

Daniel Hunkeler

## nota bene

### Über Schlupflöcher für Schuldner und Probleme von Gläubigern



Langwierige Verfahren und hohe Kosten sind nur zwei der Herausforderungen, die sich Gläubigern bei der Einbringung ihrer Forderungen stellen. Schuldner kommen, auch unter Ausnutzung des Rechtssystems, (zu) oft ungeschoren davon.

*Des procédures fastidieuses et des coûts élevés ne sont que deux des écueils que les créanciers doivent affronter pour récupérer leurs créances. Même en utilisant tous les moyens qu'offre le système juridique, les débiteurs s'en tirent (trop) souvent à bon compte.*

#### Ausgangslage

Schuldner zu sein, ist in vielen Fällen zweifellos un schön. In grundsätzlicher Hinsicht ist es besser und wirtschaftlich eine fundamental andere Situation, Gläubiger zu sein. Dies ist eine Binsenwahrheit und soll nicht in Zweifel gezogen werden. Umgekehrt wissen wir alle, dass Schuldner zuweilen schwer greifbar sind und trotz Schulden gut leben, und dass Gläubiger mitunter trotz zahlreichen Bemühungen nach dem Motto «ausser Spesen nichts gewesen» schliesslich zu Verlust kommen.

Zusammen mit meinem Kollegen Thomas Siegenthaler habe ich vor zwanzig Jahren und damit weit vor dem Inkrafttreten der eidgenössischen Zivilprozessordnung vom 1. Januar 2011 einen Aufsatz zum Thema «Schuldnerparadies Schweiz» geschrieben. Wir beanstandeten damals gewisse Unzulänglichkeiten des Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrechts und unterbreiteten Vorschläge zur Abhilfe.<sup>1</sup>

Gewisse Dinge haben sich seither zweifellos gebessert: Wir haben nur noch die eidgenössische Zivilprozessordnung statt der vielen kantonalen Regelungen, was die Rechtsverfolgung vereinfacht. Zahlreiche weitere Verbesserungen erfolgten, wovon nachfolgend nur einige erwähnt seien. So sind im Bereich der paulianischen Anfechtung Neuerungen zu Gunsten der Anfechtungsgläubiger in Kraft getreten, das Arrestrecht wurde revidiert, und die Einrede des mangelnden neuen Vermögens kann erschwert sein.<sup>2</sup>

Konkursreiterei wird konsequenter verfolgt<sup>3</sup>, und neue Vorlagen gegen irreführende Betreibungsregistrauszüge<sup>4</sup> oder missbräuchliche Konkurse<sup>5</sup> sind in der Pipeline.

Andere Probleme bleiben oder sind neu hinzugekommen. Die Zahl der jährlich mangels Aktiven eingestellten Konkurse bewegt sich in schwindelerregenden Höhen.<sup>6</sup> Or-

**Schuldner leben zuweilen trotz (drohender) Insolvenz gut, ohne dass sie von ihren Gläubigern wirklich belangt werden können.**

dentliche Konkursverfahren gibt es praktisch keine. Es werden täglich unzählige Verlustscheine ausgestellt, sowohl in der General- wie auch in der Spezialexécution.

4111). Die Neuerungen im Arrestrecht (Art. 271 ff. SchKG) erfolgten per 1.1.2011 durch die neue eidgenössische Zivilprozessordnung (AS 2010 1739) und durch die Revision des LugÜ (AS 2010 5601). Die Neuerungen bei der Einrede des mangelnden neuen Vermögens (Art. 265b SchKG) erfolgten ebenfalls per 1.1.2011 durch die neue eidgenössische Zivilprozessordnung (AS 2010 1739).

<sup>3</sup> Vgl. etwa OLIVER KÄLIN, Konkursreiterei und Misswirtschaft, Strafrechtliche Gefahren für Treuhänder, Expert Focus 2019, 498 ff.

