

### III. Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

#### 47 Art. 190 Abs. 2 SchKG

##### **Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung**

**Im Fall einer Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung ist zwingend eine mündliche Konkursverhandlung durchzuführen.**

Aus dem Entscheid des Obergerichts, 4. Zivilkammer, vom 15. August 2018, in Sachen Kanton Aargau gegen S.R. AG (ZSU.2018.116).

#### *Aus den Erwägungen*

##### 2.4.

##### 2.4.1.

Die ZPO sieht in Art. 251 lit. a ZPO für Entscheide, die vom Konkursgericht getroffen werden, das summarische Verfahren (Art. 252 ff. ZPO) vor. Art. 256 Abs. 1 ZPO hält fest, dass das Gericht auf die Durchführung einer Verhandlung verzichten und aufgrund der Akten entscheiden kann, sofern das Gesetz nichts anderes bestimmt.

##### 2.4.2.

Der Schuldner wird, wenn er in der Schweiz wohnt oder in der Schweiz einen Vertreter hat, mit Ansetzung einer kurzen Frist vor Gericht geladen und einvernommen (Art. 190 Abs. 2 SchKG).

##### 2.4.3.

Soweit ersichtlich hat sich das Bundesgericht zur Frage, ob das Verfahren gemäss Art. 190 Abs. 2 SchKG schriftlich oder - zwingend - mündlich durchzuführen ist, bisher nicht geäußert bzw. diese Frage offen gelassen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5P.169/2003 vom 6. Juni 2003 E. 2.3.4). Vor Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung war diese Frage in der kantonalen Rechtsprechung unterschiedlich beantwortet worden (vgl. Brunner/Boller, in:

Staehelin/Bauer/Staehelin, Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, 2. Aufl. 2010, Art. 190 N. 27 mit Hinweisen auf Urteil des Einzelrichters am Kantonsgericht St. Gallen vom 26. Juni 2003, SGGVP 2003, Nr. 92 S. 257 ff., und Urteil des Obergerichts Thurgau vom 13. August 2001, RBOG 2001 Nr. 22 S. 149).

#### 2.4.4.

Die Lehre äussert sich auch uneinheitlich und ist geteilter Ansicht. Ein Teil der Lehre erachtet unter Verweis auf die Formulierung von Abs. 2 "vor Gericht geladen" ein schriftliches Verfahren für unzulässig (Talbot, in: Kren Kostkiewicz/Vock, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG, 4. Aufl. 2017, Art. 190 N. 20). Ein anderer Teil der Lehre hält - teilweise unter Rückgriff auf die Schweizerische Zivilprozessordnung - dafür, Art. 190 Abs. 2 SchKG sei nicht verletzt, wenn das Konkursgericht dem Schuldner Frist zur schriftlichen Stellungnahme ansetze, anstatt zu einer mündlichen Verhandlung vorzuladen (Huber, in: Hunkeler, Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, Kurzkommentar, 2. Aufl. 2014, Art. 190 N. 20; Brunner/Boller, a.a.O., Art. 190 N. 27). An anderer Stelle wird in der Literatur ausgeführt, die Auffassung, dass Art. 190 Abs. 2 SchKG nicht verletzt sei, wenn das Konkursgericht dem Schuldner Frist zur schriftlichen Stellungnahme ansetze, anstatt eine mündliche Verhandlung anzuberaumen (vgl. Urteil des Obergerichts Thurgau vom 13. August 2001, RBOG 2001 Nr. 22 S. 149), sei fraglich (Levante, Aktuelles aus der Rechtsprechung zum Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, in: AJP 2015 S. 579 ff., S. 585 f.).

#### 2.4.5.

Der Wortlaut von Art. 190 Abs. 2 SchKG ("vor Gericht geladen und einvernommen") spricht für die Durchführung einer Konkursverhandlung und damit für ein mündliches Verfahren.

