

# § 1 Natürliche Personen als Unternehmer in der Insolvenz

## 1.1 Allgemeines

Natürliche Personen, die selbständig erwerbend sind und ein Unternehmen betreiben, haben in der Insolvenz grundsätzlich folgende Möglichkeiten:

- Erduldung der Einzelzwangsvollstreckung und Weiterführung des Unternehmens;
- Insolvenzerklärung nach SchKG 191;
- Einverständliche private Schuldenbereinigung nach SchKG 333;
- Nachlassverfahren.

## 1.2 Einzelzwangsvollstreckung

### 1.2.1 Allgemeines

Die Einzelzwangsvollstreckung kommt zur Anwendung, wenn der Schuldner nicht im Handelsregister eingetragen ist und – gegenüber jedem Schuldner – bei der Betreibung für die in SchKG 43 genannten Forderungen.

Bei Betreibungen gegen selbständig erwerbende Schuldner stellen sich Probleme insbesondere betreffend folgender Fragen: Erwerbspfändung und Unpfändbarkeit von Berufswerkzeugen.

### 1.2.2 Erwerbspfändung (SchKG 93)

Bei einer selbständigen Erwerbstätigkeit des Schuldners kann in der Regel die pfändbare Quote nicht zum Voraus festgestellt werden. Der Betreibungsbeamte kann lediglich das Existenzminimum berechnen. Der Schuldner ist alsdann gezwungen, monatlich eine Abrechnung über sein Einkommen vorzulegen.

Die Erwerbspfändung bringt meist nur ein geringes Ergebnis für die Gläubiger.

### 1.2.3 Unpfändbarkeit von Berufswerkzeug (SchKG 92 I Ziff. 3)

#### 1.2.3.1 Meinungsstand in Lehre und Praxis

Die Erwerbstätigkeit des Schuldners soll trotz der Pfändung gesichert bleiben<sup>1</sup>. Nach dem SchKG können zu diesem Zweck Werkzeuge, Gerätschaften, Instrumente und Bücher nur gepfändet werden, soweit sie nicht für den Schuldner und seine Familie zur Ausübung des Berufs notwendig sind (SchKG 92 I Ziff. 3). Gestützt auf die Lehre und die reichhaltige Praxis zu dieser Bestimmung können folgende Leitsätze formuliert werden:

Der nachfolgend kleingedruckte Text gehört nicht zum Prüfungsstoff!

Geschützt ist nach SchKG 92 I Ziff. 3 lediglich die *berufliche* Tätigkeit. Kein Beruf ist der Betrieb eines Unternehmens, weil der damit erzielte Gewinn nicht überwiegend als Entgelt für persönliche Tätigkeit erscheint, sondern hauptsächlich auf andere Erwerbsfaktoren, wie Einsatz bezahlter Arbeitskräfte und investiertes Kapital,

<sup>1</sup> SchKG-VONDER MÜHLL, Art. 92 N 13.

zurückzuführen ist. Der Einsatz bezahlter Arbeitskräfte, die nicht Familienangehörige sind, schliesst das Vorliegen eines Berufs nicht schlechthin aus, wenn der Schuldner regelmässig selbst Hand anlegt<sup>2</sup>. Je mehr Kenntnis eine Tätigkeit erfordert, desto eher überwiegt dieser Faktor gegenüber dem investierten Kapital<sup>3</sup>. Das Vorliegen eines Berufs wird angenommen, soweit und solange der Kapitaleinsatz nicht offensichtlich überwiegt<sup>4</sup>. Zur Ermittlung des kapitalistischen Elements sind sowohl der Wert der Hilfsmittel als auch derjenige der Warenvorräte heranzuziehen<sup>5</sup>. Der Kapitaleinsatz muss - so das Bundesgericht<sup>6</sup> - nach dem Anschaffungswert und nicht nach dem Zeitwert ermittelt werden. Wertminderungen sind unbeachtlich. War der Kapitaleinsatz deshalb besonders niedrig, weil der Schuldner die Hilfsmittel besonders günstig - z.B. auf einer Zwangsversteigerung - erwerben konnte, ist der Neuwert der betreffenden Gegenstände massgeblich. Als Grund dafür wird angeführt, dass andernfalls ein Unternehmen, dessen Anlagen nicht laufend erneuert werden, im Laufe der Zeit zum Beruf würde. Im Weiteren geht es nach der Meinung des Bundesgerichts nicht an, dass ersteigerte Hilfsmittel als Berufswerkzeuge unpfändbar seien, wenn sie beim Vorgänger gepfändet werden konnten, weil sie infolge ihres höheren Werts als unternehmerische Anlagen zu betrachten waren. Weil ein Unternehmer nach SchKG 92 I Ziff. 3 nicht geschützt wird, ist es ohne Belang, dass der Schuldner seine Erwerbstätigkeit nach der Pfändung nicht mehr in der bisherigen Art und Weise ausüben kann<sup>7</sup>. Kann eine Tätigkeit nicht nur als Unternehmen, sondern auch als Beruf ausgeübt werden, ist dem Schuldner so viel zu belassen, dass er nach der Reduktion der Hilfsmittel die Erwerbstätigkeit als Beruf weiterführen kann.

Festzuhalten ist sodann, dass der Betreibungsbeamte selbstverständlich nicht vorschreiben kann, wie der Schuldner sein Einkommen erzielen soll. Seine Befugnisse beschränken sich einzig auf die Frage, welche Hilfsmittel der Schuldner für seine *bestehende* Erwerbstätigkeit behalten kann (SchKG 92 I Ziff. 3).

Allgemein gilt der Grundsatz, dass die Begriffe Werkzeuge, Gerätschaften, Instrumente und Bücher *grosszügig* auszulegen sind<sup>8</sup>.

Die Unpfändbarkeit der Berufswerkzeuge gilt unabhängig davon, ob der Schuldner einer *selbständigen oder unselbständigen Erwerbstätigkeit* nachgeht. Vor allem das Auto wird regelmässig sowohl von selbständig als auch von unselbständig Erwerbenden als Kompetenzstück angesprochen. Der Arbeitnehmer benötigt es meistens zur Zurücklegung des Arbeitswegs. Bei anderen Sachen stehen die selbständig Erwerbenden im Vordergrund, weil Arbeitnehmer meist die erforderlichen Gerätschaften vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellt erhalten<sup>9</sup>.

