

S. 273 / Nr. 47 Rechtsgleichheit (d)

BGE 76 I 273

47. Urteil der II. Zivilabteilung als staatsrechtlicher Kammer vom 19. Dezember 1950 i. S. Müller gegen Solothurn, Obergericht und Obergerichtspräsident.

Seite: 273

Regeste:

Konkurseröffnung, Berufung (Art. 174 SchKG).

1. willkürliche Verweigerung der aufschiebenden Wirkung?

2. Es ist willkürlich, nach dem erstinstanzlichen Konkursurteil eingetretene Tatsachen (Rückzug des Konkursbegehrens, Tilgung, Stundung) im Berufungsverfahren zu berücksichtigen oder nicht zu berücksichtigen, je nachdem ob der Berufung aufschiebende Wirkung erteilt wurde oder nicht.

Jugement de faillite. Recours (art. 174 LP).

1. La décision qui refuse d'attribuer un effet suspensif au recours est-elle arbitraire?

2. Le fait que le recours a été pourvu d'effet suspensif est indifférent pour la solution de la question de savoir s'il y a lieu de tenir compte de faits postérieurs au jugement de faillite (tels que le retrait de la réquisition de faillite, le paiement ou le sursis). Lier la solution de cette question à la solution de la première constitue une mesure arbitraire.

Dichiarazione di fallimento. Ricorso (art. 174 LEF).

1. È arbitraria la decisione che rifiuta di attribuire effetto sospensivo al ricorso?

2. È arbitrario di tener conto o di non tener conto dei fatti posteriori alla sentenza dichiarativa del fallimento (ritiro della domanda di fallimento, pagamento, dilazione) secondo che al ricorso sia stato attribuito o no effetto sospensivo.

A. - Mit Erkenntnissen vom 29. August und 5. September 1950 eröffnete der Amtsgerichtspräsident von Solothurn-Lebern auf Begehren der Firma Godet & Cie. bzw. der Firma Droz & Co. über den Beschwerdeführer

Seite: 274

in Anwendung von Art. 166 ff. SchKG den Konkurs. Diese Erkenntnisse wurden dem Beschwerdeführer am 1. bzw. 6. September 1950 zugestellt. Am 27. September 1950 (dem dritten Tage nach Ablauf der Bettags-Betreibungsferien) schrieb der Beschwerdeführer dem Obergerichte des Kantons Solothurn: «Der Unterzeichnete erhebt gegen den Konkurseröffnungsentscheid des Amtsgerichtspräsidenten von Solothurn-Lebern vom 29. August und 5. September 1950 Appellation. Der Obergerichtspräsident verfügte am 28. September, für keines der beiden Urteile werde aufschiebende Wirkung erteilt.

Zu Beginn der Obergerichtlichen Verhandlung vom 10. Oktober 1950 telegraphierte die Firma Godet & Cie. dem Obergerichte, sie ziehe ihr Konkursbegehren zurück. Die Firma Droz & Co. hatte dem Beschwerdeführer schon am 3. Oktober 1950 bescheinigt, sie erteile ihm Saldoquittung und ziehe das Konkursbegehren zurück unter der Bedingung, dass ihr der bei In Konkursrichter geleistete Kostenvorschuss voll zurückbezahlt werde. Gestützt auf diese neuen Tatsachen beantragte der Beschwerdeführer Aufhebung der Konkursurteile.

Das Obergericht hat am 10. Oktober 1950 seine Berufung abgewiesen und die Konkursurteile des Amtsgerichtspräsidenten als in Rechtskraft erwachsen erklärt mit der Begründung, gemäss seinen grundlegenden Entscheiden vom 25. März 1950 i. S. Jetzer & Cie. und Glauser seien bei der Berufung gegen ein Konkursurteil in zweiter Instanz neue Tatsachen und Beweismittel (und zwar auch solche, die im Zeitpunkt des erstinstanzlichen Erkenntnisses noch nicht bestanden hatten) «bis und mit der Hauptverhandlung zulässig», aber nur unter der Voraussetzung, dass der Berufung aufschiebende Wirkung erteilt worden sei diese Voraussetzung sei hier nicht erfüllt daher seien die vom Beschwerdeführer vorgebrachten Nova nicht zu berücksichtigen.

