

KONKURSREITEREI UND MISSWIRTSCHAFT

Strafrechtliche Gefahren für Treuhänder*

Der Begriff der Konkursreiterei ist neu, das Phänomen existiert hingegen schon länger [1]. Aufgrund des volkswirtschaftlichen Schadens [2] verfolgen unter anderen die Staatsanwaltschaften in Zürich und in der Innerschweiz das Delikt vehementer als früher und standardisieren das Vorgehen [3].

1. EINLEITUNG

Konkursreiterei wird von keiner spezifischen Strafnorm erfasst, eine wichtige Rolle nimmt aber die Misswirtschaft ein (Art. 165 StGB). Sie gehört zum Insolvenzstrafrecht (Art. 163–171^{bis} StGB). Der Strafraum: bis zu fünf Jahre Freiheitsstrafe. Der Sachverhalt spielt sich in der Regel folgendermassen ab [4]:

1. Einer kleinen AG oder GmbH – oft aus der Baubranche oder der Gastronomie – droht der Konkurs wegen knapper Liquidität oder aufgrund von Überschuldung (Art. 725 Abs. 2 OR; Art. 820 OR).
2. Ein *Vermittler* tritt auf und schlägt vor, sämtliche Aktien oder Stammanteile gegen eine Gebühr auf einen neuen Eigentümer zu übertragen.
3. Der alte Eigentümer, zugleich meist alleiniger Verwaltungsrat (VR) oder Geschäftsführer, ist froh, dem Konkursverfahren auszuweichen. Er ist um seine Bonität besorgt und hofft, Verantwortlichkeitsklagen zu umgehen (Art. 754 OR; Art. 827 OR). So bezahlt er die Vermittlungsgebühr und überträgt die Gesellschaft auf den neuen Eigentümer. Der alte VR bzw. Geschäftsführer wird als *Vororgan* bezeichnet.
4. Der neue Eigentümer setzt sich als alleinigen Verwaltungsrat oder Geschäftsführer ein. Er wird als *Nach-* oder *Endorgan* oder als *Bestatter* bezeichnet.
5. Der Bestatter verlegt den Sitz regelmässig in einen neuen Kanton, jedenfalls in einen neuen Betreibungskreis. Im Betreibungsregisterauszug am neuen Ort sind die alten Schulden nicht mehr verzeichnet, da jeder Betreibungskreis eigene Register führt (Art. 2 Abs. 1 Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs [SchKG]; Art. 8 Abs. 1 SchKG). Obschon der neue Betreibungsregisterauszug das Datum des Zuzugs

zeigt und nur für die Zeit nach dem Zuzug aussagekräftig ist, vermittelt er den Eindruck, die Gesellschaft sei schuldenfrei. 6. Am neuen Ort kümmert sich der Bestatter weder um den Betrieb noch um die Schulden, sondern bestellt oft auf Rechnung Gegenstände (z. B. iPhones und Laptops) oder least Fahrzeuge. Der Bestatter bezahlt weder die alten noch die neuen Schulden und wartet die Konkurseröffnung ab. Oft tritt der Konkurs innerhalb eines Jahres ein.

7. Im Konkurs steht der Bestatter zwar den Konkursbehörden zur Verfügung und nimmt z. B. an der Konkurseinvernahme teil (Art. 222 SchKG; Art. 37 (Verordnung über die Geschäftsführung der Konkursämter [KOV])). Seine Auskünfte erweisen sich aber nicht als hilfreich, nicht zuletzt, weil er den Betrieb eigentlich nicht kennt.

8. In einer Variante tritt der Bestatter als alleiniger Verwaltungsrat oder Geschäftsführer irgendwann zurück und es kommt zur Liquidation der Gesellschaft wegen Mängeln in der Organisation (Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR).

9. Der Konkurs oder die Organisationsmängelliquidation wird meist mangels Aktiven eingestellt (Art. 230 SchKG) [5]. Selbst wenn der Konkurs durchgeführt wird, gehen die Lieferanten, deren Forderungen in die dritte Gläubigerklasse fallen (Art. 219 Abs. 4 SchKG), in der Regel leer aus.

