

III. Konkursöffnung ohne vorgängige Betreuung

Art. 190

A. Auf Antrag eines Gläubigers

¹ Ein Gläubiger kann ohne vorgängige Betreuung beim Gerichte die Konkursöffnung verlangen:

1.

gegen jeden Schuldner, dessen Aufenthaltsort unbekannt ist oder der die Flucht ergriffen hat, um sich seinen Verbindlichkeiten zu entziehen, oder der betrügerische Handlungen zum Nachteil der Gläubiger begangen oder zu begehen versucht oder bei einer Betreuung auf Pfändung Bestandteile seines Vermögens verheimlicht hat;

2.

gegen einen der Konkursbetreuung unterliegenden Schuldner, der seine Zahlungen eingestellt hat;

3.

im Falle des Artikels 309.

² Der Schuldner wird, wenn er in der Schweiz wohnt oder in der Schweiz einen Vertreter hat, mit Ansetzung einer kurzen Frist vor Gericht geladen und einvernommen.

A. A la demande du créancier

¹ Le créancier peut requérir la faillite sans poursuite préalable:

1.

Si le débiteur n'a pas de résidence connue, s'il a pris la fuite dans l'intention de se soustraire à ses engagements, s'il a commis ou tenté de commettre des actes en fraude des droits de ses créanciers ou cédé ses biens dans le cours d'une poursuite par voie de saisie dirigée contre lui;

2.

Si le débiteur sujet à la poursuite par voie de faillite a suspendu ses paiements;

3.

Dans le cas de l'article 309.

² Le débiteur qui a une résidence ou un représentant en Suisse est assigné à bref délai devant le juge pour être entendu.

A. Su istanza di un creditore

¹ Il creditore può chiedere al giudice la dichiarazione di fallimento senza preventiva esecuzione:

1.

contro qualunque debitore che non abbia dimora conosciuta o sia fuggito per sottrarsi alle sue obbligazioni od abbia compiuto o tentato di compiere atti fraudolenti in pregiudizio dei suoi creditori o nascosto oggetti del suo patrimonio in una esecuzione in via di pignoramento;

2.

contro il debitore soggetto alla procedura di fallimento che abbia sospeso i suoi pagamenti;

3.

nel caso dell'articolo 309.

² Il debitore che dimori nella Svizzera o vi abbia un rappresentante è citato in giudizio a breve termine per essere udito.

Alte Fassung (vor der Revision 1994)

aArt. 190

¹ *Ein Gläubiger kann ohne vorgängige Betreuung beim Gerichte die Konkurseröffnung verlangen:*

1.

gegen jeden Schuldner, dessen Aufenthaltsort unbekannt ist oder der die Flucht ergriffen hat, um sich seinen Verbindlichkeiten zu entziehen, oder der betrügerische Handlungen zum Nachteile der Gläubiger begangen oder zu begehen versucht oder bei einer Betreuung auf Pfändung Bestandteile seines Vermögens verheimlicht hat;

2.

gegen einen der Konkursbetreuung unterliegenden Schuldner, der seine Zahlungen eingestellt hat;

3.

im Falle des Artikels 309.

² *Der Schuldner wird, wenn er in der Schweiz wohnt oder in der Schweiz einen Vertreter hat, mit Ansetzung einer kurzen Frist vor Gericht geladen und einvernommen.*

Materialien der Revision 1994

AmtlBull. NR 1993, 32; AmtlBull. StR 1993, 649.

Literatur

BAUMANN WERNER, Die Konkurseröffnung nach dem Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Zürich 1979; BRUNNER ALEXANDER, Konkurseröffnungsverfahren und Konkursaufschub, in SAV Schriftenreihe Bd. 13, Das revidierte SchKG, 1995, 89 ff.; GENTINETTA RICHARD, Die Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung, Freiburg i.Ue. 1932; MEIER ISAAK, Konkursrecht, Neuerungen des revidierten Rechts und aktuelle Fragen aus Lehre und Praxis, ZSR 1996 I, 277 ff.; - MÜLLER THOMAS, Betrügerischer Konkurs und Pfändungsbetrug, Diss. Zürich 1982.

Inhaltsübersicht

- I. Allgemeines
 1. Inhalt und Zweck der Norm
 2. Revision 1994
- II. Anwendungsbereich
 1. Unbekannter Aufenthalt oder Flucht des Schuldners
 2. Betrügerische Handlungen des Schuldners
 3. Pfändungsbetrug des Schuldners
 4. Zahlungseinstellung im kaufmännischen Verkehr (Abs. 1 Ziff. 2)
 - a) Grundtatbestand
 - b) Sonderfragen
 5. Ablehnung oder Widerruf eines Nachlassvertrags
- III. Voraussetzungen
 1. Gläubiger
 2. Schuldner
- IV. Rechtsfolgen
- V. Prozessuales
- VI. Verfahrenskosten

I. Allgemeines

1. *Inhalt und Zweck der Norm*

1

Art. 190 ermöglicht es dem Gläubiger, beim Konkursrichter die Konkurseröffnung über einen Schuldner zu beantragen, ohne gegen diesen vorgängig eine Betreibung eingeleitet zu haben. Diese **Ausnahme** von Art. 89 ff. und Art. 159 ff. rechtfertigt sich ausschliesslich aus Gründen des Schutzes von Gläubigerinteressen, sofern diese als gefährdet erscheinen. Der Zweck der Norm ist somit ein Rechtsbehelf des Gläubigers bei Vermögensgefährdung.

2

Der Begriff der **Vermögensgefährdung** (BRUNNER, 94) ist nicht ausdrücklich im Gesetz festgelegt worden. Er ergibt sich aber aus einer Reihe von gesetzlichen Tatbeständen. Eine Gefährdung der Vermögensinteressen des Gläubigers liegt einerseits dann vor, wenn beim Schuldner die Zahlungsunfähigkeit und/oder Überschuldung bereits eingetreten ist. Der Begriff der Vermögensgefährdung geht andererseits über die feststehende Insolvenz und Überschuldung hinaus. Er erfasst auch die mögliche Gefahr von Vermögensverlust auf seiten des Gläubigers. Diese Möglichkeit muss nicht notwendigerweise zutreffen.

2. *Revision 1994*

3

Die im vorliegenden Artikel geregelten Tatbestände blieben im 1994 revidierten SchKG unverändert.

II. Anwendungsbereich

4

Der Gläubiger kann in den folgenden Fällen **ohne vorgängige Betreibung** die Konkurseröffnung über den Schuldner beantragen. Anzuführen ist, dass der Gläubiger sich auf die nachgenannten Konkursgründe auch dann berufen kann, wenn er zuvor eine Betreibung eingeleitet hatte; er kann in diesem Fall das Einleitungsverfahren abbrechen und den vorliegenden Weg beschreiten.

1. *Unbekannter Aufenthalt oder Flucht des Schuldners*

5

Nach Abs. 1 Ziff. 1 kann der Gläubiger gegen jeden Schuldner die Konkurseröffnung beantragen, dessen Aufenthaltsort unbekannt ist (AppGer. BS, BJM 1997, 312; AppGer. BS, BJM 1987, 97 ff.) oder der die Flucht ergriffen hat, um sich seinen Verbindlichkeiten zu entziehen (BGE 120 III 87 = JdT 1996 II 77). Hat der Schuldner die Flucht ergriffen, so ist i.d.R. auch sein Aufenthaltsort unbekannt. Der Begriff der Flucht bei der Generalexekution nach Art. 190 deckt sich sodann mit dem analogen Begriff als Grund für die Spezialexekution beim Arrest nach Art. 271 Abs. 1 Ziff. 2. Im übrigen ist der unbekannt Aufenthalt nicht bloss ein Tatbestandsmerkmal der Schuldnerflucht, sondern stellt einen selbständigen Konkursgrund dar (AppGer. BS, BJM 1987, 101).

6

Dagegen darf kein unbekannter Aufenthalt angenommen werden, wenn der Schuldner seinen Wohnsitz ins Ausland verlegt hat und dort erreichbar ist. Dies gilt um so mehr, wenn der Schuldner Wohnsitz im Ausland hat und ein Spezialdomizil gemäss Art. 50 Abs. 2 begründete. In diesen Fällen darf gegen ihn nicht wegen «Flucht» oder «unbekanntem Aufenthalt» eine Konkurseröffnung in der Schweiz nach Art. 190 erfolgen. Eine solche Konkurseröffnung wäre unzulässig (BGE 107 III 53 = Pra 1982 Nr. 47 = JdT 1983 II 86 ff.).

2. *Betrügerische Handlungen des Schuldners*

7

Gegen jeden Schuldner kann nach Abs. 1 Ziff. 1 die Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung beantragt werden, der betrügerische Handlungen (OGer. TG, RBOG 1993, 84–87; OGer. ZH, ZR 1985, 239) zum Nachteil der Gläubiger begangen oder zu begehen versucht hat. Darunter fallen zur Hauptsache der **Betrug** nach Art. 146 StGB sowie vor allem die **Tatbestände des betrügerischen Konkurses** nach Art. 163 StGB; dazu gehören Handlungen des Schuldners, der mit Schädigungsabsicht zum Nachteil der Gläubiger sein Vermögen zum Scheine vermindert, namentlich Vermögenswerte beiseite schafft oder verheimlicht, Schulden vortäuscht, vorgetäuschte Forderungen anerkennt oder deren Geltendmachung veranlasst. Der Konkursrichter urteilt über die vorgenannten Tatbestände unabhängig von einem allfälligen Strafverfahren; er wendet Art. 190 direkt an.

8

Die Rechtsprechung lässt nur Gläubiger zur Berufung auf Art. 190 zu, die im Zeitpunkt der Tatbegehung bereits Gläubigereigenschaft hatten. Der Täter der betrügerischen Handlung muss schon vor deren Begehung Schuldner des durch die Tat Geschädigten gewesen sein. Damit können sich Gläubiger nicht auf Art. 190 berufen, wenn das Schuldverhältnis erst als Folge der betrügerischen Handlung entstanden ist (BGE 122 III 488; BGE 97 I 311; vgl. auch BGE 120 III 87 = Pra 1995 Nr. 81 = JdT 1996 II 77). Die betrügerischen Handlungen müssen sodann geeignet und in der Absicht begangen worden sein, die Befriedigung der (bestehenden) Forderungen des Gläubigers zu vereiteln oder zu erschweren (AppGer. BS, BJM 1981, 41; OGer. ZH, ZR 1985, 226). Dies entspricht auch der ratio legis von Art. 190. Er dient der sofortigen Zwangsvollstreckung bestehender Forderungen, falls der Schuldner die Ansprüche seiner Gläubiger durch bestimmte Handlungen derart gefährdet, dass ihnen die ordentliche Betreuung nicht mehr zugemutet werden kann (BAUMANN, 76; BLUMENSTEIN, 595; LEEMANN, Die Konkursgründe nach dem Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Diss. Bern 1904, 44). Eine betrügerische Handlung liegt in diesem Sinne beispielsweise dann vor, wenn der wegen solcher Machenschaften in ein Strafverfahren verwickelte Schuldner zum Nachteil seiner Privat- und Geschäftsgläubiger über sein Vermögen verfügt hat (TC VS, BLSchK 1996, 74 ff.), oder wenn ein Schuldner ohne Einwilligung des Pfandgläubigers das bestellte Faustpfand verkauft (AppGer. TI, Rep. 1984, 409 f.).

3. *Pfändungsbruch des Schuldners*

9

Sodann erfasst Abs. 1 Ziff. 1 auch den Tatbestand des Pfändungsbruchs. Ohne vorgängige Betreuung kann jeder Gläubiger die Konkurseröffnung gegen jeden Schuldner beantragen, der bei einer Betreuung auf Pfändung Bestandteile seines Vermögens **verheimlicht** hat. Das 1994 revidierte Vermögensstrafrecht fasst den betrügerischen Konkurs und den Pfändungsbruch in Art. 163 StGB zusammen. Hat der Schuldner zum Schaden der Gläubiger sein Vermögen zum Scheine vermindert, namentlich Vermögenswerte beiseite geschafft oder verheimlicht und ist gegen ihn ein Verlustschein ausgestellt worden, liegt Pfändungsbruch vor. Der Konkursrichter urteilt über die vorgenannten Tatbestände unabhängig von einem allfälligen Strafverfahren; er wendet Art. 190 direkt an.

10

Beim Verheimlichen (OGer. TG, RBOG 1993, 84 ff.) von Vermögensbestandteilen durch die Tathandlung des Schuldners ist der Zeitpunkt der Entstehung der Forderung des Gläubigers nicht massgeblich. Der Konkurs ohne vorgängige Betreuung ist daher auch dann auf Antrag eines Gläubigers auszusprechen, wenn dessen Forderung nach der Vermögensverheimlichung entstanden ist (BGE 120 III 87 = SemJud. 1995, 202).

4. *Zahlungseinstellung im kaufmännischen Verkehr (Abs. 1 Ziff. 2)*

a) Grundtatbestand

11

Die Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung nach Abs. 1 Ziff. 2 ist nur gegen den Schuldner,

der im Handelsregister eingetragen ist und damit der Konkursbetreibung (Art. 39) unterliegt, möglich, und zwar dann, wenn er seine Zahlungen eingestellt hat. Für die Zahlungseinstellung ist erforderlich, dass der Schuldner unbestrittene und fällige Forderungen nicht bezahlt, z.B. indem er Konkursandrohungen sich anhäufen lässt, systematisch Rechtsvorschlag erhebt und selbst kleine Beträge nicht bezahlt. Es genügt, dass die Zahlungsverweigerung einen **wesentlichen Teil der geschäftlichen Aktivitäten** betrifft oder der Schuldner einen Hauptgläubiger nicht befriedigt. Wenn sodann die Überschuldung i.S.v. Art. 725 OR erstellt ist, kann die Konkursöffnung auch auf Antrag eines Gläubigers nach Art. 190 ausgesprochen werden (BGer., SemJud. 1994, 433). Im Verfahren nach Art. 190 kann der Konkursrichter somit die Überschuldung des Unternehmens feststellen, wenn die zuständigen Organe (vgl. Art. 192 N 6–11) eine Überschuldungsanzeige unterliessen. Eine Zahlungseinstellung zeigt sich oft auch indirekt durch Schalterschliessung (s.u.), Schreiben an alle Gläubiger mit dem Ersuchen um Geduld oder aussergerichtliche Stundung.

12

Die Rechtsprechung lässt sodann auch eine Konkursöffnung ohne vorgängige Betreibung im Sinne der **Wiedereröffnung** eines **mangels Aktiven** eingestellten Konkurses zu (OGer. LU, LGVE 1983 I, 56 ff.). Dies erscheint bei einer AG fraglich, da für den Gläubigerschutz zwei Fristen gelten. Innert zehn Tagen nach Publikation kann gegen Sicherheitsleistung die Durchführung des Konkursverfahrens nach Art. 230 Abs. 2 verlangt werden. Bleibt es bei der Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven, so erfolgt die Löschung der Aktiengesellschaft im Handelsregister, wenn nicht innert drei Monaten nach Publikation der Eintragung der Einstellung gegen die Löschung begründeter Einspruch (Art. 66 Abs. 2 HRV) erhoben wird. Im übrigen ist auf Art. 230 Abs. 3–4 zu verweisen.

13

Bezieht sich die Zahlungseinstellung auf die fälligen Löhne der **Arbeitnehmer** des Unternehmens, ist Abs. 1 Ziff. 2 i.d.R. erfüllt (AppGer. TI, Rep. 1985, 160 ff.). Auf die Zahlungseinstellung kann aber auch die Nichtbezahlung von **öffentlich-rechtlichen Forderungen** (OGer. LU; LGVE 1991 I Nr. 40 = SJZ 1993, 422) hindeuten, wie z.B. offene AHV-, IV- und UVG-Prämien (Bundesamt für Justiz, 4.3.1988; VPB/JAAC 52 Nr. 3, 25). Bei öffentlich-rechtlichen Forderungen ist jedoch vorerst zu prüfen (vgl. Art. 43), ob die stets mögliche Betreibung auf Pfändung Erfolg verspricht (OGer. ZH, ZR 1985, 239).

14

Schliesst eine Bank ihre Schalter, kann dies eine Zahlungseinstellung bedeuten. Die Interessen der **Sparer und Anleger** sind davon unmittelbar betroffen. Die gleiche Bedeutung kann der Entzug der Bewilligung der Bankentätigkeit haben (Fall SLT: EBK Bull. 22, 9–21; Art. 29 ff. BaG). Den Sparern und Anlegern steht grundsätzlich Art. 190 offen. Eine Bank wird in einer solchen Lage jedoch i.d.R. Bankenstundung beantragen (Fall SLT: BGE 117 III 83 = Pra 1993 Nr. 95 = JdT 1993 II 162 = EBK Bull. 22, 22–26).

