

WAS DIE NEUE GESETZGEBUNG ÜBER MISSBRÄUHLICHE KONKURSE BRINGT UND WAS NICHT

Eine kritische Auseinandersetzung

Es liegt im Wesen der freien Marktwirtschaft, dass Unternehmen, welche nicht erfolgreich wirtschaften, untergehen – im schlimmsten Fall gehen sie Konkurs. Im Jahr 2022 erlebten wir mit 10 126 Konkursverfahren über juristische Personen einen Höchststand. Davon entfielen rund zwei Drittel (6796) auf effektive Konkurseröffnungen und rund ein Drittel (3330) auf Organisationsmängel i. S. des OR[1], bei welchen ebenfalls ein Konkursverfahren durchgeführt wird (Art. 731b Abs. 1bis Ziff. 3 OR). ¶

Das Parlament hat im März 2022 neue Regeln verabschiedet. Ein Teil davon ist bereits per 1. Januar 2023 in Kraft getreten; der andere Teil wird per Anfang 2024 in Kraft gesetzt werden. Die Änderungen – und das Versäumte – werden nachfolgend dargestellt.

1. NEUE REGELN BETREFFEND MISSBRÄUHLICHE KONKURSE

1.1 Was ist ein missbräuhlicher Konkurs? Der missbräuhliche Konkurs ist ein nebulöses Gebilde. Das Parlament, das die Änderungen initiierte, wollte zwei negative Ausprägungen der Praxis erfassen: Zum einen geht es um Unternehmer und Unternehmerinnen, welche ihre juristischen Personen Konkurs gehen lassen, um gleich wieder eine neue Gesellschaft zu gründen, welche für einen «Pappenstiel» die Aktiven aus dem Konkurs kauft. Zum anderen geht es um Mantelhandel, bei dem die Aktien einer faktisch liquidierten Gesellschaft ohne Geschäftstätigkeit veräussert werden und nachfolgend Gläubiger zu Schaden kommen. Hier erfolgt eine konzertierte Vorgehensweise unter Beizug eines sog. Vermittlers und eines sog. Firmenbestatters [2].

Solche Vorgehensweisen kommen in der Praxis zwar vor und sie sind stossend, wenn sie vorkommen. Es handelt sich aber um Ausnahmefälle. Der überwiegende Teil der Konkurse

von juristischen Personen ist in keiner Weise missbräuhlich [3], sondern Folge des wirtschaftlichen Scheiterns.

1.2 Regelungsbereiche im Überblick. Wer auf unklar definierte Ziele schiesst, trifft selten ins Schwarze. Dies gilt auch im vorliegenden Zusammenhang. Der Tatbestand der missbräuhlichen Konkurse wird mit diversen Regelungen in ganz unterschiedlichen Gesetzen adressiert, nämlich im Straf-, Handelsregister- und Gesellschaftsrecht sowie im Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG).

1.3 Strafrechtliches Tätigkeitsverbot für verurteilte Straftäter und Straftäterinnen als «Kernstück» der Revision. Es lässt aufhorchen, wenn der Bundesrat das Strafrecht, präziser die Verbesserung der Durchsetzung von sog. Tätigkeitsverboten, als «Kernstück» der Revision bezeichnet [4]. Das geltende Recht ermöglicht es, dass der Strafrichter oder die Strafrichterinnen bei der Verurteilung eines Täters bzw. einer Täterin diesen bzw. diese mit einem Tätigkeitsverbot belegt (Art. 67 StGB). Die Neuerung stellt eine blosser Präzisierung dar, indem das Tätigkeitsverbot nicht nur Tätigkeiten von im Handelsregister eingetragenen Personen beschlagen kann, sondern auch Personen und Vertreter oder Vertreterinnen erfasst werden, welche nur Weisungen erteilen (Art. 67a Abs. 2 StGB), also Menschen im Hintergrund.

Flankierend werden die Konkursbeamten und die Konkursbeamtinnen verpflichtet, Anzeige bei den Strafverfolgungsbehörden zu erstatten, wenn sie bei der Abwicklung des Konkurses von Delikten im Vorfeld der Konkurseröffnung Kenntnis erlangen (Art. 11 Abs. 2 SchKG). Alle genannten Änderungen sind noch nicht in Kraft.

