

## S. 361 / Nr. 55 Gleichheit vor dem Gesetz (Rechtsverweigerung) (d)

BGE 57 I 361

55. Urteil vom 10. Oktober 1931 i. S. Kaufmann gegen Rekursrichter des Kantonsgerichtes St. Gallen.

Regeste:

SchKG Art. 166 ff., 36. Entscheid des kantonalen Konkursrichters zweiter Instanz, wodurch die Berücksichtigung eines erst nach dem erstinstanzlichen Konkurserkennntnis, im Berufungsverfahren gegen dasselbe erklärten Rückzuges des Konkursbegehrens

Seite: 362

durch den antragstellenden Gläubiger oder einer erst nach diesem Zeitpunkte erfolgten Tilgung seiner Forderung, trotz der Berufung zuerkannter aufschiebender Wirkung, als nach Bundesrecht unzulässig abgelehnt wird. Abweisung der hierüber erhobenen Beschwerde aus Art. 4 BV, weil die Frage in der Tat nicht nach kantonalem Prozessrecht, sondern nach eidgenössischem Gesetzesrecht zu beurteilen und die dem letzteren (SchKG) gegebene Auslegung nicht willkürlich sei.

A. – Auf Begehren des Johannes Huber, Advokaten in St. Gallen, hat der Bezirksgerichtspräsident von St. Gallen durch Erkenntnis vom 17. April 1931 über den heutigen Rekurrenten Max Kaufmann in St. Gallen auf Grund vorangegangener Konkursbetreibung den Konkurs eröffnet. Kaufmann zog dieses Erkenntnis innert der gesetzlichen Frist an den Rekursrichter des Kantonsgerichtes von St. Gallen weiter, der dem Rekurse (wie es im Kanton St. Gallen regelmässig zu geschehen scheint) im Sinne von Art. 36, 174 II SchKG aufschiebende Wirkung erteilte. In der Rekursbeantwortung erklärte der Gläubiger J. Huber, es sei richtig, dass die in Frage stehende Konkursbetreibung eine Anwaltsrechnung für einen Prozess betreffe, den er für die Firma Kaufmann & Cie und nicht für deren Teilhaber Max Kaufmann persönlich geführt habe: aus einem nicht mehr erkennbaren Grunde sei dann Max Kaufmann persönlich betrieben worden. Da er, Huber, sich um die Zeit der Konkursverhandlung im Auslande befunden habe und sein Personal für ihn keine Erklärungen habe abgeben können, sei es zur Konkursöffnung gekommen, was im Falle seiner Anwesenheit nicht der Fall gewesen wäre. Er unterstütze daher den Rekurs und ersuche um Aufhebung des Konkurserkennntnisses.

Durch Entscheid vom 4. Mai 1931 wies der Rekursrichter den Rekurs ab und «bestätigte das Konkursdekret der Vorinstanz», mit der Begründung: die Einwendung, dass der Rekurrent dem Rekursbeklagten nichts schulde, hätte durch Rechtsvorschlag gegen den Zahlungsbefehl geltend gemacht werden sollen und könne in diesem Verfahren

Seite: 363

nicht gehört werden. Ebenso sei das Einverständnis des Gläubigers mit der Aufhebung des Konkurserkennntnisses unerheblich, da nach dem Urteil der staatsrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes in Sachen Schlumpf BGE 46 I 366 (bestätigt in dem späteren Falle 47 I 210) nach einmal von der ersten Instanz ausgefallenem Konkurserkennntnis das Konkursbegehren nicht mehr zurückgezogen, noch die Schuld durch Zahlung mit der Wirkung der Rückgängigmachung der Konkursöffnung getilgt werden könne (der Schuldner hatte bei der Rekursverhandlung die Betreibungssumme mit Zinsen und Kosten dem Rekursrichter übergeben wollen). Damit stimmten allerdings die Urteile der II. Zivilabteilung und der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Bundesgerichtes in BGE 53 III No. 51, 54 III No. 4 in der Begründung nicht überein. Doch bestehe deshalb für den Rekursrichter keine Veranlassung, von der im Anschluss an das Urteil Schlumpf seit dem Jahre 1920 stets festgehaltenen Praxis abzugehen.

