

Nachlassvertrag im Privatkonkurs

Restschuldbefreiung nach Schweizer Art



FRANCO LORANDI
Prof. Dr. iur., LL.M.,
Rechtsanwalt, Lehrbeauftragter
an der Universität
St. Gallen (HSG), Zürich

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Untauglichkeit verschiedener Institute des SchKG
 - A. Nachlassverfahren
 - B. Einvernehmliche private Schuldenbereinigung/aussergerichtlicher Nachlassvertrag
 - C. Konkursverfahren (Insolvenzerklärung)
 - 1. Vorteile für den Schuldner
 - 2. Nachteile für Schuldner und Gläubiger
- III. Restschuldbefreiung
 - A. Blick über die Grenzen
 - B. Rechtslage in der Schweiz
- IV. Nachlassvertrag mit Dividendenvergleich im Konkurs als Mittel der Restschuldbefreiung
 - A. Der Nachlassvertrag im Konkurs im Überblick
 - 1. Antragsrecht
 - 2. Entscheid über den Nachlassvertrag
 - 3. Entscheid des Nachlassrichters
 - 4. Widerruf des Konkurses und dessen Wirkungen
 - B. Tauglichkeit des Dividendenvergleichs im Konkurs als Instrument zur Restschuldbefreiung
 - 1. Konfrontation mit der Realität
 - 2. Schuldner braucht zusätzliche Geldmittel
 - 3. Vorteile für den Schuldner
 - 4. Optik der Gläubiger
 - 5. Nachteile

I. Einleitung

Unser geltendes Recht kennt – anders als einzelne ausländische Rechtsordnungen¹ – kein selbständiges Insolvenzverfahren, in welchem eine *natürliche Person* eine Restschuldbefreiung erlangen kann. Die heute verfügbaren Verfahren sind vielfach ungeeignet, dem Schuldner eine Restschuldbefreiung zu ermöglichen. Von diesen, heute verfügbaren Verfahren ist der Nachlass im Konkurs – seiner geringen Verbreitung zum Trotz – ein durchaus taugliches Instrument, das gewünschte Ergebnis (die Restschuldbefreiung) herbeizuführen.

Die Zahl der Privatkonkurse (d.h. der Konkurse über Privatpersonen) stieg 2007 erneut an und erreichte beinahe den Höchststand von 1994². Für das Jahr 2008 wird eine Stagnation und für 2009 wird ein deutlicher Anstieg prognostiziert. Rund 80 % der betroffenen Privatkonkursiten sind Männer. Eine starke Zunahme zeichnet sich bei den unter 25- und den über 60-jährigen Personen ab³. Einer der Gründe ist die zunehmende Inanspruchnahme von Konsumkrediten. Auslösende Faktoren sind häufig Arbeitslosigkeit, Krankheit oder Scheidung⁴.

Eine 1998 durchgeführte Studie zeigt interessante Ergebnisse: Die Gründe für die Verschuldung sind vor allem Arbeitslosigkeit (28 %), Scheidung (13 %) und missglückte Geschäftsgründung (10 %)⁵. Die am häufigsten vorkommenden Gläubigergruppen sind Steuerbehörden, Versicherungen sowie Banken und Treuhänder⁶. Viele Schuldner weisen

¹ Vgl. III.A.

² 2007 gab es 6140 Privatkonkurse, während der Höchststand von 1994 6163 betrug (NZZ vom 15. Januar 2008).

³ Pressemitteilung der Creditreform vom 2. Juni 2008.

⁴ Schuldneratlas Schweiz 2007, Pressemitteilung der Creditreform vom 11. April 2008; Immer mehr ältere Menschen sind Konkurs, NZZ Online vom 10. Juli 2007. Zur Überschuldung im Jugendalter vgl. ELISA STREULI, Ursachen und Überwindung einer problematischen Verschuldung im Jugendalter – Ansätze zu Prävention und Integration, BISchK 2008, 161 ff.

⁵ ALEXANDER BRUNNER/MANFRED REHBINDER/BERND STAUDER, Privatautonomie zwischen Konsumkredit und Insolvenz, JKR 1997, 9; ISAAK MEIER/PETER ZWEIFEL/CHRISTOPH ZABOROWSKI/INGRID JENT-SØRENSEN, Auf der Suche nach dem optimalen Existenzminimum, BISchK 1998 (zit. Suche), 183; DIES., Lohnpfändung – Optimales Existenzminimum und Neuanfang?, Zürich 1999 (zit. Lohnpfändung), 168 f., 215; CHRISTOPH ZABOROWSKI, Gründe und Folgen der Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung privater Haushalte in der Schweiz, Diss. Zürich 1998, 1 ff.; vgl. auch MARIO RONCORONI, Auf Drückeberger gezielt – Bedürftige getroffen, plädoyer 4/92, 24 ff.

⁶ MEIER/ZWEIFEL/ZABOROWSKI/JENT-SØRENSEN, Suche (FN 5), 184; DIES., Lohnpfändung (FN 5), 160, 176 ff.

ein Einkommen auf, das unter dem Existenzminimum liegt⁷. Bei den betriebenen Schuldner beträgt die mittlere Verschuldung rund CHF 50 000; der Median liegt bei rund CHF 15 000⁸. Im Durchschnitt beträgt die Überschuldung rund das Doppelte des Jahreseinkommens⁹. Bei den Konkurschuldnern beträgt die mittlere Schuld CHF 327 639; der Median beträgt CHF 55 000¹⁰.

Während rund ein Drittel aller Pfändungsverfahren gegen natürliche Personen mit einer blossen Teildeckung bzw. einem Verlustschein enden¹¹, enden weit über 85 % aller Privatkonkurse ohne jegliche Zahlungen an die Gläubiger¹². Durchschnittlich erhalten die Drittklassgläubiger im Konkurs über eine natürliche Person eine Dividende von 0.4 %¹³. Diese Zahlen machen nachdenklich.

II. Untauglichkeit verschiedener Institute des SchKG

Zur Sanierung eines Schuldners (natürliche Person) können verschiedene Institute des SchKG herangezogen werden, namentlich das Nachlassverfahren (Art. 293 ff. SchKG), die einvernehmliche private Schuldenbereinigung (Art. 333 SchKG) sowie der Konkurs (Art. 197 ff. SchKG). Alle diese Institute haben jedoch entscheidende Nachteile.

A. Nachlassverfahren

Das Nachlassverfahren beginnt mit einer Nachlassstundung (Art. 293 ff. SchKG). Diese wird publiziert (Art. 296 SchKG). Es wird zwingend ein Sachwalter bestellt (Art. 293 Abs. 3, Art. 295 Abs. 1 SchKG). Dieser überwacht den Schuldner, nimmt das Inventar auf und veranlasst einen Schuldenruf (Art. 295, Art. 299, Art. 300 SchKG). Es findet eine Gläubigerversammlung statt (Art. 301 f. SchKG). Schliesslich erstattet der Sachwalter seinen Bericht an den Nachlassrichter (Art. 304 SchKG), welcher über die Bestätigung des Nachlassvertrages befinden muss (Art. 306

SchKG). Es kann sich um einen ordentlichen, namentlich um einen Nachlassvertrag mit Dividendenvergleich (Art. 314 SchKG), oder um einen Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung handeln (Art. 319 ff. SchKG). Ein Richter muss zwei bis dreimal entscheiden; für die (provisorische und definitive) Nachlassstundung (Art. 293 Abs. 3, Art. 295 SchKG) und für die Genehmigung des Nachlassvertrages (Art. 306 SchKG).

Auch wenn das Verfahren vom Schuldner gut vorbereitet wird¹⁴, ist ein Nachlassverfahren (Art. 293 SchKG) für Privatpersonen (natürliche Personen) häufig ungeeignet¹⁵. Es ist für einfache Verhältnisse überdimensioniert¹⁶ und zu kostenintensiv¹⁷. Es braucht zwingend einen Sachwalter (Art. 293 Abs. 3, Art. 295 Abs. 1 SchKG). Es müssen Publikationen veranlasst (Art. 296 SchKG), Forderungseingaben aufgezeichnet (Art. 300 SchKG), ein Inventar aufgenommen (Art. 299 SchKG), eine Gläubigerversammlung abgehalten (Art. 301 f. SchKG) und ein Sachwalterbericht zuhanden des Nachlassgerichts erstattet werden (Art. 304 SchKG). Das Verfahren ist für Privatpersonen, namentlich für Konsumenten, schlicht zu teuer. Es macht keinen Sinn, wesentliche Mittel in ein für Privatpersonen überdimensioniertes Verfahren zu stecken, anstatt sie zugunsten der Gläubiger zu verwenden.

