

98/99 8 Zivilprozessordnung. Art. 174 SchKG. Art. 11 EG/SchKG. Art. 4 BV. Entscheid Konkursrichter. Zulässiges Rechtsmittel: Rekurs nach rSchKG und nEG/SchKG. Konkursbegehren. Die Nichtansetzung einer Nachfrist zur Nachreichung von Zahlungsbefehl und Konkursandrohung verstösst gegen das Verbot des überspitzten Formalismus. Unbeschränkte Zulassung unechter Nova vor oberer Instanz? Frage offengelassen.

Obergericht, 24. Juli 1998, OG Z 98 4

Aus den Erwägungen:

1. Gemäss Art. 94 Abs. 1 ZPO hat der Richter die Prozessvoraussetzungen (Sachentscheidungs Voraussetzungen) von Amtes wegen zu prüfen. Die Zulässigkeit eines Rechtsmittels ist Prozessvoraussetzung (Art. 94, Art. 244 und Art. 254 ZPO). Vorweg stellt sich die Frage des zulässigen Rechtsmittels.

Gegen den Entscheid des Konkursgerichts schreibt das SchKG zwingend die Möglichkeit der Weiterziehung an ein oberes kantonales Gericht vor (Art. 174 SchKG). Im Gegensatz zum aSchKG wird im rSchKG, das seit dem 1. Januar 1997 in Kraft ist, der Begriff "Berufung" für die Bezeichnung eines vollkommenen Rechtsmittels (vgl. Fritzsche/Walder, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Bd. II, Zürich 1993, S. 48) nicht mehr verwendet. Der Bundesgesetzgeber begnügte sich mit "Weiterziehung des Entscheides" oder schlicht mit "Rechtsmittel". Bundesrechtlich gelten aber für die Weiterziehung u.a. folgende Grundsätze: Die Eingabefrist beträgt 10 Tage; sie beginnt mit der Eröffnung des Entscheides zu laufen (Art. 174 Abs. 1 SchKG), ist aber verlänger- und wiederherstellbar; das Rechtsmittel ist bei der Rechtsmittelinstanz einzureichen. Legitimiert sind der Schuldner sowie der Gläubiger, der das Konkursbegehren gestellt hat. Anfechtungsobjekt ist der Entscheid des Konkursgerichts, sei es die Konkursöffnung, sei es der Nichteintretens- oder der Abweisungsentscheid. Die Weiterziehung hat grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung. Die Rechtsmittelinstanz kann (und muss) unter bestimmten Voraussetzungen auch neue Tatsachen und Beweismittel (Nova) berücksichtigen (Amonn/Gasser, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 6. Aufl., Bern 1997, S. 293 N 51 ff.). Von diesen bundesrechtlichen Vorgaben abgesehen, bleibt die Regelung der Einzelheiten des Rechtsmittelverfahrens, insbesondere die Wahl des zulässigen Rechtsmittels, den Kantonen überlassen.

Gemäss Art. 11 nEG/SchKG, das am 1. April 1997 in Kraft getreten ist, sind für die im SchKG dem Richter zugewiesenen Entscheidungen in Bezug auf die Zuständigkeit und das Verfahren die Bestimmungen der ZPO sowie des Reglements über die Anwendung des summarischen Verfahrens bei bundesrechtlichen Streitigkeiten (RB 9.2231) massgebend, soweit das SchKG nichts anderes bestimmt. Nach Art. 25 Ziff. 2 lit. a SchKG haben die Kantone für das Verfahren vor dem Konkursrichter Bestimmungen über das summarische Prozessverfahren zu erlassen. Diese sind u.a. in Art. 220 ff. ZPO und Art. 1 Ziff. 92, 95 - 97 des Reglements enthalten.