Für die Annahme eines Berufs im Sinne von SchKG 92 I Ziff. 3 ist grundsätzlich allein die aktuelle Tätigkeit des Schuldners von Bedeutung. *Nicht ausschlaggebend ist die dafür erforderliche Ausbildung*<sup>10</sup>; sie kann gering sein oder sogar ganz fehlen. Auf die Ausbildung wird nur dann zurückgegriffen, wenn der Schuldner nicht mehr in seinem erlernten Beruf tätig ist und die nicht erlernte Tätigkeit teure Hilfsmittel erfordert. Hier wird ausnahmsweise die Unpfändbarkeit verneint und eine Rückkehr in den erlernten Beruf als zumutbar erachtet, wenn eine Umstellung infolge Alter und Arbeitsmarkt nicht schwierig erscheint<sup>11</sup>.

Berufswerkzeug kann nur sein, was dazu dient, einen Mehrwert zu schaffen oder ein Arbeitsentgelt zu erzielen<sup>12</sup>. Deshalb scheiden Gegenstände, die an Kunden gegen Entgelt veräussert werden<sup>13</sup>, d.h. grundsätzlich sämtliche Handelswaren<sup>14</sup>, aus.

<sup>2</sup> BGE 56 III 85; BLSchK 1961 S. 112.

<sup>3</sup> BGE 95 III 83; BLSchK 1982 S. 231.

<sup>4</sup> Vgl. SchKG-VONDER MÜHLL, Art. 92 N 16; BLSchK 1982 S. 231.

<sup>5</sup> Vgl. BGE 53 III 130.

<sup>6</sup> BGE 85 III 22.

<sup>7</sup> Vgl. BGE 95 III 82 f.; BLSchK 1971 S. 94 f.

<sup>8</sup> SchKG-VONDER MÜHLL, Art. 92 N 13.

<sup>9</sup> SchKG-VONDER MÜHLL, Art. 92 N 13.

<sup>10</sup> BGE 95 III 82.

<sup>11</sup> BLSchK 1972 S. 23 ff.; BLSchK 1973 S. 45 ff.; kritisch SchKG-VONDER MÜHLL, Art. 92 N 15.

<sup>12</sup> BGE 113 III 79.

<sup>13</sup> BGE 113 III 79, der die Vermietung bzw. den Verkauf von Videofilmen betraf. In BLSchK 1995 Nr. 22 S. 104 ff. wurde beiläufig bemerkt, dass möglicherweise Fahrzeuge und dergleichen, die zu Erwerbszwecken an Dritte überlassen würden (Autovermietung), unpfändbar sein könnten. Im konkreten Fall war jedoch nur zu entscheiden, ob einem Karoseriespengler ein Auto, das er den Kunden für die Dauer von Reparaturen als Ersatz überliess, als unpfändbar belassen werden müsse.

<sup>14</sup> BGE 113 III 79; BLSchK 1981 S. 183 ff.; SchKG-VONDER MÜHLL, Art. 92 N 13.

Als Berufswerkzeuge kommen nicht nur einfache, sondern durchaus auch verfeinerte und zeitgemässe Hilfsmittel, die einen gewissen Wert haben können, in Frage. Soweit sie zur Berufsausübung des Schuldners unentbehrlich sind, können auch grössere Maschinen unpfändbar sein<sup>15</sup>.

Die Unpfändbarkeit bezieht sich nicht auf sämtliche vom Schuldner verwendeten Hilfsmittel, sondern nur auf die notwendigen<sup>16</sup>, wobei diesbezüglich kein strenger Massstab anzulegen ist<sup>17</sup>. Bloss nützliche Gegenstände fallen jedoch nicht darunter<sup>18</sup>.

Die Hilfsmittel als solche müssen *wirtschaftlich* sein, d.h. der Ertrag aus der Nutzung muss mindestens die entsprechenden Betriebskosten decken bzw. Nutzen und Ertrag müssen in einem vernünftigen Verhältnis stehen<sup>19</sup>. Immerhin muss bei der Pfändung beachtet werden, dass der Schuldner rationell weiterarbeiten kann und konkurrenzfähig bleibt<sup>20</sup>.

Was die *Warenvorräte* anbelangt, sind sie unpfändbar, soweit sie der Schuldner zur Weiterverarbeitung benötigt und ohne sie den Beruf nicht mehr ausüben könnte<sup>21</sup>. In quantitativer Hinsicht werden der Vorratshaltung allerdings enge Grenzen gesetzt<sup>22</sup>.

Die Frage der Wirtschaftlichkeit stellt sich nicht nur hinsichtlich einzelner Hilfsmittel, sondern betrifft insbesondere die Berufsausübung als solche<sup>23</sup>. Als Beruf wird daher nur diejenige Betätigung geschützt, die regelmässige Einkünfte verschafft<sup>24</sup> und damit den Lebensunterhalt des Schuldners ganz oder teilweise (als Nebenerwerb) sichert<sup>25</sup>.

Nicht geschützt wird der *Nebenerwerb*, wenn der Hauptberuf bereits zur Deckung des Lebensunterhalts ausreicht<sup>26</sup>.

Ist die Erwerbstätigkeit des Schuldners *unrentabel bzw. dauernd defizitär*, so ist die Berufung auf die Unpfändbarkeitsbestimmungen ausgeschlossen<sup>27</sup>. Investiertes Kapital und Betriebskosten müssen in einem günstigen Verhältnis zum Ertrag stehen<sup>28</sup>. Es müssen jedenfalls die Geschäftskosten sowie der Lebensunterhalt des Schuldners und seiner Familie gedeckt sein<sup>29</sup>. Nicht massgeblich ist, dass der Schuldner in unselbständiger Stellung ein höheres Einkommen erzielen könnte<sup>30</sup>.

