



22. April 2015

Erläuternder Bericht

Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (Missbrauch des Konkursverfahrens verhindern)

Inhalt

1	Ausgangslage und Vorgehen.....	3
1.1	Motion Hess (11.3925).....	3
1.2	Hintergrund.....	3
1.3	Statistik.....	4
1.4	Anhörungen und Rückmeldungen betroffener und interessierter Kreise.....	4
2	Ziele der vorgeschlagenen Massnahmen.....	5
3	Die vorgeschlagenen Massnahmen im Einzelnen.....	6
3.1	Erlass der Kostentragungspflicht (nicht aber der Vorschusspflicht) des antragstellenden Gläubigers.....	6
3.1.1	Umsetzung und Wirkungen.....	6
3.1.2	Vorgeschlagener Gesetzestext.....	7
3.2	Persönliche solidarische Haftung der Organe des Gemeinschuldners für die Konkurskosten- und -vorschussausfall.....	8
3.2.1	Umsetzung und Wirkungen.....	8
3.2.2	Vorgeschlagener Gesetzestext.....	9
3.3	Streichung von Art. 43 Ziff. 1 und 1 ^{bis} SchKG.....	9
3.3.1	Umsetzung und Wirkungen.....	9
3.3.2	Vorgeschlagener Gesetzestext.....	11
3.4	Verlängerung der Zahlungsfrist von Art. 230 Abs. 2 SchKG.....	11
3.4.1	Umsetzung und Wirkungen.....	11
3.4.2	Vorgeschlagener Gesetzestext.....	11
4	Geprüfte Varianten und verworfene Massnahmen.....	11
4.1	Geprüfte Varianten zum Erlass der Kostentragungspflicht.....	11
4.1.1	Streichung der Haftung und der Vorschusspflicht des Gläubigers?.....	11
4.1.2	Erlass nur für privilegierte Forderungen?.....	12
4.2	Geprüfte Varianten zur Organhaftung für die Konkurskosten.....	12
4.2.1	«vorgezogene Recyclinggebühr» für Gesellschaften.....	12
4.2.2	Revisionspflicht.....	12
4.3	Geprüfte und Verworfene Massnahmen.....	13
4.3.1	Keine Anpassungen in Art. 745 ff. OR.....	13
4.3.2	Keine Klagemöglichkeit bei eingestelltem Konkurs.....	13
4.3.3	Verzicht auf Nebenstrafen im Strafrecht.....	14
4.3.4	Vorläufiger Verzicht auf einen «Konkurspranger».....	15
5	Fazit.....	16

Eine der wichtigsten Zielsetzungen des Konkursrechts besteht darin, scheiternden Unternehmern eine neue Chance für eine wirtschaftliche Tätigkeit zu gewähren. Das Konkursrecht kann aber auch missbraucht werden, um sich Verpflichtungen zu entledigen und andere Unternehmen auf unlautere Weise zu konkurrenzieren. Der vorliegende Bericht schlägt, in Erfüllung der Motion 11.3925 (Hess), verschiedene punktuelle Anpassungen im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht vor. Diese sind primär darauf ausgerichtet, die geltenden faktischen und rechtlichen Hürden, welche geschädigte Gläubiger bei der Rechtsdurchsetzung gegen den Schuldner vorfinden, zu beseitigen oder zu senken. Damit soll der Missbrauch des Konkursrechts erschwert werden, ohne die unternehmerische Initiative zu erschweren oder das unternehmerische Scheitern an sich zu kriminalisieren.

1 Ausgangslage und Vorgehen

1.1 Motion Hess (11.3925)

Am 5. Dezember 2011 (Ständerat) und am 28. Februar 2012 (Nationalrat) nahmen die Räte folgende Motion von Ständerat Hans Hess (11.3925) ohne Gegenstimme an:

«Der Bundesrat wird beauftragt, die rechtlichen Grundlagen dafür zu schaffen, dass Personen das Konkursverfahren nicht mehr dazu missbrauchen können, sich ihrer Verpflichtungen zu entledigen.»

In der Begründung hielt der Motionär Folgendes fest:

«Die Praxis zeigt, dass es immer wieder Fälle gibt, in denen der Konkurs einer Gesellschaft dazu benutzt wird, um bestehende Schulden loszuwerden und Löhne nicht bezahlen zu müssen. Kurze Zeit nach dem Konkurs wird dann eine neue Gesellschaft gegründet, die Arbeitnehmenden werden neu eingestellt und unter Umständen auch die Produktionsanlagen oder Warenlager billig aus der alten Konkursmasse herausgekauft. Auf diese Weise schädigen die betreffenden Personen ihre Gläubiger und verschaffen sich zugleich einen Wettbewerbsvorteil gegenüber ihren Konkurrenten. Hinzu kommt, dass die Arbeitslosenkasse den Angestellten über die Insolvenzenschädigung die ausstehenden Monatslöhne vor dem Konkurs bezahlen muss; werden die Arbeitnehmenden anschliessend bei einer neuen Gesellschaft des Konkursiten angestellt, erhält sie dieses Geld nicht mehr zurück. Auch dies führt zu einer Wettbewerbsverzerrung und stellt zugleich einen Missbrauch von Steuergeldern dar.»

Die Rechtskommission des Ständerates begründete ihren Antrag auf Zustimmung zur Motion mit folgenden Erwägungen:

«Die Kommission ist sich bewusst, dass die vom Motionär beschriebenen Missbräuche des Konkursverfahrens leider der Realität entsprechen: Praktiken wie Flucht vor vertraglichen Verpflichtungen, Missbrauch von Insolvenzenschädigungen und Rückkauf der Überbleibsel der konkursiten Gesellschaft für einen Pappenstiel kommen bedauerlicherweise nur allzu häufig vor. Die Folgen sind in der Tat Wettbewerbsverzerrungen und Einbussen bei den öffentlichen Kassen. Aus diesem Grund beantragt die Kommission ohne Gegenstimme, dem Bundesrat und dem Ständerat zu folgen und die Motion anzunehmen. Die Kommission geht mit dem Bundesrat (AB 2011 S. 1054) einig, dass es nicht einfach sein wird, eine Lösung zu finden, wie Missbräuche des Konkursverfahrens verhindert werden können. Die Abhilfemasnahmen (strafrechtliche Sanktionen, Verbot von Neugründungen usw.) sind mit Bedacht anzuwenden. Die Bekämpfung des Missbrauchs ist zwar ein wichtiges Ziel, darf aber nicht absolute Priorität haben: Viele Konkurse sind weder missbräuchlich noch nur verschuldet und die betroffenen Personen müssen das Anrecht auf eine «zweite Chance» haben. Bei der Umsetzung dieser Motion ist deshalb besonders darauf zu achten, dass die verschiedenen Interessen vernünftig gegeneinander abgewogen werden. Die im Ausland bestehenden Lösungen sollen als Anregung dienen, müssen aber zweifellos den Gegebenheiten unseres Landes angepasst werden, dies vor allem, um den wirtschaftskulturellen Unterschieden Rechnung zu tragen (Definition des Missbrauchs, gesellschaftliche Beurteilung des Konkurses, Anrecht auf eine «zweite Chance» usw.).¹

1.2 Hintergrund

Hintergrund der Motion sind Fälle – namentlich in der Baubranche –, in denen das Konkursrecht dazu missbraucht wird, Konkurrenten zu unterbieten und Gläubiger zu schädigen. Dabei wird ein Konkursverfahren bewusst in Kauf genommen, um Verpflichtungen nicht erfüllen zu müssen bzw. diese den Sozialversicherern (insbesondere der Insolvenzversicherung) aufzubürden. Das Konkursrecht erlaubt es dabei dem fehlbaren Unternehmer grundsätzlich, unmittelbar danach ein neues Unternehmen zu gründen, dabei u.U. die bisherigen Arbeitnehmenden und Arbeitsgeräte zu übernehmen, und anschliessend erneut Sozialversicherer sowie neue Gläubiger mit derselben «Masche» zu schädigen.

¹ Bericht der Kommission für Rechtsfragen vom 2. Februar 2012.

Das geltende Konkursrecht und das Strafrecht stellen verschiedene Mittel zur Verfügung, um solche Missbräuche zu ahnden. Allerdings zeigt sich, dass in verschiedenen Bereichen die faktischen und rechtlichen Hürden für Gläubiger und Behörden zur Rechtsdurchsetzung zu hoch sind und deshalb auf eine konsequente Rechtsverfolgung selbst offensichtlich missbräuchlicher Fälle verzichtet wird. Dieser Verzicht setzt häufig bereits bei der Eröffnung eines formellen Konkursverfahrens ein, weil dessen Einleitung mit einem erheblichen Kostenrisiko für die Gläubiger verbunden ist. Die Rückabwicklung missbräuchlicher Transaktionen des konkursiten Schuldners hängt jedoch von der Durchführung zumindest eines summarischen Konkursverfahrens ab.