Hauptkrux dieses Ansatzes ist zum einen, dass ein Tätigkeitsverbot nicht nur die Einleitung und Durchführung eines Strafverfahrens, sondern auch die *Verurteilung einer Person voraussetzt*. Zum anderen kann die Massnahme – weil eben nachgelagert – per se nicht präventiv wirken. Der Umstand, dass diese geringfügigen Änderungen das Kernstück



FRANCO LORANDI,
PROF. DR. IUR.,
RECHTSANWALT
HOLENSTEIN BRUSA
LEGAL + TAX

der Revision sein sollen, sagt viel darüber aus, wie wenig der Gesetzgeber das Problem lösen wird.

1.4 Informationsverbesserung im Handelsregisterrecht. Mit (mehr technischen) Änderungen des Handelsregisterrechts soll ermöglicht werden, dass eine gezielte Suche nach natürlichen Personen möglich ist. Zudem sollen Menschen mit ihren Funktionen bei verschiedenen juristischen Personen verknüpft werden können (Art. 928a und 928b OR). Dies ist zwar nützlich und sinnvoll, trägt aber wenig zur Lösung oder gar Vermeidung des Problems bei.

Die genannten Bestimmungen sind noch nicht in Kraft getreten. Die Umsetzung wird grossmehrheitlich auf Verordnungsstufe (der Handelsregisterverordnung [HRegV]) erfolgen. Die entsprechende Vernehmlassung wurde im Januar 2023 eröffnet und dauert bis Mai 2023 [5]. Mit einer Inkraftsetzung ist per 1. Januar 2024 zu rechnen [6].

1.5 Aktienrecht: Kosmetische Gesetzesänderung und erster Schritt in die richtige Richtung. Im Aktienrecht wird die Übertragung von Aktien einer Gesellschaft, welche keine Geschäftstätigkeit und keine verwertbaren Aktiven mehr hat, als nichtig erklärt (Art. 684a OR) [7]. Dies steht zwar neu so im Gesetz, es galt aber aufgrund einer langen bundesgerichtlichen Rechtsprechung schon lange [8]. Ob die damit angestrebte «Sensibilisierung für diese Thematik» [9] bei jenen Personen, welche sog. *Mantelhandel* als Geschäftsmodell betreiben, wirklich erreicht wird, muss bezweifelt werden.

Wer nicht der ordentlichen Revision unterliegt (Art. 727 OR) und nicht mehr als zehn Vollzeitstellen hat, kann auf die eingeschränkte Revision verzichten (sog. *Opting-out*; Art. 727a Abs. 2 OR) [10]. Das geltende Recht erlaubt das *Opting-out* auch rückwirkend. Bei neu eingetragenen Gesellschaften hatten 86 % aller AG und 98 % aller GmbH ein *Opting-out* gewählt (Zahlen für 2018) [11]. Damit besteht für KMU heute faktisch keine gesetzliche Revisionspflicht mehr [12].

Mit der beschlossenen Revision wird das *Opting-out* auch weiterhin zugelassen, es wird einzig *nicht mehr rückwirkend*, sondern nur noch für die Zukunft möglich sein (Art. 727a Abs. 2 und Abs. 2^{bis} OR). Ist ohne gültiges *Opting-out* keine Revisionsstelle im Handelsregister eingetragen, soll (gemäss dem Entwurf zur HRegV) ein Organisationsmangel bestehen, welcher zur Auflösung der Gesellschaft führen kann (Art. 62 Abs. 6 E-HRegV). Die Stossrichtung der Revision ist zwar zu begrüssen, sie geht aber – notabene sehenden Auges [13] – zu wenig weit (vgl. 2.1 unten). Zudem wird sie am heutigen Zustand wenig bis nichts ändern.

Alle genannten, neuen OR-Bestimmungen sind noch nicht in Kraft. Mit einem Inkrafttreten ist per 1. Januar 2024 zu rechnen.

1.6 Abschaffung des Vollstreckungsprivilegs für die öffentliche Hand. Werden juristische Personen [14] für Schulden betrieben, muss der Gläubiger auf Konkurs betreiben (Art. 39 Abs. 1 Ziff. 8–12 SchKG). Der Konkurs ist eine Generalexécution, d. h. es werden sämtliche Aktiven verwer-

tet, um den Erlös unter sämtliche Gläubiger (nach Konkursklassen [15]) zu verteilen.