2. KONKURS, VERLUSTSCHEIN ODER NACHLASSVERTRAG

Misswirtschaft kann erst vorliegen, wenn die Gesellschaft in Konkurs gefallen ist oder ein Verlustschein ausgestellt wurde. Auch ein Nachlassvertrag zählt (Art. 305 ff. SchKG; Art. 171 StGB). Die Juristen sprechen von einer *objektiven Strafbarkeitsbedingung* [6], die erfüllt sein muss.

Nicht erfüllt ist die Bedingung im Fall einer Liquidation wegen Organisationsmängeln (Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR; Art. 819 OR) oder weil das Domizil fehlt (Art. 153b HRegV) [7]. Allerdings hat das Bundesgericht die Frage, ob das Insolvenzstrafrecht nicht doch anwendbar ist – soweit erkennbar – noch nicht entschieden [8]. Das Bundesgericht hat klargestellt, dass, wenn ein Gericht die Auflösung der Gesellschaft und deren Liquidation nach Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR anordnet, ein normales Konkursverfahren durchgeführt wird [9]. Eine strafrechtliche Gleichbehandlung der «Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs» (Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3



OLIVER KÄLIN,
DR. IUR., LL.M.,
RECHTSANWALT,
KAELIN.LEGAL

OR) und der Konkurseröffnung (Art. 165 Ziff. 1 StGB) scheint zumindest nicht ausgeschlossen.

Zudem kann die objektive Strafbarkeitsbedingung in zwei Fällen trotzdem eintreten: (1) Wenn der Liquidator der überschuldeten Gesellschaft nach Art. 743 Abs. 2 OR das Gericht benachrichtigt und dieses den Konkurs eröffnet oder (2), wenn die Liquidation zu einem Verlustschein führt [10].

3. TÄTER

Nur der Schuldner kann Täter sein. Ist der Schuldner eine juristische Person, wird das Verhalten nach Art. 29 StGB den Menschen zugerechnet, die hätten handeln müssen. Das sind vor allem die Organe bzw. ihre Mitglieder (Art. 29 lit. a StGB). Ob auch faktische Organe als Täter infrage kommen, sofern sie über dem VR bzw. dem Geschäftsführer der GmbH stehen, ist umstritten [11].

4. OBJEKTIVER TATBESTAND

4.1 Übersicht. Die Mitglieder eines Verwaltungsrats oder die Geschäftsführer einer GmbH erfüllen den Tatbestand der Misswirtschaft nach Art. 165 Ziff. 1 StGB, wenn sie

→ namentlich durch *arge Nachlässigkeit* in der Berufsausübung oder Vermögensverwaltung adäquat kausal [12] → entweder die *Überschuldung* der Gesellschaft *herbeiführen* oder *verschlimmern* oder → die *Zahlungsunfähigkeit* der Gesellschaft *herbeiführen* oder im Bewusstsein der Zahlungsunfähigkeit die Vermögenslage *verschlimmern*.

Durch ihr Untätigbleiben bewirken der Verwaltungsrat oder die Geschäftsführer, dass den Gesellschaftsgläubigern bei Konkurseröffnung weniger Haftungssubstrat zur Verfügung steht, als dies bei rechtzeitiger Konkurseröffnung der Fall gewesen wäre.

4.2 Arge Nachlässigkeit in der Berufsausübung oder Vermögensverwaltung. Der Terminus «arge Nachlässigkeit» lässt Interpretationsspielraum zu. Ob arge Nachlässigkeit vorliegt, ist für die Organe anhand ihrer zivilrechtlichen Pflichten zu beurteilen. Nur krasses wirtschaftliches Fehlverhalten fällt darunter. Nicht darunter fällt, wenn ein Organ rückblickend einen Fehlentscheid getroffen [13] oder wenn es sich zivilrechtlich unsorgfältig verhalten hat [14]. Das Bundesgericht hat konkretisiert, dass eine schwere zivilrechtliche Pflichtverletzung vorliegt – und damit eine arge Nachlässigkeit nach Art. 165 StGB –, wenn der Verwaltungsrat die Rechnungslegung vernachlässigt oder das Gericht im Fall einer Überschuldung nicht benachrichtigt [15].