Generell scheitert die Verfolgung von Konkursmissbräuchen weniger an den fehlenden rechtlichen Grundlagen als an der – nachvollziehbaren – fehlenden Bereitschaft der Geschädigten, weitere finanzielle Risiken in Form von Zivilprozessen einzugehen oder aufwändige Strafanzeigen zu verfassen.

1.3 Statistik

In der Schweiz werden heute ungefähr 12'000 Konkurse pro Jahr eröffnet.² Wie viele dieser Konkurse als missbräuchlich zu qualifizieren sind, vermag die Statistik allerdings nicht zu sagen. Ein Indiz für eine zumindest wohl zu späte Anrufung des Konkursrichters gibt die Anzahl mangels Aktiver eingestellter Konkurse: Gemäss Ernst & Young³ (Studie von 2009) werden 41.4% der Konkursverfahren mangels Aktiven eingestellt. Gemäss Staatsanwaltschaft Zürich gibt es nur wenige strafrechtlich verfolgte Konkursfälle (im einstelligen Bereich für den Kanton Zürich/Jahr), zumindest solche, welche zur Staatsanwaltschaft gelangen würden, auch wenn sich genaue Zahlen nicht ermitteln lassen. Die Anzahl strafrechtlicher Verurteilungen im Bereich der einschlägigen Konkursdelikte zeigt einen stetigen, jedoch moderaten Anstieg an Verurteilungen.⁴

1.4 Anhörungen und Rückmeldungen betroffener und interessierter Kreise

Vor der Erarbeitung der vorliegenden Revisionsvorschläge wurden daher verschiedene Fachpersonen aus Unternehmen und Behörden angehört. Deren Stellungnahmen und Rückmeldungen flossen in den vorliegenden Bericht ein.

Eine befragte *Staatsanwaltschaft* (Wirtschaftsstaatsanwaltschaft Zürich) gab an, die Anzahl zur Anzeige gebrachter Missbrauchsfälle sei sehr gering (im einstelligen Bereich pro Jahr und Bezirk). Bezüglich der materiellen Strafrechtsnormen ortete diese jedenfalls keinen dringenden gesetzgeberischen Handlungsbedarf. Vielmehr wurde der Verdacht geäußert, dass wohl viele Fälle gar nicht zur Anzeige kämen.

Die *Eidgenössische Steuerverwaltung (ESTV), Abteilung Mehrwertsteuer*, wies auf die Schwierigkeiten hin, welche sich aus dem gegenwärtigen Verbot der Konkursbetreibung (Art. 43 SchKG) für sie ergebe. Namentlich komme es häufig vor, dass Unternehmen systematisch auf die Zahlung von Steuern verzichteten und dabei einen Konkurrenzvorteil erlangten. Auf dem Pfändungswege sei in der Regel nichts zu erlangen. Die Konkurseröffnung durch andere Gläubiger erfolge dann häufig zu spät, woraus alle Gläubiger Schaden nähmen. Bestimmungen über eine persönliche Haftung der Geschäftsführer (insb. Art. 52 Abs. 2 AHVG) erwiesen sich demgegenüber als sehr wirksam, diese Verbindlichkeiten würden fast immer beglichen.

Seitens der *Arbeitslosen- und Insolvenzversicherung (SECO)* als häufig vom Missbrauch betroffene Einrichtungen wurde der Aspekt der Rechtsverfolgungskosten und des Prozess-

² Bundesamt für Statistik, <<http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/06/02/blank/key/02/betreibungen.html>>.

³ Bericht abrufbar unter <<http://www.seco.admin.ch/dokumentation/publikation/00004/00060/index.html?lang=en>>, Heft 19, S. 51.

⁴ Vgl. hinten Ziff. 4.3.3.

aufwandes in den Vordergrund gestellt. Diese Gründe liessen oft selbst eine personell gut ausgestattete Verwaltung davon absehen, Missbrauchsfälle gerichtlich zu verfolgen.

Der *Sicherheitsfonds BVG* und die *Zentrale Ausgleichsstelle (ZAS)* als weitere häufige Geschädigte von Missbrauchsfällen schlugen ebenfalls in diese Kerbe: die Verfahren seien häufig schwerfällig, mit hohen Kosten verbunden und brächen nur selten und dann nur geringen Ertrag. Generell erweise sich die zu späte Konkursöffnung als schadenserhöhend. Anders als bei privaten Inkassostellen sei es zudem aus Datenschutzgründen kaum möglich, «Wiederholungstäter» rechtzeitig zu eruieren (so auch die ESTV). Demgegenüber funktioniere die Strafverfolgung im Regelfall, wenn eine substantiierte Anzeige erstattet würde.

Private Inkassostellen teilen die Analyse, dass die Rechtsverfolgungskosten zu hoch seien und häufig keine Rechtsverfolgung zu rechtfertigen vermochten. Eigene Datensammlungen über notorische «Konkursreiter» seien zwar hilfreich, letztlich aber nicht immer zuverlässig, da sie nicht auf einheitlichen Identifikatoren basieren, Verwechslungen seien nicht ausgeschlossen, Ungenauigkeiten (unterschiedliche Schreibweisen) würden zudem ausgenutzt, um diese zum umgehen.

Der *Gewerkschaftsbund* sowie die *UNIA* stellen die harten Einzelschicksale von Arbeitnehmern in Missbrauchsfällen in den Vordergrund. Zum einen führe eine späte Konkursöffnung häufig zum Verlust des Versicherungsschutzes durch die Insolvenzversicherung. Zudem stelle letztere (zu) hohe Anforderungen an die Schadensminderungspflicht im Sinne einer Pflicht zur Rechtsverfolgung durch den Arbeitnehmer. Dabei müsse dieser wiederum Kosten übernehmen, da die Frage nach der Kostenlosigkeit von Summarverfahren nicht geklärt sei. Den Kostenvorschuss für eine Konkursdurchführung könnten diese ohnehin kaum bezahlen. An der Wirksamkeit der Strafverfolgung werden Zweifel erhoben, obwohl selbst kaum Anzeigen erstattet würden. Generell würde es von dieser Seite begrüsst, wenn der Konkurs näher in eine strafrechtliche Verantwortlichkeit gerückt würde (etwa nach Vorbild des belgischen Rechts).

Die befragten *Praktiker aus Konkursämtern und Gerichten* erklärten, dass es selbst bei einer Durchführung summarischer Verfahren selten zu Forderungsabtretungen und zur Rechtsverfolgung durch Gläubiger komme, wohl aufgrund der damit verbundenen Kostenrisiken. Ausserdem verhindere Artikel 43 SchKG, dass die Konkursöffnungen von denjenigen Stellen (etwa der ESTV) beantragt würden, welche die nötigen Kenntnisse und Mittel dazu hätten. So komme es zu verspäteten Konkursöffnungen. In strafrechtlicher Hinsicht werde der Strafrahmen von den Gerichten nie ausgeschöpft, meist würden sehr geringe Strafen mittels Strafbefehl ausgesprochen, deren spezialpräventive Wirkung bezweifelt werde.

2 Ziele der vorgeschlagenen Massnahmen

Viele der für die Lösung der dargestellten Probleme in Frage kommende Massnahmen zur Verhinderung missbräuchlicher Konkurse stellen Eingriffe in ein empfindliches Gefüge von Interessen und in den Ablauf eingespielter Verfahren (Konkursöffnung, Konkursverfahren) dar. Wie schon die vorberatende Kommission des Ständerats festhielt, ist «[die] Bekämpfung des Missbrauchs [...] zwar ein wichtiges Ziel, darf aber nicht absolute Priorität haben: Viele Konkurse sind weder missbräuchlich noch nur verschuldet und die betroffenen Personen müssen das Anrecht auf eine «zweite Chance» haben. Bei der Umsetzung dieser Motion ist deshalb besonders darauf zu achten, dass die verschiedenen Interessen vernünftig gegeneinander abgewogen werden.»⁵

Als Ergebnis der Anhörungen mit den Expertinnen und Experten sowie der nachfolgenden Überlegungen kann einerseits festgehalten werden, dass einerseits weder das SchKG noch das Strafrecht grundlegender Anpassungen oder Ergänzungen bedürfen. Andererseits zeigte sich auch deutlich, dass es nicht möglich ist, mit einer einzigen gesetzgeberischen Massnahme das Problem des Konkursmissbrauchs zu lösen. Vielmehr sind es verschiedene klei-

⁵ Fn 1.

nerer punktuelle Eingriffe, welche einen Beitrag dazu leisten sollen, dass die bereits vorhandenen rechtlichen Mittel vermehrt eingesetzt werden, sie in der Praxis mehr Erfolg zeigen, und so letztlich auch eine generalpräventive Wirkung erzielen.

