

# ZH\_OBERGERICHT PS160116 vom 20. Juli 2017

ZH Obergericht, 2017-07-20, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_PS160116](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_PS160116)

FR: ZH\_OBERGERICHT PS160116 du 20 juillet 2017

IT: ZH\_OBERGERICHT PS160116 del 20 luglio 2017

## Erwägungen

### E. 1

Der Gesuchsteller und Beschwerdeführer (nachfolgend Beschwerdeführer) hatte in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamts Zürich 8 (Zahlungsbefehl vom 13. April 2016) für eine Forderung der B.\_\_\_\_\_ SA Rechtsvorschlag mangels neuen Vermögens erhoben, diesen aber am 24. Mai 2016 bezüglich der Einrede des fehlenden neuen Vermögens wieder zurückgezogen (act. 4/2; act. 6/3/3 = act. 4/6). Mit Eingabe vom 15. Juni 2016 erklärte der Beschwerdeführer beim Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich seine Insolvenz und ersuchte um Eröffnung des Konkurses gemäss Art. 191 SchKG (act. 6/1). Auf dieses Begehren trat die Vorinstanz mit Verfügung vom 16. Juni 2016 nicht ein (act. 6/6 = act. 3 = act. 5).

### E. 2

Dagegen erhob der Beschwerdeführer am 20. Juni 2016 rechtzeitig Beschwerde (act. 2 = act. 6/7) und reichte diverse Beilagen ein (act. 4/1-2 und 4/4- 8). Mit Verfügung vom 24. Juni 2016 wurde ihm Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt, der rechtzeitig einging (act. 7-10). Gleichzeitig mit der Bezahlung des Vorschusses stellte der Beschwerdeführer ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (act. 9). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 6/1-7). Die Sache erweist sich als spruchreif.

### E. 3

Die Vorinstanz verwies zur Begründung ihres Nichteintretensentscheids auf Art. 265b SchKG, wonach der Schuldner, der sich auf die Einrede fehlenden neuen Vermögens beruft, während der Dauer der zugrunde liegenden Betreuung nicht selbst die Konkursöffnung gemäss Art. 191 SchKG beantragen kann. Der Gesetzgeber habe mit dieser Bestimmung ausschliessen wollen, dass der Schuldner eine Betreuung für eine bereits vor der letzten Konkursöffnung entstandene Forderung durch Insolvenzerklärung nach Art. 191 SchKG unterlaufen könne. Entsprechend ihres umfassenderen Zwecks sei sie auch anzuwenden, wenn der Schuldner die Einrede fehlenden neuen Vermögens entweder gänzlich unterlassen oder wie vorliegend nachträglich wieder zurückgezogen habe. Daher mangle es der Insolvenzerklärung vorliegend an einer Prozessvoraussetzung, weshalb darauf nicht einzutreten sei (act. 3 S. 3).

- 3 - Ob die Insolvenzerklärung des Beschwerdeführers als rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren wäre, weil bereits in den Jahren 2009 und 2013 über ihn der Konkurs infolge Insolvenzerklärung gemäss Art. 191 SchKG eröffnet worden sei, liess die Vorinstanz offen (act. 3 S. 3).

### E. 4

Der Beschwerdeführer führt aus, dass er seit einem Jahr unverschuldet arbeitslos sei und sein einziges Einkommen von der Arbeitslosenkasse beziehe. Ende November 2016 sei er ausgesteuert. Daher habe er gegen die Betreuung der B.\_\_\_\_\_, welche sich auf einen Verlustschein aus dem Jahr 2009 stütze, Rechtsvorschlag mangels neuen Vermögens erhoben. Zwei Tage später habe er eine weitere Betreuung der Mutter seines zweiten Sohnes erhalten. Er habe befürchtet, dass sich eine Gehaltspfändung im Hinblick auf eine allfällige neue Stelle nicht als besonders vorteilhaft erweisen würde. Daher habe er schweren Herzens eine Insolvenzerklärung abgegeben. Der Konkursrichter habe ihn darauf hingewiesen, dass dies nicht zulässig sei. Aus diesem Grund habe er den Rechtsvorschlag mangels neuen Vermögens zurückgezogen. Einer Insolvenzerklärung stehe nun folglich nichts mehr im Wege. Der Beschwerdeführer beantragt die rückwirkende Gewährung des Insolvenzantrags ab Datum der Einreichung und die Sistierung der vorinstanzlichen Spruchgebühr von Fr. 200.–, da seinerseits kein Verschulden vorliege und bereits die Fr. 1'800.– Vorschuss nicht ihm gehörten (act. 2).

