdem der Beschwerdeführer durch sein Zahlungsver säumnis das vorliegende Verfahren verursacht hat, ist mit Verweis auf die unter E. 6.1 eingangs zitierte Rechtsprechung auch von der Zusprache einer Parteientschädigung abzusehen.

10■11

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.