<sup>4</sup> Mit der Vorlage «Modernisierung des Betreibungswesens: Betreibungsauskunft, elektronische Zustellungen und Online-Versteigerung» hat der Bundesrat am 22. Juni 2022 einen Vorentwurf zur Revision des SchKG in die Vernehmlassung geschickt, welche bis am 17. Oktober 2022 dauert; vgl. dazu Internet: <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/gesetzgebung/modernisierung-betreibungswesen.html> [Abruf 1.10.2022].

<sup>5</sup> Vgl. dazu die nachfolgenden Ausführungen sowie FN 9-11 hiernach.

<sup>6</sup> Gemäss dem Bundesamt für Statistik wurden im Jahr 2021 14'081 Konkurse eröffnet (inklusive Auflösungen aufgrund von Organisationsmängeln gemäss Art. 731b OR) und lediglich 6300, d.h. 44.76%, durchgeführt; vgl. Internet: <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/industrie-dienstleistungen/unternehmen-beschaeftigte/unternehmensdemografie/konkurse.assetdetail.22064026.html> [Abruf 4.10.2022].

<sup>1</sup> THOMAS SIEGENTHALER/DANIEL HUNKELER, Schuldnerparadies Schweiz?, Jusletter vom 12. August 2002.

<sup>2</sup> Die diesbezüglichen Neuerungen im paulianischen Anfechtungsrecht (Art. 285 ff. SchKG) erfolgten insbesondere im Zuge des sog. «neuen Sanierungsrechts» gemäss SchKG mit Inkrafttreten per 1.1.2014 (AS 2013

Abtretungsangebote von Zwangsvollstreckungsbehörden (i.S.v. Art. 131 bzw. Art. 260 SchKG) werden von den Gläubigern ausgeschlagen, weil niemand bereit ist, weitere finanzielle Risiken einzugehen («gutes Geld schlechtem hinterherzuwerfen») und/oder Gläubiger ganz einfach nicht über das erforderliche Wissen und die Beweismittel verfü-

**Rechtsmittel und Rechtsbehelfe sind wichtige prozessuale Instrumente zur Gewährleistung einer funktionierenden Justiz. Zuweilen werden sie aber auch einfach ergriffen, um Zeit zu gewinnen.**

gen, um strittige oder schwer einbringliche Ansprüche auf eigene Kosten und auf eigenes Risiko weiterzuverfolgen. Schuldner leben weiterhin zuweilen trotz (drohender) Insolvenz gut und/oder führen ihre Geschäftstätigkeit weiter, ohne dass sie von ihren Gläubigern wirklich belangt werden können.

Es würde den Rahmen der vorliegenden Kolumne sprengen, näher darauf einzugehen, was sich alles in den Trickkisten von Schuldnern befindet. Allgemein bekannt sind etwa: Sachen sind nur gemietet, geleast oder ausgeliehen, gehören (freilich unwissenden) Familienmitgliedern oder nahestehenden Personen, neues Vermögen fällt über Jahre keines an, Wohnsitze werden häufig gewechselt und Geschäfte werden auf Auffanggesellschaften übertragen, wobei die übertragenden Gesellschaften von den Organen einfach verlassen oder in Konkurs geschickt werden.

Gemäss meiner Erfahrung als Anwalt gehören zu den grössten Problemen auf der Seite von Gläubigern heute u.a. die folgenden:

## **Erstinstanzliche Zivilentscheide sind nicht vollstreckbar**

Ein erstinstanzliches Zivilurteil kann (weiterhin) nicht vorläufig vollstreckt werden. Ein im erstinstanzlichen Zivilverfahren unterliegender Schuldner ergreift ein Rechtsmittel, zuweilen mit aufschiebender Wirkung, und gewinnt damit weiter Zeit, auch um sein Vermögen zu verbrauchen oder beiseitezuschaffen bzw. die Rechtsverfolgung durch den Gläubiger zu erschweren. Sicherheitsleistungen für seine Forderung (vgl. Art. 271 SchKG) bzw. Sicherstellung der möglichen Parteikosten (vgl. Art. 99 ff. ZPO) kann ein Gläubiger nur unter besonderen Voraussetzungen verlangen.

