

Fridolin M.R. Walther

Die einvernehmliche Schuldenbereinigung als Retterin in der Not?

Zur Praxistauglichkeit des Verfahrens der einvernehmlichen Schuldenbereinigung gemäss Art. 333 SchKG zur Schuldensanierung von Privatpersonen

Anlässlich der Revision des Bundesgesetzes vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) per 1. Januar 1997 wurde das Institut der sog. einvernehmlichen Schuldenbereinigung in das Gesetz eingefügt. Fünf Jahre später ist es an der Zeit, eine erste Bilanz zu ziehen und zu überprüfen, ob sich dieses neue Verfahren als Mittel zur Schuldensanierung von Privatpersonen in der Praxis bewährt hat.

1. Die Rechtsnatur der einvernehmlichen Schuldenbereinigung

Die Rechtsnatur des Verfahrens der einvernehmlichen Schuldenbereinigung ist bis heute noch nicht restlos geklärt. Ein Grund dafür dürfte darin zu suchen sein, dass das Institut weder im Vorentwurf noch im Entwurf des Bundesrates vorgesehen war. Dieser wollte sich auf die Kodifikation der geltenden Praxis und auf eine systematische Neugliederung des Nachlassverfahrens beschränken. Erst anlässlich der parlamentarischen Beratungen wurde das Bundesamt für Justiz von der vorberatenden Kommission des Nationalrates beauftragt, Vorschläge zur Revision des Sanierungsrechts zu machen. In der Folge setzte das Bundesamt die Expertengruppe «Sanierungsrecht» ein. Diese schlug in Ergänzung zu ihren Vorschlägen für die Verbesserung des Sanierungsrechts im Hinblick auf Unternehmenssanierungen vor, neu auch ein als «einvernehmliche private Schuldenbereinigung» bezeichnetes Verfahren zu schaffen¹.

Ihre Vorschläge wurden in der Folge nahezu unverändert in das Gesetz übernommen. Anlässlich der parlamentari-

schen Beratungen bezeichnete Bundesrat ARNOLD KOLLER das Verfahren der privaten Schuldenbereinigung als «ein einfaches Nachlassverfahren»². DOMINIK GASSER, Sekretär der Expertengruppe, sah in ihm eine «Alternative zum ordentlichen Nachlassverfahren»³, «ein kleines Nachlassverfahren bzw. ein kleines Sanierungsverfahren»⁴ bzw. «ein einfaches und rasches Nachlassverfahren für Privatpersonen»⁵. Kommissionsmitglied Professor LOUIS DALLÈVES betrachtete das Verfahren gemäss Art. 333 ff. SchKG als «une procédure qui combine en quelque sorte les

concordats judiciaire et extrajudiciaire». Weiter meint er: «Il résulte de la systématique de la loi que le règlement amiable est considéré comme une variante du concordat, intégrée en tant que chapitre VI au titre onzième consacré à cette institution»⁶.

In der Praxis zu Problemen geführt haben insbesondere die genaue Stellung und die konkreten Befugnisse des *Sachwalters*. Das Gesetz überträgt ihm folgende Aufgaben: Er hat den Schuldner bei der Erstellung eines Bereinigungsvorschlags zu unterstützen und mit den Gläubigern die nötigen Verhandlungen zu führen. Weiter kann er vom Nachlassrichter be-



Dr. iur. Fridolin M.R. Walther, LL.M.
Fürsprecher, Krneta & Partner, Bern
Lehrbeauftragter an der Universität Bern

¹ Das Verfahren der Schuldenbereinigung gemäss Art. 333 ff. SchKG wurde von der Expertengruppe in eigener Regie ausgearbeitet. Es lehnt sich stark an das *französische* Recht an.

² Amtl. Bull. NR vom 1.3.1993, S. 9.

³ DOMINIK GASSER, Nachlassverfahren, Insolvenzerklärung und Feststellung des neuen Vermögens nach rev.SchKG, ZBJV 1996, S. 15.

⁴ DOMINIK GASSER, Das neue Sanierungsverfahren, BLSchK 1993, S. 216.

⁵ DOMINIK GASSER, Schuldenbereinigung und Konkurs – Wege der Sanierung von Konsumenten, in: JKR 1997, S. 122.

⁶ LOUIS DALLÈVES, Règlement amiable ou judiciaire des dettes selon la LP révisée, AJP 1995, S. 1566.

auftragt werden, den Schuldner bei der Erfüllung einer getroffenen Vereinbarung zu überwachen. Einzig dem Sachwalter kommt weiter das Recht zu, beim Nachlassrichter eine Verlängerung der Stundung auf höchstens sechs Monate zu beantragen.

