



Aktuelles zur Insolvenzerklärung nach Art. 191 SchKG

Gesetzeswidrige Praxisverschärfung oder Sturm im Wasserglas?

DANIEL WUFFLI*

Das Bundesgericht soll mit Urteil 5A_915/2014 vom 14. Januar 2015 seine Praxis zum Privatkonkurs verschärft haben, indem es diesen neu nur noch bei Vorliegen von verwertbarem Vermögen (über die Verfahrenskosten hinaus) zulasse. Unter Hinweis auf den Zweck von Art. 191 SchKG und den wirtschaftlichen Neubeginn, den ein Konkurs einer Privatperson verschaffen solle, hat sich die Lehre mit dem Bundesgerichtsurteil kritisch auseinandergesetzt. Mit diesem Beitrag zeigt der Autor auf, dass die in Dreierbesetzung ergangene Erwägung des Bundesgerichts, welche für den konkret zu beurteilenden Fall nicht ergebnisrelevant war, nicht als Praxisänderung aufzufassen ist, zumal sich das Bundesgericht darin nicht mit der Lehre zu Art. 191 SchKG auseinandergesetzt hat. Das Urteil 5A_915/2014 ist lediglich eine Fortführung der bisherigen strengen Praxis zu Art. 191 SchKG.

Dans son arrêt 5A_915/2014 du 14 janvier 2015, le Tribunal fédéral aurait durci sa pratique concernant la déclaration d'insolvabilité, en ne permettant désormais cette dernière que s'il reste des biens réalisables au requérant (outre les frais de procédure). Vu le but de l'art. 191 LP et le nouveau départ économique qu'une faillite est censée permettre aux particuliers, la doctrine s'est confrontée de manière critique à cette jurisprudence du Tribunal fédéral. Par cette contribution, l'auteur démontre que le raisonnement du Tribunal fédéral, fruit d'une délibération à trois juges et sans incidence sur l'issue du cas concret, n'est pas à voir comme un changement de jurisprudence, ce d'autant plus que la Cour a omis d'aborder la doctrine se rapportant à l'art. 191 LP. L'arrêt 5A_915/2014 est simplement une continuation de la pratique (restrictive) antérieure relative à l'art. 191 LP.

Inhaltsübersicht

- I. Inhalt und Zweck der Insolvenzerklärung
- II. Praxisverschärfung durch die Hintertür?
 - A. Prämissen
 - B. Bundesgerichtsurteil vom 14. Januar 2015
 - C. Kritische Urteilsbesprechungen
- III. Weiterführung der bisherigen Praxis
 - A. Bestätigung der bisherigen Rechtsprechung
 - B. Im Einklang mit einem Grossteil der Lehre
 - C. Eigene Stellungnahme
 - D. Exkurs: Zusammenspiel von Insolvenzgesuch und unentgeltlicher Rechtspflege
- IV. Fazit

I. Inhalt und Zweck der Insolvenzerklärung

Nach Art. 191 SchKG kann der Schuldner die Konkursöffnung selber beantragen, indem er sich beim Gericht zahlungsunfähig erklärt (Abs. 1). Der Richter eröffnet den Konkurs, wenn keine Aussicht auf eine Schuldbereinigung nach den Art. 333 ff. SchKG besteht (Abs. 2). Für natürliche Personen hat der Privatkonkurs den Vorteil, dass sie ihren Gläubigern in späteren Betreibungen die Einrede des mangelnden neuen Vermögens entgegenhalten können (Art. 265a SchKG). Sie können für ihre bisherigen (nun in Form von Konkursverlustscheinen vor-

handenen) Schulden erst wieder belangt werden, wenn sie über neues Vermögen verfügen. Der Privatkonkurs führt zwar nicht zu einer Schuldensanierung (die vor dem Konkurs bestehenden Schulden existieren nach wie vor weiter), aber er verschafft dem Schuldner zumindest einen finanziellen Freiraum gegenüber seinen Gläubigern, da er ein Leben über dem betriebsrechtlichen Existenzminimum führen kann. Dies kann letztlich zur Stabilisierung eines verschuldeten Haushaltes beitragen.¹

Es ist unbestritten, dass der Privatkonkurs dem Schuldner einen finanziellen Neustart ermöglicht und ihm die für die wirtschaftliche Erholung notwendige Ruhe verschafft. Indes sind auch die Interessen der (alten) Gläubiger zu berücksichtigen, da diese durch die Insolvenz des Schuldners zu einem Vermögensverlust kommen.² Beabsichtigt der Schuldner, mit der Insolvenzerklärung *ausschliesslich* die Belangbarkeit für seine bestehenden Schulden einzuschränken, widerspricht dies Sinn und Zweck von Art. 191 SchKG.³

¹ MARIO RONCORONI, in: Daniel Hunkeler (Hrsg.), Kurzkomentar SchKG, 2. A., Basel 2014, Art. 191 N 1.

² BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER, Art. 191 N 3, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG II, Art. 159–352 SchKG, 2. A., Basel 2010 (zit. BSK SchKG II-Verfasser).

³ BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER (FN 2), Art. 191 N 16, mit weiteren Hinweisen.

