

ZZZ-Talk

Paneldiskussion mit Karl Wüthrich, Raoul Egeli und Renato Peng

Was sind die Gründe für die katastrophalen Dividenden im Konkursverfahren und was müsste verbessert werden? An der Jahresversammlung der SchKG-Vereinigung vom 9. November 2021 in Bern führten die Vereinsmitglieder mit den drei Panelisten darüber eine angeregte Diskussion.

Pourquoi les dividendes versés dans le cadre d'une faillite sont-ils si médiocres et que pourrait-on améliorer ? Lors de l'assemblée annuelle de l'Association LP, qui s'est tenue le 9 novembre 2021 à Berne, les membres de l'association ont eu un débat animé à ce sujet avec les trois experts invités à la table ronde.

Einstiegsvotum zu Zahlen und Fakten von Franco Lorandi

Rund 58% der eröffneten Konkursverfahren (einschliesslich solche zufolge Organisationsmängeln; Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR) werden sogleich mangels Aktiven wieder eingestellt (Art. 230 SchKG). Von den rund 42% durchgeführten Konkursverfahren werden weniger als 0.22% im ordentlichen und alle anderen im summarischen Konkursverfahren durchgeführt.

Der Bund erhebt zu den Dividenden in den *Konkursverfahren* keine Daten. Gemäss einer Einschätzung der Creditreform erhalten die Drittklassgläubiger in 95% aller Konkurse gar keine oder eine geringe Dividende. Im Kanton Waadt beträgt die Dividende aller *ungesicherten* Gläubiger (privilegiert oder dritte Klasse) in den durchgeführten Konkursverfahren rund 3.25%. Im Kanton Basel-Stadt betragen die Gläubigerverluste in den durchgeführten Konkursverfahren zwischen 88.6% und 96.8%. Im Kanton Zürich enden rund 47% aller durchgeführten Konkursverfahren ohne jede Dividende für die Drittklassgläubiger.

Gemäss Daten des Bundesamtes für Statistik (BFS) belaufen sich die Gläubigerverluste (aus durchgeführten Konkursen) auf rund CHF 2.8 Mia. pro Jahr.

Die im Kanton Waadt erhobenen Daten weisen *je nach Schuldner erhebliche Unterschiede der Konkursdividenden* (über alle Gläubigerklassen) aus. Die durchschnittliche Dividende beträgt 19.27%. In dieser Grössenordnung liegen auch die Dividenden in Konkursen über selbständig Erwerbende (natürliche Personen) mit 19.03% und über juristische Personen mit 19.8%. Bei den anderen (d.h. nicht selbständig Erwerbenden) natürlichen Personen beträgt die Dividende lediglich 10.6%, während diese bei ausge-

schlagenen Verlassenschaften (Art. 573 Abs. 1, Art. 597 ZGB; Art. 193 SchKG) mit 32.1% am höchsten liegt.

Die *Gläubigerverluste* aus Betreibungen auf *Pfändung oder Pfandverwertung* werden vom Bund nicht erfasst. Die Zahlen einzelner Kantone sowie früheren Erhebungen zeigen zweierlei: Zum einen dürften zwischen 20–50% aller Pfändungen vollständig erfolglos bleiben. Zum anderen dürften die Verluste aus Pfändungen grösser sein als jene aus (durchgeführten) Konkursverfahren.

Verglichen mit den rund 15'000 Konkurseröffnungen nimmt sich die Zahl der *Nachlassverfahren* mit 70–170 pro Jahr sehr bescheiden aus. Was den Ausgang angeht, zeigt sich folgendes Bild: 15% enden durch Sanierung, 5–25% enden durch einen ordentlichen Nachlassvertrag, während 48–60% im Konkurs und 11–17% mit einem Liquidationsvergleich enden. Weder die Gläubigerverluste noch die Dividenden werden statistisch erfasst.

Insgesamt belaufen sich die *jährlichen Gläubigerverluste* in sämtlichen Insolvenzverfahren Schätzungen zufolge auf ca. CHF 11 Mia.

Im *internationalen Vergleich* schneidet die Schweiz gemäss der jährlichen Doing Business Studie der Weltbank schlecht ab; sie landet von 190 Ländern auf dem 49. Platz und damit ganz am Ende der westeuropäischen Staaten. Einer der Hauptgründe für das schlechte Abschneiden ist

Karl Wüthrich, Rechtsanwalt, Wenger Plattner, Küssnacht-Zürich.

