



**COMPETENCE CENTER  
FORENSIK UND  
WIRTSCHAFTSKRIMINALISTIK**

Lucerne University of  
Applied Sciences and Arts

**HOCHSCHULE  
LUZERN**

Wirtschaft

**Master of Advanced Studies in Forensics (MAS Forensics)**

**Die Misswirtschaftshandlung der „argen Nachlässigkeit in der  
Berufsausübung und Vermögensverwaltung“ unter besonderer  
Berücksichtigung der verwaltungsrätlichen Tätigkeit**

Eingereicht von

Marco Breu  
lic.iur., Staatsanwalt

Klasse MAS Forensics 3

am 11.05.2011

betreut von

Prof. Dr. Jürg-Beat Ackermann

<b>I. INHALTSVERZEICHNIS.....</b>	<b>II - III</b>
<b>II. LITERATURVERZEICHNIS.....</b>	<b>IV – V</b>
<b>III. MATERIALIENVERZEICHNIS.....</b>	<b>V - VI</b>
<b>IV. ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS .....</b>	<b>VI - VII</b>
<b>V. KURZFASSUNG .....</b>	<b>VII - VIII</b>

## **I. INHALTSVERZEICHNIS**

<b>1. Einleitung .....</b>	<b>1</b>
<b>2. Der Misswirtschaftstatbestand im Allgemeinen .....</b>	<b>2</b>
<b>2.1 Rechtsgut und Angriffsobjekt.....</b>	<b>2</b>
<b>2.2 Täter .....</b>	<b>3</b>
2.2.1 Definition des Täters nach Art. 165 StGB.....	3
2.2.2 Organ-/Vertreterhaftung bei der Misswirtschaft.....	3
<b>2.3 Tathandlung .....</b>	<b>5</b>
2.3.1 Tathandlung im Allgemeinen.....	5
2.3.2 Verhältnis der Bankrotthandlungen .....	5
2.3.3 Gesetzlich definierte Bankrotthandlungen.....	6
A) Ungenügende Kapitalausstattung.....	6
B) Unverhältnismässiger Aufwand.....	8
C) Gewagte Spekulationen.....	9
D) Leichtsinniges Gewähren oder Benützen von Kredit.....	9
E) Verschleudern von Vermögenswerten .....	10
<b>3. Die Bankrotthandlung der argen Nachlässigkeit in der Berufsausübung und Vermögensverwaltung .....</b>	<b>11</b>
<b>3.1 Definition der Berufsausübung und Vermögensverwaltung .....</b>	<b>11</b>
3.1.1 Berufsausübung .....	11
3.1.2 Vermögensverwaltung .....	13
<b>3.2 Begriff der „argen Nachlässigkeit“ .....</b>	<b>14</b>
3.2.1 Verhältnis „arge Nachlässigkeit“ und Pflichtverletzung.....	14
3.2.2 Definition und Bestimmung der relevanten Sorgfaltspflichten .....	14
3.2.3 Erforderlicher Grad der Pflichtverletzung.....	17
3.2.4 Die herrschende Lehre und Rechtsprechung .....	18
A) Unzureichende Buchführung .....	18
B) Unterlassen der Überschuldungsanzeige resp. Sanierungsmassnahmen.....	19
C) Fehlende Neubesetzung der Revisionsstelle .....	20
D) Mangelhafte Fachkenntnisse / Übernahmeverschulden .....	20

3.2.5	Praxishinweise auf „krasse Sorgfaltspflichtverletzungen“ im objektiven Sinn .....	21
A)	Verletzungen in Kompetenzbereich des Täters.....	21
B)	Verletzungen in objektiv wichtigem Kompetenz- bzw. Aufgabenbereich.....	22
C)	Verletzungen mit massgeblichem Einfluss auf das Geschäftsvermögen .....	22
D)	Grosses Risiko einer negativen Veränderung des Geschäftsvermögens.....	22
<b>3.3</b>	<b>Die „arge Nachlässigkeit“ als Fahrlässigkeitsdelikt .....</b>	<b>22</b>
3.3.1	Die „arge Nachlässigkeit“ als Vorsatz- und Fahrlässigkeitsdelikt.....	22
3.3.2	Das Übernahmeverschulden.....	24
3.3.3	Würdigung der Fahrlässigkeitsregelung in Art. 165 StGB.....	26
<b>4.</b>	<b>Die „arge Nachlässigkeit“ des Verwaltungsrates in der Aktiengesellschaft.....</b>	<b>27</b>
<b>4.1</b>	<b>Bedeutung der verwaltungsrätlichen Tätigkeit .....</b>	<b>27</b>
<b>4.2</b>	<b>Zentrale Aufgaben des Verwaltungsrates .....</b>	<b>27</b>
4.2.1	Oberleitung .....	27
4.2.2	Festlegung der Organisation.....	29
4.2.3	Finanzverantwortung .....	30
4.2.4	Ernennung und Abberufung der Geschäftsleitung.....	31
4.2.5	Oberaufsicht über die Geschäftsführung .....	32
4.2.6	Geschäftsbericht und Vorbereitung der Generalversammlung .....	33
4.2.7	Benachrichtigung des Richters gemäss Art. 725 OR .....	33
4.2.8	Weitere ausgewählte Pflichten gemäss Obligationenrecht.....	34
A)	Pflicht zur Durchführung der Kapitalerhöhung .....	34
B)	Kontroll- und Schutzpflichten im Zusammenhang mit Sacheinlagen.....	35
<b>4.3</b>	<b>Die „arg nachlässige“ Aufgabenerfüllung.....</b>	<b>35</b>
4.3.1	Die Verletzung der Sorgfaltspflichten i.S.v. Art. 717 OR.....	35
4.3.2	Das Verhältnis zwischen Art. 754 OR i.V.m. Art. 717 OR und Art. 165 StGB.....	36
<b>5.</b>	<b>Würdigung .....</b>	<b>36</b>

## II. LITERATURVERZEICHNIS

BOLL JÜRIG, Die grobe Verletzung von Verkehrsregeln, Davos 1999 (zit.: Boll)

BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich 2010 (zit.: Böckli)

DONATSCH ANDREAS / FLACHSMANN STEFAN / HUG MARKUS / WEDER ULRICH, Schweizerisches Strafgesetzbuch, 18. Auflage, Zürich 2010

DONATSCH ANDREAS, Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen, 9. Auflage, Zürich 2008 (zit.: Donatsch)

MEIER – HAYOZ ARTHUR / FORSTMOSER PETER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10. Auflage, Bern 2007 (zit.: Meier – Hayoz / Forstmoser)

HAFTER ERNST, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil, Berlin 1937 (zit.: Hafter)

HERREN PETER, Die Misswirtschaft gemäss Art. 165 StGB, Diss. Zürich 2006 (zit.: Herren)

HOMBURGER ERIC / HARDMEIER HANS ULRICH, Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, Das Obligationenrecht, Bd. V/5b, Die Aktiengesellschaft, Verwaltungsrat, Art. 707 – 726 OR, 2. Auflage, Zürich 1997 (zit.: ZK – Homburger)

HONSELL HEINRICH: Entwicklungstendenzen im strafrechtlichen Vermögensschutz, in: ACKERMANN JÜRIG-BEAT / DONATSCH ANDREAS / REHBERG JÖRG, Wirtschaft und Strafrecht, Festschrift für Niklaus Schmid zum 65. Geburtstag, Zürich 2001 (zit.: Honsell, in: FS Schmid)

HONSELL HEINRICH / NEDIM PETER VOGT / WATTER ROLF (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II – Art. 530 – 1186 OR, 3. Auflage, Basel 2008 (zit.: BSK OR II – BearbeiterIn)

NIGGLI MARCEL / WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.) Basler Kommentar Strafgesetzbuch I, Art. 1 – 110 StGB, 2. Auflage, Basel 2007 (zit.: BSK StGB I – BearbeiterIn)

NIGGLI MARCEL / WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar Strafgesetzbuch II, Art. 111 – 392 StGB, 2. Auflage, Basel 2007 (zit.: BSK StGB II – BearbeiterIn)

REHBERG JÖRG / SCHMID NIKLAUS, Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen, 6. Auflage, Zürich 1994 (zit.: Rehberg / Schmid)

SEELMANN KURT, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Basel 2007 (zit.: Seelmann)

SCHUBARTH MARTIN / ALBRECHT PETER, Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, Schweizerisches Strafgesetzbuch Besonderer Teil, 2. Band, Delikte gegen das Vermögen, Art. 137 – 172 StGB, Bern 1990 (zit. Schubarth / Albrecht)

SOMMER CHRISTA, Die Treuepflicht des Verwaltungsrates gemäss Art. 717 OR, Zürich 2010 (zit. Sommer)

STRATENWERTH GÜNTER, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I: Straftaten gegen die Individualinteressen, 5. Auflage, Bern 1995

STRATENWERTH GÜNTER / WOHLERS WOLFGANG, Schweizerische Strafgesetzbuch – Handkommentar, 2. Auflage, Bern 2009 (zit.: Stratenwerth / Wohlers)

TRECHSEL STEFAN / CRAMERI DEAN, Art. 158 StGB, in: TRECHSEL STEFAN ET AL. (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2008 (zit.: Trechsel / Crameri)

TRECHSEL STEFAN / JEAN-RICHARD-DIT BRESSEL MARC, Art. 29 StGB, in: TRECHSEL STEFAN ET AL. (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2008 (zit.: Trechsel / Jean-Richard-Dit-Bressel)

TRECHSEL STEFAN / OGG MARCEL, Art. 165 StGB, in: TRECHSEL STEFAN ET AL. (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2008 (zit.: Trechsel / Ogg)

WEYAND RAIMUND / DIVERSY JUDITH, Insolvenzdelikte, Unternehmenszusammenbruch und Strafrecht, 8. Auflage, Berlin 2010 (zit.: Weyand / Diversy)

### **III. MATERIALIENVERZEICHNIS**

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf enthaltend das schweizerische Strafgesetzbuch vom 23. Juli 1918

Bericht zum Vorentwurf über die Änderung des Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes betreffend die strafbaren Handlungen gegen das Vermögen und die Urkundenfälschung vom Kommissionspräsidenten, Herrn Dr. iur. Hans Schultz, vom 15. März 1983

Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens zum Vorentwurf über die Änderung des Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes betreffend die Strafbaren Handlungen gegen das Vermögen und die Urkundenfälschung, Bern, Juni 1987

Zusammenfassung der Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens zum Vorentwurf über die Änderung des Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes betreffend die strafbaren Handlungen gegen das Vermögen und die Urkundenfälschung, Bern, 30. November 1987

Protokolle der 45. – 65. Sitzung über die Beratungen betreffend Strafbare Handlungen gegen das Vermögen und die Urkundenfälschung der Expertenkommission für die Revision des Strafgesetzbuches, BAND II (57. – 65. Sitzung), Bern, September 1988

Beschlussprotokolle der Arbeitsgruppe des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements für die Erarbeitung der Botschaft betreffend die Vermögensdelikte, 1. – 15. Sitzung, 20. September 1988 bis 5. Dezember 1989 in Bern

Vorentwurf der Expertenkommission für die Revision des Strafgesetzbuches, Änderung des Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes betreffend die Strafbaren Handlungen gegen das Vermögen und die Urkundenfälschung

Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Strafbare Handlungen gegen das Vermögen und Urkundenfälschung) sowie betreffend die Änderung des Bundesgesetzes über die wirtschaftliche Landesversorgung (Strafbestimmungen) vom 24. April 1991

#### IV. ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a	alt (frühere Fassung des betreffenden Gesetzes)
Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft(en)
a.M.	anderer Meinung
AuG	Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 16. Dezember 2005 (Ausländergesetz; SR 142.20), in der geltenden Fassung
Art.	Artikel
BBl	Bundesblatt
BEHG	Bundesgesetz vom 24. März 1995 über die Börsen und den Effektenhandel (Börsengesetz; SR 954.1) in der geltenden Fassung
bzw.	beziehungsweise
Diss.	Dissertation
d.h.	das heisst
dStGB	Deutsches Strafgesetzbuch vom 15. Mai 1871 (RGBl. 127), in der geltenden Fassung
etc.	et cetera
f.	und folgende/r (Seite, Artikel, Randnote etc.)
ff.	und folgende (Seiten, Artikel, Randnoten etc.)
GmbH	Gesellschaft(en) mit beschränkter Haftung
h.L.	herrschende Lehre
HRegV	Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007 (SR 211.411), in der geltenden Fassung
Hrsg.	Herausgeber
i.d.R.	in der Regel
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
KAG	Bundesgesetz vom 23. Juni 2006 über die kollektiven Kapitalanlagen (Kollektivanlagengesetz; SR 951.31), in der geltenden Fassung
KMU	kleine und mittlere Unternehmen
m.E.	meines Erachtens
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N.	Randnote
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Titel: Obligationenrecht; SR 220), in der geltenden Fassung
resp.	respektive

S.	Seite(n)
SchKG	Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs (SR 281.1), in der geltenden Fassung
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0), in der geltenden Fassung
Swiss GAAP FER	Schweizer Fachempfehlungen zur Rechnungslegung
usw.	und so weiter
v.a.	vor allem
vgl.	vergleiche
Ziff.	Ziffer
z.B.	zum Beispiel
z.T.	zum Teil

## V. KURZFASSUNG

In Betrachtung der jährlich eröffneten Konkurse – insbesondere von Handelsgesellschaften – stellt die Misswirtschaft einen relativ selten angewendeten Tatbestand dar, was aber den verursachten volkswirtschaftlichen Schäden und der anzunehmenden Dunkelziffer kaum gerecht wird. Die Gründe für die geringe Anwendung dieser Strafnorm liegen wohl v.a. in den beschränkten personellen Kapazitäten der Konkurs- und Strafverfolgungsbehörden, aber auch in der unzureichend formulierten Misswirtschaftsnorm von Art. 165 StGB.

