

Eidg. Justiz- und Polizeidepartement
Frau Bundesrätin Simonetta Sommaruga
Bundeshaus West
3003 Bern

Zürich, 30. Juli 2015

i:\rechtsdienst\rechtsberatung sbv\2015\15-07-13-
stellungnahme_schkg_missbrauch_des_konkursverfahrens.doc

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

Sehr geehrte Frau Bundesrätin Sommaruga

Der Schweizerische Baumeisterverband (SBV) vertritt als Berufs-, Wirtschafts- und Arbeitgeberorganisation die Interessen der Unternehmungen des Hoch- und Tiefbaus. Im Rahmen dieser Interessenwahrung erlauben wir uns, Ihnen unsere Stellungnahme zur vorgeschlagenen Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (Missbrauch des Konkursverfahrens verhindern) zukommen zu lassen.

Der Schweizerische Baumeisterverband (SBV) begrüsst die Stossrichtung, Missbräuche im Konkursverfahren wirksam verhindern zu wollen. Diese schädigen die gesamtschweizerische Volkswirtschaft und zu deren Verhinderung besteht ohne Zweifel gesetzgeberischer Handlungsbedarf.

- **Die vorliegende Revision bietet allerdings die ungeeigneten Mittel zur Zielerreichung: Sie bedeutet eine Abkehr von der bewährten Rechtstradition und einen erheblichen Eingriff in das bestehende System der privatrechtlichen Rechtsdurchsetzung.**
- **Insbesondere die Ausdehnung der Haftung auf die Organe der Gesellschaft verbunden mit einer Beweislastumkehr ist aus Gründen der gefährdeten Rechtssicherheit abzulehnen.**
- **Bereits heute werden nur ein kleiner Teil der Konkurse missbräuchlich herbeigeführt: Die geplante Revision erscheint uns daher unverhältnismässig. Aus diesem Grunde lehnen wir die vorliegenden Vorschläge grösstenteils ab.**

1. Grundsätzliches

Wie der erläuternde Bericht unter Ziff. 1.2 darlegt, sei Hintergrund der Motion, dass das Konkursrecht missbraucht wird um Konkurrenten zu unterbieten und Gläubiger zu schädigen. Dabei wird die Baubranche explizit erwähnt. Allerdings wird diese Aussage nicht näher differenziert: „Baugewerbe“ meint dabei wohl Bauhaupt- wie auch Baunebengewerbe und somit ist diese Darstellung sehr unscharf. Zweifelsohne kam es in der Praxis – nicht nur in der Baubranche - zu Missbrauchsfällen im Konkursrecht: Auf Grund von krassen Einzelfällen aber ein bewährtes System auszuhebeln und Rechtsunsicherheit zu schaffen ist in keiner Weise verhältnismässig. Statt die Rechtsdurchsetzung auszubauen, sollte der Fokus vermehrt auf der Prävention liegen: Potentielle Gläubiger sollten mit den Instrumenten der modernen Informationsgesellschaft dazu befähigt werden, „schwarze Schafe“ möglichst vor der Aufnahme von Geschäftsbeziehungen zu erkennen. Die im erläuternden Bericht unter Ziffer 4.3.4 referenzierten Massnahmen, welche im Rahmen der Modernisierung des Handelsregisterrechts (Botschaft vom 15. April 2015) vorgesehen sind, werden daher von der Stossrichtung ausdrücklich begrüsst. Mit dieser Vorlage, welche voraussichtlich im Herbst 2015 dem Parlament vorgelegt wird, werden zum Teil ähnlich gelagerte Ziele verfolgt, wie mit den hier vorgeschlagenen Anpassungen im SchKG. Wir fordern daher, dass die vorgeschlagenen Anpassungen am SchKG einstweilen zurückgestellt werden. Erst für den Fall, dass sich bei der Sammlung von praktischen Erfahrungen des neuen Handelsregisterrechts ein Anpassungsbedarf im SchKG herausstellen sollte, ist mit dieser – entsprechend angepassten - Vorlage fortzufahren.