Keine Pflichtverletzung besteht hingegen, wenn die Benachrichtigung des Gerichts trotz Überschuldung zulässigerweise unterbleibt. Das ist der Fall, wenn Rangrücktrittserklärungen im Ausmass der Unterdeckung vorliegen (Art. 725 Abs. 2 OR) oder wenn die Gesellschaft saniert wird. Im Sanierungsfall darf die Benachrichtigung des Gerichts jedoch nur aufgeschoben werden, wenn zum einen ernsthaft mit einem Sanierungserfolg gerechnet wird und zum anderen konkrete Aussicht besteht, dass die Überschuldung während des Zuwartens nicht wesentlich zunimmt [16]. Weiterhin anfallende Fixkosten wie z. B. Miete und Löhne sprechen nicht

gegen den Aufschub. Unklar ist jedoch die zulässige Dauer der Toleranzfrist. Das Bundesgericht erwähnt vier bis sechs Wochen, aber auch 60 Tage [17]. Möglicherweise ist sogar längeres Zuwarten zulässig, vor dem Hintergrund, dass der Aktienrechtsentwurf eine Maximalfrist von 90 Tagen vorsieht (E-Art. 725 b Abs. 4 Ziff. 2 OR) [18]. Stets wird es auf den Einzelfall und den Sanierungsverlauf ankommen. Wird die Toleranzfrist genutzt, sollte der Entscheidungsprozess laufend dokumentiert werden, z. B. dadurch, dass nicht nur die Beschlüsse der Verwaltungsrats- oder Geschäftsführersitzungen protokolliert werden, sondern auch die Beratungen und Diskussionen. Zudem sollte ein Sanierungsplan vorliegen und dieser sollte laufend aktualisiert werden [19].

5. SUBJEKTIVER TATBESTAND

5.1 Allgemein. Art. 165 StGB ist ein Vorsatzdelikt, das «gewisse Fahrlässigkeitselemente enthält» [20]. Das Bundesgericht hat entschieden, dass Vorsatz erforderlich ist hinsichtlich der Bankrotthandlung, dass bezüglich der Vermögenseinbusse aber grobe Fahrlässigkeit genügt [21]. Die Abgrenzung zwischen Eventualvorsatz, der ebenfalls als Vorsatz qualifiziert, und grober Fahrlässigkeit ist oft nicht einfach und führt zu Abgrenzungsschwierigkeiten [22]. Zur Vereinfachung ist das Verhalten des Täters in zwei Teile zu gliedern. Für den ersten Teil (a) ist vorsätzliches oder eventualvorsätzliches Handeln verlangt, für den zweiten (b) reicht grobe Fahrlässigkeit.

(a) Ein Täter (z. B. der alleinige Verwaltungsrat) handelt vorsätzlich, wenn er die Gesellschaft weiterführt, obschon er weiss, dass keine Buchhaltung besteht oder dass die Gesellschaft zahlungsunfähig oder überschuldet ist. Existiert eine korrekte Buchhaltung, lassen sich die finanzielle Lage sowie der hälftige Kapitalverlust und die Überschuldung (Art. 725 Abs. 1 und Abs. 2 OR) daraus ablesen. Fehlt die Buchhaltung – oder ist sie manipuliert –, was im Konkurs und ausserhalb strafbar ist (Art. 166 StGB; Art. 325 StGB; Art. 251 StGB), lässt sich eine prekäre Finanzlage an der steigenden Zahl von Mahnungen und Beteiligungen erkennen. Vor allem Beteiligungen von öffentlich-rechtlichen Forderungen (Steuern, Sozialversicherungsbeiträge) von kleinen Beträgen sollten Alarm auslösen. Bleibt der Täter trotz dieser Anzeichen untätig, nimmt er regelmässig zumindest *in Kauf* (Eventualvorsatz), dass die Gesellschaft überschuldet oder zahlungsunfähig ist oder wird.

(b) Auch wenn der Täter nicht damit rechnete, dass sein pflichtwidriges Verhalten die Zahlungsunfähigkeit oder die Überschuldung der Gesellschaft herbeiführte oder verschlimmerte, genügt es, dass er sich der Konsequenz (Konkurseröffnung) *hätte bewusst sein müssen* (grobe Fahrlässigkeit).