## E. 5

Einleitend ist in prozessualer Hinsicht festzuhalten, dass sich das Beschwerdeverfahren gegen die Verweigerung der Konkursöffnung nach Art. 174 SchKG richtet und Noven hierbei zulässig sind (OGer ZH PS130156 vom 12. November 2013 E. 4). Die vom Beschwerdeführer neu eingereichten Beilagen sind folglich durch die Beschwerdeinstanz zu berücksichtigen (act. 4/1-2 und 4/4-8).

6.1 Gemäss Art. 191 Abs. 1 SchKG kann der Schuldner die Konkursöffnung selber beantragen, indem er sich beim Gericht zahlungsunfähig erklärt. Unter Zahlungsunfähigkeit ist die Unfähigkeit des Schuldners zu verstehen, aus einem nicht nur vorübergehenden Mangel an Zahlungsmitteln fällige Geldschulden zu begleichen. Der Richter eröffnet den Konkurs, wenn keine Aussicht auf eine Schuldenbereinigung nach Art. 333 ff. SchKG besteht. Er hat insbesondere sicherzustellen, dass die Insolvenzerklärung nicht rechtsmissbräuchlich erfolgt (BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER, 2. Aufl., Art. 191 N 14 ff.). Einen Anwendungsfall einer rechtsmissbräuchlichen Insolvenzerklärung hat der Gesetzgeber in Art. 265b SchKG ausdrücklich gesetzlich geregelt: Während der Dauer einer Betreuung, der sich der Schuldner mit der Bestreitung neuen Vermögens widersetzt, darf keine Insolvenzerklärung abgegeben werden (KUKO SchKG-RONCORONI, 2. Aufl., Art. 191 N 9; BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER, 2. Aufl., Art. 191 N 15). Mit dieser Bestimmung wird bezweckt, dass der Schuldner eine gegen ihn angehobene Betreuung eines Verlustscheingläubigers nicht unterlaufen kann, indem er sich selbst für zahlungsunfähig erklärt und so die neuerliche Konkursöffnung auslöst (Botschaft, BBl 1991 III 1 ff., 160). Diese führte nämlich dazu, dass der Verlustscheingläubiger erneut nur eine Konkursdividende erhielt. Der Schuldner soll namentlich nicht einer Lohnpfändung ausweichen können (BSK SchKG II-HUBER, 2. Aufl., Art. 265b N 1; GUT/RAJOWER/SONNENMOSER, Rechtsvorschlag mangels neuen Vermögens unter besonderer Berücksichtigung der zürcherischen Praxis, AJP 1998 529 ff., 536).

6.2 Die Vorinstanz hielt mit Verweis auf einschlägige Lehrmeinungen dafür, dass Art. 265b SchKG entgegen des zu engen Wortlauts auch anzuwenden sei, wenn der Schuldner die Einrede fehlenden neuen Vermögens ganz unterlassen oder zwar erhoben, aber nachträglich wieder zurückgezogen habe. Dies bestreitet der Beschwerdeführer sinngemäss, indem er geltend macht, dass er die Einrede zurückgezogen habe, um Insolvenz erklären zu können. Bereits aus dem vorinstanzlichen Entscheid geht hervor, dass die Lehre hinsichtlich der Ausweitung des Tatbestands von

Art. 265b SchKG auf diejenigen Fälle, in denen der Schuldner die Einrede fehlenden neuen Vermögens gar nicht erhoben oder vor dem Entscheid des Richters wieder zurückgezogen hat, nicht einhellig gleicher Meinung ist (vgl. act. 3 S. 3 m.w.H.). Insbesondere STÖCKLI/POSSA vertreten die Auffassung, dass der Schuldner diesfalls die Konkurseröffnung beantragen dürfe (KUKO SchKG-STÖCKLI/POSSA, 2. Aufl., Art. 265b N 1).

