

Strafrechtliche Risiken: Was muss ich als
Verwaltungsrat eines KMU beachten?

Sanierung einer Aktiengesellschaft



Sarah Schläppi

MLaw, Rechtsanwältin
Bracher & Partner, Advokatur und Notariat,
Langenthal, Bern und Biel
sarah.schlaepi@bracherpartner.ch

Bei Konkursverschleppung und Gläubigerbevorzugung lauert die Gefahr eines Strafverfahrens, denn nicht immer läuft alles rund. Wirtschaftskrise, unternehmerische Fehlentscheide, staatliche Regulierungsvorschriften – zahlreiche Faktoren können dazu führen, dass ein Unternehmen in Schieflage gerät. Als Verwaltungsrat ist man in solchen Situationen gefordert. Es gilt Lösungen zu suchen, zu sanieren, die Unternehmung wieder auf den richtigen Kurs zu bringen.

Dabei müssen nicht nur die Vorschriften des Obligationenrechts, z.B. Art. 725 OR betr. des Deponierens der Bilanz beachtet werden, sondern auch die entsprechenden Regelungen des Strafgesetzbuchs. Nicht alles ist erlaubt!

Voraussetzungen der Konkursverschleppung und Gläubigerbevorzugung

Der **Tatbestand der Misswirtschaft gemäss Art. 165 StGB** bestraft Verhaltensweisen, mit welchen ein Schuldner seine Überschuldung herbeiführt oder verschlimmert, seine Zahlungsunfähigkeit herbeiführt oder im Bewusstsein seiner Zahlungsunfähigkeit seine Vermögenslage verschlimmert. Die Über-

schuldung muss durch ungenügende Kapitalausstattung, unverhältnismässigen Aufwand, gewagte Spekulationen, leichtsinniges Gewähren oder Benützen von Krediten, Verschleudern von Vermögenswerten oder arge Nachlässigkeit in der Berufsausübung oder Vermögensverwaltung herbeigeführt werden. Die Strafandrohung beträgt Geldstrafe oder bis zu 5 Jahre Freiheitsstrafe (Gefängnis).

Der Tatbestand der Bevorzugung eines Gläubigers gemäss Art. 167 StGB ist erfüllt, wenn der Schuldner in Kenntnis seiner Zahlungsunfähigkeit Handlungen vornimmt, um einzelne seiner Gläubiger zum Nachteil anderer zu bevorzugen. Das Bezahlen nicht verfallener Schulden, das Tilgen einer verfallenen Schuld auf unübliche Weise (z.B. durch Autos oder Waren statt durch Geld), das unnötige Sicherstellen einer Schuld (z. B. durch das Aushändigen von Pfändern) gehören zu den Handlungen, welche den Tatbestand von Art. 167 StGB erfüllen können. Die Strafandrohung beträgt Geldstrafe oder bis zu 3 Jahre Freiheitsstrafe (Gefängnis).

Bei juristischen Personen (so bei der Aktiengesellschaft) sind ihre Organe (Art. 29 StGB) zur sorgfältigen Vermögensverwaltung verpflichtet. Dies gilt insbesondere für die Geschäftsleitung eines Unternehmens. Daneben können auch der Verwaltungsrat und die Revisionsstelle strafrechtlich haftbar werden.¹

Definition der Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung

Sowohl der Tatbestand der Konkursverschleppung wie auch der Gläubigerbevorzugung sprechen von der Zahlungsunfähigkeit des Unternehmens. Gemäss herrschender Lehre ist die Zahlungsunfähigkeit eingetreten, wenn ein Schuldner ausserstande ist, fällige Schulden nicht nur vorübergehend nicht mehr begleichen zu können.² Das Bundesgericht präzisiert diesen Begriff und hält fest, dass ein Schuldner zahlungsunfähig ist, «wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung seiner finanziellen Situation zu erkennen sind und er auf unabsehbare Zeit als illiquid erscheint».³

In der Praxis zeichnet sich die Zahlungsunfähigkeit vor allem dadurch aus, dass der Schuldner «Konkursandrohungen anhäufen lässt, systematisch