* DANIEL WUFFLI, Dr. iur., Rechtsanwalt, Baur Hürlimann AG, Zürich.

Art. 191 SchKG setzt Folgendes voraus:⁴

- einen Antrag des Schuldners;
- keinen Rechtsmissbrauch;
- fehlende Aussicht auf Sanierung;
- die Leistung des Kostenvorschusses nach Art. 169 SchKG.

Gegenstand dieses Aufsatzes bildet die Frage, ob das Bundesgericht mit dem Entscheid 5A_915/2014 vom 14. Januar 2015 tatsächlich eine weitere Hürde für die Insolvenzerklärung nach Art. 191 SchKG – nämlich das *Vorliegen von verwertbarem Vermögen* über den zu leistenden Kostenvorschuss hinaus – eingeführt und damit faktisch den Privatkonkurs abgeschafft hat. Die Zeitschrift «Beobachter» berichtete in diesem Zusammenhang in einem Beitrag mit der Überschrift «Privatkonkurs? Gibt es nicht mehr!» gar von der «faktischen Abschaffung» des Privatkonkurses: «Das Bundesgericht hat den Privatkonkurs faktisch abgeschafft. Überschuldeten Personen droht nun die lebenslängliche Pfändung. Was bedeutet das?»⁵

II. Praxisverschärfung durch die Hintertür?

A. Prämissen

Seit dem 1. Januar 2007 werden alle Urteile des Schweizerischen Bundesgerichts im Internet publiziert. Dies hat für die Rechtssuchenden und die Wissenschaft viele Vorteile, zeitigt aber auch einen grossen Nachteil: Bei der Masse an Verfahren, welche das Bundesgericht zu bewältigen hat, lässt es sich nicht vermeiden, dass mitunter auch missverständliche Erwägungen, die vielleicht für den konkreten Einzelfall keine Rolle gespielt haben, publiziert und dem Bundesgericht zu einem späteren Zeitpunkt «um die Ohren geschlagen» werden. Gerade in der Gewichtung und Interpretation von solchen vermeintlichen *obiter dicta* ist Vorsicht geboten. Es darf nicht leichthin angenommen werden, dass das Bundesgericht – in einer Dreierbesetzung und ohne sich mit den diesbezüglichen Lehrmeinungen vertieft auseinanderzusetzen – durch die Hintertür eine Praxisänderung oder -verschärfung einführt.

⁴ Vgl. JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 2. A., Zürich 2014, N 1141.

⁵ Vgl. Titel und Ingress im Beobachter vom 15. April 2016, Internet: http://www.beobachter.ch/geld-sicherheit/schulden-betreibungen/artikel/schulden_privatkonkurs-gibt-es-nicht-mehr/ (Abruf 18.10.2016).

Unter dieser Prämisse ist auch der Entscheid 5A_915/2014 vom 14. Januar 2015 zu analysieren. Auch wenn man in der Sache geteilter Meinung sein kann, wurde in diesen Entscheid m.E. zu viel hineininterpretiert. Das Bundesgericht hat mit diesem Urteil seine Praxis zu Art. 191 SchKG weder verschärft noch eine zusätzliche Hürde für den um Insolvenz ersuchenden Schuldner eingebaut. Zu berücksichtigen ist vorab, dass die Erwägung 5.1 (unten II.B.), welche Stein des Anstosses ist, für den Ausgang des Bundesgerichtsentscheids irrelevant war, da auf die entsprechende Rüge des Beschwerdeführers mangels Auseinandersetzung mit dem vorinstanzlichen Entscheid ohnehin nicht eingetreten werden konnte. Sodann fällt auf, dass sich das Bundesgericht nicht vertieft mit seiner bisher ergangenen Rechtsprechung zu Art. 191 SchKG auseinandergesetzt und auch die in der Literatur hierzu geäusserten Meinungen unberücksichtigt gelassen hat. Bereits diese (äusseren) Umstände sind zumindest ein Indiz dafür, dass das Bundesgericht seine bisherige Praxis zu Art. 191 SchKG nicht ändern bzw. verschärfen wollte.

B. Bundesgerichtsurteil vom 14. Januar 2015

In Erwägung 5.1 des Entscheides 5A_915/2014 führt das Bundesgericht aus, dass die Rechtsprechung bereits Gelegenheit gehabt habe, das Institut des Privatkonkurses (Art. 191 SchKG) zu präzisieren. Es sei das Ziel des Privatkonkurses, dass die Vermögenswerte des Schuldners gleichmässig auf die Gläubiger verteilt würden. Wer um Privatkonkurs nach Art. 191 SchKG ersuche, müsse daher auch über gewisse Vermögenswerte verfügen, die auf die Gläubiger verteilt werden können. Auch wenn der Konkurs dem Schuldner ermögliche, ein Leben über dem Existenzminimum zu führen, habe der Gesetzgeber mit Art. 191 SchKG kein Verfahren für eine private Schuldenanierung einführen wollen. Weiter führte das Bundesgericht aus, dass eine Insolvenzerklärung nach den Umständen rechtsmissbräuchlich sein könne und vom Richter abgewiesen werden müsse. Dies sei insbesondere der Fall, wenn ein Schuldner die Insolvenz beantrage, obwohl er wisse, dass die Konkursmasse über keinerlei Aktiven verfüge. Im Original lautet der Satz aus Erwägung 5.1, mit welchem das Bundesgericht den Privatkonkurs faktisch abgeschafft haben soll (Hervorhebungen hinzugefügt):