B. - Den Entscheid des Obergerichtes vom 10. Oktober und denjenigen des Obergerichtspräsidenten vom

Seite: 275

28. September 1950 ficht der Beschwerdeführer mit staatsrechtlicher Beschwerde wegen Verletzung von Art. 4 BV an. Er macht geltend, es sei willkürlich, dass das Obergericht Nova nur dann zulasse, wenn der Berufung nach Art. 174 Abs. 2 SchKG aufschiebende Wirkung zuerkannt worden sei Willkür bedeute es auch, dass der Obergerichtspräsident seiner Berufung die aufschiebende Wirkung verweigert habe.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.- Der Beschwerdeführer, der den erstinstanzlichen Verhandlungen ferngeblieben war, brachte auch mit der Berufungserklärung nichts vor, was gegen die Konkursöffnung gesprochen hätte, und die Akten, die dem Obergerichtspräsidenten vorlagen, als er über die aufschiebende Wirkung entschied, boten auch sonst keinen Anhaltspunkt für die Annahme, dass der Konkurs zu Unrecht eröffnet worden sei. Nach diesen Akten hatte die Berufung also keine Aussicht auf Erfolg. Wenn die obere Gerichts Instanz Berufungen, die auf Grund der vorliegenden Akten als aussichtslos erscheinen, die aufschiebende Wirkung versagt, so macht sie von dem ihr gemäss Art. 174 Abs. 2 SckKG zustehenden Ermessen einen vernünftigen Gebrauch. Es kann daher keine Rede davon sein, dass der Entscheid vom 28. September 1950 offensichtlich unhaltbar und deshalb willkürlich sei. Dies lässt sich übrigens auch schon deswegen nicht sagen, weil der Beschwerdeführer um die Gewährung der aufschiebenden Wirkung gar nicht nachgesucht hatte...

Soweit die Beschwerde sich gegen den Entscheid des Obergerichtspräsidenten richtet, ist sie also unbegründet.

2. -... Die Beschwerde gegen den Entscheid des Obergerichtes vom 10. Oktober 1950 (dem nicht etwa Anwendung von kantonalem statt dem massgebenden eidgenössischen Recht, sondern allein Willkür in der Anwendung dieses letztem vorgeworfen wird) kann nur dann geschützt werden, wenn es sich als willkürlich erweist, im Falle der

Seite: 276

Berufung gegen ein erstinstanzliches Konkursurteil die Zulassung von Nova, wie sie hier in Frage stehen, davon abhängig zu machen, dass der Berufung aufschiebende Wirkung erteilt wurde.

3.- Bei den Nova, die der Beschwerdeführer vor der Vorinstanz geltend gemacht hat, handelt es sich um nach dem erstinstanzlichen Konkursurteil eingetretene Tatsachen, die jedenfalls dann, wenn sie vorher eingetreten und zur Kenntnis des Richters gelangt wären, die Konkursöffnung verboten hätten. Die Frage, ob und allenfalls unter welchen Voraussetzungen die Berufungsinstanz solche Nova (als namentlich Rückzug des Konkursbegehrens Zahlung oder Stundung nach dem erstinstanzlichen Urteil) zu berücksichtigen habe, ist umstritten.

a) In BGE 36 I 383 ff., bei Beurteilung einer Beschwerde gegen die Nichtberücksichtigung einer schon vor dem erstinstanzlichen Entscheid erteilten, aber dem erstinstanzlichen Richter nicht bekannt gewordenen Stundung, leitete die Staatsrechtliche Abteilung des Bundesgerichts aus dem SchKG den Satz ab, dass der zweitinstanzliche Richter auch solche Tatsachen zu berücksichtigen habe, die zwar dem erstinstanzlichen Richter nicht bekannt waren, aber doch schon zur Zeit des erstinstanzlichen Entscheides existierten, und bemerkte nebenbei, es könne dahingestellt bleiben, «ob der zweitinstanzliche Richter auch allfällig nach dem erstinstanzlichen Urteile eingetretene, an sich konkurshindernde Tatsachen... zu berücksichtigen habe und ob vielleicht in dieser Beziehung ein Unterschied zu machen sei, je nachdem dem erstinstanzlichen Konkursurteil (gemeint: der Berufung gegen dieses) gemäss Art. 174 Abs. 2 aufschiebende Wirkung erteilt wurde oder nicht (S. 388 unten).

b) Im Falle BGE 46 I 365 ff., wo sich der Schuldner darüber beschwerte, dass der Rekursrichter den am Tage vor der zweitinstanzlichen Verhandlung erfolgten Rückzug des Konkursbegehrens in Anwendung kantonaler Prozessvorschriften als unbeachtlich erklärt hatte, nahm die