Einzig dem Gemeinwesen der öffentlichen Hand ist es zurzeit noch gestattet, für seine Forderungen auf Pfändung zu betreiben (Art. 43 Ziff. 1 und 1^{bis} SchKG). Dies führt dazu, dass der Staat einerseits für seine Forderungen volle Deckung erhält, da es i. d. R. keine anderen Gläubiger gibt, welche auch auf Pfändung betreiben können. Andererseits erfolgt die Konkurseröffnung (durch private Gläubiger) häufig zu spät. Hauptgrund dafür ist, dass derjenige Gläubiger, welcher das Konkursbegehren stellt, eine gesetzliche Vorschusspflicht und Haftung trifft (Art. 169 SchKG). Der Status quo ist eine nicht gerechtfertigte Besserstellung der öffentlichen Hand.

Durch eine Änderung des SchKG wird diese Besserstellung beseitigt, indem neu die öffentliche Hand nur noch auf Konkurs betreiben kann, wenn der Schuldner dieser Betreibungsart unterliegt. Die Änderung tritt voraussichtlich per 1. Januar 2024 in Kraft. Da die öffentliche Hand bei jedem Unternehmen (meist mehrfach) Gläubiger ist, wird dieser Systemwechsel in zweifacher Hinsicht *positive Auswirkungen* haben: Erstens ist davon auszugehen, dass die Gemeinwesen nicht nur häufiger (weil sie sich durch Verfügung gleich selbst den Titel für die Betreibung verschaffen können), sondern v. a. auch rascher den Konkurs über juristische Personen herbeiführen. Damit ist zweitens zu erwarten, dass bei Konkurseröffnung mehr Aktiven für alle Gläubiger vorhanden sind, womit auch mehr Konkursverfahren effektiv durchgeführt werden können.

2. WO DER SCHUH WIRKLICH DRÜCKT, ABER NIEMAND HINSCHAUT ODER ETWAS TUT

Systemisch betrachtet ist nicht die überschaubare Anzahl [16] der missbräuhlichen Konkurse das Problem, sondern die grosse Masse der sonstigen Konkursverfahren. Dort sieht die Realität wie folgt aus.

2.1 Fehlende Buchhaltung als Wurzel allen Übels. 64,2 % aller Konkursverfahren wurden 2022 nicht durchgeführt, sondern mangels Aktiven wieder eingestellt (Art. 230 SchKG) [17]. Grund dieses *Systemversagens* ist, dass bei der Konkurseröffnung nicht einmal mehr so viele Aktiven vorhanden waren, um die überschaubaren Kosten zur Durchführung des Konkursverfahrens (von ca. CHF 3 500 bis CHF 5 000) decken zu können (Art. 230 SchKG). Und selbst in den durchgeführten Konkursverfahren resultiert für die Gläubiger der dritten Konkursklasse keine oder nur eine (sehr) geringe Dividende. Die Hauptgründe für dieses Systemversagen identifiziert der Bundesrat treffend wie folgt [18]:

«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. Zudem ist es ihr so auch nicht möglich, die Pflichten des Sanierungsrechts zu erfüllen. Wird die Überschuldung dem Gericht zu spät angezeigt, ist für die Sanierung kein Substrat mehr übrig. Möglicherweise wird die Konkursmasse nicht einmal mehr ausreichen, um die Kosten für ein summarisches Konkurs-

verfahren zu decken, was eine Konkurseinstellung mangels Aktiven zur Folge hat. Den Schaden tragen (...) die Gläubiger.»

Dies deckt sich mit den Erfahrungen in der Praxis. Eine beachtliche Zahl der KMU hat keine bzw. keine vollständige und aktuelle Buchführung und verfügt über keine Jahresrechnung [19]. Sie agieren im ökonomischen «Blindflug» und stürzen ab, wenn der (Geld-)Tank leer ist.

