

Per E-Mail (david.rueetschi@bj.admin.ch)

Eidg. Justiz- und Polizeidepartement EJPD
Bundesamt für Justiz
Bundesrain 20
3003 Bern

Bern, 7. August 2015

Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG; Missbrauch des Konkursverfahrens verhindern): Vernehmlassungsantwort sivg

Sehr geehrte Frau Bundespräsidentin
Sehr geehrte Damen und Herren

Das Schweizerische Institut für Verwaltungsräte sivg (Institut suisse des administrateurs isade) vertritt schweizweit die Interessen von Verwaltungsräten. Es verfolgt gemäss seinen Statuten namentlich folgende Ziele: Förderung der Berufsethik, Unterstützung der professionellen Ausübung von Verwaltungsratsmitgliedern, Förderung der Corporate Governance sowie die Interessenvertretung von Verwaltungsräten gegenüber Behörden und Politik und die Verhinderung regulatorischer Missbräuche. Das sivg ist ein Verein im Sinne der Artikel 60 ff. des Schweizerischen Zivilgesetzbuches und wurde am 2. Juli 2007 mit Sitz in Bern gegründet. Es führt in Paudex bei Lausanne ein secrétariat romand.

Als Institut für Verwaltungsräte beschränken wir unsere Vernehmlassungsantwort auf Art. 169 VE-SchKG (Vorschuss und Haftung für die Konkurskosten).

Missbräuche sollen wenn immer möglich verhindert oder zumindest geahndet werden. Allerdings nicht zum Nachteil der weit überwiegenden sich nicht missbräuchlich verhaltenden Mehrheit. **Das sivg lehnt daher eine solidarische Ausfallhaftung der „letzten von der Gesellschaft eingesetzten und im Handelsregister eingetragenen Mitglieder der obersten Leitungs- und Verwaltungsorgane“ und die Umkehr der Beweislast ab.**

Begründung

1. Ausgangslage: Die Motion Hess (11.3925)

Der Vorentwurf soll die Motion Hess (11.3925) umsetzen. Diese beauftragte den Bundesrat, „die rechtlichen Grundlagen dafür zu schaffen, dass Personen das Konkursverfahren nicht mehr dazu missbrauchen können, sich ihrer Verpflichtung zu entledigen“.

Hintergrund der Motion sind Fälle (vor allem aus der Baubranche), in denen das Konkursverfahren dazu missbraucht wird, Konkurrenten zu unterbieten, Gläubiger zu schädigen und sofort wieder ein neues Unternehmen zu gründen, das ehemalige Arbeitnehmer und aus der Konkursmasse Gerätschaften und Maschinen übernimmt.

Die Einführung einer solidarischen Ausfallhaftung für die leitenden Organe geht über das Ansinnen der Motion hinaus, und auch die vor der Erarbeitung der Revisionsvorschläge eingeholten Rückmeldungen aus Staatsanwalt, Eidg. Steuerverwaltung, Arbeitslosen- und Insolvenzversicherung, Sicherheitsfonds BVG, privaten Inkassostellen, Gewerkschaften, Konkursämtern und Gerichten (vgl. erläuternder Bericht, Ziff. 1.4, S. 4 f.) weisen kein entsprechendes praktisches oder rechtliches Bedürfnis aus.

2. Art. 169 Abs. 1 VE-SchKG (Erlass der Kostentragungspflicht des antragstellenden Gläubigers): Unterstützung

Das sigv unterstützt den Vorschlag von Art. 169 Abs. 1 VE-SchKG, wonach die Kostentragungspflicht den im Konkursverfahren unterliegenden Schuldner resp. die Konkursmasse trifft. Die geltende Regelung, mit der derjenige Gläubiger das Konkursbegehren stellt, das Kostenrisiko trägt, ist nicht sachgerecht und widerspricht dem allgemeinen Grundsatz, dass derjenige, der im Verfahren unterliegt, die Verfahrenskosten tragen muss. Nach den allgemeinen Grundsätzen ist es aber auch richtig, dass – wie vorgeschlagen – der gesuchstellende Gläubiger auf Anordnung des Gerichts hin, einen Kostenvorschuss zu leisten hat.