Seite: 277

Staatsrechtliche Abteilung an, durch die Eröffnung des Konkurses werde ein über die Parteien des Konkursöffnungsprozesses hinausgehendes Rechtsverhältnis begründet; daher sei das Konkursverfahren, sobald einmal rechtskräftig eröffnet, der Verfügung der Parteien jenes Prozesses entrückt; rechtskräftig ausgesprochen sei die Konkursöffnung schon mit dem Erkenntnis des erstinstanzlichen Richters; die Berufung gegen das erstinstanzliche Konkursurteil habe nicht von Gesetzes wegen, sondern nur auf besondere Anordnung des Berufungsrichters aufschiebende Wirkung, und eine solche Verfügung hemme nicht die Rechtskraft, sondern nur die Vollstreckung des Konkursurteils hieraus folge der bundesrechtliche Satz, dass das Konkursbegehren nach der Eröffnung des Konkurses durch den Konkursrichter erster Instanz im Berufungsverfahren nicht mehr wirksam zurückgezogen werden könne obwohl zu Unrecht auf kantonale Prozessvorschriften gestützt, sei der angefochtene Entscheid also im Ergebnis nicht zu beanstanden.

In BGE 47 I 205 ff. wies die Staatsrechtliche Abteilung die Beschwerde eines Schuldners ab, der u. a. geltend gemacht hatte, die Nichtberücksichtigung des nachträglichen Rückzugs des Konkursbegehrens bedeute eine materielle Rechtsverweigerung.

Mit diesen beiden Entscheiden stimmt die (schon vorher eingeführte) Rechtsprechung des bernischen Appellationshofes überein, die nach dem erstinstanzlichen Konkursurteil eingetretene Tatsachen in jedem Falle, also auch dann als unbeachtlich erklärt, wenn der Berufung gegen dieses Erkenntnis aufschiebende Wirkung erteilt wurde (ZBJV 55 S. 317 ff. LEUCH, N. 5 zu Art. 356 der

bern. ZPO weitere Zitate bei BRAND, SJZ 44 S. 50). Ebenso die frühere zürcherische und solothurnische Praxis (BIZR 15 Nr. 191, 27 Nr. 200 Rechenschaftsberichte des Solothurn. Obergerichtes 1934 Nr. 23, 1947 Nr. 21).

c) Im Entscheide BGE s3 III 204 ff., der eine Kollokationsklage betraf, führte die II. Zivilabteilung des

Seite: 278

Bundesgerichtes aus, das Konkurserkennnis vermöge, wenn es durch ein Rechtsmittel angefochten und diesem aufschiebende Wirkung zuerkannt worden sei, weder auf das Vermögen des Schuldners noch auf die Rechte der Gläubiger die in Art. 197 ff. und 208 ff. SchKG vorgesehenen Wirkungen auszuüben (S. 206 f.).

In BGE 54 III 9 ff. folgte die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Bundesgerichts dieser Auffassung bei Beurteilung der Frage, wie Gläubiger ihre Rechte wahren können, die dem Gemeinschuldner während der Hängigkeit der Berufung gegen die Konkursöffnung Darlehen gewährt hatten.

Im Falle BGE 57 I 361 ff. focht der Schuldner einen zweitinstanzlichen Konkursöffnungsentscheid, der das Einverständnis des Gläubigers mit der Aufhebung des erstinstanzlichen Erkenntnisses als unerheblich erklärt hatte, mit der Begründung an, die Annahme der Vorinstanz sei willkürlich, dass das erstinstanzliche Konkurserkennnis auch dann, wenn die Berufungsinstanz der dagegen ergriffenen Berufung Suspensivwirkung zuerkannt habe, schon mit der Ausfällung rechtskräftig werde und da her durch den Rückzug des Konkursbegehrens erst in zweiter Instanz nicht mehr beseitigt werden könne diese Auffassung stehe in Widerspruch zu BGE 53 III 204 ff. und 54 III 9 ff. Die Staatsrechtliche Abteilung wies die Beschwerde ab mit der Begründung, es sei zwar nicht zu verkennen, dass die beiden eben genannten Entscheidungen auf einer Auffassung über die Bedeutung der Verfügung nach Art. 174 Abs. 2 und Art. 36 SchKG, und den Einfluss derselben auf das erstinstanzliche Konkurserkennnis beruhen, die von derjenigen des Staatsgerichtshofes in den Fällen BGE 46 I 365 und 47 I 205 abweiche und folgerichtig wohl dazu führen müsste, die Frage, ob nach dem erstinstanzlichen Erkenntnis eingetretene, an sich konkurshindernde Tatsachen im Berufungsverfahren noch geltend gemacht werden können, im Gegensatz zu den frühern Urteilen grundsätzlich zu bejahen (JAEGER,