15

Es ist der Gläubiger, der den **Nachweis** dafür zu erbringen hat, dass ein kaufmännisch geführtes Unternehmen seine Zahlungen eingestellt hat. Dies ist dann mit Schwierigkeiten verbunden, wenn der Gläubiger über unzureichende Unterlagen hinsichtlich der Einhaltung der Zahlungspflichten des Schuldners verfügt. Die Betriebsauskunft (vgl. Art. 8a) über den Schuldner ist daher eine wesentliche Voraussetzung für den Nachweis der Zahlungseinstellung. Es besteht daher ein öffentliches Interesse an einem Auszug aus dem Betreibungsregister (BGE 115 III 81 = JdT 1992 II 7–15) und der Gläubiger hat ein Recht auf einen solchen Auszug.

b) Sonderfragen

16

Ein analoger Sonderfall der Zahlungseinstellung im kaufmännischen Verkehr ist im Aktienrecht i.d.R. dann gegeben, wenn die Generalversammlung es unterlässt, eine Revisionsstelle zu wählen. Die **fehlende Revisionsstelle** ist ein empfindlicher Mangel in der privatrechtlichen Aufsicht über eine Aktiengesellschaft und gefährdet die Gläubigerinteressen substanziell. Eine fehlende Revisionsstelle ist in den meisten Fällen auf ungenügende finanzielle Mittel der Gesellschaft zurückzuführen, die eine

Wahl verhindern. Kommt die AG den mehrmaligen (erfolglosen) Fristansetzungen durch den Handelsregisterführer einerseits und aufgrund dessen Benachrichtigung durch den Richter andererseits nicht nach, stellt sich die Rechtsfrage, ob im Interesse des Gläubigerschutzes ohne Antrag eines Gläubigers gemäss Art. 190 der Konkurs über die Gesellschaft eröffnet werden kann. Diese Rechtsfrage ist in der Praxis umstritten, da Art. 727f keine Sanktion vorsieht und damit eine **Gesetzeslücke** i.S.v. Art. 1 Abs. 2 ZGB besteht. Verhindert eine Gesellschaft die richterliche Ernennung einer Revisionsstelle, rechtfertigt sich nach der einen Auffassung die schärfste Zwangsmassnahme, die Auflösung der Gesellschaft, wobei die Liquidation der AG aus Gläubigerschutzgründen im konkursamtlichen Verfahren zu erfolgen hat (BezGer. ZH, ZR 1995, 132 ff.). Nach der anderen Auffassung erfolgt die Auflösung nach aktienrechtlichen Grundsätzen und die konkursamtliche Liquidation der aktienrechtlich aufgelösten AG ist ausgeschlossen (OGer. ZH, ZR 1996, 122 ff.). Mit Bezug auf letztere Lösung ist indessen darauf hinzuweisen, dass dieselben Verwaltungsräte, die eine Wahl der Revisionsstelle gesetzwidrig verhindert haben, zu Liquidatoren werden und ohne Revisionsstelle (Art. 729b Abs. 2 OR) kaum Gewähr für die Einhaltung von Art. 743 Abs. 2 OR bieten.

17

Eine weitere Rechtsfrage stellt sich sodann bei Schuldern, die ihre **Zahlungseinstellung auf andere Weise** dokumentieren, indem sie fällige Schulden in grosser Zahl grundsätzlich erst kurz vor der Konkursöffnung begleichen. Es handelt sich um einen Fall von **Rechtsmissbrauch** i.S.v. Art. 2 Abs. 2 ZGB. Die dem Schuldner durch das Vollstreckungsrecht gewährte Rechtswohltat, bis zur Konkursöffnung eine längst fällige Zahlung zu erbringen, hat ihre Grenze dort, wo sich der Gemeinschuldner in missbräuchlicher, die Gläubigerinteressen gefährdender sowie die Vollstreckungsorgane und damit die Allgemeinheit über Gebühr belastende Art und Weise dieses Rechtes bedient. Mit diesem in der Praxis auftretenden Problem hat sich die Lehre bisher nicht befasst und die Rechtsprechung dazu ist umstritten. Nach der einen Auffassung kann in solchen Fällen trotz Rückzugs des Konkursantrags eines Gläubigers der Konkurs wegen Rechtsmissbrauchs eröffnet werden (BezGer. ZH, ZR 1995, 167 ff.). Nach der anderen Auffassung ist eine solche Möglichkeit nicht gegeben, indem sie die Fälle des Rechtsmissbrauchs auf Tatbestände inter partes beschränkt (OGer. ZH, ZR 1995, 175 ff.).

5. *Ablehnung oder Widerruf eines Nachlassvertrags*

18

Eine Konkursöffnung ohne vorgängige Betreuung ist nach Abs. 1 Ziff. 3 gegen jeden Schuldner möglich, gegen den i.S.v. Art. 309 ein Nachlassvertrag abgelehnt oder widerrufen (Art. 295 Abs. 5 und 298 Abs. 3) worden ist. Nach der Ablehnung oder dem Widerruf des Nachlassvertrags oder der Nachlassstundung kann jeder Gläubiger innert zwanzig Tagen die Konkursöffnung verlangen (AppGer. TI, Rep. 1993, 252 f.). Während der Dauer der Nachlassstundung obliegt es den Gläubigern, ihre Rechte wahrzunehmen. Sie müssen daher unter Umständen während der Nachlassstundung ein Fortsetzungsbegehren stellen, um gegen den Schuldner noch innert der Frist des Art. 40 Abs. 1, d.h., noch während sechs Monaten seit der Streichung des Schuldners im Handelsregister, das Konkursbegehren stellen zu können (BGE 122 III 204).

III. Voraussetzungen

1. *Gläubiger*

19

Jeder Gläubiger kann sich auf Art. 190 berufen. Damit ist es auch möglich, dass in bestimmten Fällen auch öffentlich-rechtliche Gläubiger, denen die Betreuung auf Konkurs sonst verwehrt ist (Art. 43 Ziff. 1), gemäss Art. 190 vorgehen können. Der **öffentlich-rechtliche Gläubiger** (Bundesamt für Justiz 4.3.1988, VPB/JAAC 52 Nr. 3, 25; OGer. SG, SGGVP 1983, 168 ff.) muss aber wie jeder andere Gläubiger die materiellen Gründe nach Art. 190 nachweisen, insb. die Einstellung der Zahlungen durch den Schuldner (OGer. BL, BLSchK 1995, 148 ff.). Der Nachweis der

Zahlungseinstellung ist für den öffentlich-rechtlichen Gläubiger dann nicht erbracht, wenn eine Betreuung auf Pfändung noch möglich und nicht als aussichtslos erscheint (OGer. ZH, ZR 1985, 239). Diese Praxis erscheint jedoch zweifelhaft. Wenn die Voraussetzungen von Art. 190 gegeben sind, sollte die Konkursöffnung ohne vorgängige Betreuung auch dem öffentlich-rechtlichen Gläubiger ohne weitere Hindernisse zustehen.

20

Andererseits kann sich auch der Gläubiger einer **nicht fälligen Forderung** auf Art. 190 berufen. Dabei stellt sich die Frage des Rechtsmissbrauchs, wenn der Gläubiger die Forderung gestundet hat und während der Stundung die Eröffnung des Konkurses über den Schuldner beantragt. Diese Frage ist dann zu verneinen, wenn der Schuldner in einem Ausmasse mit den einzelnen Gläubigern je separat Stundungs- oder Umschuldungsvereinbarungen abschliesst, das dem aussergerichtlichen Nachlassvertrag vergleichbar ist und damit faktisch den Tatbestand der Zahlungseinstellung dokumentiert (OGer. ZH, ZR 1987, 12 ff.).

2. *Schuldner*

21

Nach Art. 190 kann gegen jeden Schuldner vorgegangen werden. Eine Ausnahme bildet der Tatbestand der Zahlungseinstellung i.S.v. Abs. 2 Ziff. 2. Dieser Tatbestand richtet sich ausschliesslich gegen **Schuldner im kaufmännischen Verkehr**, d.h., solche Schuldner, die im Handelsregister eingetragen sind. Nach revidiertem SchKG kann damit auch gegen Stiftungen, die im Handelsregister eingetragen sind, gemäss Abs. 2 Ziff. 2 vorgegangen werden, was insb. bei Personalfürsorgestiftungen von Bedeutung sein kann (Art. 39 Ziff. 12). Liegt ein Gläubigerantrag wegen Zahlungseinstellung vor, kann der Konkursrichter im Verfahren nach Art. 190 auch die Überschuldung einer AG oder Genossenschaft (BGer., JdT 1974 II 126), die zur Zahlungsunfähigkeit des Unternehmens geführt hat, beurteilen (BGer., SemJud. 1994, 433).

22

Die anderen materiellen Tatbestände der Vermögensgefährdung von Art. 190 gelten für **alle Schuldner**, d.h., auch für solche, die nicht im Handelsregister eingetragen sind.

IV. Rechtsfolgen

23

Die Rechtsfolge des Verfahrens nach Art. 190 vor dem Konkursrichter ist die **Eröffnung des Konkurses** über den Schuldner.

24

Auf Antrag eines Gläubigers (TC VD, JdT 1994 II 94) oder des Schuldners sowie auf Veranlassung des Konkursrichters von Amtes wegen besteht indessen auch bei Art. 190 die Möglichkeit des **Konkursaufschubs** (Art. 194 i.V.m. Art. 173a). Der Erfolg für einen solchen Antrag ist fraglich, denn die Gründe für eine Konkursöffnung ohne vorgängige Betreuung nach Art. 190 werden einer Sanierung i.d.R. entgegenstehen.

V. Prozessuales

25

Entsprechend der bundesstaatsrechtlichen Kompetenzausscheidung im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht (Art. 64 Abs. 1 BV) ist das Prozessrecht Sache der Kantone (Art. 64 Abs. 3 BV). Das Bundesrecht greift in das Prozessrecht jedoch insofern ein, als es die Kantone nach Art. 25 Abs. 2 lit. a verpflichtet, für das Verfahren und die Entscheide des Konkursrichters Bestimmungen über das **summarische Verfahren** zu erlassen. Für Prozesse nach Art. 190 vor dem Konkursrichter gilt nach Bundesrecht sodann zusätzlich die besondere Verfahrensnorm von Art. 194 mit Bestimmungen über Zeitpunkt und Mitteilung der Konkursöffnung, über die vorsorglichen Massnahmen, über die Prozesskosten sowie die Rechtsmittel (im einzelnen Art. 194 N 1 ff.).

26

Das summarische Verfahren nach Art. 190 ist grundsätzlich ein **Zweiparteienverfahren**. Gemäss Abs. 2 wird der Schuldner, wenn er in der Schweiz wohnt oder in der Schweiz einen Vertreter hat, mit Ansetzung einer kurzen Frist vor Gericht geladen und einvernommen. Dies ist bei unbekanntem Aufenthalt oder Flucht des Schuldners (Abs. 1 Ziff. 1) faktisch nicht möglich. Das Verfahren bleibt aber normativ ein Zweiparteienverfahren, weshalb der Konkursrichter den Schuldner als beklagte Partei mit Vorladung an seinen letzten gültigen Wohnsitz oder mit öffentlicher Vorladung über den Gerichtstermin in Kenntnis setzt (Zustellungsfiktion gemäss kantonalem Prozessrecht). Bei längerem unbekanntem Aufenthalt einer natürlichen Person und bei Fehlen der Verwaltung oder Domizilverlust einer juristischen Person kann die Vorladung auch an die zuständige Vormundschaftsbehörde zugestellt werden (Zustellungsfiktion gemäss Art. 393 Ziff. 1 und 4 ZGB bzw. Art. 55 ZGB). Da eine Konkursöffnung nach Art. 190 für den Schuldner schwerwiegende Folgen zeitigt, sind an die mögliche Kenntnisnahme des Gerichtstermins im vorstehenden Sinn hohe Anforderungen zu stellen.

27

Es stellt sich die Frage, ob das Bundesrecht den Kantonen mit Abs. 2 auch die **Verfahrensart** vorschreibt bzw., ob das kantonale Verfahren **mündlich oder schriftlich** durchgeführt werden muss. Da dem Wortlaut des Gesetzes kein eindeutiger Hinweis entnommen werden kann, gilt kantonales Prozessrecht. Immerhin wird die Einvernahme des Schuldners in aller Regel wie bei den übrigen Arten des summarischen Verfahrens mündlich erfolgen. Sodann spricht für das mündliche Verfahren die erforderliche kurze Frist für die Ansetzung der Einvernahme. Da Abs. 2 jedoch auch den Vertreter des Schuldners in der Schweiz erwähnt, können nach der hier vertretenen Meinung auch schriftliche Eingaben des Vertreters nicht ausgeschlossen werden, sofern damit eine hinreichende Instruktion des Konkursrichters und die Raschheit des Verfahrens sichergestellt ist.

28

Die **örtliche Zuständigkeit** des Konkursrichters im Verfahren gemäss Art. 190 richtet sich nach Art. 46 (BGer., JdT 1982 II 158 ff.; OGer. TG, RBOG 1990, 97 ff.). Zudem ist Art. 53 analog auch beim Verfahren nach Art. 190 anwendbar. Der Richter, der im Zeitpunkt der Zustellung der Vorladung zur Konkursverhandlung an den Schuldner örtlich zuständig ist, bleibt es auch dann, wenn dieser in der Folge sein Domizil wechselt (BGE 121 III 13). Dies gilt auch für juristische Personen. Der Konkursrichter des Ortes bleibt zuständig, wo die Gesellschaft im Zeitpunkt der Vorladung zur Konkursverhandlung ihren Sitz hat. Es ist unerheblich, dass die Gesellschaft später ihren Sitz an einen anderen Ort verlegt (BGer., RVJ 1995, 169).

29

Der antragstellende Gläubiger trägt für die Gläubigereigenschaft und den materiellen Konkursgrund die **Beweislast**, deren Beweismass sich i.S.v. Art. 25 Ziff. 2 lit. a nach dem summarischen Verfahren der Kantone richtet (vgl. Komm. zu Art. 25). Im vorliegenden Zusammenhang ist lediglich darauf hinzuweisen, dass die Kantone die Beweisintensität im Rahmen des summarischen Verfahrens unterschiedlich ausgestalten. Einerseits wird ein strikter Nachweis gefordert (AppGer. BS, BJM 1984, 85 f.), andererseits kann blosses Glaubhaftmachen der vorgenannten Konkursgründe genügen (KassGer. ZH, ZR 1985, 302; allerdings mit Zulassung des vollen Beweises im Revisionsverfahren).

VI. Verfahrenskosten

30

Vgl. Art. 194.

Art. 191

B. Auf Antrag des Schuldners

¹ Der Schuldner kann die Konkursöffnung selber beantragen, indem er sich beim Gericht zahlungsunfähig erklärt.

² Der Richter eröffnet den Konkurs, wenn keine Aussicht auf eine Schuldenbereinigung nach den Artikeln 333 ff. besteht.

B. A la demande du débiteur

¹ Le débiteur peut lui-même requérir sa faillite en se déclarant insolvable en justice.

² Lorsque toute possibilité de règlement amiable des dettes selon les articles 333 et suivants est exclue, le juge prononce la faillite.

B. Su istanza del debitore

¹ Il debitore può chiedere egli stesso la dichiarazione del suo fallimento facendo nota al giudice la propria insolvenza.

² Se non sussistono possibilità di appuramento bonale dei debiti secondo gli articoli 333 segg., il giudice dichiara il fallimento.

Alte Fassung (vor der Revision 1994)

aArt. 191

Der Schuldner selbst kann die Konkursöffnung bewirken, indem er sich beim Gerichte zahlungsunfähig erklärt.

Materialien der Revision 1994

Botschaft, Ziff. 205.31; AmtlBull. NR 1993, 32 ff.; 1994, 1419; AmtlBull. StR 1993, 649.

Literatur

BRUNNER ALEXANDER, Insolvenz und Überschuldung der Aktiengesellschaft, AJP 1992, 806 ff. (zit. 1992); ders., Zur aktuellen Gesetzgebung des Privatkonkurses aus der Sicht der Praxis, NZZ Nr.107/1993, 23 (zit. 1993); ders., Konkursöffnungsverfahren und Konkursaufschub, in SAV Schriftenreihe Bd. 13, Das revidierte SchKG, Bern 1995, 89 ff. (zit. 1995); BRUNNER ALEXANDER / - REHBINDER MANFRED/STAUDER BERND (Hrsg.), Überschuldung der Privathaushalte in Europa und der Schweiz – Beiträge zum Wirtschafts-, Konsumkredit- und Insolvenzrecht, JKR 1997, 1 ff.; - ESCHER ELISABETH, Insolvenzerklärung und Rechtsmissbrauch, ZBJV 1994, 719 f.; GASSER - DOMINIK, Das neue Sanierungsverfahren, BISchK 1993, 201 ff. (zit. BISchK 1993); ders., Nachlassverfahren, Insolvenzerklärung und Feststellung neuen Vermögens nach revSchKG, ZBJV 1996, 1 ff. (zit. ZBJV 1996); ders., Schuldenbereinigung und Konkurs – Wege der Sanierung von Konsumenten, JKR 1997, 117 ff. (zit. JKR 1997); HARDMEIER HANS ULRICH, Änderungen im Konkursrecht, AJP 1996, 1428 ff., insb. 1432 f.; HUG-BEELI GUSTAV, Konkursöffnung ohne vorgängige Betreuung auf Antrag des Schuldners, plädoyer 1/1998, 28 ff.; KRAUSKOPF LUTZ, Das neue Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz im Kampf gegen die Wirtschaftskriminalität, NZZ 5.11.1991; LANTER BEAT, Die Insolvenzerklärung als Mittel zur Abwehr von Pfändungen, Zürich 1976; MEIER ISAAK, Konkursrecht, Neuerungen des revidierten Rechts und aktuelle Fragen aus Lehre und Praxis, ZSR I 1996, 277 ff.; PERRIN JEAN-FRANÇOIS, Du nouvel usage d'une ancienne loi – L'exemple de la faillite volontaire, AJP 1995, 1571 ff. (zit. AJP 1995); ders., La détermination des contributions alimentaires dans les situations des surendettement, in: FS Bernhard Schnyder, 1995, 529 ff. (zit. FS Schnyder); RONCORONI MARIO, Auf Drückeberger gezielt – Bedürftige getroffen, plädoyer 10/1992, 24 ff.; VONDER MÜHLL GEORGES, Nachlese zum Urteil der II. Zivilabteilung des Schweizerischen BGer. vom 2.4.1992 betreffend unentgeltliche Rechtspflege im Bereich der Insolvenzerklärung gemäss Art. 191, BISchK 1992, 209 ff.; WALDER HANS ULRICH, Kritische Anmerkung zu BGer. 2.4.1992 (zit. 1992); BGE 118 III 27, BISchK 1992, 141 ff., insb. 148 f.; ders., Schuldbetreibung und Konkurs – seltene Problematik im Parlament, NZZ 26.2.1993, 21. (zit. 1993).