Die Misswirtschaftsnorm richtet sich dem Wortlaut nach gegen den Konkurs- und Pfändungsschuldner. Zugleich ist sie gemäss der in Art. 29 StGB enthaltenen Organ- und Vertreterhaftung auch betreffend Personen anwendbar, welche für den Schuldner in leitenden Positionen handeln.

Die Misswirtschaftsnorm ist als konkretes Gefährdungsdelikt darauf ausgelegt, Bankrotthandlungen zu pönalisieren, welche das Schuldnervermögen vermindern und dadurch die Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit des Schuldners bewirken bzw. verstärken. Dabei greift die Norm auf eine Generalklausel zurück, nennt jedoch zusätzlich eine nicht abschliessende Anzahl gegenseitig gleichwertiger Bankrotthandlungen.

Eine dieser gesetzlich genannten Bankrotthandlung bildet die „arge Nachlässigkeit in der Berufsausübung und Vermögensverwaltung“. Diese Bankrotthandlungen bezieht sich grundsätzlich auf sämtliche im Rahmen einer Erwerbstätigkeit oder Vermögensverwaltung begangenen groben Pflichtverletzungen. Der Begriff der „Vermögensverwaltung“ wiederum lässt sich anhand der im Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung nach Art. 158 StGB enthaltenen Kriterien definieren. Für den Begriff der „Berufsausübung“ fehlt zur Klärung eine Definition, welche herangezogen werden könnte. Dieser Begriff ist im Hinblick auf den Schutzzweck der Misswirtschaftsnorm weit zu auszulegen. Entsprechend drängt sich auf, die „Berufsausübung“ ähnlich der in Art. 11 Abs. 2 AuG erfassten „Erwerbstätigkeit“ zu umschreiben.

Lehre und Rechtsprechung begreifen die „arge Nachlässigkeit“ als Fahrlässigkeitselement. Insofern beinhaltet ein nachlässiges Handeln oder Unterlassen immer eine Sorgfaltspflichtverletzung. In Nachachtung des Schutzzwecks der Misswirtschaftsnorm soll kein allzu strenger Massstab an misswirtschaftsrelevante Sorgfaltspflichtverletzungen gestellt werden. Insofern ist grundsätzlich jede Pflichtverletzung, welche geeignet ist, das Vermögen des Schuldners zu verringern und damit die Überschuldung/Zahlungsunfähigkeit

herbeizuführen, als potentielle Bankrotthandlung zu werten. Dabei ist jedoch die Einschränkung zu beachten, dass nur „arge“, d.h. schwere Pflichtverletzungen, welche krass gegen ökonomische Prinzipien verstossen, tatbestandsmässig sind. Allgemeingültige Kriterien zu finden, wann eine Sorgfaltspflichtverletzung „arg“ ist, stellt dabei ein schwieriges Unterfangen dar. Als möglicher Ansatzpunkt können aber bestimmte Hinweise auf eine „arge Nachlässigkeit“ formuliert werden. Kumulativ wird zu verlangen sein, dass die Sorgfaltspflichtverletzungen einen Aufgabenbereich des Schuldners resp. des für ihn handelnden Organs oder Vertreters betreffen und dieser Aufgabenbereich für den Geschäftsbetrieb von grosser Tragweite ist. Die Sorgfaltspflichtverletzungen müssen sodann ein hohes Risiko bergen, das Schuldnervermögen in erheblicher Weise zu schmälern. Erst wenn diese Hinweise kumulativ gegeben sind, ist eine „arge Nachlässigkeit“ indiziert und – bei einer eingetretenen bzw. verstärkten Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit wie auch bei gegebener objektiver Strafbarkeitsbedingung – eine Bankrotthandlung im Sinne einer „argen Nachlässigkeit in der Berufsausübung und Vermögensverwaltung“ anzunehmen.

Im Sinne praktikabler Arbeitsschritte ist die Bankrotthandlung primär unter objektivierten Gesichtspunkten zu prüfen, da diese im Sinne eines „minimal standards“ im Wirtschaftsverkehr und damit ähnlich dem Strassenverkehr erwartet werden dürfen. Liegt nach objektiv-wirtschaftlicher Betrachtung eine „arge Nachlässigkeit“ vor, ist diese dem Täter auch subjektiv zuzurechnen. Entweder handelte der Täter dann (eventual-)vorsätzlich oder – bei nach individuellen Gesichtspunkten anzunehmender Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit – fahrlässig. Beging der Täter die Verletzung der evidenten und bedeutsamen Sorgfaltspflicht, weil ihm diese infolge Unkenntnis oder Unfähigkeit gar nicht bewusst war, ist im Geschäftsverkehr regelmässig ein Übernahmeverschulden anzunehmen. Insbesondere bei Handelsgesellschaften muss davon ausgegangen werden, dass jemand, der fähig war, eine Handelsgesellschaft zu gründen und im Handelsregister eintragen zu lassen, auch die Fähigkeit besitzt, sich über die wesentlichen Sorgfaltspflichten ins Bild zu setzen.

Auf Grund der Bedeutung der Rechtsform der AG ist die Bankrotthandlung der „argen Nachlässigkeit in der Berufsausübung und Vermögensverwaltung“ sodann auch bei der Tätigkeit des Verwaltungsrates denkbar. Insbesondere können dort relevante Sorgfaltspflichtverletzungen im Bereich der unentziehbaren Aufgaben nach Art. 716a OR vorkommen. Hervorzuheben sind hierbei v.a. Nachlässigkeiten bei eingetretener Überschuldung der AG oder im Bereich der Finanzverantwortung des Verwaltungsrates – hierbei insbesondere betreffend Buchführungspflichten – wie auch im Zusammenhang mit der Ernennung und Abberufung der Geschäftsführung.



## 1. Einleitung

Die Misswirtschaft im Sinne von Art. 165 StGB bildet den selten angewendeten Auffangtatbestand eines an sich schon stiefmütterlich behandelten Rechtsgebietes, den Betreibungs- und Konkursdelikten. Ein Blick auf die Statistik verrät, dass im Jahr 2007 bei 12'681 rechtskräftigen Verurteilungen wegen strafbaren Handlungen gegen das Vermögen (Art. 137 – 170 StGB) nur 65 Urteile wegen Misswirtschaft ergingen.<sup>1</sup> Im Jahr 2008 standen den 13'458 ergangenen Verurteilungen wegen Vermögensdelikten nur deren 40 wegen Misswirtschaft gegenüber. Im Jahr 2009 fielen von 14'035 Verurteilungen gerade mal 56 auf den Misswirtschaftstatbestand.

An dieser Stelle ist die Anzahl der eröffneten Konkurse zu erwähnen. Im Jahr 2007 erfolgten in der Schweiz 10'712 Konkurseröffnungen. Im Jahr 2008 belief sich diese Zahl auf 10'741, im Jahr 2009 auf 11'587.

Diese Zahlen besagen, dass auf über 200 Konkurseröffnungen ein Misswirtschaftsdelikt entfällt. Bei dieser Berechnung ist noch nicht einmal berücksichtigt, dass ein Teil der Verurteilungen wegen Misswirtschaft auf Pfändungs- und nicht auf Konkurschuldner fällt. Die Anzahl der Verurteilungen dürfte in keiner Weise den tatsächlichen Verhältnissen und Erfahrungen aus der Praxis entsprechen. Es darf vermutet werden, dass man bei genauer Betrachtung des Einzelfalles im Rahmen fast jedes Konkursverfahrens eine strafrechtlich relevante Verfehlung finden würde. Auch wenn entsprechende Studien in der Schweiz fehlen, lassen die Erfahrungen aus Deutschland aufhorchen. Gemäss einer deutschen Studie werden in 80 – 90 Prozent der Firmenzusammenbrüche Wirtschaftsstraftaten begangen.<sup>2</sup> Daraus ist zu folgern, dass die Dunkelziffer betreffend Betreibungs- und Konkursdelikten und insbesondere hinsichtlich der Misswirtschaft erheblich sein dürfte.

Die Betreibungs- und Konkursdelikte schützen das Gläubigervermögen. Während dem Pfändungsschuldner i.d.R. wenige Gläubiger mit überschaubaren Forderungsbeträgen gegenüber stehen, sind bei Konkursen oftmals zahlreiche Gläubiger mit bedeutenden Forderungssummen involviert.<sup>3</sup> Der Botschaft zum revidierten Art. 165 StGB ist denn auch zu entnehmen, dass die Verfolgung von Wirtschaftsstraftaten im Vordergrund steht und diese bei Konkurschuldnern ein grosses Risikopotential zeitigen.<sup>4</sup> Der Gesetzgeber geht bei Konkurschuldnern mit anderen Worten von einem grösseren Risikopotential und einem entsprechend höheren Verfolgungsinteresse aus. Dies zeigt sich bei Konkurschuldnern sodann in der Ausgestaltung als Offizialdelikt, während dessen Misswirtschaftshandlungen bei Pfändungsschuldnern nur auf Antrag hin verfolgt werden. Nach einer kurzen Betrachtung der gesetzlich vorgesehenen Konkurschuldner gemäss Art. 39 Abs. 1 SchKG kann sodann der Schluss gezogen werden, dass v.a. bei Handelsgesellschaften regelmässig grosse Kapitalien involviert sind und somit ein grosses Schädigungspotential im Konkursfall gegeben ist.

Der Grund für die tiefe Anzahl an rechtskräftigen Verurteilungen wegen Misswirtschaft ist angesichts der effektiven Fälle und des darin enthaltenen Risikopotentials äusserst unbefriedigend. Die tiefe Anzahl an Verurteilungen dürfte mehrere Ursachen haben.

---

<sup>1</sup> Bundesamt für Statistik, Straftaten nach Strafartikel.

<sup>2</sup> Weyand/Diversy; S. 5.

<sup>3</sup> Herren, S. 142.

<sup>4</sup> BBl 1991 S. 1062.

