

## S. 353 / Nr. 54 Rechtsgleichheit (Rechtsverweigerung) (d)

BGE 73 I 353

54. Urteil der II. Zivilabteilung als staatsrechtlicher Kammer vom 16. Oktober 1947 i. S. Spitz gegen und Rekursrichter für Schuldbetreibung und Konkurs des Kantonsgerichts St. Gallen.

Seite: 353

Regeste:

Konkurseröffnung:

In der Nichtberücksichtigung der Einrede, die Konkursandrohung sei wegen hängiger Aberkennungsklage nichtig, liegt formelle Rechtsverweigerung. Art. 4 BV, 172 und 173 SchKG.

Ouverture de la faillite.

Commet un déni de justice formel le juge qui prononce la faillite alors que le débiteur excipe de l'ouverture de l'action en libération de dette pour conclure à la nullité de la commination de faillite. Art. 4 Cst., 172 et 173 LP.

Dichiarazione del fallimento.

Incorre in un diniego di giustizia quanto alla forma il giudice che dichiara il fallimento benchè il debitore faccia valere la nullità della comminatoria di fallimento pel fatto che è stata promossa azione d'inesistenza di debito. Art. 4 CF, 172 e 173 LEF.

A. In der Betreibung Nr. 3827 des Betreibungsamtes St. Gallen erhob der Schuldner Spitz Rechtsvorschlag und, da der Gläubiger Bongni provisorische Rechtsöffnung erhielt, rechtzeitig Aberkennungsklage. Trotzdem wurde dem Schuldner der Konkurs angedroht auf Grund einer unrichtigen Bescheinigung des Vermittleramtes, wonach eine Aberkennungsklage unterblieben wäre. Der Anwalt

Seite: 354

des Gläubigers will diese Bescheinigung nicht selber dem Betreibungsamte vorgelegt haben, vielmehr habe dies seine Sekretärin versehentlich getan. Da indessen die «Herrn Mattes mit Vollmacht» zugestellte Konkursandrohung nicht mit Beschwerde angefochten wurde, glaubte der Anwalt des Gläubigers gestützt darauf dann doch das Konkursbegehren stellen zu dürfen, zumal sich der Schuldner durch ständige Abwesenheit der Aufnahme eines Güterverzeichnisses entzogen habe.

B. Die an den Schuldner ergangene Vorladung zur Konkursverhandlung kam zurück mit dem Vermerk «nicht abgeholt» Der Schuldner erschien auch nicht. Der Richter eröffnete am 9. August 1947 auf Grund von Zahlungsbefehl und Konkursandrohung den Konkurs.

a. Die Berufung des Schuldners nach Art. 174 SchKG blieb erfolglos. Der Rekursrichter erklärte zwar die Einwendung der Ungültigkeit der Konkursandrohung nicht etwa als verspätet. Er fand jedoch, der Konkursrichter könne die Gültigkeit der ihm vorgelegten Konkursandrohung nicht überprüfen; diese wäre für ihn nach Art. 172 Ziff. 1 SchKG nur dann unbeachtlich, wenn sie von der Aufsichtsbehörde aufgehoben worden wäre; der vom Schuldner geleistete Nachweis der hängigen Aberkennungsklage rechtfertige auch nicht die Aussetzung des Konkurserkenntnisses gemäss Art. 173 SchKG. Der Schuldner hätte sich mit einer Beschwerde gegen die Fortsetzung der Betreibung wehren müssen, wie denn Jäger, zu Art. 172 N. 2, bemerke: «Auf den Weg der Beschwerde ist der Schuldner auch zu verweisen, wenn er geltend macht, dass die Konkursandrohung wegen Anstellung einer Aberkennungsklage ungültig sei».

D. Gegen diesen Entscheid vom 13. September 1947 richtet sich die vorliegende, auf Art. 4 BV gestützte staatsrechtliche Beschwerde des Schuldners. Dieser hält die Bestätigung der Konkurseröffnung trotz hängig gebliebener Aberkennungsklage als unhaltbar und willkürlich.

Seite: 355

Der Gläubiger beantragt Abweisung der Beschwerde. Der Rekursrichter verweist auf die Begründung seines Entscheides.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Daraus, dass der Konkurs trotz nicht gelungener Vorladung zur Konkursverhandlung eröffnet wurde, leitet der Schuldner keinen Beschwerdegrund her. Er ist denn auch mit seinen Einwendungen in der Berufungsinstanz zu Gehör gekommen. Der Rekursrichter hat dazu gerade so Stellung genommen, wie es nach seiner Ansicht in erster Instanz hätte geschehen müssen, wenn der Schuldner seine Einwendungen bereits dort vorgebracht hätte.

2. Dagegen hat der Rekursrichter die aus der hängigen Aberkennungsklage hergeleitete Einwendung als untauglich befunden. Er ist der Ansicht, diese Einwendung hätte auf dem Beschwerdewege bei

den Aufsichtsbehörden geltend gemacht werden müssen. Dem Schuldner ist jedoch darin beizustimmen, dass die Konkursöffnung bzw. deren Bestätigung über den mit rechtzeitiger Aberkennungsklage festgehaltenen Rechtsvorschlag hinweg eine gegen Art. 4 BV verstossende formelle Rechtsverweigerung bedeutet.