#### 2.4.6.

Wenn auch Art. 194 Abs. 1 SchKG nicht auf Art. 168 SchKG verweist und die Bestimmung von Art. 168 SchKG daher auf die Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung keine Anwendung findet, wird auch bei der Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung - wie dargelegt - der Schuldner mit Ansetzung einer kurzen

Frist vor Gericht geladen und einvernommen (Art. 190 Abs. 2 SchKG). Es darf daher - unter gesetzessystematischen und teleologischen Gesichtspunkten - die Regelung von Art. 168 SchKG vergleichsweise Berücksichtigung finden. Im Rahmen der ordentlichen Konkursbetreibung steht - soweit ersichtlich und wohl abgesehen von offensichtlich unzulässigen oder unbegründeten Begehren (vgl. Talbot, a.a.O., Art. 168 N. 2 mit Hinweisen und Art. 190 N. 20; a.M. Nordmann in: Staehelin/Bauer/Staehelin, Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, 2. Aufl. 2010, Art. 168 N. 5) - im Zusammenhang mit Art. 168 SchKG ausser Frage, dass es sich bei der Vorladung um ein Formalerfordernis der Konkurseröffnung handelt, womit der Richter verpflichtet ist, zu einer Verhandlung zu laden (Staehelin, in: Bauer/Staehelin, Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Ergänzungsband zur 2. Auflage, 2017, Art. 171 ad N. 3 mit Hinweis auf das Urteil des Bundesgerichts 5A\_403/2014 vom 19. August 2014 E. 4.1). Deshalb kann eine Partei, die - wie hier - nicht (bzw. nicht rechtzeitig) vorgeladen worden ist, die Aufhebung des Konkursdekrets auf dem Rechtsmittelweg bei der oberen Instanz verlangen, ausgenommen den Fall vorbehaltloser Einlassung (vgl. Nordmann, a.a.O., Art. 168 N. 15 mit Hinweisen).

Kein Zweifel besteht ferner über das von der EMRK garantierte Recht des Schuldners, sich an der Konkursverhandlung mündlich zu äussern, gerade bei unübersichtlichen Verhältnissen (EGMR-Urteil 48962/99 vom 5. Juli 2005, Exel gegen Tschechische Republik, Rz. 57; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 5D\_181/2011 vom 11. April 2012 E. 3.1.2), wie sie sich häufig bei Konkursbegehren ohne vorgängige Betreibung (Art. 190 Abs. 1 SchKG) präsentieren (Levante, a.a.O., S. 585 f.). Somit spricht auch dieser Aspekt für ein mündliches Verfahren.

Alsdann erscheint es aus gesetzessystematischen Überlegungen als problematisch, die Frage, ob das Verfahren gemäss Art. 190 Abs. 2 SchKG schriftlich oder mündlich durchzuführen ist, unter Rückgriff auf die Regelung von Art. 256 Abs. 1 ZPO lösen zu wollen und davon auszugehen, es könne in Anwendung von Art. 256 Abs. 1 ZPO auf die Durchführung einer mündlichen Konkursverhandlung

verzichtet und aufgrund der Akten in einem schriftlichen Verfahren entschieden werden. Wie in der Lehre zu Recht betont wird (vgl. u.a. Vock/Meister-Müller, SchKG-Klagen nach der Schweizerischen ZPO, 2. Aufl. 2018, S. 243; Giroud, in: Staehelin/Bauer/Staehelin, Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, 2. Aufl. 2010, Art. 171 N. 3), handelt es sich bei Art. 168 SchKG um eine *lex specialis*, die den allgemeinen Bestimmungen der ZPO vorgeht (Staehelin, a.a.O., Art. 171 ad N. 3 mit Hinweis auf das Urteil des Bundesgerichts 5A\_403/2014 vom 19. August 2014 E. 4.1). Ein sachlicher Grund, weshalb die Eigenschaft als *lex specialis* bei Art. 190 Abs. 2 SchKG abweichend von der Regelung von Art. 168 SchKG behandelt werden soll, ist nicht ersichtlich. Wie Walther zutreffend bemerkt, muss auch unter der neuen ZPO das summarische Verfahren weiterhin Raum für SchKG-spezifische Singularitäten lassen, zumal anlässlich des Gesetzgebungsprozesses dem Verhältnis von ZPO und SchKG keinerlei Aufmerksamkeit gewidmet worden ist (vgl. SZZP 2014, 543 ff. mit Note Walther und vgl. ZBJV 152/2016 S. 450).