B. Einvernehmliche private Schuldenbereinigung/aussergerichtlicher Nachlassvertrag

Aufgrund dieser Schwächen des Nachlassverfahrens für Privatpersonen wurde bei der letzten SchKG-Revision (1994) die einvernehmliche, private Schuldenbereinigung (Art. 333 ff. SchKG) im Sinne eines «Nachlassverfahrens

⁷ MEIER/ZWEIFEL/ZABOROWSKI/JENT-SØRENSEN, Suche (FN 5), 182.

⁸ MEIER/ZWEIFEL/ZABOROWSKI/JENT-SØRENSEN, Lohnpfändung (FN 5), 160.

⁹ MEIER/ZWEIFEL/ZABOROWSKI/JENT-SØRENSEN, Suche (FN 5), 182, 184, 196.

¹⁰ MEIER/ZWEIFEL/ZABOROWSKI/JENT-SØRENSEN, Lohnpfändung (FN 5), 185.

¹¹ MEIER/ZWEIFEL/ZABOROWSKI/JENT-SØRENSEN, Suche (FN 5), 185.

¹² DOMINIK GASSER, Schuldenbereinigung und Konkurs – Wege der Sanierung von Konsumenten, JKR 1997 (zit. Schuldenbereinigung), 120; MEIER/ZWEIFEL/ZABOROWSKI/JENT-SØRENSEN Lohnpfändung (FN 5), 22, 186, 299.

¹³ MEIER/ZWEIFEL/ZABOROWSKI/JENT-SØRENSEN, Lohnpfändung (FN 5), 186.

¹⁴ Vgl. ISAAK MEIER, in: Henry Peter/Nicolas Jeandin/Jason Kilborn (Hrsg.), *The Challenges of Insolvency Law Reform in the 21st Century*, «Prepackaged Chapter 11 Plan» – Chances and Limits of a Prenegotiated Reorganization in the Existing and Future Swiss Insolvency Law, Zürich 2006, 407 ff.

¹⁵ DANIEL HUNKELER, Das Nachlassverfahren nach revidiertem SchKG, Diss. Freiburg 1996, N 223.

¹⁶ KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbeitreibungs- und Konkursrechts, 8. A., Bern 2008, § 57 Rz. 1.

¹⁷ DOMINIK GASSER, Das neue Sanierungsverfahren, BISchK 1993 (zit. Sanierungsverfahren), 204, 216, 219; DERS., Nachlassverfahren, Insolvenzerklärung und Feststellung des neuen Vermögens nach rev. SchKG, ZBJV 1996 (zit. Nachlassverfahren), 3; DERS., Schuldenbereinigung (FN 12), 120, 121; MEIER/ZWEIFEL/ZABOROWSKI/JENT-SØRENSEN, Lohnpfändung (FN 5), 20; DANIEL HUNKELER, Beaufsichtigte, unentgeltliche und entgeltliche Schuldenbereinigung bei natürlichen Personen, BISchK 2004 (zit. Schuldenbereinigung), 2; ISAAK MEIER/CAMILLE PERRIER, Sanierung und Entschuldung von Privatpersonen nach französischem Recht – ein Vorbild für das schweizerische Recht?, ZSR I 2006, 563.

für den kleinen Mann» geschaffen¹⁸. Es steht denn auch nur Schuldner offen, die nicht der Konkursbetreuung (Art. 39 SchKG) unterliegen (Art. 333 Abs. 1 SchKG).

Die einvernehmliche, private Schuldbereinigung ist kein eigentliches Verfahren: Das Gesetz sieht nur vor, dass der Richter eine Stundung gewähren und dem Schuldner einen Sachwalter zur Seite stellt (Art. 334 Abs. 1 SchKG), der den Schuldner beim Erstellen eines Bereinigungsvorschlags unterstützen soll (Art. 335 Abs. 1 SchKG). Für die Dauer der Stundung gilt (mit gewissen Ausnahmen) ein Betreibungsverbot (Art. 334 Abs. 3 SchKG). Der Schuldner hat die Kosten des Verfahrens sicherzustellen (Art. 334 Abs. 1 SchKG). Der Schuldner muss somit über genügend Liquidität verfügen¹⁹, damit er sowohl die Kosten des Verfahrens (Gerichts- und Sachwalterkosten) vorschiesse²⁰ als auch seinen Gläubigern eine substantielle Dividende anbieten kann²¹.

Es gibt weder eine Aktiv- noch ein Passivmasse²². Es findet auch kein Schuldenruf statt²³. Die Stundung wird nicht publiziert²⁴, sondern den Gläubigern mitgeteilt (Art. 334 Abs. 4 SchKG). Beides spart Kosten²⁵.

Während der Stundung muss der Schuldner versuchen, mit seinen Gläubigern *aussergerichtliche Nachlassverträge* ab-

zuschliessen²⁶. Dies gelingt meist nur in sehr überschaubaren Verhältnissen, namentlich dann, wenn nur wenig Gläubiger vorhanden sind²⁷. Kein Gläubiger kann gezwungen werden, mitzumachen; die Schuldbereinigung muss eben «einvernehmlich» erfolgen²⁸. Nicht zustimmende Gläubiger sind (anders als beim Nachlassverfahren; Art. 310 Abs. 1 SchKG) nicht gebunden²⁹. Jeder Gläubiger kann die aussergerichtliche Sanierung des Schuldners verhindern^{30,31}. Es muss somit Einstimmigkeit unter den Gläubigern bestehen, einen gerichtlichen Nachlassvertrag abzuschliessen zu wollen³². Das kann namentlich bei öffentlichrechtlichen Forderungen ein Problem darstellen³³. Die aussergerichtlichen Nachlassverträge zwischen dem Schuldner und seinen Gläubigern müssen vom Nachlassrichter nicht genehmigt werden³⁴.

Wie die Erfahrungen der letzten zehn Jahre belegen, konnte sich das Verfahren in der Praxis nicht etablieren³⁵. Zum einen verfügen viele Schuldner nicht über genügend Mittel³⁶,

¹⁸ BERICHT EXPERTENGRUPPE SANIERUNGSRECHT, 19; GASSER, Sanierungsverfahren (FN 17), 216; DERS., Schuldbereinigung (FN 12), 122, 125; DERS., Nachlassverfahren (FN 17), 15; FRANZ STEINER, Zur Revision des SchKG, ST 1993, 78; ALEXANDER BRUNNER, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreiber und Konkurs, Basel/Frankfurt am Main 1998, Art. 333 SchKG N 7; DOMINIQUE JUNOD MOSER/LOUIS GAILLARD, in: Louis Dallèves/Bénédict Foëx/Nicolas Jeandin (Hrsg.), Commentaire Romand Poursuite et faillite, Basel/Frankfurt am Main 2005, Art. 333 SchKG N 13.

¹⁹ FRANCOIS VOUILLOZ, La faillite à la demande du débiteur et le règlement amiable des dettes, ST 2001, 249; CHRISTOPH STÄUBLI, Konkursaufschub/Nachvertrag/Einvernehmliche private Schuldbereinigung, ZSR 1996, 328; BRUNNER (FN 18), Art. 333 SchKG N 18.

²⁰ STÄUBLI (FN 19), 328; GASSER, Schuldbereinigung (FN 12), 123; GUSTAV HUG-BEELI, Konkursöffnung ohne vorgängige Betreuung auf Antrag des Schuldners, BISchK 1998, 51. Es handelt sich um ein paar Tausend Franken, vgl. HUG-BEELI (FN 20), 52 und Fn. 48; HUNKELER, Schuldbereinigung (FN 17), 4.

²¹ VOUILLOZ (FN 19), 248; LOUIS DALLÈVES, Règlement amiable ou judiciaire des dettes selon la LP révisée, AJP 1995, 1570.

²² PIERRE-ROBERT GILLIÉRON, Règlement amiable des dettes, Avort ou embryo?, in: Paul Angst/Flavio Cometta/Dominik Gasser (Hrsg.), Festschrift 75 Jahre Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz, Basel 2000, 429 (zit. Règlement).

²³ GILLIÉRON, Règlement (FN 22), 429.

²⁴ GASSER, Sanierungsverfahren (FN 17), 218; VOUILLOZ (FN 19), 250; BRUNNER (FN 18), Art. 333 SchKG N 17.

²⁵ CARL JAEGER/HANS ULRICH WALDER/THOMAS M. KULL/MARTIN KOTTMANN, Bundesgesetz über Schuldbetreiber und Konkurs, Zürich 2001, Art. 334 SchKG N 10.