Für Streitigkeiten im summarischen Verfahren ist der Landgerichtspräsident zuständig (Art. 8 Abs. 1 lit. b ZPO). Als Rechtsmittel steht grundsätzlich der Rekurs zur Verfügung (Art. 250 Abs. 1 lit. b 1. Teilsatz ZPO). Mit dem Rekurs kann jede Rechtsverletzung und jede unrichtige oder ungenügende Feststellung des Sachverhaltes gerügt werden, die für die Beurteilung der Streitsache wesentlich ist (Art. 251 ZPO). Unangemessenheit kann nicht gerügt werden (Bericht und Antrag des Regierungsrates vom 16. Februar 1994 an den Landrat zur Zivilprozessordnung [ZPO], S. 95 f.). Die Zulässigkeit dieser Rüge wird vom Bundesrecht auch nicht gefordert (Art. 174 SchKG; vgl. dazu im Gegensatz Art. 17 Abs. 1 SchKG). Zulässiges Rechtsmittel gegen den Entscheid des Konkursrichters ist daher der Rekurs (zur Berufung als zulässiges Rechtsmittel unter dem aSchKG: Obergericht des Kantons Uri, Entscheid vom 07.09.1983, in Rechenschaftsbericht über die Rechtspflege des Kantons Uri in den Jahren 1982 und 1983 Nr. 7 S. 46 und Entscheid vom 23.10.1996, OG Z 18/96). Die Rechtsmittelfrist beträgt, wie bereits angeführt, von Bundesrechts wegen 10 Tage (Art. 174 Abs. 1 Satz 1 SchKG). Die Frist ist vorliegend gewahrt. Der Rekurs ist auch formgerecht eingereicht worden (Art. 253 Abs. 2 ZPO). Da das Obergericht sachlich zustän-

dig (Art. 12 Abs. 2 ZPO) und spruchfähig (Art. 33 Abs. 3 i.V.m. Art. 34 Abs. 1 GOG) ist, hat es demnach auf das Rechtsmittel einzutreten.

2. Das Konkursbegehren ist mit dem Doppel des Zahlungsbefehls und der Konkursandrohung beim Konkursgericht am Konkursort einzureichen (Art. 166 Abs. 1 SchKG). Entgegen der Ausführung in der Rekurschrift wurden gemäss Aktenlage diese Urkunden der Vorinstanz nicht eingereicht. Diese trat daher, ohne Ansetzung einer Nachfrist zur Einreichung, auf das Konkursbegehren nicht ein. Die Vorlegung dieser Urkunden ist, wie die Vorinstanz zutreffend annimmt, eine Prozessvoraussetzung (vgl. Art. 94 Abs. 2 lit. f ZPO). Prozessvoraussetzungen müssen erfüllt sein, damit eine Klage bzw. ein Begehren zulässig ist und folglich zu einer Entscheidung in der Sache führen kann. Ihr Vorliegen prüft der Richter von Amtes wegen und nicht erst auf Rüge einer Partei hin (Art. 94 Abs. 1 ZPO; Max Kummer, Grundriss des Zivilprozessrechts, 4. Aufl., Bern 1984, S. 86). Prozessvoraussetzungen sind die Bedingungen des Eintretens auf die Sache. Bei ihrem Fehlen darf nicht (weiterhin) zur Sache verhandelt und es darf kein Sachurteil gefällt werden (Oscar Vogel, Grundriss des Zivilprozessrechts, 5. Aufl., Bern 1997, S. 194 N 68). Der Mangel einer Prozessvoraussetzung kann aber - sofern er überhaupt heilbar ist - verbessert werden. Das Gericht hat, unabhängig von einem Verschulden der Partei, Frist dazu anzusetzen, unter der Androhung, dass sonst auf die Klage nicht eingetreten werde (Frank/Stäuli/Messmer, Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, S. 382 N 19). Ist eine Eingabe formell oder inhaltlich ungenügend, soll sie grundsätzlich zur Verbesserung zurückgewiesen werden (Studer/Rüegg/Eiholzer, Der Luzerner Zivilprozess, Kriens 1994, N 1 zu § 71). Auch die ernerische ZPO gibt in Art. 85 dem Richter die Möglichkeit, Rechtsschriften, die Mängel aufweisen, zur Verbesserung zurückzuweisen (vgl. Art. 94 Abs. 2 lit. f ZPO). Im Gegensatz zum früheren Recht (Art. 132 Abs. 2 aZPO) ist der Richter aber nicht in jedem Fall zur Zurückweisung verpflichtet. Massgeblich sind die Art des Mangels und der Zweck der Eingabe. Ist Letzterer erfüllt, kommt es zu keiner Zurückweisung (Bericht und Antrag, S. 43). Der ernerische Gesetzgeber geht somit grundsätzlich von der Zurückweisung aus.

