Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
5P.256/2002 /min

Urteil vom 4. September 2002
II. Zivilabteilung

Bundesrichter Raselli, präsidierendes Mitglied,
Bundesrichterin Escher, Bundesrichter Meyer,
Gerichtsschreiber Zbinden.

X._____,
Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Marcel Buttliger, Kasinostrasse 29, Postfach, 5001 Aarau,

gegen

Bank Y._____,
Obergericht des Kantons Aargau, 4. Zivilkammer, Obere Vorstadt 38, 5000 Aarau.

Art. 9 BV (Konkurseröffnung),

Staatsrechtliche Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau, 4. Zivilkammer, vom 24. Mai 2002.

Sachverhalt:
A.
Im Rahmen der Betreibung Nr. ... des Betreibungsamtes Z._____ lud das Gerichtspräsidium Baden auf Ersuchen der Gläubigerin, der Bank Y._____, den Schuldner, X._____, zur Konkursverhandlung auf den 10. April 2000, 10.00 Uhr vor. Das Total des zu bezahlenden Betrages inklusive Betreibungskosten, Gerichtskosten und Spesen belief sich auf Fr. 78'404.20. Am besagten Tag traf der Gerichtspräsident 3 von Baden X._____ im Gang des Gerichtsgebäudes, worauf es zu einem Gespräch zwischen den beiden über den besagten Konkurstermin kam. Der Magistrat erklärte X._____, dass er den Konkurs nur abwenden könne, wenn er einen Beleg über die Zahlung des Betrages von Fr. 78'404.20 vorzuweisen vermöge. Im Sinn eines Entgegenkommens sagte er X._____ jedoch zu, mit der Konkurseröffnung bis Freitag, 12. April 2002, 12.00 Uhr zuzuwarten, damit er den Zahlungsbeleg einreiche. Eine Sitzung fand nicht statt. X._____ übermittelte am 12. April 2002 nur eine Fax-Mitteilung mit einem Vergütungsauftrag an seine Bank und wurde deshalb vom Gerichtspräsidenten darüber informiert, dass ein Vergütungsauftrag nicht als Ausweis über die Zahlung gelte und er zumindest eine Bestätigung der Bank über die tatsächliche Ausführung der Zahlung beizubringen habe. Da X._____ dieser Aufforderung nicht nachkam, wurde das Konkurserkenntnis am gleichen Tag versandt (Datum der Konkurseröffnung: 10. April 2002, 10.00 Uhr).
B.
Diesen Entscheid zog X._____ an das Obergericht des Kantons Aargau weiter; in der Begründung brachte er namentlich vor, ihm sei das rechtliche Gehör verweigert worden, da er seine Einwände gegen den Konkurs nicht in einer Verhandlung habe vorbringen können; ferner rügte er eine Verletzung kantonaler Vorschriften und legte ausserdem dar, dass er zahlungsfähig sei. Nachdem der Instruktionsrichter der 4. Zivilkammer des Obergerichts am 29. April 2002 das Gesuch um aufschiebende Wirkung abgewiesen hatte, gab das Obergericht am 24. Mai 2002 der Beschwerde nicht statt. Es verneinte eine Verletzung des rechtlichen Gehörs bzw. kantonaler Vorschriften und erkannte des Weiteren, dass die Zahlungsfähigkeit nicht glaubhaft gemacht geworden sei.
C.
X._____ führt staatsrechtliche Beschwerde beim Bundesgericht mit dem Antrag, den obergerichtlichen Entscheid und den darin ausgesprochenen Konkurs aufzuheben und der Beschwerde aufschiebende Wirkung

zuzuerkennen.

