

VORSICHT, MISSWIRTSCHAFT

Bei welchen Umständen Sie sensibel reagieren sollten

In den letzten Jahren hat die Verfolgung der sogenannten Konkursdelikte stark zugenommen. Mit der im vorliegenden Beitrag im Zentrum stehenden «Konkursreiterei» gelangen diese zunehmend in den Fokus der Strafverfolgung, aber auch der Medien. So wurden in verschiedenen Kantonen Stimmen aus der Politik und aus der Öffentlichkeit laut, welche die Strafverfolgungsbehörden dazu anhalten wollen, ein besonderes Augenmerk auf die Konkursreiterei zu legen – und diese zu bestrafen.

■ Von RA lic. iur. Adrian Bigler und Markus J. Meier, MLaw



Die Konkursdelikte sollen neben den Ansprüchen der jeweiligen Gläubiger auch die Zwangsvollstreckung im Konkurs schützen. Die Tatbestände sind in Art. 163 bis 170 Schweizerisches Strafgesetzbuch (StGB) geregelt. Unter Strafe stehen verschiedene Handlungen oder Unterlassungen des Schuldners (oder Dritter) zu dem Zeitpunkt, als für ihn der Konkurs des Unternehmens ersichtlich war bzw. hätte ersichtlich sein müssen.

Ist eine Gesellschaft «Schuldner» im Sinne dieser Bestimmungen, haben deren Organe für die Gesellschaft einzustehen. Mit den (strafrechtlichen) Konkursdelikten hängen folglich auch die (zivilrechtlichen) Unternehmerpflichten zusammen. Diese sind insbesondere dem Obligationenrecht (OR) zu entnehmen und sollen zum besseren Verständnis vorab kurz umschrieben werden.

Pflichten des Gesellschafters

Zeichnet sich eine finanzielle Schiefelage eines Unternehmens ab, bestehen unter anderem nach Art. 725 OR (für

die AG; aber auch die Bestimmungen zur GmbH verweisen etwa auf diese Regelung) verschiedene Pflichten des Verwaltungsrats – dies noch vor einem eigentlichen Konkursverfahren.

PRAXISBEISPIELE

- Zeigt etwa die Jahresbilanz, dass die Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven nicht mehr gedeckt ist (sog. Kapitalverlust), so hat der Verwaltungsrat unverzüglich eine Generalversammlung einzuberufen und dieser Sanierungsmaßnahmen vorzuschlagen (Art. 725 Abs. 1 OR).
- Besteht hingegen bereits begründete Besorgnis der Überschuldung, so ist eine Zwischenbilanz zu erstellen und diese einem zugelassenen Revisor zur Prüfung vorzulegen.
- Der Verwaltungsrat hat hingegen sofort den Richter zu informieren (sog. Bilanzdeponierung), wenn die Überprüfung ergibt, dass die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger weder zu Fortführungs- noch zu Veräusserungswerten gedeckt sind (Art. 725 Abs. 2 OR).

Werden diese Pflichten der Gesellschaftsführung nicht eingehalten, kann dies unter anderem zu einer zivilrechtlichen Verantwortlichkeit der Organe nach Art. 754 OR, aber unter Umständen auch zu einer strafrechtlichen Sanktionierung nach StGB führen. Es besteht mithin eine Pflicht des Gesellschafters, die finanzielle Situation seiner Gesellschaft zu kennen und entsprechend zu handeln.

Übersicht über die Konkursdelikte

In strafrechtlicher Hinsicht wird vorgeschrieben, welche Handlungen eine finanziell angeschlagene Gesellschaft zu unterlassen hat. Der Unternehmer macht sich strafbar, wenn er trotz Wissens um den maroden finanziellen Zustand seines Unternehmens Handlungen vornimmt und damit sein Unternehmen bzw. dessen Gläubiger weiter schädigt. Konkursdelikte kommen nur dann in Betracht, wenn später über eine Gesellschaft der Konkurs eröffnet wurde. Wird die Konkurseröffnung widerrufen, kann von einer Bestrafung abgesehen werden (Art. 171^{bis} StGB).

