



Gedanken zur Effektivität unseres Systems zur Vollstreckung von Geldforderungen

FRANCO LORANDI*

Unser System zur Vollstreckung von Geldforderungen hat sich bewährt und erweist sich in verschiedener Hinsicht als effektiv. Wenn man sich jedoch die Summe der jährlichen Gläubigerverluste von rund CHF 11 Mia. und dabei namentlich das in aller Regel geradezu läppische Ergebnis für die Gläubiger in der Generalabwicklung vor Augen führt, so ruft dies nach einer eingehenderen Betrachtung. Eine solche Analyse der Insolvenz von Gesellschaften wird vorgenommen. Dabei werden Schwachstellen im materiellen Recht und im Vollstreckungsrecht benannt und es werden Verbesserungsvorschläge unterbreitet.

Notre système de recouvrement des créances pécuniaires a fait ses preuves et s'avère efficace à plus d'un titre. Cependant, si l'on considère la somme des pertes annuelles pour les créanciers, qui s'élève à environ CHF 11 milliards, ainsi que le résultat, généralement dérisoire, qui découle de l'exécution générale, la situation demande à être considérée de plus près. L'insolvabilité des sociétés est ainsi analysée. Dans ce contexte, l'auteur cite des points faibles du droit matériel et du droit de l'exécution puis propose des améliorations.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Kurzanalyse des Status quo
 - A. Überleben und Sterben von Unternehmen
 - 1. Insolvenzrisiko und Alter eines Unternehmens
 - 2. Indikatoren und Gründe einer nahenden Insolvenz
 - B. Gründe der Insolvenz von Privatpersonen
 - C. Insolvenzverfahren und Gläubigerverluste
 - 1. Konkursverfahren
 - 2. Nachlassverfahren
 - 3. Pfändungen
 - 4. Gesamtverluste infolge Insolvenz
 - 5. Das schweizerische Vollstreckungssystem im internationalen Vergleich
 - 6. Zwischenfazit
- III. Gründe und Ursachen der äusserst geringen Insolvenzdividenden
 - A. Beschränkung auf Unternehmen
 - B. Generelle Gründe bzw. in der Vorphase der Insolvenz
 - 1. Keine einfach zugänglichen Schuldnerdaten für die Gläubiger
 - 2. Gesetzlich vorgeschriebenes Zahlenmaterial genügt in Krisensituationen nicht
 - 3. Ungenügende Kapitalisierung/Mindestkapitalanforderung
 - 4. Gesetzliches Regime zur Handlungspflicht der Organe (Art. 725 OR/Art. 725b revOR) ist ungenügend, falsch ausgerichtet und greift zu spät
 - 5. Opting-out betreffend Revisionspflicht hebt gesetzliches Frühwarnsystem faktisch aus
 - 6. Zu spätes Handeln der Entscheidungsträger
 - 7. Gesetzliche Hürden für die Gläubiger
 - 8. Ausplünderung durch die Eigentümer
 - C. Beim Entscheid über die Durchführung oder Einstellung des Konkurses mangels Aktiven (Art. 230 SchKG)
- D. Bei der Abwicklung der Insolvenzverfahren
 - 1. Implosion der Aktiven
 - 2. Verwertungsarten und -zeitpunkt
 - 3. Explosion der Verbindlichkeiten
 - 4. Massive Umverteilung der Dividenden infolge Konkursprivilegien (Art. 219 Abs. 4 SchKG)
 - 5. Massearmut verhindert Durchsetzung von Ansprüchen gegen Dritte
- E. Zwischenfazit
- IV. Ausgewählte Lösungsansätze und -vorschläge
 - A. Vorbemerkungen
 - B. Lösungsansätze in der Vorphase einer Insolvenz
 - 1. Zusätzliche Anforderungen an die Buchführung/Finanzplanung/Periodizität von Abschlüssen
 - 2. Massgebliche Erhöhung des gesetzlichen Mindestkapitals für GmbHs
 - 3. Pflicht zur Offenlegung der Jahresabschlüsse
 - 4. Anpassungen im «Frühwarnsystem» von Art. 725 OR
 - 5. Zulassungsregime für ein Opting-out betreffend Revisionspflicht
 - 6. Aufhebung der Gläubigerhaftung infolge Stellen des Konkursbegehrens (Art. 169 SchKG)
 - C. Beim Entscheid über die Durchführung oder Einstellung des Konkurses mangels Aktiven (Art. 230 SchKG)
 - D. Bei der Abwicklung der Insolvenzverfahren
 - 1. Flexiblere Verwertungsmöglichkeiten/flexiblerer Zeitpunkt der Verwertung
 - 2. Abschaffung der Konkursprivilegien
- V. Résumé

I. Einleitung

Es ist eine Realität des Wirtschaftslebens, dass Unternehmen entstehen und im Falle des Scheiterns wieder untergehen. Dieses Wechselspiel ist Ergebnis und Folge der Marktwirtschaft und stellt auch volkswirtschaftlich ein wichtiges Element für das Produktionswachstum einer

* FRANCO LORANDI, Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Holenstein Brusa Ltd., Zürich.

Wirtschaft dar.¹ Empirisch belegt ist auch, dass ein enger Zusammenhang zwischen strukturellem Wachstum und dem Insolvenzrecht besteht.²

Ausgangspunkt der vorliegenden Betrachtung sollen Erkenntnisse aus wissenschaftlichen Analysen über das Scheitern von Unternehmen und die Gründe für deren Insolvenz sein. Die jährlichen Gläubigerverluste dürften im Bereich von rund CHF 11 Mia. liegen, so dass von volkswirtschaftlich relevanten Beträgen auszugehen ist. Führt man sich die durchschnittliche Verlustquote eines «gewöhnlichen» (ungesicherten und nicht privilegierten) Gläubigers von 95% bis 100% vor Augen, so wirft dies zwangsläufig Fragen nach der Effektivität unseres Vollstreckungssystems auf. Da im Rahmen der Vollstreckung die Suppe nur ausgelöffelt wird, ist danach zu fragen, wo diese eingebrockt worden ist. Diese Betrachtung mündet in Vorschläge darüber, welche Gesetzesänderungen die Situation verbessern könnten. Dabei wird das Augenmerk darauf gelegt, welches in der Realität die Gründe für die Insolvenz der Schuldner bzw. für die katastrophale Dividende der betroffenen Gläubiger sind.

II. Kurzanalyse des Status quo

A. Überleben und Sterben von Unternehmen

Jährlich schliessen rund 32'000 bis 35'000 Unternehmen ihren Betrieb.³ Dem stehen knapp 8'000 Konkurseröffnungen pro Jahr (einschliesslich Verfahren infolge Organisationsmängeln i.S.v. Art. 731b OR) über Gesellschaften gegenüber.⁴

1. Insolvenzrisiko und Alter eines Unternehmens

Die Daten des Bundesamtes für Statistik zeigen, dass das Insolvenzrisiko von neu gegründeten Unternehmen in den ersten drei Jahren besonders hoch ist. Die sog. «Überlebensrate» beträgt im ersten Jahr 83,9%, in den ersten beiden Jahren 70,9% und in den ersten drei Jahren noch 61,7%.⁵ Unternehmen sind damit in den ersten drei Jahren ihrer Geschäftstätigkeit besonders anfällig und gefährdet.⁶ Dabei zeigt sich, dass die «Überlebensrate» bei Einmannbetrieben am geringsten ist und diese Rate mit der Anzahl von Mitarbeitern leicht ansteigt.⁷ Innert der ersten fünf Jahre verschwindet mehr als die Hälfte der neu gegründeten Unternehmen.⁸

Diese Werte divergieren (teilweise stark) nach Sektor (primärer, sekundärer oder tertiärer), Region, Branche⁹ und Grösse der Unternehmen.¹⁰ Erst nach rund 15 Jah-

¹ MARC SURCHAT, Revision des Konkursrechts als integraler Bestandteil der Wachstumspolitik des Bundesrates, Die Volkswirtschaft 5/2010, 20 ff., 21.

² SURCHAT (FN 1), 20, 22.

³ 2013: 32'044 Betriebe; 2014: 34'052 Betriebe; 2015: 35'484 Betriebe; aktuellere Zahlen scheinen nicht greifbar zu sein (BFS; Internet: <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/industrie-dienstleistungen/unternehmen-beschaeftigte/unternehmensdemografie/schliessungen.html> [Abruf 8.8.2020]).

⁴ 2013: 7'919 Konkurseröffnungen; 2014: 6'996 Konkurseröffnungen; 2015: 7'540 Konkurseröffnungen (BFS; Internet: <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/industrie-dienstleistungen/unternehmen-beschaeftigte/unternehmensdemografie/konkurse.assetdetail.12207037.html> [Abruf 8.8.2020]).

⁵ Überlebensraten neuer Unternehmen (Zahlen gemäss BFS; Zahlen vom 10. Dezember 2018; Internet: <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/industrie-dienstleistungen/unternehmen-beschaeftigte/unternehmensdemografie/ueberlebensraten.html> [Abruf 8.8.2020]). Vgl. auch Unternehmensdemografie, Analysen der Daten von 2013 bis 2017, Ziff. 7.1, Internet: <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/industrie-dienstleistungen/unternehmen-beschaeftigte/unternehmensdemografie/ueberlebensraten.assetdetail.10848319.html> (Abruf 8.8.2020).

⁶ PAUL H. DEMBINSKI, Ursachen von Konkursen bei Schweizer Unternehmen, Genf 2002, 5.

⁷ Überlebensraten neuer Unternehmen (Zahlen gemäss BFS; Zahlen vom 10. Dezember 2018; Internet: <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/industrie-dienstleistungen/unternehmen-beschaeftigte/unternehmensdemografie/ueberlebensraten.html> [Abruf 8.8.2020]); Unternehmensdemografie, Analysen der Daten von 2013 bis 2017, Ziff. 5.2, Ziff. 7.2, Internet: <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/industrie-dienstleistungen/unternehmen-beschaeftigte/unternehmensdemografie/ueberlebensraten.assetdetail.10848319.html> (Abruf 8.8.2020).

⁸ Medienmitteilung des Bundesamtes für Statistik vom 14. Januar 2008, Internet: <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/kataloge-datenbanken/medienmitteilungen.assetdetail.23325.html> (Abruf 8.8.2020).

⁹ Das Branchenrisiko ist sehr unterschiedlich, vgl. Creditreform Report 2013, 18 ff. (dieses Dokument ist nicht allgemein zugänglich).

¹⁰ PAUL H. DEMBINSKI/CLAUDIO BOLOGNA, Critères économiques pour le déclenchement des procédures d'insolvabilité, in: Grundlagen der Wirtschaftspolitik Nr. 19, SECO, Bern 2010, 98 f.; PAUL H. DEMBINSKI, Causes des faillites des entreprises suisses, Juli 1996, 5, 17 ff.; vgl. die anschauliche Darstellung bei SURCHAT (FN 1), 21; Unternehmensdemografie, Analysen der Daten von 2013 bis 2017, Ziff. 5.3, Internet: <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/industrie-dienstleistungen/unternehmen-beschaeftigte/unternehmensdemografie/ueberlebensraten.assetdetail.10848319.html> (Abruf 8.8.2020); Bisnode D&B, Konkurse und Gründungen, 15. Januar 2020, 7, Internet: <https://www.bisnode.ch/globalassets/switzerland/medienmitteilungen/konkurse-und-grundungen-gesamtjahr-2019.pdf> (Abruf 8.8.2020).

ren Geschäftstätigkeit stabilisiert sich die «Sterberate» auf tiefem, relativ konstantem Niveau.¹¹ Dannzumal entspricht das Insolvenzrisiko noch etwa 10% des Risikos im ersten Geschäftsjahr.¹²

Aufgrund der zu Beginn sehr hohen und nachfolgend im Zeitablauf (über Jahre) abnehmenden «Sterberate» überrascht es nicht, dass ein grosser Teil der Insolvenzen auf «Jungunternehmen» entfällt, welche weniger als fünf Jahre tätig sind.¹³ Unter den «Jungunternehmen» machen die sog. Mikrounternehmen mit weniger als zehn Arbeitnehmern einen grossen Teil aus.¹⁴ Als Grund dafür wird in erster Linie genannt, dass diese von *zu optimistischen oder gar unrealistischen Einschätzungen der Geschäftsmöglichkeiten* ausgehen.¹⁵

Bei solchen Unternehmen, welche innerhalb der ersten fünf Jahre insolvent werden, sind meist *finanzielle Gründe ausschlaggebend*.¹⁶ Demgegenüber sind bei Unternehmen, welche zwischen dem 6. und 15. Altersjahr insolvent werden, häufig *interne Probleme* (wie schlechte Geschäftsführung, zwischenmenschliche Krisen oder Kommunikationsprobleme) *ausschlaggebend*.¹⁷

2. Indikatoren und Gründe einer nahenden Insolvenz

Studien haben gezeigt, dass bei rund 70% der insolventen Gesellschaften die Bilanz vorgängig eine relativ gesunde Situation widerspiegelt.¹⁸ Auch die kurzfristige Umsatzentwicklung stellt kein zuverlässiger Indikator für künftige Probleme dar.¹⁹ Gleiches gilt weitgehend auch für die Entwicklung des EBITDA²⁰ und des Eigenkapitals.²¹ Dieses Ergebnis zur sehr beschränkten kurzfristigen Aussagekraft der Geschäftszahlen überrascht. Dagegen ist mittel- und langfristig der *stetige und sich akzentuieren-*

de Umsatz- und Margenrückgang einer der wichtigsten, wenn nicht gar *der Hauptgrund für eine Insolvenz*.²²

Die Ursachen des Scheiterns von Unternehmen können in eine *Vielzahl von Kategorien* unterteilt werden,²³ wovon im Einzelfall in der Regel mehrere von Bedeutung sind.²⁴ Zusammengefasst können fünf Hauptkategorien unterschieden werden:²⁵

- 27% betrafen betriebliche Probleme;
- in 18% der Fälle plünderten die Eigentümer die Gesellschaft;
- in 10% der Fälle war die Insolvenz die Folge eines Dominoeffektes;
- in 25% der Fälle waren ausserbetriebliche Ursachen massgebend;
- in 20% der Fälle lagen Ursachen vor, die keinen Niederschlag in der Buchhaltung gefunden haben.

Damit war der Konkurs in 53% aller Fälle auf *externe Faktoren* zurückzuführen (Eigentümer, ausserbetriebliche Gründe oder Dominoeffekt).²⁶

Von Jungunternehmen abgesehen sind die sich aus der Buchführung ergebenden Alarmsignale nur bei rund 25% aller Fälle von Nutzen.²⁷ Bei Unternehmen, die länger als fünf Jahre tätig sind, zeigt sich *folgender typischer Verlauf*:²⁸ Am Anfang steht eine Krise oder ein Strategiefehler, welche(r) sich drei bis fünf Jahre vor dem Konkurs ereignet. Anschliessend folgt ein Umsatz- und damit wohl meist auch Margenrückgang, welcher sich ein bis drei Jahre vor dem Konkurs (in Form von fehlender Rentabilität) in der Erfolgsrechnung niederschlägt. Als Letztes folgt (in vielen Fällen weniger als ein Jahr vor der Insolvenz) die *Liquiditätskrise*.²⁹ Schliesslich schlägt sich der negative operative Verlauf in der Bilanz nieder.³⁰ Die letzte Phase geht in der Regel mit einem steilen Anstieg der

¹¹ DEMBINSKI (FN 10), 15 f.; PAUL H. DEMBINSKI, Wie geraten Unternehmen in Konkurs?, Die Volkswirtschaft 7/1996, 30 ff., 40.

¹² DEMBINSKI (FN 10), 5, 15 f.

¹³ DEMBINSKI/BOLOGNA (FN 10), 115.

¹⁴ DEMBINSKI (FN 6), 5 f.

¹⁵ DEMBINSKI (FN 6), 2, 8.

¹⁶ DEMBINSKI (FN 10), 16.

¹⁷ DEMBINSKI (FN 10), 16.

¹⁸ DEMBINSKI (FN 10), 6, 29; DEMBINSKI (FN 11), 42 f.

¹⁹ PAUL H. DEMBINSKI/CLAUDIO BOLOGNA, Wirtschaftliche Kriterien bei der Einleitung von Insolvenzverfahren, Die Volkswirtschaft 5/2010, 16 f.

²⁰ EBITDA steht für earnings before interest, taxes, depreciation and amortization. Dies bedeutet Gewinn vor Zinsen, Steuern und Abschreibungen und erfasst damit den operativen Gewinn eines Unternehmens.

²¹ DEMBINSKI/BOLOGNA (FN 19), 18 f.; DEMBINSKI/BOLOGNA (FN 10), 105 ff., 115.

²² DEMBINSKI (FN 10), 37, 41.

²³ Die Studie von DEMBINSKI/BOLOGNA (FN 10), 102 ff., unterscheidet 26 verschiedene Faktoren.

²⁴ DEMBINSKI (FN 6), 10 ff.; DEMBINSKI (FN 10), 37 f.; JÜRGE KOEFERLI, Der Sanierer einer Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1994, 12 f.; DOROTHEA SENN, Die Haftung des Verwaltungsrates bei der Sanierung der AG, Diss. Basel 2001, 84, 130.

²⁵ DEMBINSKI/BOLOGNA (FN 19), 19; DEMBINSKI/BOLOGNA (FN 10), 109 ff.; vgl. auch DEMBINSKI (FN 10), 37 ff.

²⁶ DEMBINSKI/BOLOGNA (FN 10), 110; vgl. auch DEMBINSKI (FN 10), 6.

²⁷ DEMBINSKI/BOLOGNA (FN 19), 17.

²⁸ Vgl. auch PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. A., Zürich 2009, § 13 N 726; LUKAS GLANZMANN, Die Pflichten des Verwaltungsrates und der Geschäftsführung in finanziellen Krisensituationen, in: Vito Roberto (Hrsg.), Sanierung der AG, Ausgewählte Rechtsfragen für die Unternehmenspraxis, 2. A., Zürich 2003, 19 ff., 20; KOEFERLI (FN 24), 9; SENN (FN 24), 56 ff.

²⁹ DEMBINSKI/BOLOGNA (FN 19), 18.

³⁰ DEMBINSKI/BOLOGNA (FN 19), 18.

Verbindlichkeiten einher.³¹ Häufig *genügen zwei schlechte Geschäftsjahre in Folge*, um ein Unternehmen in die Insolvenz zu treiben.³²

Bei Ausbruch einer Krise ist der *Zeitraum, um zu handeln, extrem kurz*. Er beträgt wenige Monate bis längstens ein halbes Jahr.³³ Je jünger ein Unternehmen ist, desto kürzer ist die Frist für das Erkennen und das Bekämpfen des Insolvenzrisikos.³⁴ Dies dürfte auch mit der *tendenziellen Unterkapitalisierung* solcher Firmen zusammenhängen. Wenn eine Krise akut wird, hängt die Erhaltung der wirtschaftlichen Substanz vom *raschen und energischen Eingreifen* der Führungskräfte ab.³⁵

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass ein grosser Teil der Insolvenzen auf «Jungunternehmen» entfällt, die «Vorläufer» von Insolvenzen unterschiedlich sind und die Gründe der Insolvenz nach Alter des Unternehmens, nach Sektor und nach Branche divergieren und sich im Zeitablauf verändern.³⁶

Aufgrund dessen ergeben sich folgende *Schlussfolgerungen für den Gesetzgeber*: Die Massnahmen müssen auf das Alter und die Grösse des Unternehmens und in dieser Hinsicht auf die schwächsten Unternehmen ausgerichtet sein³⁷ bzw. der Gesetzgeber sollte Regeln erlassen, welche diesen Unterschieden Rechnung tragen.

³¹ BÖCKLI (FN 28), § 13 N 628; CHRISTOPH B. BÜHLER, Sanierung nach Aktienrecht de lege lata et ferenda, Lösungsansätze zur Verbesserung der aktienrechtlichen Rahmenbedingungen der aussergerichtlichen Sanierung von Aktiengesellschaften, in: Jean Nicolas Druey/Peter Forstmoser (Hrsg.), Schriften zum Aktienrecht, Band Nr. 25, Zürich 2010, 19.

³² DEMBINSKI (FN 10), 5.

³³ DEMBINSKI (FN 10), 6, 34; DEMBINSKI/BOLOGNA (FN 10), 101.

³⁴ DEMBINSKI/BOLOGNA (FN 19), 17; DEMBINSKI/BOLOGNA (FN 10), 101.

³⁵ DEMBINSKI/BOLOGNA (FN 19), 18; DEMBINSKI/BOLOGNA (FN 10), 101 f.