²⁶ GASSER, Sanierungsverfahren (FN 17), 217; DERS., Schuldbereinigung (FN 12), 125; DERS., Nachlassverfahren (FN 17), 16; HANS UELI HARDMEIER, Neuerungen im Nachlassvertragsrecht, in: Das revidierte Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz (SchKG), Schriftenreihe SAV Band 13, Bern 1995, 157; VOUILLOZ (FN 19), 250; PIERRE-ROBERT GILLIÉRON, Poursuite pour dettes, faillite et concordat, 4. A., Lausanne 2005 (zit. Poursuite), N 3272, N 3277; DERS., Règlement (FN 22), 429; AMONN/WALTHER (FN 16), § 53 Rz. 6, § 57 Rz. 8; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN (FN 25), Art. 333 SchKG N 2, Art. 335 SchKG N 2; BRUNNER (FN 18), Art. 335 SchKG N 7, N 17; HUNKELER, Schuldbereinigung (FN 17), 4.

²⁷ HARDMEIER (FN 26), 157; AMONN/WALTHER (FN 16), § 53 Rz. 6.

²⁸ STÄUBLI (FN 19), 328; MEIER/ZWEIFEL/ZABOROWSKI/JENT-SØRENSEN, Lohnpfändung (FN 5), 115; HUNKELER (FN 15), N 227.

²⁹ GASSER, Sanierungsverfahren (FN 17), 216; VOUILLOZ (FN 19), 250; HUG-BEELI (FN 20), 51; AMONN/WALTHER (FN 16), § 57 Rz. 8; GILLIÉRON, Poursuite (FN 26), N 3278; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN (FN 25), Art. 335 SchKG N 3, N 7.

³⁰ DALLÈVES (FN 21), 1567.

³¹ Dasselbe gilt auch (ja sogar *a fortiori*) wenn der Schuldner versucht *ohne Stundung* (d.h. *ausserhalb* einer einvernehmlichen, privaten Schuldbereinigung) mit seinen Gläubigern bilateral aussergerichtliche Nachlassverträge abzuschliessen, vgl. AMONN/WALTHER (FN 16), § 53 Rz. 6.

³² GASSER, Sanierungsverfahren (FN 17), 217; DERS., Schuldbereinigung (FN 12), 120; VOUILLOZ (FN 19), 250; GILLIÉRON, Règlement (FN 22), 430; AMONN/WALTHER (FN 16), § 53 Rz. 6; MEIER/PERRIER (FN 17), 563; HUNKELER, Schuldbereinigung (FN 17), 3.

³³ HUG-BEELI (FN 20), 51.

³⁴ GASSER, Nachlassverfahren (FN 17), 16 f.; HUNKELER (FN 15), N 227; GILLIÉRON, Poursuite (FN 26), N 3278; BRUNNER (FN 18), Art. 334 SchKG N 16.

³⁵ STÄUBLI (FN 19), 330; VOUILLOZ (FN 19), 250; GILLIÉRON, Règlement (FN 22), 431; MEIER/ZWEIFEL/ZABOROWSKI/JENT-SØRENSEN, Lohnpfändung (FN 5), 20; JUNOD MOSER/GAILLARD (FN 18), Art. 333 SchKG N 5.

³⁶ GASSER, Nachlassverfahren (FN 17), 17.

um die Kosten des Verfahrens zu decken und den Gläubigern eine vernünftige Dividende anbieten zu können³⁷. Zum andern stellt die notwendige Zustimmung aller Gläubiger³⁸ oftmals ein unüberwindbares Hindernis für den Schuldner dar³⁹. Das Verfahren der einvernehmlichen, privaten Schuldenbereinigung ist deshalb nur ein «stumpfes Schwert»⁴⁰ – wenn nicht gar eine «Totgeburt»⁴¹.

C. Konkursverfahren (Insolvenzerklärung)

1. Vorteile für den Schuldner

Zum Konkurs über eine natürliche Person kann es kommen, weil diese der Konkursbetreibung unterliegt (Art. 39 Abs. 1 SchKG) und ein Gläubiger die Konkurseröffnung verlangt, oder weil sich der Schuldner selbst zahlungsunfähig erklärt (Art. 191 SchKG). Letzteres führt jedoch nur dann zur Konkurseröffnung, wenn keine Aussicht auf eine einvernehmliche, private Schuldenbereinigung besteht (Art. 191 Abs. 2 SchKG).

Ein Konkursverfahren hat für eine natürliche Person verschiedene *Vorteile*. Aufgrund dessen ist die *Insolvenzerklärung* (Art. 191 SchKG) bei Privatpersonen auch relativ «beliebt»; man spricht denn zuweilen auch von der «Flucht in den Konkursverlustschein»⁴². Rund die Hälfte aller Konkurse geht auf Insolvenzerklärungen natürlicher Personen zurück⁴³. Der Schuldner kann mit Konkurs die Spezialexecutionen gegen ihn stoppen. Neue Betreibungen für Forderungen, welche vor Konkurs entstanden sind, können nicht eingeleitet werden (Art. 206 SchKG). Damit kann der Schuldner namentlich «lästige» Lohnpfändungen abwehren. Die Verzinsung der Forderungen hört auf (Art. 209 SchKG). Hängige Prozesse werden eingestellt (Art. 207 SchKG).

In überschaubaren Verhältnissen, was bei Privatpersonen fast ausnahmslos der Fall ist, findet das *summarische Konkursverfahren* Anwendung (Art. 231 Abs. 1 SchKG)⁴⁴. Es zeichnet sich dadurch aus, dass es vereinfacht (Art. 231 Abs. 3 SchKG) und damit kostengünstiger ist. Es ist denn meist auch kostengünstiger als die einvernehmliche private Schuldenbereinigung⁴⁵. Gleichsam sind gewisse finanzielle Mittel vonnöten, um den erforderlichen Kostenvorschuss zu leisten⁴⁶.

In die Konkursmasse gehört (nebst dem Vermögen, welches der Schuldner im Zeitpunkt der Konkurseröffnung hat; Art. 197 Abs. 1 SchKG) nur dasjenige, später erlangte Vermögen, welches dem Schuldner «angefallen» ist (Art. 197 Abs. 2 SchKG). Dazu gehört bekanntlich der laufende Lohn bzw. das laufende Erwerbseinkommen gerade nicht⁴⁷. Solche Einkünfte kann der Schuldner (unbesehen des Konkursverfahrens) selbst vereinnahmen und behalten.

Zudem kann der Schuldner nach Abschluss des Konkursverfahrens für Forderungen, welche dem Konkurs unterlagen, nicht auf das Existenzminimum gepfändet werden. Sofern er durch begründeten Rechtsvorschlag rechtzeitig (Art. 74 Abs. 1 SchKG) den *Einwand des fehlenden neuen Vermögens* erhebt (Art. 265a Abs. 1 SchKG)⁴⁸, kann er nur bei bzw. nur im Umfang von sog. neuem Vermögen betrieben werden (Art. 265 Abs. 2; Art. 265a Abs. 2 und 2 SchKG). Damit soll ihm ein standesgemässer Lebensstandard ermöglicht werden. Damit der Schuldner in den Genuss kommt, erst bei neuem Vermögen wieder betrieben werden zu können, muss das Konkursverfahren abgeschlossen werden können. Dafür muss genügend Vermögen vorhanden sein, um die Verfahrenskosten zu decken. Ist dies nicht der Fall, kann der Schuldner auch nicht die unentgeltliche Rechtspflege in Anspruch nehmen, um auf diesem Weg einen «Konkurs ohne Masse» durchführen zu lassen⁴⁹.

2. Nachteile für Schuldner und Gläubiger

Das *heutige System ist unbefriedigend* – und zwar sowohl für den Schuldner als auch für die Gläubiger: Hauptkruz aus Sicht des *Schuldners* ist, dass er für die ungedeckten Konkursforderungen keinen Erlass erhält. Unser Recht kennt die Restschuldbefreiung nicht⁵⁰. Der Schuldner muss mit dem Damoklesschwert der neuen Betreibungen für alte Schulden leben. Dies ist eine enorme Hypothek⁵¹ – und zwar während einer langen Zeit, verjähren Konkursverlustscheinforderungen doch erst nach 20 Jahren (Art. 265 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. Art. 149a Abs. 1 SchKG)⁵². Bei jeder Betreibung für eine Konkursverlustscheinforderung muss der Schuldner

³⁷ Vgl. IV.B.1.

³⁸ Vgl. im Text vor Fn. 32.

³⁹ GASSER, Sanierungsverfahren (FN 17), 216 f.; VOUILLOZ (FN 19), 250.

⁴⁰ MEIER/ZWEIFEL/ZABOROWSKI/JENT-SØRENSEN, Suche (FN 5), 197; DIES., Lohnpfändung (FN 5), 298.

⁴¹ Vgl. Titel des Aufsatzes von GILLIÉRON (FN 22).

⁴² GASSER, Nachlassverfahren (FN 17), 14.