Rechtsvorschlag erhebt und selbst kleinere Beiträge nicht bezahlt». ⁴ Noch nicht als zahlungsunfähig gilt ein Schuldner, wenn er «bloss vorübergehend Zahlungsschwierigkeiten hat». Über alles gesehen ist entscheidend, «welchen Gesamteindruck man aufgrund der Zahlungsgewohnheiten eines Konkursiten gewinnt». ⁵

Die Überschuldung tritt ein, sobald dem Fremdkapital nicht mehr genügend Aktiven gegenüberstehen und damit der Gesamtwert der Forderungen der Gesellschaftsgläubiger den Gesamtwert des Vermögens der Gesellschaft übersteigt. ⁶

Für die Verantwortlichen in einer Unternehmung ist es wichtig zu wissen, dass sich die Zahlungsunfähigkeit von der Überschuldung, welche z. B. gemäss Art. 725 OR die Pflicht auslöst, die Bilanz zu deponieren, unterscheidet. Die Überschuldung betrifft die Vermögenslage eines Schuldners, die Zahlungsunfähigkeit die Liquiditätslage. ⁷

Praxisbeispiel⁸

Ausgangslage

Herr Bauer ist seit dem 1. Juni 2007 Geschäftsführer und Verwaltungsrat der Office AG sowie Geschäftsführer und Hauptgesellschafter der Papeterie GmbH. Seit dem Jahr 2008 schreibt die Office AG ohne Unterbruch Verluste. Seit dem 31. Dezember 2008 weist sie einen hälftigen Kapitalverlust aus. Ab dem 31. Dezember 2009 ist die Office AG überschuldet. Im Zeitraum vom 20. November 2008 bis 6. März 2012 wird die Office AG 105 Mal im Gesamtbetrag von CHF 400 000 betrieben. Im selben Zeitraum bestehen 20 offene Verlustscheine über CHF 100 000. Am 10. März 2012 wird über die Gesellschaft der Konkurs eröffnet. Im Konkursverfahren stehen den Forderungseingaben von CHF 90 000 ein Vermögenswert von CHF 500 gegenüber.

Vorwürfe gegenüber Herrn Bauer (Verwaltungsrat und Gesellschafter)

Herrn Bauer wird vorgeworfen, den Konkurs der Office AG vorsätzlich um mindestens 2 Jahre verschleppt zu haben, indem er keine Überschuldungsanzeige gemacht und dadurch die Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit der Office AG verschlimmert hat (Misswirtschaft). Zudem hat er die Papeterie GmbH zum Nachteil der anderen Gläubiger bevorzugt, indem er ihr die gesamten Warenvorräte und Einrichtungsgegenstände der Office AG übertragen und mit Gegenforderungen verrechnet hat (Gläubigerbevorzugung).

Rechtliche Beurteilung

Die Office AG ist seit dem 31. Dezember 2009 erheblich und zunehmend überschuldet. Herr Bauer hat es als Verwaltungsrat und damit als Organ im Sinne von Art. 29 lit. a StGB unterlassen, die Überschuldung der Office AG gemäss Art. 725 Abs. 2 OR dem Richter anzuzeigen. Die Unterlassung der Überschuldungsanzeige stellt gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts⁹ eine arge Nachlässigkeit in der Berufsausübung im Sinne von Art. 165 StGB dar.

Der Verwaltungsrat kann bei Überschuldung zwar die Benachrichtigung des Richters für eine kurze Zeit aufschieben¹⁰, daran sind aber konkrete Aussichten auf eine aussergerichtliche finanzielle Sanierung und Wiederherstellung der Ertragskraft geknüpft. Herr Bauer hat keine Sanierungsmassnahmen ein-

geleitet oder beabsichtigt, solche vorzunehmen. Er hat die Anzeige der Überschuldung unterlassen und damit seine Pflichten arg vernachlässigt. **Der Tatbestand der Misswirtschaft gemäss Art. 165 StGB ist damit erfüllt.**