³⁶ DEMBINSKI (FN 10), 16; DEMBINSKI (FN 11), 40 ff.; vgl. auch SANDRO FUCHS/ANDREAS BERGMANN/SANDRA FUHRIMANN/IRIS RAUSKALA, Regulierungskosten des Rechnungslegungs- und Revisions(aufsichts)rechts, Zusammenfassung zentraler Ergebnisse einer gesamtschweizerischen Studie im Auftrag des Bundesrates, Der Schweizer Treuhänder 2014, 398 ff., 401; ANDREAS BERGMANN/SANDRO FUCHS/ANDREAS BAUR/IRIS RAUSKALA/SANDRA FUHRIMANN, Regulierungskostenanalyse des Rechnungslegungs- und Revisions(aufsichts)rechts, Schlussbericht, Winterthur 2013, 5, Internet: https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Publikationen_Dienstleistungen/Publikationen_und_Formulare/Regulierung/VereinfachungvonRegulierung/regulierungskostenrechnungskostenanalyse--revision--und-revisionsaufsichtsrecht/regulierungskostenanalyse-des-rechnungslegungs--und-revisions-au0.html (Abruf 8.8.2020).

³⁷ DEMBINSKI/BOLOGNA (FN 19), 19; DEMBINSKI/BOLOGNA (FN 10), 115.

B. Gründe der Insolvenz von Privatpersonen

Bei Privatpersonen ist *Verschuldung* der Hauptgrund für Vollstreckungsverfahren. Diese ist eng mit dem Problem der *Armut* verbunden. In aller Regel ist es nicht ein einzelner Grund, welcher zur Verschuldung führt, vielmehr befinden sich die betroffenen Personen aufgrund eines *Bündels von Einzelproblemen* in einer komplexen Notlage.³⁸ Die drei häufigsten (Teil-)Ursachen sind gesundheitliche Probleme (infolge Krankheit oder Unfall), Arbeitslosigkeit sowie Trennung bzw. Scheidung.³⁹ Die Insolvenz variiert stark nach Alter, Geschlecht, Herkunft und Ausbildung.⁴⁰ Steuerschulden und Krankenkassenprämien sind die häufigsten Schulden von Privatpersonen.⁴¹ Nachfolgend wird auf die Insolvenz von Privatpersonen nicht näher eingegangen; der Fokus liegt auf der Insolvenz von Unternehmen bzw. Unternehmern.

C. Insolvenzverfahren und Gläubigerverluste

Im Zusammenhang mit Insolvenzverfahren werden gesamtschweizerisch nur sehr wenige Daten erfasst. Die meisten davon sind zudem nicht aussagekräftig (wie etwa die Anzahl von Pfändungen oder Verwertungen). Viele Informationen, welche für die Gesetzgebung oder Wissenschaft von Bedeutung wären, werden weder vom Bund noch von der Mehrzahl der Kantone erfasst, geschweige denn leicht auffindbar im Netz zugänglich gemacht. Es kommt hinzu, dass die in den Kantonen erhobenen und an das Bundesamt für Statistik (BfS) weitergeleiteten Daten

³⁸ CHRISTOPH MATTES/CARLO KNÖPFEL/YANN BOCHSLER/RICCARDO PARDINI, Existentielle Überschuldung, 13 f., Internet: <https://www.forum-schulden.ch/publikationen/> (Abruf 8.8.2020).

³⁹ ISAAK MEIER/PETER ZWEIFEL/CHRISTOPH ZABOROWSKI/INGRID JENT-SØRENSEN, Lohnpfändung – Optimales Existenzminimum und Neuanfang?, Zürich 1999, 168 f., 201 ff., 215; MATTES/KNÖPFEL/BOCHSLER/PARDINI (FN 38), 12 ff.; Zahlen der Schuldenberatung Luzern, Internet: <https://schuldenberatung-luzern.ch/wp/wp-content/uploads/2019/04/Dachverband-Statistik-Januar-Dezember-2018.pdf> (Abruf 8.8.2020); Sanierung für Privatpersonen, 8 f.; Schulden und Sozialhilfe, Grundlagenpapier der SKOS, 4, Internet: https://skos.ch/fileadmin/user_upload/skos_main/public/pdf/grundlagen_und_positionen/grundlagen_und_studien/2017_Schulden_und_Sozialhilfe-d.pdf (Abruf 8.8.2020); Poursuite et Faillites April 2001, April 2002, April 2007, Internet: <http://www.scris.vd.ch/Default.aspx?DomID=2345> (Abruf 8.8.2020).

⁴⁰ MEIER/ZWEIFEL/ZABOROWSKI/JENT-SØRENSEN (FN 39), 154, 162 ff., 180 ff.

⁴¹ CHRISTOPH MATTES/CARLO FABIAN, Armut und Schulden in der Schweiz, Fachhochschule Nordwestschweiz/Hochschule für Soziale Arbeit, Zürich 2018, 11.

missverständlich zu sein scheinen, da sie von den Ämtern offenbar (teilweise) unterschiedlich erhoben werden.⁴² Man muss leider von einer «statistische[n] Einöde»⁴³ sprechen.

1. Konkursverfahren

Ein wesentlicher Teil der Geschäftsaufgaben von Unternehmen erfolgt in Form einer aufrechtstehenden Liquidation und nicht im Rahmen eines Konkursverfahrens.⁴⁴ Gesamtschweizerisch werden gleichsam jährlich rund 15'000 Konkursverfahren eröffnet, wovon rund die Hälfte auf im Handelsregister eingetragene (juristische oder natürliche) Personen entfällt. Von der anderen Hälfte der Konkursverfahren (d.h. solche über natürliche Personen, welche nicht der Konkursbetreibung unterliegen) entfallen mehr als 80% auf ausgeschlagene oder überschuldete Erbschaften (Art. 193 SchKG).⁴⁵

Aufgrund der Angaben in jenen Kantonen, welche Daten veröffentlichen,⁴⁶ werden *weniger als 0,5%* der effektiv durchgeführten Konkursverfahren im *ordentlichen* und alle übrigen im summarischen *Konkursverfahren* durchgeführt. Es gibt eine beachtliche Zahl von Kantonen, in welchen über zehn Jahre hinweg zwischen null und zwei ordentliche Konkursverfahren durchgeführt worden sind. De facto findet das ordentliche Konkursverfahren keine Anwendung mehr.

Gesamtschweizerisch werden nur die *Verluste* infolge (im ordentlichen oder summarischen Verfahren) durchgeführter Konkurse erfasst. Dies schliesst auch (durchgeführte) Konkursverfahren infolge Organisationsmängeln (Art. 731b OR) ein, welche rund 25%⁴⁷ aller Konkursver-

fahren über im Handelsregister eingetragene (natürliche und juristische) Personen ausmachen.⁴⁸ Aus allen durchgeführten Konkursverfahren resultierten in der Periode von 2000 bis 2018 ausgewiesene *jährliche Verluste*⁴⁹ von zwischen CHF 1,7 Mia.⁵⁰ und CHF 4,7 Mia.;⁵¹ im Durchschnitt betrug der ausgewiesene jährliche Verlust (in den Jahren 2000 bis 2018⁵²) rund *CHF 2,8 Mia.*⁵³

Die *statistischen Daten zu den Konkursdividenden* sind *sehr lückenhaft bzw. inexistent*.⁵⁴ Teilweise weichen die Daten des BfS von jenen der privaten Wirtschaftsinformationsdienste ab. Das Fehlen von umfassenden Daten ist zum einen konzeptionell bedingt, indem die Gläubigerverluste, welche entstehen, wenn das Konkursverfahren mangels Aktiven eingestellt wird (Art. 230 SchKG), (mangels Schuldenruf) gar nicht erfasst werden können.⁵⁵ Mittlerweile werden rund 58% aller (erledigten) Konkursverfahren sogleich mangels Aktiven wieder eingestellt.⁵⁶ Findet kein Konkursverfahren statt, erleiden sämt-

node.ch/globalassets/switzerland/medienmitteilungen/konkurse-und-grundungen-gesamtjahr-2019.pdf (Abruf 8.8.2020).

⁴⁸ Zahlen gemäss BfS für die Jahre 2010 bis 2018; Durchschnitt: 25,76%, Internet: <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/industrie-dienstleistungen/unternehmen-beschaeftigte/unternehmensdemografie/konkurse.assetdetail.7966840.html> (Abruf 8.8.2020). Für 2019 beträgt die Quote 23,57% und weicht damit nicht wesentlich von den Zahlen der Vorjahre ab, Internet: <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/industrie-dienstleistungen/unternehmen-beschaeftigte/unternehmensdemografie/konkurse.assetdetail.12207037.html> (Abruf 8.8.2020).

⁴⁹ Dies entspricht der Summe der ausgestellten Konkursverlustscheine (Art. 265 SchKG).

⁵⁰ 2017: CHF 1'700,298 Mio. (Zahlen gemäss BfS; Internet: <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/industrie-dienstleistungen/unternehmen-beschaeftigte/unternehmensdemografie/konkurse.assetdetail.7966839.html> [zit. Zahlen gemäss BfS; Abruf 8.8.2020]).

⁵¹ 2004: CHF 4'698,216 Mio. (Zahlen gemäss BfS [FN 50]).

⁵² 2019 betragen die Verluste rund CHF 2,3 Mia. und lagen damit im Bereich der Vorjahre (Internet: <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/industrie-dienstleistungen/unternehmen-beschaeftigte/unternehmensdemografie/konkurse.html> [Abruf 8.8.2020]).

⁵³ CHF 2'854,396 Mio. (Zahlen gemäss BfS [FN 50]).

⁵⁴ Ernst & Young, Modul 2: Analyse der Einflussfaktoren auf die Konkurs- und Nachlassdividende in der Schweiz (zit. Modul 2), 6; dies., Étude 2: Analyse explicative du taux de recouvrement, in: Grundlagen der Wirtschaftspolitik Nr. 19, SECO, Bern 2010 (zit. Étude 2), 52.

⁵⁵ Vgl. auch DAVID RÜETSCHLI, Die direkte Sanierung – Neue Möglichkeiten im SchKG und laufende Revision des OR, in: Annette Dolge (Hrsg.), SchKG und ZPO – Neuerungen, Erfahrungen und Aussichten im schweizerischen und internationalen Vollstreckungsrecht, Zürich 2014, 1 ff., 4 f.

⁵⁶ Gemäss den statistischen Zahlen des BfS für die Jahre 2009 bis 2018 wurden 57,97% aller Konkursverfahren nicht abgeschlossen. Dabei werden die Konkurserledigungen mit den im ordentlichen und summarischen (durchgeführten) Konkursverfahren in Relation gesetzt. Die Zahlen schwanken in den letzten zehn Jahren nur geringfügig

⁴² MEIER/ZWEIFEL/ZABOROWSKI/JENT-SØRENSEN (FN 39), 124 f. Dies bestätigen Stimmen aus der Betreibungspraxis.

⁴³ DEMBINSKI (FN 11), 40.

⁴⁴ DEMBINSKI/BOLOGNA (FN 19), 16.

⁴⁵ Zahlen gemäss BfS für die Jahre 2010 bis 2018; Durchschnitt: 80,61%, Internet: <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/industrie-dienstleistungen/unternehmen-beschaeftigte/unternehmensdemografie/konkurse.assetdetail.7966840.html> (Abruf 8.8.2020). Die Zahlen für 2019 weichen nicht wesentlich davon ab, Internet: <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/industrie-dienstleistungen/unternehmen-beschaeftigte/unternehmensdemografie/konkurse.assetdetail.12207037.html> (Abruf 8.8.2020).

⁴⁶ Kantone Appenzell Ausserrhoden, Bern, Freiburg, Glarus, Graubünden, Schaffhausen, St. Gallen, Thurgau, Zürich.

⁴⁷ Die Zahlen der BfS weichen nicht unwesentlich von jenen der privaten Wirtschaftsinformationsdienste ab (Internet: <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/industrie-dienstleistungen/unternehmen-beschaeftigte/unternehmensdemografie/konkurse.assetdetail.12207037.html> [Abruf 8.8.2020]). Gemäss Bisnode D&B, Konkurse und Gründungen, 15. Januar 2020, 2, beträgt der Anteil der OR-731b-Verfahren mehr als 29%, Internet: <https://www.bis>

liche nicht pfandgesicherten Gläubiger, auch solche von privilegierten Forderungen, einen *Totalausfall* (pfandgesicherte Gläubiger können die Spezialliquidation gemäss Art. 230a SchKG in Anspruch nehmen⁵⁷).

Nach einer Einschätzung des schweizerischen Gläubigerverbandes Creditreform *resultiert für die Drittklassgläubiger in rund 95 % aller eröffneten Konkursverfahren (über Private und Firmen) gar keine oder nur eine geringe Dividende*.⁵⁸ Ein Autor hält diese Schätzung für zu hoch.⁵⁹ Bis 1973⁶⁰ erhob der *Bund* die Gläubigerverluste in allen Konkursverfahren schweizweit (gesamthaft für Kurant-, pfandgesicherte und privilegierte Gläubiger) und wies diese mit Werten von zwischen 72 % und 84 % aus⁶¹ (durchschnittlich 78,3 %⁶²).

Dies deckt sich etwa mit der vom *Kanton Waadt* für die Jahre 1997 bis 2006 ermittelten Deckungsquote an sämtliche Gläubiger (d.h. Drittklass-, pfandgesicherte und privilegierte Gläubiger) zwischen 13,10 % und 26,20 % (durchschnittlich 19,71 %).⁶³ Ein ähnliches Bild zeigt sich im *Kanton Basel-Stadt*, welcher für die Jahre 2009 bis 2018 Gläubigerverluste in (durchgeführten) Konkursverfahren zwischen 88,61 % und 96,74 % ausweist.⁶⁴

Im *Kanton Waadt* ergab sich im Jahr 2000 in allen Konkursverfahren eine Deckungsquote für sämtliche

Gläubiger (Drittklass-, pfandgesicherte und privilegierte Forderungen) von 25,7%. Während auf die pfandgesicherten Forderungen eine Quote von 49,76 % entfiel, belief sich die Dividende für die ungesicherten Gläubiger (d.h. Kurant- und privilegierte Gläubiger) gerade einmal auf 3,25 %.⁶⁵

Im *Kanton Zürich* endeten (in den Jahren 2009 bis 2018) mehr als 47 % aller (durchgeführten) Konkursverfahren ohne jede Dividende für Drittklassgläubiger.⁶⁶

In Bezug auf Privatpersonen ist eine Studie aus dem Jahr 1999 zum Schluss gekommen, dass in 85 % aller durchgeführten Konkursverfahren gar keine Dividende ausbezahlt wurde und die durchschnittliche Dividende aller Gläubiger 0,4 % beträgt.⁶⁷

Berücksichtigt man, dass ein wesentlicher Teil der Dividendenzahlungen auf Pfand- und/oder privilegierte Gläubiger entfällt,⁶⁸ so erscheint die Schätzung der Creditreform durchaus realistisch bzw. allenfalls sogar noch etwas zu wenig pessimistisch.

Die vom *Kanton Waadt*⁶⁹ (für einzelne Jahre bis 2006) publizierten Zahlen⁷⁰ legen nahe, dass die im Konkurs (an alle Gläubiger) gezahlten Dividenden je nach «Kategorie» des Schuldners unterschiedlich sind. Während die Auszahlungen bei selbständig Erwerbenden (19,03 %) und Gesellschaften (19,8 %) etwa auf dem Niveau der Durchschnittswerte (19,27 %) lagen, waren die Dividenden bei Privatpersonen signifikant tiefer (10,6 %), wogegen jene

(Zahlen gemäss BfS [FN 50]). Die Quote für das Jahr 2019 weicht mit 59,46 % nicht wesentlich von jenen der Vorjahre ab, Internet: <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/industrie-dienstleistungen/unternehmen-beschaeftigte/unternehmensdemografie/konkurse.assetdetail.12207040.html> (Abruf 8.8.2020).

⁵⁷ Diesbezüglich werden vom *Bund* ebenfalls keine statistischen Daten erfasst. In den wenigen Kantonen, welche Spezialliquidationen gemäss Art. 230a SchKG statistisch erfassen, werden solche in (nur) 2 % bis 4 % aller eingestellten Konkursverfahren durchgeführt.

⁵⁸ RAOUL EGELI, Bonitätsrisiken – erkennen, bewerten, vermeiden, 2. A., Zürich 2018, 210; darauf Bezug nehmend: Ernst & Young, Étude 2 (FN 54), 51; BBl 2010 6475; vgl. auch Ernst & Young, Modul 2 (FN 54), 6; CHRISTIAN SAUTER/PETRA BECK, Das Schweizer Konkursrecht aus ökonomischer Perspektive, Die Volkswirtschaft 5/2000, 12 ff., 12, sprechen von einem «überwiegenden Teil»; vgl. auch SURCHAT (FN 1), 21.

⁵⁹ JEAN-DANIEL SCHMID, Die paulianische Anfechtung von Darlehensrückzahlungen und Darlehensbesicherungen, Diss. St. Gallen 2014, § 4 N 18 Fn 57.

⁶⁰ Seither werden diese Daten nicht mehr erhoben.

⁶¹ Statistisches Jahrbuch der Schweiz 1975, 532 (Internet: <https://www.bfs.admin.ch/asset/de/hs-b-00.01-jb-1975> [Abruf 8.8.2020]).

⁶² Dies ist der Durchschnitt der für die Jahre 1960 sowie 1964 bis 1973 ausgewiesenen Verluste in Prozent.

⁶³ Poursuite et Faillites April 2001, April 2002, April 2007 (Internet: <http://www.scris.vd.ch/Default.aspx?DomID=2345> [Abruf 8.8.2020]).

⁶⁴ Statistisches Jahrbuch des Kantons Basel-Stadt 2019, Kapitel 06, 105, Internet: <https://www.statistik.bs.ch/zahlen/statistisches-jahrbuch.html> (Abruf 8.8.2020).

⁶⁵ Poursuite et Faillites April 2001, 11, Internet: (http://www.scris.vd.ch/Data_Dir/ElementsDir/6621/1/F/Numerus-02-2001_Poursuites%20et%20faillites.pdf [Abruf 8.8.2020]).

⁶⁶ Rechenschaftsberichte des Obergerichts des Kantons Zürich 2009 bis 2018, zu Konkurs: Verfahrensdauer und verschiedene Angaben, Internet: <https://www.gerichte-zh.ch/organisation/obergericht/rechenschaftsbericht.html> (Abruf 8.8.2020). Im Jahr 2019 lag diese Quote mit 36,27 % tiefer, Internet: https://www.gerichte-zh.ch/fileadmin/user_upload/Dokumente/obergericht/Rechenschaftsberichte/Rechenschaftsbericht_2019.pdf (Abruf 8.8.2020).

⁶⁷ MEIER/ZWEIFEL/ZABOROWSKI/JENT-SØRENSEN (FN 39), 186 f.

⁶⁸ Vgl. etwa Statistisches Jahrbuch des Kantons Basel-Stadt 2019, Kapitel 06, 104 f. (Internet: <https://www.statistik.bs.ch/zahlen/statistisches-jahrbuch.html> [Abruf 8.8.2020]), sowie die Zahlen des Kantons Waadt, in dem im Jahr 2000 bei einer Auszahlungsquote von 25,68 % für sämtliche Gläubiger (Poursuites et Faillites, April 2005, Internet: <http://www.scris.vd.ch/Default.aspx?DomID=2345> [Abruf 8.8.2020]) gerade einmal eine Dividende von 3,25 % für alle ungesicherten Gläubiger (d.h. Kurant- und privilegierte Gläubiger) resultierte (Poursuites et Faillites April 2001, 11, Internet: http://www.scris.vd.ch/Data_Dir/ElementsDir/6621/1/F/Numerus-02-2001_Poursuites%20et%20faillites.pdf [Abruf 8.8.2020]).

⁶⁹ Soweit ersichtlich weist kein anderer Kanton entsprechende Zahlen aus.

⁷⁰ Die angegebenen Zahlen beziehen sich auf Durchschnittswerte der Jahre 2000 bis 2002 (Poursuites et faillites April 2001, April 2002 und April 2003, Internet: <http://www.stat.vd.ch/Default.aspx?DomID=2345> [Abruf 8.8.2020]).

bei ausgeschlagenen Verlassenschaften wesentlich höher ausfielen (32,1 %).

2. Nachlassverfahren

Es existieren keine gesamtschweizerischen Daten zu den Nachlassverfahren oder zu den Nachlassdividenden.⁷¹ Nur schon aufgrund der hohen Verfahrenskosten werden zu einem wesentlichen Teil nur grosse oder ganz grosse Insolvenzen im Rahmen eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung abgewickelt.⁷²

Schätzungen zufolge dürften seit der letzten Revision des Nachlassvertragsrechts per 1. Januar 2014 schweizweit zwischen 80 und 170 Nachlassverfahren pro Jahr durchgeführt werden. Rund 36 % aller Nachlassstundungen mündeten in einen Konkurs (Art. 293a Abs. 3, Art. 294 Abs. 3, Art. 296b, Art. 298 Abs. 4, Art. 309 SchKG), in 7 % der Fälle gelang eine Sanierung (Art. 296a SchKG) und in 57 % der Fälle kam es zu einem Nachlassvertrag (Art. 314 ff., Art. 317 ff. SchKG).⁷³

Da ein Nachlassvertrag nur genehmigt werden kann, wenn sämtliche privilegierten Forderungen vollständig gedeckt sind (Art. 306 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG), erhalten die Drittklassgläubiger in jedem Fall eine Dividende, so dass die durchschnittlichen Dividenden bei einem Nachlassvertrag per se höher sind als im Konkurs.⁷⁴ Trotz dieses Umstandes sind die (absoluten) Gläubigerverluste in den wenigen, dafür (was die Gläubigerforderungen angeht) sehr grossen Verfahren sehr substantiell.⁷⁵

⁷¹ ALESSANDRO FARSACI, Entwicklungen der Nachlassstundung in der Schweiz, Jusletter vom 26.8.2019, N 2 (Internet: https://unternehmerforum.ch/wp-content/uploads/2019/09/0907_Anhang-6-Artikel-Entwicklung-Nachlassstundungen.pdf [Abruf 8.8.2020]); KPMG, Entwicklung der Nachlassstundungen unter neuem Sanierungsrecht (Ausgabe 2018), 2 f.; Ernst & Young, Modul 2 (FN 54), 6; Ernst & Young, Étude 1, Comparaison internationale du droit des faillites suisse, in: Grundlagen der Wirtschaftspolitik Nr. 19, SECO, Bern 2010 (zit. Étude 1), 52.

