

## § 11 Alternativen zur Einzelzwangsvollstreckung: Privatkonkurs und/oder Verfahren zur Erlangung einer Restschuldbefreiung

### A. Problemstellung

Sehr wichtig zur Einschätzung der praktischen Bedeutung der Einzelzwangsvollstreckung in einer Rechtsordnung ist die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der Gläubiger und/oder der Schuldner diese durch Auslösung eines Verfahrens der Generalexekution (Konkurs, Nachlassverfahren oder anderes Verfahren) aufheben oder entbehrlich machen kann.

Der Gläubiger hat wie bereits ausgeführt worden ist, kaum alternativen zur Einzelzwangsvollstreckung. Ihm bleibt lediglich die Möglichkeit, die Konkurseröffnung auch über einen nicht im Handelsregister eingetragenen Schuldner zu eröffnen, „*dessen Aufenthalt unbekannt ist oder der die Flucht ergriffen hat, um sich seinen Verbindlichkeiten zu entziehen, oder der betrügerische Handlungen zum Nachteil der Gläubiger begangen oder zu begehen versucht oder bei einer Betreuung auf Pfändung Bestandteile seines Vermögens verheimlicht hat*“ (Art. 190 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO). ...

Mehr und weiter reichende Möglichkeiten stehen dem Schuldner zu.

- Er kann auch als nicht im Handelsregister eingetragene Person ohne grosse Hürden den Konkurs über sich eröffnen lassen (Art. 191 SchKG) (hierzu ...).
- Schliesslich kann er jederzeit ein Begehren um Nachlassstundung stellen (hierzu ...) oder die Durchführung einer einvernehmlichen privaten Schuldenbereinigung beantragen (...).

Um dies schon jetzt vorwegzunehmen: Eine Befreiung für den im Zwangsvollstreckungsverfahren nicht bezahlten Teil der Schuld, eine sog. Restschuldbefreiung kann er allein im Nachlassverfahren oder im Wege eines privatrechtlichen Erlassvertrages in oder ausserhalb einer einvernehmlichen privaten Schuldenbereinigung nach Art. 333 ff. SchKG erlangen. Ein eigentliches Restschuldbefreiungsverfahren, welche auch gegen den Willen der Gläubiger durchgeführt werden kann, wie es das deutsche Recht und vielen andere Rechtsordnungen kennen, ist dem schweizerischen Recht unbekannt (siehe hierzu den Vorschlag für eine zukünftiges Recht).

### B. Gläubiger

Die Möglichkeit, in den im Art. 190 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG Fällen, statt der Einzelzwangsvollstreckung eine Konkurseröffnung zu beantragen, ist für den Gläubiger keine ins Gewicht fallende Alternative. ...

## C. Schuldner

### I. Privatkonkurs mit Einschränkung der Geltendmachung der Konkursverlustrscheinsforderungen

#### 1. Voraussetzungen für die Konkurseröffnung nach Art. 191 SchKG

Nach Art. 191 Abs. 1 SchKG kann jeder Schuldner die Konkurseröffnung über sich „*beantragen, in dem er sich beim Gericht zahlungsunfähig erklärt.*“ Ob diese tatsächlich der Fall ist, prüft das Gericht nicht; einer je nach Kanton oder Konkursgericht mehr oder weniger strengen Prüfung unterliegt hingegen die Voraussetzung in Abs. 2, dass „*keine Aussicht auf eine Schuldenbereinigung nach den Artikel 333 ff. besteht.*“

Diese Voraussetzung erfordert, dass der Schuldner mit dem Konkursbegehren eine Aufstellung seiner Aktiven und Passiven mit den zumutbaren und üblichen Belegen einzureichen hat. Gestützt darauf prüft alsdann das Konkursgericht, ob dem Schuldner eine private Schuldenbereinigung zugemutet werden kann.

Bei der Beantwortung dieser Frage dürften – wie gesagt - in der Praxis der Kantone und der einzelnen Gerichte äusserst unterschiedliche Massstäbe angewendet werden.<sup>1</sup> Im Kanton Zürich wird diese Voraussetzung von einzelnen Richtern offenbar so gehandhabt, dass sie von den Schuldnern eine Bescheinigung der Fachstelle für Schuldenfragen im Kanton Zürich verlangen, dass eine Schuldenbereinigung als aussichtslos erscheine.

#### 2. Wirkungen der Eröffnung und Durchführung des Konkurses und der damit verbundenen Anreize für die Beantragung der Konkurseröffnung durch den Schuldner

Mit der Konkurseröffnung fallen allfällige Einkommenspfändungen wegen des Untergangs der Einzelzwangsvollstreckungen dahinfallen, d.h. der Schuldner kann ab sofort wieder über sein Einkommen voll verfügen kann. Zukünftiger Lohn kann lediglich in einem neuen Pfändungsverfahren, nicht jedoch im Konkursverfahren in die Zwangsvollstreckung einbezogen werden (vgl. SchKG 206).