Das Gesagte wird durch die *Praxis der Steuerbehörden* bestätigt: Alle juristischen Personen müssen jährlich zusammen mit der unterzeichneten Jahresrechnung (Bilanz und Erfolgsrechnung) eine Steuererklärung einreichen (Art. 125 Abs. 2 lit. a DBG) [20]. Reicht eine juristische Person diese Unterlagen trotz Mahnung nicht ein, so wird sie von den Steuerbehörden nach Ermessen veranlagt (Art. 130 Abs. 2 DBG). Die Praxis der Steuerbehörden zeigt, dass jedes Jahr eine wesentliche Anzahl [21] von Gesellschaften nach Ermessen eingeschätzt werden muss, weil sie den Steuerbehörden keine Jahresrechnung einreichen [22].

Aufgrund des Gesagten zeigt dies, dass die *Unterlassung der Buchführung das eigentliche Manko* ist. Es versteht sich von selbst, dass die OR-Bestimmungen, welche regeln, wie der Verwaltungsrat bei finanzieller Schieflage der Gesellschaft vorgehen muss (Art. 725 ff. OR), nicht greifen können, wenn keine Bücher geführt werden. Nur ergänzend sei erwähnt, dass die Unterlassung der Buchführung schon heute als Straftat qualifiziert (Art. 166 StGB). Dies stellt aber keine genügende Motivation für die verantwortlichen Organe dar, den Buchführungspflichten nachzukommen – zu Verurteilungen kommt es nur ganz selten.

Demzufolge müsste gesetzgeberisch *primär hier angesetzt werden*. Zielführend wäre es, die Nichtbeachtung der Buchführungspflichten neu als *Organisationsmangel* zu definieren (wie dies seit 1. Mai 2021 für den Verlust des Rechtsdomizils gilt; Art. 731 Abs. 1 Ziff. 5 OR), was als Sanktion in letzter Konsequenz zur Auflösung der Gesellschaft und zur Durchführung eines Konkursverfahrens führen würde (Art. 731b Abs. 1^{bis} Ziff. 3 OR). Eine solche Regelung hätte zur Folge, dass entweder die Organe dafür sorgen würden, dass die Gesellschaften ihren Buchführungspflichten effektiv nachkommen, oder der Konkurs wenigstens (viel) früher eröffnet würde, als dies heute der Fall ist. Beides würde – verglichen mit dem Status quo – eine deutliche Verbesserung darstellen.

3.2 Möglichkeit des Opting-out: ein Fehler des Gesetzgebers. Nach der gesetzlichen Konzeption ist die Revisionsstelle dazu berufen, den Jahresabschluss von juristischen Personen jährlich zu prüfen. Dabei wird auch rasch das Fehlen einer Buchhaltung erkannt. Der Gesetzgeber hat jedoch diese einfache Möglichkeit, Unterlassungen zu entdecken, preisgegeben, indem er für kleine KMU (weniger als zehn Vollzeitstellen) das Opting-out zulässt (Art. 727a Abs. 2 OR) [23], wovon der überwiegende Teil der KMU Gebrauch macht. Ein Opting-out überhaupt zuzulassen, war und ist ein Fehler.

Dieser Fehler ist zur Verbesserung des Gläubigerschutzes [24] zu korrigieren, indem das Opting-out generell (zumindest in den ersten Jahren nach der Gründung [25]) abge-

schaft wird. Wer seine geschäftliche Tätigkeit (zum Ausschluss der persönlichen Haftung) als juristische Person ausüben will, der soll eine gehörige Buchhaltung führen und seine Abschlüsse einmal im Jahr prüfen lassen. Wer das nicht will, kann sich für seine wirtschaftliche Tätigkeit einer anderen Form bedienen als einer juristischen Person. Oder aus Optik der Geschäftspartner: Wer mit einem KMU kontrahiert (und damit Gläubiger wird), muss sich darauf verlassen können, dass sein Gegenüber seinen gesetzlichen Buchführungspflichten nachkommt.

Als weitere Massnahme sollten die Unternehmen verpflichtet werden, ihre (testierten) *Abschlüsse beim Handelsregisteramt zu hinterlegen*, wie dies auch in anderen Ländern üblich ist. Auch dies hat der Bundesrat erkannt und beide Massnahmen als «von der Sache her geboten» bezeichnet [26]. Seine Einschätzung, dass diese Massnahmen «politisch nicht mehrheitsfähig» sind, mag stimmen – oder auch nicht. Mit der Hinterlegungspflicht würde für die Geschäftspartner auf jeden Fall Transparenz geschaffen, ob die Bücher geführt und Abschlüsse erstellt werden.