⁴³ GASSER, Schuldenbereinigung (FN 12), 120 und dort Fn. 8.

⁴⁴ GILLIÉRON, Règlement (FN 22), 431.

⁴⁵ HUG-BEELI (FN 20), 52.

⁴⁶ Die Kosten betragen ca. CHF 4000 bis CHF 5000, vgl. MEIER/ZWEIFEL/ZABOROWSKI/JENT-SØRENSEN, Lohnpfändung (FN 5), 184 f.

⁴⁷ Anstatt aller: AMONN/WALTHER (FN 16), § 40 Rz. 12 ff.; BGE 72 III 85 f.

⁴⁸ Nicht selten unterlassen es die Schuldner jedoch (aus Unkenntnis oder zufolge Sprachproblemen), den Rechtsvorschlag zu begründen, vgl. RONCORONI (FN 5), 25.

⁴⁹ BGE 133 III 616 ff.

⁵⁰ Vgl. BGE 133 III 618.

⁵¹ Ist das schweizerische Sanierungsrecht revisionsbedürftig? Thesen und Vorschläge aus der Sicht der Unternehmenssanierung, BERICHT DER EXPERTENGRUPPE NACHLASSVERFAHREN, April 2005 (zit. Bericht I Expertengruppe Nachlassverfahren), 23.

⁵² Zudem kann die Verjährung auf einfache Weise (z.B. durch Betreibung) unterbrochen werden (Art. 135 OR), womit wiederum eine zwanzigjährige Frist zu laufen beginnt (Art. 137 Abs. 1 OR).

daran denken, begründeten Rechtsvorschlag zu erheben. *Summa summarum*: Die Situation des Schuldners ist keine komfortable, auch wenn ihm eine standesgemässe Lebenshaltung zugestanden wird. Der Konkurs bewirkt damit auf jeden Fall rechtlich⁵³ keine «Privatsanierung»⁵⁴.

Das System schafft zudem auch falsche Anreize: Der Schuldner wird geradezu dazu verleitet, seine finanzielle Gesundheit nicht mit voller Kraft voranzutreiben, da das sog. neue Vermögen sofort der Inanspruchnahme durch die Gläubiger ausgesetzt wird (Art. 265 Abs. 2, Art. 265a SchKG)⁵⁵.

Fakt ist jedoch, dass die Situation auch für die *Gläubiger* unbefriedigend ist: In mehr als 95 % der Fälle erhalten die Gläubiger im Konkurs gar nichts⁵⁶. Es wird deshalb zuweilen von einer «faktischen Restschuldbefreiung»⁵⁷ bzw. «faktischen Sanierung» gesprochen⁵⁸. Wenn die Gläubiger in der Folge (d.h. nach Erhalt des Konkursverlustscheins) nichts mehr tun, laufen sie Gefahr, dass andere Gläubiger zuerst betreiben und in das neue Vermögen des Schuldners vollstrecken. Es gilt wieder das «Race of Time» unter den Gläubigern wie vor dem Konkurs – einfach auf «höherem Niveau»⁵⁹ als zuvor. Wenn ein Konkursverlustschein Gläubiger gegen den Schuldner vorgeht, dann muss er dies meist tun, ohne zu wissen, ob wirklich neues Vermögen vorliegt. Er muss es – nach dem Motto «Trial and Error» – einfach einmal versuchen, ohne die Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Schuldners zu kennen; diese werden erst im Verfahren zur Feststellung, ob neues Vermögen vorliegt, offengelegt (Art. 265a Abs. 2 SchKG). Zudem läuft der Gläubiger Gefahr, dass er sich – ohne einen Antrag bei Gericht gestellt zu haben – urplötzlich in einem gerichtlichen Verfahren betreffend Bewilligung des Rechtsvorschlags befindet. Grund dafür ist, dass das Betreibungsamt den (vom Schuldner begründeten) Rechtsvorschlag von Amtes wegen dem Richter zur Genehmigung unterbreitet (Art. 265a Abs. 1 SchKG). Unterliegt der Gläubiger, trägt er die Kosten. Er läuft damit Gefahr, nach Abschluss des Konkursverfahrens

nicht nur nichts mehr zu erhalten, sondern sogar noch gutes Geld schlechtem nachzuwerfen⁶⁰.

Zusammenfassend ist festzuhalten: Das heutige System verhindert, dass sich ein Schuldner mit bzw. nach dem Konkurs entschulden kann. Dies *nota bene* ohne, dass die Gläubiger mit Konkursverlustschein viel davon hätten. Es herrscht gewissermassen ein «Gleichgewicht der Unzufriedenheit» auf beiden Seiten.

III. Restschuldbefreiung

A. Blick über die Grenzen

Verschiedene *ausländische Rechtsordnungen* sehen vor, dass dem Schuldner unter gewissen Voraussetzungen eine Restschuldbefreiung gewährt werden kann. Dies gilt etwa für Frankreich⁶¹, Deutschland⁶², Österreich⁶³, England, Finnland⁶⁴ und die USA⁶⁵. Diese Verfahren kennzeichnen sich (mit jeweiligen Unterschieden je nach Rechtsordnung) durch folgende Eigenheiten: Zunächst müssen sowohl eine aussergerichtliche wie eine gerichtliche Schuldenbereinigung gescheitert sein (doppelte Subsidiarität). Zudem muss das pfändbare Vermögen des Schuldners konkursrechtlich verwertet worden sein (erfolgte Generalexekution). Schliesslich muss der Schuldner während einigen (drei bis zehn) Jahren aus seinem laufenden, pfändbaren Einkommen Zahlungen an die Gläubiger vorgenommen haben (Wohlverhaltensperiode)⁶⁶.

Unter diesen Voraussetzungen gelten die ungedeckt gebliebenen Schulden als erlassen. Ausgenommen vom Erlass sind gewisse Kategorien von Schulden (z.B. Unterhaltsbeiträge, Schulden aus vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlungen, Geldstrafen oder Bussen)⁶⁷. Gewisse Rechtsordnungen (z.B. Österreich) sehen vor, dass der Schuldner mindestens einen gewissen Prozentsatz seiner Schulden (10 %

⁵³ Zur faktischen Situation vgl. im Text vor Fn. 57 und 58.

⁵⁴ So aber BBl 1991 III 110; JÜRIG GUGGISBERG, Neuerungen aus der Sicht der Gläubiger, in: Das revidierte Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz (SchKG), Schriftenreihe SAV Band 13, Bern 1995, 75.

⁵⁵ BERICHT I EXPERTENGRUPPE NACHLASSVERFAHREN (FN 51), 23.

⁵⁶ GASSER, Schuldenbereinigung (FN 12), 121; MEIER/ZWEIFEL/ZABOROWSKI/JENT-SØRENSEN, Suche (FN 5), 197.

⁵⁷ ISAAK MEIER, Konkursrecht, Neuerungen des revidierten Rechts und aktuelle Fragen aus der Lehre und Praxis, ZSR 1996 I, 281; MEIER/ZWEIFEL/ZABOROWSKI/JENT-SØRENSEN, Suche (FN 5), 164.

⁵⁸ GASSER, Schuldenbereinigung (FN 12), 120.

⁵⁹ In dem Sinne, dass der Schuldner nicht mehr auf das Existenzminimum gepfändet werden kann, sondern nur das neue Vermögen in die Zwangsvollstreckung eingezogen werden kann (sofern er den begründeten Rechtsvorschlag erhebt).

⁶⁰ BERICHT I EXPERTENGRUPPE NACHLASSVERFAHREN (FN 51), 23.

⁶¹ Vgl. dazu MEIER/PERRIER (FN 17), 563 ff.

⁶² MEIER/ZWEIFEL/ZABOROWSKI/JENT-SØRENSEN, Suche (FN 5), 171 ff.; DIES., Lohnpfändung (FN 5), 66 ff.

⁶³ MEIER/ZWEIFEL/ZABOROWSKI/JENT-SØRENSEN, Suche (FN 5), 174 ff.; DIES., Lohnpfändung (FN 5), 71 f. Zur Rechtslage in Österreich vor der Revision von 1995 vgl. ALFRED BURGSTALLER, Sanierung der natürlichen Person im Konkurs?, JBl 1991, 490 ff.

⁶⁴ MEIER/ZWEIFEL/ZABOROWSKI/JENT-SØRENSEN, Lohnpfändung (FN 5), 96 f.

⁶⁵ MEIER/ZWEIFEL/ZABOROWSKI/JENT-SØRENSEN, Suche (FN 5), 178; DIES., Lohnpfändung (FN 5), 79 f.

⁶⁶ MEIER/ZWEIFEL/ZABOROWSKI/JENT-SØRENSEN, Suche (FN 5), 171 ff., 174, 178.