Im Weiteren bringt die Konkurseröffnung den wesentlichen Vorteil, dass der im Konkurs nicht gedeckte Teil der Forderungen gegen den Schuldner erst wieder durchgesetzt werden kann, *wenn er zu neuem Vermögen gekommen ist.* Hierunter ist eine Erbschaft, ein Lotteriegewinn, aber auch ein Einkommen zu verstehen, das so hoch ist, dass es neben der Bestreitung eines „standesgemässen“ Lebens die Bildung von Vermögen gestattet<sup>2</sup>.

Ab welchem Betrag ein Einkommen als ausreichend für die Vermögensbildung betrachtet wird, wird allerdings von der kantonalen Praxis sehr unterschiedlich beantwortet: Im Kanton Zürich wird vom Grundbetrag der betriebsrechtlichen Richtlinien zur Berechnung des Existenzminimums ausgegangen und dieser um 2/3 erhöht. Neben den üblichen Zuschlägen für Wohnungskosten, Sozialbeiträge, besondere Berufskosten etc. werden auch die laufenden Steuern eingerechnet<sup>3</sup>. Im Kanton Aargau pflegt man den Grundbetrag um die Hälfte zu erhöhen<sup>4</sup>. Im Kanton Bern existiert keine einheitliche Praxis. Im grössten Gerichtskreis (Kreis VIII, Bern – Laufen) haben die Präsidenten in einer internen Weisung die Richter angewiesen, den Grundbedarf um höchstens 50% zu erhöhen<sup>5</sup>. Im Kanton Basel-Stadt bildet sich aus Erwerbseinkommen erst dann neues Vermögen, wenn der Lohn den doppelten Grund-

<sup>1</sup> SchKG-BRUNNER, Art. 191 N 21.

<sup>2</sup> FRITZSCHE/WALDER, Bd. II, § 53 N 14-16.

<sup>3</sup> ZR 84 (1985) Nr. 65.

<sup>4</sup> AGVE 1990 Nr. 12 S. 51 ff.

<sup>5</sup> BJM 1974 S. 104; SJZ 81 (1985) S.293.

betrag mit den üblichen Zuschlägen inklusive laufende Steuern übersteigt<sup>6</sup>. (Vgl. zum Ganzen die Ausführungen in BGE 129 III 385). Nach BGE 129 III 385 ist es zumindest willkürlich, zur Berechnung des Grenzwertes sämtliche Positionen des erweiterten Notbedarfes (und nicht nur den monatlichen Grundbetrag) um 50 bis 66% zu erhöhen.

Nach SchKG 265a III werden zum „*neuen Vermögen*“ auch Vermögenswerte gezählt, über die der Schuldner „*wirtschaftlich*“ verfügt. ... Diese Vermögenswerte können allerdings lediglich in die Zwangsvollstreckung einbezogen werden, „*wenn das Recht des Dritten auf einer Handlung beruht, die der Schuldner in der dem Dritten erkennbaren Absicht vorgenommen hat, die Bildung neuen Vermögens zu vereiteln*“.

In zahlreichen anderen Ländern kann der Schuldner den Einzelzwangsvollstreckungen nicht nur durch Konkurseröffnung ein momentanes Ende setzen, sondern auch eine Restschuldbefreiung, d.h. den Erlass des in der Zwangsvollstreckung nicht gedeckten Teils der Schuld, erlangen. Im schweizerischen Recht ist dies – wie schon gesagt - nur im Rahmen eines aussergerichtlichen (vgl. Art. 333 SchKG) oder gerichtlichen (Art. 293 ff. SchKG) Nachlassvertrages möglich.

### 3. Unbefriedigender Rechtszustand in der Schweiz

Das geltende schweizerische Recht kennt, wie gesagt, keine Restschuldbefreiung. Immerhin kann eine Forderung nach Beendigung des Konkurses erst wieder geltend gemacht werden, wenn der Schuldner zu neuem Vermögen gekommen ist (Art. 265 Abs. 2 SchKG). Hierunter ist eine Erbschaft, ein Lotteriegewinn, aber auch ein Einkommen zu verstehen, das so hoch ist, dass es neben der Bestreitung des Lebensunterhaltes – der erheblich über dem Existenzminimum liegt – die Bildung von Vermögen gestattet.<sup>7</sup>

Dieser Regelung liegt nach der Idealvorstellung des Gesetzgebers folgendes Konzept zu Grunde:

Mit der Einschränkung der Geltendmachung der Konkursforderungen soll dem Schuldner die Möglichkeit gegeben werden, sich wirtschaftlich und finanziell zu erholen.<sup>8</sup> Ist dem Schuldner der Neuanfang gelungen, muss er seinen Erfolg jedoch mit den alten Gläubigern teilen. Die Gläubiger sollen allerdings nur soviel erhalten, dass der Schuldner seine Gesundheit beibehalten und, wenn möglich, sogar noch verbessern kann. Der Konkurs von natürlichen Personen in Verbindung mit den hier zur Diskussion stehenden Wirkungen des Konkursverlustscheins ist entsprechend im Idealfall eine Win-win-Lösung für Gläubiger und Schuldner. Dem Schuldner gestattet diese Regelung, wie gesagt, einen Neuanfang. Die Gläubiger profitieren, weil der Schuldner sich erholen kann und dadurch in die Lage versetzt wird, seine alten Forderungen ganz oder teilweise zurückzuzahlen.