3. Überspitzter Formalismus ist eine besondere Form der Rechtsverweigerung. Ein solcher liegt vor, wenn für ein Verfahren rigorose Formvorschriften aufgestellt werden, ohne dass die Strenge sachlich gerechtfertigt wäre, wenn die Behörde formelle Vorschriften mit übertriebener Härte handhabt oder an Rechtsschriften überspannte Anforderungen stellt und dem Bürger den Rechtsweg in unzulässiger Weise versperrt. Im rechtlichen Verfahren sind freilich prozessuale Formen unerlässlich, um die ordnungsgemässe und rechtsgleiche Abwicklung des Verfahrens sowie die Durchsetzung des materiellen Rechts zu gewährleisten. Nicht jede prozessuale Formstrenge steht demnach mit Art. 4 BV im Widerspruch. Überspitzter Formalismus ist nur gegeben, wenn die strikte Anwendung der Formvorschriften durch keine schutzwürdigen Interessen gerechtfertigt ist, zum blossen Selbstzweck wird und die Verwirklichung des materiellen Rechts in unhaltbarer Weise erschwert oder verhindert (Urteil des Bundesgerichts vom 18. Mai 1998, 2P.416/1997, m.H.). Vorliegend sind keine schutzwürdigen Interessen erkennbar, welche die Nichtansetzung einer Nachfrist zur Behebung des sofort erkennbaren, geringen und leicht behebbaren Mangels rechtfertigen würden (vgl. BGE 120 V 417 E. 5a, 114 Ia 23 f.). Die Nichtansetzung einer Nachfrist verstösst vorliegend gegen das Verbot des überspitzten Formalismus.

4. Nach Art. 174 Abs. 1 2. Satz SchKG können vor der Rechtsmittelinstanz neue Tatsachen (und neue Beweismittel) geltend gemacht werden, wenn diese vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind. Diese unechten Nova können nach Amonn/Gasser (a.a.O., S. 293 N 57) und wohl auch nach Oscar Vogel (a.a.O., S. 347 f. N 44) vor oberer Instanz unbeschränkt und ohne weiteres geltend gemacht werden. Vorliegend hätte der Rekurrent vor Vorinstanz die Urkunden vorlegen müssen (Art. 166 Abs. 1 SchKG) und können. Bei unechten Noven wird, um Trölerei auszuschliessen, üblicherweise eine prozessrechtliche Einschränkung gemacht: Sie sind zulässig, wenn die Partei das verspätete Vorbringen entschuldigen kann (Dominik Gasser, Das Abwehrdispositiv der Arrestbetroffenen nach revidiertem SchKG, in ZBJV 130/1994 S. 615 f.; Oscar Vogel, a.a.O., S. 347 N 42 und S. 348 N 47; vgl. Art. 246 und 256 ZPO). Der Zivilprozess wird u.a. von der Eventualmaxime beherrscht (Art. 92, 195, 212, 214, 246 und 256 ZPO). Danach haben (alle gleichartigen) Parteivorbringen in einem bestimmten Verfahrensabschnitt zu erfolgen. Das Postulat der Prozessbeschleunigung macht es nötig, dass die Parteien nicht während der ganzen Dauer

des Prozesses noch Angriffs- und Verteidigungsmittel nachbringen können (Oscar Vogel, a.a.O., S. 174 N 97, 99). Auch die Frage, ob im Rechtsmittelverfahren noch Nova zulässig sind, ist eine solche der Ausgestaltung der Eventualmaxime (vgl. Oscar Vogel, a.a.O., S. 176 N 107, S. 348 N 46). Da vorliegend die Tatsachen bzw. Beweismittel (Urkunden) offensichtlich verschuldeterweise verspätet vorgebracht wurden, könnten diese im Rechtsmittelverfahren nicht berücksichtigt werden. Gestützt auf die Ausführungen in E. 2 und E. 3 kann die Frage der prozessrechtlichen Einschränkung aber vorliegend offenbleiben. Es dürfte allerdings kaum dem gesetzgeberischen Willen entsprechen, dass nach verschuldetem Nichteinreichen der notwendigen Urkunden vor Vorinstanz regelmässig die Rechtsmittelinstanz erstmals materiell über das Konkursbegehren zu entscheiden hätte (Art. 257 ZPO). Den Parteien würde damit auch nicht der volle Instanzenzug offenstehen. Die vor Obergericht eingereichten Fotokopien der Urkunden werden der Vorinstanz zuhanden von deren Akten überwiesen. Damit entfällt allenfalls die Notwendigkeit der Ansetzung einer Nachfrist (Art. 140 Abs. 1 ZPO; Art. 50 Abs. 1 ZPO, Grundsatz der Prozessökonomie) und die Vorinstanz kann aufgrund der Aktenlage in der Sache entscheiden. Vorbehalten bleibt das allfällige Fehlen weiterer Prozessvoraussetzungen.

Gesagtes erhellt, dass der Rekurs, der Rekurrent beantragt die Fortsetzung des Verfahrens, gutzuheissen und die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen ist.