In zahlreichen Konkursfällen, gerade bei den anvisierten Missbrauchsfällen, hat der Gemeinschuldner (meist eine AG oder GmbH) nicht ausreichend Mittel in der Masse belassen, damit ein Konkursverfahren, selbst ein summarisches, durchgeführt werden kann. Gläubiger wollen das Vorschussrisiko meist ebenfalls nicht tragen, da ungewiss ist, ob sie überhaupt etwas erhalten werden und die Kosten des Verfahrens gedeckt werden. Es wird somit in zahlreichen Fällen kein Konkursverfahren durchgeführt, stattdessen wird der Konkurs mangels Aktiven eingestellt (Art. 230 SchKG). Mit der Einstellung des Konkurses leben die Pfändungen wieder auf (Art. 230 Abs. 3 und 4 SchKG), ebenfalls allfällige Verantwortlichkeitsansprüche. Doch gerade bei Einstellung des Konkurses besteht grosse Rechtsunsicherheit in Bezug etwa auf die Frage, wer nun (wenn keine Konkursverwaltung da ist) welchen Schaden (den unmittelbaren oder den mittelbaren?) geltend machen kann. Die Auswirkungen der Konkurs-einstellung auf die Verantwortlichkeitsklagen (nach Art. 754 oder 757 OR) sind im Gesetz nicht geregelt, Lehre und Rechtsprechung bieten potenziellen Klägern hier kaum Hilfe an.⁶

Zusammenfassend zeigt sich, dass Einstellungen des Konkurses mangels Aktiven die Impunität eines fehlhaften Unternehmers fördern. Paradoxiertweise hat dieser es in der Hand, sein persönliches Rechtsverfolgungsrisiko durch besonders gründliches Herunterwirtschaften seines Unternehmens zu senken. Hier besteht gesetzgeberischer Handlungsbedarf. Die gesetzgeberischen Massnahmen sollten darauf abzielen, dass Konkurse früher eröffnet werden, und zwar zu einem Zeitpunkt, in dem noch ausreichend Aktiven vorhanden sind, um zumindest ein summarisches Konkursverfahren durchzuführen.

Aus Sicht der (befragten) Staatsanwaltschaften ist es auch für die Strafverfolgungsbehörden von Vorteil, wenn die Konkursakten beim Konkursamt eingesehen und gegebenenfalls beschlagnahmt werden können. Dies ist aber nicht möglich, wenn gar kein Verfahren durchgeführt wird.

3 Die vorgeschlagenen Massnahmen im Einzelnen

3.1 Erlass der Kostentragungspflicht (nicht aber der Vorschusspflicht) des antragstellenden Gläubigers

3.1.1 Umsetzung und Wirkungen

Der Gläubiger, der nach Artikel 230 Absatz 2 SchKG die vom Konkursamt festgelegte Sicherheit leistet, um zumindest die Kosten für ein summarisches Verfahren zu decken, geht ein beträchtliches finanzielles Risiko ein. Er wird den Vorschuss in den meisten Fällen nur zurückerhalten, wenn er auf die Eröffnung des Verfahrens hin die Abtretung einer Forderung nach Artikel 260 SchKG verlangt, die entsprechende Klage einreicht und diese erfolgreich ist. Selbst dann trägt er das Inkassorisiko.

Gemäss geltendem Artikel 169 Absatz 1 SchKG haftet der Gläubiger, der das Konkursbegehren stellt, für die Kosten, die bis und mit der Einstellung des Konkurses mangels Aktiven oder bis zum Schuldenruf entstehen. Diese Kostenregelung ist nicht restlos nachvollziehbar. Führt das Konkursbegehren zur Konkurseröffnung, so hat der Gläubiger an sich «obsiegt». Es ist letztlich der Schuldner, der den Konkurs verursacht hat und für die Folgen einstehen sollte. Zudem kommt das Konkursverfahren zahlreichen Gläubigern zugute. Es ist nicht einsichtig, wieso ein einziger als «Winkelried» das Kostenrisiko zugunsten der Allgemeinheit der Gläubiger übernehmen sollte.

Der vorliegende Vorschlag einer Änderung von Artikel 169 Absatz 1 SchKG wälzt die Kostentragungspflicht auf den Schuldner bzw. auf die Masse ab. Hingegen bleibt das Gericht

⁶ Vgl. etwa HGer SG 10. Mai 2011, HG.2011.18.

bzw. das Konkursamt weiterhin befugt, einen Kostenvorschuss vom antragstellenden Gläubiger zu verlangen. Auf diese Weise wird die Allgemeinheit von vielen Konkurskostenausfällen entlastet. Dem Gläubiger, der die Kosten vorschiesst, wird im Gegenzug eine Haftungsgrundlage für einen Durchgriff gewährt, und zwar in allen Fällen, in denen der Schuldner eine juristische Person ist (vgl. dazu unten Ziff. 3.2). Im Ergebnis bleibt somit ein Kostenrisiko beim Gläubiger, dieses wird jedoch reduziert. Der Verzicht auf eine völlige Entlastung vom Kostenrisiko hat zudem die Wirkung, dass weiterhin keine Konkurse durchgeführt werden, bei denen entweder niemand geschädigt wurde oder aber ohnehin keine verwertbaren Vermögenswerte (auch nicht bei den Organen) vorhanden sind.

Aus der vorgeschlagenen Streichung des bisherigen Artikel 169 Absatz 1 SchKG ergäbe sich ausserdem die Konsequenz, dass die Gesellschaft auch in den Fällen von **Artikel 731b Absatz 1 Ziffer 3 OR**⁷ die Kosten zu tragen hätte. Ein allfälliger Ausfall wäre zwar wie bis anhin zunächst von der Allgemeinheit zu tragen. Immerhin stünde nunmehr aber dem Konkursamt eine Haftungsgrundlage für diese Kosten gegenüber den letzten Organen zu (Ziff. 3.2). Damit dürften Geschäftsaufgaben, die eine Liquidation nach Artikel 731b Absatz 1 Ziffer 3 OR zur Folge haben, als Mittel zur «Unternehmensentsorgung auf Kosten der Allgemeinheit» weniger attraktiv werden, die generalpräventive Wirkung gesteigert und u.U. die Kostenbelastung der Allgemeinheit verringert werden.

3.1.2 Vorgeschlagener Gesetzestext

Art. 169 SchKG

[4. Haftung Vorschuss für die Konkurskosten]

¹ ~~Wer das Konkursbegehren stellt, haftet für die Kosten, die bis und mit der Einstellung des Konkurses mangels Aktiven (Art. 230) oder bis zum Schuldeneruf (Art. 232) entstehen. Das Gericht kann von der Partei, die das Konkursbegehren stellt, einen Vorschuss für die Kosten, die bis und mit der Einstellung des Konkurses mangels Aktiven (Art. 230) oder bis zum Schuldeneruf (Art. 232) entstehen, verlangen.~~

² [vgl. unten Ziff. 3.2.2]

Im Wesentlichen wird mit der vorgeschlagenen Anpassung die Haftung der antragsstellenden Partei durch eine Vorschusspflicht in ebendiesem Umfang ersetzt. Zu Recht kann dagegen eingewendet werden, damit ändere sich in der Praxis für die antragstellende Partei wenig. Die Neuerung ist aber im Zusammenhang mit der neu eingeführten, unter Ziffer 3.2 erläuterten Organhaftung für einen allfälligen Ausfall dieser vorgeschossenen Kosten, zu sehen. Im Ergebnis muss der Gläubiger zwar weiterhin «Geld in die Hand nehmen», hat aber gute Aussichten, dieses bei den letzten eingetragenen Organen wieder einzutreiben. Dies dürfte zumindest dort eine interessante Option sein, wo die Organe weiterhin persönlich über Vermögen verfügen, was bei Missbrauchsfällen nicht selten der Fall ist. Ausserdem steht dieser Rückgriff auch dem Konkursamt zu, was namentlich in den Fällen von Artikel 731b Absatz 1 Ziffer 3 OR, bei denen das Konkursamt keinen Vorschuss verlangen kann, durchaus von Bedeutung sein kann.