Aufgrund dieser eher rudimentären gesetzlichen Regelung war unklar, ob der Sachwalter gemäss Art. 333 ff. SchKG in Analogie zum ordentlichen Nachlassverfahren bzw. in Analogie zum Verfahren der Notstundung⁷ auch über Verfügungs-, Weisungs- und Aufsichtskompetenzen verfügt bzw. ob ihm solche vom Richter übertragen werden können. Soweit ersichtlich wurde dies bis anhin von keinem Gericht explizit bejaht. Es bleibt also dabei, dass der Sachwalter gemäss Art. 334/335 SchKG anders als der Sachwalter in einem ordentlichen Nachlassverfahren nicht ein Organ der Zwangsvollstreckung ist, sondern – wie auch etwa der Sonderprüfer gemäss Art. 697a ff. OR – aufgrund seiner beschränkten Funktion und Kompetenzen auf rein *privatrechtlicher* Basis tätig wird⁸ und daher die Verfügungsfähigkeit des Schuldners in keiner Art und Weise beschränkt. Immerhin ist aber davon auszugehen, dass dem Sachwalter aufgrund seiner – quasi halbamtlichen – Stellung im Rahmen der Verhandlungen über den Abschluss eines aussergerichtlichen Nachlassvertrages eine starke Stellung zukommen wird⁹.

2. Subjektiver Anwendungsbereich

Der subjektive Anwendungsbereich des Verfahrens war während langer Zeit umstritten. Gemäss dem Wortlaut von Art. 333 Abs. 1 SchKG steht das Verfahren der einvernehmlichen Schuldenbereinigung jedem «Schuldner, der nicht der Konkursbetreibung unterliegt», zur Verfügung. Anlässlich der parlamentarischen Beratungen wurde vom Berichterstatter der vorberatenden Kommission, FRANZ STEINEGGER, ausgeführt, bei den Verfahren handle es sich «hauptsächlich um die kleinen Fälle, meist sogar um Sozialfälle»¹⁰. Gestützt auf diese Aussage wurde in der Praxis – v.a. von Gläubigerseite – verschiedentlich geltend gemacht, das Verfahren finde nur auf *Konsumenten* An-

wendung¹¹, nicht aber auch bei sog. «grossen Fällen», wo der Schuldner insbesondere über Grundstücke verfügt.

Diese Ansicht darf heute als überwunden betrachtet werden. Das Gesetz enthält weder eine summenmässige Begrenzung noch gilt es nur für Schuldner ohne Grundeigentum. Als Abgrenzungskriterium wird einzig auf den dem SchKG bekannten Begriff der *Konkursbetreibung* zurückgegriffen und nicht etwa auf denjenigen des *Privathaushaltes* oder des *Verbrauchers* oder des *Konsumenten*¹². Der Begriff der Konkursbetreibung muss dabei immer im Zusammenhang mit den Bestimmungen über die Eintragungspflicht für Einzelfirmen in das Handelsregister gemäss Art. 934/935¹³ OR verstanden werden (Art. 39 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG). D.h. einzig die Inhaber eines selbständig und nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes sind grundsätzlich eintragungspflichtig und unterliegen dann auch der Konkursbetreibung.

E contrario ist dies aber für alle *anderen* Personen nicht der Fall. Das Verfahren steht somit für normale Privatpersonen wie insbesondere auch für Verwaltungsräte einer AG, für Verwaltungsmitglieder einer Genossenschaft, für Vorstandsmitglieder von Vereinen, für Mitglieder einfacher Gesellschaften sowie für Stiftungsräte zur Verfügung¹⁴. Es kann daher «auch nicht als ein konsumentenrechtliches Gefäss im reinen begrifflichen Sinne bezeichnet werden»¹⁵. Zu Recht geht daher die Lehre heute davon aus, dass das Verfahren auch für «sog. small businessmen, die nicht im Handelsregister eingetragen sind»¹⁶, bzw. für «kleinere Betriebe»¹⁷ in Frage komme. Der subjektive Anwendungsbereich des Verfahrens der einvernehmlichen Schuldenbereinigung kann somit als relativ weit eingestuft werden, und es stellt sich daher die Frage, ob dieses Verfahren daher auch in entsprechend vielen Fällen Anwendung gefunden hat.

3. Voraussetzungen der Bewilligung der Schuldenbereinigung

3.1 Der funktionelle Zusammenhang mit Art. 191 Abs. 2 SchKG

Das Verfahren der Schuldenbereinigung gemäss Art. 333 ff. SchKG steht in einem

engen funktionellen Zusammenhang mit Art. 191 Abs. 2 SchKG. Der Richter eröffnet nämlich auf Antrag eines Schuldners über diesen nur dann den Konkurs, «wenn keine Aussicht auf eine Schuldenbereinigung nach den Artikeln 333 ff. besteht». D.h. *vorrangiges* Instrument zur Befreiung vom Schuldendruck ist von Gesetzes wegen das Verfahren gemäss Art. 333 ff. SchKG, die Insolvenz«erklärung» gemäss Art. 191 SchKG ist hingegen lediglich «ultima ratio»¹⁸. Gerade die Besserstellung der verfahrensrechtlichen Situation des sog. «ehrlichen» Schuldners war denn auch ein Hauptanliegen der letzten Revision des SchKG¹⁹. Einem Schuldner sollte durch das Verfahren gemäss Art. 333 ff. SchKG eine valable Alternative,

⁷ PIERRE-ROBERT GILLIÉRON, Voies et moyens pour remédier au surendettement des particuliers, in: BÉNÉDICT FOËX/LUC THÉVENOZ (éd.), *Insolence, désettement et redressement*, Bâle etc., S. 142 f.

⁸ FELIX UHLMANN, Private Schuldenbereinigung nach Art. 333 ff. SchKG, JKR 1999, S. 247 f. A.M. Entscheid des Obergerichts Aargau vom 6.1.1998, AGVE 1998, Nr. 10, wonach der Sachwalter «vom Nachlassrichter als Vertreter des Staates eingesetzt» wird. Siehe aber auch den Entscheid des Obergerichts Aargau vom 4.11.1998, AGVE 1998, Nr. 9 = SJZ 2000, S. 245 f., wonach «dem Sachwalter keine Verfügungskompetenz gestützt auf Art. 333 ff. SchKG zusteht».

⁹ LOUIS DALLÈVES, Faillite et concordat, in: *La LP révisée – La loi révisée sur la poursuite pour dettes et la faillite*, Publication Cedidac Nr. 35, Lausanne 1997, S. 141.

¹⁰ Amtl. Bull. NR vom 2.3.1993, S. 47.

¹¹ Siehe etwa ALEXANDER BRUNNER, Konkursverfahren und Konkursaufschub, Schriftenreihe SAV Bd. 13, Bern 1995, S. 109: «Die Schuldenbereinigung nach SchKG 333 ff ist nur beim sog. Konsumentenkurs möglich».

¹² Siehe aber Art. 22 des Gerichtsstandsgesetzes, der nur auf *Konsumenten* Anwendung findet.

¹³ Siehe Art. 52 ff. Handelsregisterverordnung (HRV).

¹⁴ So ausdrücklich GASSER, Fn. 5, S. 122.

¹⁵ GASSER, Fn. 5, S. 122.

¹⁶ SchKG-Brunner, Art. 333 N. 7.

¹⁷ KURT AMONN/DOMINIK GASSER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 6. Aufl., Bern 1997, § 57 N. 2.

¹⁸ So das Votum von Bundesrat ARNOLD KOLLER (Amtl. Bull. NR vom 2.3.1993, S. 35).

¹⁹ So wurde u.a. das Einsichtsrecht in das Betreibungsregister eingeschränkt (Art. 8a SchKG), die Möglichkeit einer negativen Feststellungsklage und der Einstellung der Betreibung geschaffen (Art. 85a SchKG), die Fristen für Abschlagszahlungen verlängert (Art. 123 SchKG) sowie der Verluschein für verjährbar erklärt (Art. 149a SchKG).

ein gangbarer anderer Weg eröffnet werden.

Wirft man einen Blick auf die Praxis der Konkursöffnung aufgrund einer Insolvenzerklärung des Schuldners gemäss Art. 191 Abs. 1 SchKG, so stellt man fest, dass eine solche vom Richter nur dann nicht bewilligt wird, wenn ein *offensichtlicher Rechtsmissbrauch* gegeben ist. Zudem wird Aussicht auf eine Schuldenbereinigung in der kantonalen Praxis erst dann bejaht, wenn der Schuldner in der Lage ist, mit dem erweiterten und erhöhten Existenzminimum (betriebsrechtliches Existenzminimum erhöht um die 20% des ungekürzten Grundbetrags plus laufende Steuerschulden) *während maximal drei Jahren die Hälfte seiner Schulden* sowie die Kosten des Verfahrens und des Sachwalters zu bezahlen²⁰.

Aufgrund dieser Konkretisierung des Rechtsmissbrauchsverbots²¹ durch eine relativ restriktive Bewilligung der Schuldenbereinigung (Deckung von 50% der Schulden in drei Jahren) kommt es in der Praxis denn auch nur zu wenigen Verfahren der einvernehmlichen Schuldenbereinigung²², zumal potentielle Schuldner den Gang zum Nachlass- bzw. Konkursrichter meist erst dann antreten, wenn sie sicher sind, dass sie auch wirklich nicht mehr sanierungsfähig sind. Insofern hat das Verfahren der einvernehmlichen Schuldenbereinigung den von ihm verfolgten Zweck nicht erreicht, und es wird daher Sache des Gesetzgebers sein, ein effektiv(er)es Instrument zur nachhaltigen Sanierung von Privatpersonen zu schaffen.

3.2 Fehlende Aussichtslosigkeit

Das Gesetz spricht nur davon, dass eine Schuldenbereinigung «nicht von vornher-

ein als ausgeschlossen» zu erscheinen habe (Art. 334 Abs. 1 SchKG). Weiter zu berücksichtigen ist, dass der Entscheid durch den Nachlassrichter zu treffen und daher gemäss Art. 25 Ziff. 2 lit. a SchKG im Summarverfahren zu fällen ist. Es genügt daher, einzig «*glaubhaft* zu machen, dass eine plausible Chance für eine private Bereinigung besteht»²³.

Eine Ablehnung des Gesuches wird daher nur in *offensichtlichen* Fällen in Frage kommen. Der Schuldner hat m.E. nur glaubhaft zu machen, dass Aussicht auf eine Sanierung besteht und wie diese zu erreichen ist. Er hat somit etwa darzutun, dass die Gläubiger besser abschneiden als bei einem Konkursverfahren. Ein konkreter Sanierungsplan ist hingegen nicht bereits in diesem Stadium erforderlich, da dessen Ausarbeitung eine gemeinsame Aufgabe zusammen mit dem Sachwalter während der Stundungsphase sein wird (Art. 335 Abs. 1 SchKG). Dass voraussichtlich nur ein relativ bescheidener Prozentsatz der bestehenden Schulden getilgt werden können wird, steht einem Verfahren gemäss Art. 333 ff. SchKG grundsätzlich nicht entgegen, da es letztlich einzig der Entscheid der *Gläubiger* sein wird, mit welcher Tilgungsquote sie sich zufrieden geben wollen. Eine *ex ante*-Beurteilung steht dem Nachlassrichter in diesem Punkt nicht zu. Wenn schon, so wäre in Analogie zum Nachlassverfahrensrecht zu verfahren. Nicht erforderlich ist also, «dass (...) Aussicht auf vollständige Tilgung der Forderungen besteht»²⁴.

In der Praxis oftmals zu Problemen geführt hat der Umstand, dass ein einzelner Gläubiger sich bereits zu Beginn des Verfahrens als nicht vergleichsbereit erklärt hat. Insbesondere AHV-Ausgleichskassen²⁵ verfügen über keine genügende ge-

setzliche Grundlage, um auf ausstehende AHV-Beiträge verzichten²⁶ zu können. Diesfalls wird der Nachlassrichter nicht umhin kommen, das Gesuch des Schuldners abzuweisen²⁷. Es empfiehlt sich daher, je nach finanzieller Möglichkeit sog. «problematische» Gläubiger unter Wahrung des Verbots der Gläubigerbenachteiligung vorgängig «auszukaufen». Haben aber konkrete Vergleichsgespräche einmal begonnen, so sollte das renitente Verhalten einzelner Gläubiger nicht sofort zu einem Widerruf der Stundung führen²⁸.

²⁰ Siehe Entscheid Amtsgerichtspräsidentin I von Willisau vom 31.3.1999, LGVE 1999 I Nr. 45 = BLSchK 2001, S. 144 f. und Entscheid des Obergerichts Aargau vom 24.11.1997, AGVE 1997, Nr. 11 sowie Entscheid des Thurgauer Obergerichts vom 25.9.2000, RBOG 2000, Nr. 11.

²¹ Siehe Verfügung des Konkursrichters des Bezirksgerichts Zürich vom 19.6.1998, ZR 1998, Nr. 118, S. 314.

²² Siehe Entscheid des Obergerichtspräsidenten des Kantons Appenzel A.Rh. vom 29.6.1998, ARGVP 1998, S. 147 f.

²³ GASSER, Fn. 5, S. 123. Siehe auch das Votum des Berichterstatters M. GUINAND, Amtl. Bull. NR vom 2.3.1993, S. 47: «Si la demande paraît possible, le juge pourra alors accorder un sursis de trois mois au maximum.»

