

Art. 253 ZPO, Art. 147 Abs. 2 ZPO. Säumnisfolgen im summarischen Verfahren.

Erscheint die klagende Partei nicht an der mündlichen Verhandlung, ist Säumnisfolge nicht das Nichteintreten, sondern der Entscheid aufgrund des Gesuches.

Der Beschwerdeführer hatte eine Insolvenzerklärung abgegeben. An der dazu anberaumten mündlichen Verhandlung erschien er nicht. Unter Hinweis darauf trat der Einzelrichter auf das Gesuch um Eröffnung des Konkurses nicht ein. Das Obergericht konnte aus prozessualen Gründen auch auf die dagegen ergriffene Berufung nicht eintreten. Es äusserte sich gleichwohl zu den vom Konkursrichter angedrohten und umgesetzten Säumnisfolge des Nichteintretens:

(aus den Erwägungen des Obergerichts:)

4. (...) Der Einzelrichter hat als Konkursrichter zur mündlichen Verhandlung vorgeladen mit dem Hinweis, dass bei Ausbleiben des Gesuchstellers auf dessen Gesuch nicht eingetreten werde. Das war nicht richtig. Über ein Gesuch um Konkurseröffnung im Rahmen einer Betreibung entscheidet das Gericht "ohne Aufschub, auch in Abwesenheit der Parteien" (Art. 171 SchKG). Für die Insolvenzerklärung ist diese Bestimmung zwar nicht anwendbar (Art. 194 SchKG), in der Sache bleibt es aber gleich: Das Verfahren ist in diesem Punkt nach den Bestimmungen der Zivilprozessordnung zu führen (Art. 251 lit. a ZPO). Im summarischen Verfahren kann das Gesuch schriftlich oder in einfachen bzw. dringlichen Fällen auch mündlich gestellt werden (Art. 252 ZPO), und wenn es nicht sofort als unzulässig oder unbegründet abgewiesen werden kann, gibt das Gericht der Gegenpartei Gelegenheit zur Stellungnahme (Art. 253 ZPO). Bei einer Insolvenzerklärung gibt es keine Gegenpartei, die anzuhören wäre. Ob eine mündliche Verhandlung durchgeführt werden soll, entscheidet das Gericht aufgrund der Art. 255 und 256 ZPO und ist nicht zwingend. Erscheint der Gesuchsteller nicht, greift die allgemeine Säumnisbestimmung von Art. 147 Abs. 2 ZPO: das Verfahren geht ohne Befragung des Gesuchstellers weiter. Wenn sich ohne diese Befragung die Voraussetzungen für die Konkurseröffnung nicht feststellen lassen, muss das Begehren abgewiesen werden. - Dieses Vorgehen gilt generell im summarischen Verfahren, namentlich und von der Praxis auch so

gehandhabt, bei den Rechtsöffnungen (dazu Art. 84 SchKG und Art. 251 lit. a ZPO). Bisweilen wird die Säumnisfolge des Nichteintretens aus einer analogen Anwendung von Art. 234 ZPO hergeleitet. Das ist aber nicht richtig, denn jene "Hauptverhandlung" entspricht nicht mehr dem bisher bekannten "Hauptverfahren"; die sehr spezielle Bestimmung von Art. 234 ZPO lässt sich nicht "sinngemäss" nach Art. 219 ZPO auf die mündlichen Verhandlungen des vereinfachten und des summarischen Verfahrens übertragen (im Ergebnis so KuKo ZPO-Jent-Sørensen, Art. 252 N 6).

Die unrichtige Androhung und dem entsprechend die unrichtige Erledigung hatte für den Gesuchsteller im vorliegenden Fall allerdings keinen Nachteil zur Folge: Für die Konkurseröffnung als Folge der Insolvenzerklärung bedarf es einer summarischen Prüfung, ob das Gesuch nicht allenfalls missbräuchlich sei und sich der Schuldner in den Konkurs flüchten wolle, um Gläubiger zu schädigen oder eine ihm lästige Pfändung abzuschütteln (BSK SchKG II-Brunner/Boller 2. Aufl. 2010, Art. 191 N. 9 ff.; KuKo SchKG-Roncoroni, Art. 191 N. 5 ff.). Das liess sich anhand des Gesuchs allein (act. 4/1) nicht entscheiden. Richtig wäre daher gewesen, wenn der Einzelrichter das Gesuch abgewiesen hätte. So oder so wäre dem Anliegen des Schuldners also nicht entsprochen worden.

Obergericht, II. Zivilkammer
Beschluss vom 14. Dezember 2011
Geschäfts-Nr.: PS110235-O/U