Personelle Kapazitätsengpässe bei Konkurs- und Strafverfolgungsbehörden spielen hierbei eine gewichtige Rolle. Realistisch betrachtet handelt es sich bei solchen Delikten zudem um Fälle, welche stets mit einem sehr grossen Untersuchungsaufwand und erheblichen Verfahrenskosten verbunden sind. Zugleich befindet sich auch der Beschuldigte oft in dürftigen finanziellen Verhältnissen. Dies führt letztlich dazu, dass solche Strafuntersuchungen regelmässig von der Staatskasse getragen werden müssen, was minutiöse Untersuchungen sicherlich nicht fördert. Zu guter Letzt ist die marginale Anzahl der Verurteilungen wegen Misswirtschaft wohl auch auf die „schwammige“ Formulierung des Art. 165 StGB zurück zu führen. Bei kaum einer Bankrotthandlung zeigt sich die undifferenzierte Formulierung derart, wie bei der „argen Nachlässigkeit in der Berufsausübung und Vermögensverwaltung“. Gemäss Botschaft erfasst der Misswirtschaftstatbestand „prinzipiell erlaubte Arten des Wirtschaftens“, welche sodann im Wesentlichen zur Überschuldung, Zahlungsunfähigkeit oder Verschlimmerung der schuldnerischen Vermögenslage führen.<sup>5</sup> An dieser Stelle sei auch anzuführen, dass durchschnittlich jede zweite Neugründung ihre ersten fünf Betriebsjahre nicht überlebt.<sup>6</sup> Wirtschaften ist somit immer mit einem gewissen Risiko behaftet, gleichzeitig aber gesellschaftlich wie gesetzgeberisch geduldet, - mehr noch - gewünscht. In Berücksichtigung der Statistik ist – überspitzt formuliert – ein riskantes Wirtschaften erlaubt. Das Problem liegt nun darin, festzustellen, wann ein riskantes Wirtschaften vom Erlaubten ins Unzulässige „kippt“. Auf jeden Fall liegt ein schmaler Grat zwischen dem straflosen unternehmerischen Misserfolg und der strafrechtlich relevanten Misswirtschaft. Der Laie denkt wohl, dass es dem Strafverfolger paradisisch anmuten muss, in einem derart grossen Ermessensspielraum wirken zu können. Hierzu ist eher festzuhalten, dass Rechtsunsicherheiten nicht nur die Normadressaten verunsichern, sondern auch den Untersuchungsrichter/Staatsanwalt. Dies gilt umso mehr bei den seltenen Fällen einer Anklageerhebung, wo das Ermessen sodann beim Gericht liegt.

Gegenstand dieser Masterarbeit ist, der Rechtsunsicherheit ein wenig entgegen zu treten, indem ein kurzer Abriss über den Misswirtschaftstatbestand erfolgt. Zur Einführung wird der Rechtsgüterschutz, die Frage der Organ- resp. Vertreterhaftung und – im Sinne einer Übersicht – auch die gesetzgeberisch normierten Bankrotthandlungen behandelt. Sodann geht es darum, die Bankrotthandlung der „argen Nachlässigkeit in der Berufsausübung und Vermögensverwaltung“ ausgehend von der Lehre und Rechtsprechung begrifflich aufzuarbeiten. Abgeschlossen wird die Thematik der Misswirtschaft im Allgemeinen mit der Problemstellung Vorsatz/Fahrlässigkeit. Angesichts der Bedeutung von Aktiengesellschaften und deren Konkurse erscheint eine ergänzende Betrachtung der verwaltungsrätlichen Handlungen im Hinblick auf „die arge Nachlässigkeit“ als notwendig.

## **2. Der Misswirtschaftstatbestand im Allgemeinen**

### **2.1 Rechtsgut und Angriffsobjekt**

Die Betreibungs- und Konkursdelikte bilden systematisch einen Bestandteil der Vermögensdelikte und schützen entsprechend – neben den Interessen der Zwangsvollstreckung als Bestandteil der Rechtspflege – die Ansprüche der Gläubiger im Betreibungs- und Konkursverfahren.<sup>7</sup> Strafrechtlich relevant sind Verhaltensweisen des

---

<sup>5</sup> BBl 1991, S. 1062.

<sup>6</sup> Bundesamt für Statistik, Überlebensraten neuer Unternehmungen 2003 – 2007.

<sup>7</sup> Donatsch, S. 322.

Schuldners, welche die Durchsetzung dieser Gläubigeransprüche vereiteln oder zumindest gefährden. Geschütztes Rechtsgut ist somit das Vermögen des Gläubigers.

Die nach Art. 163 ff. StGB normierten Delikte richten sich jedoch nicht direkt gegen das Vermögen des Gläubigers, sondern vielmehr gegen das Schuldnervermögen.<sup>8</sup> Die Straftatbestände der Betreibungs- und Konkursdelikte pönalisieren demnach Handlungen, welche unmittelbar in das Schuldnervermögen eingreifen und zumindest dazu geeignet sind, dieses zu vermindern und somit das dem Gläubiger zur Verfügung stehende Haftungssubstrat zu schmälern. Insbesondere beim beschränkten Haftungssubstrat juristischer Personen besteht bei vermögensvermindernden Handlungen die Gefahr, dass das Schuldnervermögen nicht zur Befriedigung der Gläubiger ausreicht. Konkret geht es im Art. 165 StGB deshalb darum, Bankrotthandlungen zu bestrafen, welche zur Überschuldung resp. deren Verschlimmerung oder zur Zahlungsunfähigkeit führen. Mit der Überschuldung/Zahlungsunfähigkeit besteht per se die latente Gefahr, dass die Forderungen aus Fremdkapital nicht gedeckt werden können und somit Gläubiger unbefriedigt bleiben. Im Falle des Misswirtschaftstatbestandes handelt es sich darum – wie bei Art. 163 und Art. 164 StGB auch – um ein konkretes Gefährdungsdelikt. Es muss somit auch kein Schaden der Gläubiger eintreten und folglich auch nicht nachgewiesen werden. Eine Misswirtschaft ist somit auch strafbar, wenn im Rahmen des Konkursverfahrens die Gläubigerforderungen durch die Konkursdividenden gedeckt sind.

## 2.2 Täter

### 2.2.1 Definition des Täters nach Art. 165 StGB

Nach Wortlaut von Art. 165 StGB kommt nur der Schuldner als Täter in Frage. Auf Grund der objektiven Strafbarkeitsbedingung bezieht sich der Begriff „Schuldner“, auf den Konkurschuldner oder aber den fruchtlos betriebenen Pfändungsschuldner. Die Misswirtschaft ist somit von Gesetzes wegen als echtes Sonderdelikt ausgestaltet. Ein beteiligter Dritter kann nur als Gehilfe oder Anstifter bestraft werden.<sup>9</sup> Eine Strafnorm, welche den Dritten als Täter erfasst, fehlt beim Misswirtschaftstatbestand im Gegensatz zu den Art. 163 Ziff. 2 und Art. 164 Ziff. 2 StGB.

### 2.2.2 Organ-/Vertreterhaftung bei der Misswirtschaft

Im Hinblick auf die Konkurschuldner im Sinne von Art. 39 Abs. 1 SchKG betreffen Misswirtschaftshandlungen i.d.R. Handelsgesellschaften und dabei v.a. juristische Personen (AG, GmbH etc.). Schuldner im Sinne von Art. 165 StGB ist in diesen Fällen die juristische Person selbst, während die für die juristische Person handelnden Personen als Organe bzw. Vertreter fungieren. Da diese für die Gesellschaft auftretenden Personen die Schuldneigenschaft nicht besitzen, handelt es sich bei diesen streng genommen um „Dritte“.

Handelsgesellschaften gelten als Unternehmungen im Sinne von Art. 29 StGB. Nach Art. 29 StGB werden strafbarkeitsbegründende Verletzungen von Pflichten, die einer juristischen Person obliegen, den für die juristische Person handelnden Organen, Gesellschaftern, Mitarbeitern mit selbständigen Entscheidungsbefugnissen und faktischen Geschäftsführern zugerechnet. Auf den Misswirtschaftstatbestand übertragen führt dies zum Schluss, dass sich

---

<sup>8</sup> Herren, S. 43.

<sup>9</sup> Rehberg/Schmid, S. 337; Herren, S. 104 f.; a.M. BSK StGB II – Brunner, N. 16 zu Art. 165 StGB.

die Strafbarkeit der Organe einer konkursiten Unternehmung ebenfalls aus Art. 29 StGB ergibt.<sup>10</sup> Pflichtverletzungen, welche nicht von Organen oder Vertretern i.S.v. Art. 29 StGB begangen werden, kommen als Misswirtschaftshandlungen ohnehin nicht in Betracht. Selbst wenn Art. 29 lit. c StGB eine Organ- bzw. Vertreterhaftung auch auf Personen mit selbständigen Entscheidungsbefugnissen zulässt, betrifft dies nur Personen, welche die Gesellschaft nach aussen rechtsverbindlich vertreten können (Prokurist, Bevollmächtigter etc.). Überdies muss die Entscheidungsgewalt von einer grösseren Tragweite sein.<sup>11</sup>

Die Anwendung der Organ- bzw. Vertreterhaftung beim Misswirtschaftstatbestand und damit auch bei der Bankrothandlung der „argen Nachlässigkeit in der Berufsausübung und Vermögensverwaltung“ macht gewisse dogmatische Überlegungen nötig.

Es stellt sich die Frage, ob der Art. 29 StGB auch zur Anwendung gelangt, wenn die Sonderpflichten von Gesetzes wegen gar nicht der Unternehmung, sondern den Organen obliegen. Im Hinblick auf spätere Ausführungen ist insbesondere an das Pflichtenheft der Verwaltungsräte zu denken, welches sich aus den rechtlichen Bestimmungen zur AG ergibt. Wo der Verwaltungsrat zum Beispiel gegen die ihm obliegende Pflicht der Überschuldungsanzeige nach Art. 725 Abs. 2 OR verstösst und dies zur Verschlimmerung der gesellschaftlichen Finanzsituation führt, verletzt er nicht Sonderpflichten der Unternehmung, jedoch gerade die dem Geschäftsführer obliegenden Pflichten. Nicht die AG ist zur Überschuldungsanzeige verpflichtet, sondern der Verwaltungsrat als Organ. Art. 29 StGB verlagert in dieser Konstellation gar keine Sonderpflichten, sondern eine Tütereigenschaft. Tatsache ist, dass das Organ unabhängig von Art. 29 StGB Pflichten innehat, aber eben gerade nicht „Schuldner“ ist. Im Gegensatz zu Art. 172 aStGB spricht Art. 29 StGB nicht von „persönlichen Merkmalen“, die auf Vertreter angewendet werden, sondern von „besonderen Pflichten“. Die Neuregelung von Art. 29 StGB diene der Ausdehnung der Vertreterhaftung – im Gegensatz zu Art. 172 aStGB – auf alle Sonderdelikte.<sup>12</sup> Die h.L. sieht darin kein Problem, handle es sich doch bei der Ersetzung in „besondere persönliche Merkmale“ durch „besondere Pflichten“ um eine rein redaktionelle Präzisierung.<sup>13</sup> Demnach beinhalten die mit Art. 29 StGB übertragenen täterschaftlichen Qualifikationen nicht nur Sonderpflichten, sondern auch Tütereigenschaften (z.B. Schuldneigenschaften).<sup>14</sup>

Der Anwendbarkeit von Art. 29 StGB auf Misswirtschaftsfälle ist somit an sich nichts entgegen zu setzen. Es bleibt jedoch die Anmerkung, dass die mit der Revision eingeführte „Präzisierung“ hinsichtlich der Tütereigenschaften nicht auf den ersten Blick erkennbar und deshalb unklar ist. Insofern wäre es wünschenswert gewesen, man hätte die wörtliche Erwähnung der „Tütereigenschaften“ neben der neuen Anmerkung der Sonderpflichten beibehalten.

---

<sup>10</sup> Herren, S. 108 f.

<sup>11</sup> Vgl. BSK StGB I – Weissenberger, N 14 zu Art. 29 StGB.

<sup>12</sup> Stratenwerth/Wohlers, N. 1 zu Art. 29 StGB.

<sup>13</sup> Trechsel/Jean-Richard-Dit-Bressel, N. 1 zu Art. 29 StGB.

<sup>14</sup> BSK StGB I – Weissenberger, N. 1 und 3 zu Art. 29 StGB.