⁶⁷ MEIER/ZWEIFEL/ZABOROWSKI/JENT-SØRENSEN, Suche (FN 5), 173, 178.

nach der österreichischen Rechtsordnung⁶⁸) abbezahlt haben muss, um von der Restschuldbefreiung profitieren zu können.

Auch die *UNCITRAL* empfiehlt in ihrem *Legislative Guide on Insolvency Law* vom 25. Juni 2004 eine Restschuldbefreiung («discharge»)⁶⁹.

B. Rechtslage in der Schweiz

Unser geltendes Recht kennt zwar Möglichkeiten für eine Restschuldbefreiung, namentlich durch Abschluss eines (gerichtlichen oder aussergerichtlichen) Nachlassvertrages mit Dividendenvergleich⁷⁰. Ein institutionalisiertes, selbständiges Verfahren, das dem Schuldner ermöglicht, zu einer Restschuldbefreiung zu kommen, kennt das heutige Recht jedoch nicht⁷¹.

Die vom Bund 1991 eingesetzte *Expertengruppe Nachlassrecht* schlug die Art. 332 bis 334 SchKG über die einvernehmliche, private Schuldenbereinigung im Sinne einer Sanierung von Privatpersonen vor. Zudem regte sie an, bei einer weiteren, grundlegenden Revision des Sanierungsrechts auch die Sanierungsmöglichkeit von Privatpersonen zu prüfen. Sie verwies namentlich auf das französische Recht⁷².

Die vom Bund im Sommer 2003 eingesetzte *Expertengruppe Nachlassverfahren* hat sich mit der Restschuldbefreiung befasst. Das Institut wurde in der Expertengruppe kontrovers beurteilt. Sie empfahl, diese Frage vertieft zu prüfen und dabei – im Sinne einer Rechtsvergleichung – die Erkenntnisse ausländischer Rechtsordnungen⁷³ zu berücksichtigen⁷⁴. Letztlich musste sich die Expertengruppe aus Zeit- und Kapazitätsgründen auf die Unternehmenssanierung beschränken, so dass sie sich der Restschuldbefreiung nicht annehmen konnte⁷⁵. Immerhin vertrat die Expertengruppe die Ansicht, mit ihren Vorschlägen zur Einführung eines ra-

schen und damit auch kostengünstigeren Nachlassverfahrens dieses Institut auch für natürliche Personen attraktiver gestaltet zu haben⁷⁶.

Ob ein eigenständiges Verfahren zur Restschuldbefreiung von natürlichen Personen eingeführt werden soll⁷⁷, bedarf eingehender Prüfung (insbesondere müssten auch die Institute des Konkursverlustscheins und des neuen Vermögens in die Prüfung einbezogen werden⁷⁸), da auch nicht zu unterschätzende Risiken bestehen⁷⁹. Die nachstehenden Ausführungen wollen nicht besagen, dass kein eigenständiges Verfahren zur Restschuldbefreiung natürlicher Personen notwendig ist. Solche Verfahren haben denn in aller Regel (je nach deren Ausgestaltung) den Vorteil, dass der Schuldner seinen Gläubigern Zahlungen aus zukünftigem Einkommen entrichten kann. Nachfolgend soll vielmehr gezeigt werden, dass und in welchen Situationen für eine Privatperson nach geltendem Recht ein Nachlassvertrag (Dividendenvergleich) im Konkurs angezeigt und sinnvoll sein kann, um eine Restschuldbefreiung zu erlangen.

IV. Nachlassvertrag mit Dividendenvergleich im Konkurs als Mittel der Restschuldbefreiung

In der heutigen Praxis sind Nachlassverträge im Konkurs sehr selten⁸⁰. Nachfolgend soll gezeigt werden, dass eine Restschuldbefreiung mit vertretbarem Aufwand und überschaubaren (zusätzlichen) Kosten auch heute schon bewerkstelligt werden kann – und zwar mit einem Dividendenvergleich im Konkurs. Zunächst soll kurz dargestellt werden, wie ein Nachlass im Konkurs abläuft, unter welchen Voraussetzungen ein Nachlassvertrag zustande kommt und welche Wirkungen dessen Zustandekommen zeitigt⁸¹. Anschliessend wird gezeigt, dass der Nachlass im Konkurs für Schuldner (natürliche Personen) ein taugliches Sanierungsinstrument

⁶⁸ MEIER/ZWEIFEL/ZABOROWSKI/JENT-SØRENSEN, Suche (FN 5), 174.

⁶⁹ Recommendations 194–196: Purpose of legislative provisions: «The purpose of provisions on discharge is: (a) To enable a natural person debtor to be finally discharged from liabilities for pre-commencement debts, thus providing a fresh start; (b) To establish the circumstances under which discharge will be granted and the terms of that discharge.»

⁷⁰ Vgl. II.A. und IV.

⁷¹ Zu den Argumenten für eine Restschuldbefreiung vgl. MEIER/PERRIER (FN 17), 578 f.; zu den Gefahren vgl. BERICHT I EXPERTENGRUPPE NACHLASSVERFAHREN (FN 51), 24.

⁷² BERICHT EXPERTENGRUPPE SANIERUNGSRECHT (FN 18), 20.

⁷³ Vgl. III.A.

⁷⁴ BERICHT I EXPERTENGRUPPE NACHLASSVERFAHREN (FN 51), 12, 24.

⁷⁵ Revision des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes (SchKG): Sanierungsverfahren, Bericht und Vorentwurf der Expertengruppe Nachlassverfahren vom Juni 2008 (zit. BERICHT II EXPERTENGRUPPE NACHLASSVERFAHREN), 4; Revision des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes (SchKG): Sanierungsverfahren, Begleitbericht zum Vorentwurf vom Dezember 2008, 4.

⁷⁶ BERICHT II EXPERTENGRUPPE NACHLASSVERFAHREN (FN 75), 24.

⁷⁷ Zu Ansätzen eines solchen Vorschlags für das schweizerische Recht vgl. RONCORONI (FN 5), 26; MEIER/ZWEIFEL/ZABOROWSKI/JENT-SØRENSEN, Suche (FN 5), 195; DIES., Lohnpfändung (FN 5), 287 ff., 307 ff.

⁷⁸ BERICHT I EXPERTENGRUPPE NACHLASSVERFAHREN (FN 51), 12; BERICHT II EXPERTENGRUPPE NACHLASSVERFAHREN (FN 75), 4.

⁷⁹ MEIER/ZWEIFEL/ZABOROWSKI/JENT-SØRENSEN, Suche (FN 5), 197; DIES., Lohnpfändung (FN 5), 263 ff.; BERICHT I EXPERTENGRUPPE NACHLASSVERFAHREN (FN 51), 24.

⁸⁰ JUNOD MOSER/GAILLARD (FN 18), Art. 332 SchKG N 1. Offizielle Statistiken gibt es meines Wissen dazu nicht. Namentlich unterscheiden die Daten, welche jeweils im statistischen Jahrbuch der Schweiz oder von Creditreform veröffentlicht werden, nicht danach, ob ein Nachlassvertrag ausserhalb oder im Konkurs zustande gekommen ist.

⁸¹ IV.A.

darstellen kann, wenn gewisse Voraussetzungen gegeben sind⁸².

A. Der Nachlassvertrag im Konkurs im Überblick⁸³

Der Nachlassvertrag im Konkurs wird durch Art. 332 SchKG (teilweise) geregelt. Nach dieser Bestimmung kann auch ein Schuldner, über welchen der Konkurs eröffnet ist, einen Nachlassvertrag vorschlagen. Die Bestimmungen über den Nachlassvertrag ausser Konkurs (Art. 302–307 und 310–331 SchKG) gelten sinngemäss. An die Stelle des Sachwalters tritt die Konkursverwaltung.

1. Antragsrecht

Der Schuldner ist legitimiert, im Konkurs einen Nachlassvertrag vorzuschlagen. Er kann dies während des gesamten Konkursverfahrens tun; von der Konkurseröffnung bis zur Schlussverteilung⁸⁴.

Er hat einen *Nachlassvertrag* auszuarbeiten (Art. 332 Abs. 1 Satz 1 SchKG). Dabei genügt ein Entwurf. Zusätzliche Unterlagen oder die Unterschrift der Gläubigermehrheit sind nicht erforderlich⁸⁵.

Grundsätzlich wird der *Lauf des Konkursverfahrens* durch die Einreichung des Nachlassvorschlages *nicht beeinträchtigt*⁸⁶. Jedoch wird die *Verwertung eingestellt*⁸⁷ bis der Nach-

lassrichter über die Bestätigung des Nachlassvertrages entschieden hat (Art. 332 Abs. 2 Satz 2 SchKG).