Raoul Egeli, Präsident Creditreform, St. Gallen.

Renato Peng, Vorsteher des Betreibungs- und Konkursamts Berner Jura.

die sehr tiefe so genannte «recovery rate», was vor allem auf die geringe Anzahl von Veräusserungen von «lebenden» Betrieben oder Betriebsteilen zurückzuführen ist.

Impulsreferat von Renato Peng

Les offices des faillites constatent de plus en plus dans les procédures de faillites de personnes morales et parfois aussi des raisons individuelles *des lacunes dans la gestion* qui ont une incidence sur les pertes que subissent les créanciers dans l'exécution forcée. En effet, il n'est pas rare qu'il n'existe *pas de pièce comptable* à l'ouverture d'une procédure de faillite d'une Sàrl.

A mon avis, il est actuellement encore trop facile de créer une société, notamment une Sàrl. En effet, avec seulement CHF 20'000 ou avec des apports en nature à hauteur de ce montant, on peut constituer ce genre de personne morale ! Il ne faut pas oublier que souvent dans de telles procédures de faillite, il existe des charges sociales impayées, voire des salaires impayés. Au final, c'est en partie la collectivité qui passe à la caisse.

Nous devons constater que *les actifs n'ont plus une grande valeur* au moment de leur réalisation. D'une part, il y a beaucoup trop d'objets sur le marché d'occasion et d'autre part, les objets acquis neufs perdent rapidement de leur valeur, surtout lorsqu'ils ont été achetés dans les grandes surfaces et que par conséquent leur qualité n'est pas élevée.

Autrefois, *avant l'introduction du leasing*, dans les faillites, il y avait plus d'actifs libres en faveur de la masse. De nos jours, dans la majorité des cas, le parc de machines ou de véhicules, voire même le parc informatique, font l'objet de contrats de leasing et ne sont pas donc réalisés au bénéfice de la masse en faillite, sauf si la masse solde le leasing et peut obtenir un bénéfice en vendant par la suite l'objet en question.

Le législateur devrait exiger de la part des personnes qui désirent fonder une société, d'une part qu'elles aient un minimum de connaissances commerciales, y compris en comptabilité, et d'autre part, la preuve qu'elles n'ont pas d'actes de défaut de biens, voire qu'elles ne font pas l'objet de poursuites. Il n'est pas normal qu'une personne qui n'arrive pas à gérer sa situation financière personnelle puisse avoir le droit de gérer celle d'une société avec toutes les conséquences que cela peut engendrer pour les créanciers de cette dernière.

En outre, il serait judicieux d'exiger, au moment de la création d'une société, qu'une caution d'un montant à définir soit déposée sur un compte bloqué, afin de couvrir les



Die drei Panelisten Karl Wüthrich, Raoul Egeli und Renato Peng (v.l.n.r.).

frais en cas de liquidation forcée de cette dernière (« émolument d'élimination »/«Entsorgungsgebühr»).

Finalement, la réforme actuellement en cours dont le but est de permettre de lutter contre les faillites abusives devait aider à améliorer la situation. En effet, une collaboration entre le Registre du Commerce et les autorités de poursuite pénale devrait permettre de lutter avec une meilleure efficacité.

Impulsreferat von Raoul Egeli

Die präsentierte Jahresrechnung der SchKG-Vereinigung gibt ein sehr schönes Beispiel für die Mechanismen der Wirtschaft: Während 2019 noch CHF 15'000 Mitgliederbeiträge vereinnahmt wurden, waren es 2020 (bei gleichbleibender Mitgliederzahl) nur noch CHF 10'000, d.h. 30% der Mitglieder leben auf Kosten derjenigen, welche ihren Verpflichtungen nachkommen. Dies ist repräsentativ für die Wirtschaft. Ich würde der Vereinigung deshalb gerne die Inkassodienstleistungen unseres Unternehmens zur Verfügung stellen! (*Gelächter der Mitglieder*)

Dies zeigt sehr schön, dass es sich für geringe Forderungen nicht lohnt, eine Zwangsvollstreckung einzuleiten – und es lohnt sich schon gar nicht, einen Kostenvorschuss von CHF 5000 für die Durchführung eines Konkursverfahrens zu leisten.