⁷² Dies trifft etwa auf die SAirGroup, die Swissair, Flightlease, verschiedene Holding-Gesellschaften der Erbgruppe (Herfina, Unifina, Uuniinvest) sowie verschiedene Petroplus-Gesellschaften zu; vgl. auch Anhang C.

⁷³ FARSACI (FN 71), N 9; KPMG, Entwicklung der Nachlassstundungen unter neuem Sanierungsrecht (Ausgabe 2018), 9 f., Internet: <https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/ch/pdf/entwicklung-der-nachlassstundungen-2018.pdf> (Abruf 8.8.2020). Die Art des geschlossenen Nachlassvertrages (ordentlicher Nachlassvertrag oder Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung) wurde nicht erhoben.

⁷⁴ Mutmassliche (von den jeweiligen Liquidatoren geschätzte) Dividenden in ausgewählten Nachlassverfahren werden in Anhang C aufgeführt.

⁷⁵ Vgl. dazu die Zahlen in Anhang C.

3. Pfändungen

Die zu den Pfändungen schweizweit erhobenen Daten sind sehr beschränkt und die verfügbaren Daten sind nichtssagend. Auswertungen von Angaben in (einzelnen) kantonalen bzw. kommunalen Quellen legen nahe, dass zwischen 20 % und 50 % aller vollzogenen Pfändungen vollständig erfolglos bleiben (Art. 115 Abs. 1 SchKG),⁷⁶ so dass die Gläubiger einen Totalausfall erleiden. Studien gehen in die gleiche Richtung.⁷⁷

Vermögenspfändungen sind in der Praxis selten, so dass vornehmlich Einkommenspfändungen stattfinden.⁷⁸ Bei Lohnpfändungen liegt der Anteil der erfolglosen Pfändungen teilweise über 50 %. Es macht sodann den Anschein, dass es *sehr grosse regionale Unterschiede*

⁷⁶ Stadt Dübendorf für 2018: 53,6 %, Internet: http://www.duebendorf.ch/dl.php/de/5c2de23264af2/1812_Statistik_BA.pdf (Abruf 8.8.2020).

Kanton Jura: 50,97 % (Durchschnitt der Jahre 2013 bis 2018; Pfändungen gemäss Daten des BfS, Internet: <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/industrie-dienstleistungen/unternehmen-beschaeftigte/unternehmensdemografie/konkurse.assetdetail.7966842.html> [Abruf 8.8.2020]; die Daten zu den Pfändungsverlustscheinen sind nicht im Internet zugänglich; dem Vorsteher der Betriebsämter Jura sei für die Zustellung bestens gedankt).

Kanton Zürich: 38,08 % (Durchschnitt der Jahre 2009 bis 2018). Demgegenüber erlangten die Gläubiger in 38,14 % aller Verwertungen (einschliesslich Betreibungen auf Pfandverwertung) *volle Deckung* (Rechenschaftsberichte des Obergerichts des Kantons Zürich 2009 bis 2018, zu Konkursen: Verfahrensdauer und verschiedene Angaben; Internet: <https://www.gerichte-zh.ch/organisation/obergericht/rechenschaftsbericht.html> [Abruf 8.8.2020]).

Stadt Zürich: 38,41 % (Durchschnitt der Jahre 2010 bis 2018; Statistiken des Betriebsinspektorats; Internet: https://www.betreibungsinspektorat-zh.ch/deu/dow_sta.php [Abruf 8.8.2020]).

Illnau-Effretikon: 18,90 % (Durchschnitt der Jahre 2013 bis 2018). Demgegenüber erlangten die Gläubiger in 32,13 % aller vollzogenen Pfändungen *volle Deckung*, vgl. Geschäftsberichte, Internet: <https://www.ilef.ch/suche/?q=betreibungsstatistik> (Abruf 8.8.2020).

Kanton Schaffhausen: 28,6 % (Durchschnitt der Jahre 2009 bis 2018; Amtsbericht des Obergerichts des Kantons Schaffhausen; Internet: <https://sh.ch/CMS/Webseite/Kanton-Schaffhausen/Beh-rde/Justiz/Obergericht/Portal-Obergericht-723295-DE.html?tabid=b9468af7-7b20-8c84-8563-154a48ea2897> [Abruf 8.8.2020]).

Stadt St. Gallen: 23,70 % (Durchschnitt der Jahre 2002 bis 2011; Statistisches Jahrbuch der Stadt St. Gallen 2012, 115, Internet: https://www.stadt.sg.ch/home/verwaltung-politik/stadt-zahlen/publikation/jahrbuch/_jcr_content/Par/downloadlist/DownloadListPar/download.ocFile/StatJB_2012_Internet.pdf [Abruf 8.8.2020]).

Kanton Aargau: 22,71 % (Durchschnitt der Jahre 2009 bis 2018; Statistiken der Betreibungen, Internet: http://www.betreibungsamt-ag.ch/v4/index.php/downloads/cat_view/4-sonstiges [Abruf 8.8.2020]).

⁷⁷ MEIER/ZWEIFEL/ZABOROWSKI/JENT-SØRENSEN (FN 39), 157.

⁷⁸ MEIER/ZWEIFEL/ZABOROWSKI/JENT-SØRENSEN (FN 39), Tabelle A.7.

gibt, was die Deckungsquote der Gläubiger in der Pfändung anbelangt.⁷⁹

Es gibt nur einige wenige Kantone, welche Daten zu den von den Gläubigern vereinnahmten Beträgen⁸⁰ bzw. zu den Gläubigerverlusten in der Spezialexécution, namentlich der Summe der jährlich ausgestellten Pfändungsverlustscheine (Art. 115 Abs. 1, Art. 149 SchKG), ausweisen.⁸¹ Ein Teil der Kantone erhebt zwar diese Zahlen, publiziert sie aber nicht,⁸² was sehr zu bedauern ist. Wieder andere Kantone erheben diese Daten schon gar nicht (was eine Nachfrage bei den kantonalen Ämtern für Statistik bzw. bei den Betreibungsämtern bestätigt hat).⁸³

4. Gesamtverluste infolge Insolvenz

Es fehlen gesamtschweizerische Daten zu den jährlichen Forderungsausfällen der Gläubiger für sämtliche Insolvenzverfahren. Die (wenigen) Zahlen einzelner Kantone, welche sowohl die Gläubigerverluste aus Spezialexécutionen als auch aus Konkursverfahren (nicht aber bei Nachlassverträgen) ausweisen, zeigen *grosse Schwankungen von Jahr zu Jahr*. Eine Auswertung über eine längere Zeitdauer⁸⁴ zeigt in der Tendenz, dass in vielen Kantonen die Ausfälle der Gläubiger in der Spezialexécution höher (teilweise signifikant höher) sind als jene im Konkurs.⁸⁵ Nur in vier Kantonen (Glarus, Freiburg, Nidwalden und Zug) übersteigen umgekehrt die jährlichen Gläubigerverluste aus Konkursverfahren jene aus Pfändungen (teilweise auch massiv).⁸⁶

Aufgrund der Auswertung der Pfändungsverluste derjenigen Kantone, welche diese Zahlen publizieren bzw.

auf Anfrage zugänglich machten,⁸⁷ entsprechen diese Verluste rund 158% der für die durchgeführten Konkursverfahren ausgewiesenen Verluste. Einzelne *Schätzungen* gehen für sämtliche Insolvenzverfahren (Konkurse, Nachlassverfahren, Pfändungsverlustscheine⁸⁸) von jährlichen Gläubigerverlusten von *zwischen CHF 10 Mia.*⁸⁹ und *CHF 11 Mia.*⁹⁰ aus. Aufgrund der ausgewiesenen Verluste aus (durchgeführten) Konkursverfahren, der signifikanten Höhe der Verluste aus Pfändungsverfahren, der signifikanten Verluste in Nachlassverfahren⁹¹ und der hohen Quote von (mangels Aktiven) eingestellten Konkursverfahren scheint diese *Grössenordnung durchaus plausibel*.

Die effektiven Gesamtkosten für die Wirtschaft sind jedoch noch wesentlich höher, da *indirekte Folgekosten* wie etwa Anpassungskosten von Arbeitnehmern, Lieferanten und Kunden aus volkswirtschaftlicher Sicht hinzugerechnet werden müssen.⁹² Allein schon der Umstand, dass Konkursverfahren für rund 10% der erstmaligen Arbeitslosigkeit der Arbeitnehmer verantwortlich sind,⁹³ lässt aufhorchen.

5. Das schweizerische Vollstreckungssystem im internationalen Vergleich

In der jährlichen Rangliste der Weltbank Doing Business belegt die Schweiz unter 190 untersuchten Ländern im Jahr 2020 den 49. Platz⁹⁴ in Bezug auf die sog. *resolving insolvency*.⁹⁵ Die resolving insolvency setzt sich zu 50% aus der Stärke der Insolvenzgesetzgebung (strength of insolvency framework index) und zu 50% aus der Insolvenzdividende (recovery rate) zusammen.⁹⁶ Die recovery

⁷⁹ MEIER/ZWEIFEL/ZABOROWSKI/JENT-SØRENSEN (FN 39), Tabelle A.7.

⁸⁰ Der *Kanton Schwyz* erhebt die durch das Betreibungsamt eingebrachten Beträge. Für die Jahre 2009 bis 2018 stehen durchschnittlichen Verlusten aus Pfändungs- und Pfandverwertungen von CHF 60,926 Mio. die durch das Betreibungsamt eingebrachten Beträge von durchschnittlich CHF 39,745 Mio. gegenüber (Rechenschaftsberichte Kanton Schwyz 2009–2018; Internet: <https://www.kgsz.ch/rechenschaftsberichte/> [Abruf 8.8.2020]). Ein ähnliches Bild zeigen die Zahlen für die *Stadt St. Gallen* für die Jahre 2009 bis 2018: Durchschnittlichen Verlusten aus Pfändungsverwertungen von CHF 34,86 Mio. stehen durch das Betreibungsamt eingebrachte Beträge von durchschnittlich CHF 20,96 Mio. gegenüber (dem Leiter des Betreibungsamtes St. Gallen sei bestens für die Übermittlung der entsprechenden Zahlen gedankt).

⁸¹ Vgl. Quellen in Anhang A.

⁸² Vgl. Hinweise in Anhang A und Anhang B.

⁸³ Dies gilt für die Kantone Aargau, Basel-Landschaft, Neuenburg, Genf, Obwalden, St. Gallen, Schaffhausen, Tessin, Uri, Zürich.

⁸⁴ Soweit das Zahlenmaterial verfügbar war, wurde eine Periode von zehn Jahren (2009 bis 2018) ausgewertet (vgl. Anhang A und B).

⁸⁵ Vgl. Anhang A.

⁸⁶ Vgl. Anhang B.

⁸⁷ Vgl. Anhang A und B.

⁸⁸ Zudem ist im Betrag von CHF 10 Mia. auch der (geschätzte) Betrag von gerichtlichen und aussergerichtlichen Vergleiche enthalten.

⁸⁹ Analyse Creditreform für das Jahr 2009, 25.

⁹⁰ Creditreform Report 2013, 9 (dieses Dokument ist nicht allgemein zugänglich).

⁹¹ Vgl. Anhang C.

⁹² SURCHAT (FN 1), 20.

⁹³ DEMBINSKI (FN 11), 41.

⁹⁴ Internet: <https://www.doingbusiness.org/en/rankings> (Abruf 8.8.2020); Doing Business 2019, Training for Reform, World Bank Group (zit. Doing Business Report 2019), 207, Internet: https://www.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/media/Annual-Reports/English/DB2019-report_web-version.pdf (Abruf 8.8.2020). In den früheren Jahren belegte die Schweiz vergleichbare Plätze – Tendenz sinkend: 2019 den 46. Platz, 2018 und 2017 den 45. Platz, 2016 den 44. Platz bzw. 2015 den 41. Platz.

⁹⁵ Doing Business Report 2019 (FN 94), 207.

⁹⁶ Doing Business Report 2019 (FN 94), 23, 118 ff.

rate⁹⁷ der Schweiz betrug 2019 (nur) 46,8%,⁹⁸ wogegen die Quoten der besten Länder bei 90% lagen, was einen signifikanten Unterschied impliziert.

Von verschiedenen *Faktoren*, welche zu diesem schlechten Abschneiden im internationalen Vergleich beigetragen haben, werden in der Literatur namentlich die (zu lange) Dauer der Konkursverfahren und die (zu) hohen Verfahrenskosten genannt.⁹⁹

6. Zwischenfazit

Es ist festzuhalten, dass die (direkten) jährlichen Gläubigerverluste in der Grössenordnung von rund CHF 11 Mia. liegen dürften und damit *volkswirtschaftlich von Bedeutung sind*.

Die Deckungsquote der ungesicherten, nicht privilegierten Gläubiger ist in der Pfändung mässig und im Konkurs katastrophal. Dass die Mehrzahl der Konkursverfahren schon gar nicht durchgeführt werden kann (sondern sogleich mangels Aktiven eingestellt wird), ist ein eklatanter Systemfehler. Auch Quervergleiche mit anderen (namentlich westeuropäischen) Ländern bestätigen, dass die Effektivität des schweizerischen Systems zu wünschen übriglässt.

III. Gründe und Ursachen der äusserst geringen Insolvenzdividenden

A. Beschränkung auf Unternehmen

Die Ursachen der Insolvenz unterscheiden sich bei Privatpersonen und bei Unternehmen naturgemäss sehr stark. Es kommt hinzu, dass mehr als 80% der Konkursverfahren (nicht aber der Pfändungen) über nicht im Handelsregister eingetragene Personen keine lebenden Schuldner, sondern ausgeschlagene oder überschuldete Erbschaften betreffen.¹⁰⁰ In Bezug auf Privatpersonen ist ein Gesetzgebungsprojekt initiiert, welches mittels Restschuldbefreiung eine Sanierungsmöglichkeit schaffen will.¹⁰¹

Aufgrund dieser Umstände werden die Privatpersonen für die nachfolgenden Ausführungen ausgeklammert, so dass im Folgenden nur noch von den *Unternehmen* als Schuldnern die Rede sein wird.

B. Generelle Gründe bzw. in der Vorphase der Insolvenz

1. Keine einfach zugänglichen Schuldnerdaten für die Gläubiger

Eine *Offenlegungs- und Einsichtspflicht* bezüglich der Jahresrechnung (und der Konzernrechnung) besteht nur für Unternehmen, welche Anleiensobligationen ausstehend haben oder deren Beteiligungspapiere an einer Börse kotiert sind (Art. 958e Abs. 1 OR). Die übrigen Unternehmen müssen den *Gläubigern*, die *ein schutzwürdiges Interesse nachweisen*, zwar Einsicht in den Geschäftsbericht und die Revisionsberichte gewähren. Im Streitfall muss jedoch ein Gericht darüber entscheiden (Art. 958e Abs. 2 OR), so dass die Gläubiger nicht leicht zu solchen Unterlagen gelangen. Zudem wird in der Praxis ein schutzwürdiges Interesse nicht leichthin angenommen.¹⁰²

Damit fehlt es einem Gläubiger bzw. einem potentiellen Geschäftspartner, welcher mit einem Unternehmen kontrahieren möchte, weitgehend an einer Möglichkeit, sich aufgrund von einfach zugänglichen Abschlüssen (ohne ein Gerichtsverfahren einleiten zu müssen) ein Bild über die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit und die Finanzlage eines Unternehmens zu machen. Im Rahmen der abgeschlossenen *Aktienrechtsrevision* soll an dieser Regelung nichts Wesentliches geändert werden (Art. 958e revOR).¹⁰³

Trotz der teilweise beschränkten Aussagekraft eines *Betreibungsregisterauszuges* (vgl. Art. 8a Abs. 3 SchKG)¹⁰⁴ ist die praktische Bedeutung der Betriebsauskunft insofern relativ gross, als im Geschäftsleben

⁹⁷ Die recovery rate bringt zum Ausdruck, welche Dividende ein grundpfandgesicherter Gläubiger eines fiktiven, aber international vergleichbaren Hotels bei der Durchsetzung seiner Forderung erhält.

⁹⁸ Die recovery rate der Schweiz blieb über die letzten Jahre nahezu unverändert (46,8% [2019], 46,7% [2018], 46,6% [2016 und 2017], 47,6% [2015]).

⁹⁹ SURCHAT (FN 1), 22.

¹⁰⁰ Vgl. II.C.1.

¹⁰¹ Sanierungsverfahren für Privatpersonen, Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulates 13.4193 Hêche vom 9. März 2018, Internet: <https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2013/20134193/>

Bericht%20BR%20D.pdf (Abruf 8.8.2020), und zum aktuellen Stand des Gesetzgebungsverfahrens vgl. Internet: <https://www.parlament.ch/de/suche#k=Sanierungsverfahren%20f%C3%BCr%20Privatpersonen> (Abruf 8.8.2020). Vgl. auch ISAAK MEIER/CARLO HAMBURGER, Die Entschuldung von Privathaushalten im schweizerischen Recht, SJZ 2014, 93 ff., welche einen konkreten Vorschlag und einen möglichen Gesetzestext vorlegen.

¹⁰² BBI 2008 1704.

¹⁰³ BBI 2008 1704.

¹⁰⁴ Schweizweite Betriebsauskunft, Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats 12.3957 Candinas vom 4. Juli 2018 (zit. Bericht Betriebsauskunft), 15 ff., Internet: <https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2012/20123957/Bericht%20BR%20D.pdf> (Abruf 8.8.2020).

viele Gläubiger bzw. potentielle Geschäftspartner davon Gebrauch machen.¹⁰⁵

Insgesamt ist die Betreuungsauskunft ein einfaches Informationsmittel, welches zumindest als Warninstrument dienen kann, wenn ein Schuldner schon viele Betreibungen in kurzer Zeit aufzuweisen hat. In allen anderen Fällen hilft ein Betreibungsregisterauszug nicht viel weiter.

2. Gesetzlich vorgeschriebenes Zahlenmaterial genügt in Krisensituationen nicht

Personengesellschaften und Einzelunternehmen, welche einen Umsatzerlös von mindestens CHF 500'000 erzielen, sowie alle juristischen Personen unterliegen der *Pflicht zur Buchführung und Rechnungslegung* (Art. 957 Abs. 1 OR). Die Buchführung bildet die Grundlage der Rechnungslegung (Art. 957a Abs. 1 OR). Letztere erfolgt im Geschäftsbericht und enthält die Jahresrechnung, die sich aus Bilanz, Erfolgsrechnung und dem Anhang zusammensetzt (Art. 958 Abs. 2 OR). Der Geschäftsbericht muss innerhalb von sechs Monaten nach Ablauf des Geschäftsjahres erstellt und dem zuständigen Organ zur Genehmigung vorgelegt werden (Art. 958 Abs. 3 OR).

Das schweizerische Rechnungslegungsrecht weist eine geringe Anzahl gesetzlicher Normierungen auf und ist insbesondere auf KMU ausgerichtet. Die durchschnittlichen Kosten von KMU für die Buchführung werden mit CHF 2'000 geschätzt und sind als tief zu werten.¹⁰⁶ Studien haben hervorgehoben, wie *wichtig* (verlässliche und zeitnah verfügbare) *Buchführungsdaten* – gerade in heiklen Situation eines Unternehmens – *sind*.¹⁰⁷ Die Corona-Krise hat dies ebenfalls gezeigt.

Eine *Geldflussrechnung* ist nach geltendem Recht nur für grössere Unternehmen (Art. 961 i.V.m. Art. 727 OR¹⁰⁸) vorgeschrieben (Art. 961b OR). Es besteht (aus-

serhalb von Art. 725 Abs. 2 OR¹⁰⁹) keine Pflicht, *unterjährig einen Zwischenabschluss zu erstellen*.

Auch eine permanente *Liquiditätsplanung* ist zurzeit gesetzlich nicht explizit erwähnt. Sie wird insofern indirekt angesprochen,¹¹⁰ als der Rechnungslegung Veräusserungs- statt Fortführungswerte zugrunde zu legen sind, wenn die Einstellung der Tätigkeit (oder von Teilen davon) in den nächsten zwölf Monaten ab Bilanzstichtag beabsichtigt oder voraussichtlich nicht abwendbar ist (Art. 958a Abs. 2 OR). Die Einstellung der Geschäftstätigkeit ist insbesondere bei mangelnder Liquidität voraussichtlich nicht abwendbar.¹¹¹ Aus der (unübertragbaren und unentziehbaren) Aufgabe des Verwaltungsrates, die Finanzplanung auszugestalten (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR), ist zwar richterweise abzuleiten, dass damit auch eine Liquiditätsplanung gefordert ist.¹¹² Eine ausdrückliche Pflicht, eine Liquiditätsplanung zu führen, fehlt im Gesetz jedoch.