Freilich ist es trotz der Aberkennungsklage aber nur auf Grund einer falschen Bescheinigung über deren Unterbleiben zur Konkursandrohung gekommen, die der Schuldner nicht durch Beschwerde angefochten hat. Allein diese Konkursandrohung kann nicht in Rechtskraft erwachsen sein. Sie widerspricht dem wahren Stande des Verfahrens. Das Betreibungsamt hätte sie denn auch keinesfalls ohne die erwähnte vom Gläubiger unrechtmässig benützte Bescheinigung dem Schuldner zugestellt. Es hatte ja den Rechtsvorschlag als gültig anerkannt, und der Schuldner hatte diesen nicht etwa zurückgezogen, sondern gegenüber der vom Gläubiger erreichten provisorischen Rechtsöffnung Aberkennungsklage erhoben, die hängig geblieben ist. Somit kann aus der Unterlassung

Seite: 356

einer Beschwerdeführung gegen die Konkursandrohung nicht auf einen Verzichtwillen des Schuldners geschlossen werden; vielmehr muss diese Untätigkeit blosser Nachlässigkeit zugeschrieben werden, während die aufrechterhaltene Aberkennungsklage den Willen, die Betreibung weiterhin zu hemmen, eindeutig zum Ausdruck bringt. Bei diesem wahren Stande des Verfahrens muss es bleiben. Dem Gläubiger kann nicht zugestanden werden, mit der durch eine falsche Bescheinigung erlangten Konkursandrohung einen Vollstreckungstitel erlangt zu haben, vor dem die regelrecht erhobene Aberkennungsklage des Schuldners ihre betreibungshemmende Wirkung verlieren müsste.

Diese Erwägungen lassen die Konkursandrohung als nichtig erscheinen. Jedenfalls bestehen für die Annahme der Nichtigkeit so schwerwiegende Gründe, dass der Richter nicht darüber hinwegschreiten durfte, sondern mindestens den Entscheid über das Konkursbegehren hätte aussetzen und die Frage nach der Gültigkeit der Konkursandrohung der Aufsichtsbehörde unterbreiten müssen, entsprechend Art. 173 SchKG.

Das Gesetz will nicht, dass auf Grund einer nichtigen Konkursandrohung der Konkurs eröffnet werde. Nach Art. 172 Ziff. 1 SchKG ist das Konkursbegehren abzuweisen, wenn die Konkursandrohung von der Aufsichtsbehörde aufgehoben worden ist. Steht ein Nichtigkeitsgrund in Frage, so muss darüber vor dem Entscheid über das Konkursbegehren Klarheit geschaffen werden. Bereits der allfällige Umstand, dass der Schuldner nicht der Konkursbetreibung unterliegt, stellt einen Nichtigkeitsgrund dar. Deshalb eben schreibt Art. 173 SchKG dem Konkursrichter vor, er habe solchenfalls seinen Entscheid auszusetzen und die Angelegenheit der Aufsichtsbehörde zu unterbreiten. Mindestens der gleiche Schutz muss dem Schuldner zuteil werden, wenn nicht nur die vom Betreibungsamt eingeschlagene Betreibungsart, sondern jede auf definitive Vollstreckung abzielende Fortsetzung der

Seite: 357

Betreibung ausgeschlossen ist, wie eben bei fortdauernder Hemmung der Betreibung durch einen vom Betreibungsamt als gültig erachteten Rechtsvorschlag und gegebenenfalls rechtzeitig angehobene und hängig gebliebene Aberkennungsklage (Art. 78 ff. SchKG).

Die vom Rekursrichter erwähnte Kommentarstelle kann dem nicht entgegengehalten werden. Sie lässt sich übrigens nach dem Zusammenhang sehr wohl dahin verstehen, dass nicht nur eine bereits hängige Beschwerde zu berücksichtigen, sondern dem Schuldner auch eine allenfalls erst noch (binnen kurzer Frist) zu führende Beschwerde vor dem Entscheid über das Konkursbegehren zu ermöglichen sei. Indessen besteht kein Grund, den Schuldner auf den Beschwerdeweg zu verweisen, sofern er nicht etwa selbst diesen Weg einschlagen will. Vielmehr hat der Konkursrichter, wie es Art. 173 SchKG vorschreibt, von sich aus an die Aufsichtsbehörde zu gelangen. Ob er die vorliegende, nicht die Betreibungsart, sondern die Vollstreckbarkeit des Zahlungsbefehls betreffende Einrede, wenigstens sofern sie als liquid erscheint, in eigener Zuständigkeit zu entscheiden befugt sei, mag dahingestellt bleiben.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Beschwerde wird gutgeheissen und der Entscheid des Rekursrichters vom 13. September 1947 sowie das bei diesem angefochtene Konkurserkennnis vom 9. August 1947 aufgehoben