- 5 - 6.3 Ausgangspunkt jeder Auslegung einer Bestimmung ist ihr Wortlaut, wobei bei unklarem Wortlaut nach ihrer wahren Tragweite gesucht werden muss unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente, namentlich von Sinn und Zweck sowie der dem Text zugrundeliegenden Wertung. Wichtig ist ebenfalls der Sinn, der einer Norm im Kontext zukommt. Vom klaren, d.h. eindeutigen und unmissverständlichen Wortlaut darf nur ausnahmsweise abgewichen werden, u.a. dann, wenn triftige Gründe dafür vorliegen, dass der Wortlaut nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt. Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung, aus ihrem Grund und Zweck oder aus dem Zusammenhang mit anderen Vorschriften ergeben (statt vieler BGE 139 V 66 E. 2.2). Vorliegend ging es dem Gesetzgeber offensichtlich darum, die Position der Verlusstscheingläubiger zu stärken (Botschaft, BBl 1991 III 1 ff., 160; BSK SchKG II-HUBER, 2. Aufl., Art. 265b N 1). Diesen – und nur diesen – gegenüber stünde dem Schuldner der Rechtsvorschlag mangels neuen Vermögens zu, weshalb das entsprechende Kriterium folgerichtig im Gesetzeswortlaut Niederschlag findet (wobei der Gesetzgeber offensichtlich davon ausging, dass die Einrede nach Möglichkeit auch tatsächlich erhoben wird). Selbstverständlich kann der Schuldner es aber auch bei der Betreuung eines Verlusstscheingläubigers beim blossen Rechtsvorschlag bewenden lassen bzw. kann er auf den Rechtsvorschlag ganz verzichten oder die Einrede (wie vorliegend) zurückziehen. Die Betreuung nimmt dann ihren gewöhnlichen Fortgang. Würde es dem Schuldner dann zugestanden, die Insolvenzerklärung abzugeben, könnte er tatsächlich Sinn und Zweck der Bestimmung von Art. 265b SchKG unterlaufen. 6.4 Da ein Verlusstscheingläubiger bereits einmal zu Verlust gekommen ist, gilt er entsprechend der Wertung des Gesetzgebers als besonders schutzwürdig. Bestehen in einem solchen Fall gewichtige Anhaltspunkte, dass der Schuldner mit der Insolvenzerklärung nicht einen wirtschaftlichen Neubeginn anstrebt, sondern seine Belangbarkeit gegenüber den Gläubigern einschränken will, ist nun die Insolvenzerklärung aus Gründen des Rechtsmissbrauchsverbots zu versagen (BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER, 2. Aufl., Art. 191 N 16; OG Solothurn, SOG 1994 Nr. 18 E. 2.b)).

- 6 - 6.5 Vorliegend wies der Beschwerdeführer darauf hin, dass er noch bis Ende November 2016 Arbeitslosengeld beziehe. Aus den von ihm eingereichten Beilagen ist ersichtlich, dass er von der Arbeitslosenkasse ... monatlich rund Fr. 8'000.– erhält. Davon verbleiben ihm aufgrund einer bestehenden Lohnpfändung pro Monat Fr. 5'035.85.– (act. 4/7-8). Der Beschwerdeführer gibt als Grund für die Insolvenzerklärung selbst an, dass er im Hinblick auf eine neue Stelle eine Gehaltspfändung nicht als besonders vorteilhaft erachte (act. 2 S. 1). Genau diese soll der Schuldner aber nicht zulasten der Gläubiger mit einer Insolvenzerklärung zu Fall bringen können. Der Beschwerdeführer soll nicht durch eine neuerliche Konkurseröffnung einer Lohnpfändung ausweichen können. Um einen neuen Arbeitgeber nicht mit seinen finanziellen Problemen zu konfrontieren, ist er auf die sogenannte stille Lohnpfändung zu verweisen. Unter den genannten Umständen ist die Insolvenzerklärung des Beschwerdeführers ohne weiteres als rechtsmissbräuchlich zu betrachten. 6.6 Demzufolge erweist sich die Beschwerde als unbegründet und ist abzuweisen. 7.1 Ausgangsgemäss wird der Beschwerdeführer für das Beschwerdeverfahren

kostenpflichtig (Art. 106 ZPO). In Anwendung von Art. 52 lit. a GebV SchKG ist die Gerichtsgebühr auf Fr. 150.– festzusetzen und dem Beschwerdeführer aufzu- erlegen. 7.2 Der Beschwerdeführer stellt für das Rechtsmittelverfahren einen Antrag auf unentgeltliche Rechtspflege (act. 9). Grundsätzlich ist ein solcher Anspruch auch für das Konkursverfahren zufolge Insolvenzerklärung gewährleistet (BGE 119 III 113 E. 2). Er ist jedoch an die üblichen Voraussetzungen der fehlenden finanziel- len Mittel und der fehlenden Aussichtslosigkeit geknüpft (Art. 117 ZPO). Wie auf- gezeigt, erweist sich das Begehren des Beschwerdeführers als aussichtslos, weshalb das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege abzuweisen ist.

- 7 - Es wird beschlossen:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.