3. Art. 169 Abs. 2 VE-SchKG (Persönliche solidarische Ausfallhaftung der Organe des Gemeinschuldners für Konkurskosten und Vorschuss): Ablehnung

Das sigv lehnt den Vorschlag von Art. 169 Abs. 2 VE-SchKG, wonach die Mitglieder des obersten Leitungs- und Verwaltungsorgans persönlich und solidarisch für den Konkurskostenausfall haften, sofern ihnen keine Exkulpation gelingt (Haftungsdurchgriff mit Haftungsvermutung), aus rechtlichen und praktischen Gründen ab.

a) Haftungssubstrat im Konkurs ist die Konkursmasse

Es ist zwar unschön, aber dem Konkursverfahren inhärent, dass in aller Regel Gläubiger zu Schaden kommen. Haftungssubstrat der konkursiten juristischen Person ist die Konkursmasse. Deshalb ist es auch richtig, dass die Kostentragungspflicht neu die Konkursmasse treffen soll (Art. 169 Abs. 1 VE-SchKG, s. oben). Falsch ist hingegen, aufgrund der Tatsache, dass im Konkurs die Gläubiger regelmässig zu Schaden kommen, in Art. 169 Abs. 2 VE-SchKG ein zusätzliches Haftungssubstrat im persönlichen Vermögen der Mitglieder des obersten Leitungs- und Verwaltungsorgans zu generieren. Umsomehr, als dass die Gesellschaftsgläubiger via Art. 754 OR bereits Zugriff darauf haben.

b) Ungerechtfertigter Generalverdacht

Der Generalverdacht des Missbrauchs des Konkursverfahrens zur Gläubigerschädigung, unter den der erläuternde Bericht die Verwaltungsräte stellt, ist nicht gerechtfertigt. Für die meisten Unternehmer ist der Konkurs auch privat eine Katastrophe, für deren Abwendung oft bemerkenswerte Ressourcen – auch aus dem privaten Umfeld - mobilisiert werden.

Im Jahr 2014 wurden gemäss Betreibungs- und Konkursstatistik des Bundesamts für Statistik BFS 5'287 Konkurse wegen Insolvenz gegen im Handelsregister eingetragene Personen eröffnet. (Im Vergleich dazu verzeichnet die Statistik im gleichen Zeitraum 6'566 Konkurseröffnungen wegen ausgeschlagener Verlassenschaften und anderer Personenkonkurse.) In den allermeisten dieser Fällen dürften Gläubiger zu Schaden gekommen sein, aber in den allerwenigsten dürfte ein von der Motion Hess inkriminierter Missbrauch des Konkursverfahrens stattgefunden haben. Der erläuternde Bericht schweigt sich über die mögliche Anzahl von Fällen gefliessentlich aus und erwähnt auch nicht, wie viele der im Visier stehenden Unternehmen Einzelunternehmen sind, die von der geplanten Revision – da ihre Inhaber sowieso persönlich haften – nicht betroffen sind.

Die Organe, insbesondere die Verwaltungsratsmitglieder, eines konkursiten Unternehmens unter den Generalverdacht zu stellen, den Konkurs missbräuchlich herbeigeführt oder zumindest dem Unternehmen respektive den Konkursgläubigern durch zu langes Zuwarten Substrat entzogen zu haben, ist wirtschaftlich, gesellschaftspolitisch und rechtlich falsch.

c) Ungerechtfertigter zusätzlicher Haftungsdurchgriff

Die geltende Rechtslage lässt den Haftungsdurchgriff auf die Mitglieder der Organe bereits unter verschiedenen Grundlagen zu. Primäre Haftungsgrundlage dürfte die Verantwortlichkeit nach Art. 754 (i.V.m. Art. 717 und 759) OR bilden, möglich ist aber beispielsweise auch ein Durchgriff nach Art. 41 OR (vgl. z.B. Urteil des Bundesgerichts 4A_428/2014 vom 12. Januar 2015). Nicht zu vergessen ist im weiteren die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Betreibungs- und Konkursdelikte.

Der geplante zusätzliche Haftungsdurchgriff ist daher nicht gerechtfertigt. Er erleichtert nur den durch die Konkurskosten Geschädigten - in erster Linie wohl vor allem den Behörden -, an ihr Geld zu kommen, egal woher und egal, ob den Organmitgliedern tatsächlich eine Sorgfaltspflichtverletzung vorgeworfen werden kann oder nicht.

d) Ungerechtfertigte Haftungsvermutung (Umkehr der Beweislast)

Das sivg erachtet die allgemeine Tendenz zur Haftungsverschärfung mit zusätzlicher Umkehr der Beweislast grundsätzlich als problematisch. Mit der aktuell politisch und gesellschaftlich offensichtlich beliebten Umkehr der Beweislast kommt die Verschuldenshaftung faktisch einer (milden) Kausalhaftung gleich.