B. – Mit der vorliegenden, auf Art. 4 BV gestützten staatsrechtlichen Beschwerde verlangt Max Kaufmann die Aufhebung dieses Entscheides des Rekursrichters und «demgemäss auch des über den Beschwerdeführer eröffneten Konkurses». Es wird ausgeführt: Die Annahme des Rekursrichters, dass das erstinstanzliche Konkurserkennntnis immer, auch im Falle, wo die Berufungsinstanz, wie hier, der dagegen ergriffenen Berufung Suspensivwirkung zuerkannt habe, schon mit der Ausfällung rechtswirksam werde und daher durch einen Rückzug des Konkursbegehrens erst in zweiter Instanz nicht mehr beseitigt werden könne, sei willkürlich. Sie stehe im Widerspruch zu den im angefochtenen Entscheide selbst angeführten neueren Urteilen des Bundesgerichtes und enthalte eine Rechtsverweigerung. Eine solche liege auch deshalb vor, weil der Rekursrichter sich damit willkürlich über die Bestimmungen der kantonalen Prozessgesetzgebung, insbes. Art. 31 III des st. gallischen EG z. SchKG

Seite: 364

hinweggesetzt habe, die die Geltendmachung neuer Tatsachen auch noch im Rekursverfahren ausdrücklich zulassen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. – Die durch die Beschwerde aufgeworfene Frage, ob eine erst nach dem erstinstanzlichen Konkurserkennnis, im Berufungsverfahren gegen dasselbe erfolgte Zurücknahme des Konkursbegehrens durch den Gläubiger oder Tilgung im Sinne von Art. 172 Ziff. 3 SchKG seiner Forderung noch beachtet werden und zur Aufhebung der Konkursöffnung durch die Berufungsinstanz führen könne, ist nicht eine solche des kantonalen Prozessrechtes, sondern des Bundesrechtes. Sie hängt zusammen mit der Bedeutung des eidgenössischen Rechtsinstitutes des Konkurses, den rechtlichen Folgen, welche sich an die Eröffnung des Konkursverfahrens knüpfen, einerseits, der Wirkung, welcher der in Art. 174 SchKG vorgesehenen Berufung auf den Bestand des erstinstanzlichen Konkurserkennnisses zukommt, andererseits. Der kantonale Rekursrichter hat sich denn auch für die Verneinung der Frage im vorliegenden Falle nicht etwa auf Vorschriften der st. gallischen Prozessgesetzgebung, sondern, wie die Bezugnahme auf das Urteil des Bundesgerichtes in Sachen Schlumpf zeigt, auf die Erwägung gestützt, dass das SchKG, also das Bundesrecht die Berücksichtigung solcher erst nachträglich eingetretener, an sich konkurshindernder Tatsachen im Berufungsverfahren gegen das Konkurserkennnis ausschliesse. In der staatsrechtlichen Beschwerde verweist der Rekurrent u. a. allerdings auch darauf, dass das st. gallische Prozessrecht die Geltendmachung neuer Tatsachen im Rekursverfahren allgemein gestatte. Doch sollte damit nach dem ganzen Inhalt der Beschwerdeschrift offenbar nur gesagt werden, dass der auf einer angeblich unrichtigen (willkürlichen) Auslegung des SchKG beruhende Entscheid des Rekursrichters auch nicht mit Bestimmungen der kantonalen

Seite: 365

Prozessgesetzgebung begründet werden könne. Die Behauptung, dass es sich um eine Frage handle, deren Regelung trotz der Vereinheitlichung des Betreibungs- und Konkursrechtes grundsätzlich den Kantonen verblieben sei und durch die einschlägige Bundesgesetzgebung nicht berührt werde, wird – nach dem Gesagten mit Recht – nicht aufgestellt. War der Entscheid auf Grund eidgenössischen Gesetzesrechtes zu fällen und ist er auch ausschliesslich in Anwendung solchen gefällt worden, so kann er aber – mangels eines besonderen eidgenössischen Rechtsmittels gegen Konkurserkennnisse – vom Bundesgericht im staatsrechtlichen Beschwerdeverfahren, wie die Anwendung einfachen kantonalen oder eidgenössischen Gesetzesrechtes überhaupt, nur aus dem beschränkten Gesichtspunkte des Art. 4 BV, der Willkür und Rechtsverweigerung nachgeprüft werden. Zur Gutheissung der Beschwerde vermag demnach ein blosser Irrtum des kantonalen Richters in der Auslegung jener Gesetzesvorschriften noch nicht zu genügen. Es müsste eine Missachtung durchaus klaren Rechtes vorliegen. In dem früheren Falle Schlumpf verhielt es sich in dieser Beziehung deshalb anders, weil der kantonale Rekursrichter damals die Berücksichtigung des nachträglichen Rückzuges des Konkursbegehrens nicht unter Berufung auf das Bundesrecht, sondern auf die Bestimmungen von Art. 31 III des kantonalen EG z. SchKG abgelehnt hatte (weil die Rückzugserklärung erst nach Ablauf der Berufungs- (Rekurs-) frist gegen das erstinstanzliche Konkurserkennnis erfolgt sei), während andererseits der Rekurrent behauptete, nach Bundesrecht einen Anspruch auf die Berücksichtigung dieser neuen Tatsache zu haben. Da, wenn diese Behauptung zugetroffen hätte, eine Verletzung des verfassungsmässigen Grundsatzes der derogatorischen Kraft des Bundesrechtes gegenüber dem kantonalen Recht vorgelegen haben würde (Art. 2 Üb. best. z. BV), dessen Beachtung das Bundesgericht in freier Kognition zu wahren hat, musste daher zur Beurteilung dieses Beschwerdegrundes frei untersucht werden, ob sich