2. Entscheid über den Nachlassvertrag

Der Schuldner reicht den Entwurf des Nachlassvertrages bei der Konkursverwaltung ein (Art. 332 Abs. 1 Satz 1 SchKG). Dieser kommt die Funktion des Sachwalters zu (Art. 332 Abs. 2 Satz 2 SchKG). Die Konkursverwaltung begutachtet den Entwurf und legt ihn zusammen mit ihrer *Begutachtung* der zweiten Gläubigerversammlung vor (Art. 332 Abs. 1 SchKG). Der Vorschlag des Schuldners muss *ernsthaft erscheinen*⁸⁸.

Konkursverfahren über natürliche Personen finden fast ausnahmslos im summarischen Konkursverfahren statt. In diesem finden in der Regel keine Gläubigerversammlungen statt (Art. 231 Abs. 3 Ziff. 1 SchKG). Die Konkursverwaltung hat (im Sinne einer Ausnahme) gleichsam eine *Gläubigerversammlung* einzuberufen (Art. 332 Abs. 2 i.V.m. Art. 302 SchKG)⁸⁹. Dabei hat die Konkursverwaltung gewisse Publikationsvorschriften zu beachten⁹⁰. Die *Gläubigerversammlung* soll erst nach Auflage des Kollokationsplans stattfinden (Art. 332 Abs. 1 Satz 2 SchKG)⁹¹. Der Gemeinschuldner hat die *Kosten* für die Gläubigerversammlung *vorzuschliessen*⁹².

Schlägt der Schuldner einen Dividendenvergleich vor, so muss weder ein Liquidator noch ein Gläubigerausschuss gewählt werden (Art. 332 Abs. 2 i.V.m. Art. 314 und Art. 318 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG e contrario). Beim Dividendenvergleich ist die Gläubigerversammlung nur beratend tätig. Die Zustimmungen der Gläubiger zum Nachlassvertrag müssen schriftlich erfolgen (Art. 332 Abs. 2 i.V.m. Art. 302 Abs. 3 SchKG). Ein neuer⁹³ Schuldenruf findet nicht statt⁹⁴.

⁸² IV.B.

⁸³ Zu Einzelheiten vgl. FRANCO LORANDI/MICHAEL ERISMANN, Nachlass im Konkurs (Art. 332 SchKG), AJP 2008, 331 ff.

⁸⁴ CARL JAEGER, Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, 3. A., Zürich 1911, Art. 317 SchKG N 2; ALAIN WINKELMANN/LAURENT LÉVY/VINCENT JEANNERET/OLIVIER MERKT/FRANCESCA BIRCHLER, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Basel/Frankfurt am Main 1998, Art. 332 SchKG N 5; JUNOD MOSER/GAILLARD (FN 18), Art. 332 SchKG N 4 N 17; KARL WÜTHRICH/FRITZ ROTHENBÜHLER, in: Kurzkomentar zum SchKG (Hrsg. Daniel Hunziker), Basel 2009, Art. 332 SchKG N 4; BGE 120 III 94.

⁸⁵ JAEGER (FN 84), Art. 317 SchKG N 2; WINKELMANN/LÉVY/JEANNERET/MERKT/BIRCHLER (FN 84), Art. 332 SchKG N 9 und N 14; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN (FN 25), Art. 332 SchKG N 9 und N 11; a.M. GILLIÉRON, Règlement (FN 22), 442.

⁸⁶ AMONN/WALTHER (FN 16), § 54 N 19.

⁸⁷ Die Einreichung des Vorschlages für einen Nachlassvertrag bewirkt noch keine Einstellung der Verwertung, vgl. WINKELMANN/LÉVY/JEANNERET/MERKT/BIRCHLER (FN 84), Art. 332 SchKG N 15; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN (FN 25), Art. 332 SchKG N 12; PIERRE-ROBERT GILLIÉRON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Lausanne 2003, Art. 332 SchKG N 18; BGE 120 III 96. Strittig ist, ob es zur Sistierung kommt, sobald sich die Gläubigerversammlung zum Nachlassvertragsentwurf äussern konnte, vgl. WINKELMANN/LÉVY/JEANNERET/MERKT/BIRCHLER (FN 84),

Art. 332 SchKG N 15, oder erst wenn die erforderlichen Quoren der Gläubigerzustimmung (Art. 305 SchKG) erfüllt sind, vgl. GILLIÉRON (FN 87), Art. 332 SchKG N 18; ERWIN BRÜGGER, SchKG Gerichtspraxis 1946–2005, Zürich 2006, Art. 332 SchKG N 4; LORANDI/ERISMANN (FN 83), 335. Vorher entscheidet die Konkursverwaltung nach eigenem Ermessen, ob die Verwertungshandlungen einzustellen sind, vgl. WINKELMANN/LÉVY/JEANNERET/MERKT/BIRCHLER (FN 84), Art. 332 SchKG N 15).

⁸⁸ GILLIÉRON (FN 87), Art. 332 SchKG N 10.

⁸⁹ WINKELMANN/LÉVY/JEANNERET/MERKT/BIRCHLER (FN 84), Art. 332 SchKG N 10; GILLIÉRON, Poursuite (FN 26), N 3175.

⁹⁰ Vgl. WINKELMANN/LÉVY/JEANNERET/MERKT/BIRCHLER (FN 84), Art. 332 SchKG N 12.

⁹¹ GILLIÉRON (FN 87), Art. 332 SchKG N 11; JUNOD MOSER/GAILLARD (FN 18), Art. 332 SchKG N 17; WÜTHRICH/ROTHENBÜHLER (FN 84), Art. 332 SchKG N 13.

⁹² Art. 96 lit. a KOV; JUNOD MOSER/GAILLARD (FN 18), Art. 332 SchKG N 17.

⁹³ Ein Schuldenruf ist schon im Konkursverfahren erfolgt (Art. 232 Abs. 2 Ziff. 2 i.V.m. Art. 231 Abs. 3 Ziff. 2 SchKG).

⁹⁴ Art. 332 Abs. 2 i.V.m. 300 SchKG e contrario; JUNOD MOSER/GAILLARD (FN 18), Art. 332 SchKG N 10.

Nach Durchführung der Gläubigerversammlung leitet die Konkursverwaltung den Vorschlag mitsamt ihrer Begutachtung und einer Abrechnung über die bereits durch das Konkursverfahren verursachten Kosten an den *Nachlassrichter* weiter (Art. 332 Abs. 2 i.V.m. Art. 304 Abs. 1 SchKG). Dieser setzt eine *Bestätigungsverhandlung* an und trifft seinen Entscheid beförderlich (Art. 332 Abs. 2 i.V.m. Art. 304 Abs. 2 und 3 SchKG).

3. Entscheid des Nachlassrichters

Sofern bis zum Bestätigungszeitpunkt eine genügende Anzahl von Gläubigern nach Köpfen und Forderungssummen dem Dividendenvergleich schriftlich zugestimmt hat (Art. 332 Abs. 2 i.V.m. Art. 305 SchKG) und die weiteren gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind, bestätigt der Nachlassrichter den Nachlassvertrag. Dies setzt insbesondere voraus, dass die angebotene Summe in einem richtigen Verhältnis zu den Möglichkeiten des Schuldners steht (wobei auch Anwartschaften des Schuldners zu berücksichtigen sind) und die vollständige Befriedigung der privilegierten Gläubiger sowie die Kosten des bisherigen Konkursverfahrens gesichert sind (Art. 332 Abs. 2 i.V.m. Art. 306 Abs. 2 Ziff. 1 und Ziff. 2 SchKG).

Wenn der Nachlassvertrag von den Gläubigern nicht angenommen oder vom Nachlassrichter nicht genehmigt wird, wird das Konkursverfahren ganz normal weitergeführt und zum Abschluss gebracht⁹⁵.

4. Widerruf des Konkurses und dessen Wirkungen

Wird der Nachlassvertrag vom Nachlassrichter bestätigt, so wird die Konkursverwaltung darüber informiert, sobald der Bestätigungsentscheid in Rechtskraft erwachsen ist. Die Konkursverwaltung hat darauf hin von Amtes wegen beim Konkursrichter den Antrag auf *Widerruf des Konkurses* (gemäss Art. 195 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG) zu stellen (Art. 332 Abs. 3 SchKG)⁹⁶. Mit Widerruf des Konkurses wird der ordentliche Nachlassvertrag wirksam⁹⁷.

Durch den Widerruf des Konkurses wird das *Konkursverfahren in seiner Gesamtheit rückgängig gemacht* und die vor dem Konkurs bestandenen Rechtsverhältnisse leben grundsätzlich wieder auf, soweit dies faktisch noch möglich ist⁹⁸.