⁷ Art. 731b OR ist seit Anfang 2008 in Kraft. Diese Bestimmung regelt das Vorgehen bei sogenannten Organisationsmängeln von Gesellschaften. Wenn ein notwendiges Organ einer Gesellschaft fehlt oder wenn die Organe nicht rechtmässig zusammengesetzt sind, kann ein Aktionär, ein Gläubiger oder der Handelsregisterführer beim Richter beantragen, dass die erforderlichen Massnahmen getroffen werden, um den Mangel zu beseitigen. Als ultima ratio ist die Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs vorgesehen. Dabei werden die Gesellschaften gemäss dem Konkursverfahren liquidiert, ohne dass eine Zahlungsunfähigkeit oder eine Überschuldung vorliegen müssten. In den letzten Jahren ist der Anteil an Unternehmen, die auf diesem Wege liquidiert worden sind, auf ca. 30% gestiegen. Von verschiedener Seite wird Kritik an dieser Regelung laut. So würden Gesellschaften auf Kosten der Allgemeinheit «entsorgt», denn es können keine Vorschusspflichten auferlegt werden, vgl. dazu Franco Lorandi, Konkursverfahren über Handelsgesellschaften ohne Konkursöffnung – Gedanken zu Art. 731b OR, AJP 2008, S. 1378-1394.

3.2 Persönliche solidarische Haftung der Organe des Gemeinschuldners für die Konkurskosten- und -vorschussausfall

3.2.1 Umsetzung und Wirkungen

Wie schon dargelegt wurde, haben bei juristischen Personen die letzten Organe der Gesellschaft bei Missbrauchsfällen kein besonderes Interesse daran, die Konkursöffnung frühzeitig zu beantragen, zumindest solange noch ausreichend Mittel für eine wenigstens summarische Konkursdurchführung vorhanden sind. Wenn in der Masse nämlich gar keine Mittel vorhanden sind, wird das Konkursverfahren eingestellt und die Rechtsverfolgung gegenüber allenfalls fehlbaren Geschäftsführern zusätzlich erschwert bzw. mit weiteren Kostenrisiken verbunden.

Verfügt eine Gesellschaft zum Zeitpunkt der Konkursöffnung allerdings nicht einmal über genügend Mittel, um zumindest ein summarisches Konkursverfahren durchzuführen, begründet dies eine starke Vermutung dafür, dass die Organe der betreffenden juristischen Person ihre Pflichten nach Artikel 725 ff. OR verletzt haben.

Daher sollen neu **die letzten im Handelsregister eingetragenen Mitglieder des obersten Leitungs- und Verwaltungsorgans** einer juristischen Person gegenüber dem vorschusspflichtigen Gläubiger oder dem Konkursamt **für ungedeckte Kosten** eines summarischen Verfahrens **haftbar** gemacht werden. Den Organen soll dabei der Beweis offenstehen, dass sie ihren Pflichten nach Artikel 725 ff. OR nachgekommen sind.

Eine ähnliche Regelung hat Deutschland kürzlich im Rahmen des Gesetzes zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG, BGBl I 2011, 2582) eingeführt (§ 26 IV dInsO):

(3) Wer nach Absatz 1 Satz 2 einen Vorschuß geleistet hat, kann die Erstattung des vorgeschossenen Betrages von jeder Person verlangen, die entgegen den Vorschriften des Insolvenz- oder Gesellschaftsrechts den Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens pflichtwidrig und schuldhaft nicht gestellt hat. Ist streitig, ob die Person pflichtwidrig und schuldhaft gehandelt hat, so trifft sie die Beweislast.

(4) Zur Leistung eines Vorschusses nach Absatz 1 Satz 2 ist jede Person verpflichtet, die entgegen den Vorschriften des Insolvenz- oder Gesellschaftsrechts pflichtwidrig und schuldhaft keinen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens gestellt hat. Ist streitig, ob die Person pflichtwidrig und schuldhaft gehandelt hat, so trifft sie die Beweislast. Die Zahlung des Vorschusses kann der vorläufige Insolvenzverwalter sowie jede Person verlangen, die einen begründeten Vermögensanspruch gegen den Schuldner hat.

Mit den neuen Abs. 3 und 4 sollen nunmehr diejenigen Personen, die entgegen den Vorschriften des Gesellschafts- und Insolvenzrechts pflichtwidrig und schuldhaft keinen Insolvenzantrag gestellt haben, zur Leistung des erforderlichen Kostenvorschusses verpflichtet sein. Den Anspruch kann sowohl der vorläufige Insolvenzverwalter als auch jeder geltend machen, der einen begründeten Vermögensanspruch gegen den Schuldner hat. Die Geltendmachung erfolgt im Prozessweg vor den Zivilgerichten zu Gunsten der (zukünftigen) Insolvenzmasse auf Zahlung an die jeweilige Justizkasse. Im Rahmen dieses Verfahrens obliegt es dem in Anspruch genommenen Organ, sich hinsichtlich der Pflichtwidrigkeit und des Verschuldens zu exkulpieren (§ 26 IV 2 InsO).

Von einem derartigen **Haftungsdurchgriff mit Haftungsvermutung** ist eine generalpräventive Wirkung zu erwarten, da die Organe dann ein persönliches Interesse haben, das Insolvenzverfahren zu einem Zeitpunkt einzuleiten, in dem noch genügend Vermögenswerte vorhanden sind, um die summarischen Konkurskosten zu bezahlen. Erfüllt das Organ seine bestehende Pflicht, im Fall der Überschuldung rechtzeitig das Gericht anzurufen, sind Vermögenswerte im betreffenden Umfang in der Regel noch vorhanden.

Es könnte sich in der Folge einbürgern, dass stets eine «eiserne Reserve» in der Gesellschaft belassen wird, um das persönliche Haftungsrisiko zu vermindern. Weiter dürfte die neue Regelung dazu führen, dass die Überschuldungsanzeige früher stattfindet. Die potenziell haftbaren letzten Geschäftsführer wären persönlich daran interessiert, dass die Überschuldungsanzeige noch erfolgt, während die Gesellschaft genügend Vermögenswerte hat, um den Vorschuss zu bezahlen – das Phänomen der Überschuldungsanzeigen um «5 nach 12» würde wirksam bekämpft.

Die Regelung führt – anders als etwa eine generelle Kostenfreiheit – nicht zu Konkursdurchführungen bei Fällen, in denen kein Gläubiger zu Schaden gekommen sind bzw. trotz der Solidarhaftung kein Gläubiger bereit ist, den Vorschuss zu bezahlen. Dies dürfte weiterhin häufig der Fall sein, weshalb der Nutzen der Neuerung wohl vor allem in der erhofften generalpräventiven Wirkung liegen wird.

3.2.2 Vorgeschlagener Gesetzestext

Art. 169 Abs. 2 SchKG (neu)

4. Haftung Vorschuss für die Konkurskosten

[Zu Abs. 1 vgl. oben Ziff. 3.1.2].

² Ist der Schuldner eine juristische Person, so haften die letzten von der Gesellschaft eingesetzten und im Handelsregister eingetragenen Mitglieder des obersten Leitungs- und Verwaltungsorgans des Schuldners dem Konkursamt oder der Partei, die den Kostenvorschuss geleistet hat, solidarisch für einen Ausfall, sofern diese nicht nachweisen, dass sie kein Verschulden trifft, insbesondere, dass sie ihre Pflichten nach Art. 725 und 725a OR nicht absichtlich oder fahrlässig verletzt haben.

Der vorgeschlagene Gesetzestext ist zusammen mit der unter Ziffer 3.1.2 dargestellten Anpassung von Artikel 169 Absatz 1 SchKG zu lesen und zu verstehen. Daraus ergeben sich zwei Verbesserungen für die Gläubiger: zum einen haften sie nunmehr nicht für die Konkurskosten wie unter dem bisherigen Artikel 169 Absatz 1 SchKG, allerdings tragen sie weiterhin das Inkassorisiko. Um dieses zu mildern, wird ihnen ein Durchgriff auf die Vermögenswerte der letzten im Handelsregister eingetragenen Mitglieder des obersten Leitungs- und Verwaltungsorgans des Schuldners⁸ gewährt, verbunden mit einer Haftungsvermutung zulasten dieser Mitglieder.