Seite: 366

aus dem SchKG wirklich ein der angewendeten kantonalen Gesetzesvorschrift derogierender Rechtssatz des vom Rekurrenten geltend gemachten Inhalts herleiten lasse. Für den heutigen Fall, wo der Rekursrichter den Streit auf Grund des massgebenden eidgenössischen Rechtes beurteilt hat und ausschliesslich dessen Auslegung, nicht das Verhältnis desselben zu kantonalem Gesetzesrecht in Frage steht, lässt sich daraus eine gleiche unbeschränkte Kognition des Staatsgerichtshofes nicht herleiten (vgl. für die Unterscheidung auch BGE 36 I 383 ff., insbes. 386 Erw. 1, 389 Erw. 3).

2. – In der Sache selbst entspricht der angefochtene Entscheid unbestrittenermassen der in dem erwähnten früheren Urteil BGE 46 I 366 vertretenen Rechtsauffassung. Der Staatsgerichtshof ist damals von der nicht anfechtbaren und auch nicht angefochtenen Feststellung ausgegangen, dass durch die Konkursöffnung ein über die Beziehungen der Parteien des Konkursöffnungsprozesses hinausgehendes Rechtsverhältnis, das konkursrechtliche Beschlagsrecht der Gesamtheit der Gläubiger an den Aktiven des Gemeinschuldners, zur Entstehung gebracht werde und dass demnach auch, weil nicht nur der die Konkursöffnung beantragende Gläubiger Rechte aus ihr erwerbe, das

Konkursverfahren, sobald einmal rechtskräftig eröffnet, der Verfügung der Parteien jenes Prozesses entrückt sei. Rechtskräftig – so wurde weiter ausgeführt und hiegegen richtet sich die Anfechtung der vorliegenden Beschwerde - sei aber das Konkursöffnungserkenntnis schon mit der Ausfällung durch den Konkursrichter erster Instanz. Denn der durch Art. 174 SchKG vorgesehene Berufung komme gemäss Art. 36 ebenda nicht schon von Gesetzes wegen in allen Fällen aufschiebende Wirkung zu, sondern nur auf Grund einer besonderen Verfügung des Berufungsrichters. Auch wo eine solche ergehe, sei darin infolgedessen richtigerweise nicht sowohl eine Hemmung der Rechtskraft des Konkurserkennnisses zu erblicken, als nur die Verschiebung

Seite: 367

der Vollstreckung des an sich bereits rechtskräftigen Erkenntnisses (d. h. der Massnahmen zur Durchführung der Konkursliquidation). Sei die Konkursöffnung schon mit dem Erkenntnis des erstinstanzlichen Konkursrichters rechtskräftig ausgesprochen und unterstehe sie von dann an der Verfügung der Parteien des Konkursöffnungsprozesses nicht mehr, so könne aber auch, nachdem der Konkursrichter erster Instanz den Konkurs erkannt habe, das Konkursbegehren vom antragstellenden Gläubiger nicht mehr mit der Wirkung der Rückgängigmachung der Konkursöffnung zurückgezogen werden. Die Berufung gemäss Art. 174 SchKG solle lediglich eine Nachprüfung des Konkurserkennnisses auf seine Rechtmässigkeit ermöglichen, nicht dem Schuldner noch eine neue letzte Frist verschaffen. Andernfalls würde die Konkursöffnung durch den erstinstanzlichen Richter in zahlreichen Fällen zu einer leeren Form herabsinken und der Schuldner sich erst nachher während der Hängigkeit des zweitinstanzlichen Verfahrens ernstlich bemühen, die Schuld zu tilgen oder Stundung zu erwirken.