Alle aufgezeigten Massnahmen (Ausschluss des Opting-out, Unterlassung der Buchführung als Organisationsmangel sowie Hinterlegung der Jahresabschlüsse beim Handelsregister) sind geeignet, das heutige Problem prophylaktisch anzugehen.

Wenn demgegenüber die Revision für das tausendfach (pro Jahr) auftretende Phänomen, dass keine Buchhaltung geführt und kein Jahresabschluss erstellt wird, als Kernstück strafrechtliche Massnahmen (Berufsverbot für verurteilte Straftäterinnen und Straftäter) vorsieht, dann zeugt dies von Ohnmacht (über das politisch nicht Realisierbare).

2.3 Fragliches Verantwortlichkeitsregime im Konkurs der Gesellschaft. Es herrscht Einigkeit darüber, dass über schuldnerische Gesellschaften der Konkurs in praktisch allen Fällen zu spät [27] erfolgt. Das Gesellschaftsrecht stellt zwar Regeln dazu auf, wie die Leitungsorgane in der finanziellen Krise vorzugehen haben (Art. 725 ff. OR) und bestimmt, dass Pflichtverletzungen zur Haftung der Organe führen (Art. 752 ff. OR). Es wurde jedoch bereits darauf hingewiesen, dass diese Bestimmungen schwierig umzusetzen sind, wenn die Leitungsorgane mangels Buchhaltung die finanzielle Situation ihrer Gesellschaft nicht kennen [28].

Fakt ist, dass es nach erfolgter Konkurseröffnung praktisch nie zu solchen Haftungsprozessen kommt – und wenn doch, dann scheitern solche Klagen häufig vor Gericht. Grund dafür ist, dass solche Prozesse zeit- und kostenintensiv sind und die Gerichtspraxis zum sog. Fortsetzungsschaden solche Klagen zu einem Minenfeld für Kläger und Klägerinnen gemacht hat.

De facto bietet das Gesellschaftsrecht den Konkursgläubigern (bzw. der Konkursmasse) *im Konkursfall keine praxis-taugliche Handhabe*, die Organe zivilrechtlich zu belangen [29]. Dies gilt besonders für die Mehrheit (von rund 56 %) der Konkursverfahren, welche nicht durchgeführt werden, weil es die Organe offenkundig pflichtwidrig zugelassen haben, dass per Konkurseröffnung (praktisch) keinerlei Aktiven mehr vorhanden sind [30]. Das Fazit lautet: Je massiver die

Pflichtverletzung der Organe, desto mehr sind sie vor Haftungsklagen der Gläubiger geschützt. Dies setzt *Fehlansreize*.

Es stellt sich deshalb die Frage, ob aus Gründen des Gläubigerschutzes nicht im OR eine *Kausalhaftung des Verwaltungsrats* in einen gesetzlich festgelegten Betrag (z. B. die Hälfte des nominellen Aktienkapitals) eingeführt werden sollte, sofern in diesem Umfang bei Konkurseröffnung nicht mehr genügend liquide Mittel vorhanden sind. Der Verwaltungsrat könnte sich dagegen (wie dies schon heute weit verbreitet ist) versichern.

Die Konkursmasse hätte auf diesem Weg einfach genügend Geldmittel, um das Konkursverfahren durchführen und damit Unregelmässigkeiten im Vorfeld des Konkurses aufdecken zu können. Damit könnte die faktische Nulldividende der (Drittclass-)Gläubiger etwas verbessert werden. V. a. aber würde der Verwaltungsrat (um seine eigene Haftung zu vermeiden) *rascher handeln* und etwa eine Nachlassstundung beantragen (Art. 725 Abs. 2, Art. 725a Abs. 3 OR), womit er seinen gesetzlichen Pflichten nachkäme. Damit würde viel gewonnen. ■