Der Hinweis im Gesetzestext auf die "von der Gesellschaft eingesetzten" Organe stellt klar, dass etwa vom Nachlassgericht ernannte Sachwalter nicht von dieser Bestimmung erfasst sind. Gleiches gilt für die Beauftragten der FINMA gemäss Art. 14 Abs. 4 FINMAG und die Mitarbeitenden der FINMA (Art. 19 FINMAG). Generell ist festzuhalten, dass die vorliegend zur Änderung vorgeschlagenen Bestimmungen (Art. 43, 169 und 230 SchKG) im Anwendungsbereich der finanzmarktrechtlichen Insolvenzverfahren (nach BankG/VAG/KAG) nicht zum Tragen kommen, insbesondere da es dort nicht zu einem formellen Konkursbegehren kommt.

Der Anspruch des Gläubigers steht diesem unmittelbar zu, er muss ihn sich nicht von der Masse abtreten lassen. Anders verhält es sich mit weiteren Ansprüchen, die er gegebenenfalls gegen die Organe geltend machen will.

3.3 Streichung von Art. 43 Ziff. 1 und 1^{bis} SchKG

3.3.1 Umsetzung und Wirkungen

Konkrete Missbrauchsfälle zeigen, dass sich Unternehmen nach geltendem Recht trotz chronischer Nichtzahlung fälliger öffentlich-rechtlicher Schulden (Steuern, UVG-Prämien) weiterführen lassen. Die Steuerverwaltung ist aufgrund von Artikel 43 Ziffer 1, die SUVA auf-

⁸ Der Begriff des obersten Leitungs- und Verwaltungsorgans ist dem FusG und dem OR (vgl. Art. 931a) entnommen. Er umfasst bei der AG den Verwaltungsrat, bei der GmbH die Geschäftsführer in der Genossenschaft und in der KommAG die Verwaltung, im Verein den Vorstand und in der Stiftung den Stiftungsrat.

grund von Artikel 43 Ziffer 1^{bis} SchKG, nicht berechtigt, die Konkursöffnung zu beantragen, pfändbares Haftungssubstrat ist häufig nicht vorhanden. Dieses Geschäftsgebaren stellt unbestrittenermassen einen Missbrauch und eine Wettbewerbsverzerrung dar. Der Umstand, dass in solchen Konstellationen der Konkurs häufig zu spät kommt oder nicht eröffnet wird, hat zudem oft negative Folgen für den Insolvenzversicherungsschutz der Arbeitnehmer.

Diese missbräuchliche Praxis soll unterbunden werden, indem **Artikel 43 Ziffer 1 und 1^{bis} SchKG gestrichen** wird und somit auch die wichtigsten öffentlich-rechtlichen Gläubiger befugt sind, ein Konkursbegehren zu stellen.

Darüber, ob Artikel 43 SchKG einen Vor- oder Nachteil für die davon betroffenen Gläubiger bedeute, gehen die Meinungen auseinander. Verschiedene darauf gerichtete Vorstösse, den Katalog von Artikel 43 SchKG zu erweitern, sind gescheitert.⁹ Die sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung öffentlich-rechtlicher Forderungen wird sowohl als vermeintliche Besserstellung als auch als vermeintliche Benachteiligung kritisiert. Kritisiert wird auch, die Einzelverwertung (Pfändung statt Konkurs) erlaube ein «Absaugen» des Vollstreckungssubstrats eines späteren Konkurses. Aus Sicht der Missbrauchsverhinderung ist es aber in jedem Fall ein Nachteil, wenn Unternehmungen, die systematisch ihren Verpflichtungen nicht nachkommen, dank dem geltenden Artikel 43 SchKG ihr missbräuchliches und unlauteres „Geschäftsmodell“ weiterführen können.

Zudem ist die Bestimmung in ihrer geltenden Fassung alleine auf öffentlich-rechtliche Gläubiger mit öffentlich-rechtlichen Forderungen anwendbar (Ausnahme der Ausnahme bei der beruflichen Vorsorge). Damit ist ihr Anwendungsbereich angesichts zunehmender Übertragung hoheitlicher Aufgaben auf Private zunehmend zufällig.¹⁰

In den letzten Jahren hat das Sanierungsziel im Konkursrecht an Bedeutung gewonnen. Mit dem am 1. Januar 2014 in Kraft getretenen neuen Sanierungsrecht des SchKG stehen Schuldner und Gläubiger wirksame Mittel zur Restrukturierung der Schulden und zur Fortführung eines nur vorübergehend in finanzielle Schwierigkeiten geratenes Unternehmen zur Verfügung. Voraussetzung für eine erfolgreiche Sanierung ist aber stets, dass entsprechende Schritte frühzeitig eingeleitet werden und noch ausreichend Mittel vorhanden sind, um ein allfälliges Sanierungsverfahren durchzuführen. Die durch Artikel 43 SchKG eröffneten Möglichkeiten, gewisse Schulden «auszusitzen» bzw. nicht zu bezahlen, oder auf dem Weg der Einzelvollstreckung der Masse Vermögenswerte zu entziehen, stehen diesem Ziel entgegen.

Alle diese Gründe sprechen für eine Streichung von Artikel 43 Ziffer 1 und 1^{bis} SchKG; für die verbleibenden Fälle lässt sich eine Begründung vorbringen, zudem weisen diese kein offensichtliches Missbrauchspotenzial auf. Die Sonderbehandlung öffentlich-rechtlicher Forderungen

⁹ Im Rahmen der Pa.Iv. Baumberger (98.411; <http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=19980411>) hat die Rechtskommission des Nationalrats einen Bericht und einen sehr weitgehenden Vorschlag unterbreitet, gemäss dem sogar privatrechtliche Forderungen bis zu 1000 nicht mehr der Konkursbetreibung unterliegen sollten. Das Parlament hat dies bekanntlich dann nicht übernommen. Am Ende des Berichts findet sich dann aber folgender Passus: «Sollten in naher Zukunft tatsächlich weitere Ausnahmebegehren erhoben werden, wie das die Kommissionsminderheit befürchtet, dann wäre eine Diskussion darüber zu führen, ob die Regelung von Artikel 43 SchKG nicht grundsätzlich abzuschaffen wäre. Denn nicht mehr ihr historischer Zweck – Schonung des Schuldners – steht im Vordergrund, vielmehr kann sie zu einer Bevorteilung gewisser Gläubiger führen. Viele Schuldner empfinden die Pfändungsbetreibung denn auch als weit härter als den Konkurs, was eine entsprechend grosse Migration von Pfändungsschuldnern in den Konkurs zur Folge hat (rund die Hälfte aller jährlichen Konkurse sind auf Insolvenzerklärungen nach Artikel 191 SchKG zurückzuführen). Diese Tendenz wird kaum abbrechen.»

¹⁰ BGE 5A_54/2013 vom 22. Mai 2013, E 2.1.2: «Nach Auffassung in der Lehre vermag der Anwendungsbereich, insbesondere der Begriff der «öffentlichen Kasse» in der heutigen Zeit, in welcher öffentliche Aufgaben auch von privaten Rechtsträgern ausgeführt werden, kaum (mehr) zu überzeugen. Als problematisch wird weiter erachtet, dass die privaten Rechtsträger oft zusammen mit der Festlegung des geschuldeten Betrages gleichzeitig die Rechtsöffnung verfügen können (hierzu Kren Kostkiewicz/Walder, Kommentar SchKG, 18. Aufl. 2012, N. 10 zu Art. 79 SchKG mit Hinw.). Aus diesen und weiteren Gründen wird die Aufhebung der Bestimmung bzw. eine Reform von Art. 43 SchKG vorgeschlagen (vgl. Kritik von Acocella, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2. Aufl. 2010, N. 4a a.E. zu Art. 43 SchKG; Rigot, in: Commentaire romand, Poursuite et faillite, 2005, N. 16 zu Art. 43 SchKG; Reiser, Zu den Ausnahmen von der Konkursbetreibung gemäss Art. 43 SchKG, in: BJSchK 2005, S. 62, 65; Karlen, Privilegien des Staates bei der Vollstreckung öffentlichrechtlicher Geldforderungen, in: Festschrift Spühler, 2005, S. 158)». Verschiedene darauf gerichtete Vorstösse, den Katalog von Art. 43 SchKG vor diesem Hintergrund zu erweitern, sind gescheitert (Pa.Iv. Baumberger, 98.411; <http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=19980411>).

gen ist sachlich nicht gerechtfertigt, erschwert Sanierungen und bietet Hand zu rechtsmissbräuchlichem Verhalten.