Während im Falle Schlumpf eine Verfügung des Berufungsrichters, wodurch der Berufung aufschiebende Wirkung zuerkannt worden wäre, nicht vorlag und der Einfluss einer solchen auf die Lösung der streitigen Frage daher, obwohl in den Erwägungen ebenfalls erörtert, doch nicht unmittelbar zur Entscheidung stand, verhielt es sich anders in dem späteren Falle Baumann (BGE 47 I 205), wo der Rekurrent die Verweigerung jener Suspensivwirkung durch die Berufungsinstanz als willkürlich anfocht, weil die letztere sich nicht auf diesem Wege bewusst in die Unmöglichkeit habe versetzen dürfen, eine mit der Berufung geltend gemachte, zwar nach dem erstinstanzlichen Konkurserkennnis, aber noch während der Berufsfrist dagegen eingetretene konkurshindernde Tatsache – wie den Rückzug des Konkursbegehrens durch den antragstellenden Gläubiger – zu berücksichtigen. Der Staatsgerichtshof führte demgegenüber aus, dass die Gewährung

Seite: 368

oder Nichtgewährung der aufschiebenden Wirkung durch Art. 36, 174 SchKG unzweideutig in das Ermessen der Berufungsinstanz gestellt sei, dass aber auch abgesehen davon die Abweisung eines dahingehenden Antrages den zweitinstanzlichen Entscheid über die Konkursöffnung selbst nur dann anfechtbar machen könnte, wenn derselbe bei Bewilligung der Suspensivwirkung anders hätte ausfallen müssen. Dies treffe aber nicht zu, weil auch nach Erlass einer solchen Verfügung der bernische Appellationshof die Berücksichtigung des nachträglichen Rückzuges des Konkursantrags aus den in seinem Entscheide angeführten, mit den Erwägungen des Urteils in Sachen Schlumpf sich deckenden Gründen hätte ablehnen können.

Richtig ist freilich, dass seither die 2. Zivilabteilung und die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Bundesgerichtes in zwei Fällen, wo es sich um den Beginn des Eintrittes gewisser mit dem Konkurs verbundener materieller Einwirkungen auf das Vermögen des Gemeinschuldners und die Rechte der Gläubiger handelte, als massgebenden Zeitpunkt hiefür, wenn der Berufung gegen das erstinstanzliche Konkurserkennnis im Sinne von Art. 174 II und 36 SchKG aufschiebende Wirkung zuerkannt worden war, nicht das Datum des erstinstanzlichen Konkurserkennnisses, sondern erst des die Berufung des Schuldners abweisenden Entscheides der zweiten Instanz betrachtet hat (BGE 53 III S. 206, 54 III S. 11 Erw. 2). Wenn dadurch die Frage, inwiefern im Berufungsverfahren gegen das erstinstanzliche Konkurserkennnis noch nach demselben eingetretene, an sich konkurshindernde Tatsachen geltend gemacht werden können, unmittelbar nicht berührt wurde, wie das zweite dieser Urteile ausdrücklich feststellt, so ist doch nicht zu verkennen, dass die beiden Entscheidungen auf einer Auffassung über die Bedeutung der Verfügung nach Art. 174 II, 36 SchKG und den Einfluss derselben auf das erstinstanzliche Konkurserkennnis beruhen, die von derjenigen des Staatsgerichtshofes in den Fällen Schlumpf

Seite: 369

und Baumann abweicht und folgerichtig wohl dazu führen müsste, auch jene Frage im Gegensatz zu den früheren Urteilen grundsätzlich zu bejahen (s. in diesem Sinne JÄGER Supplement III zu Art. 174 No. 7).

Doch ergibt sich daraus lediglich, dass es sich um einen Auslegungstreit handelt, der so oder anders

gelöst werden kann. Der Vorwurf der willkürlichen Missachtung klaren Rechtes durch den kantonalen Rekursrichter kann damit nicht begründet werden. Nur wenn eine solche vorläge, könnte aber das Bundesgericht nach dem in Erw. 1 Gesagten den angefochtenen Entscheid aufheben. Es könnte von einer Rechtsverweigerung in diesem Sinne selbst dann nicht die Rede sein, wenn die beiden vorstehend erwähnten Urteile des Staatsgerichtshofes nicht vorlägen, weil die vom Rekursrichter dem SchKG gegebene Auslegung sich auf alle Fälle ebenfalls durch ernsthafte, mit der Fassung des Gesetzestextes nicht in Widerspruch geratende Gründe stützen lässt, wie sie denn auch der schon vor dem Jahre 1920 von der kantonalen Rechtsprechung und der Literatur mehrheitlich vertretenen Meinung entspricht (vgl. die Zitate im Urteil Schlumpf S. 367 Erw. 2 und für Bern noch den Plenarentscheid des bernischen Appellationshofes vom 27. März 1919 Zeitschrift des bern. Juristenvereins 55. S. 117). Da durch die Abweisung des Rekurses lediglich erklärt wird, dass der angefochtene Entscheid nicht willkürlich, nicht dass die Gesetzesauslegung, auf der er beruht, im Gegensatz zu BGE 53 III 206, 54 III 11 die richtige sei, ist auch der Fall des Art. 23 II OG nicht gegeben.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Beschwerde wird abgewiesen