Inhaltsübersicht

- I. Allgemeines
 - 1. Inhalt und Zweck der Norm
 - 2. Revision 1994
- II. Anwendungsbereich
- III. Voraussetzungen
 - 1. Schuldnerantrag
 - 2. Rechtsmissbrauch
 - a) Im allgemeinen
 - b) Handelsgesellschaften im besonderen
 - 3. Sanierungsantrag (Abs. 2)
- IV. Rechtsfolgen
 - 1. Konkursöffnung
 - 2. Keine Konkursöffnung
- V. Prozessuales
 - 1. Einparteienverfahren
 - 2. Rechtsmittelverfahren
- VI. Verfahrenskosten

I. Allgemeines

1. *Inhalt und Zweck der Norm*

1

Insolvenz i.S.v. Art. 191, d.h. Zahlungsunfähigkeit (BRUNNER, 1995, 92) ist nicht mit Überschuldung gleichzusetzen. Eine Überschuldung wird zwar i.d.R. zur Zahlungsunfähigkeit führen. Möglich sind indessen Fälle, bei welchen die Überschuldung nicht zur unmittelbaren Zahlungsunfähigkeit führen muss. Andererseits ist Zahlungsunfähigkeit in solchen Fällen möglich, die keine Überschuldung aufweisen. Dementsprechend kommt es bei der Zahlungsunfähigkeit nicht in erster Linie auf das Bilanzgleichgewicht an, vielmehr auf die Bilanzstruktur. Entscheidend ist die **Einschränkung der Liquidität**, was sich durch ungenügende flüssige Mittel bemerkbar macht.

2

Unter Zahlungsunfähigkeit (Insolvenz) ist demnach die Unfähigkeit des Schuldners zu verstehen, aus einem nicht nur vorübergehenden Mangel an Zahlungsmitteln fällige Geldschulden zu begleichen. Die Zahlungsunfähigkeit kann für den Schuldner und dessen Familie unhaltbar werden und auch künftige Gläubiger schädigen, indem sie nach Vertragsabschlüssen mit dem Schuldner zu Verlust kommen. Die Norm bezweckt mit dem sog. Privatkonkurs eine Beendigung dieses Zustandes im Interesse des Schuldners und der Gläubiger.

2. *Revision 1994*

3

Die SchKG-Revision von 1994 hat den sog. **Privatkonkurs** nicht grundlegend verändert. Die wirtschaftlich motivierte und vor über hundert Jahren aus dem amerikanischen Recht übernommene Idee des Neustartes bleibt bestehen, womit der Zustand der Zahlungsunfähigkeit beendet werden kann (fresh-start policy). Der Privatkonkurs soll einem Schuldner auch inskünftig die notwendige Ruhe verschaffen, um sich wirtschaftlich zu erholen. Analog der Pflicht zur Überschuldungsanzeige bei Unternehmen (Art. 192) besteht daher das Recht zur Insolvenzerklärung für Privathaushalte (Art. 191). Beide Einrichtungen dienen dem Schutz der Allgemeinheit und der Wirtschaftsordnung, die auf einen ungestörten Austausch von Waren und Dienstleistungen im privaten und kaufmännischen Verkehr

angewiesen sind.

4

Die Regelung wirkt einerseits präventiv im Interesse neuer Gläubiger, die durch marode Wirtschaftssubjekte geschädigt werden können. Andererseits soll sie die **Handlungsfähigkeit** zahlungsunfähiger Personen, die zwar nicht normativ (Art. 12 ZGB), jedoch faktisch aufgehoben ist - (BRUNNER/REHBINDER/STAUDER, 7), gewährleisten und wieder herstellen. Im Interesse des Schuldners sowie der alten Gläubiger, die durch eine Insolvenz des Schuldners zu Vermögensverlust kommen, sieht Abs. 2 sodann die Möglichkeit der privaten Schuldenbereinigung vor (Art. 333 ff.).

II. Anwendungsbereich

5

Der **Schuldner** kann die Konkursöffnung nach Abs. 1 selber beantragen, indem er sich beim Gericht zahlungsunfähig erklärt. Der im allgemeinen Sprachgebrauch verwendete Ausdruck Privatkonkurs ist ungenau, da er den Anwendungsbereich von Abs. 1 nur ungenügend wiedergibt. Das Gesetz spricht vom «Schuldner», der den Antrag auf Konkursöffnung selber stellen kann, womit keine Einschränkung mit Bezug auf den berechtigten Personenkreis vorgenommen wird. Damit sind nicht nur **natürliche Personen**, sondern auch **juristische Personen** zur Insolvenzerklärung berechtigt. Wesentlich ist, dass jeder Schuldner, auch wenn er nicht der Konkursbetreibung unterliegt, nach Art. 191 vorgehen kann.

6

Der Konkurs über natürliche Personen i.S.v. Art. 191 umfasst – in wirtschaftsrechtlicher Terminologie – einerseits den Konkurs über einen Privathaushalt (Privat- bzw. **Konsumentenkonkurs** gemäss **Abs. 2**; BRUNNER/MOSER/VERNAY, Dokumentation der Gesetzgebung, JKR 1995, 154), andererseits den Konkurs über einen Kaufmann, der im Handelsregister eingetragen ist (Unternehmenskonkurs der Einzelfirma; Abs. 1 i.V.m. Art. 39 Abs. 1 Ziff. 1). Für Kaufleute gilt Abs. 2 i.V.m. Art. 333 nicht; für sie finden die Regeln über den Nachlassvertrag Anwendung (Art. 173a; vgl. dazu auch GASSER, JKR 1997, 122).

7

Der Konkurs über juristische Personen i.S.v. Art. 191 umfasst einerseits die in Art. 192 erwähnten **Handelsgesellschaften und die Genossenschaft**, andererseits alle übrigen juristischen Personen. Einzig den Aktiengesellschaften, Kommanditaktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung sowie den Genossenschaften stehen somit **zwei Arten der Konkursöffnung auf eigenen Antrag** zur Verfügung. Entscheidend ist, dass diesen juristischen Personen neben Art. 192 auch die Möglichkeit von Art. 191 Abs. 1 offensteht (BRUNNER, 1992, 811 ff.).

8

Die Norm erschliesst somit einen weiten Anwendungsbereich und es können sich zusammenfassend auf Art. 191 berufen: Die natürlichen Personen der Privathaushalte (**Konsumenten** i.S.v. Abs. 1 i.V.m. Art. 333; Art. 42 Abs. 1) und natürliche Personen, soweit sie als **Kaufleute** (Art. 39 Abs. 1 Ziff. 1) oder als Mitglieder von Handelsgesellschaften auftreten (Art. 39 Abs. 1 Ziff. 2–5); sodann **Handelsgesellschaften** ohne (Art. 39 Abs. 1 Ziff. 6–7) und mit juristischer Persönlichkeit (Art. 39 Abs. 1 Ziff. 8–9) sowie schliesslich die **übrigen juristischen Personen** wie die Genossenschaft (Art. 39 Abs. 1 Ziff. 10), der Verein (Art. 39 Abs. 1 Ziff. 11) und die Stiftung (Art. 39 Abs. 1 Ziff. 12).

III. Voraussetzungen

1. Schuldnerantrag

9

Die **Insolvenzerklärung** nach Abs. 1 ist keine Willenserklärung, sondern eine **Vorstellungserklärung** des Schuldners im Sinne einer Anzeige analog zur Überschuldungsanzeige nach Art. 192. Eine Anzeige ist die blosser Mitteilung über einen Sachverhalt. Aus diesem Grunde

muss der Schuldner, der mit der Insolvenzerklärung den Sachverhalt seiner Zahlungsunfähigkeit anzeigt, diesen nicht beweisen, vielmehr dem Konkursrichter gegenüber nur erklären. Sein Rechtsschutzinteresse ergibt sich aufgrund der Erklärung selbst (AppGer. TI, Rep. 1991, 506; auch nach der Revision von Art. 191 massgeblich). Dass der Gesetzgeber eine einfache Erklärung über den Sachverhalt der Zahlungsunfähigkeit ohne dessen Nachweis genügen lässt, ergibt sich aufgrund der natürlichen Vermutung vernunftgemässen Handelns des Schuldners (Art. 16 ZGB). Kein Schuldner wird i.d.R. angesichts der schwerwiegenden Folgen der Konkursöffnung (Art. 197) seine Zahlungsunfähigkeit erklären, wenn die Aussage über diesen Sachverhalt nicht zutrifft.

10

Eine andere Rechtsfrage ist indessen jene nach den Wirkungen der Insolvenzerklärung. Hier lässt das revidierte SchKG die blosser Erklärung nicht mehr genügen. Nach altem Recht reichte die Insolvenzerklärung als solche aus, um die Konkursöffnung zu «bewirken». Nach revidiertem Recht ist ein **Schuldnerantrag** im Sinne einer **Willenserklärung** erforderlich, der vom Konkursrichter im Entscheid gutzuheissen oder abzuweisen ist. Bei diesem Entscheid geht es dabei folgerichtig nicht um das Vorhandensein oder Fehlen der Zahlungsunfähigkeit, die aufgrund der Insolvenzerklärung vermutet wird, sondern um die Frage der Zulässigkeit des Schuldnerantrags trotz Insolvenz des Schuldners.

11

In den weit überwiegenden Fällen (RONCORONI, 24 ff.) wird daher auch nach revidiertem Recht der Konkurs über den Schuldner ohne Weiterungen zu eröffnen sein (HUG-BEELI, 33 FN 45), da mit einem solchen Schuldnerantrag wegen der bestehenden Zahlungsunfähigkeit **kein Rechtsmissbrauch** betrieben wird und ein Konkursaufschub mit **Sanierung aussichtslos** ist (Art. 333 N 10). Damit wahrt der Gesetzgeber auch die Rechtsgleichheit der Personen unabhängig von ihrem wirtschaftsrechtlichen Gewand (o. N 5–8). Vorstösse im Parlament (AmtlBull. NR 1993, 32–35), die dem Staat eine generelle Rechtsmissbrauchsprüfung in jedem einzelnen Fall aufbürden wollten, wurden nach Kritik der Lehre (BRUNNER, 1993, 23; WALDER, 1993, 21) nicht Gesetz (AmtlBull. SR 1993, 649; AmtlBull. NR 1994, 1419). Die Fassung des Nationalrats von Abs. 2 lautete wie folgt: «Der Richter spricht die Konkursöffnung aus, sofern sich der Antrag nicht als rechtsmissbräuchlich erweist.» Abgesehen davon, dass Rechtsmissbrauch (u. N 14 ff.) nach Art. 2 Abs. 2 ZGB auch im Konkursrecht unzulässig ist und daher nicht erwähnt zu werden braucht, wurde bei dieser Fassung übersehen, dass der Richter in Fällen von Zahlungsunfähigkeit, die auf Misswirtschaft gründet, die Straflosigkeit wegen der fehlenden Konkursöffnung vorabgeklärt hätte; denn nach Art. 165 Ziff. 1 Abs. 3 StGB ist der Schuldner bei Misswirtschaft nur strafbar, wenn über ihn der Konkurs eröffnet wurde. Die Nichteröffnung des Konkurses von Amtes wegen hätte damit die Strafnorm aus den Angeln gehoben.

12

Hinzu kommt die Rechtstatsache, dass Rechtsmissbrauch und strafbares Verhalten die Ausnahme und nicht die Regel ist. So verlaufen denn auch die Konkurse von Privathaushalten und von Unternehmen seit Jahrzehnten parallel und sind an die Konjunktur der Wirtschaft – mit Vernichtung von Arbeitsplätzen – gekoppelt (BRUNNER, 1992, 807 N 2 ff.). Ein genereller Rechtsmissbrauch, insb. des Konsumentenkonkurses (o. N 8 und 11) ist damit nicht ersichtlich. Auch nach revidiertem SchKG stellt damit die Konkursöffnung zufolge Insolvenz in der Praxis nicht die ultima ratio, sondern die Regel dar. Da die Zahlungsunfähigkeit meist auf die offensichtliche Überschuldung einer Person zurückzuführen ist, werden die Voraussetzungen für einen Konkursaufschub mit Sanierung i.d.R. - (MEIER, ZSR I 1996, 284) nicht erfüllt sein. Bestehen jedoch Aussichten, bietet das Gesetz die Möglichkeit einer Sanierung des Privathaushaltes nach Art. 333 oder für alle übrigen Schuldner nach Art. 173a.

13

Bei einer **juristische Person** ist sodann wesentlich, dass der Schuldnerantrag auf Konkursöffnung, verbunden mit der Insolvenzerklärung, durch das **zuständige Organ** mit einem rechtlich einwandfreien Verfahren innerhalb der juristischen Person unter Einhaltung von Gesetz und Statuten erfolgt (analog zu Art. 192: BGer., JdT 1977 II 104 ff.; zur **Aktiengesellschaft**, vgl. eingehend BRUNNER, AJP 1992, 811 f.). Der Vorstand eines Vereins ist daher nicht zum Schuldnerantrag mit der Insolvenzerklärung befugt; als contrarius actus zum Gründungsbeschluss ist ein Aufhebungsbeschluss

der Vereinsversammlung erforderlich, verbunden mit dem Auftrag an den Vorstand, dem Richter die Zahlungsunfähigkeit zu erklären und den Konkurs zu beantragen. Soweit für die Gründung einer juristischen Person qualifizierte Formvorschriften einzuhalten waren, gelten diese auch für die Aufhebung mit dem Zweck der Insolvenzerklärung nach Art. 191. So ist bei der AG der Auflösungsbeschluss der Generalversammlung öffentlich zu beurkunden, womit die gesetzlichen Mitwirkungsrechte der Aktionäre, die ihre Beteiligungsrechte verlieren, gewährleistet werden. Art. 191 führt bei der AG zwar zu einer einfacheren konkursrechtlichen Auflösung als Art. 192; es dürfen dabei aber keine Buchführungspflichten umgangen werden (vgl. im einzelnen Art. 192 N 8).

2. *Rechtsmissbrauch*

a) Im allgemeinen

14

Vorerst ist als **Grundsatz** festzuhalten, dass die Tatsache einer Insolvenzerklärung, verbunden mit dem Antrag des Schuldners auf Konkurseröffnung, als solche keinen Rechtsmissbrauch darstellt (o. N 11). Es ist die Ausübung eines Rechts, das jeder Person zusteht.

15

Art. 2 Abs. 2 ZGB begründet jedoch eine **Ausnahme**. Der offenbare Missbrauch eines Rechtes findet keinen Rechtsschutz. Dies ist insb. dann der Fall, wenn das bestehende Recht zweckwidrig, d.h. entgegen dem Normzweck (o. N 2) beansprucht wird. Ein Fall von Rechtsmissbrauch hat den Bundesrat denn auch bewogen, den Gesetzestext von Art. 191 der Rechtsprechung zu Art. 2 Abs. 2 ZGB anzupassen (BOTSCHAFT, 116 ff. unter Hinweis auf AppGer. BE, BLSchK 1980 Nr. 31). Als Hauptfall des Rechtsmissbrauchs kann gelten, wenn der Schuldner mit der Insolvenzerklärung **keinen wirtschaftlichen Neubeginn** bezweckt, vielmehr völlig andere Ziele verfolgt. Die Rechtsprechung hat diesen Umstand in einer Reihe von Entscheiden konkretisiert.

16

Zulässig ist die **Annahme des Rechtsmissbrauchs** beim Antrag mit Insolvenzerklärung, wenn der Schuldner damit offensichtlich nicht einen wirtschaftlichen Neubeginn auf solider Grundlage anstrebt, sondern ausschliesslich seine Belangbarkeit für die bestehenden Zahlungsverpflichtungen einschränken will (OGer. SO, BLSchK 1996, 197; OGer. AG, AGVE 1985, 54 ff. = SJZ 1985, 392 ff.; AppGer. FR, Extraits 1985, 23 ff.). Das normwidrige Verhalten richtet sich nicht auf den zulässigen wirtschaftlichen Vorteil des Schuldners, sondern **ausschliesslich** auf den **Nachteil der Gläubiger** bzw. ihre Schädigung (BGer., RVJ 1994, 324 ff.). Eine solche **Schädigungsabsicht** kann gegeben sein, wenn der Schuldner in einer nach Abschluss des Konkursverfahrens angehobenen Betreuung für eine Konkursforderung nicht Rechtsvorschlag erhebt, vielmehr erneut die Insolvenz erklärt (OGer. SO, SOG 1994, 57 ff. = BLSchK 1996, 197 ff.), oder wenn der Schuldner durch die Insolvenzerklärung die Bezahlung eines einzigen Gläubigers verhindern will (BGer., BLSchK 1996, 179 ff.). Rechtsmissbrauch kann auch vorliegen, wenn der Schuldner durch **alljährliche Abgabe** der Insolvenzerklärung sämtlichen Gläubigern den Zugriff auf Vermögenswerte des Schuldners von vornherein verwehrt (BezGer. ZH, ZR 1995, 146 ff.).