Unser Vollstreckungsrecht bietet die notwendigen Instrumente für die Gläubiger. Woran es fehlt, ist der politische Wille, dafür zu sorgen, dass derjenige, der den Schaden verursacht, auch dafür aufkommen muss. So könnte, wie Herr Peng ausgeführt hat, schon bei der Gründung verlangt werden, dass eine Gesellschaft die Kosten für ein spä-



Einstiegsvotum von Franco Lorandi.

teres Konkursverfahren hinterlegen muss. In der Schweiz will man dies aber nicht.

Das grösste Problem ist die Pflicht des Gläubigers, der ein Konkursbegehren stellt, einen Kostenvorschuss für das Konkursverfahren zu leisten. Dies betrifft pro Jahr rund 5800 Fälle und beschlägt kumuliert eine Vorschusspflicht von rund CHF 29 Mio. Richtig wäre, dass die Konkursverfahren von Amtes wegen durchgeführt werden müssen. Wichtig ist, dass konkursreife Schuldner so schnell wie möglich dem Konkurs zugeführt werden. In der Schweiz fehlt es leider am politischen Willen, die Kostenvorschusspflicht des antragstellenden Gläubigers abzuschaffen.

Impulsreferat von Karl Wüthrich

Mit den Statistiken ist es wie mit dem Bikini: *Il donne des idées, mais il cache la vérité!* Und was die Studie der Weltbank betrifft, geht es mir wie Goethes Faust: Die Worte höre ich wohl, allein mir fehlt der Glaube.

Ausgangspunkt des Forderungsausfalls ist die *Kreditgewährung durch den Gläubiger*. Je mehr Kredite gewährt werden, umso höher der Kreditausfall. Dies gilt umso mehr, wenn viele schlechte Kredite gewährt werden. Der Marktteilnehmer sollte deshalb vorgängig prüfen, wie sein Geschäftspartner finanziell gestellt ist. Damit der Marktteilnehmer dies tun kann, müssen wir Mittel schaffen, die es ihm ermöglichen, einfach an die *Daten über seine Geschäftspartner* zu gelangen. Dem stehen jedoch Datenschutzbestimmungen und die «Säuberung» der Betreibungsregister entgegen.

In Bezug auf juristische Personen als Schuldner ist die *Zeit der kritische Faktor*: Je früher die Verantwortli-

chen (Geschäftsleitung und Verwaltungsrat) zum Handeln gezwungen sind, desto eher ist es möglich, noch Lösungen ausserhalb einer Insolvenz zu finden. Die Frage ist jedoch, wie wir die Verantwortlichen zu früherem Handeln zwingen. Die meisten Länder, welche dies mit gesetzlichen Regeln versucht haben, sind gescheitert. Eine Ausnahme ist Deutschland: Dort wurden *strafrechtliche Sanktionen* eingeführt, wenn die Verantwortlichen ihren Handlungspflichten nicht nachkommen. Als Liberaler widerstrebt mir dieser Ansatz zwar. Ich meine aber, dass solche Regelungen zu einer tatsächlichen Veränderung des Verhaltens führen.

Ich bin ein *klarer Gegner von staatlichen Subventionen*, wie sie im Ausland zum Teil bestehen und wie sie zuweilen auch für die Schweiz propagiert werden. Eine freie Marktwirtschaft braucht ein funktionierendes Konkursrecht. Nicht erfolgreiche Unternehmen sollen nicht subventioniert werden, um mit anderen Marktteilnehmern konkurrieren zu können. Aufgabe des Konkursrechts ist es, fallierende Marktteilnehmer aus dem Markt zu nehmen.

Diskussion

Franco Lorandi: Herzlichen Dank für diese Impulsreferate. Die bisher vorgebrachten Aspekte lassen sich damit in drei Hauptkategorien zusammenfassen: nämlich frühzeitige Insolvenzeröffnung, Verbesserungen im Gesellschaftsrecht sowie verbesserter Zugang der Gläubiger zu Wirtschaftsdaten über die Schuldner. Damit eröffnen wir die Diskussion.

Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung

Daniel Hunkeler: Was man gerne vergisst, ist der Weg der sofortigen Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung gemäss Art. 190 SchKG. Wir haben schon verschiedentlich diesen Weg zufolge Zahlungseinstellung des Schuldners gewählt. Hier wäre mein Appell an die Gerichte, solche Anträge gegen schlechte Zahler im Zweifel gutzuheissen.