Die Konkursdelikte sind im StGB unter dem Titel der «Strafbaren Handlungen gegen das Vermögen» geregelt und folgendermassen unterteilt:

- betrügerischer Konkurs und Pfändungsbetrug (Art. 163 StGB)
- Gläubigerschädigung durch Vermögensminderung (Art. 164 StGB)
- Misswirtschaft (Art. 165 StGB)
- Unterlassung der Buchführung (Art. 166 StGB)

- Bevorzugung eines Gläubigers (Art. 167 StGB)
- Bestechung bei Zwangsvollstreckung (Art. 168 StGB)
- Verfügung über mit Beschlag belegte Vermögenswerte (Art. 169 StGB)
- Erschleichen eines gerichtlichen Nachlassvertrags (Art. 170 StGB)

Daneben bestehen weitere strafbare Handlungen im Zusammenhang mit Pflichten, welche sich unter anderem auch aus dem SchKG ergeben. Diese bestehen aus

- dem Ungehorsam des Schuldners oder eines Dritten im Betreibungs-, Konkurs- oder Nachlassverfahren (Art. 323 f. StGB) oder
- der ordnungswidrigen Führung der Geschäftsbücher (Art. 325 StGB).

Die im Zusammenhang mit der Konkursreiterei relevanten Konkursdelikte sollen im Folgenden genauer beleuchtet werden.

Betrügerischer Konkurs und Pfändungsbetrug gemäss Art. 163 StGB

Strafbar im Sinne von Art. 163 StGB macht sich der Schuldner (aber auch ein Dritter), der das Schuldnervermögen zum Schein vermindert. Die scheinbare Verminderung des Vermögens wird dabei als

- Beiseiteschaffen oder Verheimlichen von Vermögen,
- Verheimlichen von Schulden oder
- Anerkennen vorgetäuschter Forderungen bzw. Veranlassung von deren Geltendmachung

umschrieben. Daneben kann der Tatbestand auch durch andere täuschende Handlungen erfüllt werden. Das Verschweigen von Vermögenswerten reicht diesbezüglich aber meist nicht aus.

Gläubigerschädigung durch Vermögensverminderung gemäss Art. 164 StGB

Im Gegensatz zu Art. 163 StGB setzt die Strafbarkeit vorliegend die Gläubigerschädigung durch eine *tatsächliche* Vermögensverminderung voraus. Der Tatbestand der Vermögensverminderung kann dabei durch

- die Beschädigung, Zerstörung, Entwertung oder das Unbrauchbarmachen von Vermögen,
- die Veräusserung von Vermögenswerten ohne oder gegen krass untergesetztes Entgelt oder aber
- das Ausschlagen von bzw. den Verzicht auf zustehende Rechte erfüllt werden. Auch dieser Tatbestand erfasst die Handlungen des Schuldners/Unternehmers selbst oder aber eines Dritten.

Misswirtschaft gemäss Art. 165 StGB

Die sogenannte Misswirtschaft ist Auffangtatbestand zu Art. 164 StGB. Sie kann grundsätzlich nur vom Schuldner selbst begangen werden. Vom Gesetz vorgesehene strafbare Handlungen des Schuldners sind:

- die *ungenügende* Kapitalausstattung
- der *unverhältnismässige* Aufwand
- *gewagte* Spekulationen
- *leichtsinniges* Gewähren oder Benützen von Krediten
- Verschleudern von Vermögenswerten
- *arge* Nachlässigkeit in der Berufsausübung oder Vermögensverwaltung

Diese Handlungen alleine genügen allerdings für die Strafbarkeit des Schuldners noch nicht. Weiter setzt der Tatbestand voraus, dass diese Handlungen alternativ

- die Überschuldung (vgl. oben) des Schuldners herbeiführen oder verschlimmern,
- die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners herbeiführen,
- die Vermögenslage verschlimmern.