In der Praxis hat sich allerdings gezeigt, dass dieses Konzept nicht wie gedacht funktioniert. Der Privatkonkurs in Verbindung mit den Wirkungen des Konkursverlustscheins ist keine Sanierungsform mit Erfolgsbeteiligung der Gläubiger, sondern in jeder Beziehung ein „Nullsummenspiel“. Die Gläubiger gehen im Konkurs weitgehend leer aus. Eine Konkursverlustscheinsforderung ist sodann praktisch wertlos.<sup>9</sup> Dem Schuldner wird ein Neuanfang verunmöglicht oder erschwert, weil die Schulden latent immer noch vorhanden sind. Dies ist vor allem für die selbständig erwerbenden Personen eine enorme Hypothek. Wer seriös kalkuliert, muss diese Passiven bereits ab Beginn des Neustarts vollumfänglich einrechnen. Denn im

<sup>6</sup> FRITZSCHE/WALDER, Bd. II, § 53 Anm. 35.

<sup>7</sup> FRITZSCHE/WALDER (Fn. ...), Bd. II, § 53 Rz. 14 ff.; MEIER/ZWEIFEL/ZABOROWSKI/JENT-SØRENSEN, Lohnpfändung (Fn. **Fehler! Textmarke nicht definiert.**), S. 15.

<sup>8</sup> BGE 133 III 620 E. 3.1; AMONN/WALTHER, § 48 Rz. 29; FRITZSCHE/WALDER (Fn. ...), Bd. II, § 53 Rz. 6 ff.; JEANDIN in: Dallèves Louis/Foëx Bénédicte/Jeandin Nicolas (Hrsg.), Commentaire Romand, Poursuite et failite, Basel 2005, Art. 265 Rz. 21.

<sup>9</sup> MEIER/ZWEIFEL/ZABOROWSKI/JENT-SØRENSEN, Lohnpfändung (Fn. ...), S. 22 f.

Fall des erhofften Erfolges werden die alten Gläubiger möglicherweise wieder vor der Türe stehen.

Die Anreizwirkungen der heutigen Regelung weisen genau in die entgegengesetzte Richtung von derjenigen, in die der Gesetzgeber eigentlich gehen wollte. *Der Privatkonkurs nach heutigem Recht verleitet den Schuldner dazu, den Neuanfang gerade nicht oder nur mit halber Kraft anzustreben!* Derjenige Schuldner, dem es gelingt, sich finanziell wieder zu erholen, wird dadurch „gestraft“, dass die Gläubiger von neuem auf sein Vermögen zugreifen können. Der Anreiz, den Neuanfang nicht zu versuchen, ist besonders stark bei denjenigen Schuldnern, welche sehr hohe Schulden und entsprechend nur geringe Hoffnung haben, die Konkursforderungen in absehbarer Zeit zurückzuzahlen.

Völlig verfehlt und unnötig kompliziert ist das ganze System nach geltendem Recht auch für den Schuldner, der als Arbeitnehmer einen regelmässigen Lohn bezieht. Der Arbeitnehmerschuldner benötigt für den Neuanfang, d.h. die Wiederaufnahme einer Arbeit, falls er arbeitslos war, kein Startkapital. Entsprechend steht hier einer sofortigen neuen Betreibung nichts entgegen.

Auch den Gläubigern bringt diese Regelung, wie die Erfahrungen in der Praxis zeigen, praktisch nichts. Das aufwendige und risikoreiche Verfahren zur Feststellung des neuen Vermögens nach Art. 265a SchKG wird nur selten eingeleitet, und wenn es eingeleitet wird, ist es meistens nicht erfolgreich.<sup>10</sup>

## II. Nachlassvertrag

Grundsätzlich kann jeder Schuldner, d.h. auch eine natürliche Person, welche nicht in einer der in Art. 39 SchKG genannten Art im Handelsregister eingetragen ist, ein Nachlassverfahren nach Art. 293 ff. SchKG einleiten. Mit Bewilligung der Nachlassstundung werden allfällige Betreibungen gestoppt; Lohnpfändungen fallen dahin (vgl. Art. 297 SchKG).

Im Rahmen eines ordentlichen Nachlassvertrages kann auch eine Restschuldbefreiung erreicht werden, wenn der Nachlassvertrag – was der Regelfall ist - dies vorsieht. Beispiel: Die Gläubiger reduzieren ihre Forderung auf 40% und verzichten nach Bezahlung dieser Dividende auf den Restbetrag (vgl. Art. 314 Abs. 1 SchKG).