## **Verfahrensverzögerung durch Rechtsmittel und Rechtsbehelfe**

Auch in SchKG-Angelegenheiten können Schuldner mit Rechtsmittel und Rechtsbehelfen regelmässig viel Zeit gewinnen und die Rechtsverfolgung erschweren. Rechtsmittel und Rechtsbehelfe sind wichtige prozessuale Instrumente zur Gewährleistung einer funktionierenden Justiz. Zuweilen werden sie aber auch einfach ergriffen, um Zeit zu gewinnen, insbesondere wenn ihnen aufschiebende Wirkung zukommt bzw. richterlich gewährt wird. Statistiken darüber gibt es naturgemäss keine.

Gegen einen Schuldner beispielsweise wurde Konkursöffnung ohne vorgängige Betreuung infolge Zahlungsunfähigkeit beantragt (Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG). Dem Schuldner gelang es, das Prozessthema auf die Vorfrage der Aktivlegitimation des Gläubigers zu beschränken, so dass ein Entscheid in der Sache selbst vorerst noch nicht zur Diskussion stand. Erst nach Gerichtsverfahren über drei Instanzen zur Vorfrage der Aktivlegitimation des Gläubigers wird die Angelegenheit gegebenenfalls zur Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners (und somit der Konkursöffnung) an die erste Instanz zurückgewiesen werden.

## **Prohibitive Kosten(vorschuss)pfllicht der klagenden Partei**

Gläubiger müssen (jedenfalls) in Zivilprozessen für die Rechtsverfolgung zuweilen (zu) hohe Kosten vorschliessen. Bezüglich der eigenen Anwaltskosten läuft die Rechtsentwicklung in die falsche Richtung, wenn das Erfolgshonorar zu stark eingeschränkt wird.<sup>7</sup>

## **(Zu) lange Reaktionszeit von Behörden**

Wir haben grundsätzlich eine gut funktionierende Justiz mit tüchtigen und fähigen Richterinnen und Richtern und ein funktionierendes Zwangsvollstreckungswesen. In gewissen Fällen können Behörden allerdings zu wenig auf zeitliche Dringlichkeit achten bzw. haben (regelmässig wegen Ressourcenknappheit) zu wenig Zeit, sich mit Fällen rascher zu befassen.

So wurde etwa von einem Betriebenen Beschwerde gegen die Gültigkeit des Zahlungsbefehls wegen miss-

<sup>7</sup> Vgl. etwa BGE 143 III 600 E. 2.

bräuchlicher Betreuung des vermeintlichen Gläubigers bei der Aufsichtsbehörde erhoben (Einwendung der «Schikane-Betreibung»), nachdem das Betreibungsamt nicht von sich aus den Zahlungsbefehl für nichtig erklären wollte. Bis die erstinstanzliche Aufsichtsbehörde die Betreuung schliesslich für nichtig erklärt hatte, verging sage und schreibe fast ein Jahr.

In einem anderen Fall stellte der Gläubiger im Spätherbst beim Konkursgericht ein Begehren um Konkursöffnung ohne vorgängige Betreuung über den Schuldner. Das Konkursgericht setzte die Verhandlung auf den März des Folgejahres an. Der Schuldner erschien an dieser Verhandlung schliesslich nicht. Nach erfolgter Konkursöffnung ist der Schuldner nun zwischenzeitlich für das Konkursamt für eine Einvernahme nicht mehr erreichbar.

Schliesslich scheint mir, dass die Strafbehörden zuweilen auf Anzeigen hin längere Zeit nichts unternehmen, und dass Verfahren mitunter eher überraschend gänzlich eingestellt werden.