## 2.3 Tathandlung

### 2.3.1 Tathandlung im Allgemeinen

Der Gläubiger soll – dies bildet die Stossrichtung von Art. 165 StGB – davor geschützt werden, dass der Schuldner sein Vermögen durch krass gegen rational-ökonomische Prinzipien verstossende Handlungen derart vermindert, dass er zahlungsunfähig wird, in die Überschuldung fällt oder eine Überschuldungssituation noch verschlimmert.<sup>15</sup> Die Zahlungsunfähigkeit wird als gegeben erachtet, wenn der Schuldner wegen einem andauernden Mangel an Liquidität fällige Geldschulden nicht mehr bezahlen kann. Die Überschuldung wiederum zeigt sich darin, wenn die Aktiven das Fremdkapital nicht mehr decken.<sup>16</sup> Der Art. 165 Ziff. 1 StGB bedient sich einer Generalklausel, worin die Kriterien der strafrechtlich relevanten Bankrotthandlungen allgemein ausgeführt werden:

*„Der Schuldner, der in anderer Weise als nach Art. 164, durch Misswirtschaft, (...) seine Überschuldung herbeiführt oder verschlimmert, seine Zahlungsunfähigkeit herbeiführt oder im Bewusstsein seiner Zahlungsunfähigkeit seine Vermögenslage verschlimmert.“*

Diese Generalklausel erfasst an sich erlaubte Arten des Wirtschaftens, welche jedoch so betrieben werden, dass andere durch die beschriebene Verschlechterung der Finanzsituation zu Schaden kommen.<sup>17</sup> Jede Handlung, welche der Schuldner im Wissen um deren mögliche Tragweite und in Kenntnis der finanziellen Situation vornimmt und die zur Überschuldung oder deren Verschlimmerung resp. zur Zahlungsunfähigkeit führt, stellt demnach eine tatbestandsmässige Bankrotthandlung dar.<sup>18</sup>

Der Art. 165 Ziff. 1 Abs. 1 StGB enthält weiter Konkretisierungen der Generalklausel in Form einiger Regelbeispiele, wobei der Katalog an Tathandlungsvarianten nicht abschliessend ist.<sup>19</sup> Der nicht abschliessende Charakter ergibt sich aus dem Begriff „namentlich“. Der Art. 165 StGB umgrenzt den Bereich der Handlungsvarianten somit sehr grosszügig. Dies wird sicherlich den mannigfachen Erscheinungsformen der wirtschaftlichen Tätigkeit eher gerecht, erscheint jedoch im Hinblick auf das in Art. 1 StGB statuierte Legalitätsprinzip als nicht unproblematisch.<sup>20</sup> Dies zeigt sich – worauf noch eingegangen wird – insbesondere auch an der Bankrotthandlung der „argen Nachlässigkeit in der Berufsausübung und Vermögensverwaltung“.

### 2.3.2 Verhältnis der Bankrotthandlungen

Die Bankrotthandlungen sind einander gleichwertig. Führen mehrere Bankrotthandlungen zum Konkurs, so werden sie in einer Gesamtwürdigung der einzelnen Verhaltensweisen als Einheit verstanden.<sup>21</sup> Dies gilt für die vom Gesetz vorgesehenen Regelbeispiele, muss jedoch auch für die unter die Generalklausel zu subsumierenden und nicht gesetzlich geregelten Handlungsvarianten gelten, welche ja ebenfalls in einer Gesamtwürdigung zu betrachten sind.

<sup>15</sup> Vgl. BSK StGB II – Brunner, N. 21 zu Art. 165 StGB.

<sup>16</sup> Donatsch, S. 337.

<sup>17</sup> Bericht Expertenkommission vom 15.03.1989, S. 39.

<sup>18</sup> Vgl. BSK StGB II – Brunner, N. 20 zu Art. 165 StGB.

<sup>19</sup> Stratenwerth/Wohlers, Art. 165 N. 3.

<sup>20</sup> Vgl. zur Problematik: Herren, S. 56 m.w.H.

<sup>21</sup> BGE 109 IV 113, E.1c; BGE 123 IV 193, E. 2.

Als namhafte Beispiele liefern die in Art. 165 StGB aufgezählten Bankrotthandlungen zugleich Anhaltspunkte für die beabsichtigte Stossrichtung hinter Art 165 StGB und dienen somit der Auslegung nicht genannter Tathandlungsvarianten aber auch der gesetzlich normierten Bankrotthandlungen.

Tatsache ist, dass die Übergänge zwischen den Bankrotthandlungen z.T. recht fließend und daher schwer abzugrenzen sind. Die Gleichwertigkeit, die einheitliche Betrachtung und der nicht abschliessende Charakter der gesetzlich normierten Bankrotthandlungen führen in der Praxis aber zu einer Vereinfachung. In strafprozessualer Hinsicht zeigt sich diese Vereinfachung darin, dass der gemäss Art. 9 StPO genau zu umschreibende Sachverhalt durchaus Komponenten verschiedener Bankrotthandlungen enthalten darf, sofern diese in ihrer gesamtheitlichen Betrachtung ökonomisch gesehen als völlig irrationale Handlung zu qualifizieren sind.

### **2.3.3 Gesetzlich definierte Bankrotthandlungen**

#### **A) Ungenügende Kapitalausstattung**

Die Bankrotthandlung der ungenügenden Kapitalausstattung bezieht sich auf die Eigenkapitalbasis einer Unternehmung. Das Eigenkapital resp. dessen effektive Deckung durch das Aktivvermögen bildet das Haftungssubstrat der Unternehmung. Im „Worst-Case-Szenario“ des Konkurses dient es respektive die dadurch gespeisten Aktiven der Befriedigung allfälliger Gläubigerforderungen und damit dem Gläubigerschutz.

Zu denken ist in der Praxis bei dieser Bankrotthandlung insbesondere an zwei Fälle. Der eine Fall betrifft denjenigen der sogenannten Schwindelgründung. Gemäss Botschaft liegt eine solche Schwindelgründung vor, wenn das gesetzliche Mindestkapital nicht oder völlig unzureichend gedeckt ist.<sup>22</sup> Von dieser Konstellation ist sicherlich auszugehen, wenn erforderliche Sacheinlagen nur temporär – klassischerweise im Hinblick auf die Gesellschaftsgründung – zur Verfügung stehen. Bei diesem Vorgehen steht der zu gründenden Gesellschaft die Verfügungsgewalt über die eingelegten Vermögenswerte also nicht vorbehaltlos zu.<sup>23</sup> Auch ist von einer Schwindelgründung die Rede, wenn Sacheinlagen in unbegründeter Weise überbewertet werden. Da mit der Gesellschaftsgründung regelmässig öffentliche Beurkundungen wie auch der Handelsregistereintrag anfällt, wird – dies im Sinne einer Randbemerkung – regelmässig auch die Erschleichung einer falschen Beurkundung nach Art. 253 StGB wie auch die unwahre Angabe gegenüber Handelsregisterbehörden nach Art. 153 StGB mit der Misswirtschaft einhergehen.

Eine weitere Konstellation der ungenügenden Kapitalausstattung stellt die Unterkapitalisierung dar. Im Sinne einer sorgfältigen Finanzplanung ist eine Unternehmung gehalten, ein im Hinblick auf die Unternehmensgrösse angemessenes und aus Eigenkapital gespeistes Vermögen bereit zu halten.<sup>24</sup> Nur aus Eigenmitteln finanzierte Vermögenswerte dienen dem Gläubigerschutz, da nur sie von Ansprüchen anderer Gläubiger und somit unbelastet von Drittansprüchen verwertbares Vermögenssubstrat bilden. Einen ebenfalls konkreten Anwendungsfall der Unterkapitalisierung sind Aktienmäntel oder Mantelgesellschaften, welche Gesellschaften darstellen, die entweder völlig der Aktiven und

---

<sup>22</sup> BBl 1991 S. 1064.

<sup>23</sup> Vgl. auch BSK StGB II – Brunner, N. 27 zu Art. 165 StGB.

<sup>24</sup> Vgl. BSK – StGB II Brunner, N. 26 zu Art. 165 StGB; Herren, S. 69.

Passiven entleert oder noch nie damit versehen wurden. In diesen Fällen muss das Aktienkapital erst wieder mittels Neuliberierung hergestellt werden.<sup>25</sup>

Jedoch erweist sich nicht jede ex post als unzureichend bewertete Kapitalausstattung als „ungenügend“ im strafrechtlich relevanten Sinn. Hier zeigt sich, dass zur Tatbestandsmässigkeit eine gewisse Schwere erforderlich ist.<sup>26</sup> Hiervon ist nach zivilrechtlicher Rechtsprechung auszugehen, wenn das unternehmerische Risiko faktisch auf den Gläubiger abgewälzt wird.<sup>27</sup>

Von einer solchen Abwälzung ist auszugehen, wenn das Aktienkapital als Haftungssubstrat in einem offensichtlichen Missverhältnis zu den gesellschaftlichen Verbindlichkeiten steht. Hiervon kann zum Beispiel die Rede sein, wenn eine AG nur über ein minimales Aktienkapital von Fr. 100'000.00 verfügt, zugleich aber Kreditorenpositionen von durchschnittlich mehreren hunderttausend Franken, allenfalls sogar in Millionenhöhe gegeben sind. In diesen Fällen muss zwar noch nicht zwingend eine Überschuldung gegeben sein, da die Aktivpositionen – insbesondere unter Einrechnung des Anlagevermögens – durchaus reichen, um das Fremdkapital zu decken. Unter dem Strich ist eine solche Gesellschaft faktisch aber fremdfinanziert, was für das Erfordernis der genügenden Kapitalausstattung m.E. gerade nicht ausreicht.

Wenn die in Art. 165 StGB enthaltene Forderung des Gläubigerschutzes konsequent umgesetzt wird, gehen die Anforderungen an das Aktienkapital demnach weiter als im Gesellschaftsrecht fixiert. Dies zeigt sich am Beispiel der Aktiengesellschaften, wo nach Art. 621 OR ein minimales Aktienkapital von Fr. 100'000.00 ausreichend ist. Weiter verschärft wird die Diskrepanz zwischen dem Normzweck von Art. 165 StGB und dem Gesellschaftsrecht noch durch die Liberierungsvorschriften nach Art. 632 OR. Demnach reicht es von Gesetzes wegen aus, das Aktienkapital nur im Umfang von 20 Prozent, minimal aber zu Fr. 50'000.00 zu liberieren. Nach diesen Vorschriften ist der erwähnte Schutzzweck von Art. 165 StGB aber nicht in jedem Fall erfüllt. Daraus folgt, dass die gesellschaftsrechtlichen Vorschriften zum Eigenkapital und deren Liberierung für die strafrechtliche Auslegung der „ungenügenden Kapitalausstattung“ nicht verbindlich sein können. In strafrechtlicher Sicht muss sich die Kapitalausstattung an den jeweiligen Begebenheiten der Unternehmung ausrichten.

Schwierig ist es, in diesem Zusammenhang eine verbindliche Referenzgrösse zu bilden, wann eine Kapitalausstattung im konkreten Fall als genügend zu betrachten ist. Die Referenzgrösse müsste im Sinne obiger Ausführungen folgendem Grundsatz gerecht werden: „Je grösser das unternehmerische Risiko, desto grösser die Eigenkapitalbasis.“ Ein möglicher Ansatzpunkt wäre die erforderliche Eigenkapitalbasis an die Grösse des Betriebsumsatzes zu koppeln. Dies nach der Erkenntnis: „Je grösser der Umsatz, je grösser die involvierten Kapitalien, desto grösser das Gläubigerrisiko.“ Nicht abfedern könnte dieser Lösungsansatz die Tatsache, dass gerade in schwierigen wirtschaftlichen Situationen meistens auch Umsatzrückgänge zu verzeichnen sind. Gerade aber in schwierigen Verhältnissen wäre aber eine grössere Eigenkapitalbasis wünschenswert. Bei starken Umsatzschwankungen könnten Referenzgrössen aufgrund mehrjähriger Durchschnittswerte definiert werden.

---

<sup>25</sup> Herren, S. 69; Trechsel/Ogg, N. 5 zu Art. 165 StGB.

<sup>26</sup> BBl 1991 S. 1064.