17

Unzulässig erscheinen jedoch Entscheide, die ihrerseits den vorgenannten Grundsatz (N 5) bzw. den Normzweck von Art. 191 missachten. So scheint es **fraglich**, den Entscheid, mit dem ein Konkurseröffnungsbegehren abgelehnt wird, mit der Aufrechterhaltung einer **Lohnpfändung** zu begründen (AmtsGer. Olten-Gösgen, BLSchK 1995, 193 f.), zumal der Gesetzgeber den Anwendungsbereich von Art. 325 OR auf familienrechtliche Pflichten eingeschränkt hat. Fraglich ist des weiteren, wenn sich die Insolvenzerklärung nachträglich als rechtsmissbräuchlich erweist, dem Konkursbeamten die Befugnis einzuräumen, den **Vollzug des Konkursdekrets zu verweigern** (OGer. SO, BLSchK 1995, 196 ff.) oder gar die Annahme der **Nichtigkeit der Konkurseröffnung** (AmtsGer. Luzern-Land, BLSchK 1996, 228 ff.). Festzuhalten bleibt, dass die Insolvenzerklärung grundsätzlich zulässig ist. Die Insolvenzerklärung des Schuldners soll nicht nur die Gleichstellung der Gläubiger wahren. Sie darf dem Schuldner auch Vorteile verschaffen, z.B. Spezialifikationen, die ihn

bedrängen, beenden oder seinen künftigen Lohn von Pfändungen befreien (BGer., RVJ 1994, 324 ff.).

b) **Handelsgesellschaften im besonderen**

18

Den Handelsgesellschaften und der Genossenschaft stehen zwei Arten der Konkureröffnung auf eigenen Antrag zur Verfügung (o. N 7). Es stellt sich daher die Frage, ob die Abgabe der Insolvenzerklärung nach Art. 191 eine rechtsmissbräuchliche **Umgehung der Pflicht zur Überschuldungsanzeige** nach Art. 192 darstellt. Aus Gründen des Gläubigerschutzes wurden die Anforderungen an eine Überschuldungsanzeige durch das 1992 revidierte Aktienrecht (BRUNNER, AJP 1992, 812 ff.) erheblich verschärft. Auch bei Handelsgesellschaften erscheint jedoch die Insolvenzerklärung analog zur Rechtslage bei den übrigen Personen i.d.R. nicht als rechtsmissbräuchlich (o. N 11), sofern die formellen Voraussetzungen (N 13) eingehalten werden. Mit der öffentlichen Beurkundung des Aufhebungsbeschlusses der AG-Generalversammlung und dem Auftrag an den Verwaltungsrat, dem Richter die Insolvenz zu erklären und den Antrag zu stellen, über die AG den Konkurs zu eröffnen (Art. 736 Ziff. 2 OR i.V.m. Art. 191), haben die Aktionäre ihr Einverständnis für die gewählte Konkursantragsart erklärt. In die Minderheit versetzte Aktionäre können einen solchen Beschluss anfechten. Rechtsmissbrauch kann beim Vorgehen nach Art. 191 jedoch dann vorliegen, wenn die Verwaltung es unterlassen hat, die Bilanz und Erfolgsrechnung zu erstellen und revidieren zu lassen, und die Konkureröffnung nach Art. 192 aus diesen Gründen mit Problemen verbunden ist. Hier werden die Aktionärs- und Gläubigerinteressen durch Art. 754 f. OR und Art. 165 StGB gewahrt.

3. **Sanierungsantrag (Abs. 2)**

19

Als Grundsatz und nicht als ultima ratio ist aufgrund eines Schuldnerantrags zufolge Insolvenzerklärung der Konkurs über eine natürliche Person zu eröffnen. Eine Konkureröffnung ist sachlich gerechtfertigt, da die Zahlungsunfähigkeit i.d.R. auf eine offensichtliche Überschuldung der Person zurückzuführen ist und die Forderungen der Gläubiger (Fremdmittel der Person) durch das Vermögen des Schuldners (Eigenmittel der Person) im Insolvenzfall bei weitem nicht mehr gedeckt sind (Abs. 2, erster Halbsatz). Wenn jedoch **Aussicht auf Sanierung** besteht, kann eine natürliche Person einen **Sanierungsantrag** stellen Art. 173a und 333 Abs. 1). Der zuerst (vor dem Nachlassrichter) angerufene Konkursrichter kann den Schuldner in einem solchen Fall auf Art. 173a und 333 ff. hinweisen und ihn über das geltende Recht aufklären. Aussicht auf Sanierung der Vermögensverhältnisse einer Person ist dann gegeben, wenn das Verhältnis zwischen Fremd- und Eigenmitteln vernünftige Vertragsverhandlungen über eine teilweise Befriedigung der Gläubiger aus noch vorhandenen Eigenmitteln nahelegen. Keine Aussicht auf Sanierung ist dann gegeben, wenn die Eigenmittel in keinem Verhältnis zu den Fremdmitteln der Person stehen und nicht einmal die Kosten der Vertragsverhandlungen mit den Gläubigern decken können.

20

Konsumenten und Kaufleute (N 8) werden dabei als natürliche Personen mit Bezug auf das Recht auf Sanierung und Konkurs **vom Gesetz gleich behandelt** (Art. 4 BV). Es besteht weder nach Art. 173a noch nach 333 Abs. 1 ein Zwang zur Durchführung einer Sanierung als Voraussetzung der Insolvenzerklärung gemäss Art. 191 (GASSER, JKR 1997, 124 und 127).

21

Nach Art. 333 Abs. 1 kann ein Konsument (JKR 1995, 322; JKR 1996, 472 ff., 478 ff.) selber den Antrag auf **Sanierung des Privathaushaltes** stellen. Der Richter ordnet in einem solchen Fall den **Konkursaufschub** an, da er den Konkurs nur eröffnet, wenn keine Aussicht auf eine Schuldenbereinigung nach den Art. 333 ff. besteht (Abs. 2, zweiter Halbsatz). Im Hinblick auf die Praxis der Konkursgerichte erscheint es daher zweckmässig, vom Schuldner bei der Insolvenzerklärung eine Aufstellung der Fremd- und Eigenmittel des Privathaushalts zu verlangen, um im Rahmen des summarischen Verfahrens einen allfälligen Sanierungsantrag beurteilen zu können. Die Beurteilung der Aussicht auf Sanierung hat jedoch nach einem strengen Massstab zu erfolgen. Eine

Sanierungsaussicht ist nicht gegeben, wenn die Verfahrenskosten höher sind als die zur Verfügung stehenden Eigenmittel. Ohne Sanierungsantrag des Schuldners gemäss Art. 333 Abs. 1 eröffnet der Richter den Konkurs (Art. 191 Abs. 2). Er kann die Konkurseröffnung aber auch ablehnen, wenn eine offensichtliche Sanierungsaussicht gegeben ist und der Schuldner daher in rechtsmissbräuchlicher Weise keinen Sanierungsantrag stellt. In einem solchen Fall erfolgt keine Konkurseröffnung, aber auch – mangels Antrag – keine Überweisung von Amtes wegen an den Nachlassrichter (HUG-BEELI, 33 N 46).

22

Auch bei einem Kaufmann eröffnet der Richter den Konkurs, wenn ein Schuldnerantrag mit Insolvenzerklärung nach Abs. 1 gestellt wird. Kaufleute (Art. 39 Abs. 1 Ziff. 1) können sich aber **nicht** auf Art. 333 Abs. 1 berufen, da sie keine Konsumenten sind. Ihnen steht die allgemeine Norm von Art. 173a zur Verfügung, womit auch sie selber einen **Sanierungsantrag für das Einzelunternehmen** stellen können. Das Sanierungsverfahren richtet sich hier nach den Regeln des Nachlassrechts (Art. 293 ff.). Das Gericht ordnet nach Vorliegen des Schuldnerantrags auf Sanierung den Konkursaufschub an. Für Kaufleute und Konsumenten gelten in diesem Sinne analoge Regelungen (D. GASSER, JKR 1997, 123), einerseits im Handelsrecht (Art. 173a), andererseits im Konsumentenrecht (Art. 191 Abs. 2 i.V.m. 333 Abs. 1).

IV. Rechtsfolgen

1. *Konkurseröffnung*

23

Hat der Schuldner (natürliche oder juristische Person) einen Antrag auf Eröffnung des Konkurses zufolge Zahlungsunfähigkeit gestellt und liegt weder Rechtsmissbrauch noch Aussicht auf Sanierung vor, so eröffnet das Gericht den Konkurs über den Schuldner.

24

Die Konkurseröffnung zeitigt sodann Rechtsfolgen obligationenrechtlicher Natur, insb. für die vom Schuldner abgeschlossenen zweiseitigen Verträge (vgl. Art. 83 OR).

2. *Keine Konkurseröffnung*

25

Erweist sich der Schuldnerantrag bei der Insolvenzerklärung als rechtsmissbräuchlich oder besteht Aussicht auf Sanierung, so erfolgt ausnahmsweise keine Konkurseröffnung durch das Gericht. Diesen Entscheid, d.h. die Ablehnung des Konkursantrags i.S.v. Art. 191, fällt der **Konkursrichter**.

26

Ob auch der Entscheid über die Zulassung des Sanierungsantrags vom Konkursrichter zu fällen ist, lässt das Bundesrecht – im Gegensatz zum Handelsrecht (Art. 173a) – im Konsumentenrecht offen (Abs. 2 i.V.m. 333 Abs. 1; vgl. dazu GASSER, BLSchK 1993, 216 ff.; MEIER, 285; PERRIN, AJP 1995, 1574). Der kantonale Gesetzgeber, der im Gerichtsverfassungsrecht zwei verschiedene Instanzen für das Konkurs- und Sanierungsverfahren vorsehen kann (Konkursrichter und Nachlassrichter), überlässt diesen Entscheid sinnvollerweise generell dem **Nachlassrichter** (vgl. Art. 333 Abs. 1), um für die Sanierungsfragen eine einheitliche Rechtsprechung sowohl im Handels- als auch im Konsumentenrecht zu gewährleisten. Besteht nach kantonalem Gerichtsverfassungsrecht Personalunion zwischen Konkurs- und Nachlassrichter, stellt sich diese Rechtsfrage jedoch nicht. Sind die Instanzen getrennt, kann der Konkursrichter das Konkurseröffnungsverfahren aussetzen und das Verfahren dem Nachlassrichters zur Entscheidung über den Sanierungsantrag überweisen. Eine Überweisung des Verfahrens durch den Konkursrichter an den Nachlassrichter rechtfertigt sich jedoch nur in aussichtsreichen Fällen und auf Antrag des Schuldners (HUG-BEELI, 33 FN 46). In allen übrigen Fällen gilt der Grundsatz der Konkurseröffnung nach Abs. 2, erster Satzteil.

V. Prozessuales

1. *Einparteienverfahren*

27

Das Verfahren nach Art. 191 ist ein Einparteienverfahren. Damit ist **eine Gläubigerintervention nicht möglich** (BGE 123 III 402; BGE 118 III 33 = JdT 1994 II 137 ff.; BGE 111 III 66 = Pra 1985 Nr. 253 = JdT 1988 II 52 ff.). Nur der Schuldner ist Partei und es liegt ein sog. nichtstreitiges Verfahren vor. Ein Gläubiger ist daher auch nicht legitimiert, im Verfahren nach Art. 191 Anträge zu stellen (BezGer. ZH, ZR 1995, 145 f. = BLSchK 1995, 196 ff.).

2. *Rechtsmittelverfahren*

28

Einem **Gläubiger** steht wegen der Natur des Einparteienverfahrens kein Berufungsrecht gegen ein gestützt auf eine Insolvenzerklärung ergangenes Konkurserkennnis zu (BGE 123 III 402; OGer. AG, AGVE 1985, 58 f.; OGer. SG, SGGVP 1983, 146 f.; einzig offengelassen in: AppGer. FR, Extraits 1985, 23 ff.).

29

Dasselbe gilt für das Konkursamt. Das **Konkursamt** ist zur Berufung gegen das Konkursdekret nicht legitimiert und zur Überprüfung des Konkursdekrets nicht befugt, sondern hat dieses zu vollziehen. Das Konkursamt darf einzig dann, wenn es das Konkursdekret zufolge Verletzung der zwingenden Zuständigkeitsvorschriften der Art. 46 ff. als nichtig erachtet und mit der Durchführung des Konkurses noch nicht begonnen hat, mit beschwerdefähiger Verfügung (Art. 17) die Vollziehung des Konkursdekretes verweigern, über die dann im Streitfall die Aufsichtsbehörden entgeltlich zu entscheiden haben (OGer. AG, AGVE 1986, 50 ff.; OGer. BL, BJM 1987, 214 ff.).

30

In praktisch seltenen Fällen kann dagegen der Schuldner gegen das Konkursdekret vorgehen. Die Rechtsprechung hat dies dann zugelassen, wenn der Schuldner sich bei der Abgabe der Insolvenzerklärung in einem wesentlichen Irrtum befunden hat (KGer. VS, RVJ 1994, 201 f.; TC NE, RJN 7 I 243 ff.). Ein Irrtum über die Folgen des Konkurses bzw. die Art der Durchführung des Konkursverfahrens ist jedoch unbeachtlich (KGer. VS, RVJ 1994, 201 f.). Dasselbe gilt für den Rekurs nach Art. 174 Abs. 2, womit der Schuldner eine Konkursöffnung nach Art. 191 nachträglich zu Fall bringen will; die nachträgliche Bezahlung von Schulden ist keine konkurshindernde neue Tatsache. Gegebenenfalls kommt der Widerruf des Konkurses in Frage (OGer. OW, Amtsb. 1992/3 Nr. 29 = SJZ 1995, 277 f.).

VI. Verfahrenskosten

31

Grundsätzlich hat der Schuldner, der die Insolvenzerklärung abgibt, beim Konkursrichter einen Kostenvorschuss (Art. 194 i.V.m. Art. 169) zu leisten. Dies gilt für natürliche und juristische Personen.

32

Beim **Kostenvorschuss** ist dabei zu unterscheiden zwischen dem konkursrichterlichen und dem konkursamtlichen Verfahren. Ein Kostenvorschuss ist vorerst für das **konkursrichterliche Verfahren**, d.h. für den Prozess der Konkursöffnung als solchen, zu leisten. Vielfach wird übersehen, dass nach diesem Kostenvorschuss für das **konkursamtliche Verfahren** eine weitere Sicherstellung der Kosten zu erfolgen hat; dieser Kostenvorschuss ist i.d.R. höher, weil damit die Kosten des Konkursamtes vom Erhalt des Konkursentscheids bis und mit der Einstellung des Konkurses mangels Aktiven (Art. 230) oder bis zum Schuldenruf (Art. 232) vor auszuzahlen sind.

33

Die Praxis der Kantone bei der Auflage des Kostenvorschusses ist unterschiedlich. Einerseits werden

bereits im Konkursöffnungsverfahren sämtliche Kosten für das konkursrichterliche und für das konkursamtliche Verfahren verlangt; andererseits erfolgt aber auch eine Aufteilung mit getrennten Kostenverschüssen für das konkursrichterliche und für das konkursamtliche Verfahren. Im letzteren Fall sollte das Konkursgericht den Schuldner darauf hinweisen, dass mit dem Konkursdekret das Konkursverfahren nur eröffnet wird und mit dem daran anschliessenden konkursamtlichen Verfahren weitere Kosten anfallen. Dies ist insb. im Hinblick auf Art. 230 von entscheidender Bedeutung. Die Konkursöffnung verfehlt ihr Ziel, wenn das konkursamtliche Verfahren mangels Aktiven nicht durchgeführt werden kann.

34

Nach der alten, bis 1992 geltenden Praxis des Bundesgerichts konnte der Schuldner mit Bezug auf das Verfahren im Privatkonkurs keine **unentgeltliche Rechtspflege** beanspruchen. Mit dem auf Art. 4 BV gestützten Grundsatzentscheid des Bundesgerichts vom 2.4.1992 wurde diese Rechtsprechung für natürliche Personen aufgegeben (vgl. BGE 118 III 27 = Pra 1993, 455 ff. = BLSchK 1992, 141 ff. = JdT 1994 II 66 ff. = SemJud. 1993, 457 ff.). Die neue Praxis wurde in mehreren Entscheiden bestätigt und nach kritischen Stellungnahmen der Lehre modifiziert. Die kantonalen Gerichte haben die neue Praxis des Bundesgerichts integral übernommen (vgl. dazu eingehend: Art. 194 N 13–18).

Art. 192

C. Gegen Kapitalgesellschaften und Genossenschaften

Gegen Aktiengesellschaften, Kommanditaktiengesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung und Genossenschaften kann der Konkurs ohne vorgängige Betreuung in den Fällen eröffnet werden, die das Obligationenrecht vorsieht (Art. 725a, 764 Abs. 2, 817, 903 OR).

C. Sociétés de capitaux et sociétés coopératives

La faillite des sociétés anonymes, des sociétés en commandite par actions, des sociétés à responsabilité limitée et des sociétés coopératives peut être prononcée sans poursuite préalable, dans les cas prévus par le code des obligations (art. 725a, 764, 2^e al., 817, 903 CO).