5.2 Treuhänder. Ob fahrlässiges Verhalten vorliegt, wird nicht nur nach den Umständen des Falls beurteilt, sondern auch nach den persönlichen Verhältnissen des Täters (Art. 12 Abs. 3 StGB). Dazu gehören neben den geistigen Anlagen ebenso die Bildung und die berufliche Erfahrung [23]. Daher setzt sich eine mit dem Buchführungs- und dem Bilanzrecht vertraute Person schneller dem Vorwurf der Fahrlässigkeit aus als ein Laie [24]. Entsprechend sind Treuhänder eher ge-

fährdet. Allerdings werden Kenntnisse der Buchführung und Rechnungslegung von jedem Verwaltungsratsmitglied und Geschäftsführer erwartet [25]. Das Bundesgericht hat zu Recht entschieden, dass wer im Wissen um seine fehlenden Sach- und Rechtskenntnisse ein Verwaltungsratsmandat annimmt, mindestens eventualvorsätzlich eine arge Nachlässigkeit im Sinne von Art. 165 Ziff. 1 StGB begeht [26]. Dies dürfte die Unterscheidung zwischen Treuhändern und Laien wiederum verflachen.

6. VERTEIDIGUNG

In der Praxis wehren sich Verwaltungsratsmitglieder und Geschäftsführer vor allem mit zwei Argumenten erfolgversprechend: → Man habe an die Sanierung geglaubt und deshalb die Bilanz nicht deponiert. → Man sei aufgrund der Bewertung der Gesellschaftsaktiven davon ausgegangen, dass genügend Vermögen zur Schuldendeckung vorhanden gewesen sei.

Andere Einwände, wie z. B., man habe die Pflichten gemäss OR nicht gekannt, sind kaum je erfolgreich.

6.1 Sanierungsargument. Für das Sanierungsargument ist nötig, dass das Organ über die finanzielle Lage der Gesellschaft informiert war und Sanierungsmassnahmen ergriffen hat. Dazu muss das Organ konkrete Sanierungsbemühungen nachweisen (z. B. Sanierungsplan, Sitzungsprotokolle). Ebenso sollte das Organ darlegen, was die eingeleiteten Sanierungsmassnahmen bewirkt haben, weshalb es von einer erfolgreichen Sanierung ausging und wie die unter Kap. 5 erwähnte Toleranzfrist beachtet wurde. Entlastend wirken folglich professionelle, strukturierte und transparente Sanierungsmassnahmen. Regelmässig erforderlich ist eine ordnungsgemässe Buchhaltung.

Bis wann ein Organ realistisch an die Sanierung glauben darf, bleibt ein Einzelfallentscheid. Das Bundesgericht hat lediglich entschieden, dass übertriebene Erwartungen an den Sanierungsverlauf oder vage Hoffnungen auf einen Sanierungserfolg nicht ausreichen [27].

6.2 Bewertungsfragen. Es kommt vor, dass eine Gesellschaft nur aufgrund unrichtiger Bewertungen nicht überschuldet ist. Aktiven werden entweder überbewertet (z. B. das Warenlager) oder nicht im Wert berichtet (z. B. Forderungen aus Lieferungen und Leistungen), oder die Gesellschaft bilanziert nach Fortführungswerten, obschon sie aufgrund von Art. 958a Abs. 2 OR nach Liquidationswerten bilanzieren müsste. Der Verwaltungsrat stellt sich auf den Standpunkt, er habe die – im Nachhinein unrichtige – Bewertung nicht erkannt. Zudem erfordere Art. 725 Abs. 2 OR die Überschuldung nach Fortführungs- und Liquidationswerten. Mit dieser Verteidigung wird der Vorsatz für die Bankrotthandlung und somit der subjektive Tatbestand bestritten.

Effektiv kann das Verteidigungsargument sein, wenn eine dritte Person den Betrieb leitet (Art. 716 b OR) oder die Buchhaltung führt. Das Organ stellt sich auf den Standpunkt, es habe den Buchungsfehler nicht bemerkt. In der Literatur wird vertreten, dass sich ein Verwaltungsrat dem Vorwurf

der Misswirtschaft selbst dann aussetzt, wenn er es unterlässt, kritische Fragen zu stellen oder sich mit wenig aussagekräftigen Unterlagen zufrieden gibt [28]. Damit wird relevant, wann das Organ Anhaltspunkte hatte, um «begründet besorgt» zu sein (Art. 725 Abs. 2 OR). Auch hier kommt es auf den Einzelfall an.

Die Person, welche die unrichtige Buchhaltung erstellt, läuft regelmässig Gefahr, sich (auch) der Urkundenfälschung (Art. 251 StGB) schuldig zu machen [29].