Seite: 279

Supplement III, zu Art. 174 N. 7); daraus ergebe sich aber nur, dass es sich um einen Auslegungsstreit handle, der so oder anders gelöst werden könne; der Vorwurf, dass der Rekursrichter klares Recht willkürlich missachtet habe, könne damit nicht begründet werden; von einer Rechtsverweigerung in diesem Sinne könnte selbst dann nicht die Rede sein, wenn die erwähnten Urteile des Staatsgerichtshofes nicht vorlägen, weil die Auslegung, die der Rekursrichter dem SchKG gegeben habe, sich auf alle Fälle «ebenfalls durch ernsthafte, mit der Fassung des Gesetzes nicht in Widerspruch geratende Gründe stützen lasse.

In der Folge machte sich das zürcherische Obergericht die in BGE 53 III 204 ff. und 54 III 9 ff. ausgesprochene Ansicht zu eigen, dass das erstinstanzliche Konkurserkennnis auf das Vermögen des Schuldners und die Rechte der Gläubiger keinerlei Wirkung ausübe, wenn der Berufung gegen dieses Erkenntnis aufschiebende Wirkung erteilt worden sei. Daraus schloss es, dass in diesem (und nur in diesem) Falle das Konkursbegehren bis zum Zeitpunkte des Entscheides durch die Rechtsmittel Instanz wirksam zurückgezogen werden könne (BIZR 34 Nr. 81). Diese neue (laut SJZ 46 S. 377 ff. seit 1. Dezember 1950 nicht mehr oder doch nicht mehr uneingeschränkt aufrechterhaltene) Praxis des zürcherischen Obergerichtes hat das Solothurnische Obergericht in seinen grundsätzlichen Entscheiden vom 25. März 1950, auf die es im heute angefochtenen Entscheid hinweist, in dem Sinne übernommen, dass es nach dem erstinstanzlichen Konkurserkennnis eingetretene, vor Schluss der zweitinstanzlichen Hauptverhandlung vorgebrachte und durch Urkunden bewiesene Tatsachen wie Tilgung und Stundung der Schuld und Rückzug des Konkursbegehrens berücksichtigt, wenn der Berufung aufschiebende Wirkung gewährt wurde.

4.- Dem Obergericht ist zuzugeben, dass die Motive der drei in Erw. 3 lit. c genannten Bundesgerichtsurteile die Annahme nahelegen, das Bundesrecht lasse sich ohne

Seite: 280

Willkür dahin auslegen, dass der Berufungsrichter nach dem erstinstanzlichen Konkurserkennnis eingetretene Tatsachen dann und nur dann zu berücksichtigen habe, wenn der Berufung in Anwendung von Art. 174 Abs. 2 SchKG aufschiebende Wirkung erteilt wurde. Diese Auslegung ist offenbar vor allem gemeint, wenn in BGE 57 I 361 ff. unter Hinweis auf JAEGER gesagt wird, die den BGE 53 III 204 ff. und 54 III 9 ff. zugrunde liegende Auffassung über die Bedeutung der Verfügung nach Art. 174 Abs. 2 müsste wohl dazu führen, die Frage der Berücksichtigung nachträglich eingetretener Tatsachen grundsätzlich zu bejahen. In BGE 57 I 361 ff. war jedoch nur zu

entscheiden, ob die andere Auslegung willkürlich sei, laut welcher ein nach dem erstinstanzlichen Erkenntnis erfolgter Rückzug des Konkursbegehrens in keinem Falle berücksichtigt werden kann, und in BGE 53 III 204 ff. und 54 III 9 ff. war überhaupt nicht über die Berücksichtigung von Nova im Berufungsverfahren zu befinden. Die Frage, ob die dem heute angefochtenen Entscheid zugrunde liegende Auslegung vertretbar oder willkürlich sei, bildete also in diesen Fällen nicht die zu entscheidende Streitfrage.