## (Keine) Strafanzeigen gegen Schuldner

Beamten der Betreibungs- und Konkursämter erstatten heute evtl. häufiger Strafanzeige gegen Schuldner als früher, insbesondere bei bestimmten Konkurs- und Betreibungsverbrechen oder -vergehen (Art. 163 ff. StGB). Bezüglich einiger solcher Delikte lässt sich in der letzten Dekade eine deutliche Zunahme der Verurteilungen feststellen.<sup>8</sup>

Gemäss dem neuen Bundesgesetz über die Bekämpfung des missbräuchlichen Konkurses (Art. 11 Abs. 2 und Abs. 3 revSchKG)<sup>9</sup> werden Konkursbeamte inskünftig bundesrechtlich von Amtes wegen verpflichtet sein, alle von Amtes wegen zu verfolgenden Verbrechen und Vergehen, die sie oder ihre unterstellten Personen im Rahmen ihrer amtlichen Tätigkeit feststellen oder die ihnen gemeldet werden und für die konkrete Verdachtsmomente vorliegen, den Strafverfolgungsbehörden anzuzeigen. Dies ist zu begrüssen. Unverständlich ist allerdings, weshalb nicht auch

Pfändungsbeamte von der neuen Anzeigepflicht erfasst werden.<sup>10</sup>

Welche Auswirkungen die neue Anzeigepflicht auf die strafrechtliche Verfolgung und Verurteilung von Delinquenten im Konkurswesen haben wird, wird sich sodann erst noch weisen müssen, zumal Konkursämter wie auch Staatsanwaltschaften bereits heute zuweilen stark über-

**Die im Zivilprozess und Zwangsvollstreckungswesen beteiligten Akteure können mit dem nötigen Sensorium und mit persönlichem Einsatz ein gewisses Gegensteuern bewirken.**

lastet sind. Schuldner kommen immer wieder ungeschoren bzw. ohne Strafanzeige davon, insbesondere in nicht offensichtlichen oder in komplexen Fällen und vermutlich besonders häufig, wenn in Konkursen die Mittel zur Verfahrensdurchführung (wenigstens) im summarischen Verfahren fehlen.

## Mantelhandel und «Entsorgung» von Gesellschaften auf dem Weg des Konkurses

Schliesslich können Gesellschaften von den gleichen (oder nahestehenden) Personen wiederholt (theoretisch beliebig oft) gegründet oder übernommen werden und nach-

<sup>8</sup> Vgl. Bundesamt für Statistik, Erwachsene: Verurteilungen und Verurteilte für ein Vergehen oder Verbrechen nach den Artikeln des Strafgesetzbuches (StGB), nach Verurteilungsjahr [ab 2008], Internet: <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/kriminalitaet-strafrecht/strafjustiz/verurteilte-erwachsene.assetdetail.22665318.html> [Abruf 1.10.2022].

<sup>9</sup> Bundesgesetz vom 18. März 2022 über die Bekämpfung des missbräuchlichen Konkurses (Änderung des Obligationenrechts, des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs, des Strafgesetzbuches, des Militärstrafgesetzes, des Strafregistergesetzes und des Bundesgesetzes über die direkte Bundessteuer), BBl 2022 702 (zit. Bundesgesetz). Die Referendumsfrist ist unbenutzt abgelaufen; das voraussichtliche Inkrafttreten steht noch nicht fest, soll aber gemäss informeller Auskunft des BJ wohl nicht vor dem 1. Januar 2024 erfolgen.