Mit Verfügung vom 19. August 2002 erteilte der Präsident der II. Zivilabteilung entgegen dem abweisenden Antrag des Obergerichts der Beschwerde aufschiebende Wirkung. Das Obergericht und die Beschwerdegegnerin haben sich unaufgefordert zur Sache selbst vernehmen lassen.
Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.
1.1 Die staatsrechtliche Beschwerde richtet sich einmal gegen den Entscheid des Obergerichts als oberer Instanz im Sinne von Art. 174 SchKG, gegen den kein kantonales Rechtsmittel mehr ergriffen werden kann. Insoweit ist auf die staatsrechtliche Beschwerde grundsätzlich einzutreten (BGE 119 III 49 E. 2).
1.2 Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers hat das Obergericht nicht den Konkurs über ihn ausgesprochen, sondern in seiner Verfügung vom 29. April 2002 die Gewährung der aufschiebenden Wirkung abgelehnt. Soweit die Ausführungen des Beschwerdeführers dahin zu verstehen sind, dass er auch den erstinstanzlichen Entscheid anficht, ist auf die Beschwerde nicht einzutreten; für eine zulässige Mitanfechtung des erstinstanzlichen Konkurserkenntnisses wäre nämlich vorausgesetzt, dass der letzten kantonalen Instanz nicht alle Rügen, welche Gegenstand der staatsrechtlichen Beschwerde bilden, hätten unterbreitet werden können, oder dass die Kognition der letzten kantonalen Instanz enger ist, als jene des Bundesgerichts. Beides trifft nicht zu: Als vollkommenes Rechtsmittel ermöglicht die Weiterziehung nach Art. 174 SchKG eine freie Überprüfung des gesamten Verfahrens und der vorinstanzlichen Entscheidung (Giroud, in: Basler Kommentar, SchKG II, N. 9 zu Art. 174 SchKG, mit weiteren Literaturhinweisen; zu den Voraussetzungen der Mitanfechtung: BGE 128 I 46 E. 1c S. 51 mit Hinweisen). Es war dem Beschwerdeführer somit unbenommen, sowohl eine Verletzung des rechtlichen Gehörs als auch Rügen im Zusammenhang mit der Glaubhaftmachung geltend
zu machen sowie eine Verletzung kantonaler Vorschriften zu rügen und den erstinstanzlichen Entscheid in dieser Hinsicht vom Obergericht frei überprüfen zu lassen.
1.3 Die unaufgefordert eingereichten Vernehmlassungen des Obergerichts und der Beschwerdegegnerin zur Sache bleiben im vorliegenden Verfahren unbeachtlich.
2.
Der Beschwerdeführer macht zusammengefasst im Wesentlichen geltend, es habe keine Verhandlung stattgefunden, an welcher er seine Einwände gegen die Konkurseröffnung habe darlegen können. Er habe am Tag der Verhandlung den Gerichtspräsidenten im Gang des Gerichtsgebäudes angetroffen, wobei dieser allerdings nicht erwähnt habe, dass er der in der Sache zuständige Magistrat sei. Die angetroffene Person habe ihm bedeutet, dass die Forderung gemäss Vorladung bestehe, dass er (der Beschwerdeführer) den ausstehenden Betrag zu bezahlen habe und nur mit der Bezahlung der Konkurs abgewendet werden könne. Schliesslich sei ihm der Einblick in die Zinsrechnung verweigert worden. Damit habe das Bezirksgericht Baden das rechtliche Gehör, wie es sich aus Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK ergebe, verletzt. Soweit der Beschwerdeführer damit überhaupt mehr als nur den erstinstanzlichen Entscheid anficht (vgl. E. 1.2 hiervor) und überhaupt rechtsgenüglich geltend macht, das Obergericht habe zu Unrecht eine Verletzung des rechtlichen Gehörs durch die erste Instanz verneint, erweist sich die Beschwerde als unbegründet:
2.1 Das rechtliche Gehör dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheids dar, welcher in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift. Dazu gehört insbesondere das Recht des Betroffenen, sich vor Erlass eines in seine Rechtsstellung eingreifenden Entscheides zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen (Art. 29 Abs. 2 BV; BGE 115 Ia 11 E. 2b mit Hinweisen; 116 Ia 99 E. 3b; 118 Ia 17 E. 1c; 127 I 54 E. 2b S. 56). Der gleiche Anspruch ergibt sich auch aus dem in Art. 6 Ziff. 1 EMRK garantierten Anspruch auf ein faires Verfahren (Urteil 1P.360/2000 vom 3. Oktober 2000, E. 2b).
2.2 Dem obergerichtlichen Entscheid lässt sich entnehmen, dass keine Verhandlung stattgefunden hat. Auch wenn eine Verhandlung im eigens dafür vorgesehenen Gerichtssaal wohl angezeigt gewesen wäre, genügt dieser Umstand für sich allein nicht, um den angefochtenen Entscheid wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs aufzuheben. Wie das Obergericht nämlich festhält, hat der zuständige Gerichtspräsident die Angelegenheit mit dem Beschwerdeführer im Gang des Gerichtsgebäudes ausführlich erörtert, wobei der Beschwerdeführer