C. Società di capitali e società cooperative

Il fallimento delle società anonime, società in accomandita per azioni, società a responsabilità limitata e società cooperative può essere dichiarato senza preventiva esecuzione nei casi previsti dal Codice delle obbligazioni (art. 725a, 764 cpv. 2, 817, 903 CO).

Alte Fassung (vor der Revision 1994)

aArt. 192

Der Konkurs kann gegen Aktiengesellschaften und Genossenschaften ohne vorgängige Betreuung in den durch die Artikel 657 und 704 des Bundesgesetzes über das Obligationenrecht vorgesehenen Fällen erkannt werden.

Materialien der Revision 1994

Botschaft, Ziff. 205.32; AmtlBull. NR 1993, 35; AmtlBull. StR 1993, 649.

Literatur

BAUMGARTNER ANDREAS, Das Unternehmen im Konkurs – Ein Diskussionsbeitrag zur derzeitigen Revision des schweizerischen SchKG, SJZ 1988, 241 ff.; BRUNNER ALEXANDER, Insolvenz und Überschuldung der Aktiengesellschaft, AJP 1992, 806 ff. (zit. AJP 1992); ders.,

Handlungsalternativen der Revisionsstelle bei Überschuldung der Aktiengesellschaft, ST 1994, 927 ff. (zit. ST 1994); ders., Konkursöffnungsverfahren und Konkursaufschub, in SAV Schriftenreihe Bd. 13, Das revidierte SchKG, Bern 1995, 89 ff. (zit. 1995); CAMPOVO RICO A., Die Benachrichtigung des Konkursrichters durch die aktienrechtliche Revisionsstelle – Grundlagen, praktische Erfahrungen, Probleme, SZW 1996, 211 ff.; COUCHEPIN PASCAL, Révision de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite – Assainissement des entreprises et assainissement individuel: une nouveauté, ST 1993, 79 ff.; DALLÈVES LOUIS, Pour une procédure de réorganisation des entreprises en difficulté, in: FS Patry, 1988, 61 ff. (zit. 1988); ders., Un siècle d'évolution du droit de la faillite: de la punition du débiteur au redressement de l'entreprise, in: FS 100 Jahre SchKG, 1989, 305 ff. (zit. 1989); ders., L'assainissement des entreprises insolubles, SemJud. 1992, 345 ff. (zit. 1992); DUBACH ALEXANDER, Der Konkursaufschub nach Art. 725a OR: Zweck, Voraussetzungen und Inhalt, SJZ 1998, 149 ff.; GIROUD ROGER, Die Konkursöffnung und ihr Aufschub bei der Aktiengesellschaft, 2. Aufl., Zürich 1986; HARDMEIER HANS ULRICH, Sanierung aus der Optik des revidierten SchKG. Erleichterte Sanierung – neues Institut der Schadenregelung, ST 1997, 1033 ff.; ders., Das aktienrechtliche Moratorium und der gerichtliche Nachlassvertrag als Sanierungsinstrumente, in: FS Hans Ulrich Walder, 1994, 503 ff.; HUNKELER DANIEL, Das Nachlassverfahren nach revidiertem SchKG, Diss. Freiburg i.Ue. 1996; KÖFERLI JÜRGEN, Der Sanierer einer Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1994; SCHECH GREGOR, Der Konkursaufschub im schweizerischen Recht, Diss. Zürich 1938; SCHMID MARKUS L., Überschuldung und Sanierung, Diss. Freiburg i.Ue. 1984; SPÜHLER KARL, Bankenstundung und Nachlassstundung bei Banken im Lichte der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtes, in: FS Aspekte des Wirtschaftsrechts zum schweizerischen Juristentag, Zürich 1994, 559 ff.; STÄUBLI CHRISTOPH, Konkursaufschub, Nachlassvertrag, einvernehmliche private Schuldenbereinigung, ZSR I 1996, 313 ff.; WÜSTINER HANSPETER, Komm. zu Art. 725 f. OR, in: Honsell/Vogt/Watter, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, OR II, 1994.

Inhaltsübersicht

- I. Allgemeines
 1. Inhalt und Zweck der Norm
 2. Revision 1994
- II. Anwendungsbereich
- III. Voraussetzungen
 1. Überschuldungsanzeige
 - a) Verwaltungsrat
 - b) Revisionsstelle
 - c) Liquidatoren
 2. Sanierungsantrag
 - a) Verwaltungsrat
 - b) Gläubiger
 - c) Konkursrichter von Amtes wegen
- IV. Rechtsfolgen
 1. Konkursöffnung
 2. Konkursaufschub
- V. Prozessuales
- VI. Verfahrenskosten

I. Allgemeines

1. *Inhalt und Zweck der Norm*

1

Der Begriff der **Überschuldung** (BRUNNER, 1995, 93) wird im Gesellschaftsrecht ausdrücklich umschrieben. Weist die Unterbilanz einer Aktiengesellschaft einen Verlust aus, womit das **Fremdkapital durch das Vermögen nicht mehr gedeckt** ist, so ist Unterdeckung, d.h. Überschuldung gegeben (BGE 104 IV 83, mit ungenauer Terminologie: «Zahlungsunfähigkeit» anstelle «Überschuldung», a.a.O., o. 83; zum Begriff der Zahlungsunfähigkeit, Art. 191 N 1). Die bei Verdacht auf Überschuldung zu erstellende Zwischenbilanz muss im Unterschied zum alten Aktienrecht (vor 1992) nicht bloss zu Veräusserungswerten, sondern neu auch zu Fortführungswerten erstellt werden und eine Überschuldung wird nur dann angenommen, wenn sich eine solche kumulativ nach beiden Bewertungskriterien ergibt. Es handelt sich um eine Neuerung des Aktienrechts (BRUNNER, AJP 1992, 808; ders., ST 1994, 927 mit weiteren Verweisen), die sowohl im Interesse der Gläubiger als auch des Unternehmens liegt, indem als Kriterien einer Beurteilung der Überschuldung nicht bloss die Liquidationswerte gelten, sondern auch in Anwendung von Fortführungswerten die **Hypothese einer Weiterführung des Unternehmens**.

2

Der Begriff der Überschuldung wird bei den folgenden materiellen Konkursgründen vorausgesetzt: Bei der Ablehnung eines Nachlassvertrages (Art. 190 Abs. 1 Ziff. 3 i.V.m. Art. 309), beim Tatbestand der überschuldeten Erbschaft (Art. 193 i.V.m. Art. 593 und 573 ZGB) und bei der Überschuldungsanzeige: Im folgenden geht es insb. um die Anwendung von Art. 192 i.V.m. Art. 725 Abs. 2 OR, 743 Abs. 2 OR und 729c Abs. 2 OR.

3

Der Gesetzgeber bezweckt mit dem Konkursgrund der Überschuldung in erster Linie, die **Gesellschaftsgläubiger** zu schützen. Es soll vermieden werden, dass einzelne Gläubiger einer überschuldeten Gesellschaft vor den übrigen befriedigt und somit bevorzugt werden. Die Pflicht zur Überschuldungsanzeige schützt aber nicht nur die Gesellschaftsgläubiger, sondern auch die **Allgemeinheit**. Jede Person kann nämlich, ohne von der Überschuldung zu wissen, mit einer solchen Gesellschaft neue Vertragsverhältnisse eingehen und allein dadurch Schaden erleiden. Diese Gefahr zu verhindern, ist ein öffentliches Anliegen.

2. *Revision 1994*

4

Die SchKG-Revision von 1994 hat inhaltlich keine Veränderung gebracht, jedoch in formaler Hinsicht eine Verdeutlichung von Art. 192 vorgenommen. Der alte Gesetzestext erwähnte nur die AG und die Genossenschaft. Entsprechend der bisherigen unbestrittenen Praxis wurde nun der Wortlaut in der Revision 1994 auch auf die anderen Kapitalgesellschaften ausgedehnt. Es werden ausdrücklich die AG (wie bisher), die Kommanditaktiengesellschaft (neu), die GmbH (neu) und die Genossenschaft (wie bisher) genannt und zusätzlich die Belegstellen der entsprechenden OR-Artikel angegeben.

II. Anwendungsbereich

5

Die Pflicht zur Abgabe einer Überschuldungsanzeige nach Art. 192 besteht nur für **Handelsgesellschaften**, insb. die Aktiengesellschaften (Art. 725a OR), die Kommanditaktiengesellschaften (Art. 764 Abs. 2 OR) und die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (Art. 817 OR) sowie für die **Genossenschaften** (Art. 903 OR). Diesen juristischen Personen stehen zwei Arten der Konkurseröffnung auf eigenen Antrag zu, indem sie sich neben Art. 192 auch auf Art. 191 berufen können (Art. 191 N 7).

III. Voraussetzungen

1. *Überschuldungsanzeige*

a) Verwaltungsrat

6

Zuständig für die Anzeige der Überschuldung gemäss Art. 725 Abs. 2 OR ist die **Verwaltung** (OGer. VS, RVJ 1995, 252 ff.) und nicht die Generalversammlung einer AG oder einer Genossenschaft. Die Generalversammlung (vgl. jedoch Art. 191 N 13) ist selbst dann nicht legitimiert, wenn sämtliche Mitglieder der Verwaltung an der Generalversammlung teilgenommen haben (BGer., JdT 1977 II 104 ff.). Wenn die Überschuldung feststeht, ist der Verwaltungsrat auch entgegen anderslautenden Beschlüssen der Generalversammlung zur Anzeige nach Art. 725 Abs. 2 verpflichtet (OGer. VS, RVJ 1979, 198 ff.), aber auch berechtigt, da er den in der Minderheit gebliebenen Aktionären und den Gläubigern gegenüber für das Unterlassen der Anzeige sowohl strafrechtlich (Art. 165 StGB) als auch aktienrechtlich verantwortlich ist (Art. 754 OR). Die Verwaltung haftet für pflichtwidriges Unterlassen der Anzeige (BGE 99 II 282 = JdT 1974 I 157; vgl. Vorinstanz: TC VS, RVJ 1974, 52 ff.). Da nur die Verwaltung als zuständiges Organ der AG in Frage kommt, ist ein blosser **Geschäftsführer** ohne Organeigenschaft **nicht** zur Anzeige nach Art. 725 Abs. 2 OR **legitimiert** (missverständlich: OGer. ZH, ZR 1987, 99 ff.).

7

Innerhalb des Verwaltungsrates ist ein Mehrheitsbeschluss erforderlich, der sich zur Überschuldung und den Gang zum Richter ausspricht (OGer. ZH, ZR 1987, 99 ff.). Der Verwaltungsrat muss aber sicherstellen, dass alle Mitglieder Gelegenheit hatten, am Beschluss mitzuwirken.

8

Mit der Überschuldungsanzeige ist dem Konkursrichter sodann eine **revidierte Zwischenbilanz** einzureichen, womit die Überschuldung nach kaufmännischen Grundsätzen dargelegt und nachgewiesen wird (durch Aktienrechtsnovelle überholt: OGer. ZH, ZR 1987, 99 ff.). Die **Revisoren** der aktienrechtlichen Revisionsstelle müssen von der Verwaltung **unabhängig** (Art. 727c OR) und **befähigt** (Art. 727a OR) sein, ihre Aufgaben bei der zu prüfenden Gesellschaft zu erfüllen. Grundsätzlich ist am Erfordernis der Prüfung der Zwischenbilanz durch die Revisionsstelle selbst dann festzuhalten, wenn die Gesellschaft wirtschaftlich nicht mehr in der Lage ist, eine Prüfung in Auftrag zu geben, oder sie über **keine Revisionsstelle** (Art. 190 N 16) mehr verfügt. Dies kann einerseits zum Entscheid auf Nichteintreten auf die Überschuldungsanzeige führen, da dem Konkursgericht die vom Gesetz verlangten Unterlagen für einen materiellen Entscheid fehlen bzw. vorenthalten werden; den Aktionären und Gläubigern steht bei einem solchen Versagen des Verwaltungsrates die Verantwortlichkeitsklage i.S.v. Art. 754 OR zur Verfügung. Andererseits kann mit dem Entscheid auf Nichteintreten der vom Gesetz beabsichtigte Gläubigerschutz (OR-WÜSTINER, Art. 725 N 4) vereitelt werden. Aus diesem Grunde finden sich in der Praxis pragmatisch motivierte Entscheide, die auch bei Fehlen der von der Aktienrechtsreform im Jahre 1992 neu eingeführten Voraussetzungen (**revidierte Zwischenbilanz** zu Veräusserungs- **und** Fortführungswerten) den Konkurs eröffnen, wenn die Überschuldung sich auch aus den übrigen Akten klar ergibt (BezGer. ZH, ZR 1995, 149; zur Überschuldungsanzeige des Verwaltungsrates im einzelnen vgl. BRUNNER, AJP 1992, 813 ff.; ZK-HOMBURGER, Art. 725 OR N 1250 ff.; PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 2. Aufl., 1996, N 1690 ff.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ, 1996, § 50 N 223 ff.).

b) Revisionsstelle

9

Liegt keine oder eine mangelhafte Überschuldungsanzeige des Verwaltungsrates vor, hat die Revisionsstelle (OGer. VS, RVJ 1995, 252 ff.; BezGer. ZH, ZR 1995, 151) die Anzeige gemäss Art. 192 vorzunehmen, allerdings nur bei **offensichtlicher Überschuldung** der Gesellschaft i.S.v. Art. 729b Abs. 2 OR. Offensichtliche Überschuldung der Gesellschaft liegt dann vor, wenn zugunsten des Unternehmens auch bei einer objektiv günstigsten und subjektiv wohlwollendsten Beurteilung der Veräusserungs- und Fortführungswerte im Rahmen des pflichtgemässen Ermessens der Revisionsstelle (Art. 960 OR) eine Überschuldung resultiert. Eine solche Beurteilung kann naturgemäss nur auf der Grundlage einer revidierten Zwischenbilanz erfolgen. Davon kann die

Revisionsstelle aber absehen, wenn sich die offensichtliche Überschuldung bereits aufgrund der letzten revidierten ordentlichen Jahresrechnung ergibt und der Verwaltungsrat untätig geblieben ist.

10

Erfolgte eine Überschuldungsanzeige im Sinne einer solchen **Ersatzvornahme** durch die Revisionsstelle, ist der Verwaltungsrat nicht mehr legitimiert, ein aktienrechtliches Moratorium i.S.v. Art. 725a Abs. 1 OR zu beantragen (BezGer. ZH, ZR 1995, 151; zu Einzelheiten vgl. BRUNNER, ST 1994, 928 ff.).

c) Liquidatoren

11

Hat sich die Gesellschaft vorgängig freiwillig in Liquidation versetzt, werden die bisherigen Verwaltungsräte *ex lege* zu Liquidatoren (Art. 740 Abs. 1 OR). Stellen die vormaligen Verwaltungsräte oder andere Beauftragte im Verlauf der aktienrechtlichen Liquidation die **Überschuldung der Gesellschaft in Liquidation** fest, so sind sie verpflichtet, den Richter zu benachrichtigen (Art. 192 i.V.m. Art. 743 Abs. 2 OR). Die Voraussetzungen der Anzeige sind die gleichen wie jene durch den Verwaltungsrat.

2. *Sanierungsantrag*

a) Verwaltungsrat

12

Dem Verwaltungsrat der Gesellschaft steht im Hinblick auf einen Sanierungsantrag ein **vikariierendes System** einerseits gemäss Aktienrecht, andererseits gemäss Nachlassrecht zur Verfügung. Der Verwaltungsrat kann nach Art. 725a Abs. 1 OR (BezGer. ZH, ZR 1995, 184 ff.; ZK-HARDMEIER, Art. 725a OR N 1 ff.) oder nach Art. 293 ff. (OGer. SO, SOG 1976 Nr. 12; HUNKELER, 46 ff.) vorgehen.

13

Die i.S.v. Art. 725a OR im **Sanierungsplan** vorgesehenen organisatorischen und finanziellen Massnahmen sind vom Konkursrichter daraufhin zu überprüfen, ob sie den Wiederaufbau der Gesellschaft mit grosser Wahrscheinlichkeit herbeizuführen vermögen. Bei der Beurteilung der Sanierungsfähigkeit hat der Richter auch die Interessen der Gläubiger, der Gesellschaft und der Allgemeinheit am Weiterbestand bzw. an der Liquidation der Gesellschaft in seine Entscheidung einzubeziehen (BezGer. ZH, ZR 1995, 184 ff.). Der Sanierungsplan kann insb. folgende Massnahmen umfassen: Liquidation von Eventualverpflichtungen, z.B. Verzicht von Drittgläubigern auf Bürgschaften der Gesellschaft zugunsten von Drittschuldnern; teilweiser oder vollständiger Forderungsverzicht von Gesellschaftsgläubigern; qualifizierter Rangrücktritt, verbunden mit einer Stundung; Aktionärsdarlehen mit Rangrücktritt und Stundung; Eintritt von Gläubigern als Aktionäre; aussergerichtlicher Nachlassvertrag; Stundung von Forderungen; Bürgschaften Dritter zugunsten der Gesellschaft; Genussscheinausgabe (Art. 657 OR); Kapitalherabsetzung und -wiedererhöhung im gleichen Umfang mit voller Liberierung (BGE 102 I b 23; 86 II 78 ff.); Erhöhung des Grundkapitals mit Zufluss neuer Mittel (Ausgabe neuer Aktien, Erhöhung des Nennwertes der vorhandenen Aktien); Umwandlung in der Struktur des Fremdkapitals (Verringerung der kurzfristigen, Erhöhung der langfristigen Schulden) sowie Übernahme durch eine andere Gesellschaft mit Aktiven und Passiven (vgl. BRUNNER, ST 1994, 935).

b) Gläubiger

14

Zum Sanierungsantrag i.S.v. Art. 725a Abs. 1 OR legitimiert ist neben dem Verwaltungsrat einzig ein Gesellschaftsgläubiger (BGer., JdT 1974 II 125). Allen anderen, wie etwa der Generalversammlung, den Aktionären, den Liquidatoren oder den Behörden fehlt das Antragsrecht (GIROUD, 108). Der

Gläubiger ist indessen auf **hinreichende Information** vor einer Konkursöffnung angewiesen. In der Praxis der Konkursgerichte sind zwei Vorgehensweisen anzutreffen. Auf der einen Seite wird die Öffentlichkeit über die Überschuldungsanzeige **mittels Amtsblatt bzw. SHAB** informiert; Gläubiger erhalten auf diese Weise Kenntnis von der Hinterlegung der Bilanz. Auf der anderen Seite wird eine solche Publikation unterlassen in der Meinung, dadurch die Sanierungsfähigkeit des Unternehmens nicht zu gefährden. Eine einheitliche Praxis – es bestehen keine Entscheide – hat sich zu dieser Frage noch nicht herausgebildet.

c) Konkursrichter von Amtes wegen

15

Wenn kein Antrag der Verwaltung oder eines Gläubigers vorliegt, kann der Konkursrichter nach dem 1994 revidiertem Recht von Amtes wegen i.S.v. Art. 173a eine Sanierung des Unternehmens veranlassen, vor allem um den Fortbestand von Arbeitsplätzen zu sichern. Der Konkursrichter kann dabei die Konkursöffnung aussetzen und die Akten i.S.v. Art. 173a Abs. 2 an den Nachlassrichter überweisen.