### 1.2.3.2 Kritik

SchKG 92 I Ziff. 3 und seine Auslegung in Lehre und Praxis bedürfen einer Überprüfung:

- Die schwierige Unterscheidung in Beruf einerseits und Unternehmen andererseits ist fragwürdig<sup>31</sup>. Massgebliches Kriterium sollte allein sein, welche Hilfsmittel notwendig und nützlich sind.
- Soweit die Unterscheidung beibehalten wird, sollte jedenfalls der Kapitaleinsatz als Kriterium für die Annahme einer unternehmerischen Tätigkeit nicht anhand des Anschaffungswerts der Gegenstände

<sup>15</sup> BLSchK 1947 S. 14 ff.; ZR 44 (1945) Nr. 176.

<sup>16</sup> Was notwendig ist, muss nach dem jeweiligen Stand der Technik etc. entschieden werden (SchKG-VONDER MÜHLL, Art. 92 N 18.).

<sup>17</sup> BGE 117 III 22.

<sup>18</sup> BGE 81 III 13; BLSchK 1969 S. 175; BLSchK 1971 S. 21; SchKG-VONDER MÜHLL, Art. 92 N 18.

<sup>19</sup> BGE 117 III 22; 87 III 63 f.; 86 III 51 f.; 84 III 20; 80 III 110; BLSchK 1986 S. 76; BLSchK 1972 S. 108.

<sup>20</sup> BGE 61 III 49; 78 III 160; 88 III 52; 110 III 55, 113 III 78; 117 III 22.

<sup>21</sup> BGE 51 III 26.

<sup>22</sup> BGE 113 III 78 f.; 51 III 26; SchKG-VONDER MÜHLL, Art. 92 N 13.

<sup>23</sup> SchKG-VONDER MÜHLL, Art. 92 N 21.

<sup>24</sup> BGE 81 III 139; 77 III 73 f.

<sup>25</sup> BGE 73 III 60.

<sup>26</sup> BGE 85 III 23; 75 III 95; 53 III 129; BLSchK 1961 S. 113 ff.; ZR 59 (1960) Nr. 100; Vgl. SchKG-VONDER MÜHLL, Art. 92 N 20.

<sup>27</sup> BGE 106 III 111; 89 III 34; 86 III 51 f. BLSchK 1970 S. 86 und S. 171; SchKG-VONDER MÜHLL, Art. 92 N 21.

<sup>28</sup> BGE 106 III 111; 86 III 52; SJZ 76 (1980) Nr. 41 S. 334.

<sup>29</sup> BLSchK 1986, S. 78; BLSchK 1980 S. 17; BLSchK 1970 S. 78.

<sup>30</sup> BGE 86 III 51.

<sup>31</sup> Zur Kritik dieser Abgrenzung vgl. MARVILLE, N 298.

(oder gar eines noch höheren Werts, wenn der Anschaffungswert besonders niedrig war) beurteilt werden. Vielmehr sollte der betriebsamtliche Schätzungswert zugrunde gelegt werden<sup>32</sup>.

- Im Weiteren darf es nicht darauf ankommen, ob Arbeitskräfte beschäftigt werden. Würde die genannte Unterscheidung aufgegeben, so könnten kleinere Handelsbetriebe – z.B. der in BGE 113 III 78 erwähnte Videoverkauf/-verleih – gegebenenfalls weitergeführt werden.
- Was die Pfändung von Vorräten anbelangt, wäre vermehrt zu berücksichtigen, dass die Zwangsversteigerung eines bestehenden Lagers – häufig zu Schleuderpreisen – auch aus der Sicht der Gläubiger wenig Sinn macht. Der Schuldner, dessen Vorräte gepfändet werden, muss dann sehr bald und aus dem laufenden Einkommen neue Vorräte einkaufen, und zwar zu Marktpreisen, was als Gestehungskosten vom Erwerb abgezogen werden kann.
- Schliesslich überzeugt die Praxis, den Nebenerwerb nur solange zuzulassen, als der Bedarf des Schuldners nicht durch den Haupterwerb gedeckt wird, nicht.

### 1.2.3.3 Zwischenergebnis

Die Bestimmung in SchKG 92 I Ziff. 3, wonach Gegenstände, die der Schuldner zur Ausübung seines Berufes benötigt, unpfändbar sind, und seine Auslegung in Lehre und Praxis bedürfen der Überprüfung. Im Interesse des Pfändungserfolgs ist es insbesondere nicht gerechtfertigt, lediglich die berufliche Arbeit, nicht jedoch die unternehmerische Tätigkeit des Schuldners zu schützen.

## 1.3 Insolvenzerklärung (SchKG 191) und Vorteile der Konkursverlustscheine für den Schuldner (SchKG 265)

### 1.3.1 Allgemeines

Nach SchKG 191 kann jeder Schuldner (sowohl juristische als auch natürliche Personen) jederzeit ein Begehren um Konkurseröffnung stellen. Mit der Konkurseröffnung fallen Einzelzwangsvollstreckungen dahin, die nicht bis zur Verwertung gediehen sind (SchKG 199). Im Gegensatz zu vielen anderen Rechtsordnungen<sup>33</sup> erhalten die Gläubiger, zu deren Gunsten Vermögenswerte gepfändet worden sind, kein Vorzugsrecht.

Der Anreiz für einen freiwilligen Konkurs besteht für den Schuldner zunächst darin, dass allfällige Einkommenspfändungen wegen des Untergangs der Einzelzwangsvollstreckungen dahinfallen, und dass er 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>34</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

<sup>32</sup> Vgl. SchKG-VONDER MÜHLL, Art. 92 N 21 bezüglich der Prüfung der Rentabilität von Hilfsmitteln.

<sup>33</sup> Im deutschen Recht wird mit der Pfändung ein sogenanntes Pfändungspfandrecht begründet, das in einem nachfolgenden Konkurs zu beachten ist. Im amerikanischen Recht erfüllen die „judgment liens“, die durch Beschlagnahme eines Vermögenswerts nach Massgabe der Rechte der Gliedstaaten entstehen, dieselbe Funktion.

<sup>34</sup> FRITZSCHE/WALDER, Bd. II, § 53 N 14-16.