Gelegenheit hatte, die ihm wesentlich scheinenden Einwendungen gegen die Konkurseröffnung vorzutragen. Entgegen seinen Ausführungen war der Beschwerdeführer aufgrund des Gesprächs auch darüber im Bilde, dass es um die Konkurseröffnung ging, dies nicht zuletzt auch deshalb, weil er eine entsprechende Vorladung erhalten hatte. Im Rahmen des Gesprächs wurde ihm somit vor dem Entscheid durch den in der Sache zuständigen Richter die Möglichkeit geboten, sich zur Sache zu äussern, weshalb von einer Verletzung des rechtlichen Gehörs nicht gesprochen werden kann. Abgesehen davon ist auch zu beachten, dass der Gerichtspräsident im Anschluss an das Gespräch nicht noch am gleichen Tag über das Konkursbegehren entschieden hat, wie dies Art. 171 SchKG vorschreibt, sondern dem Beschwerdeführer die Möglichkeit geboten hat, den geschuldeten Betrag samt Zinsen und Kosten bis Freitag, 12. April 2002, 12.00 Uhr zu begleichen. Der Beschwerdeführer legt nicht dar, dass er unmittelbar nach dem Gespräch oder am nächsten bzw. übernächsten Tag um Durchführung einer Verhandlung ersucht hat. Es verstösst daher gegen Treu und Glauben, wenn er sich im Nachhinein über ein Fehlen der Sitzung beschwert (Allgemein: BGE 126 I 194 3b S. 196; zum rechtlichen Gehör im Besonderen: Urteil 1P.521/1998 vom 14. Januar 1999, E. 2d; vgl. dazu auch die einschlägige Rechtsprechung zu Art. 6 Ziff. 1 EMRK: BGE 120 Ia 19 E. 2c/bb S. 24 f.). Zusammenfassend kann dem Obergericht daher nicht vorgeworfen werden, es habe die gerügte Verletzung des rechtlichen Gehörs zu Unrecht verneint. Nicht zu hören ist der Beschwerdeführer mit dem erstmals vor Bundesgericht erhobenen Einwand, der Gerichtspräsident habe nicht erwähnt, dass er der mit der Sache befasste Magistrat sei. Im Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde sind neue Tatsachenvorbringen grundsätzlich unzulässig (vgl. BGE 113 Ia 407 E. 1 S. 408 mit Hinweisen). Dass Ausnahmen vorliegen, wird weder behauptet, noch sind solche ersichtlich.
Soweit der Beschwerdeführer als Verletzung des Akteneinsichtsrechts rügt, er habe nicht Einsicht in die Zinsrechnung nehmen können, ist darauf nicht einzutreten, zumal diese Rüge vor Obergericht nicht vorgetragen wurde und deshalb insoweit kein letztinstanzlicher kantonaler Entscheid vorliegt (BGE 126 I 257 E. 1 S. 258 f.).
3.
Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann das obere Gericht die Konkurseröffnung aufheben, wenn der Schuldner mit der Einlegung des Rechtsmittels seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden beweist, dass die Schuld, einschliesslich der Zinsen und Kosten getilgt ist, der geschuldete Betrag beim oberen Gericht zuhanden des Gläubigers hinterlegt ist oder der Gläubiger auf die Durchführung des Konkurses verzichtet. Aus der Bestimmung ergibt sich eindeutig, dass ein Verzicht des Gläubigers auf die Durchführung des Konkurses entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers nicht die Alternative zur Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit bildet. Vielmehr ist die Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen, und die Aufhebung des Konkurses kommt nur in Frage, wenn zusätzlich eine der drei weiteren Voraussetzungen durch Urkunden bewiesen wird (vgl. zum Ganzen: Amonn/Gasser, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 6. Aufl. Bern 1997, § 36 Rz. 58 S. 294; Gilliéron, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, N. 41 zu Art. 174 SchKG).

Das Obergericht ist im angefochtenen Entscheid zum Schluss gelangt, der Beschwerdeführer habe seine Zahlungsfähigkeit nicht glaubhaft gemacht. Der Beschwerdeführer erachtet den Entscheid in dieser Hinsicht als willkürlich.
3.1 Nach Art. 90 Abs. 1 lit. b OG muss die Eingabe die wesentlichen Tatsachen und eine kurz gefasste Darlegung darüber enthalten, welche verfassungsmässigen Rechte bzw. welche Rechtssätze und inwiefern sie durch den angefochtenen Erlass oder Entscheid verletzt worden sein sollen. Es genügt nicht, wenn der Beschwerdeführer bloss den angefochtenen Entscheid rügt, wie er dies in einem appellatorischen Verfahren tun könnte, bei dem die Rechtsmittelinstanz die Rechtsanwendung frei überprüfen kann (BGE 107 Ia 186; 109 Ia 217 E. 2b, S. 225 f.; 110 Ia 1 E. 2a S. 3; 117 Ia 10 E. 4b; 117 Ia 393 E. 1c mit Hinweisen; 117 Ia 412 E. 1c mit Hinweisen; 118 Ia 64 E. 1b; 119 Ia 197 E. d; 120 Ia 369 E. 3a).
3.2 Der Beschwerdeführer beschränkt sich im Grossen und Ganzen einfach darauf zu behaupten, dass er seine Zahlungsfähigkeit mit Debitorenlisten und Bilanzen glaubhaft gemacht habe, und bringt im Übrigen in etwa das vor, was er schon vor Obergericht hat vortragen lassen. So weist er darauf hin, dass er nach Zahlung der Konkursforderung über liquide Mittel in der Höhe von Fr. 270'000.– verfüge und über einen Aktivenüberschuss von Fr. 800'000.– auf den Immobilien, welche demnächst verkauft würden. Er geht indes nicht rechtsgenüglich auf die Ausführungen des Obergerichts ein, dass jeglicher Anhaltspunkt für einen Überschuss aus diesem Liegenschaftsverkauf fehle. Sodann behauptet er wiederum, dass die Eigentumswohnungen inzwischen