Für den Durchschnittsschuldner ist dieses Verfahren trotz seiner offensichtlichen Vorzügen allerdings keine Alternative, weil es viel zu teuer und zu aufwendig ist. ...

## III. Einvernehmliche private Schuldenbereinigung

Das Schuldenbereinigungsverfahren nach SchKG 333 ff. wurde mit der grossen Revision von 1997 eingeführt. Es steht ausschliesslich Personen zur Verfügung, die nicht der Konkursbetreibung unterliegen (d.h. natürliche Personen, die nicht im Handelsregister eingetragen sind). Es ist denn auch als Nachlassverfahren für den „kleinen Mann“ oder die „kleine Frau“ gedacht.

Das Verfahren ist viel einfacher ausgestaltet als ein ordentliches Nachlassverfahren nach SchKG 293 ff. Der wesentliche Unterschied besteht allerdings darin, dass ein Vergleich lediglich dann zustande kommt, wenn *alle Gläubiger* zustimmen. D.h. es ist kein sog. Zwangsvergleichsverfahren, sondern – wie auch sein Name sagt – eben auf ein „*einvernehmliche private Schuldenbereinigung*“ ausgerichtet. Damit sind natürlich auch dem Verfahren zum vorneherein enge Grenzen gesetzt.

---

<sup>10</sup> MEIER/ZWEIFEL/ZABOROWSKI/JENT-SØRENSEN, Lohnpfändung (Fn. ...), S. 22 ff.

## IV. Einführungen eines Verfahrens zur Erlangung einer Restschuldbefreiung als dringendes gesetzgeberisches Postulat

### 1. Vorbemerkung

Die vorangehenden Ausführungen haben gezeigt, dass unter dem geltenden Recht kein effizientes Verfahren zur Verfügung steht, mit dem sich ein Schuldner von der Restschuld befreien kann.

Nachfolgend wird zunächst gezeigt, wie solche Verfahren in ausländischen Rechtsordnungen ablaufen (...). Gestützt darauf erfolgt alsdann ein Vorschlag, wie ein solches Verfahren im schweizerischen Recht ausgestaltet werden könnte (...).

Schliesslich wird eine eingehende Begründung für die Einführung eines Verfahrens zur Erlangung einer Restschuldbefreiung gegeben (...).

### 2. Rechtsvergleichung

Das *amerikanische Recht* kennt seit längerer Zeit Verfahren, die es natürlichen Personen ermöglichen, eine Restschuldbefreiung, eine „discharge of debts“, zu erlangen. Jeder Schuldner kann zunächst alle acht resp. sechs Jahre<sup>11</sup> einen Schulderlass in einem Konkursverfahren erlangen (Verfahren nach chapter 7 U.S. Bankruptcy Code).<sup>12</sup> Im Weiteren existiert ein besonderes auf Konsumenten zugeschnittenes Sanierungsverfahren, das Verfahren nach chapter 13 U.S. Bankruptcy Code.<sup>13</sup> Dieses Verfahren lässt sich wie folgt charakterisieren: (a) Der Sanierungsplan wird vom Richter bewilligt. Die Gläubiger werden nicht angefragt. (b) Der Schuldner muss sich zur Erlangung der Restschuldbefreiung verpflichten, den verfügbaren Teil des Einkommens während drei Jahren zu bezahlen. Ausnahmsweise kann auch ein fünfjähriger Plan bewilligt werden. (c) Der den Gläubigern abzuliefernde Betrag wird gestützt auf ein Budget für die Dauer des Planes berechnet (voraussichtliches Einkommen abzüglich voraussichtlichen Notbedarfs). (d) Der Schuldner kann seine Aktiven grundsätzlich behalten. Anders als im deutschen Recht ist nicht vorgesehen, dass das Vermögen des Schuldners in einem Konkursverfahren verwertet wird.

In den letzten 20 Jahren sind auch in vielen europäischen Ländern – dem amerikanischen Vorbild folgend – Restschuldbefreiungsverfahren eingeführt worden<sup>14</sup>:

Am 1. Januar 1999 ist in *Deutschland* das neue Insolvenzrecht in Kraft getreten. Darin ist vorgesehen, dass natürliche Personen, die keine oder eine nur geringfügige selbständige wirtschaftliche Tätigkeit ausüben, auch ausserhalb des gerichtlichen Nachlassvertrags (sog. Zwangsvergleich) eine *Restschuldbefreiung* erlangen können (§§ 286 ff. DInsO).<sup>15</sup> Zuvor muss allerdings ein kompliziertes und langwieriges Verfahren durchlaufen werden. Das sog. Verbraucherinsolvenzverfahren, das schlussendlich zur Restschuldbefreiung führt, kann nur eingeleitet werden, wenn der Schuldner zuvor erfolglos eine aussergerichtliche Schuldenbereinigung versucht hat (§ 305 Abs. 1 Nr. 1 DInsO). Das Verbraucherinsolvenzverfahren beinhaltet alsdann zwei Stufen: In einer ersten Stufe muss der Schuldner versuchen, mit den Gläubigern einen gerichtlichen Nachlassvertrag abzuschliessen (§ 305 Abs. 1 Nr. 4 DInsO). Dieser kommt zustande, wenn die Mehrheit der Gläubiger, die auch die Mehrheit der Forderungen vertritt, zustimmt. Gelingt auch das nicht, kommt es in einem zweiten Schritt in einem

<sup>11</sup> § 727 (a) (8) und (9) U.S. Bankruptcy Code.