IV. Rechtsfolgen

1. *Konkursöffnung*

16

Aufgrund der Überschuldungsanzeige nach Art. 192 und bei **Fehlen eines Sanierungsantrags** nach Art. 725a OR eröffnet das Gericht den Konkurs (AppGer. GE, SemJud. 1989, 264). Wurde der Konkurs eröffnet, ohne dass in erster Instanz ein Sanierungsantrag gestellt wurde, konnte dieser nach der bisherigen Rechtsprechung im Rechtsmittelverfahren nicht nachgeholt werden. Ein solcher Antrag war verspätet und das Rechtsmittel gegen die Konkursöffnung unzulässig (AppGer. GE, SemJud. 1993, 618 ff. mit Ausführungen zur Abgrenzung aktienrechtliches Moratorium und Nachlassverfahren). Es blieb somit bei der Konkursöffnung.

17

Diese auf Art. 192 gestützte Rechtsprechung wird nach revidiertem SchKG indessen zu überprüfen sein. Sie wird die Frage zu beantworten haben, ob aufgrund der Möglichkeit des Konkursrichters von Amtes wegen i.S.v. Art. 173a i.V.m. Art. 293 ff. eine Sanierung des Unternehmens zu veranlassen, auch im Rechtsmittelverfahren noch bzw. nachträglich ein Nachlassverfahren eingeleitet werden kann. Diese Rechtsfrage ist eher zu verneinen, da Art. 173a als sog. Kann-Vorschrift ausgestaltet worden ist und keine Pflicht des Richters begründet. Andererseits ist es denkbar, dass das Berufungsgericht im Rahmen des pflichtgemässen Ermessens (Art. 4 ZGB) nachträglich, d.h. im Berufungsverfahren, aufgrund neuer Tatsachen die Aussichten einer Sanierung anders beurteilt. In solchen Fällen sollte auch das Berufungsgericht nach Art. 173a Abs. 2 vorgehen können.

2. *Konkursaufschub*

18

Ein Konkursaufschub im Verfahren nach Art. 192 ist nur gestützt auf einen **Sanierungsantrag** i.S.v. Art. 725a OR möglich, womit nicht die Liquidation, sondern eine (teilweise) Befriedigung der Gläubiger und die Fortführung des Unternehmens bezweckt wird (SchKG-Kammer TI, SJZ 1997, 374 ff.; AppGer. TI, Rep. 1969, 357 ff.). Ein Konkursaufschub ist sodann nur möglich, wenn dem Konkursverfahren eine **Überschuldungsanzeige** i.S.v. Art. 725 Abs. 2 OR vorangegangen ist (BezGer. Uster/ZH, SJZ 1984, 45). Es handelt sich vorliegend um das sog. aktienrechtliche Moratorium, das der Konkursrichter (nicht der Nachlassrichter, vgl. Art. 173a Abs. 3) durchführen kann (OR- WÜSTINER, Art. 725a N 4 ff.; DUBACH, 149 ff.).

19

Der Konkursrichter wird bei Bewilligung des Konkursaufschubs i.d.R. einen **Sachwalter** bestellen,

der die Einhaltung des **Sanierungsplans** (vo. N 13) überwacht. Bei Einschränkung bzw. Entzug der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis durch den Sachwalter steht dem Verwaltungsrat der schuldnerischen Gesellschaft nur die Beschwerde nach Art. 17 und 19 offen. Der Schuldner kann somit im Konkursaufschubverfahren betriebsrechtliche Aufsichtsbeschwerden gegen Verfügungen des Sachwalters, hingegen nicht gegen Verfügungen des Konkursrichters oder des von diesem provisorisch eingesetzten Geschäftsführers richten (OGer. ZH, ZR 1970, 304 ff.). Andererseits ist der vom Konkursrichter zur Gewährleistung eines Sanierungsplans nach Art. 725a OR ernannte Sachwalter für seine Geschäftsführung nur dem Richter gegenüber verantwortlich und berichterstattungspflichtig. Gegen Entscheide eines solchen Sachwalters ist – im Gegensatz zum Nachlassverfahren nach Art. 293 ff. – eine Aufsichtsbeschwerde nicht möglich (OGer. FR, Extraits 1977, 49 f.). Auch sind die Aufsichtsbehörden für Schuldbetreibung und Konkurs nicht zuständig, das Honorar des Sachwalters gemäss Art. 725a OR festzusetzen; zuständig ist hierfür ebenfalls der Konkursrichter im Rahmen des Verfahrens betreffend Konkursaufschub (BGE 98 III 41 = JdT 1972 II 91 ff.).

20

Während des Konkursaufschubs können Betreibungsbegehren entgegengenommen werden, doch darf ihnen nicht stattgegeben werden, solange der Konkurs aufgeschoben ist (BGE 104 III 20 = JdT 1979 II 93).

21

Beim **Konkursaufschub nach Art. 725a OR für Banken** ist die VNB vom 11. April 1935 bzw. 5. Juni 1996 (SR 952.831) zu beachten (vgl. Komm. zu Art. 1 und 31 dieser V).

V. Prozessuales

22

Im Gegensatz zu Art. 191 ist das Verfahren nach Art. 192 kein striktes Einparteienverfahren (vgl. Art. 191 N 27). Bei unterschiedlichen Auffassungen zwischen Verwaltungsrat und Revisionsstelle mit Bezug auf die Überschuldung oder bei unterschiedlichen Anträgen von Verwaltung und Gläubiger mit Bezug auf eine Sanierungsmöglichkeit des Unternehmens kann es zu einem strittigen Verfahren kommen. Bleiben die Anträge der Verwaltung ohne Gegenantrag, liegt faktisch ein Einparteienverfahren wie bei Art. 191 vor. In jedem Fall ist das **rechtliche Gehör** der Prozessbeteiligten zu wahren. Dies betrifft in erster Linie den Tatbestand der Überschuldungsanzeige durch die Revisionsstelle bei offensichtlicher Überschuldung der Gesellschaft. Liegt eine solche Anzeige vor, kann der Konkurs nicht umgehend eröffnet werden. Vielmehr ist dem Verwaltungsrat der Gesellschaft Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.

23

Während des Konkursaufschubsverfahrens ist es möglich, zur Wahrung der Vermögensverhältnisse der Gesellschaft **vorsorgliche Massnahmen** (vgl. Komm. zu Art. 170) zu veranlassen. Gegen entsprechende Entscheide ist je nach kantonalem Recht ein Rechtsmittel zulässig (vgl. beispielsweise KassGer. ZH, ZR 1970, 309).

24

Gegen den Entscheid des Konkursgerichts (Konkurseröffnung oder -aufschub) sind nur die Gläubiger (vgl. Art. 725a Abs. 1 OR) oder die Gesellschaftsorgane, d.h. Verwaltungsrat und Revisionsstelle (vgl. Art. 725 Abs. 2, 743 Abs. 2 OR), legitimiert, **Rechtsmittel** einzulegen (OGer. GE, SemJud. 1981, 46 ff.). Dabei können **Noven** entsprechend kantonalem Prozessrecht auch im Verfahren gemäss Art. 192 vorgebracht werden (zum alten Recht vor der Revision von 1994: OGer. VS, RVJ 1995, 252 ff.), wobei die Rechtsprechung nunmehr die revidierte Fassung von Art. 174 zu berücksichtigen hat. Neu sind echte Noven im Rechtsmittelverfahren von Bundesrechts wegen zulässig (vgl. Komm. zu Art. 174 Abs. 1).

VI. Verfahrenskosten

25

Bereits die bisherige Praxis hat i.d.R. auf die Auferlegung eines Kostenvorschusses an die anzeigepflichtige Gesellschaft im Verfahren nach Art. 192 verzichtet (TC JU, RJJ 1993, 180 ff.; OGer. SO, SOG 1987, 28 ff.). Das revidierte SchKG bestimmt nun in Anlehnung an das OR, dass Art. 169 bei der Konkursöffnung gemäss vorliegendem Artikel nicht anwendbar ist. Aufgrund der obligationenrechtlichen Pflicht zur Überschuldungsanzeige kann von der antragstellenden Gesellschaft **kein Kostenvorschuss** verlangt werden.

Art. 193

D. Gegen eine ausgeschlagene oder überschuldete Erbschaft

¹ Die zuständige Behörde benachrichtigt das Konkursgericht, wenn:

1.

alle Erben die Erbschaft ausgeschlagen haben oder die Ausschlagung zu vermuten ist (Art. 566 ff. und 573 ZGB);

2.

eine Erbschaft, für welche die amtliche Liquidation verlangt oder angeordnet worden ist, sich als überschuldet erweist (Art. 597 ZGB).

² In diesen Fällen ordnet das Gericht die konkursamtliche Liquidation an.

³ Auch ein Gläubiger oder ein Erbe kann die konkursamtliche Liquidation verlangen.

D. Succession répudiée ou insolvable

¹ L'autorité compétente informe le juge de la faillite de ce que:

1.

Tous les héritiers ont expressément répudié la succession ou que celle-ci est présumée répudiée (art. 566 et s. et 573 CC);

2.

Une succession dont la liquidation officielle a été requise ou ordonnée se révèle insolvable (art. 597 CC).

² Dans ces cas, le juge ordonne la liquidation selon les règles de la faillite.

³ La liquidation selon les règles de faillite peut également être requise par un créancier ou par un héritier.

D. In caso di rinuncia all'eredità o di eredità oberata

¹ L'autorità competente informa il giudice qualora:

1.

tutti gli eredi abbiano espressamente rinunciato all'eredità o si debba presumere la rinuncia (art. 566 segg., 573 CC);

2.

l'eredità della quale è stata chiesta oppure ordinata la liquidazione d'ufficio risulti oberata (art. 597 CC).

² Nei casi summenzionati, il giudice ordina la liquidazione in via di fallimento.

³ La liquidazione in via di fallimento può essere chiesta anche da un creditore o da un erede.

Alte Fassung (vor der Revision 1994)

aArt. 193

¹ Eine ausgeschlagene Verlassenschaft wird, unter Beobachtung der im siebenten Titel enthaltenen Bestimmungen, vom Konkursamt liquidiert.

² Vorbehalten bleiben die Bestimmungen des Erbrechtes über die amtliche Liquidation einer Erbschaft.

Materialien der Revision 1994

Botschaft, Ziff. 205.33; AmtlBull. NR 1993, 35; 1994, 1419; AmtlBull. StR 1993, 649.

Literatur

BRUNNER ALEXANDER, Konkursöffnungsverfahren und Konkursaufschub, in SAV Schriftenreihe Bd. 13, Das revidierte SchKG, 1995, 89 ff.; BÜRGI ERICH, Probleme im Nachlasskonkurs nach schweizerischem Recht, BLSchK 1948, 33 ff.; BLSchK 1949, 1 ff.; DRUEY JEAN NICOLAS, Grundriss des Erbrechts, 4. Aufl., Bern 1997.

Inhaltsübersicht

- I. Allgemeines
 - 1. Inhalt und Zweck der Norm
 - 2. Revision 1994
- II. Anwendungsbereich
- III. Voraussetzungen
- IV. Rechtsfolgen
- V. Prozessuales
- VI. Verfahrenskosten

I. Allgemeines*1. Inhalt und Zweck der Norm*

1

Ist die **Zahlungsunfähigkeit des Erblassers** im Zeitpunkt seines Todes amtlich festgestellt oder offenkundig, so wird von Gesetzes wegen vermutet, dass die Erben die Erbschaft ausschlagen (Art. 566 Abs. 2 ZGB). Damit sind zwei Aussagen verbunden; die Feststellung einer Tatsache und eine Wertung des Gesetzgebers. Einerseits gelten auch beim Tod des Erblassers mit Bezug auf dessen Vermögensverhältnisse die gleichen wirtschaftlichen Kriterien der Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung und es kann auf die entsprechenden Begriffe von Art. 191 (N 1) und 192 (N 1) verwiesen werden. Es gilt insb. auch hier der Grundsatz, dass bei offenkundiger **Überschuldung des Erblassers** (Art. 597 ZGB) i.d.R. Zahlungsunfähigkeit (Art. 566 Abs. 2 ZGB) gegeben ist. Andererseits nimmt der Gesetzgeber mit Bezug auf die Erben eine grundlegende Wertung vor; er lehnt aufgrund der auf persönlicher Verantwortung beruhenden Rechtsordnung eine Sippenhaft ab. Die **Erben haften** daher gegen ihren Willen **grundsätzlich nicht für die Schulden des Erblassers**.

2

Der Normzweck von Art. 193 besteht infolgedessen darin, sicherzustellen, dass der **Erbe ohne persönliche Einwilligung nicht zum Schuldner der Gläubiger des Erblassers** wird. Art. 193 ist eine Schutznorm für die Erben, die vor eigenem Vermögensverlust – oder gar eigener Zahlungsunfähigkeit (Art. 191) – bei Überschuldung der nachgelassenen Erbschaft bewahrt werden sollen. Liegt Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung der hinterlassenen Vermögensmasse vor, so erfolgt deren konkursamtliche Liquidation (Art. 221 ff.) aufgrund von Art. 193. Daraus ergibt sich auch zwanglos der Anwendungsbereich der Norm.

2. *Revision 1994*

3

Der vorliegende Artikel wurde durch die Revision von 1994 verdeutlicht. So wird neu klar festgehalten, dass es der zuständigen Behörde in Erbschaftssachen obliegt, dem Konkursgericht die Ausschlagung oder Überschuldung der Erbschaft mitzuteilen (Abs. 1). Gleichzeitig werden beide möglichen Gründe einer Mitteilung – Ausschlagung oder Überschuldung – ausdrücklich genannt (neu Abs. 1 Ziff. 1–2). Neu ist schliesslich, dass nach Ziff. 3 auch ein Gläubiger oder ein Erbe die konkursamtliche Liquidation verlangen kann.

II. Anwendungsbereich

4

Als erster Konkursgrund für die nachgelassene Erbschaft nennt Abs. 1 Ziff. 1 die **Ausschlagung der Erbschaft durch die Erben** (Art. 566 ff. und 573 ZGB). Die Konkursöffnung über die Erbschaft wird jedoch nur dann ausgesprochen, wenn alle erbberechtigten Erben die Erbschaft ausgeschlagen haben (AppGer. II, Rep. 1976, 88 f.). Die Konkursöffnung durch den Richter wegen Ausschlagung durch die Erben erfolgt entweder ausdrücklich nach Art. 570 ZGB oder stillschweigend nach Art. 566 Abs. 2 ZGB wegen Überschuldung, die sich aus dem Inventar ergibt. Die Wirkung der Konkursöffnung ist dabei die gleiche wie bei den übrigen Konkursöffnungen. Insbesondere erfolgen Inventar und Kollokation im konkursamtlichen Verfahren.

5

Als zweiten Konkursgrund für die nachgelassene Erbschaft nennt Ziff. 2 die **Überschuldung bei amtlicher Erbschaftsliquidation**. Erweist sich eine Erbschaft, für welche die amtliche Liquidation verlangt oder angeordnet worden ist, als überschuldet (Art. 597 ZGB), so eröffnet der Konkursrichter über sie den Konkurs. Der zweite Konkursgrund betrifft den Fall, bei welchem eine Überschuldung nicht bereits beim Todesfall erkennbar ist, sondern erst im Verlauf der amtlichen Liquidation nach Art. 593 ff. ZGB der Erbschaft zutage tritt. Davon ist die konkursamtliche Liquidation nach Art. 221 ff. zu unterscheiden, die erst auf Veranlassung des amtlichen Liquidators nach einer formellen Konkursöffnung über die nachgelassene Erbschaft erfolgt (konkursamtliche Erbschaftsliquidation). Bei einer überschuldeten Erbschaft haftet sodann ein ausschlagender Erbe – analog zu Art. 286 – nach Art. 579 ZGB, wenn sich herausstellt, dass er innert fünf Jahren vor dem Todesfall der Ausgleichung unterworfenen Vermögenswerte vom Erblasser empfangen hat (BGE 116 II 253 = Pra 1990 Nr. 212 = JdT 1993 I 326 = ZBGR 73, 241 ff.).