Steuern eingerechnet<sup>35</sup>. Im Kanton Aargau pflegt man den Grundbetrag um die Hälfte zu erhöhen<sup>36</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>37</sup>. Im Kanton Basel-Stadt bildet sich aus Erwerbseinkommen erst dann neues Vermögen, wenn der Lohn den doppelten Grundbetrag mit den üblichen Zuschlägen inklusive laufender Steuern übersteigt<sup>38</sup>. (Vgl. zum Ganzen die Ausführungen in BGE 129 III 385)

Im geltenden Recht wird mit verschiedenen Massnahmen das Herbeiführen des Konkurses durch den Schuldner erschwert bzw. der Anreiz hierfür vermindert. Es sind dies:

- Die Konkurseröffnung darf nur bewilligt werden, wenn der Schuldner so wenig Vermögenswerte besitzt, dass ihm keine private Schuldenbereinigung zugemutet werden kann (vgl. SchKG 191 II)<sup>39</sup>.
- 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*“.
- Schliesslich hat der Gesetzgeber den Anreiz für einen freiwilligen Konkurs vermindert, indem er für den Gläubiger das Verfahren betreffend Feststellung des neuen Vermögens, im Vergleich zur Rechtslage vor 1997, erleichtert hat.

**Zwischenergebnis:** Zur Frage, bei welcher Höhe ein Einkommen die Annahme von „*neuem Vermögen*“ nach SchKG 265 II gestattet, bestehen in der kantonalen Praxis enorme Unterschiede, die sich durch nichts rechtfertigen lassen. M.E. ist es unerlässlich, dass das Bundesgericht und nötigenfalls der Gesetzgeber für eine Vereinheitlichung sorgen. 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.

### 1.3.2 Maßgebliche Zeitspanne des Einkommens zur Berechnung des neuen Vermögens

Bis anhin galt es als einigermaßen gesichert, dass zur Berechnung von neuem Vermögen gestützt auf das Einkommen, von der Einleitung der Betreuung gestützt auf einen Konkursverlustschein ein Jahr zurück massgebend war. Welche Zeitspanne heute zu beurteilen ist, ist völlig offen.

In der Literatur und offenbar heute auch in der Praxis wird nunmehr – m.E. zu Recht - postuliert, dass eine Beschränkung auf ein Jahr zurück seit Einleitung nicht gerechtfertigt sei. Massgebend sei vielmehr die Periode vom Schluss des Konkursverfahrens bis zur Einleitung der Betreuung (recte: m.E. sogar bis zur Entscheidung des Gerichtes über das neue Vermögen).<sup>40</sup> Im Weiteren wird die Ansicht vertreten, bei der Berechnung des „neue

<sup>35</sup> ZR 84 (1985) Nr. 65.

<sup>36</sup> AGVE 1990 Nr. 12 S. 51 ff.

<sup>37</sup> BJM 1974 S. 104; SJZ 81 (1985) S.293.

<sup>38</sup> FRITZSCHE/WALDER, Bd. II, § 53 Anm. 35.

<sup>39</sup> Hierzu I. MEIER, Konkursrecht, S. 100 ff.

<sup>40</sup> Hierzu BSK SchKG II-HUBER, Art 265 N 18, und die dortigen Entscheidungen.

Vermögens“ könne auch zusätzlich der laufende und zukünftige Lohn für die Dauer eines Jahres eingerechnet werden.

Der letztgenannten Erweiterung kann allerdings nicht zugestimmt werden. Das „neue Vermögen“ kann logischer Weise nur auf der Basis der Gegenwart und der Vergangenheit berechnet werden, da es sich dabei – anders als bei der Lohnpfändung - um eine nicht mehr korrigierbare Grösse handelt. Im Ausmaß des festgestellten neuen Vermögens kann bekanntlich definitiv und umfassend gepfändet werden (siehe hierzu sogleich später). Eine nachträgliche Korrektur, falls der Schuldner dann im laufenden Jahr doch nicht wie angenommen verdient, wäre für alle Beteiligten (Schuldner und alle mitbetreibenden alten und neuen Gläubiger) unzumutbar.

### **1.3.3 Zum Problem des Vermögens, über das der Schuldner lediglich wirtschaftlich verfügt**

Der Gläubiger kann, wie gesagt, gestützt auf einen Konkursverlustschein, eine neue Betreuung erst wieder einleiten, wenn der Schuldner zu „*neuem Vermögen*“ gekommen ist. Hierzu gehören nicht nur Vermögenswerte, die dem Schuldner rechtlich zustehen, sondern auch solche, über die er lediglich „*wirtschaftlich*“ verfügt (SchKG 265a III). Soweit ersichtlich sind zur Auslegung dieser Bestimmung bisher keine Entscheide ergangen und/oder veröffentlicht worden. Auch die Äusserungen in der Literatur führen kaum über den Gesetzeswortlaut hinaus<sup>41</sup>.

Es steht allein Folgendes fest: Es ist klar zu unterscheiden zwischen dem Einbezug von wirtschaftlichem Vermögen zur Berechnung des neuen Vermögens und dem (praktischen) Einbezug dieses Vermögens in die Zwangsvollstreckung. Allein für den letzteren Fall ist es notwendig, dass der Dritte erkannt hat oder hätte erkennen müssen, dass der Schuldner diese lediglich deshalb nicht erworben oder veräussert hat, um die Bildung von neuem Vermögen zu vereiteln<sup>42</sup>.

### **1.3.4 Voraussetzung für die Konkurseröffnung nach SchKG 191**

Nach SchKG 191 I kann jeder Schuldner die Konkurseröffnung über sich „beantragen, in dem er sich beim Gericht zahlungsunfähig erklärt.“ Ob tatsächlich eine Zahlungsunfähigkeit vorliegt, prüft das Gericht nicht.

Das Gesetz bzw. Lehre und Praxis verlangen für die Konkurseröffnung jedoch:

- Laut SchKG 191 II ist erforderlich, dass „keine Aussicht auf eine Schuldenbereinigung nach den Artikel 333 ff. besteht“.
- Lehre und Praxis verlangen zusätzlich eine extensive Prüfung auf Rechtsmissbrauch (vgl. ZGB 2).

Was diese Voraussetzungen konkret bedeuten, ist allerdings wenig geklärt. Je nach Kanton und von Gericht zu Gericht bestehen hier (wohl) extreme Unterschiede. Während in (wohl) vielen Kantonen und Gerichten mehr oder weniger unbeschweren der Konkurs eröffnet wird, dürfte in einigen Kantonen und Gerichten eine strengere Prüfung stattfinden.