<sup>12</sup> Eine Gesetzesrevision (BAPCPA) hat kürzlich den Anwendungsbereich von chapter 7 beschränkt. Schuldner, die über genügend Einkommen verfügen, wird der Zugang zu einem Konkurs nach chapter 7 verwehrt. Sie unterliegen den Vorschriften von chapter 13.

<sup>13</sup> Vgl. ELIAS STEPHEN/ROBIN LEONARD, Chapter 13 Bankruptcy: repay your debts, 8. Aufl., Berkeley 2006, S. 9; EPSTEIN DAVID G./NICKLES STEVE H./WHITE JAMES J., Bankruptcy, Vol. 2, St. Paul 1992, S. 598 ff.

<sup>14</sup> Siehe hierzu vorne Fn. ...

<sup>15</sup> Vgl. ECKHARDT ALEXANDER, Die Restschuldbefreiung, Diss. Köln 2006; PREUSS NICOLA, Verbraucherinsolvenz und Restschuldbefreiung, 2. Aufl., Berlin 2003.

vereinfachten Konkursverfahren zur Liquidation des pfändbaren Vermögens des Schuldners (§ 311 ff. DInsO). Erst jetzt kann das eigentliche Restschuldbefreiungsverfahren eingeleitet werden. Der Schuldner wird von der Bezahlung der Restforderung befreit, wenn er während sechs Jahren den pfändbaren Teil des Lohnes an seine Gläubiger abgeführt hat (§§ 286, 287 Abs. 2 und 301 DInsO).

Seit dem 1. Januar 1995 hat *Österreich* eine Regelung über die Restschuldbefreiung, die weitgehend derjenigen des deutschen Rechts entspricht.<sup>16</sup> Das in den §§ 181 ff. Konkursordnung (KO) geregelte Verfahren ist in zwei Phasen unterteilt: Totalliquidation des Vermögens des Schuldners, falls eine aussergerichtliche oder gerichtliche Schuldenbereinigung scheitert<sup>17</sup>, und "Abschöpfungsverfahren" gemäss den §§ 199 ff. KO während sieben Jahren, in dem der Schuldner den pfändbaren Teil seines Lohns den Gläubigern zuzuführen und die "Obliegenheitspflichten" nach § 210 KO zu erfüllen hat. Ein wesentlicher Unterschied zum deutschen Recht besteht darin, dass der Schuldner grundsätzlich nur eine Restschuldbefreiung erlangt, wenn er in den sieben Jahren wenigstens 10% der gesamten Schuldsumme abbezahlt (§ 213 Abs. 1 Ziff. 2 KO). Die deutsche Regelung kennt demgegenüber keine solche Mindestquote. Vom Erfordernis der Schuldrückzahlung von mindestens 10% kann nur aus Billigkeitsgründen eine Ausnahme gemacht werden (§ 213 Abs. 2 KO).

Das englische Recht kennt schon seit dem 16. Jahrhundert Verfahren zur Erlangung einer Restschuldbefreiung. Eine grössere praktische Bedeutung hat die Restschuldbefreiung jedoch erst mit der am 1.4.2004 in Kraft getretenen neuen Regelung im Enterprise Act von 2002 erfahren.<sup>18</sup> Eine Restschuldbefreiung kann bereits ein Jahr nach der konkursrechtlichen Liquidation der Aktiven erlangt werden. Das Einkommen des Schuldners während und zum Teil auch nach dem Konkursverfahren wird insofern in die Masse einbezogen, als der Konkursverwalter beim Konkursgericht eine „*income payment order*“ für maximal drei Jahre beantragen kann.<sup>19</sup> Sie hat zum Inhalt, dass der Schuldner sein pfändbares Einkommen während dieser Zeit dem Konkursverwalter abzuliefern hat.