7. STRAFBARKEIT DES VORORGANS

7.1 Allgemein. Dem Vororgan wird meist Untätigkeit vorgeworfen: Es habe trotz begründeter Besorgnis einer Überschuldung nicht gehandelt und die Überschuldung verursacht bzw. verschlimmert oder trotz knapper Liquidität keine Sanierungsmassnahmen ergriffen und die Gesellschaft weitergegeben.

Um den Zeitpunkt zu bestimmen, wann das Vororgan hätte handeln müssen, stellen die Strafverfolgungsbehörden vor allem auf die Einträge im Betreibungsregister ab. Das Vororgan hätte – so lautet dann der Vorwurf – spätestens bei dieser oder jener Betreibung erkennen müssen, dass begründete Besorgnis einer Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit bestand. Dieses Datum wird als *Besorgnisdatum* oder *Besorgniszeitpunkt* bezeichnet.

Es kommt vor, dass das Vororgan Geschäftsunterlagen vernichtet, bevor es die Gesellschaft an das Nachorgan übergibt, um die tatsächliche Vermögenslage und den Überschuldungszeitpunkt zu verheimlichen [30]. Dies kann (neben allenfalls Art. 166 oder Art. 325 StGB) den Tatbestand von Art. 254 StGB erfüllen, weil der Täter gegen die gesetzliche Aufbewahrungspflicht verstösst [31].

7.2 Treuhänder. Gefahren ergeben sich, wenn Treuhänder angefragt werden, als Sanierer die Führung einer notleidenden Gesellschaft zu übernehmen. Vor Annahme eines Sanierungsmandats sollten die finanzielle Lage der Gesellschaft und die Sanierungsfähigkeit beurteilt werden. Folgende Fragen sind relevant: Besteht eine Buchhaltung? Ist sie aktuell und ordnungsgemäss? Kann ein Zwischenabschluss erstellt werden? Wie viel Liquidität ist vorhanden? Sind Geldgeber in Sicht? Kann ein Sanierungsplan erstellt werden? Wie sieht der Betreibungsregisterauszug aus? Fehlt eine sorgfältige Abklärung der Finanzlage oder ist eine Beurteilung mangels Informationen nicht möglich, sollte das Mandat abgelehnt werden.

Vorsicht ist geboten, wenn ein Verwaltungsrat einer sanierungsbedürftigen Gesellschaft darum bittet, ihm Handlungsmöglichkeiten aufzeigen. Hier besteht Anstiftungsgefahr (Art. 24 StGB). Anstiftung liegt vor, wenn der Anstifter beim Täter den Tatentschluss hervorruft. Dazu ist zwar ein Kausalzusammenhang nötig zwischen anstiftendem Verhalten und dem Entscheid des Angestifteten, die Tat zu begehen. Das Bundesgericht verlangt einen direkten psychischen oder intellektuellen Einfluss auf die Willensbildung des anderen [32]. Diese Schwelle ist allerdings rasch erreicht. Als Anstiftungsmittel kommt jedes motivierende Tun in Frage und damit alles, was im Anderen den Handlungsentschluss

hervorrufen kann (z. B. blosser Bitte, Anregung, konkludente Aufforderung) [33]. Ein Treuhänder, der dem Verwaltungsrat einer überschuldeten Gesellschaft an einem Beratungsgespräch die Möglichkeit aufzeigt, die Gesellschaft einem Bestatter zu übergeben anstatt das Gericht zu benachrichtigen, kann sich der Anstiftung zur Misswirtschaft strafbar machen – oder den Tatbestand der Begünstigung erfüllen (Art. 305 StGB; durch Einsetzen eines Bestatters wird die Strafverfolgung des Vororgans erschwert).

Zum Gehilfen (Art. 25 StGB) kann ein Treuhänder werden, wenn er das Vororgan unterstützt, die alte Gesellschaft auszuhöhlen. Z.B. wird zunächst eine Auffanggesellschaft gegründet und der Betrieb oder ein Betriebsteil zu einem tiefen Wert an diese übertragen, bevor der Bestatter die alte Gesellschaft übernimmt. Oder ein Treuhänder berät das Vororgan, wie die Bilanz manipuliert und die Überschuldung scheinbar beseitigt werden kann.

8. STRAFBARKEIT DES VERMITTLERS

Der von aussen hinzutretende Vermittler kann den Tatbestand der Misswirtschaft nicht erfüllen, da er nicht Schuldner ist. Als Anstifter (Art. 24 StGB) oder Gehilfe (Art. 25 StGB; Art. 26 StGB) kommt er hingegen sehr wohl in Frage. Der Vermittler kann zudem den Tatbestand der Begünstigung erfüllen (Art. 305 StGB). Innerhalb der Konkursreiterei treten Treuhänder am ehesten als Vermittler auf [34].

9. STRAFBARKEIT DES BESTATTERS

9.1 Allgemein. Der Bestatter übernimmt die sanierungsbedürftige Gesellschaft und setzt sich typischerweise als alleinigen Verwaltungsrat oder Geschäftsführer ein. Er häuft Schulden an, bleibt ansonsten untätig, und wartet den Konkurs ab. Ist die Gesellschaft bei Übernahme bereits überschuldet, verschlimmert der Bestatter die Überschuldung. Durch Anhäufen weiterer Schulden kann neben Misswirtschaft auch Betrug (Art. 146 StGB) vorliegen.

In der Regel kümmert sich der Bestatter nicht um die Buchhaltung, obschon er als VR oder Geschäftsführer dafür verantwortlich wäre (Art. 716 a Abs. 1 Ziff. 3 OR; Art. 810 Abs. 2 Ziff. 3 OR). Dadurch erfüllt der Bestatter zusätzlich den Tatbestand des Unterlassens der Buchführung (Art. 166

StGB). Auch als Begünstigender kommt der Bestatter in Frage (Art. 305 StGB).

9.2 Treuhänder. In der Praxis kommt es vor, dass ein Verwaltungsrat oder ein Geschäftsführer – über einen Vermittler oder direkt – jemanden sucht, der die Gesellschaft tatsächlich saniert. Gelingt die Sanierung, ist der Anwendbarkeit der Misswirtschaft der Boden entzogen, weil die objektive Strafbarkeitsbedingung (Konkurs) fehlt.

Bei der Übernahme einer allenfalls bereits überschuldeten Gesellschaft als Sanierer bleibt die vorne unter Kap. 7.2 beschriebene Lagebeurteilung umso wichtiger. Wurde die Sanierung noch nicht begonnen, dürfte es dafür nach Eintritt der Überschuldung regelmässig zu spät sein. Die bundesgerichtliche Toleranzfrist – selbst 90 Tage – ist dafür meist zu kurz.

10. SCHLUSSFOLGERUNG

Verkauf und Übertragung einer sanierungsbedürftigen oder überschuldeten Gesellschaft sind für sich allein genommen nicht strafbar. Den Tatbestand der Misswirtschaft können Verwaltungsratsmitglieder und Geschäftsführer einer GmbH aber erfüllen, wenn sie trotz drohender Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung untätig bleiben. Für Treuhänder ist bei der Übernahme von Sanierungsmandaten Vorsicht gefragt. Die Sanierungsfähigkeit der Gesellschaft ist vorab zu klären, jedenfalls so gut wie es die normalerweise knappen Zeitverhältnisse zulassen. Vorsicht ist auch geboten bei der Beratung von Organen sanierungsbedürftiger Gesellschaften, da das Risiko besteht, sich dem Vorwurf der Anstiftung oder Gehilfenschaft zur Misswirtschaft oder der Begünstigung auszusetzen.

Was letztlich das Phänomen der Konkursreiterei angeht, sollten die Alarmglocken läuten, wenn eine Gesellschaft keine Bücher führt, wenn ein VR oder ein Geschäftsführer eine sanierungsbedürftige Gesellschaft einem Dritten übertragen will, oder wenn sich jemand anbietet, dem VR oder dem Geschäftsführer eine sanierungsbedürftige oder gar überschuldete AG oder GmbH gegen eine Gebühr abzunehmen. ■

Anmerkungen: *Der Autor dankt PD Dr. Marc Jean-Richard-dit-Bressel, Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich für Wirtschaftsdelikte, sowie Prof. Dr. Damian K. Graf, Staatsanwalt für Wirtschaftsdelikte der Kantone Nidwalden, Obwalden und Uri, für den Gedankenaustausch beim Verfassen des Aufsatzes. 1) Graf D.K., Konkursreiterei, Phänomen – rechtliche Einordnung – Bekämpfung, BLSchK 2019, S. 1–7; Jean-Richard-dit-Bressel M., Misswirtschaft durch Konkursverschleppung bei «Wegwerfgesellschaften», in: Ackermann, J.B., Wohlers, W (Hrsg.), Konkurs und Strafrecht: Strafrechtliche Risiken vor, in und nach der Generalsektion, Tagungsband zur 5. Zürcher Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht, Zürich 2011, S. 59–93. 2) Konkursreiterei: Mehrere Hundert Millionen Schaden im Jahr, 10 vor 10, 13. April 2016, auf den

Seiten des SRF, <https://www.srf.ch/news/schweiz/konkursreiterei-mehrere-hundert-millionen-schaden-im-jahr>, Zugriff am 15. Mai 2019; Neuhaus, C., Raubritter-Konkurse – Strafverfolger warnen vor Lockerung des Aktienrechts, in: Neue Zürcher Zeitung, 8. Juni 2018, <https://www.nzz.ch/schweiz/neues-aktienrecht-oeffnet-konkursreitern-tuer-und-tor-ld.1392431>, Zugriff am 15. Mai 2019; Höhener A., Nussbaumer D., Mit neuen Methoden gegen Konkursverschleppung – Wie sich Strafverfolger, Handelsregister-, Betreibungs- sowie Notariats- und Konkursbeamte im Kampf gegen Misswirtschaft gegenseitig unterstützen können, Reprax 2017, S. 19–22, S. 19. 3) Jean-Richard-dit-Bressel, Fn. 1, S. 89 ff. (Musterstrafanzeige), S. 92 f. (Anklageschema); Graf, Fn. 1, S. 6 f. siehe Merkblatt «Wegwerfgesellschaften» («WWG») der Staatsanwaltschaft III des Kantons

Zürich für Wirtschaftsdelikte vom 14. August 2015, S. 1; Nussbaumer D., Mit neuen Methoden gegen Konkursverschleppung – wie sich Strafverfolger, Handelsregister-, Betreibungs- sowie Notariats- und Konkursbeamte im Kampf gegen Misswirtschaft gegenseitig unterstützen können, BLSchK 2016, S. 124–135, S. 130 f.; Höhener, Nussbaumer, Fn. 2, S. 20 f. 4) Siehe Jean-Richard-dit-Bressel, M., Vernehmlassung der Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich für Wirtschaftsdelikte, Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (Missbrauch des Konkursverfahrens verhindern) an das EJPD von 14. August 2015, S. 2 ff.; siehe auch Graf, Fn. 1, S. 1 f., und Nussbaumer, Fn. 3, S. 125 ff. 5) Zur Anwendbarkeit der Bestimmungen über die Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven auf die Liquidation nach

Art. 731 b Abs. 1 Ziff. 3 OR, Lorandi, F., Konkursverfahren über Handelsgesellschaften ohne Konkursöffnung – Gedanken zu Art. 731 b OR, AJP 2008, S. 1378–1395, S. 1392. **6)** BGE 144 IV 52 Erw. 7.3; BGER 6B_1340/2017 vom 24. September 2018 Erw. 1.2. **7)** Jean-Richard-dit-Bressel, M., Ist die Organisationsmangelliquidation eine Konkursöffnung? Arbeitspapier vom 7. November 2017, S. 1 f., mit Übersicht über die Literaturmeinungen; Graf, Fn. 1, S. 3, mit Hinweis auf die geplante Änderung des Gesetzestexts. **8)** Siehe Trechsel, S., Ogg, M., in: Trechsel, S., Pieth, M. (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 3. Aufl., Zürich 2018, Art. 163 N 11, mit Verweis auf einen Entscheid des Kantonsgerichts Zug aus dem Jahr 2011. **9)** BGE 141 III 43 Erw. 2.3.1; BGER 5A_137/2013 vom 12. September 2013 Erw. 1.2.2. **10)** Jean-Richard-dit-Bressel, Fn. 7, S. 3. **11)** Bejahend Jean-Richard-dit-Bressel, Fn. 1, S. 76; verneinend Graf, Fn. 1, S. 4. **12)** BGE 115 IV 38 Erw. 2 = Pra 1990 Nr. 96 S. 340 (Verhalten, das nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet war, den eingetretenen Erfolg herbeizuführen oder dessen Eintritt zu begünstigen, wobei die vorgeworfenen Handlungen weder allein zum Erfolg geführt noch direkte Ursache dazu gebildet hat); siehe BGE 127 IV 110 Erw. 5.b.bb = Pra 2002 Nr. 28 S. 148. Der natürliche Kausalzusammenhang wird ebenfalls gefordert (siehe BasK StGB II, Haugenstein, N., in: Niggli M.A., Wiprächtiger, H., [Hrsg.], Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 137–392 StGB, 4. Aufl., Basel 2019, Art. 165 N 61, mit Nachweisen). **13)** BGE 144 IV 52 Erw. 7.3; BGER 6B_1047/2015 vom 28. April 2016 Erw. 4.3. **14)** Siehe Gessler, D., Insolvenzstrafrecht, in: Ackermann, J.B., Heine, G. (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, Bern 2013, §16 Rz. 74. **15)** BGE 144 IV 52 Erw. 7.3; BGER 6B_1103/2017 vom 7. August 2018 Erw. 1.2.1; BGER 6B_1047/2015 vom 28. April 2016 Erw. 4.3. **16)** Siehe Botschaft zur [geplanten] Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23. November 2016, BBL 2017 S. 579. **17)** Nachweise zur Rechtsprechung bei Kälin, O., Die Sanierung der Aktiengesellschaft, Zürich 2016, Rz. 639. **18)** Entwurf Obligationenrecht (Aktienrecht), BBL 2017 S. 720. **19)** Einzelheiten bei Kälin, O., Der Sanierungsplan nach OR und nach SchKG, AJP 2016, S. 435–441, S. 441. **20)** Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes vom 24. April 1991, BBL 1991 II 1065. **21)** BGE 144 IV 52 Erw. 7.3 a.E.; BGER 6B_985/2016 vom 27. Februar 2017 Erw. 4.1.1.; siehe dazu BGER 6P.169/2006/6S.346/2006 vom 29. Dezember 2006, Erw. 9.3. **22)** Eventualvorsatz liegt vor, «wenn der Täter den Eintritt des Erfolgs beziehungsweise die Verwirklichung des Tatbestands für möglich hält, aber dennoch handelt, weil er den Erfolg für den Fall seines Eintritts in Kauf nimmt, sich mit ihm abfindet, mag er ihm auch unerwünscht sein» (BGE 133 IV 222 5.3; BGE 133 IV 1 Erw. 4.1). Von grober Fahrlässigkeit spricht man, wenn der Täter die Sorgfalt ausser Acht lässt, die jedem verständigen Menschen in gleicher Lage und unter gleichen Umständen als beachtlich hätte einleuchten müssen (PK StGB-Trechsel, s., Jean-Richard-dit-Bressel, M., in: Trechsel, S., Pieth, M., [Hrsg.], Schweizerisches StGB, Praxiskommentar, 3. Aufl., Zürich 2018, Art. 12 N 23, mit Hinweisen). **23)** BGE 97 IV 169 Erw. 2. **24)** Vgl. Graf, D. K., Gesellschaftsorgane zwischen Aktienrecht und Strafrecht, Habil., Zürich 2017, Rz. 996 a.E. **25)** Kälin (FN 17), Rz. 519 f. **26)** BGER 6B_242/2015 vom 6. Oktober 2015 Erw. 1.4. **27)** BGE 127 IV 110 Erw. 5.a = Pra 2002 Nr. 28 S. 146; BGER 6B_492/2009 vom 18. Januar 2010 Erw. 2.2. **28)** Gessler, Fn. 14, §16 Rz. 87. **29)** Siehe BGE 141 IV 369 Erw. 7.1. **30)** Nussbaumer, Fn. 3, S. 126. **31)** Siehe BGE 96 IV 155 Erw. I.6; siehe BGE 118 IV 35 Erw. b.bb; ablehnend etwa BasK StGB II, Boog M., Fn. 12, Art. 254 N 3, mit Hinweisen. **32)** BGE 144 IV 265 Erw. 2.3.2 = Pra 2019 Nr. 35 S. 393. **33)** BGE 127 IV 122 Erw. 2.a.b.aa. **34)** Siehe Nussbaumer, Fn. 3, S. 126; siehe auch das Zitat des Beschuldigten im Urteil des Zürcher Obergerichts vom 13. Oktober 2017, Geschäfts-Nr. SB170116-O, S. 11 («Ich hatte die Nase voll und kontaktierte meinen Treuhänder. Er sagte dann, einen Verkauf der B. AG einzufädeln»).