verkauft worden seien und so der Schuldenbetrag auf Fr. 2'744.067.– habe reduziert werden können. Zur Feststellung des Obergerichts, dass jegliche Belege für diese Behauptung fehlten, bemerkt er im Wesentlichen nur gerade, dass es ihm nicht möglich gewesen sei, solche Belege und insbesondere auch eine zuverlässige Liegenschaftsschätzung innert Frist einzureichen. Keinerlei Ausführungen enthält die Beschwerde schliesslich zur Begründung, die Höhe der Verbindlichkeiten des Beschwerdeführers bleibe mangels
Einreichung eines Betreibungsregisterauszuges unklar. Gesamthaft betrachtet setzt sich der Beschwerdeführer nicht substanziiert mit der Begründung des angefochtenen Entscheides auseinander. Er zeigt damit nicht in einer Art. 90 Abs. 1 lit. b OG entsprechenden Weise auf, inwiefern das Obergericht mit der Annahme, dass er seine Zahlungsfähigkeit nicht glaubhaft gemacht habe, in Willkür verfallen sein soll. Seine Kritik erschöpft sich vielmehr über weite Strecken in unzulässiger appellatorischer Kritik am angefochtenen Entscheid, weshalb insoweit auf die staatsrechtliche Beschwerde nicht eingetreten werden kann.
4.
Der Beschwerdeführer bringt schliesslich vor, es sei entgegen der gesetzlichen Vorschrift kein Protokoll geführt worden. Das Obergericht hat dazu ausgeführt, das kantonale Prozessrecht schreibe zwar eine Protokollierung des wesentlichen Inhalts der Parteivorträge vor, doch führe eine Verletzung dieser Pflicht nicht zur Aufhebung des Entscheides, wenn es - wie hier geschehen - dem Gerichtspräsidenten ohne weiteres möglich sei, der Rechtsmittelinstanz von Ablauf und Inhalt der Verhandlung Kenntnis zu geben. Dazu bringt der Beschwerdeführer im Wesentlichen nur vor, die nachträgliche Aussage des Gerichtspräsidenten sei mangels Protokolls nicht erhöht glaubwürdig. Damit zeigt der Beschwerdeführer zum einen nicht auf, welche kantonale Norm durch die obergerichtlichen Ausführungen verletzt worden ist (BGE 110 Ia 1E. 2a S. 3). Zum anderen vermag er mit diesem allgemeinen Hinweis nicht rechtsgenüglich Willkür darzutun (BGE 119 Ia 197 E. d S. 201; 120 Ia 369 E. 3a; 123 I 1 E. 4a, mit Hinweisen).
5.
Damit ist die staatsrechtliche Beschwerde abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Beschwerdeführer kostenpflichtig (Art. 156 Abs. 1 OG). Die Beschwerdegegnerin hat zum Gesuch um aufschiebende Wirkung materiell nicht Stellung genommen; im Übrigen ist zur Sache keine Vernehmlassung einverlangt worden; allein schon aus diesen Gründen ist ihr für das bundesgerichtliche Verfahren keine Entschädigung zuzusprechen.
6.
Angesichts der verfügten aufschiebenden Wirkung muss der Konkurstermin im Dispositiv neu festgesetzt werden (BGE 118 III 37 E. 2b S. 39).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die staatsrechtliche Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2.
Als Datum der Konkurseröffnung wird Mittwoch, 4. September 2002, 16.00 Uhr, bestimmt.
3.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 2'000.– wird dem Beschwerdeführer auferlegt.
4.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Aargau, 4. Zivilkammer, sowie dem Konkursamt Baden schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 4. September 2002
Im Namen der II. Zivilabteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Das präsidierende Mitglied: Der Gerichtsschreiber: