

## Zum Rechtsmissbrauch bei Privatkonkursen Gesetzgeberischer Übereifer des Nationalrats

Von Alexander Brunner\*

Ein kurzer Zusatz zu einem durch die Revision des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes (SchKG) betroffenen Artikel hat den Autor des nachstehenden Beitrags veranlasst, den Ständerat auf die überflüssige Ergänzung von Art. 191 SchKG aufmerksam zu machen. Es betrifft den Privatkonkurs, der, würde man dem Nationalrat folgen, vom Richter dann ausgesprochen wird, wenn sich der Antrag auf Konkurseröffnung nicht als rechtsmissbrüchlich erweist.

Die Botschaft des Bundesrates geht von einer sanften Anpassung des Rechtsinstitutes des *privaten Konkurses* aus. Der massgebliche Art. 191 SchKG lautet in der Fassung des Bundesrates wie folgt: «Der Schuldner selbst kann die Konkurseröffnung beantragen, indem er sich beim Gericht zahlungsunfähig erklärt.» Der zurzeit noch *geltende Wortlaut* spricht nicht von «beantragen», sondern von «bewirken». Den Anlass für die Anpassung des Wortlautes gab unter anderem ein Entscheid des Appellationshofes des Kantons Bern vom 14. Juni 1978, der das Gesuch eines Schuldners um Insolvenzerklärung als rechtsmissbrüchlich abwies, da es einzig darauf abzielte, ihn von einer Lohnpfändung für rückständige Alimente an Frau und Kind zu befreien (SchKG-Botschaft vom 8. Mai 1991, 116–118). Dadurch kann zweierlei festgehalten werden; einerseits, dass die Praxis bereits nach dem geltenden Wortlaut rechtsmissbrüchliches Verhalten nicht dulden konnte, und andererseits, dass die vom Bundesrat vorgenommene Anpassung diesen Umstand klar zum Ausdruck bringt.

Die nationalrätliche Kommission und der ihr folgende Nationalrat gingen nun in der Märzsession über diese Anpassung hinaus. Dem Art. 191 SchKG wurde ein zusätzlicher Abs. 2 mit folgendem Wortlaut hinzugefügt: «Der Richter spricht die Konkurseröffnung aus, sofern sich der Antrag *nicht als rechtsmissbrüchlich* erweist.» Zur Begründung für diese Erweiterung des Gesetzes wurde insbesondere angeführt, die moralische Hemmung vor der Insolvenzerklärung habe vor allem bei Jugendlichen nachgelassen. Zudem handle es sich nicht um eine Nebensache, liefen doch rund die Hälfte der Konkurse über die Insolvenzerklärung.

\* Der Verfasser ist Konkursrichter des Bezirkes Zürich und Mitglied der Kanzeilekommission (Geschäftsleitung) des Bezirksgerichtes Zürich.

### Kein genereller Missbrauch

Der Zusatz verändert Art. 191 SchKG grundlegend. In diesem Sinne stellt sich die Frage, welche Bedeutung dem Zusatz für die Gesetzgebung und die Praxis zukommt. Diesem Problem soll durch drei Überlegungen nachgegangen werden; erstens durch die Frage nach dem gesicherten Wissen über die Häufigkeit des Rechtsmissbrauchs, zweitens durch die Frage nach der systematischen Berücksichtigung weiterer Bundesgesetze und drittens durch die Frage nach der Auswirkung des Zusatzes auf das Verhältnis zwischen Wirtschaft und Staat.

Zur *ersten* Frage: Dem Nationalrat ist zweifellos zuzustimmen, wenn er feststellt, dass die Privatinsolvenzen in neuerer Zeit stark zugenommen haben. Es stellt sich jedoch die Frage, ob diese Zunahme auf erhöhten Rechtsmissbrauch zurückzuführen ist. Dies ist sehr zu bezweifeln. Im grossen wirtschaftlichen Einzugsgebiet des Bezirkes Zürich beispielsweise verläuft die Anzahl der Konkurse der *Unternehmen* einerseits und der Privaten andererseits nämlich seit Jahrzehnten und bis heute *parallel*. Dies bedeutet, dass die Zahlungsunfähigkeit der Privaten grundsätzlich an die Zahlungsunfähigkeit der Unternehmen gekoppelt ist und dem *Konjunkturverlauf* folgt. Die Annahme eines generellen Missbrauchs der Einrichtung des Privatkonkurses erscheint daher nicht berechtigt. Der Rechtsmissbrauch ist der Ausnahmefall, der als solcher ausdrücklich in Art. 2 Abs. 2 ZGB erfasst ist. Art. 191 SchKG sollte daher in der von der Botschaft vorgeschlagenen Fassung angepasst werden.

Zur *zweiten* Frage: In systematischer Hinsicht sind das Aktienrecht und das Strafrecht zu berücksichtigen. Im Hinblick auf den Gläubigerschutz fordert das geltende Aktienrecht *zwingend* konkursrechtliche Massnahmen bei Insolvenz und Überschuldung. Grundlegend ist der Gedanke, dass marode Zustände nicht perpetuiert werden und künftige Gläubiger schädigen. Angestrebt sind gesunde Wirtschaftssubjekte. Das Aktienrecht kennt daher zu Recht keine Vorschrift, wonach missbräuchliche Insolvenz einem Konkurs nach Art. 192 SchKG entgegenstünde. Die gleiche Frage stellt sich bei der Insolvenz der Privaten nach Art. 191 SchKG. Sind beim Unternehmen einerseits oder beim Privathaushalt andererseits keine Mittel mehr vorhanden, welche die Forderungen der Gläubiger decken, so sind solche maroden Zustände zu beenden. Zur *Verhinderung missbräuchlicher Insolvenz* bestehen aber in systematischer Hinsicht sowohl im Unternehmensrecht als auch im Insolvenzrecht präventiv und repressiv wirkende Normen (beispielsweise Art. 754 OR oder Art. 165 StGB). Bereits heute wird die missbräuchliche Insolvenz vom Gesetzgeber (neben Art. 2 Abs. 2 ZGB) adäquat beziehungsweise strafrechtlich erfasst. Der Private muss sich genau überlegen, eine Insolvenzerklärung missbräuchlich abzugeben, da die Konkurseröffnung als solche die Strafbarkeit nach Art. 165 Ziff. 1 StGB nach sich zieht. Die Strafe ist *Gefängnis*, weshalb der Hinweis auf die Moral überholt ist. Der genannte Zusatz (Abs. 2) zu Art. 191 SchKG ist daher nicht erforderlich. Er führt viel-

mehr – paradoxerweise – zur vorausgehenden amtlichen Vorabklärung der Straflosigkeit durch den Konkursrichter. Art. 165 Ziff. 1 StGB entspricht dagegen schon heute den Vorstellungen des Nationalrates für die Beurteilung von missbräuchlichen Einzelfällen. Die Strafbehörden erhalten von diesen Fällen Kenntnis durch die Anzeigen der Konkursämter.

### Unnötige Einmischung des Staates

Zur *dritten* Frage: Die Überprüfung des Rechtsmissbrauchs gemäss dem genannten Zusatz führt zu einer generellen und zwingenden Zuständigkeit des Staates in einem Bereich, der bisher zu Recht völlig der Eigenverantwortung der Wirtschaft zugewiesen war. Die zwingende Prüfung des Rechtsmissbrauchs, nicht bloss bei den gegebenen Einzelfällen, sondern als negative Feststellung und Voraussetzung *in allen Fällen*, hätte im Rahmen eines rechtsstaatlichen Verfahrens zu erfolgen. Dazu gehört der Grundsatz des rechtlichen Gehörs. Die Abklärung von Tatbeständen des Rechtsmissbrauchs gehört zu den Rechtsfragen, die nicht leicht zu beantworten sind. Erforderlich sind daher genügende Unterlagen zur Beurteilung des Sachverhalts. Es geht dabei insbesondere auch um die Berücksichtigung der *Kreditprüfung* und *Kreditwürdigkeitsprüfung* durch die späteren Gläubiger bei der Entstehung der Insolvenz des Schuldners. Der Richter wird unparteiisch sowohl das Verhalten des Schuldners als auch jenes der Gläubiger zu prüfen haben. Dieser zwingende Nachvollzug des Verhaltens der Wirtschaftssubjekte «ex ante» wird zur *Verrechtlichung* eines weiteren, bisher staatsfreien Bereichs führen und eines erhöhten Zeit- und Personalaufwandes bedürfen. Der Gesetzgeber auf Bundesebene ist diesbezüglich einzuladen, bei den kantonalen Obergerichtspräsidenten eine kurze Umfrage mit Bezug auf die Belastung der Gerichte zu veranlassen.