<sup>27</sup> Herren, S. 68.

Schlussendlich bleibt die Erkenntnis, dass man sich trotz Einhaltung gesellschaftsrechtlicher Regeln strafbar machen kann. Dies erscheint im Hinblick auf die Rechtssicherheit als äusserst fragwürdig. Zudem könnte sich auch die Frage eines allfälligen Rechtsirrtums stellen, wenn sich ein Schuldner auf die einschlägigen Vorschriften des Gesellschaftsrechts verlässt. Nach dem Normzweck des Art. 165 StGB zu urteilen, sind die gesellschaftsrechtlichen Anforderungen an die Eigenkapitalbasis (Höhe Aktienkapital, Liberierungspflicht) aber zumindest zur Diskussion zu stellen. Eine allgemeine Erhöhung der Eigenkapitalbasis dürfte zugleich rechtspolitisch nicht durchsetzbar sein, was sich bereits an den aktuellen politischen Widerständen zur Erhöhung der Eigenkapitalbasis von Grossbanken zeigt.

## **B) Unverhältnismässiger Aufwand**

Der unverhältnismässige Aufwand ist gegeben, wenn Ausgaben getätigt werden, welche zu den tatsächlichen finanziellen Verhältnissen in einem offensichtlichen Missverhältnis stehen.

Bei Privatpersonen wird in diesem Zusammenhang vor allem der Konsum von Dienstleistungen und Waren stehen, der durch das Einkommen resp. Vermögen in keinsten Weise gedeckt wird.<sup>28</sup> Sinnbildlich ist hierbei die exorbitante Lebenshaltung, also ein Leben in „Saus und Braus“ bei gleichzeitig bescheidenen finanziellen Verhältnissen. Unverhältnismässig ist jedoch der Aufwand nur dann, wenn die Diskrepanz zwischen Einnahmen und Ausgaben ein Ausmass annimmt, das vom Schuldner realistischweise nicht mehr durch seine finanziellen Mittel gedeckt werden kann. Dies ist zu bejahen, wenn der Schuldner Verpflichtungen eingeht, welche er – nach dem üblichen Lauf der Dinge – nicht mehr aus eigener wirtschaftlicher Kraft wird decken können.<sup>29</sup>

Bei Unternehmen ist ein unverhältnismässiger Aufwand ebenfalls möglich. Hierzu zählen Zweckentfremdungen von Gesellschaftsvermögen. Tätigt die Unternehmung nämlich Aufwendungen, welche durch den Gesellschaftszweck nicht gedeckt und auch nicht zu rechtfertigen sind, so liegt ein unverhältnismässiger Aufwand vor. Dies ist gemäss der verbreiteten Lehrmeinung konkret bei – m.E. gegenleistungslosen – Privatbezügen der Organe und ungerechtfertigten Honorarbezügen der Fall.<sup>30</sup> Sofern der Gesellschaft eine Gegenforderung eingeräumt wird, indem der entsprechende Bezug im Kontokorrentkonto als gesellschaftliches Guthaben verbucht wird, dürfte entsprechend kein unverhältnismässiger Aufwand gegeben sein. Allenfalls ist in solchen Fällen mangels Bonitätsprüfung ein leichtsinniges Gewähren eines Kredites zu erkennen.<sup>31</sup> Die Lehre und Rechtsprechung zu den Privatbezügen ist auch sonst kritisch zu betrachten. Gesellschaftsrechtlich nicht vorgesehene, gegenleistungslose Privatbezüge stellen unzulässige Mittelentnahmen aus dem Gesellschaftsvermögen dar. Die Gesellschaft wird durch solche Bezüge unrechtmässig entreichert, was durchaus als Veruntreuung oder ungetreue Geschäftsbesorgung qualifiziert werden kann. Solche gegenleistungslose Privatbezüge dürften zudem eine Gläubigerschädigung durch Vermögensverminderung darstellen. In diesem Fall käme die Misswirtschaft als Auffangtatbestand gar nicht zur Anwendung.

Sodann nennt die Lehre die Tathandlungsvariante der unverhältnismässigen Gewinnausschüttung.<sup>32</sup> Weiterhin wird auch in diesem Punkt der unbestimmte Begriff der „Unverhältnismässigkeit“ verwendet, was als wiederum unbestimmter Rechtsbegriff nicht der

---

<sup>28</sup> BSK StGB II – Brunner, N. 28 zu Art. 165 StGB.

<sup>29</sup> Vgl. Herren, S. 72 f.

<sup>30</sup> Stratenwerth/Wohlers, N. 4 zu Art. 165 StGB mit Hinweis auf Rechtsprechung.

<sup>31</sup> Vgl. Ziff. 2.3.3 lit. D unten.

<sup>32</sup> BSK StGB II – Brunner, N. 30 zu Art. 165 StGB; Trechsel/Ogg, N. 6 zu Art. 165 StGB.



Klärung dient. Neben inhaltlichen Schwierigkeiten kommt hinzu, dass mit gesellschaftsrechtlich unzulässigen Gewinnausschüttungen – ähnlich wie derartige Privatbezüge – regelmässig gegenleistungslos und ohne Rechtsanspruch Vermögenswerte entzogen werden, was eher eine Gläubigerschädigung durch Vermögensverminderung, denn eine Misswirtschaft darstellt. Dieser Tathandlungsvariante des unverhältnismässigen Aufwands dürfte m.E. in der Praxis folglich kaum Bedeutung zukommen.

### **C) Gewagte Spekulationen**

Als gewagte Spekulation sind Finanz- und Handelsgeschäfte zu werten, welche den konkreten Verhältnissen in keiner Weise angemessen und hochgradig riskant sind oder auf von vornherein unhaltbaren Überlegungen beruhen.<sup>33</sup> Hierzu zählen zum einen sicherlich Risikogeschäfte an der Börse, sofern die Mittel dazu in keinem Verhältnis zum Einkommen und Vermögen stehen. Als konkretes Beispiel nennt Brunner den Erwerb von Risikopapieren mit geliehenem Geld und der Hoffnung auf unrealistische Gewinnmargen.<sup>34</sup> Regelmässig dürfte eine Bankrotthandlung anzunehmen sein, wenn Gelder zwecks Glücksspiel oder Wetten verwendet werden. Bei Gesellschaften ergeben sich hier Berührungspunkte zum unverhältnismässigen Aufwand.

Eine klare Definition der gewagt spekulativen Finanz- und Handelsgeschäfte besteht nicht, da sie letztendlich auch vom konkreten Einzelfall abhängig ist. Aus den genannten Beispielen lässt sich jedoch entnehmen, dass die unzulässig spekulative Handlung in der Art des gewählten Investitionsobjekts liegen kann. Dies ist anzunehmen, wenn eine Publikumsgesellschaft, welche den Gesellschaftszweck im Hoch- oder Tiefbau hat, ihr Anlagevermögen hauptsächlich in riskante Derivate (Optionen, Schuldverschreibungen ohne Kapitalschutz etc.) investiert. In anderen Fällen kann eine Anlage in riskante Investitionen auch zulässig sein. Gerade bei Beteiligungsgesellschaften entsprechen hochriskante Investitionen (z.B. Start-Ups im Medizinalbereich) zum „daily business“.<sup>35</sup>

Ebenfalls kann die gewagte Spekulation aufgrund der Grössenverhältnisse eines gewählten Investitionsobjekts zum Gesamtvermögen gegeben sein. Dies dürfte dann zutreffen, wenn das gesamte Wertschriftenvermögen einer Unternehmung in die gleiche Finanzanlage investiert und damit ein klassisches Klumpenrisiko eingegangen wird.

Gerade wo es in Gesellschaften um die Verwaltung von Wertschriftenvermögen geht, können zwischen der Bankrotthandlung der „gewagten Spekulation“ und der „argen Nachlässigkeit in der Berufsausübung und Vermögensverwaltung“ keine klaren Trennlinien gezogen werden. Zu denken ist in diesem Zusammenhang an eine Gesellschaft, welche über ein Anlagereglement mit Vorgaben zur Allokation, Diversifikation und Investitionsrisiken verfügt und diese durch das zuständige Organ nicht eingehalten werden. In diesen Fällen sind sowohl eine gewagte Spekulation auf Grund der Anlage an sich, wie auch eine arge Nachlässigkeit in der Vermögensverwaltung wegen dem Verstoss gegen das Anlagereglement zu erkennen.

### **D) Leichtsinniges Gewähren oder Benützen von Kredit**

In Unternehmungen hat die Führung eine vorausschauende Beurteilung der Möglichkeiten und Chancen vorzunehmen und in diesem Zusammenhang eine angemessene Finanzplanung

---

<sup>33</sup> Herren, S. 75.

<sup>34</sup> BSK StGB II – Brunner, N. 31 zu Art. 165 StGB.

<sup>35</sup> Vgl. zur Thematik: BSK StGB II – Brunner, N. 32 zu Art. 165 StGB.

zu treffen.<sup>36</sup> Dieses Erfordernis kann dadurch verletzt werden, dass für eine Unternehmung Kredite eingegangen werden, welche zum Umlauf- und Anlagevermögen, den gesellschaftlichen Eigenmitteln wie auch der unternehmerischen Ertragslage in einem offensichtlichen Missverhältnis stehen. In diesem Zusammenhang spricht man auch von der Überschreitung von Kreditlimiten.<sup>37</sup> Auch die Aufnahme von Fremdkapital zu überhöhten Zinsen und bei bereits bestehender oder drohender Überschuldung kann tatbestandsmässig sein.<sup>38</sup> In Privathaushalten wiederum ist die Rechnung einfacher: Kann der Haushalt angesichts der begrenzten finanziellen Einkommens- und Vermögensverhältnisse auf lange Sicht weder die Zinszahlungen, noch die Rückzahlung des Kredites gewährleisten, dürfte regelmässig der Fall einer leichtsinnigen Kreditaufnahme gegeben sein.

Auch bei der Gewährung von Krediten sind gewisse Grundregeln einzuhalten. So hat vor Kreditvergabe grundsätzlich eine Prüfung der Kreditwürdigkeit stattzufinden. Der Kreditnehmer hat für seine finanzielle Leistungsfähigkeit im Hinblick auf eine Rückzahlung des Kreditbetrages und der laufenden Zinskosten Gewähr zu bieten. In diesem Zusammenhang spricht man auch von einer Bonitätsprüfung. Ebenfalls hat eine Prüfung des Kreditzwecks sowie der Risikoverteilung bei Grosspositionen (Stichwort: „Klumpenrisiko“) zu erfolgen.<sup>39</sup>

In diesem Zusammenhang sind wiederum die Privatbezüge der Gesellschafter zu erwähnen. Tätigt ein Gesellschafter solche Bezüge und werden diese als gesellschaftliche Gegenforderung im Kontokorrentkonto des Gesellschafters verbucht, handelt es sich faktisch um Darlehen. Der Aktionär – dies hat aber auch für alle Gesellschafter zu gelten – muss also wie jeder andere Darlehensnehmer hinsichtlich der Zahlungsfähigkeit durchleuchtet werden, wenn er ein Darlehen der Gesellschaft zu erhalten wünscht.<sup>40</sup> In der Realität ist oft festzustellen, dass es gerade bei schlechtem Geschäftsgang einer Gesellschaft auch den Gesellschaftern finanziell schlecht geht. Wird in diesen Fällen dem Gesellschafter dennoch ein Darlehen gewährt, stellt dies bei mangelnder Bonitätsprüfung ein leichtsinniges Gewähren eines Kredites dar. Bei diesen Konstellationen und überschaubaren Gesellschaftsverhältnissen kann der Vorwurf der Misswirtschaft schnell in die Gläubigerschädigung durch Vermögensverminderung übergehen. Ist den Beteiligten nämlich die schlechte Finanzlage des Darlehensnehmers und dessen Unfähigkeit der Zins- und Rückzahlung bewusst, handelt es sich um eine gegenleistungslose und unberechtigte Entreichung der Gesellschaft.