«Selon les circonstances, une déclaration d'insolvabilité en justice peut être constitutive d'un *abus de droit manifeste* et il appartient alors au juge de rejeter une telle requête. *Tel est en particulier le cas, lorsqu'un débiteur*

sollicite sa mise en faillite volontaire, alors qu'il sait que la masse en faillite ne disposerait d'aucun actif (arrêt 5A_676/2008 du 15 janvier 2009 consid. 2.1).»

In Erwägung 5.3 des Entscheides trat das Bundesgericht sodann aber nicht auf die Rüge des Beschwerdeführers ein, weil er sich nicht mit der Begründung des vorinstanzlichen Entscheides auseinandergesetzt hatte.

C. Kritische Urteilsbesprechungen

Der Entscheid 5A_915/2014 vom 14. Januar 2015 wurde in der Zeitschrift *Beobachter* als faktische Abschaffung des Privatkonkurses gerügt.⁶ Auch von THOMAS MEIER⁷ und SÉBASTIEN MERCIER/RÉMY KAMMERMANN⁸ wurde der Entscheid scharf kritisiert.

MEIER erblickt im Entscheid eine erhebliche Einschränkung des Anwendungsbereichs von Art. 191 SchKG. Aus den Erwägungen müsse geschlossen werden, dass das Bundesgericht der Ansicht sei, dass ein Antrag auf Konkursöffnung durch den Schuldner rechtsmissbräuchlich sei, wenn er wisse, dass die Konkursmasse über keinen an die Gläubiger zu verteilenden Erlös verfügen werde. Wegen der allgemein gehaltenen Formulierung sei wohl davon auszugehen, dass dies selbst für Schuldner gelten solle, die in der Lage seien, den Kostenvorschuss für die voraussichtlichen Kosten für ein summarisches Verfahren zu bezahlen. Nach der Auffassung von MEIER blendet der Entscheid insbesondere aus, dass der Privatkonkurs auch die wirtschaftliche Erholung des Schuldners ermöglichen solle. Ein Privatkonkurs bringe dem Schuldner keine Sanierung seiner Finanzen, sondern verschaffe ihm lediglich finanziellen Spielraum gegenüber den künftigen Gläubigern und trage so zur Stabilisierung eines verschuldeten Haushaltes bei. Der Konkurs müsse auch dann eröffnet werden, wenn kein über die Verfahrenskosten hinausgehendes Vermögen vorliege.⁹

Auch MERCIER/KAMMERMANN sind der Auffassung, dass das Bundesgericht mit dem Entscheid 5A_915/2014 eine neue Voraussetzung für die Insolvenzerklärung nach Art. 191 SchKG eingeführt habe: Der Schuldner müsse zusätzlich zum Verfahrensvorschuss noch etwas Vermögen haben, das er seinen Gläubigern überlassen könne. Die aktuelle Verschärfung der Voraussetzungen für die Insolvenzerklärung sei Folge verschiedener URP-Ent-

scheide, welche als «Chronik eines Missverständnisses» bezeichnet werden. Am Ende ihres Beitrages qualifizieren sie die Praxisänderung des Bundesgerichts als Verstoß gegen das SchKG und Art. 8 BV. Der Entscheid 5A_915/2014 widerspreche überdies der geltenden Praxis und sei eine «radikale Änderung»; er müsse schnellstmöglich vergessen werden. Die Insolvenzerklärung sei vom Gesetzgeber zu Recht an die private Schuldenbereinigung gekoppelt worden. Weil das Schreckensgespenst des Konkurses in Verhandlungen mit Gläubigern nun nur noch sehr eingeschränkt eine Rolle spiele, gefährde die neue Rechtsprechung die Möglichkeiten zur einvernehmlichen Schuldenbereinigung sowie aussergerichtlichen Entschuldung. Die Autoren kritisieren sodann, dass das Bundesgericht nun davon ausgehe, dass jeder Schuldner, der über kein Vermögen verfüge und um Privatkonkurs ersuche, einen Rechtsmissbrauch begehe. Es sei indes Sache des Konkursrichters, zu beweisen, dass der Antragsteller ein Ziel anstrebe, das nicht durch das Institut der Insolvenzerklärung geschützt sei.¹⁰

III. Weiterführung der bisherigen Praxis

A. Bestätigung der bisherigen Rechtsprechung

Nach der hier vertretenen Auffassung hat das Bundesgericht in seinem (in Dreierbesetzung gefällten) Entscheid vom 14. Januar 2015 die Voraussetzungen der Insolvenzerklärung nach Art. 191 SchKG nicht verschärft bzw. den Anwendungsbereich dieser Norm nicht eingeschränkt, sondern die bereits seit Jahren geltende *Praxis lediglich bestätigt*. Der Entscheid steht im Einklang mit der bisherigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung und geht nicht darüber hinaus.