Zu beachten gilt also einerseits, dass die Handlungen des Schuldners (erste Aufzählung) direkt ein gewisses Resultat (zweite Aufzählung) herbeiführen müssen, damit sich dieser strafbar macht. Andererseits zeigen die Umschreibungen der Schuldnerhandlungen (Kursivierungen in ersterer Aufzählung), dass ein gewisser Beurteilungsspielraum besteht bzw. nicht jede geringe Nachlässigkeit zu einer Bestrafung führen darf.

Phänomen «Konkursreiterei» – oder eben «Vorsicht, Misswirtschaft!»

Bei der Konkursreiterei werden überschuldete Gesellschaften auf einen Dritten, den sog. *Bestatter*, übertragen. Der Bestatter tätigt üblicherweise eine Sitzverlegung in einen anderen Kanton und beschafft sich damit einen sauberen Betreibungsregisterauszug (Anm.: die Auszüge werden kantonal geführt). Mit der so scheinbar solventen Gesellschaft geht der Bestatter weitere finanzielle Verpflichtungen ein, denen er aber nicht nachkommen will. Typischerweise werden dabei Bestellungen getätigt, Natelabos, Autoleasingverträge und dergleichen abgeschlossen. Die so erlangten Vermögenswerte werden dann oft zugunsten der eigenen Kasse wieder verkauft.

Wird diese Vorgehensweise – meist von einem unbefriedigten Gläubiger – durchschaut, wird die Gesellschaft normalerweise betrieben und so (endlich bzw. zu spät) in den Konkurs getrieben. Zurück bleibt ein grosser Schuldenberg. Nebst den bisherigen Schulden, die schon zum Zeitpunkt der Übertragung der Gesellschaft an den Bestatter bestanden, entstehen weitere Schulden. Dabei handelt es sich in der Regel auch um Steuerschulden und offene Beiträge an die Sozialversicherungen. Die Schulden sind nicht gedeckt, und die Zeche bezahlt somit teilweise auch der Steuerzahler.

WICHTIGER HINWEIS



Dass etwa die Zürcher Regierung die Verfolgung der Konkursreiterei zu einem Schwerpunkt für die Ermittlungsbehörden erklärt hat, liegt somit auch nicht darin begründet, dass die Strafbarkeit ausdehnt werden soll – insbesondere nicht für an und für sich rechtschaffene Gesellschafter. In der jüngsten Vergangenheit haben sich jedoch gut organisierte Systeme von Vermittlern und Bestattern entwickelt, welche diese Vorgehensweise als eigentliches Geschäftsmodell betreiben und damit den Staat und unbescholtene Dritte in mehrstelliger Millionenhöhe schädigen.

Pflichtverletzung des Gesellschafters

Aber weshalb sollte der Gesellschafter seine marode Gesellschaft denn überhaupt auf einen Dritten übertragen? In der Schweiz gilt es noch immer als Versagen, wenn jemand seine Gesellschaft in den Konkurs führt. Auf den ersten Blick scheint es somit nachvollziehbar, dass ein Gesellschafter versucht, eine «reine Weste» zu behalten. Diese Sichtweise ist indes verkürzt, denn der Gesellschafter muss sich vorwerfen lassen, dass er erstens seine Pflichten zur Bilanzdeponierung bei Überschuldung nicht wahrgenommen hat, und zweitens, dass er zumindest in Kauf genommen hat, dass durch das Fortbestehenlassen der Gesellschaft weitere Gläubiger geschädigt werden. Dass so ein Vorgehen allenfalls nicht legal sein könnte und Fragen aufwerfen müsste, ist unseres Erachtens offensichtlich.

Strafbarkeit beim ausscheidenden Gesellschafter

Doch inwiefern betrifft dies Sie als ausscheidenden Gesellschafter? Wie oben beschrieben sind verschiedene Verhaltensweisen im Zusammenhang mit dem Konkurs einer Gesellschaft strafbar. Die Strafbarkeit kann indes auch dann bestehen, wenn man andere Personen bei den beschriebenen Handlungen unterstützt – ganz nach dem Motto: «Mitgegangen, mitgehangen!» Beachten Sie dabei, dass sich schon strafbar machen kann, wer in Kauf nimmt, dass eine solche Handlung ausgeführt werden kann. Diesbezüglich gilt es zu beachten, dass in der Praxis naturgemäss Geld – und dies nicht zu knapp – bezahlt wird, damit eine an und für sich marode Gesellschaft von einem Bestatter übernommen oder von einer Drittperson (meist ein Rechtsanwalt oder ein Treuhänder) an diesen vermittelt wird. Spätestens dann müssten beim Gesellschafter sämtliche Warnlampen angehen. Denn den Umstand, weshalb er dem Vermittler und/oder Bestatter Geld bezahlt, damit dieser eine überschuldete Gesellschaft wei-