III. Voraussetzungen

6

Die Konkursöffnung ohne vorgängige Betreuung nach Art. 193 erfolgt unter drei Voraussetzungen: Als erste Voraussetzung kann eine **Anzeige der zuständigen Behörde in Erbschaftssachen** nach Art. 193 Abs. 1 Ziff. 1 erfolgen. Das Gesetz spricht allgemein von der zuständigen Behörde. Diese benachrichtigt das Konkursgericht, wenn alle Erben die Erbschaft ausgeschlagen haben oder die Ausschlagung zu vermuten ist (Art. 566 ff. ZGB). Die zuständige Behörde hat zu prüfen, ob die Ausschlagung durch mündliche oder schriftliche vorbehaltlose Willenserklärung der Erben (Art. 570 ZGB) erfolgt. In der Praxis hält die zuständige Behörde diesen Sachverhalt in einem Entscheid fest und teilt diesen dem Konkursrichter mit. Aufgrund der amtlichen Bescheinigung der zuständigen Behörde über die Ausschlagung eröffnet der Konkursrichter hierauf i.S.v. Art. 573 Abs. 1 ZGB den Konkurs über die hinterlassene Erbschaft (DRUEY, § 15 N 44).

7

Als zweite alternative Voraussetzung für die Konkursöffnung über den Nachlass ist die **Anzeige des Erbschaftsliquidators** gegeben. Nach Abs. 1 Ziff. 2 betrifft dies eine Erbschaft, für welche die amtliche Liquidation verlangt oder angeordnet worden ist. Zeigt sich im Verlauf der amtlichen Liquidation nach Art. 593 ff. ZGB, dass die hinterlassene Erbschaft i.S.v. Art. 597 ZGB überschuldet

ist, trifft den Liquidator die Pflicht zur Überschuldungsanzeige nach Art. 193. Diese Pflicht des amtlichen Erbschaftsliquidators ist mit der Pflicht des Liquidators im Gesellschaftsrecht (Art. 743 Abs. 2 OR) vergleichbar.

8

Als dritte alternative Voraussetzung für die Konkursöffnung über den Nachlass ist auf den **Antrag eines Gläubigers oder eines Erben** gemäss Abs. 3 zu verweisen. Das SchKG erweitert damit die Antragsmöglichkeiten des Gläubigers (Art. 594 ZGB) und des Erben (Art. 593 ZGB). Sie sind nicht nur auf die bloss amtliche Erbschaftsliquidation nach Art. 595 f. ZGB angewiesen. Vielmehr eröffnet ihnen Abs. 3 die Möglichkeit, diesen Antrag auf eine konkursamtliche Erbschaftsliquidation (Art. 221 ff.) auszudehnen. Da Art. 193 keine besonderen Fristen nennt, gilt die Frist des ZGB beim Gläubigerantrag nach Art. 594 ZGB analog. Damit kann der Gläubiger innert drei Monaten nach dem Todesfall zwecks Sicherstellung seiner Ansprüche die konkursamtliche Erbschaftsliquidation beantragen. Beim Erbenantrag nach Art. 593 ZGB hingegen fehlt die Angabe einer Frist. Dies ist eine Folge der zeitlich unbestimmten Möglichkeit der Erklärung des Erbschaftsantritts (DRUEY, § 15 N 83) durch einen der Miterben nach Art. 593 Abs. 2 ZGB.

IV. Rechtsfolgen

9

Der Konkursrichter eröffnet aufgrund der Anzeige der zuständigen Behörde in Erbschaftssachen oder des Erbschaftsliquidators oder aufgrund des Antrags eines Gläubigers oder eines Erben den **Konkurs über die hinterlassene Erbschaft**. Im Konkursrecht empfiehlt sich, den Terminus Erbschaftsliquidation (nicht Nachlassliquidation) zu verwenden, um Verwechslungen mit dem gleichlautenden Ausdruck Nachlass (Art. 293 ff.) zu vermeiden (vgl. BRUNNER/HOULMANN/REUTTER, Kollokations- und Widerspruchsklagen nach SchKG, Bern 1994, 23 f.). Die Wirkung der Konkursöffnung ist die gleiche wie bei den übrigen Konkursöffnungen (AppGer. TI, Rep. 1976, 88 f.).

10

Aufgrund der Konkursöffnung richten sich die Forderungen der Gläubiger nicht mehr an den verstorbenen Schuldner bzw. dessen ausschlagende Erben, sondern **gegen die Konkursmasse der Erbschaftsliquidation** (BGE 115 II 349 = Pra 1990 Nr. 203 = JdT 1992 II 34 ff. = ZBGR 73, 249 ff.: Kollokation von pfandgesicherten Forderungen im Konkurs der ausgeschlagenen Erbschaft; BGE 119 I 165 = Pra 1995 Nr. 214 = JdT 1996 II 38 ff.; Zivilprozess nach Art. 207 SchKG gegen die Konkursmasse der ausgeschlagenen Erbschaft; s.a.: AppGer. TI, Rep. 1993, 243 ff.).

11

Im Rahmen der konkursamtlichen Erbschaftsliquidation kann die Zugehörigkeit eines Vermögensrechts zur Konkursmasse streitig sein. Das Konkursamt hat sich in diesem Fall grundsätzlich an die Angaben der Gläubiger zu halten und das Recht ins **Inventar** aufzunehmen (BGE 104 III 23 = JdT 1980 II 30; vgl. auch BGE 90 III 90 = JdT 1965 II 24 ff.). Es wird Sache des Berechtigten sein, die Aussonderung des Vermögensrechts mit der Freigabeklage geltend zu machen - (BRUNNER/HOULMANN/REUTTER, a.a.O., 103 und 159).

12

Rechte eines vom Erblasser i.S.v. Art. 79 Abs. 2 und Art. 80 VVG **Begünstigten** werden nicht zur Masse gezogen (BGE 112 II 157 = Pra 1987 Nr. 149 = JdT 1989 II 20 ff.), andernfalls steht dem Begünstigten ein Aussonderungsrecht gegen die Masse zu. Den Gläubigern steht jedoch die Anfechtungsklage nach Art. 286 gegen den Begünstigten offen (vgl. auch BGE 116 II 253 = Pra 1990 Nr. 212 = JdT 1993 I 326 = ZBGR 73, 241 ff.).

V. Prozessuales

13

Für das Verfahren nach Art. 193 vor dem Konkursrichter gilt nach Bundesrecht das summarische Verfahren (Art. 25 Ziff. 2) sowie die besondere Norm von Art. 194. Ein Antragsteller hat daher die

Erben- und Gläubigereigenschaft nach kantonalem Recht i.d.R. nur glaubhaft zu machen.

14

Sodann handelt es sich grundsätzlich um ein nichtstreitiges Verfahren analog zu Art. 191 und Art. 192. Indessen sind wie bei Art. 192 Verhältnisse denkbar, bei welchen unterschiedliche Anträge vorliegen, indem Erben die Überschuldung bei amtlicher Erbschaftsliquidation bestreiten und einen Gegenantrag gegen den Konkursantrag des Liquidators stellen mit dem Nachweis der fehlenden Überschuldung der Erbschaft. Möglich ist auch der Gegenantrag eines Erben mit nachträglicher Sicherstellung oder Begleichung einer Erbschaftsschuld gegen den Konkursantrag des Gläubigers. Aus diesem Grunde sind die Erben auch berechtigt, Rechtsmittel gegen den Entscheid der Konkurseröffnung über die hinterlassene Erbschaft zu erheben (OGer. ZH, ZR 1978, 216 = SJZ 1979, 147 f.).

VI. Verfahrenskosten

15

Es stellt sich die Frage, wer die Kosten für das Konkurseröffnungsverfahren nach Art. 193 zu tragen hat, insb., ob den **Erben Kosten wegen der Ausschlagung** der Erbschaft auferlegt werden können. Die Rechtsprechung ist nicht einheitlich. Einerseits wird entschieden, dass die Erben, die mit der Ausschlagung der Erbschaft deren konkursamtliche Liquidation herbeiführen, für die Verfahrenskosten bis zur ersten Gläubigerversammlung haften, es sei denn, das Massevermögen ermögliche Deckung (AppGer. TI, Rep. 1970, 110 = SJZ 1972, 225; vgl. auch OGer. LU, LGVE 1979 I Nr. 515). Andererseits wird entschieden, dass einem ausschlagenden Erben nicht die Kosten des Konkursverfahrens über die konkursamtliche Erbschaftsliquidation auferlegt werden können, einzig aufgrund des Umstandes der Ausschlagung der Erbschaft (AppGer. TI, Rep. 1989, 546 ff.).

16

Auch wenn aufgrund des Verursacherprinzips beide Rechtsauffassungen als vertretbar erscheinen, ist aufgrund des Normzwecks von Art. 193 der letztgenannten Praxis der Vorzug zu geben. Allerdings ist zu unterscheiden: Soweit Kosten bei der zuständigen Behörde anfallen, trägt der Erbe die Kosten, da er die Ausschlagung erklärt und die Tätigkeit der Behörde veranlasst. Soweit Kosten beim **Konkursrichter** in Frage stehen, ist auf den Grundsatz des Erbrechts zu verweisen, wonach der Erbe grundsätzlich nicht für die Schulden des Erblassers haftet (o. N 1). Es können ihm daher auch keine Kosten für eine konkursamtliche Erbschaftsliquidation auferlegt werden (BGE 124 III 286).

17

Den **übrigen Antragstellern** kann ein Kostenvorschuss auferlegt werden, wobei auch hier zu unterscheiden ist: Soweit eine Anzeige der zuständigen Behörde vorliegt, entfällt ein Kostenvorschuss aus dem vorgenannten Grund. Soweit der Liquidator oder ein Gläubiger den Konkursantrag stellt, sind Kostenvorschüsse möglich.

Art. 194

E. Verfahren

¹ **Die Artikel 169, 170 und 173a–176 sind auf die ohne vorgängige Betreuung erfolgten Konkurseröffnungen anwendbar. Bei Konkurseröffnung nach Artikel 192 ist jedoch Artikel 169 nicht anwendbar.**

² **Die Mitteilung an das Handelsregisteramt (Art. 176) unterbleibt, wenn der Schuldner nicht der Konkursbetreuung unterliegt.**

E. Procédure

¹ Les articles 169, 170 et 173a à 176 s'appliquent aux faillites sans poursuite préalable. L'article 169 ne s'applique toutefois pas à la faillite prévue à l'article 192.

² La communication au registre du commerce (art. 176) n'a pas lieu si le débiteur n'était pas sujet à la poursuite par voie de faillite.

E. Procedura

¹ Gli articoli 169, 170 e 173a a 176 si applicano ai fallimenti dichiarati senza preventiva esecuzione. L'articolo 169 non si applica nel caso di fallimento giusta l'articolo 192.

² La comunicazione al registro di commercio (art. 176) non ha luogo se il debitore non è soggetto all'esecuzione in via di fallimento.

Alte Fassung (vor der Revision 1994)

aArt. 194

Die Artikel 169, 170 und 174-176 sind auf die ohne vorgängige Betreuung erfolgten Konkursöffnungen anwendbar. Die durch Artikel 176 vorgeschriebene Mitteilung an den Handelsregisterführer findet indessen nicht statt, wenn der Schuldner nicht zu den der Konkursbetreuung unterliegenden Personen gehörte.

Materialien der Revision 1994

Botschaft, Ziff. 205.34; AmtlBull. NR 1993, 35; AmtlBull. StR 1993, 649.

Literatur

Vgl. die Literaturhinweise zu Art. 190–193, ferner:

BRUNNER ALEXANDER, Gläubigerschutz im internationalen Konkursrecht, AJP 1995, 1 ff.; GASSER - DOMINIK, Nachlassverfahren, Insolvenzerklärung und Feststellung neuen Vermögens nach revSchKG, ZBJV 1996, 1 ff.; LORANDI FRANCO/CAMPONOVO RICO A., Ein Vorschlag zur Revision des SchKG – Kautionspflicht, Vorschusspflicht, Armenrecht und Art. 169 bei Konkurs- und Nachlassmassen im Visier, ST 1992, 427 ff.; LORANDI FRANCO, Unentgeltliche Rechtspflege, AJP 1994, 104 ff.; PERRIN - JEAN-FRANÇOIS, Du nouvel usage d'une ancienne loi – L'exemple de la faillite volontaire, AJP 1995, 1571 ff.; PFLEGHARD HEINZ, Beschwerde an die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer, in: Geiser/Münch (Hrsg.), Handbücher für die Anwaltspraxis, Basel 1996, 149 ff.; SCHWANDER IVO, Zur Grundrechtsnähe der im SchKG geregelten Problematiken, AJP 1996, 599 ff.; TRACHSLER HERBERT, Anerkennung eines ausländischen Konkursdekretes im Sinne von IPRG 166, AJP 1996, 1302 ff.; - VONDER MÜHLL GEORGES, Nachlese zum Urteil der II. Zivilabteilung des Schweizerischen BGer. vom 2.4.1992 betreffend unentgeltliche Rechtspflege im Bereich der Insolvenzerklärung gemäss Art. 191, BLSchK 1992, 209 ff.; WALDER HANS ULRICH, Kritische Anmerkung zu BGer. 2.4.1992; BGE 118 III 27, BLSchK 1992 Nr. 18, 141 ff., insb. 148 f.; ders., Zivilprozessrecht, 4. Aufl., Zürich 1996 (zit. ZPR).

Inhaltsübersicht

- I. Allgemeines
 1. Inhalt und Zweck der Norm
 2. Revision 1994
- II. Tragweite
- III. Summarisches Verfahren
- IV. Rechtsfolgen
- V. Vorsorgliche Massnahmen
- VI. Rechtsmittel (Art. 174)
- VII. Verfahrenskosten und Gebühren

1. Tatbestand von Art. 190
2. Tatbestand von Art. 191
 - a) Juristische Personen
 - b) Natürliche Personen
 - aa) Kostenvorschuss
 - bb) Unentgeltliche Rechtspflege
3. Tatbestand von Art. 192
4. Tatbestand von Art. 193
- VIII. Internationales Privatrecht

I. Allgemeines

1. *Inhalt und Zweck der Norm*

1

Art. 194 ist die besondere Verfahrensnorm für die konkursrichterlichen **Prozesse nach Art. 190–193**. Danach sind die Artikel 169, 170 und 173a-176 auch auf die ohne vorgängige Betreuung erfolgten Konkursöffnungen anwendbar. Art. 194 ergänzt damit das von Bundesrechts wegen den Kantonen vorgeschriebene Verfahren. Entsprechend der bundesstaatsrechtlichen Kompetenzausscheidung im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht (Art. 64 Abs. 1 BV) ist das Prozessrecht Sache der Kantone (Art. 64 Abs. 3 BV). Das Bundesrecht greift in das Prozessrecht jedoch insofern ein, dass es die Kantone nach Art. 25 Abs. 2 lit.a verpflichtet, für das Verfahren und die Entscheide des Konkursrichters Bestimmungen über das **summarische Verfahren** zu erlassen (WALDER, ZPR, § 37 N 9).

2. *Revision 1994*

2

Die Revision von 1994 hat den Gesetzeswortlaut von Art. 194 in formaler Hinsicht angepasst (neu zwei Absätze), die Norm aber inhaltlich bis auf zwei Ausnahmen unverändert gelassen. Anstelle des alten Textes, der u.a. auf die Anwendbarkeit von Art. 174–176 verwies, wird nunmehr in Abs. 1 auch Art. 173a erwähnt. Entscheidend ist sodann der neue Hinweis in Abs. 1, wonach Art. 169 bei Art. 192 nicht anwendbar ist; es handelt sich hier um die Überführung einer unbestrittenen Rechtsprechung in das Gesetz.

II. Tragweite

3

Nach Art. 194 gelten für die Art. 190–193 die besonderen Bestimmungen zu den Kosten (Art. 169), zur Möglichkeit vorsorglicher Massnahmen (Art. 170), zum allgemeinen Konkursaufschub (Art. 173a), zum Weiterzug an eine Berufungs- oder Rekursinstanz (Art. 174) sowie die Bestimmungen über den Zeitpunkt der Konkursöffnung (Art. 175) und die erforderlichen Mitteilungen (Art. 176).

III. Summarisches Verfahren

4

Will ein Gläubiger ohne vorgängige Betreuung den Konkurs des Schuldners beantragen (Art. 190), ein Schuldner mit der Insolvenzerklärung (Art. 191) oder eine Handelsgesellschaft mit der Überschuldungsanzeige (Art. 192) den Konkurs auf eigenen Antrag erreichen, oder liegen die Voraussetzungen einer überschuldeten und ausgeschlagenen Erbschaft vor (Art. 193), so ist das Konkursgericht bzw. der Konkursrichter zuständig, die Rechtssache im summarischen Verfahren zu

behandeln. Die nähere Ausgestaltung dieses Verfahrens richtet sich nach den 26 verschiedenen kantonalen Prozessordnungen. In der Regel erklären die Kantone im Hinblick auf die Raschheit des Verfahrens **Einzelrichter** ohne Begrenzung des Streitwerts als Konkursrichter zuständig. Der Raschheit dienen sodann die Vorschriften einer **Peremptorisierung der Parteien** bereits in der ersten Vorladung und die **Mündlichkeit der Konkursverhandlung**. Schliesslich schränken einige kantonale Prozessrechte im summarischen Verfahren (vgl. Komm. zu Art. 25 Ziff. 2) die Beweisintensität ein und fordern anstelle eines strikten Beweises lediglich ein **Glaubhaftmachen** der behaupteten Sachverhalte.