Bei den einzelnen Gesetzesänderungen haben wir insbesondere die folgenden Beanstandungen:

- Keine Umkehr der Beweislast zu Gunsten des Gemeinschuldners und zu Lasten der Konkursisten Gesellschaft
- Keine solidarische Haftung der Organe der Gesellschaft für Konkurskosten (Art. 169 SchKG)
- Keine Anpassung von Art. 43 SchKG (Aufhebung von Ausnahmen von der Konkursbetreibung zu Gunsten der öffentlichen Hand)

2. Zu den einzelnen Punkten

2.1 Kein Haftungsdurchgriff und keine Umkehr der Beweislast

Der in der Revision vorgeschlagene Gesetzestext zu Art. 169 Abs. 2 SchKG sieht vor:

Art. 169 Abs. 2 SchKG (neu)
4. Haftung Vorschuss für die Konkurskosten

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

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

Der vorgeschlagene Haftungsdurchgriff mit Haftungsvermutung für die ungedeckten Kosten des summarischen Konkursverfahrens (vgl. erläuternder Bericht Ziffer 3.2.1), verbunden mit einer rechtsunsicherheitsschaffenden Beweislastumkehr ist abzulehnen. Die Ausdehnung der Haftung auf die Organe der Gesellschaft verbunden mit einer Beweislastumkehr führt zu einem systemwidrigen Eingriff in die Haftungstrennung von juristischen Personen und ihren Organe und zu einer unbegründeten Schlechterstellung der beklagten Partei im Konkursverfahren. Nur ein kleiner Teil der Konkurseröffnungen wird missbräuchlich herbeigeführt. Die restlichen, seriös wirtschaftenden Unternehmer, welche durch Reduzierung ihrer persönlichen Haftung eine Gesellschaft betreiben, werden gewissermassen per se und zum Vornherein in Sippenhaft genommen. Der Vorschlag bedeutet einen gleich dop-

pelten, unverhältnismässigen und unnötigen Paradigmenwechsel im Schweizer Recht. Es wird damit klar über das Ziel der Revision hinausgeschossen.

Auch redaktionell erscheint die geplante Bestimmung misslungen: Die Formulierung „absichtlich oder fahrlässig“ ist zu streichen. Die Abgrenzung der zwei Arten des Verschuldens (Vorsatz und Fahrlässigkeit) spielt zwar im Strafrecht eine entscheidende Rolle, im Zivilrecht hingegen ist diese Abgrenzung von untergeordneter Bedeutung. Die Nennung im Gesetzestext ist demnach überflüssig und verwirrend und würde Gerichte künftig vor die unlösbare Frage stellen, wann unternehmerisches Scheitern „absichtlich oder nur fahrlässig“ herbeigeführt wurde.

Nach Art. 8 ZGB hat derjenige die Tatsachen zu beweisen, der daraus Rechte ableitet. Daran ist prinzipiell festzuhalten. Eine Beweislastumkehr zu Lasten einer Prozesspartei zu Gunsten einer Partei, bei der kein besonderes Schutzbedürfnis ausgewiesen ist, stellt einen bedeutenden Eingriff in das Rechtssystem dar. Sie ist mit Nachdruck abzulehnen. Auch die neue Zivilprozessordnung (ZPO), die seit 1. Januar 2011 in Kraft ist, sieht keine Abkehr von diesem Prinzip vor (vgl. Art. 150 ff. 10. Titel: Beweis).

Die Ausdehnung der Haftung auf Organe wird auch kaum zum gewünschten Ziel führen: Gerade bei Fällen, wo Konkurse über juristische Personen mangels Aktiven eingestellt werden müssen, haben auch die Organe in der Regel finanzielle Schwierigkeiten: ein weiteres betreibungsrechtliches Verfahren wäre die Folge. Finanzkräftige Organe wiederum könnten sich ihrer Haftung dadurch entledigen, indem sie sich vor Konkurseröffnung im Handelsregister austragen und beispielsweise einen zahlungsunfähigen Strohmann einsetzen: der Haftungsdurchgriff richtet sich stets gegen die letzte eingetragene natürliche Person.