<sup>10</sup> In der bundesrechtlichen Botschaft vom 26. Juni 2019 über die Bekämpfung des missbräuchlichen Konkurses (Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs, des Obligationenrechts, des Strafgesetzbuches, des Militärstrafgesetzes und des Strafregistergesetzes), BBl 2019 5193 ff. (zit. Botschaft), 5216 f. und 5223 war die Neuregelung gemäss den erwähnten Art. 11 Abs. 2 und Abs. 3 revSchKG noch nicht enthalten. Der Ständerat als Erstrat stimmte in der Sommersession 2021 (Sitzung vom 31. Mai 2021) einem Vorschlag seiner Kommission folgend der Aufnahme der entsprechenden Neuregelung durch Ergänzung der im Konkursrecht angesiedelten Bestimmungen von Art. 222 SchKG mit neuen Absätzen 7 und 8 zu. Dabei wurde schlechterdings nicht begründet oder diskutiert, wieso sich die Pflicht nicht auch auf Pfändungsbeamte erstrecken sollte (vgl. zu den parlamentarischen Beratungen AB 2021 S 359). Der Nationalrat (als Zweitrat) stimmte der Neuregelung in der Herbstsession 2021 (Sitzung vom 30. September 2021) zu, ohne dass das Thema nochmals näher diskutiert wurde (vgl. AB 2021 N 2010 ff., N 2022). In der Folge wurde die Neuregelung schliesslich unverändert in Art. 11 Abs. 2 und 3 revSchKG untergebracht. Die dazugehörige Begründung in den Beratungen des Nationalrats (Frühjahrssession 2022, Sitzung vom 2. März 2022, Votum Bregy, AB 2022 N 67) lautete lediglich wie folgt: «Ein Bürger hat nach den Beratungen im Parlament der Verwaltung geschrieben, ein Artikel, nämlich Artikel 222, sei am falschen Ort platziert. Daraufhin hat die Kommission für Rechtsfragen des Ständerates ein Rückkommen beschlossen. Wir haben das beraten und Artikel 222 nun an die Stelle von Artikel 11 Absatz 2 gesetzt und damit am richtigen Ort platziert. Ich nutze die Gelegenheit, diesem sehr aufmerksamen Bürger hier an dieser Stelle zu danken.»

her in Konkurs fallen. Im Minimum sollte erwartet werden dürfen, dass Mittel vorhanden sein müssen, um einen Konkurs wenigstens im summarischen Verfahren durchzuführen. Ein Ansatz in die richtige Richtung könnte diesbezüglich etwa eine vorgezogene «Recyclinggebühr» sein (zum Beispiel CHF 5000), die für eine Gesellschaft bei der Gründung vorab zur Seite gelegt werden muss für die Kosten einer allfälligen späteren Liquidation. Auch eine Art Berufsverbot bzw. eine Karenzfrist für Organe nach mehreren Konkursen innert einer bestimmten Zeit selbst ohne strafrechtliche Verurteilung könnte das Problem lindern, ebenso wie eine verschärfte persönliche Haftpflicht von Gesellschaftsorganen.

Solche Themen sind für die nächste Zeit allerdings vom Tisch, nachdem sie im schliesslich verabschiedeten neuen Bundesgesetz über die Bekämpfung des missbräuchlichen Konkurses vom 18. März 2022 keine Aufnahme fanden. Das neue Bundesgesetz sieht immerhin einige sonstige Massnahmen zur Bekämpfung missbräuchlicher Konkurse vor.<sup>11</sup>

## Fazit

---

Schuldner kommen zuweilen unbehelligt davon, auch unter Ausnutzung des Rechtssystems. Das ist nicht neu und wird wohl nie vermieden werden können. Die im Zivilprozess und Zwangsvollstreckungswesen beteiligten Akteure können immerhin mit dem nötigen Sensorium und mit persönlichem Einsatz ein gewisses Gegensteuern bewirken. Das ist gut so. Sonst bräuchte es uns Juristinnen und Juristen und die im Vollstreckungswesen tätigen Beamtinnen und Beamten weniger.

---

<sup>11</sup> Vgl. Bundesgesetz (FN 9). Vgl. auch die dazugehörige Botschaft und die dort enthaltenen Hinweise auf andere (teilweise weitergehende) Massnahmen, die schlussendlich nicht zu Gesetz wurden, ebenso wie zu den sonstigen, neu vorgesehenen Massnahmen: Botschaft (FN 10). Ein Berufsverbot ist nur im Rahmen von Art. 67 ff. revStGB vorgesehen, d. h. bei einer strafrechtlichen Verurteilung (vgl. Bundesgesetz [FN 9], 702 4, Art. 67a Abs. 2 revStGB, sowie Botschaft [FN 10], 5213, 5217).