Aus dem Gesetzeswortlaut bzw. Lehre und Praxis lassen sich immerhin folgende gesicherte und brauchbare Kriterien herleiten:

<sup>41</sup> SchKG-HUBER, Art. 265a N 24; BRÖNNIMANN, Feststellung des neuen Vermögens, S. 226.

<sup>42</sup> SchKG-HUBER, Art. 265a N 24.

Für die erstgenannte Voraussetzung ist nicht erforderlich, dass effektiv ein Schuldenbereinigungsverfahren nach SchKG 191 eingeleitet worden ist. Genügend ist vielmehr, dass – abstrakt betrachtet – ein solches Verfahren nicht als aussichtsreich erscheint. M.E. ist zusätzlich zu präzisieren, dass nicht das besondere Verfahren nach SchKG 333, sondern allgemeine eine aussergerichtliche Schuldenbereinigung als nicht möglich erscheint. Eine aussergerichtliche Schuldenbereinigung erscheint als möglich, wenn der Schuldner in der Lage ist, ein namhaften Teil der Forderungen zu bezahlen; erfahrungsgemäß ist dies bei einer Forderungsdeckung von etwa 30% der Fall<sup>43</sup>.

Eine untere Grenze wird durch den Umstand gesetzt, dass das Konkursverfahren nur zu Ende geführt werden kann, wenn mindestens die Kosten für das summarische Konkursverfahren gedeckt werden können (vgl. SchKG 230 I). Ist bereits bei Antragstellung bewiesen, dass der Schuldner über diesen Betrag nicht verfügt, fehlt es nach richtiger Ansicht am Rechtsschutzinteresse für den Konkursantrag<sup>44</sup>. Auf das Rechtsmissbrauchsverbot kann und muss hierfür nicht zurückgegriffen werden.

Rechtsmissbräuchlich ist in der Regel ein in kürzeren Abständen wiederholter Antrag auf Konkursöffnung<sup>45</sup>. So kann der Schuldner nicht auf eine Betreuung gestützt auf einen Konkursverlustschein kurz nach Konkursabschluss den erneuten Antrag auf Konkursöffnung stellen, um der Einkommenspfändung nach Feststellung des neuen Vermögens nach SchKG 265 II zu entgehen.

Darüber hinaus ist eine allgemeine Rechtsmissbrauchsprüfung abzulehnen, die von der Vorstellung ausgeht, grundsätzlich sei jeder Schuldner suspekt, welcher ein Begehren nach SchKG 191 stellt<sup>46</sup>. Unbrauchbar und unberechtigt ist m.E. etwa auch für das Fehlen des Rechtsmissbrauchs zu verlangen, dass der Schuldner mit dem Konkursantrag mindestens neben anderen Beweggründen auch die Gleichbehandlung der Gläubiger anstreben müsse<sup>47</sup> und deshalb ein über den Kostenvorschuss für das summarische Verfahren hinausgehendes Vermögen für eine minimale Gläubigerbefriedigung vorhanden sein müsse. Die später allerdings zu relativierende „Rechtswohlthat“ des Privatkonkurses soll gerade auch Schuldner zugutekommen, welche über dieses zusätzliche Vermögen nicht verfügen. Ein in der Praxis nur schwer handhabbares, wenn auch ansich überzeugendes Kriterium ist schliesslich, der Schuldner müsse glaubhaft machen oder sogar beweisen, dass er seine Vermögensverhältnisse mit dem Konkurs stabilisieren könne<sup>48</sup>.

### **1.3.5 Wirkungen des Konkurs auf den Konkurschuldner als natürliche Personen**

Es gelten folgende Besonderheiten:

- Der Schuldner kann, wie schon gesagt, unverzüglich wieder über sein Einkommen ab Konkursöffnung verfügen.

<sup>43</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. Im Kanton Luzern wird etwa nach einer Faustregel geprüft, ob eine privatrechtliche Lösung als möglich erscheint. Dies gilt als gegeben, wenn der Schuldner – neben der Bestreitung eines u. 20 % erweiterten Existenzminimums - über so viele Mittel verfügt, dass er innerhalb drei Jahren 50 % seiner Forderungen bezahlen kann.

<sup>44</sup> So auch BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER, Art 191 N 16.

<sup>45</sup> Hierzu insb. BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER, Art 191 N 16.

<sup>46</sup> So deutlich auch BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER, Art 191 N 17.

<sup>47</sup> Vgl. hierzu KUKO, Art. 191 N 7.

<sup>48</sup> So KUKO, Art. 191 N 8.

- Der Schuldner kann die Kompetenzstücke weiterhin benützen und darüber verfügen.
- Der Schuldner kann entscheiden, ob er einzelne Dauerschuldverhältnisse weiterführen will (vgl. rev.Art. 211a Abs. 3 SchKG).

### 1.3.6 Feststellung des Umfangs des neuen Vermögens und Pfändung

Um das schwierige Institut der Feststellung des neuen Vermögens und der damit verbundenen Zulassung der Pfändung zu verstehen, muss man sich vor allem Folgendes bewusst sein:

- Das „neue Vermögen“ ist eine abstrakte Grösse, welche mit dem realen Vermögen des Schuldners im Zeitpunkt der Pfändung nichts oder nur beschränkt etwas zu tun hat. Der Hauptfaktor des neuen Vermögens bildet das Einkommen, das der Schuldner in der Vergangenheit zur Vermögensbildung hätte auf die Seite legen können. Ob dieses Vermögen effektiv noch vorhanden ist, ist nicht relevant.
- Im Umfange des festgestellten Vermögens kann für eine Verlustscheinforderung das Fortsetzungsbegehren gestellt werden. In der Pfändung hat das Betreibungsamt genau gleich zu verfahren, wie es auch sonst vorgeht. D.h. insbesondere: es ist eine Lohnpfändung in vollem Umfange bis zum Existenzminimum vorzunehmen!