Andreas Hefti: Zum Thema Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung kann ich Ihnen sagen: Die Türen des Gerichts in Glarus stehen weit offen – aber es kommt niemand, der solche Begehren stellt! Der Staat (für Steuerforderungen oder AHV), der die Schuldner ja kennt, schaut zu lange zu. Die öffentliche Hand sollte ihre Forderungen rascher durchsetzen. Der Schuldner, der sieben Jahre die Steuern nicht bezahlt, der gehört schon längststens in die Insolvenz und im Handelsregister gelöscht. Die Passivität des Staates ist eine Fehlentwicklung. Der Staat könnte und soll-

te in diesen Fällen auch den Konkurs ohne vorgängige Betreuung zufolge Zahlungseinstellung beantragen.

Karl Wüthrich: Nach meinen Erfahrungen erzeugt ein Gesuch um sofortige Konkurseröffnung einen Druck auf den Schuldner. Wenn der Gläubiger einen Betreibungsregisterauszug vorlegen kann, wonach der Schuldner verschiedene öffentlich-rechtliche Forderungen nicht bezahlt hat, sind die Gerichte durchaus gewillt, den Konkurs sofort zu eröffnen. Dieses Instrument wird von den Gläubigern zu spät und zu wenig benützt.

Zahlen und Daten

Rodrigo Rodriguez: Ich störe mich etwas daran, unbezahlte Rechnungen als Gläubigerverluste zu bezeichnen. Diese Verluste sind nicht durch den Konkurs entstanden, sondern sie sind durch diesen nur festgestellt worden. Insofern möchte ich die Polemik von den Zahlen der Gläubigerverluste etwas wegnehmen.

Karl Wüthrich: Ich stimme dem insofern zu, als dass die Geschichte der Verluste mit der Gewährung der Kredite beginnt. Meine Erfahrungen (auch aus der Beratung von Schuldner) zeigen, dass es Gerüchte über den schlechten Wirtschaftsgang des Schuldners gibt. Trotzdem liefern die Lieferanten weiter – und warum tun sie dies? Weil sie Umsatz machen wollen.

Yves de Mestral: CHF 11 Mia. an Gläubigerverlusten pro Jahr ist zwar ein hoher Betrag. Die Frage ist jedoch, womit wir das in Relation setzen wollen: mit dem Bruttosozialprodukt von CHF 714 Mia. oder mit den Konsumausgaben von CHF 440 Mia.? Wo Wirtschaft stattfindet, da fallen Spähne. Auch wir als Konkursbeamten sehen, dass die Gesamtsituation eine Malaise ist. Man könnte sich z.B. überlegen, im Falle von Organisationsmängeln (i.S.v. Art. 731b OR) ganz darauf zu verzichten, ein Konkursverfahren durchzuführen und die Gesellschaft einfach im Handelsregister zu löschen. Der Gesetzgeber vermischt die Dysfunktionalität des Vollstreckungssystems mit den missbräuchlichen Konkursen.

Abschaffung der Kostenvorschusspflicht des Gläubigers (Art. 169 SchKG)

Rodrigo Rodriguez: Ich störe mich am Vorschlag, dass der Gläubiger keinen Kostenvorschuss für das Konkursverfahren leisten muss. Das tönt einfach. Indirekt ist dies jedoch eine Sozialversicherung, da die Allgemeinheit diese Kosten bezahlen muss, und zwar zugunsten von Gläubigern, welche Umsatz machen wollen und sich entschlossen haben, das Risiko eines Zahlungsausfalls einzugehen.

Raoul Egeli: Der Kostenvorschuss macht keinen Sinn: Ein Gläubiger muss diesen leisten und die anderen können auf



Impulsreferat von Karl Wüthrich.

den Zug Konkursverfahren aufspringen. Mit dem Vorschuss werden jedoch nur die Verfahrenskosten bezahlt, ohne dass eine Dividende an die Gläubiger ausgerichtet wird. Ich bin ganz einverstanden, dass das Hauptproblem die Kreditgewährung ist: Wenn ein Gläubiger so dumm ist, einem Schuldner noch einen Kredit zu gewähren, dann hat er sein Geld verschenkt! Dann muss aber nicht noch der Staat bemüht werden. Zudem muss der Staat als Gläubiger gleichbehandelt werden, indem auch er auf Konkurs betreiben muss, anstatt dass er auf Pfändung betreiben kann.