IV. Rechtsfolgen

5

Unterliegt der Schuldner nicht der Konkursbetreibung, unterbleibt nach Abs. 2 die Mitteilung an das Handelsregisteramt. Diese Ergänzung erscheint als selbstverständlich, da ein solcher Schuldner nicht im Handelsregister eingetragen ist.

6

Nach der Revision von 1994 wird die Konkursöffnung jedoch über Schuldner, die zwar nicht im Handelsregister eingetragen sind, aber den Privatkonkurs (Art. 191) erklärt haben, sowohl im kantonalen Amtsblatt als auch im SHAB veröffentlicht (Art. 35, 232 Abs. 1).

V. Vorsorgliche Massnahmen

7

Der Konkursrichter teilt nach Art. 176 Abs. 1 Ziff. 5, insb. dem **Konkurs- und Grundbuchamt**, auch den Erlass von vorsorglichen Massnahmen mit (Art. 170). Ein Antrag auf vorsorgliche Massnahmen (TC VD, JdT 1994 II 94) erscheint jedoch nur dann erforderlich, wenn der Konkurs nicht umgehend eröffnet werden kann, d.h. zwischen Eingang des Konkursantrags und dem Entscheid voraussichtlich längere Zeit verstreicht und die Gefahr besteht, dass der Schuldner während dieser Zeit Handlungen vornimmt, welche die Interessen des Gläubigers gefährden (vgl. Art. 163 f. StGB). Zu vorsorglichen Massnahmen der Konkursrichters zur **Erhaltung des Vermögens** vor oder anlässlich der Konkursöffnung kann auch die Anordnung einer Verfügungsbeschränkung nach Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB gehören; insb. können bestehende **Mietverträge** im Grundbuch vorgemerkt werden (BGer., ZBGR 54, 360 ff.). Nach Art. 53 lit. a GebV SchKG kann eine Gebühr von 40.– bis 200.– Franken für den Erlass von vorsorglichen Massnahmen erhoben werden.

VI. Rechtsmittel (Art. 174)

8

Die kantonale Praxis zu Art. 174, in gewissen Kantonen als sog. Novenrekurs bezeichnet, war vor der SchKG-Revision nicht einheitlich (Noven z.B. unbeschränkt zugelassen: OGer. ZH, ZR 1977, 3 ff.; OGer. LU, LGVE 1983 I, 80 f.; Noven nur beschränkt zugelassen: OGer. ZH, SJZ 1950, 377; OGer. ZH, ZR 1952, 80; OGer. ZH, ZR 1956, 295; OGer. ZH, BLSchK 1994, 31 ff.). Das revidierte SchKG hat Art. 174 dahingehend modifiziert, dass Noven nur noch geltend gemacht werden können, die vor dem erstinstanzlichen Konkursentscheid eingetreten sind (echte Noven, KassG ZH, ZR 1998, 92 ff.; vgl. Komm. zu Art. 174). Im vorliegenden Zusammenhang ist entscheidend, dass Art. 174 auch im Verfahren nach Art. 190–193 gilt. Dabei ist im Falle einer Konkursöffnung zufolge Insolvenzerklärung die nachträgliche Bezahlung von Schulden keine konkurshindernde Tatsache; gegebenenfalls kommt der Widerruf des Konkurses in Frage (OGer. OW, SJZ 1995, 277 f.).

VII. Verfahrenskosten und Gebühren

1. *Tatbestand von Art. 190*

9

Nach Art. 194 gilt Art. 169 auch im Verfahren der Konkursöffnung ohne vorgängige Betreuung auf Antrag eines Gläubigers gemäss Art. 190. Das Verfahren nach Art. 190 ist grundsätzlich ein Streitiges Verfahren, weshalb Art. 52 lit. b GebV SchKG anwendbar ist. Für Konkursöffnungen gilt daher eine Gebühr zwischen 50.– und 500.– Franken. Die Kantone können jedoch zu dieser Spruchgebühr zusätzliche Kosten für Vorladungen, Schreibgebühren und Publikation im kantonalen Amtsblatt bzw. im SHAB (vgl. Art. 35) verlangen und sicherstellen lassen (Kostenvorschuss).

2. *Tatbestand von Art. 191*

a) Juristische Personen

10

Im Verfahren nach Art. 191 gilt gemäss Art. 194 auch Art. 169. Dabei ist zu unterscheiden zwischen den Verfahren von juristischen Personen und natürlichen Personen. Beide Verfahren sind grundsätzlich nicht Streitige Verfahren, weshalb Art. 52 lit. a GebV SchKG anwendbar ist. Für Konkursöffnungen gilt daher eine Gebühr zwischen 40.– und 200.– Franken. Die Kantone können jedoch zu dieser Spruchgebühr zusätzliche Kosten für Vorladungen, Schreibgebühren und Publikation im kantonalen Amtsblatt bzw. im SHAB (vgl. Art. 35) verlangen und sicherstellen lassen (Kostenvorschuss).

11

Juristische Personen sind allgemein verpflichtet, einen **Kostenvorschuss** bei Insolvenzerklärung nach Art. 191 zu bezahlen. Dies gilt selbst für jene Gesellschaften, die in Art. 192 ausdrücklich erwähnt sind, d.h. für Aktiengesellschaften, Kommanditaktiengesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung und Genossenschaften, soweit sie nicht die Überschuldung anzeigen (Art. 192), sondern eine Insolvenzerklärung abgeben (Art. 191 N 7).

b) Natürliche Personen

aa) Kostenvorschuss

12

Auch für natürliche Personen gilt **grundsätzlich** die gleiche Pflicht. Nach **alter Praxis** war ein solcher Kostenvorschuss selbst dann zu leisten, wenn die natürliche Person aus finanziellen Gründen dazu nicht in der Lage war. Der Konkurs wurde ohne Kostenvorschuss nicht eröffnet. Im konkursrechtlichen Verfahren wurde die **unentgeltliche Rechtspflege** als **unzulässig** erachtet (BGer., JdT 1982 II 95, m.H. auf die Geltung von Art. 52 ff. der GebV SchKG; vgl. auch TC TI, Rep. 1991, 506; OGer. AG, AGVE 1988, 50 ff.).

bb) Unentgeltliche Rechtspflege

13

Das Bundesgericht hat die bisherige **Rechtsprechung** jedoch im Jahre 1992 **geändert** (**Grundsatzentscheid**, BGE 118 III 27 = Pra 1993, 455 ff. = BLSchK 1992, 141 ff. = JdT 1994 II 66 ff. = SemJud. 1993, 457 ff.) und die Kantone sind umgehend gefolgt (z.B. OGer. TG, RBOG 1992, 119 ff.; OGer. LU, KS JK, LGVE 1992 I, 52 ff.). Danach ist der aus **Art. 4 BV** abgeleitete Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege grundsätzlich auch für das Konkursverfahren zufolge Insolvenzerklärung gewährleistet. Unter den allgemeinen Voraussetzungen **befreit** er den Schuldner von der Pflicht, den gestützt auf Art. 169 verlangten **Kostenvorschuss** zu leisten. Allerdings besteht wegen der Einfachheit des Verfahrens kein Anspruch auf unentgeltliche Rechtsverbeiständung. Das Konkursverfahren und das Verfahren der Konkursöffnung sind verwaltungsrechtlicher Natur. Die Überlegungen, die im Verwaltungsbeschwerde- und Verwaltungsgerichtsverfahren sowie in bestimmten Bereichen des nichtstreitigen Verwaltungsverfahrens zur **Anerkennung eines Anspruches auf unentgeltliche Rechtspflege** geführt haben, sprechen auch für die Gewährung dieses

Anspruchs im Verfahren der Konkursöffnung zufolge Insolvenzerklärung und des Konkurses bis zur ersten Gläubigerversammlung. Der **Grundsatzentscheid** wurde im gleichen Jahr noch **bestätigt** (BGE 118 III 33 = JdT 1994 II 137 ff.).

14

Die **Lehre** hat die neue Praxis des Bundesgerichts jedoch kritisiert (VONDER MÜHLL, BISchK 1992, 209 ff.; WALDER, BISchK 1992, 141 ff., insb. 148 f.; vgl. dazu auch die spätere Kritik: LORANDI, AJP 1994, 104 ff.). Dabei wurde die Auffassung vertreten, dass die unentgeltliche Rechtspflege nur für das konkursrichterliche, **nicht** aber für das **konkursamtliche Verfahren** gewährt werden könne. Dieser Auffassung liegt die folgende Rechtslage zugrunde: Wenn die unentgeltliche Rechtspflege im konkursrichterlichen Verfahren gewährt und der Konkurs eröffnet worden ist, stellt sich die weitere Frage, ob die mittellose Person im konkursamtlichen Verfahren noch eine **ausreichende Vermögensmasse** (Art. 221) vorweisen kann, aus der die Verfahrenskosten gedeckt werden können. Ist dies nicht der Fall, erfolgt die Einstellung des Konkurses mangels Aktiven (Art. 230) und der Konkurs wird zum Nachteil der zahlungsunfähigen Person nicht durchgeführt. Voraussetzung des konkursamtlichen Verfahrens ist nach dieser Auffassung das Vorhandensein einer Minimalmasse des zahlungsunfähigen Schuldners, mithin Mittel für den Kostenvorschuss.

15

Die **Rechtsprechung** des Bundesgerichts hat die **Kritik der Lehre** in der Folge trotz des Grundsatzentscheids von 1992 vollständig **übernommen** und die unentgeltliche Rechtspflege bei Zahlungsunfähigkeit des Schuldners ab 1993 auf das konkursrichterliche Verfahren beschränkt (BGE 119 III 28 = JdT 1995 II 75 ff.; BGE 119 III 113 = SemJud. 1994, 378 f. = JdT 1996 II 105 ff.; BGer., RVJ 1994, 324 ff.). Die Kantone sind dem Bundesgericht auch bei dieser Einschränkung gefolgt (TC NE, BISchK 1994, 218 ff.; OGer. SO, SOG 1993, 45 ff. = BISchK 1994, 67 ff.). Die geänderte Rechtsprechung der Abweisung der unentgeltlichen Rechtspflege im konkursamtlichen Verfahren (vgl. auch Art. 35 KOV) hat damit auch eine **Rückwirkung auf das konkursrichterliche Verfahren**. Die Insolvenzerklärung ist bereits beim Konkursrichter aussichtslos und der zahlungsunfähige und mittellose Schuldner hat kein schutzwürdiges Interesse an der Konkursöffnung, wenn feststeht, dass er keine Aktiven besitzt (BGE 119 III 113; BGer., RVJ 1994, 324 ff.). Damit wird das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege abgewiesen. Kann der zahlungsunfähige Schuldner somit den Kostenvorschuss des konkursamtlichen Verfahrens bereits beim Konkursrichter nicht sicherstellen oder glaubhaft machen, erfolgt **keine Konkursöffnung**.

16

Damit ist der Rechtszustand vor dem Grundsatzentscheid des Bundesgerichts von 1992 erreicht, wobei beide Auffassungen vertretbar erscheinen. Auf der einen Seite geht es der kritischen Lehre und der geänderten Rechtsprechung ab 1993 um eine **ökonomische Schranke**, womit rechtsmissbräuchliche Insolvenzerklärungen zurückgebunden werden sollen. Auf der anderen Seite stellt sich die Frage, ob die geänderte Rechtsprechung ab 1993 vor Art. 4 BV standhält (vgl. GEORG MÜLLER, Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Art. 4 N 123 ff.; SCHWANDER, AJP 1996, 599 ff., insb. 600). Der **geänderten Rechtsprechung** ist denn auch in der Zwischenzeit ebenso überzeugende **Kritik der Lehre** erwachsen (PERRIN, AJP 1995, 1574 f.; vgl. auch PFLEGHARD, 176 FN 155 f. sowie nunmehr BGE 122 III 392).

17

Im Sinne eines Lösungsvorschlages kann auf die geänderte Rechtslage nach der Revision von 1994 (in Kraft ab 1.1.1997) verwiesen werden, womit den Bedenken gegen eine rechtsmissbräuchliche Insolvenzerklärung Rechnung getragen wird, indem der Schuldner inskünftig den Konkurs mit der Insolvenzerklärung nicht bewirkt, sondern nur beantragen kann (vgl. Art. 191 N 10 f., sowie insb. - BOTSCHAFT, o. 118); die ökonomische Schranke wird durch eine **rechtliche Schranke** ersetzt. Überdies ist auf den verbesserten Gläubigerschutz durch die Revision von Art. 265 ff. hinzuweisen - (GASSER, ZBJV 1996, 17 ff.). Sodann hat die 1993 geänderte Rechtsprechung des Grundsatzentscheids von 1992 zur Folge, dass **eine Gruppe von Personen** aus wirtschaftlichen Gründen vor dem Gesetz **ungleich behandelt** wird; das Recht, unter dem Vorbehalt von Rechtsmissbrauch und Sanierungsmöglichkeit einen Konkursantrag wegen Zahlungsunfähigkeit zu stellen, wird jenen Personen verwehrt, **die keinerlei Mittel mehr besitzen**. Schliesslich ist in diesem

Zusammenhang auch an das revidierte Vermögenstrafrecht zu erinnern, das Misswirtschaft unter Strafe stellt (vgl. Art. 165 Ziff. 1 StGB), wobei **der Gesetzgeber beim leichtsinnigen Schuldenmachen von der gemeinsamen Verantwortung von Gläubiger und Schuldner** ausgeht (vgl. Art. 165 Ziff. 2 StGB). Ein möglicher Rechtsmissbrauch wird hier durch die repressiven Normen des Strafrechts zusätzlich konkretisiert, wobei jedoch stets die Verletzung der Sorgfaltspflicht beim leichtsinnigen Schuldenmachen sowohl auf der Seite des Kreditgebers als auch des Kreditnehmers mitzuprüfen ist.

18

Zusammenfassend bleiben aber auch nach der SchKG-Revision zwei Meinungen bestehen: Die Gewährung und die Ablehnung der unentgeltlichen Rechtspflege für das konkursamtliche Verfahren beim Privatkonkurs. Es wäre daher – nach der Revision von 1994 – wünschenswert, wenn das **Bundesgericht** diese Rechtsfrage in einem **Grundsatzentscheid** klären könnte, allenfalls unter Heranziehung des neuen Grundrechts der Existenzsicherung (BGE 121 I 367 ff. = JKR 1997, 480 ff. mit Anm.). Bis dahin sollten die kantonalen Gerichte grundsätzlich – wegen der Missbrauchsproblematik – an der alten Praxis festhalten (N 12 und 15), jedoch ausnahmsweise dann die unentgeltliche Rechtspflege gewähren, wenn ehrliche schuldnerische Vorleistungen nachgewiesen sind, die nicht zum Ziel führen konnten (Art. 333 ff.).

3. *Tatbestand von Art. 192*

19

Von Handelsgesellschaften darf **kein Kostenvorschuss** verlangt werden (Art. 192 i.V.m. 194 und 169; vgl. Art. 192 N 25). Das Verfahren nach Art. 192 kann entweder ein Streitiges oder ein nichtstreitiges sein. Beim nichtstreitigen Verfahren ist Art. 52 lit. a GebV SchKG anwendbar und es gilt eine Gebühr zwischen 40.– und 200.– Franken. Beim Streitigen Verfahren gilt nach Art. 52 lit. b GebV SchKG eine Gebühr zwischen 50.– und 500.– Franken. Die Kantone können jedoch zu dieser Spruchgebühr zusätzliche Kosten für Vorladungen, Schreibgebühren und Publikation im kantonalen Amtsblatt bzw. im SHAB (vgl. Art. 35) verlangen. Bei Art. 192 allerdings **nicht** in Form eines **Kostenvorschusses**, sondern nur als **Kostenauflage** mit dem Entscheid.

4. *Tatbestand von Art. 193*

20

Zur Kostenregelung bei ausgeschlagener Erbschaft und analogen Fällen, vgl. Art. 193 N 15.

VIII. Internationales Privatrecht

21

Im internationalen Konkursrecht, d.h. beim konkursrichterlichen Verfahren der Anerkennung von ausländischen Konkursdekreten in der Schweiz gilt Art. 166 ff. IPRG (vgl. IPRG-BERTI, Art. 166 ff. sowie A. BRUNNER, AJP 1995, 1 ff. m.H. auf Rechtsprechung und Lehre; Trachsler, 1302 ff.). Die Konkurseröffnung über das Vermögen des ausländischen Schuldners in der Schweiz infolge der Anerkennung eines ausländischen Konkursentscheids i.S.v. Art. 166 IPRG kann – neben den vier Gründen der Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung i.S.v. Art. 190–193 – als **fünfter Konkursgrund** sui generis betrachtet werden. Die Anerkennung zieht daher stets die gleichzeitige Konkurseröffnung nach sich. Die Kantone sollten daher im Hinblick auf die Raschheit des Verfahrens darauf achten, dass die sachliche Zuständigkeit mit Bezug auf Anerkennung und Konkurseröffnung nicht aufgeteilt, sondern vom gleichen Richter beurteilt wird, der dann einen einheitlichen Entscheid – internationale Anerkennung **und** gleichzeitige Konkurseröffnung – fällen kann.