Mit der hier für Art. 190 Abs. 2 SchKG befürworteten Durchführung einer mündlichen Konkursverhandlung wird schliesslich auch am ehesten der Tatsache Rechnung getragen, dass es sich beim Verfahren der Konkursöffnung ohne vorgängige Betreibung um einen schwer wiegenden Eingriff in die Rechte des Schuldners handelt. Kommt hinzu, dass der Schuldner - im Unterschied zur Konkursöffnung in der ordentlichen Konkursbetreibung mit der Zustellung des Zahlungsbefehls und der Konkursandrohung - vom Gläubiger vorgängig betreibungsrechtlich nicht belangt wurde. Daher erscheint es als umso wichtiger, dass der Schuldner dem Richter vor einem für ihn folgenschweren Entscheid seine Argumente in einer mündlichen Verhandlung vortragen kann (vgl. SGGVP 2003, Nr. 92 S. 258 f.).

#### 2.4.7.

Indem die Vorinstanz ihren Entscheid lediglich aufgrund der schriftlichen Eingaben der Parteien und ohne Konkursverhandlung gefällt hat, hat sie -analog zur Konstellation des ordentlichen Verfahrens auf Konkursbetreibung (vgl. Art. 166 ff. SchKG) - den An-

spruch der Beklagten auf rechtliches Gehör verletzt (vgl. Nordmann, a.a.O., Art. 168 N. 15 mit Hinweisen; Talbot, a.a.O., Art. 168 N. 9; vgl. auch BGE 138 III 225 E. 3.3 S. 230; Staehelin, a.a.O., Art. 168 ad N. 15), denn diese wurde - wie gezeigt - von der Vorinstanz nicht zu einer Konkursverhandlung vorgeladen und konnte sich entsprechend vor Erlass des Entscheids auch nicht im Rahmen einer Konkursverhandlung mündlich zur Sache äussern.

#### 2.5.

Die Berufung der Beklagten vor der Beschwerdeinstanz auf die fehlende Durchführung einer Konkursverhandlung bzw. auf eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör erweist sich nicht als rechtsmissbräuchlich oder treuwidrig (Art. 52 ZPO). Aufgrund der Erläuterungen der Vorinstanz in der "Bestätigung des Klageeingangs und Informationen zum Verfahren" und des Wortlauts ihrer Verfügung vom 24. November 2017, mit welcher sie der Beklagten das Gesuch um Konkurseröffnung zur Erstattung einer Stellungnahme innert zehn Tagen zustellte mit dem Hinweis, dass der Endentscheid getroffen werde, wenn die Stellungnahme innert der angesetzten Frist *ausbleibe*, musste die Beklagte, die am 4. Januar 2018 zum Gesuch um Konkurseröffnung schriftlich Stellung nahm, nämlich nicht damit rechnen, dass nach Erstattung ihrer schriftlichen Stellungnahme sogleich der Endentscheid getroffen werde. Vielmehr durfte sie aufgrund der Belehrung in der "Bestätigung des Klageeingangs und Informationen zum Verfahren" darauf vertrauen, dass sie zu einer Konkursverhandlung vorgeladen werden würde. Dies gilt umso mehr, als die Belehrung vorbehaltlos formuliert ist und keine Ausnahmen nennt, sondern weiter festhält, dass den Parteien das Erscheinen freigestellt sei und auch in ihrer Abwesenheit entschieden werde (vgl. Art. 194 Abs. 1 i.V.m. Art. 168 und Art. 171 SchKG). Unter diesen Vorzeichen kann aufgrund der konkreten Umstände für das vorinstanzliche Verfahren auch kein impliziter oder stillschweigender Verzicht der Beklagten auf die Durchführung einer Konkursverhandlung angenommen werden.

#### 2.6.

Die von der Vorinstanz mit der unterlassenen Konkursverhandlung begangene Gehörsverletzung kann aufgrund der eingeschränk-

ten Kognition der Beschwerdeinstanz (Art. 320 ZPO) und des teilweisen Novenverbots (Art. 326 ZPO i.V.m. Art. 194 Abs. 1 und Art. 174 Abs. 1 und Abs. 2 SchKG) im Beschwerdeverfahren nicht geheilt werden (vgl. Nordmann, a.a.O., Art. 168 N. 15 mit Hinweisen; Talbot, a.a.O., Art. 168 N. 9; vgl. auch BGE 138 III 225 E. 3.3 S. 230; Staehelin, a.a.O., Art. 168 ad N. 15). Die Beschwerde ist demnach gutzuheissen, der Entscheid der Vorinstanz aufzuheben und die Streitsache gestützt auf Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO zum neuen Entscheid im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.