3.3.2 Vorgeschlagener Gesetzestext

Art. 43 SchKG E. Ausnahmen von der Konkursbetreibung

Die Konkursbetreibung ist in jedem Fall ausgeschlossen für:

1. ~~Steuern, Abgaben, Gebühren, Sporteln, Bussen und andere im öffentlichen Recht begründete Leistungen an öffentliche Kassen oder an Beamte; (Aufgehoben)~~
- 1bis Prämien der obligatorischen Unfallversicherung; **(Aufgehoben)**
2. periodische familienrechtliche Unterhalts- und Unterstützungsbeiträge sowie Unterhaltsbeiträge nach dem Partnerschaftsgesetz vom 18. Juni 2004,
3. Ansprüche auf Sicherheitsleistung.

3.4 Verlängerung der Zahlungsfrist von Art. 230 Abs. 2 SchKG

3.4.1 Umsetzung und Wirkungen

Gemäss Artikel 230 Absatz 2 SchKG macht das Konkursamt die vom Konkursgericht verfügte Einstellung mangels Aktiven öffentlich bekannt und weist in der Publikation darauf hin, dass das Verfahren geschlossen wird, wenn nicht innert zehn Tagen ein Gläubiger die Durchführung des Konkursverfahrens verlangt und entsprechende Sicherheit für den durch die Konkursmasse nicht gedeckten Teil der Kosten leistet.

Im vorliegenden Kontext geht es um die 10-tägige Frist. Diese erscheint sehr kurz für einen Gläubiger, der sich zunächst etwa mittels Akteneinsicht über die Lage des Konkursiten ein Bild machen müsste, zudem allenfalls rechtliche Beratung einholen und schliesslich auch noch die Einzahlung vornehmen muss.

Es erscheint deshalb sachgerecht, die zehntätige Frist zu verlängern. Angesichts der praktischen Relevanz von Artikel 51 Buchstabe b AVIG (Anspruch auf Insolvenzversicherung ab unbenutztem Ablauf der Vorschusszahlungsfrist) wird aber vorgeschlagen, die Frist nur geringfügig um weitere 10 Tage auf (für das SchKG ohnehin typische, vgl. Art. 250) 20 Tage zu verlängern.

3.4.2 Vorgeschlagener Gesetzestext

Art. 230 Abs. 2 SchKG

I. Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven

1. Im allgemeinen

² Das Konkursamt macht die Einstellung öffentlich bekannt. In der Publikation weist es darauf hin, dass das Verfahren geschlossen wird, wenn nicht innert ~~zehn~~ **zwanzig** Tagen nach der Bekanntmachung ein Gläubiger die Durchführung des Konkursverfahrens verlangt und die festgelegte Sicherheit für den durch die Konkursmasse nicht gedeckten Teil der Kosten leistet.

4 Geprüfte Varianten und verworfene Massnahmen

4.1 Geprüfte Varianten zum Erlass der Kostentragungspflicht

4.1.1 Streichung der Haftung und der Vorschusspflicht des Gläubigers?

Neben der vorgeschlagenen Lösung (Ziff. 3.1) wurde auch die Variante einer generellen Streichung sowohl der Haftung des Gläubigers als auch der Vorschusspflicht desselben geprüft. Diese Alternative wurde allerdings verworfen. Sie würde zu einer einseitigen Verlagerung der Kosten auf die Allgemeinheit führen. Dabei würden (summarische) Konkursverfahren auch in geringfügigen Fällen durchgeführt, bei denen kein besonderes Interesse an einer Konkursdurchführung bestünde. Es darf nicht vergessen werden, dass ein Kostenrisiko der

antragstellenden Partei durchaus ein ökonomisch sinnvolles Mittel darstellen kann, «lohnende» von «nicht-lohnenden» Verfahren zu trennen. Vor diesem Hintergrund erweist sich die gewählte Variante (Ziff. 3.1 i.V.m. Ziff. 3.2) als Mittelweg.

4.1.2 Erlass nur für privilegierte Forderungen?

Die Haftung und Vorschlusspflicht für die Konkurskosten in Artikel 169 SchKG ist für Arbeitnehmer oder andere privilegierte Gläubiger besonders stossend. Der durch die Privilegierung anvisierte Schutz kommt nicht zum Tragen, weil in einer früheren Phase aus finanziellen Gründen die Konkursdurchführung vereitelt wird.

Daher wurde die Möglichkeit erwogen, Artikel 169 SchKG nicht auf privilegierte Gläubiger anzuwenden (erste und zweitklassige Gläubiger, davon würden auch die Sozialversicherungen profitieren, sofern sie nicht wegen Artikel 43 SchKG ausgeschlossen wären). In der Praxis hätte dies wohl zur Folge, dass gerade diese Gläubiger ermuntert würden, das Konkursbegehren zu stellen. Zum anderen hätte dies zur Folge, dass in zahlreichen Fällen die Konkursbehörden, letztlich die Kantone, auf ungedeckten Konkurskosten «sitzen» bleiben würden. Die anvisierte Privilegierung der privilegierten Gläubiger würde so im Ergebnis durch die Kantone finanziert. Schliesslich müsste schon im Vorfeld einer Verfahrenseröffnung eine kollokationsrechtliche Beurteilung (nach dem Rang der Forderung) beantwortet werden.

4.2 Geprüfte Varianten zur Organhaftung für die Konkurskosten

4.2.1 «Vorgezogene Recyclinggebühr» für Gesellschaften

Geprüft wurde auch die Möglichkeit, die mutmasslichen Kosten eines summarischen Konkursverfahrens bereits bei der Gründung der Gesellschaft einzuziehen, im Sinne einer «vorgezogenen Recyclinggebühr» für Gesellschaften. Dies könnte etwa bei der Eintragung erfolgen (etwa Einzahlungsnachweis beim Konkursamt als notwendiger Beleg).

Mit einer solchen Massnahme wären die Konkurskosten zwar in jedem Fall gedeckt, sie würde aber die Gründungskosten für neue Unternehmen erhöhen und damit Neugründungen erschweren.

Was die Umsetzung betrifft, stellt sich zum einen die Frage nach der Bemessung dieser Gebühr. Man kann bei der Gründung nicht wissen, wie komplex eine Gesellschaft sein wird, wenn sie in Konkurs gerät. Denkbar ist ein Prozentsatz des Aktienkapitals bei gleichzeitigem Mindestbetrag, doch lässt sich dieser Ansatz etwa bei Genossenschaften ohne Anteilsscheine nicht anwenden.

Aus politischer Sicht ist aber eine unmittelbare Erhöhung der Gründungskosten schwer durchsetzbar, stünde sie doch in diametralem Widerspruch mit den letzten Reformen, etwa des GmbH-Rechts und dem rechtspolitischen Ziel der Erleichterung der Unternehmensgründung. Zum anderen besteht die Befürchtung, dass ein zusätzlicher bürokratischer Aufwand zur Eintreibung, Verwaltung (inkl. Verzinsung) und Aufbewahrung dieser Vorauszahlung erforderlich wäre. Schliesslich würde auch Kapital gebunden (namentlich für alle Unternehmen, die gar nie in ein Konkursverfahren verwickelt werden).

Die vorliegend vorgeschlagene Lösung belastet demgegenüber die Allgemeinheit nicht und kommt ohne zusätzliche Zahlungs- und Aufbewahrungsverfahren aus. Der Umstand, dass das Inkassorisiko beim antragstellenden Gläubiger verbleibt, belässt zwar eine wichtige Erschwernis beim Gläubiger, «filtert» jedoch wirksam Verfahren heraus, bei denen sich ein Konkursverfahren wirtschaftlich in keinem Falle lohnt.

4.2.2 Revisionspflicht

Nach geltendem Recht besteht für kleinere Unternehmen (weniger als 10 Vollzeitstellen) die Möglichkeit, auf eine Revision zu verzichten (Art. 727a Abs. 2 OR). Von diesem «*opting-out*» wird sehr häufig Gebrauch gemacht. Bei den vorliegend anvisierten Missbrauchsfällen dürfte

es sich in den allermeisten Fällen um Gesellschaften handelt, die keiner Revisionspflicht unterstehen und sich auch freiwillig keiner Revision unterziehen. Die Zahlen einer breit angelegten Untersuchung der ZHAW zeigen eine sehr deutliche Korrelation von Insolvenzhäufigkeit und «*opting-out*» der Revisionsstelle.¹¹

Es wurde vor diesem Hintergrund erwogen, die Möglichkeit des *opting-out* wieder zu streichen. Diese Massnahme würde aber die Möglichkeit, mit wenig Aufwand und Mitteln ein Unternehmen zu gründen und zu führen, stark verteuern. Zudem ist der gesetzgeberische Entscheid für die differenzierte Behandlung der Revisionspflicht relativ neu und hat die allfälligen Risiken bereits wertend in Betracht gezogen. Ein Rückkommen auf diesen Entscheid kommt deshalb zurzeit nicht in Betracht.