Bereits vorgenommene Verwertungshandlungen bleiben dagegen gültig⁹⁹.

Die *Konkursmasse* als Sondervermögen und Rechtssubjekt wird *aufgehoben*¹⁰⁰. Die Befugnisse der Konkursverwaltung erlöschen¹⁰¹. Der Schuldner erlangt die *freie Verfügung über sein Vermögen* wieder¹⁰². Die Pfandgläubiger erhalten die Befugnis zur Verwertung ihres Pfandes wieder, sofern der Nachlassrichter deren Verwertung nicht sistiert hat (Art. 306a Abs. 1 SchKG)¹⁰³.

Sämtliche *Verfahren*, die im Namen oder aus dem Recht der Masse geführt werden, fallen dahin¹⁰⁴. Abtretungen streitiger Rechtsansprüche, auf deren Geltendmachung die Gläubigergesamtheit verzichtet hat (Art. 260 SchKG), fallen mit Widerruf des Konkurses von Gesetzes wegen dahin¹⁰⁵. Die aufgrund dieser Abtretungen angehobenen Klagen werden gegenstandslos¹⁰⁶. Hängige Kollokationsklagen werden gegenstandslos¹⁰⁷. «Die Gläubiger konkurrieren nicht mehr miteinander mit Bezug auf das Recht, aus einem bestimmten Aktivum [der Masse] bezahlt zu werden. Jeder einzelne von ihnen kann nur verlangen, dass er gemäss dem Nachlassvertrag befriedigt wird.»¹⁰⁸ *Betreibungen*, die im Zeitpunkt der Konkurseröffnung hängig waren, leben grundsätzlich nicht wieder auf¹⁰⁹.

Dividendenberechtigt sind grundsätzlich alle Gläubiger, deren Forderungen der Gemeinschuldner im Konkursverfahren

⁹⁵ JAEGER (FN 84), Art. 317 SchKG N 7.

⁹⁶ WINKELMANN/LÉVY/JEANNERET/MERKT/BIRCHLER (FN 84), Art. 332 SchKG N 17.

⁹⁷ JAEGER (FN 84), Art. 317 SchKG N 7; WINKELMANN/LÉVY/JEANNERET/MERKT/BIRCHLER (FN 84), Art. 332 SchKG N 17 *in fine*; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN (FN 25), Art. 332 SchKG N 26; WÜTHRICH/ROTHENBÜHLER (FN 84), Art. 332 SchKG N 22.

⁹⁸ JAEGER (FN 84), Art. 195 SchKG N 2.

⁹⁹ FLAVIO COMETTA, in: Louis Dallèves/Bénédict Foëx/Nicolas Jeandin (Hrsg.), *Commentaire Romand Poursuite et faillite*, Basel/Frankfurt am Main 2005, Art. 195 SchKG N 8.

¹⁰⁰ BGE 49 III 197.

¹⁰¹ WINKELMANN/LÉVY/JEANNERET/MERKT/BIRCHLER (FN 84), Art. 332 SchKG N 20; JUNOD MOSER/GAILLARD (FN 18), Art. 332 SchKG N 36; WÜTHRICH/ROTHENBÜHLER (FN 84), Art. 332 SchKG N 27.

¹⁰² WINKELMANN/LÉVY/JEANNERET/MERKT/BIRCHLER (FN 84), Art. 332 SchKG N 18; GILLIÉRON (FN 87), Art. 332 SchKG N 30; AMONN/WALTHER (FN 16), § 39 Rz. 6; WALTER A. STOFFEL, *Voies d'exécution*, Bern 2002, § 9 Rz. 125; COMETTA (FN 99), Art. 195 SchKG N 8; JUNOD MOSER/GAILLARD (FN 18), Art. 332 SchKG N 32; BGE 49 III 198.

¹⁰³ WINKELMANN/LÉVY/JEANNERET/MERKT/BIRCHLER (FN 84), Art. 332 SchKG N 19.

¹⁰⁴ WINKELMANN/LÉVY/JEANNERET/MERKT/BIRCHLER (FN 84), Art. 332 SchKG N 20; BGE 49 III 197; vgl. auch BRUNNER (FN 18), Art. 195 SchKG N 11.

¹⁰⁵ JAEGER (FN 84), Art. 260 SchKG N 3; WINKELMANN/LÉVY/JEANNERET/MERKT/BIRCHLER (FN 84), Art. 332 SchKG N 20; AMONN/WALTHER (FN 16), § 47 Rz. 71; JUNOD MOSER/GAILLARD (FN 18), Art. 332 SchKG N 36; WÜTHRICH/ROTHENBÜHLER (FN 84), Art. 332 SchKG N 27; BGE 109 III 29, 49 III 197.

¹⁰⁶ BGE 49 III 197.

¹⁰⁷ BGE 49 III 197.

¹⁰⁸ BGE 49 III 198 und 200.

¹⁰⁹ Art. 332 Abs. 2 i.V.m. Art. 311 SchKG; GILLIÉRON (FN 87), Art. 332 SchKG N 36; BRUNNER (FN 18), Art. 195 SchKG N 11; AMONN/WALTHER (FN 16), § 39 Rz. 7; STOFFEL (FN 102), § 9 Rz. 125; COMETTA (FN 99), Art. 195 SchKG N 8; BGE 75 III 67.

ren bei der Prüfung der eingegebenen Forderungen (Art. 244 Satz 2 SchKG) *anerkannt* hat (Art. 332 Abs. 2 i.V.m. Art. 315 und Art. 244 SchKG)¹¹⁰. Wenn der Schuldner eine Forderung bei der Erwerbung bestritten hat, setzt der Nachlassrichter dem Gläubiger (ab Widerruf des Konkurses¹¹¹) eine Frist von 20 Tagen an, um seine Forderung gerichtlich geltend zu machen (Art. 332 Abs. 2 i.V.m. Art. 315 Abs. 1 SchKG)¹¹². Nach Massgabe des Prozessausgangs ist der Gläubiger dividendenberechtigt.

B. Tauglichkeit des Dividendenvergleichs im Konkurs als Instrument zur Restschuldbefreiung

1. Konfrontation mit der Realität

Dem vorangegangenen Konkursverfahren kommt sowohl in rechtlicher als auch in rechtstatsächlicher Hinsicht eine *sehr wichtige Bedeutung* für den Abschluss eines Nachlassvertrages zu: Solange Gläubiger noch daran glauben (können), auf dem Weg der Pfändung Geld zu erhalten, gehen sie meist (implizit) von einer vollständigen oder weitgehenden Deckung ihrer Forderung aus. Diese Vorstellung wird durch die Konkurseröffnung und die Schätzung der Konkursdividende durch die Konkursverwaltung in der Regel jäh zerstört.

Bis die Gläubiger zur Gläubigerversammlung eingeladen werden, muss der Kollokationsplan aufgestellt sein und das Inventar vorliegen¹¹³. Das heisst, die Aktiven und Passiven (sowie deren Rangierung; Art. 219 Abs. 4 SchKG) sind bekannt. Damit wird es möglich, eine verlässliche Dividenschätzung vorzunehmen. So muss die Konkursverwaltung denn im Kollokationsplan auch die *mutmassliche Konkursdividende* für die einzelnen Forderungsklassen (Art. 219 Abs. 4 SchKG) angeben¹¹⁴. Die Gläubiger wissen damit, mit welcher Dividende sie realistisch rechnen können, wenn das Konkursverfahren seinen Fortgang nimmt und zum Abschluss kommt. Diese Erkenntnis ist für die Gläubiger meist *äusserst ernüchternd*. Sie bewirkt immerhin, dass sie sich realitätskonforme(re) Vorstellungen bilden können.

Wenn die Gläubiger mit dem Umstand konfrontiert sind, dass sie im Konkurs z.B. nurmehr mit einer Dividende von 5% rechnen können, werden sie in aller Regel ein Angebot des Schuldners für einen Dividendenvergleich mit 10% oder 15% sehr ernsthaft prüfen.

2. Schuldner braucht zusätzliche Geldmittel

Voraussetzung für einen Nachlassvertrag im Konkurs ist, dass der Schuldner gewisse zusätzliche¹¹⁵ Mittel verfügbar machen muss. Er wird seine Gläubiger nur dann zur Zustimmung zum Nachlassvertrag überzeugen können, wenn er ihnen eine *Nachlassdividende* anbieten kann, die (substanzial) höher ist als die zu erwartende Konkursdividende¹¹⁶. Zudem muss er die *zusätzlichen Kosten* tragen, die durch den Nachlass im Konkurs entstehen. Dies sind im wesentlichen die Kosten für die Einberufung und Durchführung einer Gläubigerversammlung¹¹⁷. Diese Kosten sind überschaubar, sie dürften zwischen CHF 1000 und CHF 2000 betragen. Zudem muss der Schuldner (als Verfahrenskosten) die Kosten für die Bestätigung des Nachlassvertrages durch den Nachlassrichter¹¹⁸ und jene für den Widerruf des Konkurses durch den Konkursrichter¹¹⁹ bestreiten.