Gemäss dem vom Parlament im Juni 2020 verabschiedeten *revidierten Aktienrecht*¹¹³ überwacht der Verwaltungsrat die Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft (Art. 725 Abs. 1 revOR). Der im Entwurf (Art. 725 E-OR) noch vorgesehene Liquiditätsplan ist jedoch nicht Gesetz geworden. Ob damit eine permanente Pflicht statuiert wird, eine Liquiditätsplanung zu führen, wie dies die Botschaft impliziert,¹¹⁴ scheint angesichts des Randtitels (Drohende Zahlungsunfähigkeit) fraglich, zumal auch die Botschaft davon spricht, dass eine Pflicht des Verwaltungsrates zur Liquiditätsplanung erst im Zeitablauf ausgelöst wird.¹¹⁵ In Bezug auf die Buchführungspflichten sieht die Aktienrechtsrevision keine Änderungen vor. Insgesamt bringt das revidierte Aktienrecht, was die Dokumentation der wirtschaftlichen Situation eines Unternehmens betrifft, wenig Neues.

Nach dem Status quo *fehlen* den Führungskräften, wenn sie nicht aus Eigeninitiative dafür besorgt sind, die *finanziellen Führungsinstrumente*, um auftretende finanzielle Probleme überhaupt zeitnah erkennen zu können.

¹⁰⁵ Bericht Betreuungsauskunft (FN 104), 13 f.; Bedarfsanalyse schweizweite Betreuungsauskunft der Ecoplan vom 8. Dezember 2016 (zit. Ecoplan-Analyse), 6, Internet: <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2018/2018-07-04/ber-ecoplan-d.pdf> (Abruf 8.8.2020). Zu den Gründen, weshalb von einem Teil der Personen von Betreuungsauskünften kein Gebrauch gemacht wird, vgl. Ecoplan-Analyse, 9 f.

¹⁰⁶ FUCHS/BERGMANN/FUHRIMANN/RAUSKALA (FN 36), 400.

¹⁰⁷ DEMBINSKI/BOLOGNA (FN 19), 18.

¹⁰⁸ Dies sind nur (1) Publikumsgesellschaften, (2) Gesellschaften, die in zwei aufeinander folgenden Geschäftsjahren (a) die Bilanzsumme von CHF 20 Mio., (b) den Umsatzerlös von CHF 40 Mio. und/oder (c) 250 Vollzeitstellen überschreiten, sowie (3) Gesellschaften, die zur Erstellung einer Konzernrechnung verpflichtet sind (Art. 727 Abs. 1 OR).

¹⁰⁹ Vgl. dazu III.B.4.

¹¹⁰ LUKAS GLANZMANN, Konzept und Praxis der aktienrechtlichen Sanierung, SZW 2019, 465 ff., 466, 474.

¹¹¹ BBI 2008 1589, 1700; GLANZMANN (FN 110), 466.

¹¹² PETER BÖCKLI, Der «aktuelle Liquiditätsplan» des Vorentwurfs – Ein neuer Fokus für Verwaltungsrat und Revisor in einer drohenden Finanznotlage, SZW 2015, 490 ff., 492; GLANZMANN (FN 110), 467.

¹¹³ Das Inkrafttreten steht noch nicht fest. Dies dürfte aber voraussichtlich frühestens 2022 der Fall sein.

¹¹⁴ BBI 2017 574, wonach die Überwachung der künftigen Zahlungsfähigkeit «nach Artikel 725 eine laufende Aufgabe des VR» sei.

¹¹⁵ BBI 2017 574.

Dies dürfte einer der Gründe sein, weshalb die Führungsgremien in der Krise häufig zu spät handeln.¹¹⁶ Es kommt hinzu, dass gerade in KMU, insbesondere in Mikrounternehmen mit weniger als zehn Arbeitnehmern, den Führungskräften häufig schon das Verständnis und das Bewusstsein für die Wichtigkeit der Finanzzahlen und damit der Buchführung weitgehend fehlt. Insofern handelt es sich um ein *Manko der Einsicht auf Seiten der Entscheidungsträger* und damit um ein *faktisches Phänomen*.

Als noch gravierender erweist sich, dass eine beachtliche Zahl von Unternehmen, namentlich Jung- bzw. Mikrounternehmen, schon *nicht* über eine zureichende, *zeitnah geführte Buchhaltung verfügen*, so dass es häufig schon an der Zahlengrundlage fehlt, um festzustellen, wie es um die Zahlungsfähigkeit und die Rentabilität steht und wann eine Zahlungsunfähigkeit, ein Kapitalverlust bzw. eine Überschuldung droht (Art. 725 OR/Art. 725b revOR). Eine Untersuchung hat gezeigt, dass die Qualität der Buchführung und damit verbunden die Frage, ob Unternehmen in dieser Hinsicht externe Hilfe in Anspruch nehmen, von wesentlicher Bedeutung ist.¹¹⁷ Was schon für den normalen Geschäftsgang gilt, trifft in einer Krise umso mehr zu; es ist essentiell, dass die Verantwortlichen rasch auf aktuelle und belastbare Zahlen zurückgreifen können. Dies gilt umso mehr, als die Reaktionszeit in solchen Situationen in aller Regel kurz ist.¹¹⁸

3. Ungenügende Kapitalisierung/Mindestkapitalanforderung

Bei den Neugründungen bzw. Neueintragungen im Handelsregister entfallen 62,33% auf Einzelunternehmen, 20,80% auf GmbHs und 12,63% auf AGs.¹¹⁹ Für das Betreiben eines Einzelunternehmens (oder einer Personengesellschaft) gibt es kein gesetzliches Mindestkapital, weil es sich dabei nicht um eine Gesellschaftsform mit eigener Rechtspersönlichkeit handelt, sondern der Inhaber mit seinem gesamten Vermögen haftet. Bei der Gründung einer GmbH muss das Stammkapital mindestens CHF 20'000 (Art. 773 OR) und bei einer AG muss das Aktienkapital mindestens CHF 100'000 betragen

(Art. 621 OR).¹²⁰ Diesbezüglich ändert sich auch mit der verabschiedeten Revision des Aktienrechts nichts (Art. 773 Abs. 1 revOR).

Bei den Unternehmen, welche im Rechtskleid einer GmbH wirtschaften, handelt es sich zu einem grossen Teil um Mikrounternehmen. Trotzdem scheint es aus betriebswirtschaftlicher Sicht schlicht unrealistisch, zu glauben, die Geschäftstätigkeit könne mit einem Kapital von gerade einmal CHF 20'000 betrieben werden. So erstaunt es nicht, dass viele Gesellschaften, namentlich eine beachtliche Zahl von GmbHs, ungenügend kapitalisiert sind,¹²¹ womit es nur eine Frage der Zeit ist, bis die Geschäftstätigkeit scheitert. Gemäss Analysen der Creditreform ist, insbesondere für GmbHs, die ungenügende Kapitalisierung *einer der beiden Hauptgründe*¹²² für die häufige Insolvenz von KMU.¹²³

4. Gesetzliches Regime zur Handlungspflicht der Organe (Art. 725 OR/Art. 725b revOR) ist ungenügend, falsch ausgerichtet und greift zu spät

Das *geltende Recht* sieht im Gesellschaftsrecht ein *zweistufiges «Warnsystem»* vor: Phase 1: Zeigt die letzte Jahresrechnung, dass die Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven nicht mehr gedeckt ist, so muss der Verwaltungsrat unverzüglich eine Generalversammlung einberufen und ihr *Sanierungsmassnahmen* beantragen (Art. 725 Abs. 1 OR).¹²⁴ Phase 2: Wenn begründete Besorgnis einer Überschuldung besteht, muss ein Zwischenabschluss erstellt und dieser einem zugelassenen Revisor zur Prüfung vorlegt werden. Ergibt sich aus der Zwischenbilanz, dass Gläubigerforderungen weder zu Fortführungs- noch zu Veräusserungswerten gedeckt sind, so hat der Verwaltungsrat den *Konkursrichter zu benachrichtigen*, sofern kein genügender Rangrücktritt vorliegt (Art. 725 Abs. 2 OR).

Das gesetzliche Handlungsregime gemäss Art. 725 OR wird im Rechtsalltag vom Verwaltungsrat häufig nicht strikt beachtet,¹²⁵ was auch, aber bei weiten nicht nur für

¹¹⁶ Vgl. III.B.6.

¹¹⁷ BERGMANN/FUCHS/BAUR/RAUSKALA/FUHRIMANN (FN 36), 5, 34.

¹¹⁸ Vgl. III.B.6.

¹¹⁹ Durchschnittswerte der Jahre 2013 bis 2016 (Zahlen gemäss BfS; Internet: <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/industrieleistungen/unternehmen-beschaeftigte/unternehmensdemografie/neugruendungen-ueberlebensraten.assetdetail.6867118.html> [Abruf 8.8.2020]).

¹²⁰ Gemäss dem revidierten Aktienrecht kann das Aktien- bzw. Stammkapital auch auf ausländische Währung lauten (Art. 621 Abs. 2, Art. 773 Abs. 2 revOR).

¹²¹ RÜETSCHI (FN 55), 14.

¹²² Zum anderen Grund vgl. III.B.5.

¹²³ Creditreform Report 2013, 12 (dieses Dokument ist nicht allgemein zugänglich); KMU-Seite, Mitteilung vom 27. Februar 2013.

¹²⁴ Das verabschiedete Aktienrecht sieht zudem vor, dass der Verwaltungsrat Massnahmen zur Beseitigung des Kapitalverlustes ergreift (Art. 725a Abs. 1 revOR).

¹²⁵ Vgl. III.B.6.

Start-up-Firmen gilt.¹²⁶ Es kommt hinzu, dass das geltende Regime konzeptionell nicht früh genug ansetzt.¹²⁷ Damit resultiert für die Gläubiger selbst dann ein ganz erheblicher Schaden, wenn sich der Verwaltungsrat pflichtgemäss verhält.¹²⁸ Dies zeigt, dass das Warnsystem falsch ausgerichtet ist.¹²⁹ Eine Sanierung bei schon eingetretener Überschuldung hat bedeutend geringere Chancen, erfolgreich zu sein, als eine solche vor vollständigem Kapitalverlust.¹³⁰ Der Eigenkapitalschutz allein vermag einen Konkurs nicht zu verhindern.¹³¹

Das *revidierte Aktienrecht* erweitert den Handlungsspielraum des Verwaltungsrates noch zusätzlich, indem die Benachrichtigung des Gerichts so lange unterbleiben kann, als begründete Aussicht besteht, dass die Überschuldung innert angemessener Frist, spätestens aber 90 Tage nach Vorliegen des geprüften Zwischenabschlusses, behoben werden kann und die Forderungen der Gläubiger nicht zusätzlich gefährdet werden (Art. 725b Abs. 4 Ziff. 2 revOR).

Zudem *knüpft* die gesetzliche Regelung aus betriebswirtschaftlicher Sicht mit der Überschuldung (bzw. deren begründeter Besorgnis, dass eine solche vorliegt) *an falsche Grössen an*. Daran ändert auch das revidierte Aktienrecht nur beschränkt etwas. Neu wird zwar die Zahlungsfähigkeit adressiert und es werden Massnahmen bei drohender Zahlungsunfähigkeit erwähnt (Art. 725 revOR). Ein Liquiditätsplan wird aber nicht ausdrücklich verlangt und das Gesetz lässt offen, mit welchen Mitteln der Verwaltungsrat die Zahlungsfähigkeit zu überwachen hat (Art. 725 Abs. 1 revOR).¹³²

Um die wirtschaftliche Leistungskraft bzw. Schwäche eines Unternehmens zu beurteilen, muss die *Sicht der Ökonomen* und nicht der Juristen *massgeblich sein*.¹³³

Der Bilanztest, wie er Art. 725 OR (und Art. 725a revOR) zugrunde liegt, ist statisch und vergangenheitsbezogen. Aus diesem Grunde sollte er – wenn überhaupt – dann nur neben anderen Kriterien zur Anwendung kommen.¹³⁴ Betrachtet man den typischen Verlauf einer wirtschaftlichen Krise,¹³⁵ dann setzen beide Aufgreifkriterien, (fehlende) Liquidität und Eigenkapital(verlust), zu spät ein.

5. Opting-out betreffend Revisionspflicht hebt gesetzliches Frühwarnsystem faktisch aus

Während Publikumsgesellschaften und grössere Unternehmen ihre Jahresrechnung zwingend durch eine Revisionsstelle einer ordentlichen Prüfung zu unterziehen haben (Art. 727 Abs. 1 OR), müssen andere Gesellschaften nur eine sog. eingeschränkte Revision vornehmen (Art. 727a OR). Bei *Mikrounternehmen* mit weniger als zehn Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt kann mit Zustimmung sämtlicher Aktionäre auf eine Revision verzichtet werden (sog. *Opting-out*; Art. 727a Abs. 2–5 OR). Damit sollten kleinere Unternehmen von «unnötiger administrativer Arbeit entlastet werden».¹³⁶

Nach Einführung dieser Möglichkeit per 1. Januar 2008¹³⁷ hat (vorrangig um Kosten zu sparen) ein grosser Teil der Mikrounternehmen von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht¹³⁸ (von den neu gegründeten AGs 86% und von den neu gegründeten GmbHs 98%!¹³⁹), so dass deren Jahresrechnung keiner Durchsicht, Prüfung und Revision durch einen unabhängigen Fachmann unterliegt. Die Kosten einer eingeschränkten Revision bei einem KMU betragen zwischen CHF 3'300 und CHF 8'600; durchschnittlich rund CHF 4'900.¹⁴⁰

¹²⁶ CLARENCE PETER, Financing Start-Up Companies in Light of the Rule Governing Overindebtedness – Swiss Code of Obligations Art. 725, in: Henry Peter/Nicolas Jeandin/Jason Kilborn (Hrsg.), The Challenges of Insolvency Law Reform in the 21st Century, Facilitating Investment and Recovery to Enhance Economic Growth, Zürich 2006, 51 ff., 54 f.

¹²⁷ VINCENT JEANNERET, Compel Companies in Distress to Apply at an Earlier Stage, in: Henry Peter/Nicolas Jeandin/Jason Kilborn (Hrsg.), The Challenges of Insolvency Law Reform in the 21st Century, Facilitating Investment and Recovery to Enhance Economic Growth, Zürich 2006, 45 ff., 47; BÜHLER (FN 31), 19 ff.; GLANZMANN (FN 110), 474, 480.

¹²⁸ GLANZMANN (FN 110), 474.

¹²⁹ GLANZMANN (FN 110), 476 ff.

¹³⁰ BÖCKLI (FN 28), § 1 N 278, § 13 N 716a.

¹³¹ BÖCKLI (FN 28), § 1 N 164.

¹³² Vgl. III.B.3.

¹³³ HENRY PETER, Bankruptcy and Reorganisation Trigger Criteria: From a Retrospective (Balance Sheet) to a Prospective (Cash Flow) Test, in: Henry Peter/Nicolas Jeandin/Jason Kilborn (Hrsg.), The

Challenges of Insolvency Law Reform in the 21st Century, Facilitating Investment and Recovery to Enhance Economic Growth, Zürich 2006, 34 ff., 35, 38.

¹³⁴ UNCITRAL Legislative guide on insolvency law (2004), 48 N 29, Internet: https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/05-80722_Ebook.pdf (Abruf 8.8.2020).

¹³⁵ Vgl. II.A.2.

¹³⁶ Administrative Entlastung (SECO), Bundesrat, September 2015, 37; Stand der Umsetzung der Massnahmen zur administrativen Entlastung, Zwischenbericht, Bundesrat, Bern, September 2017, Anhang.

¹³⁷ AS 2007 4791.

¹³⁸ KMU-Seite, Mitteilung vom 9. Februar 2009 (mittlerweile nicht mehr im Internet verfügbar).

¹³⁹ BBI 2019 5211; vgl. auch BERGMANN/FUCHS/BAUR/RAUSKALA/FUHRMANN (FN 36), 9 f.; CHRISTOPH G. SCHMUTZ, Die Ursachen einer Insolvenz sind vielfältig, NZZ vom 13.2.2014.

¹⁴⁰ FUCHS/BERGMANN/FUHRMANN/RAUSKALA (FN 36), 401; BERGMANN/FUCHS/BAUR/RAUSKALA/FUHRMANN (FN 36), 27.

Mit dem Opting-out begeben sich die Mikrounternehmen selbst (notabene freiwillig) der Möglichkeit, von einem Revisor (und damit von einem Finanzfachmann) auf finanzielle Probleme bzw. negative Entwicklungen (rechtzeitig) hingewiesen zu werden.¹⁴¹ Bei kleineren Unternehmen liegt die Fachkompetenz der Führungskräfte meist im technischen oder fachlichen Bereich, sehr häufig aber gerade nicht im Bereich der Buchhaltung (Unternehmer sind keine Buchhalter und Buchhalter sind keine Unternehmer!). Diese wird mehr als *lästiges Übel* empfunden, das zudem noch (aus Sicht der Eigner unnötige) Kosten verursacht. Die Praxis zeigt denn auch, dass in Mikrounternehmen mit Opting-out die Buchhaltung praktisch nie Priorität genießt, selten zeitnah, meist nur rudimentär und häufig nicht verlässlich geführt wird.¹⁴² Der Bundesrat hat deshalb zu Recht erkannt: «Ohne Revisionspflicht besteht keine Gewähr, dass die Gesellschaft überhaupt Buch führt. Ohne Buchführung ist die Gesellschaft nicht in der Lage, die eigene wirtschaftliche Situation einzuschätzen.»¹⁴³ Das Opting-out wird damit zum *Totengräber* vieler Gesellschaften – notabene zum Nachteil der Gläubiger.

Creditreform nennt deshalb, namentlich für GmbHs, das Fehlen einer Revision infolge Opting-out als einen der *Hauptgründe*¹⁴⁴ für die *häufige Insolvenz von KMU*.¹⁴⁵ Dies bestätigt auch die vom SECO in Auftrag gegebene Analyse von Ernst & Young, welche in der Vorphase eines Insolvenzverfahrens als eine von zwei Ursachen für die tiefen Insolvenzdividenden Folgendes identifizierte: Die Revision durch einen externen Buchprüfer sollte als Frühwarnsystem eine wichtige Rolle spielen.¹⁴⁶ Wenn jedoch infolge Opting-out keine Revision stattfindet, kein Revisor kritische Fragen stellt und – unter Hinweis auf die Pflicht zur Ersatzvornahme der Benachrichtigung des Richters durch den Revisor (Art. 728c, Art. 729c, Art. 818 Abs. 1, Art. 906 Abs. 1 OR) – kein Handeln der Leitungsorgane einfordert, dann *kann das Frühwarnsystem seine Funktion nicht erfüllen*.

Die Credita AG untersuchte 2012 basierend auf den Daten von 2011 den Zusammenhang zwischen Insolvenzhäufigkeit und Vorliegen einer Revisionsstelle. Bei den AGs ergab sich, dass 1,63 mehr Gesellschaften ohne Re-

visionsstelle Konkurs gingen als ohne. Bei den GmbHs betrug die Relation sogar 2.06. Damit sind Unternehmen ohne Revisionsstelle für einen überdurchschnittlich hohen Anteil der Insolvenzfälle verantwortlich.¹⁴⁷ Eine Studie der ZHAW kommt zum Schluss, dass in Bezug auf AGs und GmbHs die Insolvenzhäufigkeit von Unternehmen ohne Revisionsstelle mehr als doppelt so hoch ist im Vergleich zu Unternehmen, welche eine Revisionsstelle haben.¹⁴⁸ In beiden Untersuchungen wird darauf hingewiesen, dass auch andere Einflussfaktoren (wie Rechtsform, Alter, Branche, Kapitalausstattung) eine Rolle spielen.¹⁴⁹

6. Zu spätes Handeln der Entscheidungsträger

Im Rahmen ihrer Analyse identifizieren Ernst & Young in der Vorphase eines Insolvenzverfahrens als eine Hauptursache für die tiefen Insolvenzdividenden, dass die Entscheidungsträger oft (viel) *zu spät handeln*, so dass *bei Insolvenzeröffnung kaum mehr Aktiven vorhanden sind*.¹⁵⁰ Die Feststellung wird auch von der Literatur geteilt¹⁵¹ und deckt sich (leider) vollumfänglich mit den Erfahrungen in der Sanierungspraxis. Die Gesellschaften werden *völlig ausgeblutet* in die Insolvenz entlassen. Bildlich gesprochen ist der *«Kühlschrank leer»*, wenn ihn der Konkursbeamte zum ersten Mal öffnet.