## **E) Verschleudern von Vermögenswerten**

Als Verschleudern von Vermögenswerten wird das masslose Ausgeben von Vermögenswerten verstanden.<sup>41</sup> Als typisches Beispiel wird hierunter der Erwerb von wertlosen Schuldbriefen subsumiert.<sup>42</sup> Ein weiteres Beispiel stellt das systematische Beliefern von Gruppengesellschaften zu offensichtlich nicht mehr marktkonformen Konditionen dar, welches dauerhaft zur Aushöhlung des Lieferanten und folglich zu dessen Überschuldung führt.<sup>43</sup>

<sup>36</sup> Vgl. BSK StGB II – Brunner, N. 3 zu Art. 165 StGB.

<sup>37</sup> BSK StGB II – Brunner, N. 33 zu Art. 165 StGB.

<sup>38</sup> BSK StGB II – Brunner, N. 35 zu Art. 165 StGB.

<sup>39</sup> Trechsel/Ogg, N. 8 zu Art. 165 StGB; Herren, S. 79.

<sup>40</sup> BSK StGB II – Brunner, N. 34 zu Art. 165 StGB.

<sup>41</sup> BSK StGB II – Brunner, N. 37 zu Art. 165; Trechsel/Ogg, N. 8 zu Art. 165 StGB.

<sup>42</sup> Vgl. BGE 102 IV 32 und BGE 104 IV 163.

<sup>43</sup> Herren, S. 82.

Diese Bankrotthandlung kann in engem Zusammenhang zum Pfändungsbetrug resp. betrügerischen Konkurs stehen, wenn Vermögenswerte durch das Verschleudern weiterhin im Machtbereich des Schuldners verbleiben. Fliessen die Vermögenswerte aus dem Machtbereich des Schuldners, kann eine Gläubigerschädigung durch Vermögensverminderung angenommen werden. In beiden Fällen wird der Misswirtschaftstatbestand verdrängt.<sup>44</sup>

### **3. Die Bankrotthandlung der argen Nachlässigkeit in der Berufsausübung und Vermögensverwaltung**

#### **3.1 Definition der Berufsausübung und Vermögensverwaltung**

Die Bankrotthandlung der „groben Nachlässigkeit in der Ausübung seines Berufes“ fand bereits mit dem Inkrafttreten des Schweizerischen Strafgesetzbuches per 1. Januar 1942 Eingang ins Strafgesetzbuch. Damals wurde diese Bankrotthandlung unter der Marginale „leichtsinniger Konkurs und Vermögensverfall“ erfasst. Dieser Wortlaut hatte über Jahrzehnte hinweg Bestand und wurde erst im Rahmen der Teilrevision im Jahre 1994 in die heute geltende Form der „argen Nachlässigkeit in der Berufsausübung und Vermögensverwaltung“ abgeändert.

Festzustellen ist, dass die Materialien dahingehend relativ dürftig sind, was mit den Begriffen „Berufsausübung“ und „Vermögensverwaltung“ genau gemeint ist. Auch die Lehre und Rechtsprechung beschränken sich im Wesentlichen darauf, in deskriptiver Weise mögliche Fälle der nachlässigen Berufsausübung resp. Vermögensverwaltung zu behandeln, ohne eine klare Definition der verwendeten Begrifflichkeiten vorzunehmen.

##### **3.1.1 Berufsausübung**

Grammatikalisch ausgelegt umfasst die Berufsausübung einerseits auf Erzielung eines Erwerbseinkommen ausgerichtete und üblicherweise auf entsprechender Ausbildung (Lehre, Studium etc.) oder Berufung (Priester, vom Volk gewählte Richter etc.) beruhende Tätigkeiten.<sup>45</sup> In diesem Sinne ist grundsätzlich ohne Belang, ob die Tätigkeiten in einer selbständigen oder unselbständigen Erwerbstätigkeit beruhen. Die Berufstätigkeit betrifft im Regelfall die auf einem Arbeitsvertrag beruhenden Verrichtungen des unselbständig Erwerbstätigen. Nach Art. 319 Abs. 1 OR verpflichtet sich der Arbeitnehmer für bestimmte oder unbestimmte Zeit zur Leistung von Arbeiten gegen Entrichtung eines Lohnes. Im Hinblick auf die selbständige Erwerbstätigkeit können aber auch andere Vertragsformen zur Anwendung gelangen. So kann die entgeltliche Tätigkeit insbesondere auch auf einem Werkvertrag, einem Auftrag oder ähnlichen Vertragsverhältnissen beruhen.

Im Hinblick auf die historische Auslegung des Berufsbegriffs lässt sich den Materialien – wie erwähnt – wenig entlocken. Der Gesetzgeber hatte bei Einführung der Strafnorm des „leichtsinnigen Konkurses und Vermögensverfalls“ offensichtlich in Übernahme vorgängiger kantonaler Bestimmungen v.a. Zeitgenossen im Visier, welche ihre Zahlungsunfähigkeit durch einen „liederlichen und arbeitsscheuen Lebenswandel“ herbeiführen.<sup>46</sup> Die

<sup>44</sup> Vgl. BSK StGB II – Brunner, N. 37 zu Art. 165 StGB.

<sup>45</sup> Vgl. Definition : <<http://de.wikipedia.org/wiki/Beruf>> (Stand: April 2011).

<sup>46</sup> Hafer, S. 347.

ausschliessliche Stossrichtung auf den „faulen Tunichtgut“ dürfte heute wohl überholt sein. Die volkswirtschaftliche Gefahr der Schädigung von Gläubigervermögen ist weniger bei diesen Personen zu suchen. Diese Fälle werden vornehmlich das Sozialhilfe- und Vormundschaftsrecht (v.a. Art. 370 ZGB) betreffen. Heute geht insbesondere von jenen Personen eine erhebliche Gefahr aus, welche infolge einer beruflichen Stellung am Wirtschaftsleben teilnehmen und mit anderen Parteien unter Verschiebung von Vermögenswerten interagieren. Darin liegt der heutige Zweck der unter Strafe stehenden Bankrotthandlung der „argen Nachlässigkeit in der Berufsausübung“. Teleologisch betrachtet, sollen alle Personen, welche im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit wirtschaftlich mit Dritten interagieren, eine ausreichende Sorgfalt an den Tag legen, um die Dritten nicht zu schädigen.

Zur Umschreibung der „Berufsausübung“ ist auch der im Strafrecht verwendete Begriff der „Gewerbsmässigkeit“ heranzuziehen. Demnach wird eine Delinquenz „nach Art eines Berufes“ ausgeübt, wenn sich aus der investierten Zeit resp. den Mitteln, aus der Häufigkeit der Einzelakte innerhalb eines bestimmten Zeitraums sowie aus den angestrebten und erzielten Einkünften ergibt, dass die deliktische Tätigkeit nach der Art eines Berufs ausgeübt wird. Wesentlich ist demnach, dass sich der Täter, wie aus den gesamten Umständen geschlossen werden muss, darauf eingerichtet hat, durch deliktische Handlungen Einkünfte zu erzielen, die einen namhaften Beitrag an die Kosten zur Finanzierung seiner Lebensgestaltung darstellen; dann ist die erforderliche soziale Gefährlichkeit gegeben.<sup>47</sup>

Nach diesen Ausführungen liesse sich der Schluss ziehen, dass die „Berufsausübung“ zwingend mit einer Tätigkeit verbunden ist, die auf die Erzielung eines Erwerbseinkommens gerichtet ist. Es stellt sich jedoch die Frage, ob auch Tätigkeiten, welche unentgeltlich und nur mit einem marginalen Einkommen verbunden sind, eine „Berufsausübung“ im Sinne von Art. 165 StGB darstellen.

Unter Vorwegnahme der Rechtsprechung zum Misswirtschaftstatbestand ist festzustellen, dass diese in einer Vielzahl Nachlässigkeiten von Verwaltungsräten betrifft. Diese Rechtsprechung entwickelte sich bereits unter der Strafnorm des leichtsinnigen Konkurses, in welchem begrifflich die Berufsausübung, nicht aber die Vermögensverwaltung erfasst wurde. Gemäss Rechtsprechung wurde die Tätigkeit des Verwaltungsrates folglich unter den Begriff der Berufsausübung subsumiert. Sofern ein Verwaltungsrat gleichzeitig Aufgaben der Geschäftsführung wahrnimmt, steht dies den vorherigen Ausführungen nicht entgegen, da diese Geschäftsführungsaufgaben im Regelfall mit einem erhöhten Zeitbedarf einher gehen und entsprechend abgegolten werden.

Mit Einführung der argen Nachlässigkeit der Vermögensverwaltung wurde dieses Problem – gewollt oder nicht – gelöst. Wie in einem späteren Kapitel ausgeführt wird, beinhaltet die Stellung des Verwaltungsrates in jedem Falle eine Finanzverantwortung für die AG. Dies gilt unabhängig der Aufgabenverteilung im Verwaltungsrat.<sup>48</sup> Insofern muss der Verwaltungsrat auf Grund seiner Aufsichtspflicht über die Gesellschaftsfinanzen als „Vermögensverwalter“ gelten.<sup>49</sup>

Die grundsätzliche Fragestellung, ob unentgeltliche Tätigkeiten auch unter die „Berufsausübung“ fallen können, ist damit noch nicht beantwortet. Zu denken ist dabei insbesondere an ehrenamtliche Tätigkeiten in Stiftungen und Vereinen. Kein Problem besteht

---

<sup>47</sup> BGE 123 IV 113, E. 2c.

<sup>48</sup> Vgl. Ziffer 4.3.3 unten.

<sup>49</sup> Vgl. nachfolgende Ziffer 3.1.2.

dort, wo mit der ehrenamtlichen/unentgeltlichen Tätigkeit zugleich umfangreiche finanzielle Kompetenzen einhergehen. In diesen Fällen dürfte regelmässig eine „Vermögensverwaltung“ im Sinne von Art. 165 StGB vorliegen. Nicht geklärt ist allerdings, was bei Aufgabenbereichen ohne finanzielle Kompetenzen gilt. An dieser Stelle sei ein in der Praxis denkbarer Fall erwähnt: Ein für den Spielbetrieb verantwortliches Vorstandsmitglied eines im Handelsregister eingetragenen Sportvereins nimmt seinen Aufgabenbereich nur nachlässig wahr (keine Helfer organisiert, Hallenreservation nicht vorgenommen etc.). Diese Nachlässigkeit führt zu Spielabsagen, was wiederum finanzielle Ausfälle im Gastrobereich und im Verkauf von Eintrittskarten wie auch erhebliche Bussen des Sportverbandes nach sich zieht. Mangels grösserer Vermögensreserven wird der Verein zahlungsunfähig und muss Konkurs anmelden. Nach obiger Definition fiel dieses Vorstandsmitglied weder unter die Definition der „Berufsausübung“, noch unter diejenige der „Vermögensverwaltung“.

Diese Schlussfolgerung kann jedoch nicht dem Zweck der Misswirtschaftsnorm entsprechen, wo es gerade darum geht, krass gegen ökonomische Prinzipien verstossende und vermögensgefährdende Handlungen zu erfassen. Dies lässt darauf schliessen, dass der Begriff der „Berufsausübung“ auch andere Faktoren zu berücksichtigen hat.

Zum einen lässt sich die Problematik durch den Begriff des „hypothetischen Einkommens“ lösen. Ähnlich wie in Art. 11 Abs. 2 AuG geregelt, ist nicht erheblich, ob effektiv Einkommen erzielt wurde. Vielmehr ist zu berücksichtigen, ob die konkrete Verrichtung zu vergüten gewesen wäre. Bei der Bestimmung der adäquaten Vergütung sind die vom „Berufstätigen“ erbrachten Leistungen zu berücksichtigen. Stellen die Vergütungen regelmässig einen beträchtlichen Teil an der Lebenshaltung dar, kann auch bei nicht vergüteten Tätigkeiten von einer „Berufsausübung“ im gesetzlichen Sinne ausgegangen werden.