### 1.3.7 Ablauf des Verfahrens zur Feststellung von neuem Vermögen

#### 1.3.7.1 Überblick

Das Verfahren zur Feststellung des neuen Vermögens umfasst nach SchKG 265a folgende Schritte:

- Rechtsvorschlag des Schuldners mit der Begründung, er sei nicht zu neuem Vermögen gekommen.
- Automatische Einleitung des (summarischen) Verfahrens betreffend Feststellung des neuen Vermögens durch den Betreibungsbeamten.
- Summarisches Verfahren zur Frage, ob und allenfalls in welchem Umfang der Schuldner zu neuem Vermögen gekommen ist. Dabei obliegt dem Schuldner die Glaubhaftmachungslast für die Behauptung, dass er nicht zu neuem Vermögen gekommen sei. Hat das Gericht neues Vermögen unter anderem gestützt auf Vermögenswerte, die dem Schuldner lediglich wirtschaftlich zustehen, festgestellt, kann es diese auch als pfändbar erklären, „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“ (SchKG 265a III).
- Einleitung des Prozesses im ordentlichen/ vereinfachten Verfahren (je nach Streitwert) durch die im summarischen Verfahren unterlegene Partei zur Frage, ob und allenfalls in welchem Umfang der Schuldner zu neuem Vermögen gekommen ist. In diesem Verfahren liegt die Beweislast betreffend das neue Vermögen nunmehr beim Gläubiger (SchKG 265a IV).

Nachfolgend ist auf einzelne Fragen dieses Verfahrens näher einzugehen.

### 1.3.7.2 Vorgehen des Betreibungsamtes nach Rechtsvorschlag

Das Betreibungsamt hat lediglich die formelle Gültigkeit des Rechtsvorschlages zu prüfen. Die Frage, ob die Einrede des mangelnden neuen Vermögens begründet ist, ist ausschliesslich vom Richter zu entscheiden<sup>49</sup>.

SchKG 265a I verlangt, dass der Rechtsvorschlag automatisch dem Richter am Betreibungsort zur Prüfung vorgelegt werden muss. Das Problem besteht nun darin, dass damit ohne Zutun des Gläubigers ein Verfahren in Gang kommt, das möglicherweise mit Kostenfolgen zu seinen Lasten endigt.

### 1.3.7.3 Summarisches Verfahren betreffend Feststellung von neuem Vermögen

Im Kanton Zürich ist hierfür der Einzelrichter zuständig (GOG 24 lit. b). In der Regel wird ein mündliches Verfahren durchgeführt (ZPO 253). Bleibt der Beklagte der Verhandlung ohne genügende Entschuldigung fern, so wird Anerkennung der Sachdarstellung des Klägers und Verzicht auf Einreden angenommen (ZPO 223 analog). Bleibt der Kläger von der Verhandlung fern, so wird aufgrund der Akten entschieden (ZPO 234 I analog).

Der Schuldner wird vom Einzelrichter mit der Vorladung aufgefordert, sämtliche Unterlagen, die Aufschluss über die Einkommens- und Vermögensverhältnisse der letzten beiden Jahre geben, einzureichen bzw. an die Verhandlung mitzubringen. Gleichzeitig wird angedroht, dass er sonst mit der Vorlage von Urkunden ausgeschlossen und allein aufgrund der Akten entschieden würde<sup>50</sup>.

An der mündlichen Verhandlung stellt der Richter dem Schuldner gestützt auf ZPO 56 Zusatzfragen, wenn und soweit dieser seine finanziellen Situation nicht selber vollständig darlegt. Allenfalls kann der Richter mit dem Schuldner auch eine formelle Parteibefragung mit Ermahnung zur Wahrheit durchführen. Dabei hat er auf eine mögliche Beweisaussage im späteren ordentlichen/ vereinfachten Verfahren (je nach Streitwert) hinzuweisen (ZPO 192).

Der Schuldner muss dem Richter glaubhaft machen, dass er nicht zu neuem Vermögen gekommen ist, ansonsten wird der Rechtsvorschlag beseitigt. In der Praxis werden Ausgaben, bei denen sich die Angaben des Schuldners im Bereich von gesicherten Erfahrungswerten bewegen (wie z.B. Telefon, Strom, Krankenkasse), auch ohne entsprechenden Beleg für glaubhaft erachtet. Das gleiche gilt selbstverständlich für Behauptungen, welche der Gläubiger in seiner Stellungnahme als richtig anerkennt<sup>51</sup>.

Ist dem Schuldner die Glaubhaftmachung gelungen, so wird der Richter den Rechtsvorschlag wegen fehlendem neuen Vermögen bewilligen. Bei nur teilweiser Bewilligung wird der Umfang des neuen Vermögens festgestellt. Die Rechtskraft des Entscheides bleibt auf die konkrete Betreibung beschränkt. So kann in einer anderen Betreibung des gleichen oder eines anderen Gläubigers gegen denselben Schuldner in Bezug auf Vorhandensein und Umfang des neuen Vermögens ein anderer Entscheid resultieren<sup>52</sup>.

<sup>49</sup> GUT/RAJOWER/SONNENMOSER, S.531; AMONN/WALTHER, §18 N 26; vgl. auch BGE 130 III 678.

<sup>50</sup> GUT/RAJOWER/SONNENMOSER, S. 533.

<sup>51</sup> GUT/RAJOWER/SONNENMOSER, S. 534.

<sup>52</sup> GUT/RAJOWER/SONNENMOSER, S. 534.

## 1.4 *Einvernehmliche private Schuldenbereinigung*

Statt der Konkursöffnung kann der Schuldner beim Nachlassgericht eine Stundung zur Durchführung eines Nachlassverfahrens nach SchKG 293 ff. oder eines Schuldenbereinigungsverfahrens gemäss SchKG 333 ff. beantragen. Mit der Bewilligung der Stundung werden Einzelzwangsvollstreckungen grundsätzlich gestoppt (SchKG 297 I). Sie können nur dann wieder eingeleitet oder fortgeführt werden, wenn ein Vergleich mit den Gläubigern nicht gelingt (vgl. SchKG 309).

Das Schuldenbereinigungsverfahren nach SchKG 333 ff. ist eine Neuerung des revidierten Rechts von 1994, das lediglich Personen zur Verfügung steht, die nicht der Konkursbetreibung unterliegen (d.h. natürliche Personen, die nicht im Handelsregister eingetragen sind). Das Verfahren ist viel einfacher ausgestaltet als ein ordentliches Nachlassverfahren nach SchKG 293 ff. Der wesentliche Unterschied besteht im Weiteren darin, dass ein Vergleich lediglich dann zustande kommt, wenn alle Gläubiger zustimmen.