Es gibt *verschiedene (sachliche und psychologische) Gründe*, weshalb Leitungsorgane systematisch zu spät handeln: Häufig werden sie vom Tempo, mit welchem sich eine Krise entwickelt, schlicht überrascht. Anders als beim *«business as usual»* haben negative Entwicklungen eine ganz andere bzw. *eigene Dynamik*.¹⁵² Wie gesehen,¹⁵³ sind die Gründe für ein Scheitern von Unternehmen vielfältig; meist liegt ein Bündel von Gründen vor. Aufgrund dessen ist evident, dass eine betriebswirtschaftliche Sanierung meist auf mehreren Ebenen ansetzen und

¹⁴¹ Vgl. auch RÜETSCHI (FN 55), 14 f.

¹⁴² RÜETSCHI (FN 55), 14 f.

¹⁴³ BBI 2019 5211.

¹⁴⁴ Zum anderen Grund vgl. III.B.3.

¹⁴⁵ Creditreform Report 2013, 31 (dieses Dokument ist nicht allgemein zugänglich); KMU-Seite, Mitteilung vom 27. Februar 2013 (mittlerweile nicht mehr im Internet verfügbar).

¹⁴⁶ Ernst & Young, Modul 2 (FN 54), 10 ff.; SAUTER/BECK (FN 58), 13.

¹⁴⁷ Revisionslandschaft Schweiz: Der Überblick, Credita AG, Urdorf 2012 (zit. Credita-Studie), 6 (Internet: https://www.ub.unibas.ch/digi/a125/sachdok/2012/BAU_1_5769644.pdf [Abruf 8.8.2020]); BERGMANN/FUCHS/BAUR/RAUSKALA/FUHRIMANN (FN 36), 11.

¹⁴⁸ BERGMANN/FUCHS/BAUR/RAUSKALA/FUHRIMANN (FN 36), 13, 32 f.

¹⁴⁹ Credita-Studie (FN 147), 6; BERGMANN/FUCHS/BAUR/RAUSKALA/FUHRIMANN (FN 36), 5, 33.

¹⁵⁰ Ernst & Young, Étude 2 (FN 54), 56; SAUTER/BECK (FN 58), 13.

¹⁵¹ DEMBINSKI (FN 10), 6, 34; FARSACI (FN 71), N 4; HANS IÑDERKUM, Sanierungsrecht – genügt die Revision des SchKG?, Der Schweizer Treuhänder 2014/1–2, 60; VITO ROBERTO, Rechtsprobleme bei Sanierungen – ein Überblick, in: Vito Roberto (Hrsg.), Sanierung der AG, Ausgewählte Rechtsfragen für die Unternehmenspraxis, 2. A., Zürich 2003, 9 ff., 13; GLANZMANN (FN 110), 470, 474.

¹⁵² SENN (FN 24), 59.

¹⁵³ Vgl. II.A.2.

unterschiedliche Elemente umfassen muss.¹⁵⁴ Zudem muss meist das Geschäftsmodell angepasst werden.¹⁵⁵ Sanierungsmassnahmen auszuarbeiten und umzusetzen, braucht einerseits Zeit.¹⁵⁶ Andererseits ist in der (fortgeschrittenen) Krise die Umsetzung von Sanierungsmassnahmen zeitkritisch, weshalb die Leitungsorgane schnell handeln müssen.¹⁵⁷ Das *Zeit-Dilemma* ist offensichtlich.

Für die meisten Führungskräfte sind existentielle Krisen eines Unternehmens zudem neu und ungewohnt, weshalb sie häufig *überfordert* sind. Bevor die Führungskräfte sich eingestehen, dass sie es allein nicht schaffen, sondern einen Spezialisten beiziehen sollten (was Geld kostet und das implizite Eingeständnis mit sich bringt, es allein nicht zu schaffen), versuchen sie, selbst der Krise Herr zu werden. Es kommt hinzu, dass die Entscheidungsträger keinen Vorteil darin sehen, frühzeitig Sanierungsmassnahmen zu ergreifen,¹⁵⁸ es fehlt an einer Incentivierung.

Zudem liegt es in der *Natur des Menschen* insbesondere bei langjähriger Tätigkeit, für das eigene Unternehmen in einem gewissen Sinn *«betriebsblind»* zu werden. Es kommt hinzu, dass sich Verantwortliche generell (sehr) schwertun, von ihren früheren Entscheiden abzurücken, weil damit in einem gewissen Mass das Eingestehen eines Fehlers oder eines Scheiterns verbunden ist.¹⁵⁹ Hinzu kommen Überoptimismus und zuweilen Realitätsverlust.¹⁶⁰ Aus diesen und anderen Gründen verstreicht häufig (zu) viel Zeit, bis die Leitungsorgane erkennen, dass mit massvollen (weniger einschneidenden) Massnahmen kein Turnaround realisiert werden kann. Wenn es um das Überleben eines Unternehmens geht, dann sind (und zwar sehr rasch) sehr einschneidende Massnahmen notwendig. Ist erst einmal wertvolle Zeit verloren gegangen, so ist vielfach die Chance, eine Rettung zu realisieren, vertan.

7. Gesetzliche Hürden für die Gläubiger

Der Umstand, dass Schuldner vielfach von Gläubigerseite spät oder gar nicht in die Insolvenz versetzt werden, obschon sie objektiv insolvenzreif sind, ist weitgehend *systembedingt*. Nach geltendem Recht *haftet* der Gläubiger, welcher das Begehren um Konkurseröffnung stellt, für diejenigen *Kosten*, welche bis zur Einstellung des Konkurses mangels Aktiven bzw. bis zum Schuldenruf entstehen, sofern diese Kosten nicht aus der Masse bestritten werden können (Art. 169 SchKG). Der (für sich allein schon erschreckende) Umstand, dass fast 60% der Konkursverfahren mangels Aktiven eingestellt werden müssen,¹⁶¹ zeigt, dass das statistische Risiko des antragstellenden Gläubigers gross ist.

Betragsmässig beläuft sich das Risiko bei KMU (als Schuldner) im Regelfall zwar «nur» auf einige tausend Franken.¹⁶² Dessen ungeachtet, schreckt eine beträchtliche Zahl der Gläubiger, welche das Konkursbegehren stellen könnten, vor diesem letzten Schritt zurück.¹⁶³ Es ist verständlich, dass sich ein Gläubiger zweimal überlegt, ob er gutem Geld noch schlechtes hinterherwerfen will. Es kommt hinzu, dass der Gläubiger im Zeitpunkt, wenn er seinen Entscheid treffen muss, nicht abschätzen kann und von niemandem eine verbindliche Auskunft dazu erhält, wie hoch das Kostenrisiko effektiv ist.

Es kommt hinzu, dass eine Betreuung vom Schuldner einfach durch sog. Rechtsvorschlag gestoppt werden kann (Art. 74 SchKG). Ohne einen in der Regel zeit- und kostenintensiven Zivilprozess kann der Gläubiger den Rechtsvorschlag nur beseitigen, wenn er entweder schon über ein Urteil (Art. 80 SchKG) oder zumindest über eine unterschriftliche Schuldanerkennung verfügt (Art. 82 SchKG), so dass er sog. Rechtsöffnung verlangen kann. In vielen Fällen verfügt der Gläubiger weder über das eine noch über das andere.¹⁶⁴

¹⁵⁴ BÖCKLI (FN 28), § 13 N 752, N 757.

¹⁵⁵ BÖCKLI (FN 28), § 13 N 757b, N 760a.

¹⁵⁶ BÜHLER (FN 31), 27.

¹⁵⁷ Erläuternder Bericht zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht; zit. Erläuternder Bericht), 139 (Internet: <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision14/vn-ber-d.pdf> [Abruf 8.8.2020]); BBl 2017 576.

¹⁵⁸ HANS CASPAR VON DER CRONE/BETTINA KOPTA-STUTZ/LOÏC PFISTER, Some Theses Concerning Modern Swiss Reorganisation Law, in: Henry Peter/Nicolas Jeandin/Jason Kilborn (Hrsg.), The Challenges of Insolvency Law Reform in the 21st Century, Facilitating Investment and Recovery to Enhance Economic Growth, Zürich 2006, 522 f.

¹⁵⁹ Ernst & Young, Étude 2 (FN 54), 56; SAUTER/BECK (FN 58), 13; SENN (FN 24), 60 f. Vgl. auch ROLF DOBELLI, Die Kunst des klaren Denkens, 52 Denkfehler, die Sie besser anderen überlassen, München 2011.

¹⁶⁰ BÖCKLI (FN 28), § 1 N 187; KOEFERLI (FN 24), 10.

¹⁶¹ Vgl. II.C.1.

¹⁶² Die Gerichtskosten (für die Konkurseröffnung) dürften einige hundert Franken betragen (Art. 52 GebV SchKG) und jene des Konkursverfahrens liegen in rund 85% aller Fälle zwischen CHF 3'000 und CHF 5'000 mit einem Durchschnittswert von knapp CHF 4'800 (dies zeigt eine Auswertung von 200 SHAB-Publikationen in den Jahren 2019 und 2020).

¹⁶³ Ernst & Young, Modul 2 (FN 54), 15; ADRIAN STAEHELIN, Die Revision des SchKG, BISchK 1990, 171; FRANCO LORANDI/RICO A. CAMPONOVO, Ein Vorschlag zur Revision des SchKG, Der Schweizer Treuhänder 1992, 428; BSK SchKG II-NORDMANN, Art. 169 N 5, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, Basler Kommentar, 2. A., Basel 2010 (zit. BSK SchKG II-Verfasser).

¹⁶⁴ Ein Gläubiger hat zwar die Möglichkeit, gegen einen Schuldner, der seine Zahlungen eingestellt hat, ohne vorgängige Betreuung die sofortige Konkurseröffnung zu verlangen (Art. 190 Abs. 1

Schliesslich kommt dem Gläubiger, der den Konkurs über den Schuldner erwirkt, *keine Vorzugsstellung* zu. Nach eröffnetem Konkurs nehmen alle Gläubiger am Konkursverfahren teil. Nur die pfandgesicherten Gläubiger (Art. 219 Abs. 1 bis 3 SchKG) bzw. jene, welchen für ihre Forderungen von Gesetzes wegen ein Privileg zukommt (Art. 219 Abs. 4 Erste und Zweite Klasse SchKG), was nur für ganz wenige der Fall ist, werden bevorzugt behandelt. Der Grossteil der Gläubiger (auch jener, welcher den Konkurs erwirkt hat) geht in der Praxis mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ganz leer aus.¹⁶⁵ Für einen Gläubiger, der seinen Schuldner auf Konkurs betreiben muss, fehlt damit jegliche Incentivierung, den Konkurs auf eigenes Kostenrisiko eröffnen zu lassen.

Aus den genannten Gründen erfolgt die Konkursöffnung in vielen (wohl in der weit überwiegenden Anzahl von) Fällen weder schuldner- noch gläubigerseitig rechtzeitig, so dass bei Insolvenzeröffnung kaum mehr wertvolle Aktiven vorhanden sind.¹⁶⁶

8. Ausplünderung durch die Eigentümer

Untersuchungen haben gezeigt, dass fast jedes fünfte Unternehmen (im Vorfeld der Insolvenz) von seinen Eigentümern ausgeplündert wird.¹⁶⁷ Dieser Umstand ist *erschreckend*, lässt sich aber in gewissem Sinne «erklären». Gerade bei KMU arbeiten Eigentümer im Unternehmen mit und stellen diesem auch eigene Mittel zur Verfügung. Wenn der Untergang des Unternehmens unabwendbar erscheint, dann sind sich die Eigentümer häufig selbst am nächsten und führen die letzten Mittel noch an sich selbst oder, um als Organ der persönlichen «Kausal»-Haftung für nicht abgeführte Sozialabgaben gemäss Art. 52 AHVG zu entgehen, an die Sozialversicherungsanstalten bzw. die Pensionskassen ab.

Es kommt hinzu, dass es einzelnen Eigentümern/Führungskräften nicht unangelegentlich kommt, wenn mangels liquider Mittel der Konkurs gar nicht durchgeführt werden kann, sondern sogleich wieder eingestellt wird.¹⁶⁸ Damit wird den Gläubigern (sofern sie keinen sog. unmittelbaren oder direkten Schaden erlitten haben, was selten der Fall ist) verunmöglicht, *Verantwortlichkeitsansprüche* gegen

die Organe geltend zu machen,¹⁶⁹ zumal die Gesellschaft nach eingestelltem Konkursverfahren im Handelsregister gelöscht wird (Art. 159 Abs. 5 lit. a HRegV¹⁷⁰) und damit untergeht. Gleiches gilt für *paulianische Anfechtungsansprüche* (Art. 285 ff. SchKG), welche nach Einstellung des Konkurses nicht geltend gemacht werden können.

Aus dieser Optik stellen im Konkurs verfügbare finanzielle Mittel für die Organe eine Gefahr dar, belangt werden zu können, während die Einstellung des Konkurses mangels Aktiven den *Mantel des Schweigens* (und Nichthandelns) über allfällige Verfehlungen legt. Es liegt damit (wenn auch vom Gesetzgeber unbeabsichtigt) eine *falsche Anreizsituation* vor.

C. Beim Entscheid über die Durchführung oder Einstellung des Konkurses mangels Aktiven (Art. 230 SchKG)

Statistisch gesehen werden knapp 58% aller eröffneten Konkursverfahren sogleich mangels Aktiven wieder eingestellt, womit sämtliche nicht pfandgesicherten Gläubiger, auch solche von privilegierten Forderungen, einen Totalverlust erleiden.¹⁷¹ Der Totalausfall, notabene ohne dass ein Verfahren durchgeführt wird, ist die negative Steigerung dessen, dass in den durchgeführten Verfahren die Konkursdividenden katastrophal tief sind. In diesem Sinn sind es die beiden Seiten derselben (äusserst unschönen) Medaille. Die Einstellung mangels Aktiven ist damit eine *qualifizierte Ausprägung der generellen Massearmut*.

In der Praxis genügen für die meisten Konkursverfahren über KMU (bei überschaubaren Verhältnissen) CHF 3'000 bis CHF 5'000, um den Konkurs (mindestens

Ziff. 2 SchKG). Dieser Weg ist vielen Gläubigern aber nicht bekannt. Zudem löst das entsprechende Gerichtsverfahren Zeit- und Kostenaufwand auf Seiten des Gläubigers aus.

¹⁶⁵ Vgl. II.C.1.

¹⁶⁶ STAEHELIN (FN 163), 171; BSK SchKG II-NORDMANN (FN 163), Art. 169 N 5; SAUTER/BECK (FN 58), 14.

¹⁶⁷ Vgl. II.A.2.

¹⁶⁸ Vgl. II.C.1.

¹⁶⁹ BGE 110 II 396 E. 2 und BGer, 4A_384/2016, 1.2.2017, E. 2.1.3, sprechen zwar davon, dass sich Gesellschaftsgläubiger auch dann noch auf Art. 757 Abs. 2 OR berufen könnten, wenn das Konkursverfahren mangels Aktiven eingestellt worden sei. Damit wollte das Bundesgericht aber nur sagen, dass die Einstellung des Konkurses mangels Aktiven die Geltendmachung nicht definitiv verhindert. Vorbehalten wurde, dass der Konkurs wiedereröffnet wird und der Gläubiger im wiedereröffneten Konkursverfahren die Kollokation seiner Forderung erwirkt, um nachfolgend die Abtretung gemäss Art. 260 SchKG zu verlangen, um gestützt darauf schliesslich die Verantwortlichkeitsansprüche geltend zu machen.

¹⁷⁰ Der Umstand, dass per 1. Januar 2021 die Löschung einer Gesellschaft aus dem Handelsregister, über welche der Konkurs eröffnet, aber mangels Aktiven eingestellt worden ist, erst *nach zwei Jahren* erfolgt (Art. 159a Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 159 lit. d HRegV), ändert an der geschilderten Problematik nichts, dass mangels durchgeführten Konkurses Aktivansprüche der Masse nicht verfolgt werden können.

¹⁷¹ Vgl. II.C.1.

im summarischen Verfahren) durchführen zu lassen.¹⁷² Angesichts dessen ist es eine *erschreckende Tatsache*, dass in sechs von zehn Fällen bei Konkursöffnung keine solch «bescheidenen» Mittel (mehr) vorhanden sind, d.h., «der Kühlschrank ist leer».¹⁷³

Dies ist aus gesellschaftsrechtlicher Sicht unverstänlich und systemwidrig, da Art. 725 OR bzw. Art. 725 ff. revOR ein «Warnsystem» vorgibt bzw. vorgeben, welches einen grossen Wertverlust zulasten der Gläubiger rechtzeitig vermeiden sollte. Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass und weshalb dieses «Warnsystem» in vielen Fällen nicht funktioniert.¹⁷⁴ Ein weiterer Grund ist, dass gewisse Leitungsorgane kein Interesse daran haben, dass das Konkursverfahren effektiv durchgeführt wird und damit jemand (allenfalls) vergangene Handlungen untersucht und gegebenenfalls Ansprüche geltend macht.¹⁷⁵

Ökonomisch betrachtet ist zwar wohl davon auszugehen, dass die Gläubigerverluste praktisch dieselben sind, unabhängig davon, ob keine ausreichenden Mittel vorhanden sind, so dass der Konkurs mangels Aktiven eingestellt wird, oder ob gerade noch genügend Mittel vorhanden sind, um die Verfahrenskosten zu decken, nicht aber um Dividenden an die Gläubiger auszurichten. Diese Optik ist aber verkürzt. Natürlich geht es nicht darum, der Prinzipien willen Verfahren durchzuführen, nur um deren Kosten zu decken, ohne dass Auszahlungen an die Gläubiger erfolgen können. Beurteilt man das Funktionieren des Insolvenzsystems jedoch als Ganzes, so ist die Nichtdurchführung der Mehrzahl der eröffneten Konkursverfahren per se ein *grundlegender und eklatanter Systemfehler*. Es kommt geradezu einer *Kapitulation gleich*, wenn es der Regelfall ist, dass ein Konkurs zwar eröffnet, dessen Abwicklung aber gar nicht stattfindet. Es ist verwunderlich, dass der Aufschrei darüber offenbar bisher nicht genügend laut war bzw. rasch (und weitgehend ungehört) verhallt ist.

D. Bei der Abwicklung der Insolvenzverfahren

1. Implosion der Aktiven

Wie die Praxis zu Art. 725 Abs. 2 OR zeigt und jeder Revisor bestätigen kann, führt allein schon die *Umstellung* von Fortführungs- auf *Liquidationswerte* zu einer massiv

tieferen Bewertung der Aktiven.¹⁷⁶ Als Liquidationswert ist der Betrag massgeblich, welcher bei der Liquidation in einem Insolvenzverfahren – sei es durch Zwangsversteigerung oder Freihandverkauf – für die vorhandenen Aktiven voraussichtlich erzielt werden kann.¹⁷⁷ Da der Liquidationswert in der Zwischenbilanz von Geschäftsleuten geschätzt und von Revisoren geprüft wird – somit nicht von Vollstreckungsbeamten stammen, welche mit Schätzungen von Zwangsverwertungserlösen vertraut sind –, liegt der später bei der Verwertung effektiv erzielte Erlös meist noch (substantiell) tiefer.

2. Verwertungsarten und -zeitpunkt

Die Verwertung von Aktiven erfolgt durch Zwangsversteigerung oder Freihandverkauf bzw. in Bezug auf strittige Forderungen durch Forderungsüberweisung (Art. 131 SchKG, im Pfändungsverfahren) bzw. Abtretung gemäss Art. 260 SchKG. Zwar ist es das Ziel, bei allen Verwertungsarten ein möglichst vorteilhaftes Verwertungsergebnis zu realisieren (exemplarisch Art. 231 Abs. 3 Ziff. 2 Satz 1 SchKG für das summarische Konkursverfahren).¹⁷⁸ Aus diesem Grund können für die Verwertung auch Drittpersonen wie etwa Experten¹⁷⁹ oder professionelle Liegenschaftsvermittler¹⁸⁰ beigezogen werden.¹⁸¹

In der Vollstreckungspraxis wird davon jedoch nur sehr zurückhaltend Gebrauch gemacht, was wohl auch damit zu tun hat, Kosten zu sparen. Es kommt hinzu, dass es den Vollstreckungsbehörden oftmals an der Sach- oder Branchenkenntnis fehlt, um Objekte bestmöglich auf dem Markt zu veräussern.

Die Zwangsversteigerung ist in allen Zwangsvollstreckungsverfahren die ordentliche Verwertungsart (Art. 125 ff., Art. 133 ff., Art. 156 Abs. 1, Art. 256 Abs. 1, Art. 247 ff., Art. 322 SchKG). Dem *Primat der Versteigerung* liegt die *Fiktion* zugrunde, dass die öffentliche Ver-

¹⁷² Vgl. FN 162.

¹⁷³ Vgl. II.C.1. und III.B.6.

¹⁷⁴ Vgl. dazu III.B.4.

¹⁷⁵ Vgl. dazu III.B.8.

¹⁷⁶ GLANZMANN (FN 110), 476. Die Ausnahmesituationen, da die Liquidations- die Fortführungswerte übersteigen, können an wenigen Händen abgezählt werden und es gilt, dass die (ganz seltenen) Ausnahmen die Regel bestätigen.