Fussnoten: 1) Firmen- und Privatkonkurse 2022, Firmenkonkurse auf Rekordhoch, Presseletter 01-2023 der Creditreform, vom 5. Januar 2023 (<https://www.creditreform.ch/news/news/news-details/show/presseletter-01-firmenkonkurse-auf-rekordhoch>; Aufruf 15.4.2023). 2) Botschaft zum Bundesgesetz über die Bekämpfung des missbräuchlichen Konkurses vom 26. Juni 2019 (nachfolgend «Botschaft»), BBl 2019, 5193 ff., 5194 f., 5205. 3) Florence Brenzkofler, AB 2021 N 2014; Judit Bellaïche, AB 2021 N 2015. 4) Botschaft, 5194, 5201. 5) Medienmitteilung des Bundesamts für Justiz vom 25. Januar 2023. 6) Vgl. Fn. 5. 7) Eine entsprechende Regelung gilt für Stammanteile einer GmbH (Art. 787a OR). 8) Botschaft, 5205. 9) Botschaft, 5205, 5214. 10) Dies gilt nicht nur für die Aktiengesellschaft, sondern auch für die GmbH (Art. 818 Abs. 1 OR) und die Genossenschaft (Art. 906 Abs. 1 OR). 11) Botschaft, 5211. 12) Botschaft, 5211; Bekämpfung des missbräuchlichen Konkurses (Änderung der Handelsregisterverordnung und der Verordnung über das Strafregister-Informationssystem VOSTRAG), erläuternder Bericht des EJPD zur Eröffnung des

Vernehmlassungsverfahrens vom 25. Januar 2023, 9 (nachfolgend «erläuternder Bericht»); <https://www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/aktuell/mm.msg-id-92628.html>; Aufruf 15.4.2023). 13) Botschaft, 5211. 14) Dasselbe gilt in Bezug auf natürliche Personen, welche in bestimmten Funktionen im Handelsregister eingetragen sind (Art. 39 Abs. 1 Ziff. 1–4 SchKG). 15) Art. 219 Abs. 4 SchKG. 16) Vgl. oben 2.1. 17) Medienmitteilung des Bundesamts für Statistik vom 12. April 2023 (Aufruf 13.4.2023; <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/aktuell/neue-veroeffentlichungen.assetdetail.24505684.html>). Im Jahr 2021 wurden über 56 % aller abgeschlossenen Konkursverfahren mangels Aktiven eingestellt (8188 von insgesamt 14 488). 18) Botschaft, 5211 f.; vgl. auch erläuternder Bericht, 9. 19) Stellungnahme des Bundesrats vom 26. Mai 2021; Beat Rieder, AB 2021 S 352; Martin Schmid, AB 2021 S 354; Tamara Funicello, AB 2021 N 2018. 20) Entsprechende Vorschriften finden sich auch in den kantonalen Steuergesetzen. 21) Die Rückmeldungen der kantonalen Steuerämter (welchen hiermit herzlich für ihre Informationen gedankt sei) zeigen eine Bandbreite

von 3 % bis 5 % aller Gesellschaften (vgl. auch Martin Schmid, AB 2021 S 354, welcher von 5 % der Fälle spricht), sodass jährlich schätzungsweise gegen 20 000 Ermessenseinschätzungen erfolgen dürften. 22) Erläuternder Bericht, 15; Martin Schmid, AB 2021 S 1143. 23) Vgl. oben 2.4. 24) Selbstverständlich sind KMU häufig auch Gläubiger. Dieser Umstand wird gemäss Erachten des Autors systematisch «vergessen» (bzw. unterschlagen), wenn zu hören ist, zur Entlastung der KMU seien keine Massnahmen (wie jährliche Revisionen) zu verlangen, welche Kosten auslösen. Aus der Optik eines Gläubiger-KMU ist dies unverständlich. 25) Das Insolvenzrisiko ist in den ersten fünf Geschäftsjahren am grössten. Während dieser Zeit geht rund die Hälfte aller neugegründeten Unternehmen unter. 26) Botschaft, 5212. 27) Botschaft, 5207. 28) Vgl. oben 3.1. 29) Die Diskussion zum Scheitern der Credit Suisse (CS) hat die gleiche Analyse zu Tage gefördert (auch wenn die CS nicht Konkurs gegangen ist). 30) Vgl. oben 3.1.