## 1.5 *Nachlassverfahren*

Theoretisch kann ein Kleinunternehmer mit oder ohne Handelsregistereintragung auch ein Nachlassverfahren nach SchKG 293 ff. einleiten. In der Praxis kommen diese Verfahren jedoch wegen der hohen Kosten kaum vor.

## 1.6 *Kritik am geltenden Recht*

Das geltende Recht ist für den insolventen Kleinunternehmer weitgehend ohne Perspektiven. Insbesondere besteht keine Möglichkeit, sich effektiv zu entschulden. Die Gläubiger haben nur eine kleine Chance, einen namhaften Betrag erhältlich zu machen.

Die nachfolgenden klein gedruckten Ausführungen gehören nicht zum Prüfungsstoff

### 1.6.1 **Lohnpfändung ohne Ende**

Der Schuldner hat zunächst die Möglichkeit, die Lohnpfändung zu ertragen. In aller Regel wird sich der Schuldner damit abfinden müssen, dass es sich um einen Dauerzustand handelt. Die Lohnpfändung dauert ja nicht nur ein Jahr, wie man bei einem flüchtigen Blick in SchKG 93 meinen könnte. Jeder Gläubiger kann nach Erhalt des Verlustscheins sogleich erneut das Fortsetzungsbegehren stellen (SchKG 149 III) und damit ein zweites Lohnpfändungsjahr beanspruchen. Selbstverständlich kann jeder Gläubiger zumindest durch einen neuen Zahlungsbefehl die Pfändung solange beantragen, bis seine Forderung gedeckt ist.

Während der Lohnpfändung wird sich der Schuldner auch regelmässig neu verschulden. Das Existenzminimum reicht nicht aus, die laufenden Ausgaben zu zahlen. Auf laufende Steuern wird sogar offiziell nicht Rücksicht genommen. Es lässt sich deshalb sagen: „Einmal Pfändung – immer Pfändung.“

### 1.6.2 **Schuldenbereinigung nach SchKG 333 ff.**

Wenig Hoffnung bietet auch die einvernehmliche private Schuldenbereinigung nach SchKG 333 ff. Diese ist grundsätzlich nur möglich, wenn alle Gläubiger zustimmen.

Wie die Erfahrungen der Schuldenberatungsstellen zeigen, lässt sich die Zustimmung meist nur finden, wenn der Schuldner in der Lage ist, während drei Jahren bis zu 60 % der Schulden zu begleichen. Einzelne Gläubiger lehnen kategorisch jede einvernehmliche Lösung ab.

Bis jetzt sind, wenigstens im Kanton Zürich, lediglich ganz wenige Verfahren durchgeführt worden.

### 1.6.3 Privatkonkurs

#### 1.6.3.1 Grundkonzept von SchKG 191 in Verbindung mit SchKG 265

Der Insolvenzerklärung nach SchKG 191 bzw. den Wirkungen des Konkursverlustscheins nach SchKG 265 liegt nach der Idealvorstellung des Gesetzgebers folgendes Konzept zu Grunde:

Die Gläubiger können ihre Forderungen nach Abschluss des Konkurses erst wieder geltend machen, wenn der Schuldner zu „*neuem Vermögen*“ gekommen ist, wie es im Gesetz heisst. Der Schuldner soll dadurch die Möglichkeit erhalten, sich wirtschaftlich und finanziell zu erholen. Ist dem Schuldner der Neuanfang gelungen, muss er seinen Erfolg jedoch mit den alten Gläubigern teilen. D.h. die Gläubiger sollen nicht den ganzen Neuanfang abschöpfen können. Vielmehr sollen sie nur so viel erhalten, dass der Schuldner seine Gesundung beibehalten und wenn möglich sogar noch verbessern kann.

Kurz formuliert: Es handelt sich um einen Neuanfang mit „Erfolgsbeteiligung“ der Gläubiger.

Der Privatkonkurs in Verbindung mit den Wirkungen des Konkursverlustscheins ist im Idealfall eine „win-win“-Lösung für Gläubiger und Schuldner. Dem Schuldner gestattet sie, wie gesagt, einen Neuanfang. Der Gläubiger profitiert, weil der Schuldner nun in die Lage versetzt wird, seine alten Forderungen ganz oder teilweise wieder zurückzuzahlen.

#### 1.6.3.2 Ökonomische Analyse von SchKG 191 II

Mit der Revision von 1994 hat dieses Konzept eine gewisse Korrektur erfahren. Unter dem allgemeinen Eindruck, die Insolvenzerklärung werde immer wieder oder sogar in der Mehrzahl der Fälle vom Schuldner „missbraucht“, wurde ein Absatz 2 hinzugefügt, wonach die Insolvenzerklärung nur zulässig ist, wenn keine private Schuldenbereinigung nach SchKG 333 ff. als möglich erscheint.

Nach der ökonomischen Analyse des Rechts ist dies auf den ersten Blick eine überzeugende Lösung:

- Ein rational handelnder Gläubiger, wie er in dieser Disziplin immer vorausgesetzt wird, stimmt einer privaten Schuldenbereinigung nur, aber immerhin dann zu, wenn er dadurch besser gestellt wird, als bei einem Privatkonkurs nach SchKG 191. Es kann deshalb gesagt werden: **Ein Privatkonkurs ist theoretisch nur möglich, wenn dieser auch für die Gläubiger die beste Lösung für eine Gesamtanierung ist.** Wäre eine private Schuldensanierung für die Gläubiger besser, ist anzunehmen, dass auch ein Verfahren nach SchKG 333 Erfolg hätte. Damit würde aber die Negativvoraussetzung für den Privatkonkurs nach SchKG 191 II entfallen.
- SchKG 191 II beinhaltet einen starken Anreiz für den Versuch einer aussergerichtlichen Schuldenbereinigung. Die Verhandlungslösung ist als Grundsatz immer besser als eine schematische Lösung des Rechts.
- Mit dieser Bestimmung sollen die „reichen“ Schuldner von der Konkurseröffnung ferngehalten werden, denen mindestens eine Teilrückzahlung ohne die Einschränkung von SchKG 265 zumutbar ist. Wie die Erfahrungen der Schuldenberatungsstellen zeigen, sind die Personen mit regelmässig höherem Einkommen in der Lage 60 % ihrer Schulden in etwa drei Jahren abzuführen.