Schlussendlich geht es beim Misswirtschaftstatbestand darum, Misswirtschaftshandlungen in allen Bereichen des wirtschaftlichen Handelns zu erfassen. Diese Handlungen beschränken sich nicht zwingend auf den Bereich der Berufsausübung im Sinne einer klassischen Erwerbstätigkeit. Bei Formulierung der Misswirtschaft als Auffangtatbestand kann es entsprechend nicht Absicht des Gesetzgebers gewesen sein, gewisse Tätigkeitsbereiche aus dem Geltungsbereich dieser Norm auszuklammern. Die Auslegung der „Berufsausübung“ hat entsprechend extensiv zu erfolgen. Auf die obige Problemstellung bezogen bedeutet dies, dass die Tätigkeit einer Person, welche die Kompetenz für „geschäftrelevante ökonomische Entscheide“ hat, auch immer unter dem Begriff der Berufsausübung zu erfassen ist.

Es ist festzustellen dass der Begriff der „Berufsausübung“ eher zu eng gefasst wurde. Wünschenswert wäre eine offenere Formulierung. Schliesslich soll der Anwendungsbereich der Strafnorm für die gesamte wirtschaftliche Tätigkeit gelten; eine Einschränkung hat erst im Rahmen der Beurteilung der Tathandlung zu erfolgen, wo zu eruieren ist, ob durch den potentiellen Täter massgebliche Pflichten wahrgenommen worden sind. In Sinne einer offeneren Formulierung könnte der Begriff „in der Berufsausübung“ durch „anlässlich der Teilnahme am Wirtschaftsleben“ oder aber durch „im Rahmen seiner Erwerbstätigkeit respektive als Organ oder Vertreter des Schuldners“ ersetzt werden.

### **3.1.2 Vermögensverwaltung**

Hinsichtlich des Begriffs der Vermögensverwaltung kann auf bestehende gesetzliche Definitionen zurückgegriffen werden. Zentraler Punkt ist demnach das Verwalten und damit

ein Bewirtschaften von Vermögenswerten nach vorgegebenen Massregeln. Zur Begriffserklärung leistet der im Straftatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung nach Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 StGB normierte Vermögensverwaltungsbegriff Hilfestellung. In Berücksichtigung der Dogmatik zur ungetreuen Geschäftsbesorgung, beinhaltet die Vermögensverwaltung eine nach Gesetz, behördlichem Auftrag oder Rechtsgeschäft übernommene Pflicht, wesentliche Teile fremden Vermögens zu verwalten oder die Verwaltung zu beaufsichtigen. Die Vermögensverwaltung oder deren Beaufsichtigung muss also die zentrale Aufgabe der Treuepflicht bilden und wesentliche Teile des Drittvermögens betreffen.<sup>50</sup> Wer folglich als Organ, Vertreter, Angestellter, Treuhänder oder in einer sonstigen Funktion, die Verwaltung oder Beaufsichtigung der resp. Kontrolle der Finanzen übernimmt, fällt ebenfalls in den Anwendungsbereich der Misswirtschaft.

## **3.2 Begriff der „argen Nachlässigkeit“**

### **3.2.1 Verhältnis „arge Nachlässigkeit“ und Pflichtverletzung**

Gemäss den bisherigen Ausführungen entspricht es der Intention des Gesetzgebers, den Schuldner für ökonomisch krass irrationale Handlungen, welche sich zu Lasten der Gläubiger auswirken könnten, zur Rechenschaft zu ziehen. Dem Gesetzgeber schwebt somit das Idealbild des pflichtgemäss handelnden Schuldners vor, der sich – auf die konkrete Bankrotthandlung bezogen – eben nicht „arg nachlässig“ verhält. Mit anderen Worten erwartet der Gesetzgeber vom Schuldner, dass dieser im Rahmen der oben beschriebenen „Berufsausübung“ und „Vermögensverwaltung“ gewisse Pflichten einhält. Werden solche Pflichten verletzt, kommt eine „arge Nachlässigkeit“ im gesetzlichen Sinn in Frage.

### **3.2.2 Definition und Bestimmung der relevanten Sorgfaltspflichten**

Der Schuldner respektive die für ihn handelnden Personen unterliegen im Wirtschaftsverkehr einer Vielzahl verschiedener Pflichten. Zu eruieren ist, welche Pflichten resp. deren Verletzung im Zusammenhang mit der „argen Nachlässigkeit in der Berufsausübung und Vermögensverwaltung“ beachtlich sind. Hierzu umschreibt die Lehre, dass Misswirtschaftshandlungen „für jeden vernünftigen und korrekten Rechtsgenossen erkennbare Sorgfaltspflichtverletzungen bei der Führung privater oder betrieblicher Geschäfte“ darstellen.<sup>51</sup>

Die Lehre verwendet im Zusammenhang mit dem Misswirtschaftstatbestand und damit auch der Bankrotthandlung der „argen Nachlässigkeit“ den im Bereich der Fahrlässigkeitsdelikte verwendeten Begriff der „Sorgfaltspflichtverletzung“. Im Wesentlichen kann somit auf die dortigen Erkenntnisse verwiesen werden, wonach primär geschriebene Sorgfaltspflichten zu beachten sind, welche sich vor allem in materiellen Gesetzesbestimmungen finden lassen. Hierzu zählen neben formellen Gesetzen auch Verordnungen, Richtlinien, Reglemente, Dienstvorschriften und weitere auf die Tätigkeit bezogene und schriftlich fixierte Normen. Ebenfalls zu beachten sind sodann allgemein anerkannte Regeln, Usancen und Kunstregeln, die sich auf eine konkrete berufliche Tätigkeit beziehen.<sup>52</sup>

<sup>50</sup> Trechsel/Cramer, Art. 158 N 2 ff.; Donatsch, S. 274 f.

<sup>51</sup> BSKStGB II – Brunner, N. 21 zu Art. 165 StGB.

<sup>52</sup> vgl. Seelmann, S. 160 f.

Ausgehend von der Praxis betreffen Misswirtschaftsfälle – wie bereits erwähnt – meistens kaufmännisch tätige Handelsgesellschaften. Die Hauptquelle der zu beachtenden Sorgfaltspflichten ergibt sich somit primär aus dem im Obligationenrecht geregelten Gesellschaftsrecht. Jedoch enthalten auch weitere Gesetze im formellen und materiellen Sinn relevante Normen. Im engen Zusammenhang mit Handelsgesellschaften steht insbesondere die Handelregisterverordnung (HRegV). Die Quellen der zu beachtenden Sorgfaltspflichten sind auch abhängig vom Unternehmenszweck und der Unternehmensgrösse. Betreffend Zweck kann das Beispiel einer Vertriebssträgerin für Kapitalanlagen angeführt werden, wo spezialgesetzliche Bestimmungen nach dem Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen (KAG) zu beachten sind. Bei der Unternehmensgrösse ist zu berücksichtigen, ob es sich bei der Schuldnerin um eine börsennotierte Gesellschaft handelt, welche dem Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel (BEHG) untersteht. Bei Banken sind die Standesregeln der Schweizerischen Bankiervereinigung zu beachten.

Grosse Bedeutung haben sodann die im Zusammenhang mit der Rechnungslegung zu beachtenden Sorgfaltspflichten. In diesem Zusammenhang ist auf die Buchführungsvorschriften nach Art. 957 ff. OR zu verweisen, welche – je nach gewählter Rechtsform der Handelsgesellschaften – verschärft werden (z.B. AG). Die im Obligationenrecht normierten Buchführungsvorschriften sind als Minimalstandard und deshalb als fundamental zu betrachten. Der buchführungspflichtige Schuldner hat dafür Sorge zu tragen, dass diesen Vorschriften genüge getan wird. Gerade im Bereich der Rechnungslegung bestehen – neben gesetzlichen Vorschriften – überdies allgemein anerkannte Richtlinien. Zu denken ist hierbei neben anderen an die durch die Richtlinien „Swiss GAAP FER“ der Stiftung für Fachempfehlungen zur Rechnungslegung, welche für bestimmte börsennotierte Firmen verbindlich sind.<sup>53</sup>

Der verbreiteten Kasuistik zum Art. 165 StGB ist zu entnehmen, dass die zu beachtenden Sorgfaltspflichten offensichtlich immer einen direkten Bezug auf das Schuldnervermögen haben. Demnach beschränken sich Misswirtschaftshandlungen auf Tätigkeiten, die unmittelbar eine Veränderung des Schuldnervermögens zur Folge haben (z.B. Eingehen von Verbindlichkeiten) oder im direkten Zusammenhang zur Verwaltung des Schuldnervermögens stehen (z.B. Rechnungslegung). Dem ist jedoch entgegen zu halten, dass nach dem Rechtsgüterschutz der Misswirtschaftsnorm alle unternehmerischen Tätigkeiten erfasst werden müssen, welche – mittelbar oder unmittelbar – einen Einfluss auf die Geschäftsfinanzen haben. Der auf Grund der Formulierung „arge Nachlässigkeit in der Berufsausübung und Vermögensverwaltung“ weite Ermessensspielraum liesse dies durchaus zu.

An dieser Stelle kann ein in der Praxis denkbare Beispiel ins Feld geführt werden. Hierbei handelt es sich um einen selbständig erwerbstätigen Architekten bzw. Bauführer, dessen Arbeiten mangels grundlegender fachlicher Kenntnisse im Bereich der Baukunde (vgl. Regeln der Baukunde, SIA-Normen) erhebliche Baumängel und damit Ersatzforderungen nach sich ziehen, deren Deckung er mit seinem Geschäftsvermögen nicht gewährleisten kann. An diesem Beispiel zeigt sich, dass unabhängig der administrativen und finanziellen Belange – die Buchhaltung und die Geschäftsfinanzen mögen nach den Regeln der Kunst geführt bzw. verwaltet sein – nicht nur Sorgfaltspflichtverletzungen bei der administrativ-finanziellen Geschäftstätigkeit Einfluss auf das Schuldnervermögen haben. Schlussfolgernd müssten alle im Rahmen der beruflichen Tätigkeit begangenen Sorgfaltspflichtverletzungen eine

---

<sup>53</sup> Vgl. Böckli, § 8 N. 40 f.

Misswirtschaftshandlung darstellen können, sofern sie Auswirkungen auf das Schuldnervermögen zeitigen.

Es stellt sich die Frage, ob dann die im Rahmen der Fahrlässigkeit erwähnten Rechtsquellen tel quel auf den Misswirtschaftstatbestand übertragen werden können und auch hier verbindlich sind. Dieser Punkt wurde im Zusammenhang mit materiellen Gesetzesnormen bereits bejaht. Selbiges gilt sicherlich für allgemein verbindliche Richtlinien („Swiss GAAP FER“, SIA-Normen). Wie bei den Ausführungen zur Generalklausel zu Art. 165 StGB erwähnt, geht es letztendlich um das Einhalten „ökonomisch rationaler Prinzipien“. Der Begriff der Prinzipien beinhaltet jedoch nicht nur gesetzliche Vorschriften, sondern insbesondere alle „Regeln der Kunst“. Somit kann auch auf den Misswirtschaftstatbestand bezogen der Schluss gezogen werden, dass Verstösse gegen gesetzliche Vorschriften und im Rahmen der Berufstätigkeit und Vermögensverwaltung generell verbindliche Normen, Regelungen und Usancen misswirtschaftsrelevante Sorgfaltspflichtverletzungen darstellen können.

