

Art. 32 Abs. 2, 171 und 172 Ziff. 3 SchKG; § 56 ZPO. Konkursöffnung; rechtliches Gehör. Anhörung durch den Richter, Tilgung der Konkursforderung im Rahmen der Konkursöffnungsverhandlung. *Zur Konkursöffnungsverhandlung vorgeladene und erschienene Prozessparteien haben Anspruch auf Anhörung durch den Richter; dem Konkursrichter - nicht der Gerichtskanzlei - obliegt die Prüfung der Voraussetzungen für die Durchführung der Verhandlung (Erw. 3. c). Tilgung der Konkursforderung anlässlich des Vorladungstermins an das Konkursgericht zuhanden des Gläubigers; gegebenfalls ist die Zahlung im Sinne von Art. 32 Abs. 2 SchKG an das zuständige Betreibungsamt weiterzuleiten (Erw. 3.d).*

Aus einem Rekursentscheid des Obergerichts:

«3. a) Ist das Konkursbegehren gestellt, so wird den Parteien die gerichtliche Verhandlung angezeigt; diesen steht es frei, vor Gericht zu erscheinen (Art. 168 SchKG). Das Gericht entscheidet ohne Aufschub, auch in Abwesenheit der Parteien (Art. 171 SchKG).

b) Mit Anzeige vom 27. März 2001 informierte der Konkursrichter die Parteien, dass die <Verhandlung> über das Konkursöffnungsbegehren am <Mittwoch, 25. April 2001, 13:45 Uhr im Gerichtsgebäude> stattfinden und die <Anmeldung> im <Büro 16>, 1. Stock, zu erfolgen habe. Es ist unbestritten - aber weder dem angefochtenen Entscheid noch den vorinstanzlichen Akten zu entnehmen -, dass der Verwaltungsrat der Schuldnerin zum angezeigten Termin erschienen, es aber zu keiner Begegnung mit dem Konkursrichter bzw. zu keiner unmittelbaren <Konkursöffnungsverhandlung> im Sinne der Vorladung gekommen ist. Das Konkursdekret erging vielmehr lediglich als Aktenentscheid, nachdem die Kanzleiangestellte die vom Vertreter der Schuldnerin offerierte Barzahlung des noch geschuldeten Betrages beim Gericht als <nicht möglich> abgewendet und der Vertreter das Gericht wieder verlassen hatte.

c) Werden Prozessparteien ausdrücklich zu einer Verhandlung vorgeladen, und erscheinen sie zum anberaumten Termin, so haben sie - auch ohne expliziten Wunsch nach einem Gespräch - Anspruch auf die Anhörung durch den Richter selbst und nicht nur durch dessen Kanzleiangestellte im Rahmen von formellen Abklärungen. Dies entspricht dem Recht auf rechtliches Gehör (*Frank/Sträuli/Messmer*, N. 1 ff. zu § 56 ZPO). Den Prozessparteien bleibt es allerdings unbenommen, ausdrücklich auf die Teilnahme an einer solchen Verhandlung zu verzichten. Ein Verzicht darf indes nicht leichthin und schon gar nicht unangemessen angenommen werden, zumal wenn die Partei durch keinen Anwalt vertreten ist. Dass dem Schuldner in diesem fortgeschrittenen Verfahrensstadium nur mehr wenige Einreden zur Abwendung des Konkursdekretes zur Verfügung stehen, rechtfertigt jedenfalls nicht, die anberaumte Verhandlung - wie hier - durch die Kanzleiangestellte absagen zu lassen, nur weil noch kein Zahlungsbeleg für die Konkursforderung vorliegt. Ein Aktenentscheid hat nur dann zu ergeben, wenn der Schuldner zur festgesetzten Verhandlung nicht erschienen ist oder auf deren Durchführung verzichtet hat. Da die Prüfung von konkurshindernden Tatsachen/Einreden von Amtes wegen zu erfolgen hat (*Giroud*, SchKG II, Basler Kommentar 1998, N. 3 zu Art. 171 SchKG) und mit rechts erheblichen und einschneidenden Folgen für einen Schuldner verbunden ist, obliegt diese dem Konkursrichter selbst. Erscheint daher ein Schuldner zum Verhandlungstermin und erhebt er Einreden, so liegt der Entscheid darüber, ob die Voraussetzungen für die Durchführung einer Verhandlung oder nur eines Aktenentscheides gegeben sind, beim Konkursrichter und nicht bei den - wenn auch instruierten - Kanzleiangestellten im Rahmen von blossen Vorabklärungen anlässlich des Vorladungstermins. Indem der Konkursrichter über die Schuldnerin den Konkurs aussprach, ohne zuvor - entgegen deren Erwartungen - eine Gerichtsverhandlung durchzuführen, wurde ihr Anspruch auf rechtliches Gehör missachtet. Dies führt dazu, dass der Rekurs gutzuheissen und die Sache grundsätzlich zur Verbesserung des Mangels an die Vorinstanz zurückzuweisen ist.