Der Grund der Kausalhaftung liegt entweder in einer Haftpflicht für fremdes Verschulden oder in einer objektivierten Sorgfaltspflicht („wessen Vorteil, dessen Risiko“). Beide Gründe sind vorliegend nicht gegeben, und damit ist auch die Umkehr der Beweislast nicht gerechtfertigt.

e) Verantwortlichkeit nach Art. 754 OR und Konkursdelikte nach Art. 163 ff. StGB genügt

Für das sivg ist klar: Tatsächliche Missbräuche sollen geahndet werden. Das geltende Recht stellt dafür jedoch bereits genügend Rechtsbehelfe zur Verfügung. Soll im Sinne der Motion Hess vor allem verhindert werden, dass missbräuchlich konkursite Unternehmer sogleich auf Kosten ihrer Arbeitnehmer, Sozialversicherungen, Konkurrenten und Gläubiger wiederum ein gleiches Geschäft aufbauen, um es dann wieder „Konkurs gehen zu lassen“, ist ein Korrektiv, wenn überhaupt allenfalls hier anzusetzen.

f) Exkulpationsbeweis in der Praxis kaum möglich

Das sivg bezweifelt stark, dass der versprochene Exkulpationsbeweis in der Praxis möglich sein wird. Die Rechtsprechung zu Art. 54 AHVG zeigt deutlich, dass sogar eine gesetzlich als Verschuldenshaftung ausgestaltete Haftung in der Praxis zur Kausalhaftung ohne Exkulpationsbeweis wird. Es ist daher zu erwarten, dass sobald ungedeckte Verfahrenskosten entstehen, unabhängig ihres Verschuldens automatisch die letzten Mitglieder des Verwaltungsrats zur Rechenschaft gezogen werden.

g) Keine generalpräventive Wirkung in der Praxis

Der erläuternde Bericht verspricht, von einem Haftungsdurchgriff, sei „eine generalpräventive Wirkung zu erwarten“ (erläuternder Bericht, S. 8). Diesem Wunschdenken widerspricht das sivg.

Personen, die über eine gewisse „kriminelle“ Energie verfügen und das Konkursverfahren tatsächlich missbrauchen, werden sich durch eine zusätzliche Haftung wohl kaum von ihren Machenschaften abhalten lassen. Zudem wird in der Praxis ausgerechnet bei diesen Personen privat kaum „etwas zu holen sein“, so dass sie sich vor dem Durchgriff nicht fürchten müssen.

Die meisten Unternehmer glauben – ob objektiv gerechtfertigt oder nicht, bleibe dahingestellt – tatsächlich daran, ihr Unternehmen und seine Arbeitsplätze retten zu können. Ihrem Konkurs liegt kein Missbrauch des Konkursverfahrens und keine Schädigungsabsicht zugrunde. Sollten sie mit der Benachrichtigung des Richters zulange zugewartet haben, so können sie jedoch über Art. 754 OR haftbar gemacht werden.

h) Neuer Markt für Dienstleister

Die Praxis reagiert in der Regel rasch – und häufig ausweichend – auf Gesetzesänderungen. Die Ausdehnung der Haftung auf „die letzten von der Gesellschaft eingesetzten“ Organmitglieder könnte insbesondere zwei Entwicklungen mit sich bringen, die nicht nur dem Ziel der Motion Hess (und evtl. auch der Teilrevision des SchKG) zuwiderliegen, sondern aus Sicht des sivg generell nicht begrüssenswert wären.

1. Professionelle Liquidatoren statt Liquidation durch den Verwaltungsrat

Gemäss Art. 740 Abs. 1 OR wird „die Liquidation durch den Verwaltungsrat besorgt, sofern sie nicht [...] anderen Personen übertragen wird“.

Während dem im Visier der Revision stehenden, tendentiell missbräuchlich und „kriminell“ handelnden Verwaltungsrat das potentielle Risiko einer Ausfallhaftung für Konkurskosten egal sein dürfte, könnte sich der sorgfältige dazu veranlasst sehen, die Liquidation der Gesellschaft entgegen dem Grundsatz von Art. 740 Abs. 1 OR, professionellen Liquidatoren zu übertragen. Diese ausschliesslich für die Liquidation eingesetzten Personen dürften erstens nur gegen zulässigen Vorschuss handeln und zweitens dürfte ihnen der Exculpationsbeweis in der Regel gelingen.

2. Neue Versicherungen für Konkurskosten

Denkbar ist im weiteren, dass Versicherungen den Markt der Ausfallhaftung für Konkurskosten für sich entdecken und gegen teure Prämien bereit sind, das Risiko zu übernehmen. Die bezweifelte, aber vom Bundesrat versprochene generalpräventiver Wirkung der Haftungsverschärfung wäre hinfällig.

Freundliche Grüsse



Stefanie Meier-Gubser
Geschäftsführerin sivg