PRAXISTIPPS



Deshalb unsere Tipps an Sie:

1. Wenn Unklarheit darüber besteht, ob eine Gesellschaft sich in einer finanziellen Schieflage befindet (Kapitalverlust, Überschuldung), ist dies umgehend mit Fachleuten abzuklären!
2. Bei Bestellungen, Vertragsschlüssen und finanziellen Verpflichtungen in Zeiten enger Liquidität ist Vorsicht geboten!
3. Die Übertragung von Unternehmen bzw. Geschäftsleitungsbefugnissen in Zeiten finanzieller Schieflage ist vorsichtig anzugehen! Besprechen Sie diese Schritte vorab besser mit einer Fachperson.
4. Finger weg von der Konkursreiterei (diese zeigt sich z.B. darin, dass für die Übertragung einer maroden Gesellschaft bezahlt werden muss)! Solche ein Verhalten kann auch zur Strafbarkeit des übertragenden Gesellschafters führen.

terführt, kann man nur schwerlich erklären.

WICHTIGER HINWEIS



Klarerweise von diesem Vorgehen zu unterscheiden ist hingegen die Einsetzung eines Geschäftsführers, welcher die Gesellschaft in der Tat wieder auf den Weg der Genesung leiten soll.

Soweit, so unklar! Wann soll sich der Gesellschafter also überhaupt noch dazu entscheiden dürfen, einen Dritten zur Mithilfe bei der Gesellschafts-sanierung einzusetzen? In der Praxis ist es sehr schwierig, die beschriebene *Konkursreiterei* von der *Bestellung eines unterstützenden Geschäftsführers* abzugrenzen. Letzteres muss aber stets erlaubt bleiben. Dies umso mehr, als sich die Gesellschaft nur in einem temporären Liquiditätsengpass befinden kann oder etwa berechnete Hoffnungen besteht, dass beispielsweise Debitoren in stattlichem Umfang etwas verzögert eintreffen, und damit die Gesellschaft weiterbestehen kann.

Zur Dauer der finanziellen Unsicherheit

Folgende Frage stellt sich in Anbetracht dieser Ausführungen noch: «Wie lange darf eine Situation der finanziellen Unsicherheit fortgeführt werden?»

Unseres Erachtens sind zur eigenen Absicherung umgehend erste Abklärungen zu treffen, wenn sich eine finanziell schwierige Situation abzeichnet – allenfalls unter Zuhilfenahme von Treuhändern oder anderen Finanzexperten. Denn ein langes Ausharren in diesem möglicherweise überschuldeten Zustand und ohne berechnete (sondern in vielleicht bloss herbeigewünschter) Hoffnung kann ebenfalls dazu führen, dass Gläubiger durch – allenfalls strafbare – Handlungen geschädigt werden, obschon die Bilanz längst hätte deponiert werden müssen. Dann nämlich ist das hoffnungsvolle Verdrängen der Realität nicht mehr weit von der Misswirtschaft im oben beschriebenen Sinne entfernt.

Auf die richtige Reaktion und die zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Verwaltungsräte in Fällen finanzieller Schieflage geht ein Beitrag in der nächsten Newsletter-Ausgabe ein.

AUTOREN



Lic. iur. Adrian Bigler, Rechtsanwalt und Mediator SAV, Partner in der Kanzlei Rechtskraft Advokatur & Business Coaching, Zürich.



Markus J. Meier, MLaw, CAS Forensics, Doktorand Universität Freiburg i.Ue.