¹⁷⁷ BGer, 4C.160/2001, 18.12.2001, E. 2c/cc; OGer ZH, II. Zivilkammer, PS120211, 13.12.2012, E. 5.2.3.

¹⁷⁸ BGer, 5A_935/2016, 23.3.2017, E. 3.3; BGer, 5A_849/2015, 27.6.2016, E. 4.1; BGer, 5A_374/2013, 9.9.2013, E. 4.3; OGer ZH, II. Zivilkammer, PS180037, 7.5.2018, E. 3.4; BLSchK 2013, 205 ff., E. 12; OGer ZG, Justizkommission, 21.10.2005, E. 8b/bb, in: GVP ZG 2005, 195 ff.

¹⁷⁹ BGer, 5A_849/2015, 27.6.2016, E. 4.3.

¹⁸⁰ OGer ZG, Justizkommission, 21.10.2005, E. 8b/bb, in: GVP ZG 2005, 195 ff.

¹⁸¹ BGE 127 III 229 E. 8; BGer, 7B.27/2003, 12.5.2003, E. 5; OGer ZH, II. Zivilkammer, PS150144, 7.10.2015, E. III.7, III.8.c, III.9.

steigerung mit der vorgängigen Bekanntmachung dafür sorgt, dass «unbegrenzt viele Interessenten miteinander in Wettbewerb treten können»,¹⁸² «d.h. ein Wettbewerb von Interessenten durch Höherbieten» erfolgt,¹⁸³ so dass im Allgemeinen ein besseres Verwertungsergebnis erzielt wird als mit einem Freihandverkauf.¹⁸⁴ Die praktische Erfahrung widerlegt diese Fiktion.¹⁸⁵

Das Gesetz setzt *Fristen*, ab wann eine Verwertung stattfinden kann. Im Konkurs findet, wenn dieser ausnahmsweise¹⁸⁶ im ordentlichen Verfahren durchgeführt wird, die Verwertung im Regelfall relativ spät statt, nämlich nicht vor der zweiten Gläubigerversammlung (Art. 253 Abs. 2 SchKG). Von der Möglichkeit einer vorzeitigen Verwertung (Art. 238 Abs. 1, Art. 243 Abs. 2 SchKG), welche auch aus ökonomischen Gründen zulässig ist,¹⁸⁷ wird in der Praxis nicht sehr häufig Gebrauch gemacht. Im summarischen Konkursverfahren könnte die Verwertung an sich bereits nach Ablauf der Eingabefrist (Art. 231 Abs. 3 Ziff. 2 SchKG) und damit frühzeitig stattfinden. In der Praxis findet die Verwertung jedoch in aller Regel (bedeutend) später statt.

3. Explosion der Verbindlichkeiten

Die Insolvenzeröffnung führt in verschiedener Hinsicht dazu, dass Forderungen, welche bisher nicht in der Bilanz geführt wurden, im Insolvenzverfahren geltend gemacht werden. Eventualverbindlichkeiten, welche vorher nur im Bilanzanhang aufgeführt waren (Art. 959c Abs. 2 Ziff. 10 OR), können im Konkurs als bedingte Forderungen geltend gemacht werden (Art. 210 SchKG).

Der Unterbruch der Betriebstätigkeit infolge Konkurs führt dazu, dass der Gemeinschuldner laufende Verträge nicht mehr erfüllen kann, so dass häufig (hohe) Schadenersatzforderungen gestellt werden.¹⁸⁸ Insbesondere

bei Dauerschuldverträgen (in Bezug auf welche den Gemeinschuldner eine Zahlungspflicht trifft) verhält es sich so, dass auch erst nach der Insolvenz entstandene Forderungen (unter Abzug eines Diskonts [Art. 208 Abs. 2 SchKG]), und zwar bis zum nächsten Kündigungstermin bzw. bis zum Ende der festen Vertragsdauer, geltend gemacht werden können (Art. 211a Abs. 1 SchKG).¹⁸⁹ Dies gilt namentlich für Arbeits-, Miet- oder Leasingverträge. Wenn solche Verträge eine lange (feste) Vertragsdauer bzw. eine lange Kündigungsfrist vorsehen, so können auch für die Dauer nach Konkurseröffnung sehr hohe Forderungen resultieren. Die gesetzliche Anrechnungs- bzw. Schadensminderungspflicht (Art. 211a Abs. 1 Satz 2 SchKG) ändert daran meist nicht viel.

4. Massive Umverteilung der Dividenden infolge Konkursprivilegien (Art. 219 Abs. 4 SchKG)

Der Umstand, dass einzelne Gläubiger ihre Forderungen durch *Pfandrechte*¹⁹⁰ gesichert haben, schmälert deren Ausfall signifikant. Gegenläufig geht dies zulasten der übrigen Gläubiger und erhöht deren Ausfall beträchtlich.¹⁹¹ Dieser Umstand ist eine Folge der zivilrechtlichen Sicherheit (Art. 816 Abs. 1, Art. 891 Abs. 1 ZGB) und damit systemkonform bzw. gerechtfertigt.

Anders verhält es sich mit den *Privilegien* für einzelne Gläubiger. Diese Privilegien *basieren auf dem Insolvenzrecht*. Moderne Insolvenzrechte¹⁹² sehen nahezu keine oder gar keine Vorzugsrechte (für ungesicherte) Gläubiger vor. Dies gilt namentlich für einzelne westeuropäische Länder, welche in der jährlichen Studie der Weltbank¹⁹³ deutlich besser abschneiden als die Schweiz.¹⁹⁴

Demgegenüber sieht das schweizerische Insolvenzrecht eine *grosse Anzahl von Konkursprivilegien* vor (Art. 219 Abs. 4 SchKG). Es kommt hinzu, dass die privilegierten Forderungen betragsmässig ein *substantielles Ausmass* annehmen können und häufig auch effektiv annehmen. Dies gilt im Konkurs eines Unternehmens namentlich für Ansprüche der Arbeitnehmer (Art. 219

¹⁸² BGE 87 III 111 E. 3b.

¹⁸³ BGE 71 III 180 S. 181.

¹⁸⁴ BGE 87 III 111 E. 3b.

¹⁸⁵ So schon FRANCO LORANDI, Der Freihandverkauf im schweizerischen Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Diss. St. Gallen 1994, 12.

¹⁸⁶ Vgl. II.C.1.

¹⁸⁷ BGE 131 III 280 E. 2.1.

¹⁸⁸ Viele Schadenersatzforderung sind zivilrechtlich wohl unbegründet, da die Insolvenz keine Vertragsverletzung (und auch kein Verschulden) darstellt (JOLANTA KREN, Konkurseröffnung und schuldrechtliche Verträge, Bern 1989, 90; BSK SchKG II-SCHWOB [FN 163], Art. 211 N 9; DANIEL STAEHELIN, Vertragsklauseln für den Insolvenzfall, AJP 2004, 363 ff., 374; FRANCO LORANDI, Dauerschuldverhältnisse im Nachlassverfahren, AJP 2004, 1209 ff., 1213; BSK EB SchKG-D. STAEHELIN, Art. 211a N 21, in: Thomas Bauer/Daniel Staehelin [Hrsg.], Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Ergänzungsband zur 2. A., Basler Kommentar,

Basel 2017; BGE 64 II 264 E. 1; a.M. ROLAND FISCHER, Lizenzverträge im Konkurs, Diss. Zürich 2008, 222 f.), so dass keine (rein) insolvenzbedingte Schadenersatzsprüche entstehen können.

¹⁸⁹ FRANCO LORANDI, Dauerschuldverhältnisse in der Insolvenz, Was Art. 211a SchKG besagt und was nicht, AJP 2020, 788 ff.

¹⁹⁰ Dasselbe gilt für vergleichbare Sicherheiten wie Sicherungsübereignungen oder Debitor- bzw. Globalzessionen.

¹⁹¹ Vgl. II.C.1.

¹⁹² Dazu gehört etwa die deutsche Insolvenzordnung.

¹⁹³ Vgl. II.C.5.

¹⁹⁴ Ernst & Young, Étude 1 (FN 71), 38 ff.

Abs. 4 Erste Klasse lit. a, a^{bis} und a^{ter} SchKG), der Personalvorsorgeeinrichtungen (Art. 219 Abs. 4 Erste Klasse lit. c SchKG) sowie der Sozialversicherungsträger (Art. 219 Abs. 4 Zweite Klasse lit. b SchKG).

Zusammen mit dem Umstand, dass der Verwertungserlös oft (sehr) bescheiden ausfällt,¹⁹⁵ hat dies in einer Grosszahl von Konkursverfahren zur Folge, dass der gesamte Erlös, auf jeden Fall der Löwenanteil, an die privilegierten Gläubiger geht und die Drittklassgläubiger ganz oder fast ganz leer ausgehen.¹⁹⁶

5. Massearmut verhindert Durchsetzung von Ansprüchen gegen Dritte

In der Insolvenz kommt zwei Kategorien von Aktivansprüchen, welche zu «Lebzeiten» nicht bilanziert waren, in aller Regel eine wesentliche wirtschaftliche und praktische Bedeutung für die Masse zu: Zum einen trifft dies für *paulianische Anfechtungsansprüche* zu (Art. 200, Art. 285 ff., Art. 214 SchKG) zu,¹⁹⁷ welche überhaupt erst mit der Insolvenz entstehen.¹⁹⁸ Es gibt wohl kaum eine Insolvenz, in deren Vorfeld nicht (i.S.v. Art. 214, Art. 286–288 SchKG) anfechtbare Handlungen erfolgt sind. Zum anderen kommt in einer Firmeninsolvenz den gesellschaftsrechtlichen *Verantwortlichkeitsansprüchen* (Art. 752 ff. OR) eine grosse praktische und ökonomische Relevanz zu¹⁹⁹ (auch wenn die Gesellschaft solche Ansprüche schon vor der Insolvenz geltend machen könnte; vgl. Art. 756 OR).

Die notorische Massearmut hat zur Folge, dass die Masse – von den wenigen «grossen Fällen» abgesehen – solche oder andere Ansprüche Dritten gegenüber nicht geltend machen bzw. nicht durchsetzen kann. In der Konkurspraxis werden deshalb in aller Regel *sämtliche* strittigen Ansprüche den Gläubigern zu Abtretung (i.S.v. Art. 260 SchKG) angeboten. Der Masse fliessen dadurch unmittelbar keine liquiden Mittel zu. Auch nach erfolgter Abtretung werden solche Ansprüche von den Abtretungsgläubigern aufgrund eines häufig ungünstigen Kosten-Nutzen-Verhältnisses bzw. infolge grosser Initialkosten für tatsächliche und rechtliche Abklärungen nicht verfolgt. Selbst wenn es zu einer Durchsetzung durch einen Abtretungsgläubiger kommt, so ist es kaum je anzutreffen, dass dabei ein Überschuss (über die vollständige Deckung des Abtretungsgläubigers hinaus) resultiert,

welcher (theoretisch) der Masse zustehen würde (Art. 260 Abs. 2 Satz 2 SchKG).

Zwar gibt es die Möglichkeit, einen *Prozessfinanzierer* beizuziehen, um berechtigte Ansprüche der Masse durchzusetzen.²⁰⁰ Verschiedene Umstände (wie Nachweis der guten Prozesschancen, beachtliche Kosten, um diesen Nachweis zu erbringen, schwer zu belegende Bonität des Beklagten,²⁰¹ Recht des Prozessfinanzierers, nach jeder Instanz neu zu beurteilen, ob der Prozess weiterfinanziert wird, hohe Gewinnbeteiligung des Prozessfinanzierers von in der Regel 30%) führen jedoch dazu, dass es im Rechtsalltag nur ganz selten vorkommt, dass Konkursmassen fremdfinanzierte Prozesse führen, um strittige Aktiven durchzusetzen.

E. Zwischenfazit

Zusammenfassend ergibt sich, dass es in den verschiedenen Phasen vor bzw. während der Insolvenz gleich mehrere Bündel von Gründen gibt, weshalb die Realität für die Gläubiger, Deckung zu erlangen, so zappenduster ist.

IV. Ausgewählte Lösungsansätze und -vorschläge

Die nachfolgenden Lösungsansätze beschlagen – wie schon die Darlegung der Gründe für die extrem tiefen Insolvenzdividenden²⁰² – nur Unternehmen, nicht aber Privatpersonen.²⁰³

A. Vorbemerkungen

Es wurde gezeigt, dass sowohl die Gründe für das Scheitern von Unternehmen als auch die Ursachen für die pitoyablen Insolvenzdividenden mannigfaltig sind. Aufgrund dessen ist es naheliegend, dass es auch einer *Vielzahl von einzelnen Massnahmen* bedarf, um den aktuellen Zustand zu verbessern. Es genügt nicht, an einigen wenigen Stellschrauben zu drehen, um ein massiv besseres Ergebnis zu erzielen. Dem Bündel von Gründen ist mit einem Bündel von Massnahmen zu begegnen.

¹⁹⁵ Vgl. III.D.1. und III.D.2.

¹⁹⁶ Vgl. II.C.1.

¹⁹⁷ Ernst & Young, Modul 2 (FN 54), 21.

¹⁹⁸ BGer, 5C.219/2006, 16.4.2007, E. 4.2; ZR 2007, Nr. 139.

¹⁹⁹ Ernst & Young, Modul 2 (FN 54), 21.

²⁰⁰ Vgl. auch Ernst & Young, Modul 2 (FN 54), 21; Ernst & Young, Étude 2 (FN 54), 64.

²⁰¹ Diesbezüglich kann auf das unter III.B.1. Gesagte verwiesen werden.

²⁰² Vgl. III.

²⁰³ Zu Lösungsvorschlägen für Privatpersonen vgl. MEIER/ZWEIFEL/ZABOROWSKI/JENT-SØRENSEN (FN 39), 275 ff.

Die einzelnen Lösungsansätze müssen einer Gesamtbetrachtung Rechnung tragen und sind im Zivilrecht, namentlich im Gesellschaftsrecht, und im Insolvenzrecht zu verorten.²⁰⁴ Teilweise soll falschen Anreizen entgegen gewirkt werden. In bestimmten Fällen geht es darum, durch neue Regeln das *faktische Verhalten der Entscheidungsträger oder der Insolvenzorgane zu verändern*.

Lösungsansätze müssen zudem an den *rechtstatsächlichen Umständen*, wie sie eingangs umschrieben und wie sie in diversen Untersuchungen etabliert wurden, *ansetzen*. Es muss *dort angesetzt* werden, *wo der Schuh am meisten drückt*. Es geht nicht darum, theoretische Konzepte umzusetzen, sondern real vorkommende Fehlentwicklungen wirksam zu korrigieren. Dies bedeutet namentlich, dass dem Faktum, dass Mikro- und junge Unternehmen besonders insolvenzgefährdet sind,²⁰⁵ dergestalt Beachtung zu schenken ist, dass deren Regelwerk «engmaschiger» bzw. «strenger» ausgestaltet sein muss.²⁰⁶ Demgegenüber können gewisse (namentlich gesellschaftsrechtliche) Anforderungen im Zeitablauf gelockert werden, wenn sich Unternehmen gut entwickeln, bzw. die Anforderungen sollen steigen, wenn sich wirtschaftliche Probleme (von einer gewissen Tragweite) ergeben. Insofern müssen die heutigen (meist starren) *Regeln flexibilisiert* bzw. *dynamisiert* werden.

Die nachfolgenden Vorschläge fokussieren sich auf die oben umschriebenen Probleme und deren Ursachen. Sie lassen bewusst sozialpolitische Aspekte bzw. die Aussichten der politischen Realisierbarkeit unberücksichtigt.²⁰⁷ Auch der seit einiger Zeit gegenläufige Trend in Bundesbern, Start-up-Firmen mit tiefen administrativen Hürden zu fördern (was wirtschaftspolitisch durchaus Sinn ergibt), was im Zusammenhang mit der Insolvenzvermeidung zu einem klaren *Zielkonflikt* führt,²⁰⁸ wird nachfolgend bewusst ausgeblendet.

B. Lösungsansätze in der Vorphase einer Insolvenz

Auch wenn es sich um eine *Binsenweisheit* handelt, muss festgehalten werden: Vorkehren ist besser als flicken. So hielt schon die Expertengruppe Nachlassverfahren fest, dass wichtiger als die nachträgliche Bewältigung bzw. Behebung (Reparation) die Verhinderung und die *Früh-erkennung von Insolvenzen* (Prophylaxe) ist.²⁰⁹ Verschiedene parlamentarische Vorstösse, welche eine Corona-bedingte Konkurswelle zu verhindern versuchen, gehen in die gleiche Richtung.²¹⁰

Dieser Ansatz ist im geltenden Recht (einschliesslich der im Sommer 2020 verabschiedeten Aktienrechtsrevision,²¹¹ vor allem durch die Verwässerung im Laufe des Gesetzgebungsprozesses) zu wenig umgesetzt. Auch wenn unser Wirtschaftssystem der freien Marktwirtschaft auf der Eigenverantwortung der Unternehmer fusst, so kann man vor den wirtschaftlichen Realitäten die Augen nicht einfach verschliessen.

Aufgrund dessen sollen Lösungsansätze in der Vorphase einer Insolvenz nicht nur an erster Stelle betrachtet werden. Diesen kommt vielmehr eine *überragende Bedeutung* zu. Denn wenn (infolge Verfahrenseröffnung) die Regeln des Insolvenzrechts einmal zur Anwendung gelangen, dann «ist der Mist schon geführt»; die ökonomischen Verhältnisse der schuldnerischen Unternehmen sind in diesem Zeitpunkt häufig schon so desaströs, dass der Gesamtverlust für die Gläubiger im Rahmen des Insolvenzverfahrens nur noch in sehr beschränktem Mass beeinflusst respektive verbessert werden kann.²¹²

Jede Person kann als Einzelunternehmen (oder als Personengesellschaft) wirtschaften. In diesem Fall haftet der Inhaber mit seinem gesamten Vermögen persönlich. Wer sich dagegen zur *Haftungsbegrenzung* für seine wirtschaftliche Tätigkeit einer *juristischen Person* bedient,

²⁰⁴ BÜHLER (FN 31), 18.

²⁰⁵ Vgl. II.A.1.

²⁰⁶ DEMBINSKI/BOLOGNA (FN 19), 19; DEMBINSKI/BOLOGNA (FN 10), 115.

²⁰⁷ Die politischen Behörden (einschliesslich des Bundesrats) schliessen leider viel zu oft – häufig schon vor der Problemanalyse – gewisse Massnahmen unter Hinweis darauf aus, diese seien politisch nicht realisierbar.

²⁰⁸ Vgl. DAVID RÜETSCHI, Das neue Sanierungsrecht – Ein Rückblick auf die Entstehungsgeschichte, in: Thomas Sprecher/Brigitte Umbach-Spahn/Dominik Vock (Hrsg.), Sanierung und Insolvenz von Unternehmen V, Das neue Schweizer Sanierungsrecht, Zürich 2014, 7 ff., 25, 27.

²⁰⁹ Bericht der Expertengruppe Nachlassverfahren, Ist das schweizerische Sanierungsrecht revisionsbedürftig?, Bern April 2005, 5, Internet: <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/schkg/ber-sanierungsrecht-d.pdf> (Abruf 8.8.2020). Ebenso RÜETSCHI (FN 208), 25.

²¹⁰ Vgl. etwa Motion der Finanzkommission des Ständerates 20.3170 vom 1. Mai 2020 *Gezielte Unternehmenssanierungen statt Konkurswelle*, welche von beiden Kammern des Parlaments und vom Bundesrat im Frühling/Sommer 2020 angenommen wurde, Internet: <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20203170> (Abruf 8.8.2020).

²¹¹ Verabschiedeter Gesetzestext, Internet: <https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2016/20160077/Schlussabstimmungstext%201%20NS%20D.pdf> (Abruf 8.8.2020). Das Inkrafttreten ist noch unbekannt, offenbar nicht vor 2022.

²¹² Vgl. III.D.

der soll auch gewisse Mindestbedingungen erfüllen. Nachfolgend werden deshalb Lösungsvorschläge in Bezug auf juristische Personen unterbreitet.

1. Zusätzliche Anforderungen an die Buchführung/Finanzplanung/Periodizität von Abschlüssen

Die gesetzlichen Bestimmungen über die Buchführung sind hinreichend klar und umfassend. Ein Handlungsbedarf für den Gesetzgeber besteht diesbezüglich nicht. Die gesetzlichen Anforderungen werden in der Praxis aber von KMU, insbesondere *Jungunternehmen*, nicht genügend beachtet bzw. es wird ihnen nicht die notwendige Bedeutung beigemessen.²¹³ Die Befolgung kann nicht direkt bewirkt werden. Möglich ist aber, *indirekt* für die bessere Befolgung zu sorgen.²¹⁴

Die gesetzliche Regelung der Buchführung sollte die betriebswirtschaftlichen Mindestanforderungen abbilden. Ausgehend davon, dass Studien zeigen, dass wirtschaftlichen Problemen fast ausnahmslos Liquiditätsprobleme vorangehen, sollte eine *periodisch anzupassende rollende Liquiditätsplanung zur generellen und permanenten Pflicht* gemacht werden.²¹⁵ In der im Sommer 2020 abgeschlossenen Aktienrechtsrevision war im Entwurf zwar noch vorgesehen, bei begründeter Besorgnis, in den nächsten sechs (bzw. zwölf) Monaten zahlungsunfähig zu werden, einen Liquiditätsplan erstellen zu müssen (Art. 725 Abs. 1 E-OR).²¹⁶ Da diese Pflicht jedoch nicht bereits vom Tag 1 (d.h. ab der Gründung), sondern erst bei «begründeter Besorgnis der Zahlungsunfähigkeit» gelten sollte, war der Entwurf schon ungenügend. Im verabschiedeten Gesetzestext findet sich zudem gar keine ausdrückliche Pflicht mehr, einen Liquiditätsplan zu erstellen (Art. 725 revOR). Schliesslich wird als Handlungspflicht statuiert, Sanierungsmassnahmen oder nötigenfalls ein Gesuch um Nachlassstundung einzureichen (Art. 725 Abs. 2 revOR).