²⁴ AMONN/GASSER, Fn. 17, § 57 N. 4.

²⁵ Zum Erlass von direkten Bundessteuern siehe Art. 15 der Verordnung über die Behandlung von Erlassgesuchen für die direkte Bundessteuer (SR 642.121). Vorbildlich ist Art. 48 Abs. 2 der *bermischen* Bezugsverordnung vom 18.10.2000 (BSG 661.733), wonach «[e]invernehmlichen privaten Schuldenbereinigungen (...) ... wie beim aussergerichtlichen Nachlassvertrag zugestimmt werden» kann.

²⁶ Art. 11 Abs. 1 AHVG sieht einzig die Möglichkeit vor, Beitragspflichten auf begründetes Gesuch hin für bestimmte oder unbestimmte Zeit angemessen *herabzusetzen*.

²⁷ Siehe GUSTAV HUG-BEELI, Konkursöffnung und vorgängige Betreuung auf Antrag des Schuldners, BLSchK 1998, S. 51.

²⁸ SchKG-Brunner, Art. 334 N. 9.

4. Vor- und Nachteile

Die Vor- und Nachteile des Verfahrens der einvernehmlichen Schuldenbereinigung lassen sich wie folgt zusammenfassen:

Vorteile	Nachteile
<ul style="list-style-type: none"> • Weiter subjektiver Anwendungsbereich (nicht nur auf Konsumenten, sondern auch in «grossen» Fällen anwendbar) • Gesetzlich geregeltes Verfahren der Schuldensanierung • Möglichkeit des Aufschubs von Beteiligungen durch Gewährung einer Stundung für maximal sechs Monate • Blosser Glaubhaftmachung der Aussicht auf Schuldenbereinigung • Summarisches und kostengünstiges Gerichtsverfahren (max. CHF 200.–) • Gewährleistung der Vertraulichkeit aufgrund fehlender Publizität (keine amtlichen Publikationen und kein Schuldenruf) • Informelles Verfahren der Sanierung unter der Leitung eines richterlich ernannten Sachwalters • Keine Notwendigkeit des Vorliegens eines Entwurfs eines Nachlassvertrags schon bei Gesuchseinreichung • Verwertbarkeit allfälliger Entwürfe in einem nachfolgenden ordentlichen Nachlassverfahren 	<ul style="list-style-type: none"> • Kosten des Sachwalters und des Verfahrens müssen vorgeschossen werden • keine offizielle Benachrichtigung aller Gläubiger • Stundung lediglich für sechs Monate • Keine Möglichkeit der zwangsweisen Einbindung renitenter Gläubiger • Abschluss eines aussergerichtlichen Nachlassvertrags grundsätzlich nur bei freiwilliger Zustimmung aller Gläubiger • Keine unmittelbare Gleichbehandlung der Gläubiger von Gesetzes wegen • Fehlende Verfügungs- und Weisungsbefugnisse des Sachwalters • Keine Gewährleistung einer ausreichenden Kontrolle des Schuldners • Keine Überprüfung oder Genehmigung des Nachlassvertrags durch den Richter • Keine Garantie für eine nachhaltige Sanierung des Schuldners

5. Würdigung

Alles in allem erscheint das Verfahren der einvernehmlichen Schuldenbereinigung als ein zu wenig präzise geregeltes und daher auch zu wenig griffiges Verfahren. Es kann denn auch nur als ein erster Schritt in Richtung einer umfassenden Regelung der Sanierung insolventer Privatpersonen betrachtet werden. Auf europäischer Ebene sind in den letzten Jahren in vielen Staaten entsprechende Versuche unternom-

men worden, doch scheint bis anhin noch keine wirklich tragfähige und die Interessen aller Beteiligten genügend berücksichtigende Lösung gefunden worden zu sein. Insbesondere völlig mittellose Schuldner können sich weder eine einvernehmliche Schuldenbereinigung noch ein Konkursverfahren leisten und müssen daher während längerer Zeit ein auf das Existenzminimum reduziertes Leben führen.

Für Privatpersonen hingegen, die über die nötigen Mittel verfügen und in der La-

ge sind, einen professionellen und erfahrenen Sachwalter zu bezahlen, stellt das Verfahren der einvernehmlichen Schuldenbereinigung durchaus einen erfolgversprechenden Weg dar, um mit den Gläubigern in aller Ruhe offene Schulden zu regeln. Gerade in diesem Zusammenhang erweist sich die fehlende Publizität des Verfahrens der einvernehmlichen Schuldenbereinigung als ein überaus grosser Vorteil.