Bereits in BGE 133 III 614 hat das Bundesgericht in Erwägung 6.1.2 ausgeführt:

«Art. 191 SchKG begründet somit ein Insolvenzverfahren mit dem Ziel, den Erlös aus den schuldnerischen Vermögenswerten in gerechter Weise auf alle Gläubiger aufzuteilen. Wer freiwillig seinen eigenen Konkurs begeht, muss demnach über ein gewisses *Vermögen verfügen, dessen Erlös seinen Gläubigern übertragen werden kann* [...]. Der Gesetzgeber hat durch Art. 191 SchKG keine private Schuldensanierung eingeführt oder einführen wollen, um das Problem der Überschuldung der am meisten Verschuldeten zu regeln, welche weder über Ak-

⁶ Vgl. FN 5.

⁷ THOMAS MEIER, Privatkonkurs nur bei Vorliegen von verwertbarem Vermögen?, Jusletter vom 1. Februar 2016.

⁸ SÉBASTIEN MERCIER/RÉMY KAMMERMANN, Privatkonkurs: Neue Bundesgerichtspraxis widerspricht dem Gesetz, plädoyer 5/16, 38–41.

⁹ MEIER (FN 7), N 4.

¹⁰ MERCIER/KAMMERMANN (FN 8), 38–40.

tiven noch über Mittel verfügen, um den Kostenvorschuss zu leisten [...].

Somit muss die unentgeltliche Rechtspflege wegen Aussichtslosigkeit verweigert werden, falls das Konkursverfahren gemäss Art. 230 Abs. 1 SchKG mangels Aktiven sogleich eingestellt werden muss. Nur demjenigen Schuldner, der verwertbares Vermögen besitzt, aber nicht über die notwendigen Mittel verfügt, um den in Art. 169 SchKG geforderten Kostenvorschuss zu leisten, kann demnach die unentgeltliche Rechtspflege gewährt werden. Wird dem Schuldner die unentgeltliche Rechtspflege verweigert, geschieht dies nicht, weil er kein Interesse am Konkurs hat – er ist offensichtlich an der Ausstellung von Verlustscheinen interessiert, welche ihm dann die Einrede mangelnden neuen Vermögens ermöglichen (Art. 265 SchKG) –, sondern weil er kein schutzwürdiges Interesse am Verfahren hat, da seinem Konkursbegehren nicht stattgegeben werden kann und das Verfahren mangels verwertbaren Vermögens aussichtslos erscheint [...]. Daraus resultiert eine ungleiche Behandlung zwischen dem Schuldner, der über Vermögen verfügt und demjenigen, der kein solches besitzt. Das SchKG hat aber kein Institut eingeführt, welches jedem Schuldner ermöglicht, ein Schutzverfahren zu erlangen. [343] Das Konkursverfahren kann nur dann durchgeführt werden, wenn genügend Vermögen vorhanden ist (Art. 230 Abs. 1 SchKG). Daraus folgt, dass es nicht eröffnet werden muss, wenn kein verwertbares Vermögen vorhanden ist und der Richter das vom Schuldner beantragte Konkursbegehren (Art. 191 SchKG) mangels Interesse abweisen muss. Die Tatsache, dass eine falsche Anwendung dieses Verfahrens (PERRIN, a.a.O., S. 1576 N 33) es erlaubt, *ein Konkursverfahren selbst bei Fehlen weiterer Aktiven als jener, die durch den Schuldner bevorschusst werden, zu Ende zu führen*, rechtfertigt es nicht, das Institut von Art. 191 SchKG ins Gegenteil zu verkehren und auf dem Wege der unentgeltlichen Rechtspflege dem Staat diese Verfahrenskosten aufzuerlegen. Durch die SchKG-Revision wollte man nicht ein Verfahren zum Schutze der überschuldeten Schuldner schaffen, welche der Pfändung unterstellt bleiben.»¹¹

Im Entscheid vom 23. Mai 2007 (BGE 133 III 614) hat das Bundesgericht demnach bereits kundgetan, dass

- es das Ziel von Art. 191 SchKG sei, die schuldnerischen Vermögenswerte gerecht auf die Gläubiger zu verteilen;
- die unentgeltliche Rechtspflege nur demjenigen Schuldner zu bewilligen sei, der zwar über verwertba-

res Vermögen besitze, jedoch nicht über die notwendigen Mittel verfüge, den Kostenvorschuss gemäss Art. 169 SchKG zu leisten;

- aus der umschriebenen Handhabung von Art. 191 SchKG eine Ungleichbehandlung zwischen dem Schuldner, der über Vermögen verfüge und demjenigen, der über kein Vermögen verfüge, resultiere;
- das Konkursverfahren nur dann fortzuführen sei, wenn über den Kostenvorschuss hinaus verwertbare Aktiven vorhanden seien.