Betrügerische Konkurse

Andreas Wiede: Ich hatte schon verschiedentlich mit Fällen zu tun, in denen es um Betrügereien ging. Man kann sich ernsthaft fragen, ob wir nicht bei den Strafverfolgungsbehörden aufstocken sollten. So müssten Fälle von Misswirtschaft von Amtes wegen verfolgt werden. Die geltenden Strafbestimmungen werden aber in der Praxis nicht angewendet; die Staatsanwaltschaften werden nicht tätig. Wenn dem anders wäre, könnten dadurch die Gläubigerverluste von CHF 11 Mia. reduziert werden.

Raoul Egeli: Der Kanton Zürich hat vor etwa fünf Jahren damit begonnen, missbräuchliche Konkurse mit einer eigenen Abteilung zu verfolgen. Heute werden die Strafbehörden im Kanton Zürich bei Verdachtsfällen effektiv tätig. Bei unseren Tests hat sich gezeigt, dass sich bei 100 von uns gemeldeten Verdachtsfällen in 60 Fällen der Verdacht bestätigte. Die Personen, welche missbräuchliche Konkurse betreiben, reagieren auf eine Änderung der Verhaltensweisen der Behörden sehr rasch und verlagern ihr Tun in andere Kantone. Mit dem entsprechenden Know-how ist es ein Leichtes, einen «Konkursreiter» zu erkennen.

Früheres Handeln der Gläubiger

Raoul Egeli: Wie Herr Hefti zurecht sagt, ist es absolut richtig, dass die Gläubiger früher vorgehen müssten. Wir kennen aber die Diskussion um das Datenschutzgesetz. Im Rahmen der Verordnung zum Datenschutzgesetz wird die Frist, während welcher die Daten verwendet werden können, auf zehn Jahre reduziert, was nicht im Sinne des Gläubigers ist.

Alessandro Farsaci: Mir scheint das frühere Tätigwerden essentiell, nämlich bevor sich die Werteeosion und die Verluste realisieren. Deshalb wäre das Frühwarnsystem von grosser Bedeutung. Diesbezüglich wurde mit der Aktienrechtsrevision keine wesentliche Verbesserung herbeigeführt. Gerade bei der Kumulierung von Funktionen (CEO, Verwaltungsrat, [Haupt-]aktionär in Personalunion) durch die Exekutivorgane muss man sich schon die Frage stellen, wie unabhängig solche Entscheidungsträger frühzeitig eine Sanierung einleiten, um eine Werteeosion zu verhindern. Wenn früher reagiert würde, dann würden mehr übertragende Sanierungen stattfinden als heute.

Wünsche an den Gesetzgeber

Franco Lorandi: Abschliessend darf jeder der drei Panelisten *einen* (Vorweihnachts-)Wunsch an den Gesetzgeber richten, was geändert werden sollte.

Renato Peng: Les personnes qui désirent fonder une société devraient être obligées de présenter un extrait du registre des poursuites sans actes de défaut de biens.

Raoul Egeli: Die Kostenvorschusspflicht für den Gläubiger, der das Konkursbegehren stellt, sollte abgeschafft werden.

Karl Wüthrich: Weil es zu wenig Lösungen über Auffanggesellschaften gibt, sollte Art. 333 OR (Übergang des Arbeitsverhältnisses) dergestalt abgeändert werden, dass der Übernehmer frei auswählen kann (sog. cherry picking), welche Arbeitsverhältnisse er übernehmen will; so wie es schon das früheren Recht vorgesehen hatte.

Anzeige

Alejandro J. Morales Sancho

Die Schadenersatzklagen im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

Das SchKG kennt grundsätzlich drei Schadenersatzklagen: die Staatshaftungsklage, die Schadenersatzklage gegen den früheren Ersteigerer und die Arrestschadenersatzklage. Diese Dissertation stellt die Anspruchsgrundlagen sowie den Rechtsweg dar.

2020, 220 Seiten, gebunden
ISBN 978-3-03891-039-8
CHF 78.–

www.dike.ch/0398



DIKE 