Schliesslich ergibt sich auf Grund der gewählten Formulierung im Erläuternden Bericht und derjenigen von Art. 169 Abs. 1 auch ein Widerspruch: In den Erläuterungen wird unter Ziffer 3.2.1. ausgeführt, dass die Organe lediglich für die ungedeckten Kosten eines summarischen Verfahrens haftbar gemacht werden. Art. 169 Abs. 2 SchKG (neu) liest sich jedoch dahingehend, dass die Organe die ganzen Kosten bis und mit „Einstellung des Konkurses mangels Aktiven oder bis zum Schuldenruf“ zu ersetzen haben.

2.2 Keine Aufhebung des Art. 43 Ziffer 1 und 1bis

Die vorliegende Gesetzesrevision sieht weiter die Aufhebung des Art. 43 Ziffer 1 und 1^{bis} vor:

Art. 43 SchKG E. Ausnahmen von der Konkursbetreibung

Die Konkursbetreibung ist in jedem Fall ausgeschlossen für:

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

Für Steuern, Abgaben, Gebühren, Bussen und andere öffentlich-rechtliche Forderungen ist nach Art. 43 Ziff. 1 SchKG auch gegenüber Personen, welche der Konkursbetreibung unterliegen, die Betreibung auf Pfändung durchzuführen. Für öffentlich-rechtliche Forderungen soll also grundsätzlich keine Konkursbetreibung stattfinden. Der Staat will seine Bürger für seine Forderungen nicht in den "Ruin" treiben und damit auch keine Arbeitsplätze vernichtet. Die vorgeschlagene Aufhebung der Sonderbehandlung öffentlich-rechtlicher Forderungen wird vor allem damit begründet, dass es ein Nachteil sei,

wenn Unternehmungen, die systematisch ihren Verpflichtungen nicht nachkämen, dank des geltenden Art. 43 SchKG ihr missbräuchliches und unlauteres „Geschäftsmodell“ weiterführen könnten (Vgl. Ziff. 3.3.1 des erläuternden Berichtes). Dabei steht mit Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG bereits heute ein wirksames Instrument zur Verfügung, mit dem auch Gläubiger öffentlich-rechtlicher Forderungen eine Konkursöffnung ohne vorgängige Betreibung erwirken können. Ein Schuldner, der systematisch Gläubiger öffentlich-rechtlicher Forderungen benachteiligt, indem er diese Forderungen im Gegensatz zu privatrechtlichen Forderungen nicht bezahlt, hat regelmässig seine Zahlungen im Sinne von Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG eingestellt (vgl. Bundesgerichtsurteil 5A_439/2010 E. 4). Ebenso liegt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung eine Zahlungseinstellung vor, wenn ein Schuldner unbestrittene und fällige Forderungen nicht begleicht (BGE 137 III 460 E. 3.4.1). Dies dürfte bei unbezahlten, öffentlich-rechtlichen Forderungen in den allermeisten Fällen zutreffen. Die bisherige Erfahrung, dass mit Ausnahme der Eidgenössischen Steuerverwaltung für Mehrwertsteuerforderungen viele Gläubiger öffentlich-rechtlicher Forderungen kaum ein Konkursbegehren nach Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG stellen, rechtfertigt einen Systemwechsel nicht.

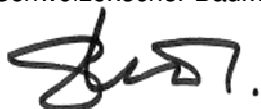
3. Fazit

Der SBV begrüsst die Bestrebungen, missbräuchlichen Konkursen wirksam entgegenzuwirken. Die vorliegende Revision erscheint uns hierzu aber der falsche Weg: Insbesondere durch den geplanten Haftungsdurchgriff und durch die vorgesehene Beweislastumkehr nach Art. 169 Abs. 2 SchKG werden fundamentale, bewährte Rechtsgrundsätze verletzt. Insbesondere besteht die Gefahr, mit den ange-dachten Neuerungen per se jeden Konkurs zum Vornherein zu „kriminalisieren“. Die Folgen sind Rechtsunsicherheit und letztlich eine Schwächung des Wirtschaftsstandortes Schweiz.

Wir danken Ihnen, dass Sie unsere Anträge, Bemerkungen und Begründungen berücksichtigen. Für weitere Fragen und Konsultationen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

Schweizerischer Baumeisterverband



Martin Senn
Vizedirektor
Departement Politik & Kommunikation



Patrick Hauser
Vizedirektor
Departement Unternehmung & Dienstleistung