d) Der Vollständigkeit halber ist zur Vernehmlassung der Vorinstanz und zu Ziffer 2 der <Wichtigen Hinweise> im vorinstanzlichen Vorladungsformular für den Schuldner (<Zahlungen sind direkt dem Gläubiger zu leisten ... >) Folgendes anzumerken: Die Tilgung einer Konkursforderung im Sinne von Art. 172 Ziff. 3 SchKG kann nicht nur an den Gläubiger direkt, sondern auch an das *Betreibungsamt*, das für den Gläubiger die betriebene Schuld einzutreiben hat, oder an das *Konkursgericht* zuhanden des Gläubigers erfolgen (wodurch dem Gläubiger eine öffentlichrechtliche Forderung auf Ablieferung des entgegengenommenen Geldes entsteht: *Giroud*, a.a.O., N. 18 und 20 zu Art. 172 SchKG). Weist daher - wie hier - die Vorinstanz die anlässlich des Verhandlungstermins offerierte Barzahlung der Konkursforderung zurück und eröffnet sie unmittelbar darauf über den Schuldner den Konkurs (hier nur gerade 15 Minuten nach dem wahrgenommenen Vorladungstermin), so grenzt dies nicht nur an überspitzten Formalismus, sondern stellt gar eine Rechtsverweigerung dar. Eine solche wäre es selbst dann, wenn im Sinne der Vorinstanz angenommen würde, dass Zahlung an das Konkursgericht zuhanden des Gläubigers <nicht möglich> sei: Gemäss Art. 32 Abs. 2 SchKG sind Fristen (aus dem SchKG; worunter auch der Zahlungsnachweis anlässlich der Konkursöffnungsverhandlung subsumiert werden kann) nämlich auch dann gewahrt, wenn vor ihrem Ablauf eine unzuständige Behörde angerufen wird, da letztere die Eingabe unverzüglich der zuständigen Behörde zu überweisen hat. D.h. eine vor Konkursöffnung anlässlich des Vorladungstermins offerierte Zahlung der Konkursforderung an das

Konkursgericht wäre vom Gericht entgegen zu nehmen und unverzüglich dem zuständigen Betreibungsamt zuhanden des Gläubigers weiterzuleiten. Schliesslich erschiene unter der vorliegenden Konstellation, wo nicht der Gläubiger, aber der - nicht rechtskundige - Schuldner zum Vorladungstermin beim Konkursrichter erscheint und Barzahlung offeriert, gar angezeigt, dem offenkundig zahlungswilligen Schuldner eine kurze, wenn auch nur in Stunden bemessene Frist einzuräumen, damit die Zahlung direkt beim Gläubiger oder Betreibungsamt vorgenommen und der Quittungsbeleg alsdann noch gleichentags dem Konkursrichter vorgelegt werden kann.»

Obergericht, II. Zivilkammer,
Beschluss vom 22. Juni 2001
Geschäfts-Nr.: NN010047-U