Schon jetzt ist hervorzuheben, dass diese Analyse nicht realistisch ist:

Gläubiger verhalten sich nur zum Teil rational: Wenn der Schuldner nur eine sehr geringe Dividende anbieten kann, ziehen es viele Gläubiger vor, vorläufig oder auch für immer, gar nichts zu erhalten. Wegen wenigen Franken erscheint der Aufwand nicht als lohnend, obwohl er mit dem Vorschlag des Schuldners vielleicht mehr bekommt, als wenn er den Schuldner sein Leben lang betreiben kann.

Im Weiteren ist zu beachten, dass gerade die wichtigsten Gläubiger nicht nur nach Lösungen suchen, die optimal gegenüber einem bestimmten Schuldner sind, sondern die allgemein am meisten Erfolg versprechen. Beispiel: Eine Bank lehnt einen an sich guten Vorschlag zur Schuldenbereinigung ab, weil sie gegenüber den anderen Schuldnern ein Signal setzen will, dass sie von ihr keinen Schuldner erwarten können.

### 1.6.3.3 Scheitern des Konzeptes von SchKG 191 nach geltendem Recht in der Praxis

In der Praxis hat sich gezeigt, dass dieses Konzept so nicht funktioniert. Dies hat auch unsere Datenerhebung klar bestätigt<sup>53</sup>. 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 Konkursverlust-Forderung ist sodann praktisch wertlos.
- Für den Schuldner wird ein Neuanfang verunmöglicht oder erschwert, weil die Schulden latent immer noch vorhanden sind.

Die Gründe für das Scheitern des Konzeptes sind naheliegend. Ich greife die wichtigsten heraus:

#### 1. Grund: Das Konzept schafft falsche Anreize

Eine der wichtigsten Fragestellungen der ökonomischen Analyse des Rechts ist diejenige nach den Anreizwirkungen einer rechtlichen Regelung. Die Anreizwirkungen der heutigen Regelung weisen genau in die gegenteilige Richtung, 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 wieder finanziell zu erholen, wird dadurch „gestraft“, dass die Gläubiger wiederum auf sein Vermögen greifen können. Diese Anreizwirkung ist besonders stark bei denjenigen Schuldnern, die sehr hohe Schulden haben und entsprechend die Chance gering ist, die Konkursforderungen in absehbarer Zeit zurückzahlen zu können.

#### 2. Grund: Verunmöglichtung oder Erschwerung des Neuanfangs für selbständig erwerbende Personen

Ein erheblicher Anteil der betriebenen Personen sind selbständig Erwerbende. Der Umstand, dass die Konkursforderungen nicht untergehen, sondern latent weiterbestehen, bedeutet vor allem für die selbständig erwerbenden Personen eine enorme Hypothek für den Neuanfang. Wer seriös kalkuliert, muss diese Passiven bereits ab Beginn des Neustarts vollumfänglich einrechnen. Denn: Im Fall des erhofften Erfolges werden diese Gläubiger wieder vor seiner Türe stehen.

#### 3. Grund: Verfehltes Konzept für den Arbeitnehmer-Schuldner

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

Um ihm zu ermöglichen, die neuen Schulden zu begleichen, könnte allein in Betracht gezogen werden, für Konkursforderungen das Existenzminimum anzuheben. Dies wird ja im Ergebnis auch durch die Praxis zum geltenden Recht erreicht. Bekanntlich wird neues Vermögen angenommen, wenn der Schuldner im letzten Jahr vor Anhebung der Betreibung so viel verdient hat, dass ihm nach Finanzierung eines erhöhten Existenzminimums noch etwas übrig bleibt. Die Vorteile meines Vorschlags sind:

- Der Lohn wäre tatsächlich vorhanden; am Ende des Jahres hat der Schuldner selbstverständlich schon alles ausgegeben.
- Es ist kein kompliziertes mehrstufiges, zuerst summarisches und dann ordentliches/ vereinfachtes Verfahren (je nach Streitwert) notwendig.

#### 4. Grund: Kompliziertes Verfahren und unmögliches Beweisthema

Verfahren zur Feststellung des neuen Vermögens werden nur selten eingeleitet und wenn sie eingeleitet werden, sind sie wohl noch seltener erfolgreich. Im Bezirk Zürich wird pro Jahr in etwa 120 Fällen neues Vermögen festgestellt. Über den Erfolg für die Gläubiger sagt dies natürlich nichts aus. Das festgestellte neue Vermögen ist ja bekanntlich nur eine virtuelle Grösse. Im Zeitpunkt der Pfändung wird in den meisten Fällen nichts mehr vorhanden sein.

Das Verfahren zur Feststellung von neuem Vermögen ist für den Gläubiger viel zu kompliziert und risikoreich. Der wichtigste Grundsatz für die Gläubiger lautet: „Du sollst dem schlechten Geld kein gutes Geld nachwerfen“. Der Gläubiger wird daher ein Verfahren zur Eintreibung einer Forderung nur einleiten, wenn das Kostenrisiko einigermassen kalkulierbar ist. Dies ist im Verfahren nach geltendem Recht eindeutig nicht der Fall.

<sup>53</sup> MEIER/ZWEIFEL/ZABOROWSKI/JENT-SØRENSEN, S. 180.

Nach der Praxis vieler Gerichte muss der Gläubiger den Kostenvorschuss für das (summarische) Verfahren zur Feststellung des neuen Vermögens leisten.

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten: Das geltende Recht bietet dem bedrängten Schuldner und dem Gläubiger keine oder nur sehr wenige Perspektiven! Es ist deshalb unerlässlich, dass der Gesetzgeber dieses Konzept überprüft und nach neuen Lösungen sucht. Wichtiges Element einer neuen Regelung muss dabei die Möglichkeit einer Schuldbefreiung sein, wie sie heute auch in den meisten europäischen Staaten und seit längerer Zeit schon in den USA besteht.