Bei näherer Prüfung erweist sich diese Auslegung, wonach der Entscheid über die Gewährung der aufschiebenden Wirkung auch für die Berücksichtigung von nach dem erstinstanzlichen Konkurserkennntnis eingetretenen Tatsachen massgebend ist, als unhaltbar. Wird der Berufung gegen das erstinstanzliche Konkurserkennntnis aufschiebende Wirkung erteilt, so bedeutet dies, dass jenes Erkenntnis einstweilen seine Wirkungen nicht entfalten und auf jeden Fall nicht vollstreckt werden kann, wie es beim Mangel einer solchen Verfügung der Fall wäre. Ob eine solche Verfügung getroffen werden soll, ist dem Ermessen der Berufungsinstanz oder (vgl. Art. 36 SchKG) ihres Präsidenten anheimgestellt. Da über die Erteilung oder Verweigerung der aufschiebenden Wirkung normalerweise zu Beginn des zweitinstanzlichen Verfahrens entschieden wird, kann die zuständige Behörde bei ihrem

Seite: 281

Entscheid auch nur die bis zu diesem Zeitpunkt eingetretenen Tatsachen in Betracht ziehen. Würde die Berücksichtigung von Nova im Berufungsverfahren an die Voraussetzung geknüpft, dass der Berufung aufschiebende Wirkung erteilt wurde, so würde also dem Entscheid über die Gewährung oder Verweigerung dieser Wirkung eine weitergehende Bedeutung verliehen, als sie ihm nach dem Gesetze zukommt. Die Berücksichtigung von Nova würde von einem Ermessensentscheid abhängig gemacht, den praktisch meist nicht die Berufungsinstanz, sondern ihr Präsident allein trifft, und der regelmässig vor dem Zeitpunkte getroffen wird, bis zu dem nach der hier bekämpften Auslegung Nova (die Bewilligung der aufschiebenden Wirkung vorausgesetzt) noch vorgebracht werden können. Ob nach dem erstinstanzlichen Konkurserkennntnis eingetretene, an sich konkurshindernde Tatsachen im Berufungsverfahren zur Geltung gebracht werden können, hinge also weitgehend vom Zufall ab. Der Schuldner, der solche Tatsachen vor dem Entscheid über die aufschiebende Wirkung geltend zu machen vermag, würde einen ihm günstigen Vor- und Hauptentscheid erreichen. Derjenige, dem es erst später möglich ist, solche Tatsachen vorzubringen, müsste dagegen gewärtigen, dass die aufschiebende Wirkung ihm verweigert und seine Berufung abgewiesen wurde. Darin läge eine sachlich nicht zu rechtfertigende Ungleichheit der Behandlung. Die Auffassung, wonach Tatsachen der erwähnten Art im Berufungsverfahren dann und nur dann zu berücksichtigen sind, wenn der Berufung gegen das erstinstanzliche Konkurserkennntnis aufschiebende Wirkung gewährt wurde, erscheint aus diesen Gründen als willkürlich. Der angefochtene Entscheid, der auf dieser Auffassung beruht, ist deshalb wegen Verletzung von Art. 4 BV aufzuheben.

5.- Aus der Aufhebung des angefochtenen Entscheides folgt nicht ohne weiteres, dass die Vorinstanz die Berufung des Beschwerdeführers gegen die erstinstanzlichen Konkurserkennntnisse mit Rücksicht auf den seither

Seite: 282

erfolgten Rückzug der Konkursbegehren gutheissen müsse. Die Vorinstanz wird sich vielmehr zu entschliessen haben, ob sie zu ihrer frühern Rechtsprechung zurückkehren, d. h. die Berücksichtigung nachträglich eingetretener Tatsachen unter allen Umständen ablehnen will, was nach BGE 46 t:365 ff. richtig und nach BGE 57 I 361 ff. auf jeden Fall nicht willkürlich ist, oder ob sie solche Tatsachen ohne Rücksicht darauf, ob der Berufung aufschiebende Wirkung zuerkannt wurde, beachten und damit eine Praxis einleiten will, zu der das Bundesgericht (soweit sich dies anhand der veröffentlichten Entscheide feststellen lässt) noch nie Stellung zu nehmen hatte.

Demnach erkennt das Bundesgericht

Die Beschwerde wird dahin gutgeheissen, dass der Entscheid des Obergerichtes des Kantons Solothurn vom 10. Oktober 1950 aufgehoben wird