Indem Herr Bauer zudem die gesamten Warenvorräte und Einrichtungsgegenstände an die Papeterie GmbH mit der aufgelaufenen Darlehensforderung verrechnet hat, **erfüllt er zusätzlich den Tatbestand der Gläubigerbevorzugung gemäss Art. 167 StGB.**

Diese Handlung ist nur strafbar, weil die Papeterie GmbH im Vergleich zu anderen Gläubigern der Office AG bevorzugt wird. Korrekterweise müsste das Geld, welches aus dem Verkauf der Warenvorräte und Einrichtungsgegenständen stammt, sämtlichen Gläubigern der Office AG zur Verfügung stehen.

Konformes Alternativverhalten des Verwaltungsrates

Sofern das Unternehmen sanierungsfähig ist bzw. die Sanierungschancen grösser sind als die Risiken der Sanierung, muss der Verwaltungsrat aufgrund seiner Treue- und Sorgfaltspflicht eine Sanierung versuchen.¹¹ Als Verwaltungsrat muss man deshalb eine Situation, wie jene der Office AG, frühzeitig erkennen und Handlungsschritte einleiten.

Besteht jedoch keine Sanierungsfähigkeit, darf der Verwaltungsrat nach der Feststellung des Kapitalverlusts keine Sanierung mehr durchführen sondern muss die Liquidation der Gesellschaft beantragen.¹²

Das Bundesgericht hat die erforderliche Aussicht auf Sanierung an folgende kumulativen Voraussetzungen geknüpft:

1. Die Voraussetzungen für einen Konkursaufschub gemäss Art. 725a OR müssen erfüllt sein. Es muss Aussicht auf Sanierung bestehen, d.h. die «dauerhafte finanzielle Gesundheit der Gesellschaft» muss erwartet werden und «deren Ertragskraft wiederhergestellt» werden können. Zudem dürfen Forderungen der Gesellschaftsgläubiger nicht «durch eine neuerliche Verschlechterung der finanziellen Lage» gefährdet werden.¹³

2. Die Sanierung muss kurzfristig, d.h. innert weniger Wochen, realisiert werden können. Ein Aufschieben der Benachrichtigung um mehr als 4 bis 6 Wochen bzw. maximal 60 Tage ist unzulässig.¹⁴

Eine gute Zusammenarbeit mit der Revisionsstelle ist mit Blick auf die Wichtigkeit der Bewertung unerlässlich. Der Entscheid, ob und gegebenenfalls welche Sanierungsmassnahmen aufgrund der Bewertung durchgeführt werden, obliegt dem Verwaltungsrat.

1 BSK Strafrecht II-Brunner, Art. 165 N 24.

2 Stratenwerth/Wohlers, Handkommentar StGB, Art. 165 N 3; Trechsel/Ogg, Praxiskommentar StGB, Art. 165 N9.

3 Urteil des Bundesgerichts 5P_33/2002 vom 7. März 2002 E.4.

4 Urteil des Bundesgerichts 5P_448/2000 vom 5. Februar 2001 E. 2.

5 Vgl. dazu z.B. Urteil des Bundesgerichts 5A_335/2014 vom 23. Juni 2014 E. 3.1.

6 Meier, Strafrechtliche Risiken in Sanierungssituationen, S. 26.

7 Meier, Strafrechtliche Risiken in Sanierungssituationen, S. 20.

8 Urteil des Bundesgerichts 6B_985/2016 vom 27. Februar 2017.

9 Urteil des Bundesgerichts 6B_199/2016 vom 8. Dezember 2016 E. 2.3.3.

10 Urteil des Bundesgerichts 132 II 564 E. 5.1.

11 Meier, Strafrechtliche Risiken in Sanierungssituationen, S. 57.

12 Meier, Strafrechtliche Risiken in Sanierungssituationen, S. 58.

13 Urteil des Bundesgerichts 4C_366/2000 vom 19. Juni 2001 E. 4b; 6B_492/2009 vom 18. Januar 2010 E. 2.2.

14 Urteil des Bundesgerichts 6B_492/2009 vom 18. Januar 2010 E. 2.2.