Hingegen wäre es im Bereich des **Submissionsrechts** zu empfehlen, dass öffentliche Aufträge gerade zur Vermeidung von Missbräuchen nur an Gesellschaften mit einer Revisionsstelle vergeben werden bzw. die Submissionsbedingungen solche Klauseln vorsehen. Hierzu hat sich der vorliegende Bericht aber mit der entsprechenden **Empfehlung** zu begnügen.

4.3 Geprüfte und verworfene Massnahmen

4.3.1 Keine Anpassungen in Art. 725 ff. OR

Eine Überschuldungsanzeige, die zu einem Zeitpunkt erfolgt, an dem bereits nicht einmal mehr die Mittel vorhanden sind, um ein summarisches Konkursverfahren durchzuführen, dürfte in aller Regel *per se* zu spät erfolgen und somit eine Pflichtverletzung seitens des Verwaltungsrates darstellen. Die materielle Rechtslage ist hier allerdings weniger das Problem als die faktischen Hindernisse, einen willigen Kläger zu finden. Da diesbezüglich keine gefestigte Rechtsprechung besteht, und da angesichts der Praxis keine entsprechende Sensibilisierung auszumachen ist, wurde auch geprüft, ob eine ausdrückliche Nennung einer solchen Pflicht im Gesetz vorzusehen sei. So könnte etwa in Artikel 725 OR gesagt werden, dass die Überschuldungsanzeige in den *de lege lata* vorgesehenen Fällen, «spätestens aber wenn bei Unterlassung nicht mehr genügend Mittel vorhanden sein könnten, um ein allfälliges Konkurs- oder Nachlassverfahren zu finanzieren» zu erfolgen habe.

In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass in die Vernehmlassungsvorlage für eine Modernisierung des Aktienrechts vom 28. November 2014 auch die Vorschläge der Expertengruppe «**Sanierung im Obligationenrecht**» eingeflossen sind. Diese sehen eine umfassende Reform der Artikel 725 ff. OR vor. Darin ist namentlich die Einführung von «Frühindikatoren» vorgesehen, zugleich wird die Pflicht zur engeren Überwachung der Finanzlage verdeutlicht.¹² Die konsequente Einhaltung der neu vorgesehenen Verpflichtung schliesst eine «mittellose» Überschuldungsanzeige an sich aus. Es wird daher – unter Hinweis auf die genannten Bestimmungen, welche aus Sicht des Missbrauchsschutzes zu begrüessen sind – auf eine zusätzliche Regelung im Rahmen dieser Vorlage verzichtet.

4.3.2 Keine Klagemöglichkeit bei eingestelltem Konkurs

Die Rechtslage in Bezug auf die Klageligitimation eines Gläubigers bei einer Verantwortlichkeitsklage gegen einen Verwaltungsrat der konkursiten Gesellschaft, wenn der Konkurs der Gesellschaft mangels Aktiven eingestellt worden ist, ist *de lege lata* unklar. Die Auswirkungen der Konkurseinstellung auf die Verantwortlichkeitsklagen (nach 754 oder 757 OR) sind nicht im Gesetz geregelt, Lehre und Rechtsprechung bieten potenziellen Klägern hier bislang wenig Hilfe an¹³. Faktisch (und wohl auch rechtlich) ist somit die Klagemöglichkeit von der

¹¹ Die Studie ist in der Zusammenfassung (ohne die hier interessierenden Zahlen) unter <<http://pd.zhaw.ch/publikation/upload/206339.pdf>> (besucht am 6.8.2014) abrufbar. Die geschilderte Korrelation dürfte jedoch primär auf die ohnehin geringe Kapitalausstattung zurückzuführen sein, welche für Unternehmen ohne Revisionsstelle eher typisch ist.

¹² Vgl. S. 138 ff. des erläuternden Berichts, dieser ist abrufbar unter <<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision14/vn-ber-d.pdf>>.

¹³ Vgl. etwa HGer SG 10. Mai 2011, HG.2011.18 sowie BGE 110 II 396. Gemäss BGE 110 II 396 hat der Gläubiger Anspruch darauf, dass die Gesellschaft, die infolge einer Konkurseinstellung mangels Aktiven vom Handelsregister gelöscht wurde, wieder eingetragen wird, sofern glaubhaft gemacht wird, dass Vermögenswerte vorhanden und Ansprüche angemeldet

Durchführung des summarischen Konkursverfahrens und somit von der Zahlung des Vorschusses abhängig. Die Konkursämter erhoffen sich denn auch regelmässig aus diesem Umstand eine erhöhte Bereitschaft eines Gläubigers, den Vorschuss zu übernehmen.

Vor diesem Hintergrund ist geprüft worden, ob Gläubigern auch dann die Klagelegitimation gewährt werden könnte, wenn der Konkurs mangels Aktiven eingestellt ist. Das Problem bei einer solchen Konstellation liegt darin, die übrigen potenziellen Gläubiger im Sinne des Gleichbehandlungsgrundsatzes in das Verfahren einzubeziehen. Denkbar wäre, dass der Kläger bei Obsiegen verpflichtet wäre, vorweg die Kosten für ein (nachfolgendes) summarisches Konkursverfahren zu bezahlen (nach Abzug der eigenen Kosten). Im Rahmen eines so «finanzierten» Verfahrens könnte der Schuldenruf nachgeholt werden. Alternativ bzw. zusätzlich könnte vorgesehen werden, dass die Klageerhebung publiziert wird und eine Frist zur Intervention vorgesehen wird. Allerdings zeigt sich, dass solche Lösungen wohl ebenso komplex sind wie das geltende Recht, weshalb auf derartige Ansätze zugunsten der unter Ziffer 3 vorgeschlagenen Massnahmen verzichtet wurde.

4.3.3 Verzicht auf Nebenstrafen im Strafrecht

Besonders stossende Missbrauchsfälle rufen zunächst nach strafrechtlichen Sanktionen. Vor diesem Hintergrund ist auch eine Revision der Strafrechtsnormen, allenfalls die Schaffung zusätzlicher Nebenstrafen (etwa eines Berufsverbots oder einer «Selbständigkeitssperre») geprüft worden.

Ein Blick in die einschlägigen Strafnormen des StGB sowie Gespräche mit Strafverfolgungsbehörden haben allerdings zum Ergebnis geführt, dass grundsätzlich kein Anpassungsbedarf bei den Strafnormen besteht. Diese Erkenntnisse werden von den Statistiken bestätigt. Mit der Reform der Bestimmungen über den betrügerischen Konkurs (Art. 163 StGB) im Jahr 1995 kam es zu einem stetigen Anstieg der Verurteilungen.¹⁴ Der Strafraum für dieses Verbrechen reicht von der Geldstrafe bis zu fünf Jahren Gefängnis. Auch beim Vergehen der Unterlassung der Buchführung (Art. 166) ist seit 2005 ein markanter Anstieg der Verurteilungen zu beobachten (ca. 90 im Jahr 2010), der Strafraum reicht hier bis zu drei Jahren Gefängnis. Kein eindeutiger Trend ist in Bezug auf den Tatbestand der Misswirtschaft auszumachen (Art. 165 StGB). Dort beträgt die Höchststrafe fünf Jahre Gefängnis. Der Lehre sind keine konkreten Forderungen *de lege ferenda* bezüglich dieser Bestimmungen zu entnehmen. Im Zusammenhang mit der Buchführungspflicht ist auch an Artikel 325 StGB zu erinnern, welcher auch die fahrlässige nicht ordnungsgemässe Führung der Geschäftsbücher unter Strafe stellt, wenngleich nur mit Busse (bis CHF 10'000).