Im *französischen Recht* ist 1989 ein besonderes Gesetz zur Sanierung und Entschuldung von Privathaushalten erlassen worden. Einerseits besteht die Möglichkeit, dass die zuständige Amtsstelle ohne Zustimmung der Gläubigermehrheit einen Entschuldungsplan, ein Moratorium verbunden mit einer Befreiung von der Restschuld, bewilligt. Andererseits kann das Gericht, wenn sich der Schuldner in einer „*ausweglosen Finanzlage*“ („*situation désespérée*“) befindet, eine direkte Restschuldbefreiung nach der Liquidation des Vermögens anordnen.<sup>20</sup>

*Finnland* kennt schliesslich seit 1993 ein Verfahren, das weitgehend dem Verfahren nach chapter 13 U.S. Bankruptcy Code nachgebildet ist.<sup>21</sup>

Die hier angeführten Beispiele für Verfahren zur Erlangung einer Restschuldbefreiung zeigen, dass im Wesentlichen drei Typen denkbar sind:

**Typus 1: „Fast track“-Verfahren:** Nach einer konkursrechtlichen Liquidation wird automatisch die Restschuldbefreiung gewährt (so das Verfahren nach chapter 7 des amerikanischen Rechtes sowie zum Teil das englische und das französische Recht).

<sup>16</sup> MAYER GOTTFRIED/PIRKER BEATE, Rahmenbedingungen des Verbraucherkredits und der Schuldensanierung in Österreich, JKR 1997, S. 224 ff.

<sup>17</sup> MAYER/PIRKER (Fn. 16), S. 228.

<sup>18</sup> HERGENRÖDER CURT WOLFGANG/ALSMANN CHRISTINE, Das Privatinsolvenzrecht auf der britischen Insel, ZVI 2007, S. 337 ff.; KEAY ANDREW R./WALTON PETER, Insolvency law, Harlow 2003, S. 340 ff. und insb. S. 344.

<sup>19</sup> Siehe KEAY/WALTON (Fn. 18), S. 321.

<sup>20</sup> Hierzu MEIER ISAAK/PERRIER CAMILLE, Sanierung und Entschuldung von Privatpersonen nach französischem Recht – ein Vorbild für das schweizerische Recht?, ZSR 125 (2006), S. 575.

<sup>21</sup> MEIER/ZWEIFEL/ZABOROWSKI/JENT-SØRENSEN, Lohnpfändung (Fn. ... ), S. 94 ff.

**Typus 2: Konkurs mit nachfolgendem Abschöpfungsverfahren:** Das Restschuldbefreiungsverfahren schliesst an die konkursrechtliche Liquidation des Schuldnervermögens an. Im Restschuldbefreiungsverfahren („Abschöpfungsverfahren“) ist der Schuldner verpflichtet, während mehrerer Jahre den pfändbaren Teil seines Einkommens abzuliefern (so das deutsche, das österreichische und zum Teil auch das englische Recht).

**Typus 3: Sanierungsverfahren mit festen Zahlungen während einer bestimmten Zeit:** Der Schuldner hat in einem selbständigen Restschuldbefreiungsverfahren während einer gewissen Zeit einen zum Voraus nach seinen finanziellen Möglichkeiten bestimmten Betrag an die Gläubiger zu zahlen. Eine Liquidation des Schuldnervermögens findet grundsätzlich nicht statt (so das chapter 13 des amerikanischen Rechtes und das finnische Recht).

### 3. Mögliche Ausgestaltung einer schweizerischen Restschuldbefreiung

Der Verfasser hat im Rahmen der mit anderen Autoren verfassten Studie „Lohnpfändung – Optimales Existenzminimum und Neuanfang“ einen Vorschlag für ein Restschuldbefreiungsverfahren für das schweizerische Recht vorgelegt, welches dem letztgenannten Typus entspricht.<sup>22</sup> Dieser Vorschlag lautet wie folgt:

Eine Restschuldbefreiung kann im Rahmen eines gerichtlichen Schuldenbereinigungsplans erlangt werden, wenn der Schuldner während drei bis fünf Jahren feste Zahlungen an die Gläubiger leistet. Die Höhe der Zahlungen richtet sich insbesondere nach dem Existenzminimum, dem mutmasslichen Einkommen des Schuldners, dem Umfang der dem Schuldner belassenen Vermögenswerte und den voraussichtlich während dieser Zeit anfallenden Erbschaften und Schenkungen. Im Gegensatz zu den Schuldenbereinigungsverfahren nach deutschem und österreichischem Recht setzt die Erlangung einer Restschuldbefreiung nicht voraus, dass zuvor alle pfändbaren Vermögenswerte des Schuldners zugunsten der Gläubiger liquidiert werden.

Der Schuldenbereinigungsplan wird bewilligt, ohne dass die Gläubiger um Zustimmung angefragt werden. Ebenso muss der Schuldner nicht nachweisen, dass er erfolglos eine aussergerichtliche Schuldenbereinigung versucht hat.

Eine Abänderung des Plans kommt nur unter ausserordentlichen Umständen wie Stellenverlust, Scheidung, schwere Erkrankung oder Nichtverwirklichung von Annahmen, welche die Grundlage für die Festsetzung der Ratenzahlungen gebildet haben, infrage.

Zur Verminderung des Missbrauchs und anderer nachteiliger und unbilliger Folgen der Restschuldbefreiung werden folgende Bestimmungen und Rechtsbehelfe vorgesehen: (a) Eine Restschuldbefreiung kann nur alle sieben Jahre beantragt werden. (b) Von der Restschuldbefreiung sind insbesondere folgende Forderungen ausgenommen: Unterhaltsforderungen und Bussen. (c) Stellt sich schon während des Verfahrens zur Bewilligung der Schuldbefreiung oder danach während der nächsten fünf Jahre heraus, dass der Schuldner seine Vermögensverhältnisse unrichtig dargestellt hat, kann die Restschuldbefreiung abgelehnt oder widerrufen werden. (d) Die Restschuldbefreiung hat gegenüber einem Gläubiger keine Wirkung, der seine Forderung gestützt auf unrichtige Angaben des Schuldners über seine finanzielle Situation eingegangen ist.

<sup>22</sup> Hierzu MEIER ISAAK/ZWEIFEL PETER/ZABOROWSKI CHRISTOPH/JENT-SØRENSEN INGRID, Auf der Suche nach dem optimalen Existenzminimum, eine rechtliche und ökonomische Analyse der Einzelzwangsvollstreckung gegen Privatpersonen in der Schweiz mit Erarbeitung von Reformvorschlägen, BLSchK 1998, S. 195 ff.; MEIER/ZWEIFEL/ZABOROWSKI/JENT-SØRENSEN, Lohnpfändung (Fn. ... ), S. 287 ff. mit eingehender Begründung.

## 4. Begründung der Restschuldbefreiung

### 4.1 *Rechtlich-dogmatische Begründung*

Der traditionelle Schuldnerschutz beschränkt die Pfändung von Vermögenswerten zugunsten der Gläubiger in *sachlicher Hinsicht*, indem er die vom Schuldner für die Bestreitung des Existenzminimums notwendigen Güter von der Pfändung ausnimmt. Die Restschuldbefreiung erweitert den Vollstreckungsschutz um eine *zeitliche Schranke*. Den Gläubigern stehen lediglich diejenigen Vermögenswerte zur Deckung ihrer Forderungen zur Verfügung, die der Schuldner bis zu einem bestimmten Zeitpunkt erwirbt und besitzt. Rechtstechnisch wird diese zeitliche Beschränkung dadurch erreicht, dass der Schuldner für den durch die Verwertung dieser Vermögenswerte nicht gedeckten Teil der Forderung (insolvenzrechtlich) von der Leistungspflicht befreit wird.<sup>23</sup>

Wie die anderen Pfändungsschranken ist auch die Restschuldbefreiung eine öffentlichrechtliche Rechtsbeschränkung. Analogien zu privatrechtlichen Schranken von Ansprüchen sind jedoch evident. In den Tatbeständen der Restschuldbefreiung können gesetzliche Gründe gesehen werden, bei deren Vorliegen ein Schuldner die übermässige Bindung lösen kann, die durch Zahl und Höhe der ausstehenden Forderungen entstanden ist (vgl. Art. 27 Abs. 2 ZGB). Rechtstatsächliche Untersuchungen haben gezeigt, dass viele Schuldner keinerlei Chancen mehr haben, ihre Schulden jemals in ihrem Leben abzuführen (siehe hierzu ....). Ein ständiges Leben unter Zwangsvollstreckung ist mit der Menschenwürde nicht vereinbar.

Die Restschuldbefreiung bewirkt zwar eine wesentliche Beeinträchtigung der Gläubigerrechte und damit des durch Privatrecht und Verfassung gesicherten Eigentumsrechts (Art. 26 BV). Eine Verfassungsverletzung liegt jedoch grundsätzlich nicht vor.<sup>24</sup> Die Einschränkung dieses Grundrechts des Gläubigers ist durch das hier als höher zu wertende Grundrecht der Persönlichkeit des Schuldners gerechtfertigt (vgl. Art. 36 Abs. 2 BV). Bei der Ausgestaltung der Restschuldbefreiung muss der Gesetzgeber allerdings darauf achten, dass auch die Interessen des Gläubigers ausreichend berücksichtigt werden und damit der Verhältnismässigkeitsgrundsatz nach Art. 36 Abs. 3 BV gewahrt ist. Die Restschuldbefreiung darf daher nicht zu grosszügig zugelassen werden. Insbesondere muss m.E. vor der Gewährung der Restschuldbefreiung grundsätzlich ein mehrjähriges „Abschöpfungsverfahren“ bzw. ein sich über mehrere Jahre erstreckender Abzahlungsplan vorgesehen werden.