Weiter zeigt sich, dass in kritischen Zeiten der zeitliche Abstand von einem zum nächsten Jahresabschluss (viel) zu gross ist, um den Führungskräften eine zeitnahe Reaktion zu ermöglichen.²¹⁷ Eine Krise entwickelt sich viel rascher. Die Zwölfmonatsfrist verlängert sich zudem noch faktisch dadurch, dass erst bis sechs Monate ab Ende des Geschäftsjahres eine Versammlung der Eigner durch-

geführt werden muss (Art. 699 Abs. 2, Art. 805 Abs. 2 OR). Es sollte deshalb eine Pflicht für *Jungunternehmen* sowie für *Gesellschaften mit einem* (allenfalls qualifizierten) *Kapitalverlust* eingeführt werden, einen *Halbjahresabschluss* zu erstellen. Dies zwingt die Leitungsorgane, sich zeitnaher mit der finanziellen und damit auch mit der betriebswirtschaftlichen Situation zu befassen.

Gerade Jungunternehmen müssen zuerst erlernen und erfahren, dass aktuelle und zuverlässige Zahlen keine administrative Bürde, sondern ein *unerlässliches und hilfreiches Führungsinstrument* sind. Insofern verstehen sich die skizzierten Massnahmen als erzwungene Hilfe zur Selbsthilfe.

2. Massgebliche Erhöhung des gesetzlichen Mindestkapitals für GmbHs

Es ist unabdingbar, das Mindestkapital für GmbHs massgeblich zu erhöhen.²¹⁸ Von ganz wenigen Ausnahmen abgesehen, scheint es selbst für ein Ein-Mann-Unternehmen (umso mehr für KMU) schlicht unrealistisch, mit einem Kapital von gerade einmal CHF 20'000 (Art. 773 OR²¹⁹) wirtschaften zu können. Gerade auch in diesem Zusammenhang ist zu wiederholen, dass, wer sich für seine wirtschaftliche Tätigkeit einer juristischen Person bedient, um die eigene Haftung zu beschränken, gesetzliche Vorgaben zum Gläubigerschutz erfüllen muss.²²⁰

Das Mindestkapital von CHF 20'000 gilt seit (sage und schreibe) 1. Januar 1936.²²¹ Bei Anpassung dieses Betrags an die Inflation von 1936 bis Ende 2019 (von 700,5%²²²) entspricht der Betrag von CHF 20'000 heute einem Wert von CHF 160'108. Dies belegt augenfällig, wie stark der heutige Mindestbetrag von der wirtschaftlichen Realität abweicht. Eine Erhöhung auf mindestens CHF 50'000 scheint unerlässlich. Dabei ist nochmals darauf hinzuweisen, dass damit keine geschäftliche Tätigkeit unterbunden wird. Wer dieses Kapital nicht aufbringen kann, muss sein Geschäft als Einzelunternehmen oder als Personengesellschaft betreiben.

²¹³ Vgl. III.B.2.

²¹⁴ Vgl. IV.B.5.

²¹⁵ JEANNERET (FN 127), 47 f.

²¹⁶ Vgl. III.B.2.

²¹⁷ Vgl. auch BÖCKLI (FN 28), § 1 N 207 (ii).

²¹⁸ RÜETSCHI (FN 208), 25.

²¹⁹ Die im Sommer 2020 abgeschlossene Aktienrechtsrevision hat am Mindestkapital von CHF 20'000 nichts geändert (Art. 773 Abs. 1 revOR).

²²⁰ Vgl. IV.A.

²²¹ AS 53 185.

²²² Berechnung gemäss Teuerungsrechner des BFS, Internet: http://www.portal-stat.admin.ch/lik_rechner/d/lik_rechner.htm (Abruf 8.8.2020).

3. Pflicht zur Offenlegung der Jahresabschlüsse

Mangels gesetzlicher Pflicht der Unternehmen, ihre Jahresabschlüsse offenzulegen, fehlt es sowohl den Gläubigern als auch den potentiellen Geschäftspartnern an der Möglichkeit, sich aufgrund von einfach zugänglichen Abschlüssen (ohne ein Gerichtsverfahren einleiten zu müssen; Art. 958e Abs. 2 OR) ein verlässliches Bild über die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit eines Unternehmens zu machen.

Viele Länder kennen eine Pflicht (auch) von (nicht börsenkotierten) Unternehmen, ihre Jahresabschlüsse (und allenfalls sonstige Dokumente) offenzulegen und sie damit für die Gläubiger zugänglich zu machen. Für die Länder der EU ergibt sich eine entsprechende Umsetzungspflicht aus der Richtlinie 2013/34 vom 26. Juni 2013 über den Jahresabschluss, den konsolidierten Abschluss und damit verbundene Berichte von Unternehmen bestimmter Rechtsformen²²³ (Art. 30 ff.).

Eine solche Pflicht scheint auch für die Schweiz angezeigt. Auch der Bundesrat hielt unlängst fest, dass eine Offenlegungspflicht in Bezug auf die Jahresrechnung von der Sache her geboten sei.²²⁴ Damit würde Verschiedenes erreicht: Ein Unterlassen der Buchführung würde frühzeitig entdeckt.²²⁵ Die Informationsbasis der Gläubiger würde sich wesentlich verbessern. Zugleich wären die Leitungsorgane (indirekt) dazu gezwungen, rascher (und allenfalls auch entschiedener) auf negative Entwicklungen zu reagieren, da sie sich potentiellen Nachfragen von Gläubigern und Geschäftspartnern ausgesetzt sähen.

Da die ungenügend rasche und konsequente Vorgehensweise der Leistungsorgane in der Krise eine der Hauptursachen der Massearmut ist,²²⁶ dürfte die Offenlegungspflicht eine positive Wirkung entfalten. Es ist deshalb von einer *erheblichen präventiven Wirkung* auszugehen.²²⁷

4. Anpassungen im «Frühwarnsystem» von Art. 725 OR

Die Leitungsorgane handeln zu spät, obschon die negative Dynamik in der finanziellen Krise gross ist.²²⁸ Aufgrund dessen muss bewirkt werden, dass die Organe früher und rascher zum Handeln verpflichtet sind; deren gesetzliche *Handlungspflichten müssen zeitlich vorverlegt werden*.²²⁹

Diesem Ansinnen wird mit der im Sommer 2020 abgeschlossenen Aktienrechtsrevision nur teilweise Rechnung getragen.²³⁰ Der Zeitpunkt der Handlungspflicht ist unmittelbar damit verknüpft, aufgrund welcher ökonomischen Parameter (bzw. deren Verschlechterung) eine Handlungspflicht ausgelöst wird. Anstelle des statischen und vergangenheitsbezogenen Bilanztestes, wie er unverändert Art. 725 OR bzw. Art. 725a und 725b revOR zugrunde liegt, ist auf *betriebswirtschaftlich relevante Faktoren* abzustellen, welche empirisch den Anfang einer Krise markieren. Dies sind (als Folge eines Strategiefehlers) die sinkende Rentabilität und Liquiditätsprobleme.²³¹

Entsprechend muss ein taugliches Frühwarnsystem (welches diesen Namen verdient) an die *abnehmende Rentabilität* (wie dies noch in Art. 725a Abs. 1 Ziff. 3 VE-OR vorgesehen war,²³² dann aber aufgegeben wurde) sowie an eine zukunftsorientierte *Cashflow-Prognose* anknüpfen,²³³ wie dies auch der UNCITRAL legislative guide on insolvency law vorsieht.²³⁴ Angezeigt ist es, die Phase 1, welche erste Sanierungsmassnahmen verlangt, schon mit Beginn des Kapitalverlustes bzw. Auftreten von Verlusten einzuläuten.²³⁵ Durch zeitliche Vorverlagerung steigen die Sanierungschancen der Unternehmen merklich. Zudem ist in einer frühen Phase auch eher mit der konstruktiven Unterstützung durch die Geldgeber und die finanzierenden Banken zu rechnen.²³⁶

Eine vergangenheitsbezogene Bilanzbetrachtung (in der Ausprägung eines Kapitalverlusts [Art. 725

²²³ Internet: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013L0034&from=NL> (Abruf 8.8.2020). Vgl. für Österreich (§ 277 Unternehmensgesetzbuch [UGB]), für Deutschland (§§ 3215 ff. Handelsgesetzbuch [HGB]) und vgl. auch (obwohl nicht EU-Mitgliedstaat) *Liechtenstein* (Art. 1122, Art. 1124 Personen- und Gesellschaftsrecht [PGR]).

²²⁴ BBI 2019 5212. Er verzichtete nur deshalb auf einen entsprechenden Gesetzgebungsvorschlag, weil er einen solchen als «politisch nicht mehrheitsfähig» einstufte (BBI 2019 5212).

²²⁵ BBI 2019 5212.

²²⁶ Vgl. III.B.4. und III.B.6.

²²⁷ Ernst & Young, *Étude I* (FN 71), 10; RÜETSCHI (FN 208), 26.

²²⁸ Vgl. III.B.4. und III.B.6.

²²⁹ JEANNERET (FN 127), 47; BÖCKLI (FN 28), § 1 N 269, N 277, § 13 N 733; BÜHLER (FN 31), 19 ff., 78; GLANZMANN (FN 110), 480.

²³⁰ Erläuternder Bericht (FN 157), 52, 138–140; BBI 2017 462.

²³¹ Vgl. II.A.2.

²³² BBI 2017 464.

²³³ BÖCKLI (FN 28), § 13 N 627; PETER (FN 133), 35 f., 38; PETER (FN 126), 55; VON DER CRONE/KOPTA-STUTZ/PFISTER (FN 158), 521; CHRISTOPH B. BÜHLER, *Aussergerichtliche Sanierung der Aktiengesellschaft – Lösungsansätze zur Verbesserung der aktienrechtlichen Rahmenbedingungen der Sanierung de lege ferenda*, *Der Schweizer Treuhänder* 2010, 444 ff., 445; BÜHLER (FN 31), 19.

²³⁴ UNCITRAL Legislative guide on insolvency law (2004), 48 N 30; PETER (FN 133), 35 f.

²³⁵ Vgl. BÖCKLI (FN 28), § 1 N 277; BÜHLER (FN 31), 23 f.

²³⁶ JEANNERET (FN 127), 48.

Abs. 1 OR, Art. 725a revOR] bzw. einer Überschuldung [Art. 725 Abs. 2 OR, Art. 725b revOR]) ist nicht zielführend.²³⁷ Wenn die wirtschaftliche Krise einmal die «Ebene» des Aktienkapitals erreicht hat, dann ist häufig der «Mist schon geführt».²³⁸

Sofern und soweit alternativ auch an Bilanzwerte angeknüpft werden soll, so müssen die Handlungspflichten schon greifen, *bevor* ein hälftiger Kapitalverlust bzw. eine Überschuldung vorliegt.²³⁹ Diese Chance wurde in der im Sommer 2020 abgeschlossenen Aktienrechtsrevision leider gleich in zweifacher Hinsicht verpasst: Zum einen wurde der im Entwurf noch vorgesehene Kapitalverlust von mehr als einem Drittel (Art. 725a Abs. 1 E-OR²⁴⁰) wieder auf die Hälfte erhöht (Art. 725a revOR). Zum andern wurde der im Entwurf noch vorgesehene «Liquiditätsplan» (Art. 725 E-OR²⁴¹) zugunsten einer unspezifischen Pflicht des Verwaltungsrats, die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft zu überwachen (Art. 725 Abs. 1 revOR), wieder fallen gelassen.

5. Zulassungsregime für ein Opting-out betreffend Revisionspflicht

Gerade bei KMU ist die *Revisionsstelle* in buchhalterischen und finanztechnischen Fragen das (oftmals einzige) «*finanzielle Gewissen*» eines Unternehmens.

Die Möglichkeit von Mikrounternehmen, sich mittels Opting-out der Revisionspflicht zu entledigen, wovon 86 % aller neu gegründeten AGs und 98 % aller neu gegründeten GmbHs Gebrauch gemacht haben,²⁴² ist deshalb ein *ganz wesentlicher*, und zwar *negativer Einflussfaktor*.²⁴³ Als Dauerzustand zeitigt er auch dauerhafte negative Auswirkungen. So haben Studien einen signifikanten Zusammenhang zwischen Fehlen einer Revisionsstelle und sprunghaftem Anstieg der Insolvenzhäufigkeit aufgezeigt.²⁴⁴

Das *Opting-out muss* deshalb – jedenfalls in der heutigen Form – *aufgehoben werden*. Selbst der Bundesrat hielt unlängst fest, dass die komplette Abschaffung des Opting-out von der Sache her geboten sei.²⁴⁵ Allenfalls

könnte das Opting-out nach einer gewissen «Bewährungsfrist» (z.B. nach drei bis fünf Jahren erfolgreicher Geschäftstätigkeit), welche der hohen «Sterberate» von Jungunternehmen Rechnung trägt, wieder ermöglicht werden.

Zudem sollte als *Dauervoraussetzung* statuiert werden, dass ein Opting-out erst und nur so lange zulässig ist, als kein (allenfalls qualifizierter) Kapitalverlust vorliegt, keine Verluste geschrieben werden und die Liquidität gesichert erscheint. Das Korsett muss für neu gegründete Unternehmen massiv enger werden. Gleiches gilt, wenn sich ein Unternehmen einmal bewährt hatte, sich später aber die Dinge negativ entwickeln. Die Freiheit des Opting-out muss sich ein Unternehmen mit positiver Entwicklung über die Jahre erst verdienen.

Der als «Base Case» zwingende Beizug von Revisoren würde es (im Sinn eines indirekten Effektes) auch ermöglichen, dass diese einem Unternehmen zu Beginn einer sich abzeichnenden Krise nahelegen können, rasch auf Krisensituationen spezialisierte externe Fachleute beizuziehen, da es den Führungsorganen meist an Kenntnissen in diesem Bereich mangelt.²⁴⁶

Indem eine Revisionsstelle (wenigstens einmal im Jahr – oder auch schon unterjährig²⁴⁷) die Buchhaltung und den Jahresabschluss prüft, können Fehler bzw. Unzulänglichkeiten in der Buchhaltung frühzeitig entdeckt werden. Aufgrund dessen ist von einer grundsätzlichen Pflicht zu einer (eingeschränkten) Revision ein *positiver (wenn auch nur indirekter) Effekt auf die Qualität der Buchführung* zu erwarten.

6. Aufhebung der Gläubigerhaftung infolge Stellen des Konkursbegehrens (Art. 169 SchKG)

Soweit es um gläubigerseitig bewirkte Konkursöffnungen geht, stellt die Haftung des Gläubigers, der das Konkursbegehren stellt, für die bis zur Einstellung des Konkurses mangels Aktiven angefallenen Verfahrenskosten (Art. 169 SchKG) eines der grössten Hindernisse dar.²⁴⁸

Hintergrund der gesetzlichen Regelung ist es, zu vermeiden, dass der Staat die Kosten für Konkursverfahren zu tragen hat, welche zwar eröffnet, aber nicht durchgeführt werden können. Dies überzeugt nicht. Zum einen trägt der Staat heute schon die entsprechenden Kosten, nämlich wenn das Konkursverfahren schuldnerseitig (Art. 191 SchKG), von Amtes wegen (Art. 192 SchKG,

²³⁷ PETER (FN 133), 34 f.

²³⁸ Vgl. auch BÜHLER (FN 233), 445; DERS. (FN 31), 7 f., 19 f.

²³⁹ Vgl. JEANNERET (FN 127), 47 f.; BÜHLER (FN 31), 23 f.

²⁴⁰ BBI 2017 719.

²⁴¹ BBI 2017 719.

²⁴² Vgl. III.B.5.

²⁴³ Vgl. auch RÜETSCHI (FN 208), 26.

²⁴⁴ Vgl. III.B.2.

²⁴⁵ BBI 2019 5212. Er verzichtete nur deshalb auf einen entsprechenden Gesetzgebungsvorschlag, weil er einen solchen als «politisch nicht mehrheitsfähig» einstufte (BBI 2019 5212).

²⁴⁶ Ernst & Young, Modul 2 (FN 54), 14.

²⁴⁷ Vgl. IV.B.1.

²⁴⁸ Vgl. III.B.7.

Art. 731b OR) oder auf Benachrichtigung der zuständigen Behörde über eine ausgeschlagene oder überschuldete Erbschaft bewirkt wird (Art. 230a SchKG).

Zum anderen blockiert sich das geltende System selbst bzw. erweist sich die Regelung in ihrer Wirkung als kontraproduktiv: Weil Gläubiger den Konkurs nicht (vorher) herbeiführen, verringert sich das Schuldnervermögen bis zur effektiven Konkursöffnung, so dass dannzumal der Konkurs mangels Aktiven überhaupt erst eingestellt werden muss. Damit führt die heutige Regelung ungewollt zur substantiellen Vernichtung von Vermögenswerten. Umgekehrt ist davon auszugehen, dass bei früherer Konkursöffnung mehr Aktiven vorhanden sind, so dass mehr Verfahren durchgeführt werden können und weniger mangels Aktiven eingestellt werden müssen. Aufgrund dessen ist die Haftung des Gläubigers, welcher den Konkurs bewirkt, für die Konkurskosten ersatzlos zu streichen.²⁴⁹

C. Beim Entscheid über die Durchführung oder Einstellung des Konkurses mangels Aktiven (Art. 230 SchKG)

Der Umstand, dass die Mehrzahl der Konkursverfahren gar nicht durchgeführt, sondern mangels Aktiven eingestellt wird, ist «nur» die qualifizierte Ausprägung der Massearmut, welche bei den durchgeführten Konkursverfahren ihren Ausdruck in der extrem tiefen Konkursdividende findet.²⁵⁰ Insofern handelt es sich nicht um ein selbständiges Problem, welches spezifische Massnahmen erfordert, sondern die Ursachen sind dieselben wie für die Massearmut. Zudem ist diese Situation ebenfalls die Folge der ungenügenden (gesellschaftsrechtlichen) Gesetzgebung, welche die Phase vor der Insolvenzeröffnung regelt.²⁵¹

Ökonomisch reicht in der überwiegenden Zahl der Fälle, namentlich bei KMU, ein Betrag von CHF 3'000 bis CHF 5'000, damit ein Konkurs im summarischen Verfahren durchgeführt werden kann.²⁵² Wenn bzw. sofern die (gesellschaftsrechtliche) Regelung, welche im Vorfeld einer Insolvenzeröffnung zur Anwendung kommt, verbessert wird,²⁵³ so verringert sich das (nachgelagerte) Problem automatisch. Darüber hinaus kann die Situation nach Insolvenzeröffnung in zweierlei Hinsicht verbessert werden:

Zum einen könnten Unternehmen bei der Gründung verpflichtet werden, eine Art «*Insolvenz-Entsorgungsgebühr*» zu leisten.²⁵⁴ Zum anderen könnte eine *solidarische Kausalhaftung der letzten Exekutivorgane* eingeführt werden, nach erfolgter Konkursöffnung die zur Durchführung des *summarischen Konkursverfahrens* notwendigen Geldbeträge zu leisten. De facto würden die Organe der meisten Unternehmen wohl eine *Versicherungslösung* anstreben, so dass für das Konkursamt eine einfache Auszahlung im Konkursfall gewährleistet sein dürfte.²⁵⁵

Beide Massnahmen würden (gewollt) dazu führen, dass praktisch keine Konkurse mehr eingestellt würden. Damit würde sich die Anzahl der effektiv durchgeführten Konkursverfahren (angesichts der heute knapp 60% eingestellten Konkurse²⁵⁶) signifikant erhöhen, womit die Arbeitslast der Konkursämter stark zunehmen würde.

Die Abwicklung eines Konkurses, nur damit er durchgeführt wird und ohne dass (massgebliche) Auszahlungen an die Gläubiger erfolgen, ist nicht das Ziel. Die Verfahrensdurchführung soll nicht zum Selbstzweck verkommen. Die Sicherstellung der Verfahrenskosten hätten aber mit Sicherheit eine ganz *wesentliche generalpräventive Wirkung*. Wenn die Organe wissen, dass auf jeden Fall ein Konkursverfahren durchgeführt wird, damit auch kurz vor der Insolvenz erfolgte Handlungen untersucht werden (können), so ist davon auszugehen, dass bei Konkursöffnung mehr Substanz vorhanden sein wird, als dies heute der Fall ist. Es ist damit von einer partiellen Verbesserung in Bezug auf die Massearmut auszugehen.