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass der Strafraum der Konkursdelikte mit bis zu fünf Jahren Gefängnis in jedem Falle ausreichend abschreckend sein sollte. Der Umstand, dass er diese Wirkung nicht entfaltet, dürfte zum einen daran liegen, dass es nur in wenigen Fällen zu einem Verfahren kommt, und zum anderen, dass, wenn ein Verfahren stattfindet, geringe Strafen (meist Bussen mittels Strafbefehl) ausgesprochen werden. Höhere oder andere Strafandrohungen, etwa die Einführung einer «Selbständigkeitssperre» (etwa analog der «*inhabilitation*» des englischen Rechts) würden daran nichts ändern und wohl die in diese gesetzten Erwartungen enttäuschen. Berufsverbote sind im schweizerischen Recht bereits vorgesehen, namentlich für schwerwiegende Fälle (vgl. Art. 67 StGB, Mindeststrafe von 6 Monaten und "Gefahr weiteren Missbrauchs") und bei hohem Schutzbedürfnis der Bevölkerung (konkret ab 1. Januar 2015 bei Fällen von Sexualstraftaten mit Kindern)¹⁵. Da diese in direkter Weise das Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 Abs. 2 BV) einschränken, würden solch schwerwiegende Eingriffe bei Konkursvergehen (die bezüglich der Rechtsgutver-

werden. Der Entscheid impliziert aber offenbar, dass diesfalls die Konkursverwaltung diesfalls nun doch ein summarisches Konkursverfahren durchführt, wofür wohl aber wiederum ein Vorschuss verlangt wird. Der Entscheid des Handelsgerichts SG stellt dem Gläubiger hingegen beträchtliche Hürden in den Weg. So soll es ihm an der Aktivlegitimierung fehlen, wenn er den (mittelbaren) Schaden gegen die Gesellschaft nicht als Gläubigergemeinschaft geltend macht. Gerade dies kann er jedoch nur im Rahmen einer Abtretung nach Art. 260 SchKG tun, d.h. wenn ein Konkursverfahren durchgeführt wird.

¹⁴ Zuletzt ca. 110 im Jahr 2010 erfasst, BasKom StGB II-Hagenstein, vor N 1 zu Art. 163.

¹⁵ <http://www.bj.admin.ch/bj/de/home/sicherheit/gesetzgebung/berufsverbot.html> (besucht am 23.9.2014).

letzung mit Kindesmissbrauchsfällen wohl kaum zu vergleichen sind) von den Gerichten nur in äusserst schweren Fällen ausgesprochen. Gerade für solche Fälle sind aber die geltenden Strafandrohungen an sich ausreichend. Hinzu kommt, dass eine solche Nebenstrafe in der Praxis leicht zu umgehen wäre (mittels «Strohmann» bzw. «Strohfrau» oder Unternehmensgründung im Ausland).

Anstelle von Änderungen am Strafrecht soll der Fokus daher auf der Durchsetzung desselben liegen. Hier ist allerdings weniger der Bundesgesetzgeber zum Handeln aufgefordert als zum einen die Staatsanwaltschaften, zum anderen die betroffenen Geschädigten (etwa Sozialversicherungen) oder Interessenvertreter (etwa Gewerkschaften als Vertreter der geschädigten Arbeitnehmenden), namentlich mittels konsequenter Einreichung von Strafanzeigen. Auch die Konkursämter sind aufzufordern, bei entsprechenden Verdachtsmomenten Strafanzeige zu erstatten, systematisch etwa bei fehlender oder unbrauchbarer Buchhaltung (Art. 166 und 325 StGB). Gerade die Konkursämter haben am ehesten einen Einblick in die Handlungen des Schuldners, welcher die Grundlage für eine Strafanzeige bilden könnte. So ist diesen häufig bekannt, dass ein bestimmter Schuldner schon zum x-ten Mal ein Unternehmen in die Insolvenz treibt, was etwa für den geschädigten Gläubiger nicht erkennbar ist.

4.3.4 Vorläufiger Verzicht auf einen «Konkurspranger»

Im Rahmen der laufenden Vorlage zur Modernisierung des Handelsregisterrechts (Botschaft vom 15.4.2015) ist der Aufbau einer zentralen Datenbank über die im Handelsregister eingetragenen natürlichen Personen (zentrale Datenbank Personen) vorgesehen.¹⁶ Diese soll erstmals eine eindeutige Identifikation der im Handelsregister eingetragenen natürlichen Personen ermöglichen. Aufgrund der zentralen Datenbank Personen wird es künftig möglich sein, verwaltungsmässig statistische Recherchen unter anderem bezüglich der Beteiligung an Insolvenzverfahren durchzuführen.

Weiter soll es im Handelsregister möglich sein, die im Internet zugänglich gemachten Einträge nach bestimmten Suchkriterien abzurufen. Zurzeit werden in den im Internet zugänglich gemachten Einträgen namentlich folgende Suchkriterien vorgesehen: «Suche nach Firma/Name» oder «Suche nach der Unternehmens-Identifikationsnummer». Die Vorlage erlaubt es allenfalls, künftig auch eine personen- und zeitbezogene Suche in den Handelsregistereinträgen zu schaffen.

Aus Sicht der Missbrauchsverhinderung wäre diese Neuerung zu begrüßen. Zumindest dem Phänomen der «Konkursreiterei» würde mit einem wirksamen Mittel des Gläubigerschutzes in Eigenverantwortung entgegengetreten, wenngleich auch hier nicht sämtliche Umgehungsmöglichkeiten ausgeschlossen sind. Überlegungen des Missbrauchsschutzes sollten jedenfalls in die laufende Beratung der Modernisierungsvorlagen einfließen, ebenso wie in die spätere Umsetzung.

Die Botschaft zur Modernisierung des Handelsregisterrechts soll im Herbst 2015 dem Parlament vorgelegt werden.¹⁷ In zeitlicher Hinsicht – bei Annahme der entsprechenden Botschaft – kann es noch mehrere Jahre dauern, bis eine allfällige personenbezogene Suche im Handelsregister möglich sein wird.

Nach der hier vertretenen Ansicht – und unter Vorbehalt einer anderweitigen Beurteilung der datenschutzrechtlichen Implikationen – ist es wünschbar, das Handelsregister um eine Funktionalität zu erweitern, die es erlaubt, eine natürliche Person verschiedenen Rechtseinheiten eindeutig zuzuordnen. So wäre etwa erkennbar – wie dies schon bei Privatanbietern auf der Grundlage der SHAB-Daten der Fall ist –, ob eine bestimmte Person einen Bezug zu einer Vielzahl von konkursiten Gesellschaften aufweist, was potenzielle Vertragspartner zu einer gewissen Vorsicht bewegen sollte. Angesichts der bereits hängigen Vorlage und des Umstandes, dass selbst nach dessen hypothetischer Inkraftsetzung noch einige Jahre zur

¹⁶ Entwurf abrufbar unter <<http://www.bj.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/gesetzgebung/handelsregister.html>>.

¹⁷ Vgl. vorangehende Fn für den aktuellen Stand der Gesetzgebung.

Schaffung der technischen Voraussetzungen vergehen dürften (Angleichung, Verifizierung und Vernetzung der Daten), ist der jetzige Zeitpunkt verfrüht, um diesen Vorschlag umsetzen zu wollen.¹⁸

5 Fazit

Die vorgeschlagenen Massnahmen werden nicht jeglichen Missbrauch des Konkursrechts verhindern können. Sie werden diesen jedoch erschweren, und sie werden den geschädigten Gläubigern den – weiterhin steinigen – Weg zur Rechtsverfolgung ebnen. Es handelt sich nach der Ansicht des Bundesrates um die wirksamsten Massnahmen, die sich treffen und umsetzen lassen, ohne andere, mindestens ebenso wichtige Ziele des Konkursrechts zu gefährden. Die Rechtsordnung darf Missbrauchsfälle nicht dulden und soll deren Ahndung fördern, aber sie darf sich gesamthaft nicht an den Einzelfällen ausrichten, sondern am Regelfall redlicher Unternehmer, die eine zweite Chance verdienen. Das unternehmerische Scheitern darf nicht per se einen strafrechtlichen Generalverdacht begründen.

Die Hoffnung auf die Wirksamkeit der Massnahmen fusst zum einen auf deren generalpräventiven Wirkung, wie sie namentlich Solidarhaftungstatbeständen eigen ist. Damit ist aber auch die Erwartung verbunden, dass vermehrt Geschädigte aus Missbrauchsfällen, namentlich Behörden oder Interessenvertreter, die verbesserte Rechtslage auch tatsächlich nutzen, um – auch im Sinne einer generalpräventiven Wirkung – konkrete Missbrauchsfälle straf- und zivilrechtlich zu verfolgen.

¹⁸ Vgl. auch die Antwort zur Ip. Regazzi (14.3282), abrufbar unter http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20143282. Die vorgeschlagene Funktionserweiterung müsste nicht zwingend in einer personenbezogenen Suche bestehen. Denkbar wäre stattdessen, dass die Angaben über die im Handelsregister einem Unternehmen zugeordneten Personen (etwa Verwaltungsräte) künftig «verlinkt» wären, so, dass bei anklicken einer Person auch allfällige weitere Unternehmen aufgeführt würden, bei denen die betreffende natürliche Person in einer bestimmten Eigenschaft eingetragen ist. Nicht zulässig wäre es aber nach diesem Konzept, direkt nach Eintragungen einer natürlichen Person zu suchen.