Anders als bei den meisten (ausländischen) Systemen der Restschuldbefreiung kann der Schuldner zukünftige¹²⁰ Mittel (z.B. zukünftige Lohnforderungen) nicht direkt¹²¹ einbringen. Das Geld muss im Zeitpunkt des Vollzugs des Nachlassvertrages bereits verfügbar¹²² sein. Dagegen kann der Gemeinschuldner Teile des Lohnes bzw. seines selbständigen Erwerbseinkommens, das er zwischen der Konkurseröffnung und dem Vollzug des Nachlassvertrages erworben hat, zur Bestreitung der Kosten und der Nachlassdividende verwenden; diese Mittel fallen nicht in die Konkursmasse¹²³. Im übrigen muss der Schuldner die zusätzlichen, finanziellen Mittel weitgehend von *ihm nahe stehenden Personen*

¹¹⁰ WINKELMANN/LÉVY/JEANNERET/MERKT/BIRCHLER (FN 84), Art. 332 SchKG N 18; JUNOD MOSER/GAILLARD (FN 18), Art. 332 SchKG N 33; WÜTHRICH/ROTHENBÜHLER (FN 84), Art. 332 SchKG N 25; BGE 49 III 198 f.

¹¹¹ WINKELMANN/LÉVY/JEANNERET/MERKT/BIRCHLER (FN 84), Art. 332 SchKG N 18.

¹¹² WINKELMANN/LÉVY/JEANNERET/MERKT/BIRCHLER (FN 84), Art. 332 SchKG N 18; GILLIÉRON (FN 87), Art. 332 SchKG N 29; JUNOD MOSER/GAILLARD (FN 18), Art. 332 SchKG N 33.

¹¹³ Art. 252 Abs. 1 SchKG.

¹¹⁴ DIETER HIERHOLZER, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Basel/Frankfurt am Main 1998, Art. 247 SchKG N 91, Art. 250 SchKG N 49; BGE 65 III 32.

¹¹⁵ Allenfalls muss der Schuldner schon den Kostenvorschuss für die Durchführung des Konkursverfahrens leisten (vgl. II.C.).

¹¹⁶ Vgl. auch JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN (FN 25), Art. 335 SchKG N 6 (zur einvernehmlichen, privaten Schuldbereinigung).

¹¹⁷ Vgl. IV.A.2.

¹¹⁸ Vgl. IV.A.3.

¹¹⁹ Vgl. IV.A.4.

¹²⁰ Zukünftig bezieht sich auf den Zeitpunkt, da der Schuldner den Nachlassvertrag vorschlägt bzw. mit dessen Vollzug rechnen kann.

¹²¹ Der Schuldner kann zukünftige Forderungen auch *indirekt* nur äusserst beschränkt verwenden, indem er diese z.B. als Sicherheit für ein Darlehen zediert oder verpfändet und die Darlehenssumme verwendet, um den Nachlassvertrag erfüllen zu können; Art. 325 OR setzt in Bezug auf zukünftige Lohnforderungen enge Grenzen. Für selbständig Erwerbende besteht diese Schranke nicht.

¹²² Die *Sicherstellung* bemisst sich nach Art. 306 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG bzw. dem Nachlassvertrag.

¹²³ Vgl. II.C.1.

(Familie, Freunde) erlangen. In Anbetracht der Vorteile, welche mit dem Abschluss eines Dividendenvergleichs für den Schuldner resultieren¹²⁴, ist es nicht selten, dass ein Schuldner Geldgeber findet, um sich mit zusätzlichem Geld von seiner finanziellen Vergangenheit «loskaufen» zu können.

3. Vorteile für den Schuldner

Ein Nachlass im Konkurs hat für den Schuldner namentlich folgende Vorteile: Bei Abschluss eines Dividendenvergleichs verzichten die Gläubiger (in aller Regel¹²⁵) auf den ungedeckten Teil ihrer Forderung; dieser geht unter. Entsprechend werden auch keine Konkursverlustscheine ausgestellt. Der Konkurs wird denn auch gar nicht zu Ende geführt, sondern widerrufen¹²⁶. Der Schuldner erlangt damit qua Forderungsverzicht der Gläubiger eine *Restschuldbefreiung*. Lästige neue Betreibungen für alte Schulden sind nicht mehr möglich. Eine nicht zustimmende Minderheit von Gläubigern kann majorisiert werden (Art. 310 Abs. 1 SchKG). Dies ist vorteilhafter, als wenn der Schuldner nach durchgeführtem Konkurs (ohne Nachlass) versucht, die Konkursverlustscheine zurückzukaufen; hier muss er mit jedem Verlustscheingläubiger eine Einigung finden.

4. Optik der Gläubiger

Die Gläubiger akzeptieren (wenn sie dem Nachlassvertrag zustimmen) mit einer etwas höheren Nachlassdividende (im Vergleich zur mutmasslichen Konkursdividende) das geringere Übel. Sie realisieren gegenwärtig eine Zusatzdividende und verzichten damit auf die Möglichkeit (*nota bene* in Konkurrenz mit allen übrigen Verlustscheingläubigern), den Schuldner in Zukunft zufolge neuen Vermögens wieder zu betreiben.

Damit entschlagen sie sich aber auch dem Dilemma, bei ausstehenden Konkursverlustscheinen entweder im falschen Zeitpunkt neu zu betreiben, so dass andere Gläubiger schon mehr realisieren konnten, oder durch unnötige Betreibungen und richterliche Entscheidungen, ob der Schuldner zu neuem Vermögen gekommen ist, gutes Geld schlechtem nachzuwerfen¹²⁷. Unter Kosten-/Nutzenerwägungen ist es für die Gläubiger meist das geringere Übel, den Spatz in der Hand (höhere Nachlassdividende) zu wählen, als die Taube auf dem Dach (zusätzlicher Erlös aus zukünftigen Spezialexécution aufgrund des Konkursverlustscheins). Diese Sichtweise wird durch die statistische Realität, welche meist äusserst ernüchternd ist, bestätigt¹²⁸.

¹²⁴ Vgl. IV.B.3.

¹²⁵ Nachforderungsrechte der Gläubiger (vgl. Art. 318 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG) sind bei natürlichen Personen als Schuldner in der Praxis kaum je anzutreffen.

¹²⁶ Vgl. IV.A.4.

¹²⁷ Vgl. II.C.2.

¹²⁸ Vgl. I.

5. Nachteile

Hauptnachteil des Nachlassvertrages im Konkurs (im Vergleich zur klassischen Restschuldbefreiung) ist, dass der Schuldner zukünftiges Erwerbseinkommen nur in (zeitlich und damit auch quantitativ) sehr beschränktem Umfang¹²⁹ nutzbar machen kann, um den Geldbedarf für den Nachlassvertrag zu decken. Bei den meisten (ausländischen) Systemen der Restschuldbefreiung ist dies dagegen möglich. Dieser Nachteil für den Schuldner wird aber (zumindest teilweise) damit kompensiert, dass er mit Erfüllung des Nachlassvertrages Ruhe hat, während er bei der klassischen Restschuldbefreiung während mehreren Jahren (drei bis zehn Jahren) aus seinem pfändbaren Vermögen Zahlungen an die Gläubiger leisten muss¹³⁰.

¹²⁹ Vgl. aber IV.B.2.

¹³⁰ III.A.

Lorsque la situation n'est pas assez claire pour conclure un concordat extrajudiciaire avec les créanciers (dans le cadre ou hors d'un règlement amiable des dettes), il peut être judicieux de s'orienter vers un concordat dans la procédure de faillite. Le débiteur doit cependant trouver des ressources supplémentaires afin de pouvoir payer les frais d'une assemblée des créanciers et verser un dividende supplémentaire. En contrepartie, le concordat-dividende lui permet d'être libéré du solde des dettes. De nouvelles poursuites pour d'anciennes dettes deviennent sans objet tout comme la question de savoir si le débiteur est revenu à meilleure fortune. Les créanciers accepteront en règle générale le concordat dans la faillite si le débiteur est en mesure (même avec des fonds de tiers) de proposer un dividende concordataire (substantiellement) plus élevé. A la différence des systèmes traditionnels de remise du solde des dettes (prévus dans certaines lois étrangères), ce n'est pas au juge qu'il appartient de décider ultérieurement si le débiteur peut être libéré du solde des dettes.

(trad. LT LAWYANK, Fribourg)