Rund zwei Jahre später, am 15. Januar 2009, fällte das Bundesgericht einen weiteren Entscheid zu Art. 191 SchKG und hielt fest (BGer, 5A_676/2008, 15.1.2009, E. 2.1; Hervorhebungen hinzugefügt):

«Anlässlich der SchKG-Revision von 1994 wurden die *Voraussetzungen* für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens *strenger gefasst*. Nunmehr genügt die Erklärung des Schuldners nicht mehr, um den Konkurs zu bewirken. Der Richter prüft den Antrag und entscheidet, ob der Konkurs auszusprechen ist. Wenn dies auch in vielen Fällen weiterhin die Regel sein dürfte, so stellt die Neufassung von Art. 191 SchKG doch klar, dass der Richter – wie bisher in der Praxis bereits gehandhabt – rechtsmissbräuchliche Gesuche ablehnen muss [...]. Somit ist der Konkurs demjenigen Schuldner zu verwehren, der nicht einen *wirtschaftlichen Neubeginn* anstrebt, sondern völlig andere Ziele verfolgt [...]. Allein der Umstand, dass der Schuldner mit der Abgabe der Insolvenzerklärung auch eigennützige Zwecke verfolgt, lässt diese jedoch noch nicht rechtsmissbräuchlich werden. Bezweckt er hingegen einzig, die Zugriffsrechte seiner Gläubiger zu zunichte zu machen, so ist ihm die Konkursöffnung zu verweigern [...]. Ein Schuldner verhält sich beispielsweise *rechtsmissbräuchlich*, wenn er einen Konkurs im Wissen darum anstrebt, dass die *Konkursmasse keine Aktiven aufweisen* würde, oder wenn er auf diesem Wege zum Nachteil der Gläubiger eine Lohnpfändung abschütteln möchte (BGE 123 III 402 E. 3a.aa).»

Es ist damit gefestigte Praxis des Bundesgerichts, dass Art. 191 SchKG Aktiven bei der Konkursmasse voraussetzt. Im in der amtlichen Sammlung publizierten BGE 133 III 614 hat das Bundesgericht diesbezüglich ausdrücklich festgehalten, dass es falsch sei, wenn das Konkursverfahren selbst bei Fehlen weiterer Aktiven als jener, die durch den Schuldner bevorschusst wurden, zu Ende geführt werde. Dies passt zur Feststellung des Bundesgerichts, wonach die Voraussetzungen für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens durch die Revision von 1994 strenger gefasst worden seien. Dass der Schuldner mit seinem Insolvenzesuch *auch* eigennützige Ziele

¹¹ Pra 2008, Nr. 50, Hervorhebungen hinzugefügt.

verfolgt, ist zwar nach wie vor zulässig – indes ist es mit dem Zweck von Art. 191 SchKG nicht vereinbar, wenn die Flucht vor dem Gläubigerzugriff das ausschliessliche Motiv für den Privatkonkurs darstellt.

Dass das Bundesgericht im Entscheid 5A_915/2014 zugunsten der Gläubiger verwertbares Vermögen (über die Verfahrenskosten hinaus) fordert und die Voraussetzungen von Art. 191 SchKG seit der Revision von 1994 strenger als noch in BGE 119 III 113¹² (Leitentscheid vor der Revision 1994) fasst, ist nach dem Gesagten nicht neu und stellt keine Praxisänderung dar. Vielmehr steht die Erwägung 5.1 im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung.

B. Im Einklang mit einem Grossteil der Lehre

BGE 133 III 614 wurde von der Lehre zur Kenntnis genommen und z.T. auch zu Recht kritisch hinterfragt:

HUNKELER wies darauf hin, dass bei wortgetreuer Auslegung von Art. 230 Abs. 1 SchKG der Konkurs auch durchzuführen wäre, wenn die vorhandenen Aktiven exakt zur Deckung aller Kosten ausreichen würden, darüber hinaus aber gerade keinerlei Verwertungserlös für die Gläubiger verbleibe (sondern an die Gläubiger für die volle Höhe der Forderung ein Konkursverlustschein ausgestellt werden müsste). Es könne aufgrund von BGE 133 III 614 daher höchstens eine *Minimaldividende für die Gläubiger* gefordert werden und es müsse in jedem Fall genügen, wenn die Verfahrenskosten aus den vorhandenen Aktiven voraussichtlich gedeckt würden und den Gläubigern noch ein minimaler Erlös verbleibe.¹³

AMONN/WALTHER führen unter Hinweis auf BGE 133 III 614 aus: «Ein Schuldner, der freiwillig einen eigenen Konkurs anbegehrt, muss über ein gewisses *Vermögen verfügen, dessen Erlös seinen Gläubigern übertragen werden kann*. Somit muss die unentgeltliche Rechtspflege wegen Aussichtslosigkeit verweigert werden, falls das Konkursverfahren gemäss SchKG 230 I mangels Aktiven sogleich eingestellt werden muss. Nur demjenigen Schuldner, der verwertbares Vermögen besitzt, aber nicht über die notwendigen Mittel verfügt, um den in SchKG

169 geforderten Kostenvorschuss zu leisten, kann demnach die unentgeltliche Rechtspflege gewährt werden.»¹⁴ Amonn/Walther halten sodann fest, dass Missbrauch die unentgeltliche Rechtspflege selbstverständlich ausschliesse – so z.B. wenn der Schuldner nur einen den Gläubigern gar nichts bietenden Konkurs anstrebe, etwa um die Ausstellung von ihm schützenden Konkursverlustscheinen zu erwirken. Ein offensichtlich rechtsmissbräuchliches Konkursbegehren (Art. 2 ZGB) erblicken Amonn/Walther in Konstellationen, in denen der Schuldner kein schutzwürdiges Interesse an der Konkurseröffnung habe und es ihm nur darum gehe, seine Gläubiger zu prellen und wieder in den Genuss seines vollen Lohnes zukommen. Zu denken sei etwa an den Fall, dass der Schuldner nur einen den Gläubigern gar nichts bietenden Konkurs anstrebe um die Ausstellung von ihm schützenden Konkursverlustscheinen zu erwirken.¹⁵

ALEXANDER BRUNNER und FELIX H. BOLLER führen im Basler Kommentar ebenfalls aus, dass der Antrag auf Insolvenzerklärung *rechtsmissbräuchlich* sei, wenn der Schuldner damit offensichtlich nicht einen wirtschaftlichen Neubeginn auf solider Grundlage anstrebe, sondern *ausschliesslich seine Belangbarkeit für die bestehenden Zahlungsverpflichtungen einschränken* wolle. Das normwidrige Verhalten richte sich nicht auf den (zulässigen) wirtschaftlichen Vorteil des Schuldners, sondern ausschliesslich auf den Nachteil der Gläubiger bzw. ihre Schädigung. Die Eröffnung und Durchführung eines Konkurses setze voraus, dass *noch Aktiven zu verteilen* seien; fehle es im Zeitpunkt der Insolvenzerklärung an solchen, und sei sich der Schuldner dessen bewusst, erweise sich das Verfahren als leere Form und könne sein Ziel nicht erreichen.¹⁶

FLAVIO COMETTA führt im Commentaire Romand, der aus dem Jahre 2005 und damit noch vor BGE 133 III 614 datiert, unter Hinweis auf BGE 119 III 28 und 119 III 113 aus, dass die unentgeltliche Rechtspflege aussichtslos sei, wenn der um Insolvenz ersuchende Schuldner über keinerlei Vermögenswerte verfüge. Letztlich würde nur derjenige Schuldner um Privatkonkurs ersuchen können, der die Kosten des Konkursverfahrens vorschliessen könne. Dieser Umstand wird von COMETTA kritisiert und er spricht sich für eine Änderung dieser Rechtsprechung aus.¹⁷

¹² In BGE 119 III 113 E. 3.b.cc führte das Bundesgericht aus: «Vermag der Schuldner Vermögenswerte, die *zumindest für die Deckung der Kosten des summarischen Konkursverfahrens* reichen, nicht vorzuweisen, so hat das [...] zur Folge, dass der Konkurs nicht eröffnet werden darf.» (Hervorhebungen hinzugefügt).

¹³ DANIEL HUNKELER, Entwicklungen des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts in den Jahren 2007 und 2008, in: Walter Fellmann/Tomas Poledna (Hrsg.), Aktuelle Anwaltspraxis 2009, Sonderdruck, Bern 2009, 1367.

¹⁴ KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. A., Bern 2013, § 14 N 19 (Hervorhebungen hinzugefügt).

¹⁵ AMONN/WALTHER (FN 14), § 14 N 20.

¹⁶ BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER (FN 2), Art. 191 N 16.

¹⁷ Vgl. CR LP-COMETTA, Art. 191 N 12 f., in: Louis Dallèves/Bénédict Foëx/Nicolas Jeandin (Hrsg.), Poursuite et faillite, Commentaire Romand, Basel 2005.

Nach dem Gesagten erscheinen die Erwägungen im Urteil 5A_915/2014 auch vor dem Hintergrund der einschlägigen Fachliteratur *weder neu noch spektakulär*: Dass das (summarische) Konkursverfahren nur dann durchgeführt wird, wenn der Schuldner über Vermögenswerte verfügt, die an die Gläubiger verteilt werden können, gilt bereits seit längerem und ist nicht eine Neuheit oder zusätzliche Hürde, die mit dem Urteil 5A_915/2014 eingeführt wurde. Auch in der Lehre war man sich aufgrund von BGE 133 III 614 einig, dass ein den Gläubigern gar nichts bietender Konkurs, mit dem ausschliesslich die Ausstellung von Konkursverlustscheinen angestrebt werde, rechtsmissbräuchlich sei. Die Rechtsprechung wurde in der Lehre mehrheitlich sachlich, wenn auch z.T. mit Kritik, zur Kenntnis genommen.

C. Eigene Stellungnahme

Man kann geteilter Meinung darüber sein, ob die relativ *strenge bundesgerichtliche Praxis* zu Art. 191 SchKG sinnvoll ist. Auch wenn sich das Vorhandensein von verwertbaren Aktiven (zuzüglich zu den Verfahrenskosten) nicht aus dem Wortlaut der Art. 191 und 230 SchKG ableiten lässt, ist der Umstand, dass der Konkurs in Art. 191 SchKG vom Schuldner selber beantragt wird, bei der Interessenabwägung zu berücksichtigen. Im Fall von Art. 191 SchKG besteht durchaus die reale Gefahr einer «Flucht in den Konkurs», weshalb es auch die Interessen der Gläubiger zu berücksichtigen und zu schützen gilt. Ein (bestehender) Gläubiger hat nicht das geringste Interesse an einem Privatkonkurs des Schuldners, wenn dieser über keinerlei verwertbaren Vermögenswerte verfügt. In diesem Fall würde der Gläubiger einen Konkursverlustschein über seine gesamte Forderung erhalten mit der Folge, dass der Schuldner ab der Konkurseröffnung wegen der Einrede mangelnden neuen Vermögens (Art. 265a SchKG) nur noch eingeschränkt belangt werden kann. Das berechtigte Interesse des (bisherigen) Gläubigers darf – bei allem Verständnis für die Wichtigkeit eines wirtschaftlichen Neustarts des Schuldners – nicht aus den Augen verloren werden. Mir erscheint die Mittellösung des Bundesgerichts, welches einen Privatkonkurs zwar grundsätzlich zulässt, diesen aber zumindest an ein Mindestmass von verwertbaren Aktiven knüpft, durchaus plausibel. So wird sowohl den Interessen des Schuldners wie auch denjenigen der Gläubiger angemessen Rechnung getragen.

Dem berechtigten Argument, wonach Schuldner, die über keine Aktiven mehr verfügen, weil sie diese zuvor für die Schuldentilgung eingesetzt haben, mit dieser Rechtsprechung schlechter behandelt werden als Schuldner, die im Zeitpunkt der Insolvenzerklärung über Aktiven

verfügen, weil sie vielleicht gar nicht erst versucht haben, ihre Gläubiger zu befriedigen,¹⁸ ist immerhin entgegen zu halten, dass über Schuldner, die Aussicht auf eine private Schuldenbereinigung haben, ohnehin kein Konkurs zu eröffnen ist (Art. 191 Abs. 2 SchKG). Ob in der Praxis tatsächlich die Fälle, in welchen Schuldner ihre wenigen vorhandenen Aktiven zur Schuldentilgung verbrauchen (ohne aber Aussicht auf eine Schuldenbereinigung zu haben), häufig vorkommen, darf zumindest bezweifelt werden.

MERCIER/KAMMERMANN erblicken im Bundesgerichtsentscheid 5A_915/2014 insofern eine Verschärfung der bisherigen Praxis, als der Antragsteller nicht mehr nur sein schützenswertes Interesse an der Insolvenzerklärung nachweisen müsse (und es Sache des Konkursgerichtes sei, gegebenenfalls einen Rechtsmissbrauch zu «beweisen»), sondern neu davon auszugehen sei, dass ein Antragsteller, der über kein Vermögen verfüge, seinen Gläubigern schaden wolle. Das Bundesgericht stelle nicht nur eine diesbezügliche Vermutung (des Rechtsmissbrauchs) auf, sondern schaffe eine neue notwendige Voraussetzung.¹⁹ Diese Kritik ist m.E. insofern berechtigt, als sich aus dem Wortlaut von Art. 191 und 230 SchKG keine solche Voraussetzung ableiten lässt. Indes handelt es sich dabei – wie erwähnt – nicht um eine Praxisverschärfung, sondern steht im Einklang mit BGE 133 III 614 (vgl. oben III.A.). Im Ergebnis erscheint die Rechtsprechung m.E. denn auch gerechtfertigt, geht es doch bei Art. 191 SchKG nicht ausschliesslich oder überwiegend um die wirtschaftliche Wiedereingliederung des Schuldners, sondern auch um die legitimen Interessen der Gläubiger. Es geht m.E. nicht an, dass sich ein Schuldner in den Konkurs flüchtet, wenn er damit ausschliesslich den Zugriff auf sich erschwert. In einer solchen Konstellation blieben die Interessen der Gläubiger vollständig unberücksichtigt, was mit der *ratio legis* von Art. 191 SchKG offensichtlich nicht in Einklang zu bringen ist.

Im Kern kritisieren MEIER und MERCIER/KAMMERMANN sodann, dass das Bundesgericht den Zweck des Privatkonkurses nach Art. 191 SchKG ausschliesslich in der gleichmässigen Befriedigung der Gläubiger erblicke und weitere Aspekte, wie die wirtschaftliche Erholung des Schuldners, ausblende. Es ist zwar richtig, dass die Insolvenzerklärung dem überschuldeten Schuldner einen Neustart ermöglichen soll. Dies anerkannte auch das Bundesgericht im bereits zitierten Entscheid aus dem Jahr 2009 ausdrücklich (BGer, 5A_676/2008, 15.10.2009, E. 2.1, vgl. oben III.A.). Das Anstreben eines wirtschaftlichen

¹⁸ Vgl. MEIER (FN 7), N 6.

¹⁹ MERCIER/KAMMERMANN (FN 8), 40.

Neustarts ist indes nicht mit der wirtschaftlichen Erholung gleichzusetzen. Auch wenn der Schuldner stets *auch* eigennützige Ziele mit der Insolvenzerklärung verfolgt (Konkursverlustscheine, welche ihm die Einrede mangelnden neuen Vermögens gegenüber seinen Gläubigern ermöglichen), so darf dies nicht sein ausschliessliches Ziel sein. Vielmehr muss er ein Minimum an *Wille zur Tilgung seiner Schulden* kundtun, was gerade nicht möglich ist, wenn für seine Gläubiger keinerlei verwertbaren Aktiven im Konkursverfahren resultieren. Insofern erscheint die bundesgerichtliche Rechtsprechung – die bereits seit Jahren besteht – nicht derart verfehlt, wie dies nun dargestellt wird. Es ist jedoch mit MEIER²⁰ im Sinne der Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit zu fordern, dass das Bundesgericht bei nächster Gelegenheit klärt, in welcher Grössenordnung eine Konkursdividende für die Gläubiger erwartet werden muss, damit das Insolvenzgesuch des Schuldners nicht als offensichtlich zweckwidrig und damit rechtsmissbräuchlich eingestuft wird. Mit HUNKELER ist davon auszugehen, dass eine «Minimaldividende» in jedem Fall genügen muss.²¹ Letztlich muss zwischen dem Interesse des Schuldners an einem wirtschaftlichen Neustart sowie dem Interesse des Gläubigers an der berechtigten Eintreibung seiner Forderung ein fairer und lösungsorientierter Ausgleich gefunden werden.

D. Exkurs: Zusammenspiel von Insolvenzgesuch und unentgeltlicher Rechtspflege

Zu präzisieren ist sodann das Zusammenspiel von Art. 191 SchKG und der *unentgeltlichen Rechtspflege*. Art. 191 SchKG ist zwar vom sachlichen Geltungsbereich der Art. 117 ff. ZPO erfasst.²² Indes verkompliziert sich die Angelegenheit insofern, als Art. 117 ZPO neben der Mittellosigkeit (lit. a) auch die Nichtaussichtslosigkeit des Rechtsbegehrens (lit. b) voraussetzt. Das Insolvenzgesuch eines Schuldners, der über keinerlei Aktiven verfügt, ist nach dem Gesagten abzuweisen. Falls er gleichzeitig ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege stellt, wäre dieses aufgrund der Aussichtslosigkeit seines Insolvenzbegehrens abzuweisen. Verfügt ein Schuldner hingegen über verwertbares Vermögen, wird er in aller Regel auch die Verfahrenskosten tragen können, so dass sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege zwar nicht aussichtslos wäre (das Insolvenzgesuch hätte intakte Erfolgsaussichten), er jedoch nicht als mit-

tellos gelten würde und das Rechtspflegegesuch ebenfalls abzuweisen wäre.

Im Verfahren nach Art. 191 SchKG kann die unentgeltliche Rechtspflege nach dem Gesagten wohl nur dann gewährt werden, wenn der Schuldner zwar über verwertbares Vermögen verfügt, dieses aber im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung nicht liquid ist. Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass sich die unentgeltliche Rechtspflege m.E. nur auf die Verfahrenskosten beziehen kann, nicht auch auf eine unentgeltliche Verbeiständung, da es für das Stellen eines Insolvenzgesuches nach Art. 191 SchKG im Normalfall keines anwaltlichen Rechtsbeistandes bedarf.²³

IV. Fazit

Das Bundesgerichtsurteil 5A_915/2014 beinhaltet *keine grundlegenden Neuerungen oder Verschärfungen* gegenüber der bisherigen Rechtsprechung und steht auch im Einklang mit der wohl überwiegenden Lehre. Nach ständiger Praxis setzt der Privatkonkurs voraus, dass verwertbares Vermögen vorhanden ist, das an die Gläubiger verteilt werden kann. Aus Sicht des von gehäuften Spezialexécutionen geplagten Schuldners, welcher der Schuldenspirale entrinnen möchte, ist diese Hürde relativ hoch. Dass die Flucht in den Privatkonkurs mit Blick auf die Interessen der (bisherigen) Gläubiger nicht leichtthin möglich sein soll, ist m.E. aber richtig. Das Bundesgericht begründet die Ungleichbehandlung von Schuldnern mit und ohne verwertbarem Vermögen mit dem Zweck von Art. 191 SchKG, wonach der Gesetzgeber kein Verfahren zur privaten Schuldensanierung der am meisten Verschuldeten habe einführen wollen. Dem ist grundsätzlich beizupflichten, wobei an die Anforderungen einer Minimaldividende, wie sie das Bundesgericht bereits mit BGE 133 III 614 gefordert hat, keine hohen Hürden zu stellen sind.

Abschliessend ist generell etwas mehr Zurückhaltung bei der Interpretation und Beurteilung von in Dreierbesetzung ergangenen Urteilen des Bundesgerichts, welche nicht in der amtlichen Sammlung publiziert sind, zu fordern.

²⁰ MEIER (FN 7), N 9.

²¹ HUNKELER (FN 13), 1367.

²² Vgl. DANIEL WUFFLI, Die unentgeltliche Rechtspflege in der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Bern 2015, N 46.

²³ Vgl. auch KREN KOSTKIEWICZ (FN 4), N 397, mit Verweis auf BGE 118 III 27 E. 3d.