### 4.2 *Rechtstatsächliche und ökonomische Begründung*

Laut der von *Isaak Meier, Peter Zweifel, Christoph Zaborowski* und *Ingrid Jent-Sørensen* durchgeführten Datenerhebung ist der Durchschnittsschuldner im Betreibungsverfahren ca. 40 Jahre alt und hat eine Schuld von Fr. 50'000.- (Medianwert Fr. 15'000.-).<sup>25</sup> Es ist klar, dass ein solcher Schuldner aus eigener Kraft kaum mehr schuldenfrei werden kann. 16% der von uns interviewten Personen haben denn auch ausgesagt, dass sie keine Chancen sehen, jemals wieder schuldenfrei zu werden.<sup>26</sup> Für diese Personen ist eine Schuldenbereinigung die einzige Rettung. Natürliche Personen können für den Privatbereich – anders als für unternehmerische Tätigkeiten – das Überschuldungsrisiko auch nicht dadurch ausschliessen, dass sie sich einer juristischen Person bedienen.

<sup>23</sup> Zur Rechtsnatur der Restforderung JAUERNIG/BERGER (Fn. ... ), § 66 Rz. 39.

<sup>24</sup> Statt vieler KOHTE WOLFHARD/AHRENS MARTIN/GROTE HUGO, *Verfahrenskostenstundung, Restschuldbefreiung und Verbraucherinsolvenzverfahren*, 3. Aufl., Neuwied 2006, § 286 Rz. 5e m.w.H.

<sup>25</sup> MEIER/ZWEIFEL/ZABOROWSKI/JENT-SØRENSEN, *Lohnpfändung* (Fn. ...), S. 160. In Deutschland herrschen vergleichbare Verhältnisse: Die durchschnittliche Schuldenhöhe beträgt € 37'000.- (vgl. dazu ANGELE JÜRGEN, *Überschuldung privater Haushalte im Jahr 2006*, *Wirtschaft und Statistik* 2007, S. 954).

<sup>26</sup> MEIER/ZWEIFEL/ZABOROWSKI/JENT-SØRENSEN, *Lohnpfändung* (Fn. ... ), S. 170. Es ist anzunehmen, dass die in diesen Personenkreis fallenden Schuldner früher oder später Privatkonkurs erklären werden. Gegen eine konkursite Person bestehen im Durchschnitt Forderungen in der Höhe von Fr. 327'639.- (vgl. MEIER/ZWEIFEL/ZABOROWSKI/JENT-SØRENSEN, *Lohnpfändung* [Fn. ... ], S. 185).

Eine Schuldbefreiung liegt im Weiteren nicht nur im Interesse des Schuldners, sondern auch in dem seiner Familie und Umgebung. Im Anschluss an die Arbeiten der amerikanischen Konkursrechtlerin *Karen Gross* kann dabei von „*interests of community*“ gesprochen werden.<sup>27</sup> Im Interesse der Allgemeinheit liegt sodann der Umstand, dass der Staat (wohl) massgebend weniger Fürsorgeleistungen zu erbringen hat, wenn sich die natürlichen Personen ein für allemal von den Schulden befreien können.

Es kann schliesslich angenommen werden, dass die Restschuldbefreiung die Neugründung von Unternehmungen und die selbständige Erwerbstätigkeit merklich fördert. Die unternehmerische Tätigkeit ist für die dahinter stehenden natürlichen Personen meist mit einem hohen Risiko der Verschuldung verbunden. Inhaber von Einzelfirmen und Mitglieder von Personengesellschaften haften persönlich für Geschäftsschulden. Anteilseigner von Aktiengesellschaften oder anderen juristischen Personen haben oft für Geschäftskredite zu bürgen oder die solidarische Haftung hierfür zu übernehmen. Auch wenn dies nicht der Fall ist, geht ein Unternehmer stets insofern ein finanzielles Risiko ein, als sein Einkommen von der Rentabilität seines Unternehmens abhängig ist. Es ist anzunehmen, dass die Möglichkeit eines „Neuanfangs“ nach Scheitern der unternehmerischen Tätigkeit die Leute ermutigt, den Schritt in die Selbständigkeit zu wagen. Die englischen Insolvenzrechtler *John Armour* und *Douglas Cumming* haben kürzlich in einer Studie gezeigt, dass in Ländern mit grosszügiger Restschuldbefreiung mehr „venture capital“ investiert wird als in denjenigen Ländern, in denen eine Restschuldbefreiung nicht oder nur unter strengen Voraussetzungen möglich ist.<sup>28</sup>

Es ist nicht zu verkennen, dass das Rechtsinstitut der Restschuldbefreiung auch erhebliche Gefahren in sich birgt. Sie kann die allgemeine „Schuldnermoral“ senken und schliesslich zu einer Verminderung der Bereitschaft zur Gewährung von Kredit und/oder zu einer generellen Verteuerung von Krediten führen. Angesichts dieser Gefahren muss eine Restschuldbefreiung von restriktiven Voraussetzungen abhängig sein.

---

<sup>27</sup> GROSS KAREN, *Failure and Forgiveness*, New Haven 1997, S. 19 ff.

<sup>28</sup> ARMOUR JOHN/CUMMING DOUGLAS, *The Legal Road to Replicating Silicon Valley*, CBR Working Paper No. 281, Cambridge 2004 (abrufbar unter <http://www.cbr.cam.ac.uk/pdf/wp281.pdf>).