D. Bei der Abwicklung der Insolvenzverfahren

1. Flexiblere Verwertungsmöglichkeiten/ flexiblerer Zeitpunkt der Verwertung

Die werterhaltende Verwertung von Aktiven ist ein wesentliches Problem in allen Insolvenzverfahren. Je marktfähiger ein Objekt, desto eher kann es im Bereich von Marktpreisen veräussert werden. Dies trifft etwa für homogene Gebrauchsgüter (wie z.B. Gebrauchtwagen) zu.

²⁴⁹ So schon STAEHELIN (FN 163), 171; LORANDI/CAMPONOVO (FN 163), 428.

²⁵⁰ Vgl. II.C.1.

²⁵¹ Vgl. II.A.

²⁵² Vgl. FN 162.

²⁵³ Vgl. IV.B.

²⁵⁴ Vgl. Ernst & Young, Modul 2 (FN 54), 12; Ernst & Young, Étude 2 (FN 54), 57, regen in Bezug auf die Fälle der Organisationsmängel, welche in letzter Konsequenz zur Liquidation im Rahmen eines Konkursverfahrens führen (Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR), eine solche «vorgezogene Liquidationsgebühr» an.

²⁵⁵ Andernfalls wäre diese Regelung wohl eine *lex imperfecta*, da die effektive (soweit erforderlich gerichtliche) Durchsetzung der Zahlungspflicht der letzten Exekutivorgane durch die Konkursverwaltung kaum stattfinden wird.

²⁵⁶ Vgl. II.C.1.

Nicht marktgängige und/oder gebrauchte Objekte sind jedoch schon ausserhalb einer Insolvenz schwer verkäuflich. In der Insolvenz verschlechtert sich das Ergebnis nochmals merklich.

Das Gesetz ist in Bezug auf die Möglichkeiten, für die Verwertung *externe Experten beizuziehen*, flexibel genug.²⁵⁷ Diesbezüglich besteht m.E. kein Anpassungsbedarf.

Die gesetzliche Ordnung legt in allen Insolvenzverfahren die Zwangsversteigerung als ordentliche und die freihändige Verwertung als ausserordentliche Verwertungsart fest. Der gesetzgeberische Gedanke dieser Regelung wird von der Praxis widerlegt.²⁵⁸ Aufgrund dessen sind die (verglichen mit der Steigerung) einschränkenden Voraussetzungen, um einen Freihandverkauf vornehmen zu können, zu beseitigen. Beide Verwertungsarten sollten gleichwertig ausgestaltet werden.

In den meisten Verwertungsverfahren verstreicht häufig viel Zeit, bis die Vermögensobjekte verwertet werden (können). Dies gilt in ausgeprägtem Masse für die ordentlichen Konkursverfahren, da im Grundsatz Verwertungen erst nach der zweiten Gläubigerversammlung zulässig sind (Art. 253 Abs. 2 SchKG), was in der Praxis lange, auch einmal Jahre dauern kann. Das Gesetz eröffnet zwar die Möglichkeit, Objekte vorzeitig zu verwerten (Art. 124 Abs. 2, Art. 238 Abs. 1, Art. 243 Abs. 2 SchKG). Auch interpretiert die Gerichtspraxis diese Voraussetzungen im ausdehnenden Sinne, indem ökonomische Gründe ausreichen.²⁵⁹ Gleichsam führt das im Grundsatz gesetzliche verordnete Zuwarten mit der Verwertung zu wesentlichen Wertverlusten während eines laufenden Verfahrens. Damit verschlechtert der (gut gemeinte) gesetzgeberische Ansatz, die Gläubiger am Verwertungsentscheid zu beteiligen, das Ergebnis ungewollt zu deren Nachteil.

Zumindest für den Konkurs sollte eine *viel flexiblere Lösung* eingeführt werden, wonach *ab Konkurseröffnung grundsätzlich*²⁶⁰ *verwertet werden kann*, wie dies heute schon für das summarische Konkursverfahren gilt (Art. 231 Abs. 3 Ziff. 2 SchKG). Damit würde der Akti-

venverwertung, welche für den wirtschaftlichen Ausgang des Konkurses viel ausschlaggebender ist, eine *klare gesetzliche Priorisierung* zuteil gegenüber der Administration der Passiven (welche bekanntlich nicht zeitkritisch ist). Damit wäre es auch eher möglich, eine (Teil-) Betriebsfortführung durch einen Dritten kurz nach Konkurseröffnung zu realisieren,²⁶¹ in welcher Situation erfahrungsgemäss für die Masse die besten Verwertungserlöse (unter Vermeidung von privilegierten Forderungen) realisiert werden können.

2. Abschaffung der Konkursprivilegien

Bei der Frage der Privilegierung von Forderungen handelt es sich um ein *klassiges Verteilungsproblem*; wie die beschränkten Aktiven auf die Vielzahl der Gläubiger verteilt werden. Die heutigen Privilegien für ungesicherte Forderungen (Art. 219 Abs. 4 SchKG) mögen ihre sozialpolitische Begründung (und wohl auch Rechtfertigung) haben. Der hehre *Grundsatz der Gleichbehandlung der Gläubiger*, welcher dem Insolvenzrecht konzeptionell zugrunde liegt, wird in ökonomischer Hinsicht de facto, wenn man das Ergebnis (im Sinne der Erlösverteilung) betrachtet, jedoch *ins pure Gegenteil verkehrt*. Ganz wenige Gläubiger erhalten (fast) sämtliche Erlöse und die Mehrheit der Gläubiger geht (fast) ganz leer aus.²⁶²

Mit der Abschaffung jeglicher Privilegien würden sich die Dividenden der (heutigen Drittklass-)Gläubiger (zulasten der heute privilegierten Gläubiger) erhöhen. Eine (fast vollständige) Konzentration des Erlöses auf (wenige) privilegierte Gläubiger würde entfallen. An der (geringen) Summe der ausgeschütteten Dividenden ändert sich dadurch jedoch nichts.

Die Arbeitnehmer wären von dieser Neuregelung am wenigsten betroffen, da diese immerhin für die vier Monate vor der Insolvenz Insolvenzenschädigung (Art. 51 ff. AVIG) und für die Zeit danach allenfalls Arbeitslosengeld beziehen können (Art. 8 ff. AVIG). Mit Leistung der Insolvenzenschädigung subrogiert die Kasse in die Lohnforderung des Arbeitnehmers, so dass die Frage des Privilegs zum grössten Teil die Kasse und nicht (mehr) den Arbeitnehmer betrifft.

²⁵⁷ Vgl. III.D.2.

²⁵⁸ Vgl. III.D.2.

²⁵⁹ BGE 131 III 280 E. 2.1; OGer ZH, II. Zivilkammer, PS120211, 13.12.2012, E. 5.2.2; Cour de la Justice (CdJ GE), DCSO/31/2016, 21.1.2016, E. 2.1; CdJ GE, DCSO/314/2015, 15.10.2015, E. 2.b; CdJ GE, DCSO/92/2006, 21.2.2006, E. 3.c; CdJ GE, DCSO/600/2004, 16.12.2004, E. 5a, 6a; CdJ GE, DAS/8/2002, 9.1.2002, E. 3; BISchK 2000, 65 ff., E. a.

²⁶⁰ Beizubehalten ist, dass Grundstücke im Grundsatz erst nach Rechtskraft des Lastenverzeichnisses veräussert werden können (Art. 140 f., Art. 156 Abs. 1, Art. 247 Abs. 2 SchKG; Art. 128 VZG).

²⁶¹ Vgl. auch Ernst & Young, Modul 2 (FN 54), 20; Ernst & Young, Étude 2 (FN 54), 63 f.

²⁶² Vgl. II.C.1.

V. Résumé

Es ist eine Aufgabe des Staates, ein funktionierendes und effektives Vollstreckungssystem zur Verfügung zu stellen. Unser Vollstreckungssystem für Geldforderungen weist Mängel bei der Effektivität auf. Soweit es um Unternehmen geht, beschlägt der Löwenanteil des Revisionsbedarfs zeitlich die Lebensphase und nicht die Phase der insolvenzrechtlichen Liquidation. Sofern substantielle Verbesserungen erzielt werden sollen, so ist es unumgänglich, dem Bündel von Ursachen einer Insolvenz bzw. der pitoyablen Insolvenzdividenden mit einem Bündel von Änderungen zu begegnen.

Die gesetzlichen Regeln müssen auf die Realität des Wirtschaftslebens ausgerichtet sein. Der Gesetzgeber darf davor die Augen nicht verschliessen. Das gesetzliche Regime muss zudem flexibler ausgestaltet sein, indem insolvenzgefährdete Unternehmen strengerem und engmaschigeren Regelungen unterliegen müssen, während solche in komfortablen finanziellen Verhältnissen weniger strengen Regeln unterliegen. Die empirischen Grundlagen dazu liegen seit langem vor. Ob der politische Wille vorhanden ist, sich der dargelegten Mängel anzunehmen, ist eine andere Frage.

Anhang A

Kanton Appenzell Ausserrhoden für die Jahre 2013 bis 2018:

- durchschnittliche Verluste aus abgeschlossenen *Konkursverfahren*: CHF 5,565 Mio.²⁶³ p.a.; vs.
- durchschnittliche Verluste auf *Pfändungsverfahren*: CHF 10,857 Mio.²⁶⁴ p.a.

Kanton Appenzell Innerrhoden für die Jahre 2009 bis 2018:

- durchschnittliche Verluste aus abgeschlossenen *Konkursverfahren*: CHF 1,849 Mio.²⁶⁵ p.a.; vs.
- durchschnittliche Verluste aus *Pfändungsverfahren*: CHF 2,211 Mio.²⁶⁶ p.a.

Kanton Basel-Stadt für die Jahre 2009 bis 2018:

- durchschnittliche Verluste aus abgeschlossenen *Konkursverfahren*: CHF 47,727 Mio.²⁶⁷ p.a.; vs.
- durchschnittliche Verluste aus *Pfändungsverfahren*: CHF 108,867 Mio.²⁶⁸ p.a.

Kanton Bern für die Jahre 2009 bis 2018:

- durchschnittliche Verluste aus abgeschlossenen *Konkursverfahren*: CHF 146,237 Mio.²⁶⁹ p.a.; vs.
- durchschnittliche Verluste aus *Pfändungs- und Pfandwertungsverfahren*: CHF 353,648 Mio.²⁷⁰ p.a.

Kanton Graubünden für die Jahre 2009 bis 2018:

- durchschnittliche Verluste aus abgeschlossenen *Konkursverfahren*: CHF 23,021 Mio.²⁷¹ p.a.; vs.
- durchschnittliche Verluste aus *Pfändungs- und Pfandwertungsverfahren*: CHF 35,513 Mio.²⁷² p.a.

Kanton Jura für die Jahre 2015 bis 2018:

- durchschnittliche Verluste aus abgeschlossenen *Konkursverfahren*: CHF 9,881 Mio.²⁷³ p.a.; vs.
- durchschnittliche Verluste aus *Pfändungsverfahren*: CHF 35,091 Mio.²⁷⁴ p.a.

²⁶³ Zahlen gemäss BfS (FN 50).

²⁶⁴ Rechenschaftsberichte 2013–2018, Internet: <https://www.ar.ch/gerichte/obergericht/rechenschaftsberichte/> (Abruf 8.8.2020).

²⁶⁵ Zahlen gemäss BfS (FN 50).

²⁶⁶ Diese Zahlen sind nicht im Internet verfügbar; dem Amtsleiter des Betreibungs- und Konkursamtes Appenzell sei bestens für die Zustellung der Zahlen gedankt.

²⁶⁷ Zahlen gemäss BfS (FN 50).

²⁶⁸ Diese Zahlen sind nicht im Internet verfügbar; dem Amtsleiter des Betreibungs- und Konkursamtes Basel-Stadt sei bestens für die Zustellung der Zahlen gedankt.

²⁶⁹ Zahlen gemäss BfS (FN 50).

²⁷⁰ Diese Zahlen sind nicht im Internet verfügbar; dem Amtsleiter des Betreibungs- und Konkursamtes Bern sei bestens für die Zustellung der Zahlen gedankt.

²⁷¹ Zahlen gemäss BfS (FN 50).

²⁷² Jahresberichte des Kantonsgerichts Graubünden für 2009–2018, Internet: <https://www.justiz-gr.ch/gerichte/kantonsgericht/dokumentation/jahresbericht/> (Abruf 8.8.2020).

²⁷³ Zahlen gemäss BfS (FN 50).

²⁷⁴ Diese Zahlen sind nicht im Internet verfügbar; dem Amtsleiter der Betreibungsämter Jura sei bestens für die Zustellung der Zahlen gedankt.

Kanton Luzern für die Jahre 2008 bis 2017:

- durchschnittliche Verluste aus abgeschlossenen *Konkursverfahren*: CHF 52,286 Mio.²⁷⁵ p.a.; vs.
- durchschnittliche Verluste aus *Pfändungsverfahren*: CHF 139,339 Mio.²⁷⁶ p.a.

Kanton Schwyz für die Jahre 2009 bis 2018:

- durchschnittliche Verluste aus abgeschlossenen *Konkursverfahren*: CHF 32,136 Mio.²⁷⁷ p.a.; vs.
- durchschnittliche Verluste aus *Pfändungs- und Pfandverwertungen*: CHF 60,926 Mio.²⁷⁸ p.a.

Kanton Solothurn für die Jahre 2009 bis 2018:

- durchschnittliche Verluste aus abgeschlossenen *Konkursverfahren*: CHF 63,4 Mio.²⁷⁹ p.a.; vs.
- durchschnittliche Verluste aus *Pfändungs- und Pfandverwertungsverfahren*: CHF 133,4 Mio.²⁸⁰ p.a.

Kanton Thurgau für die Jahre 2009 bis 2018:

- durchschnittliche Verluste aus abgeschlossenen *Konkursverfahren*: CHF 54,42 Mio.²⁸¹ p.a.; vs.
- durchschnittliche Verluste aus *Pfändungsverfahren*: CHF 91,60 Mio.²⁸² p.a.

Kanton Waadt für die Jahre 2015 bis 2018:

- durchschnittliche Verluste aus abgeschlossenen *Konkursverfahren*: CHF 250,493 Mio.²⁸³ p.a.; vs.
- durchschnittliche Verluste aus *Pfändungsverfahren*: CHF 542,161 Mio.²⁸⁴ p.a.

Kanton Wallis für die Jahre 2015 bis 2018:

- durchschnittliche Verluste aus abgeschlossenen *Konkursverfahren*: CHF 59,899 Mio.²⁸⁵ p.a.; vs.
- durchschnittliche Verluste aus *Pfändungsverfahren*: CHF 215,163 Mio.²⁸⁶ p.a.

Anhang B**Kanton Freiburg** für die Jahre 2009 bis 2018:

- durchschnittliche Verluste aus abgeschlossenen *Konkursverfahren*: CHF 64,340 Mio.²⁸⁷ p.a.; vs.
- durchschnittliche Verluste aus *Pfändungsverfahren*: CHF 58,776 Mio.²⁸⁸ p.a.

Kanton Glarus für die Jahre 2009 bis 2018:

- durchschnittliche Verluste aus abgeschlossenen *Konkursverfahren*: CHF 5,950 Mio.²⁸⁹ p.a.; vs.
- durchschnittliche Verluste aus *Pfändungsverfahren*: CHF 455'955²⁹⁰ p.a.

Kanton Nidwalden für die Jahre 2009 bis 2018:

- durchschnittliche Verluste aus abgeschlossenen *Konkursverfahren*: CHF 36,209 Mio.²⁹¹ p.a.; vs.
- durchschnittliche Verluste aus *Pfändungsverfahren*: CHF 9,551 Mio.²⁹² p.a.

Kanton Zug für die Jahre 2009 bis 2018:

- durchschnittliche Verluste aus abgeschlossenen *Konkursverfahren*: CHF 303,558 Mio.²⁹³ p.a.; vs.
- durchschnittliche Verluste aus *Pfändungsverfahren*: CHF 34,201 Mio.²⁹⁴ p.a.

²⁷⁵ Zahlen gemäss BfS (FN 50).

²⁷⁶ LUSTAT Jahrbuch Kanton Luzern 2019, 109, Internet: https://www.lustat.ch/files/lustat/analysen/jahrbuch/2019/jbkt_2019.pdf (Abruf 8.8.2020).

²⁷⁷ Zahlen gemäss BfS (FN 50).

²⁷⁸ Rechenschaftsberichte Kanton Schwyz 2009–2018, Internet: <https://www.kgsz.ch/rechenschaftsberichte/> (Abruf 8.8.2020).

²⁷⁹ Zahlen gemäss BfS (FN 50).

²⁸⁰ Rechenschaftsberichte Kanton Solothurn 2009–2018, Internet: <https://so.ch/gerichte/informationen/downloads/> (Abruf 8.8.2020).

²⁸¹ Zahlen gemäss BfS (FN 50).

²⁸² Diese Zahlen sind nicht im Internet verfügbar; dem Amtsleiter des Betreibungs- und Konkursamtes Thurgau sei bestens für die Zustellung der Zahlen gedankt.

²⁸³ Zahlen gemäss BfS (FN 50).

²⁸⁴ Diese Zahlen sind nicht im Internet verfügbar; der Generalsekretärin des Kantons Waadt sei bestens für die Zustellung der Zahlen gedankt.

²⁸⁵ Zahlen gemäss BfS (FN 50).

²⁸⁶ Diese Zahlen sind nicht im Internet verfügbar; dem Amtsleiter des Betreibungsamtes Sion sei bestens für die Zustellung der Zahlen gedankt.

²⁸⁷ Zahlen gemäss BfS (FN 50).

²⁸⁸ Diese Zahlen sind nicht im Internet verfügbar; dem Amtsleiter des Betreibungsamtes Sensebezirk sei bestens für die Zustellung der Zahlen gedankt.

²⁸⁹ Zahlen gemäss BfS (FN 50).

²⁹⁰ Diese Zahlen sind nicht im Internet verfügbar; dem Amtsleiter des Betreibungs- und Konkursamtes Glarus sei bestens für die Zustellung der Zahlen gedankt.

²⁹¹ Zahlen gemäss BfS (FN 50).

²⁹² Diese Zahlen sind nicht im Internet verfügbar; dem Amtsleiter des Betreibungs- und Konkursamtes Nidwalden sei bestens für die Zustellung der Zahlen gedankt.

²⁹³ Zahlen gemäss BfS (FN 50).

²⁹⁴ Rechenschaftsberichte des Obergerichts Zug von 2009 bis 2018, Internet: <https://www.zg.ch/behoerden/zivil-und-strafrechtspflege/obergericht/formulare-und-publikationen-obergericht> (Abruf 8.8.2020).

Anhang C

Gesellschaft	Verfahrenseröffnung ²⁹⁵	mutmassliche Dividende ²⁹⁶	kollozierte Drittklassforderungen	Gläubigerverluste
<i>SAirGroup AG</i>	Juni 2003	23 %	CHF 11,1 Mia.	CHF 8,547 Mia.
<i>Petroplus Marketing AG</i>	Feb. 2013	29,3 %	CHF 3,2 Mia. + CHF 923 Mio. RR ²⁹⁷	CHF 3,18 Mia.
<i>Swissair AG</i>	Mai 2003	20,4 % bis 20,8 %	CHF 3,3 Mia.	CHF 2,62 Mia.
<i>Flightlease AG</i>	April 2003	11,6 %	CHF 1,9 Mia.	CHF 1,68 Mia.
<i>Herfina AG</i>	Juni 2004	8 %	CHF 1,8 Mia.	CHF 1,66 Mia.
<i>SAirLines AG</i>	Juni 2003	40,9 %	CHF 1,7 Mia.	CHF 1,005 Mia.
<i>Unifina Holding AG</i>	Dez. 2004	8,3 %	CHF 1,2 Mia.	CHF 1,09 Mia.
<i>Swisscargo AG</i>	Juni 2002	97 %	CHF 173,5 Mio.	CHF 5,205 Mio.
<i>ExNex AG</i>	Nov. 2009	5,59 %	CHF 156,3 Mio.	CHF 147,563 Mio.
<i>Petroplus Refining Cressier AG</i>	März 2013	10 % bis 14 %	CHF 76 Mio.	
<i>Weidenareal Metall AG</i>	Sep. 2013	65 %	CHF 19,2 Mio.	
<i>Mystery Park AG</i>	Feb. 2007	12,85 %	CHF 28,4 Mio.	
<i>SM Schweiz AG</i>	Dez. 2008	1,92 %	CHF 12,49 Mio.	
<i>Swiss Eagle AG</i>	Okt. 2009	2,04 %	CHF 12,1 Mio.	
<i>Miracle Software AG</i>	Nov. 2001	0 %	CHF 3,3 Mio.	

²⁹⁵ Bestätigung des Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung.

²⁹⁶ Für Drittklassgläubiger.

²⁹⁷ Rangrücktrittsforderungen.