Zuletzt ist zu erörtern, ob sich die Sorgfaltspflichtverletzungen nur bei Verletzungen allgemein verbindlicher Regelungen ergeben können. Auszugehen ist bei diesem Gedankengang von der oben erwähnten Annahme, dass es beim Misswirtschaftstatbestand darum geht, einen gewissen minimalen Standard der „pflichtgemässen Unternehmensführung“ oder eben die „ökonomisch rationalen Prinzipien“ zu gewährleisten. Umgekehrt müsste dies heissen, dass Nachlässigkeiten, welche den „minimal standard“ nicht tangieren, keine Misswirtschaftshandlungen darstellen. Konkret betrifft diese Fragestellung unternehmensinterne oder zwischen Unternehmen und Organ/Vertreter getroffene Konkretisierungen oder Verschärfungen dieser „Regeln der Kunst“. Diese Regeln können sich aus Statuten, Organisations- und Anlagereglementen, Allokationsstrategien, Dienstvorschriften, funktionsbezogener Pflichtenhefte usw. ergeben. Keine Probleme ergeben sich bei einer unternehmensinternen Konkretisierung des Minimalstandards, welche keine Verschärfung der allgemein anerkannten Sorgfaltspflichten mit sich bringen. Unklar ist jedoch, wie individuelle, unternehmensinterne Regelverschärfungen zu werten sind. Verletzungen unternehmensinterner Regelungen können ebenfalls vermögensrelevant sein und demzufolge zur Zahlungsunfähigkeit/Überschuldung führen. Hinzu kommt, dass interne Regeln im Rahmen einer ungetreuen Geschäftsbesorgung nach Art. 158 StGB auch zum Tragen kommen und deren Verletzung strafrechtlich relevant sein können. Pflichtverletzungen, welche im Sinne von Art. 158 StGB als ungetreue Geschäftsbesorgung zu qualifizieren sind, haben im Lichte von Art. 165 StGB sicherlich als „arg nachlässig“ zu gelten. Dies führt zur Erkenntnis, dass interne Vorschriften resp. die darin enthaltenen Sorgfaltspflichten im Bereich der Misswirtschaft ebenfalls beachtlich sind. Dasselbe muss auch für Pflichten gelten, welche sich aus einem Vertrag zwischen dem Schuldner und dem Organ/Vertreter ergeben (z.B. Rechenschafts- und Herausgabepflicht aus Arbeits- oder Auftragsverhältnis).

Unter kritischer Betrachtung führt eine extensive Auslegung der im Hinblick auf die „arge Nachlässigkeit“ relevanten Pflichtverletzungen zu einer kaum einzuschränkenden Ausweitung möglicher Tathandlungen. Gerade eine solche Ausweitung, die zwar im Rahmen des weiten richterlichen Ermessens liegen dürfte, erscheint im Hinblick auf das ohnehin bereits überstrapazierte Bestimmtheitsgebot als äusserst fragwürdig. Dem ist jedoch entgegen zu halten, dass es nicht angehen kann, den „Schlendrian“ im Rahmen der wirtschaftlichen Tätigkeit zu dulden, da dieser nicht nur das im Geschäftsbetrieb investierte Vermögen, sondern zumindest mittelbar auch das Vermögen des Gläubigers gefährdet. Der Schutzzweck von Art. 165 StGB würde also für eine extensive Auslegung möglicher



Sorgfaltspflichtverletzungen sprechen. Wie im Rahmen der extensiven Auslegung des Begriffs der „Berufsausübung“ geht es auch darum, die Anwendbarkeit des Misswirtschaftstatbestandes auf den gesamten Geschäftsbereich auszuweiten, da eine vermögensschädigende Handlung sich nicht zwingend nur auf den Bereich der klassisch administrativ-finanziellen Geschäftsführung beschränkt.

Ein extensives Erfassen möglicher Sorgfaltspflichtverletzungen führt ja auch nicht dazu, den Hauswart oder die Putzfrau für Nachlässigkeiten strafrechtlich zur Rechenschaft zu ziehen. Zur strafrechtlichen Relevanz nach Art. 165 StGB ist erforderlich, dass Sorgfaltspflichtverletzungen vom Schuldner oder einem Organ/Vertreter nach Art. 29 StGB begangen werden. Eine extensive Auslegung hinsichtlich der Sorgfaltspflichtverletzungen macht es dann aber umso nötiger, griffige Kriterien zum erforderlichen Grad der Pflichtverletzung anzuwenden, um den weiten Kreis möglicher Tathandlungen wieder einzuschränken.

### 3.2.3 Erforderlicher Grad der Pflichtverletzung

Sorgfaltspflichtverletzungen gemäss den oben gemachten Ausführungen stellen an sich ein nachlässiges Handeln und somit eine potentiell strafrechtlich relevante Bankrotthandlung dar. Nach dem Gesetzestext erfüllt aber nicht jede Sorgfaltspflichtverletzung, welche eine Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung zur Folge hat, die erforderliche Tathandlung. Wie dem gesetzlichen Wortlaut zu entnehmen ist, hat die Nachlässigkeit „arg“ resp. – wie es der frühere Gesetzestext zum leichtsinnigen Konkurs und Vermögensverfall vorsah – „grob“ zu sein. Die Pflichtverletzung muss mit anderen Worten erheblich sein, was der Lehre und Rechtsprechung entspricht. Demnach haben Sorgfaltspflichtverletzungen – wie bereits erwähnt – „krass gegen rational-ökonomische Prinzipien“ zu verstossen, um überhaupt eine Strafbarkeit zu begründen.<sup>54</sup> Erfasst werden nur diejenigen Verhaltensweisen, die schon von vornherein unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten, d.h. für einen wirtschaftlich denkenden Beobachter, als evident unvernünftig erscheinen und somit elementare Sorgfaltspflichten verletzen.<sup>55</sup>

Gerade in der gewählten Umschreibung der „argen Nachlässigkeit“ stellen sich in der Praxis erhebliche Probleme, da schwer zu eruieren ist, welcher Grad der Nachlässigkeit gegeben sein muss, um strafrechtlich relevant zu sein. In der Formulierung der „argen Nachlässigkeit“ zeigt sich die unzureichende Bestimmtheit der Misswirtschaftstrafnorm in offensichtlicher Weise. Der Kritikpunkt, dass die Misswirtschaftsnorm dem Legalitätsprinzip nach Art. 1 StGB nicht genügt, erscheint demnach nicht als ganz unberechtigt.<sup>56</sup> Bereits der Strafrechtler bekundet bei der Definition der „argen Nachlässigkeit“ Mühe, was sich im Erklärungsversuch hinsichtlich des unbestimmten Rechtsbegriffs „arg“ durch eine auch nicht viel besser abgrenzbare Erklärung „krass gegen ökonomische Prinzipien verstossen“ zeigt. Für den Laien muss es daher beinahe eine „mission impossible“ sein, die Tragweite der Misswirtschaftsstrafnorm zu erfassen und ihr entsprechend nachzuleben.

Angesichts der mannigfachen Ausgestaltung verschiedener Pflichten ist es denn auch äusserst schwierig, allgemeingültige Regeln aufzustellen, wann eine konkrete Pflichtverletzung den Grad einer „argen Nachlässigkeit“ erreicht. Angesichts der extensiven Auslegung der

<sup>54</sup> BSK StGB II – Brunner, N. 21 zu Art. 165 StGB.

<sup>55</sup> Schubarth/Albrecht, Art. 165 N. 16.

<sup>56</sup> Vgl. hierzu: Honsell in FS – Schmid, S. 228; Herren, S. 56 m.w.H.

misswirtschaftsrelevanten Sorgfaltspflichtverletzungen sind verlässliche Kriterien aber gerade unabdingbar.

### 3.2.4 Die herrschende Lehre und Rechtsprechung

In Berücksichtigung der Lehre und Rechtsprechung kann der Grad der Pflichtwidrigkeit immerhin bezüglich vier konkreter Kernbereiche veranschaulicht werden. Im Wesentlichen beschränkt man sich dort auf Verstösse gegen die gesetzlichen Grundsätze der Unternehmensführung.

#### A) Unzureichende Buchführung<sup>57</sup>

Von einer unzureichenden Buchführung ist auszugehen, wenn im Geschäftsbetrieb keine oder nur eine unzureichende Buchführung erfolgte. Hierbei wird jeweils die gesetzlich normierte Buchführungspflicht nach Art. 957 ff. OR tangiert. Nach Art. 957 Abs. 1 OR sind die zur Eintragung im Handelsregister verpflichteten Betriebe gehalten, diejenigen Geschäftsbücher zu führen und aufzubewahren, die nach Art und Umfang des Geschäftes nötig sind, um die Vermögenslage des Geschäfts wie auch die mit dem Geschäftsbetrieb im Zusammenhang stehenden Schuld- und Forderungsverhältnisse sowie die Ergebnisse der einzelnen Geschäftsjahre festzustellen.

Die Eintrags- und damit Buchführungspflicht betrifft sämtliche kaufmännischen Unternehmungen im Sinne von Art. 934 OR. In den meisten Fällen erlangen Handelsgesellschaften – allen voran die AG (Art. 643 Abs. 1 OR) und die GmbH (Art. 783 Abs. 1 OR) – erst mit dem konstitutiv wirkenden Handelsregistereintrag ihre Rechtspersönlichkeit, womit sie per se buchführungspflichtig sind. Zur Eintragung verpflichtet sind sodann aber auch kaufmännisch tätige Kollektiv- und Kommanditgesellschaften. Ebenfalls haben natürliche Personen – dies betrifft also Einzelunternehmungen – nach Art. 36 Abs. 1 HRegV eine Eintragung vorzunehmen, sofern ein kaufmännisches Gewerbe betrieben und dabei ein Jahresumsatz von mindestens Fr. 100'000.00 erzielt wird. Der Handelsregistereintrag und damit die Buchführungspflicht betreffen somit begriffsimmanent aktiv am Wirtschaftsleben teilnehmende Personen, welche regelmässig grosse Kapitalien umsetzen und damit ein Schädigungspotential im Sinne von Art. 165 StGB bergen.

Die Buchführung beinhaltet eine Informations- und Schutzfunktion. Als Informationsgrundlage dient die Buchführung als Entscheidungsgrundlage für künftiges wirtschaftliches Handeln. Im Sinne einer Schutzfunktion sollen die Interessen Dritter, die mit der Unternehmung in Kontakt treten, gewahrt werden.<sup>58</sup> Hierbei geht es allen voran um die vermögenswerten Drittinteressen.

Inhaltlich verlangt die Buchführungspflicht, die Rechnungslegung entsprechend bestimmter gesetzlicher Erfordernisse zu führen. Nach Art. 958 Abs. 1 OR erfordert die ordentliche Buchführung ein Inventar, eine Bilanz und eine Erfolgsrechnung. Die Buchführungspflichten für gewisse Handelsgesellschaften – allen voran die AG – gehen noch weiter. Diese Anforderungen widerspiegeln den oben erwähnten „minimal standard“. In der Schutz- und

<sup>57</sup>; BSK StGB II – Brunner, N. 40 zu Art. 165 StGB; Donatsch, S. 337; Herren, S. 85 m.w.H.; Schubarth/Albrecht, Art. 165 N. 13; Trechsel/Ogg, N. 8 und 15 zu Art. 165 StGB mit Hinweisen auf die Rechtsprechung; BGE vom 18. Januar 2010, Nr. 6B\_492/2009 publ. in ForumPoenale 1/2011, S. 5 ff.

<sup>58</sup> Meier-Hayoz/Forstmoser, § 8 N. 7 f.

Informationsfunktion ist jedoch ein zusätzliches Erfordernis enthalten, wonach im Betrieb stets – also auch vor Abschluss und während des laufenden Geschäftsjahres – die Übersicht über die aktuelle Finanzsituation gewahrt werden muss. Es reicht also nicht, die Geschäftsbücher per Ende des Geschäftsjahres nachzuführen, sondern es muss eine laufende Kontrolle möglich sein. Letzten Endes geht es nämlich v.a. darum, dass die für den Betrieb zuständige Person weiss, ob eine bestimmte Handlung mit der finanziellen Situation des Betriebes vereinbar ist oder nicht. Ebenfalls steht diese Pflicht in engem Zusammenhang mit der Anforderung, umgehend die notwendigen Schritte einzuleiten, wenn sich die finanzielle Situation verschlechtert. Konkret bedeutet dies, dass die Buchungen grundsätzlich laufend oder zumindest innerhalb kurzer Perioden – diese dürfte m.E. nur wenige Wochen betragen – nachgeführt werden müssen.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass der Zweck des kaufmännischen Gewerbes in der Erwirtschaftung von Erträgen besteht, welche die gesellschaftlichen Aufwendungen decken oder optimalerweise übertreffen. Wer keine Buchhaltung führt, kann dies gar nicht abschätzen und verstösst damit bereits krass gegen die ökonomischen Prinzipien. Die Verletzung gesetzlicher Buchführungsvorschriften stellt jedoch nicht per se eine arge Nachlässigkeit dar. Erst wenn die Unzulänglichkeiten ein Mass erreichen, welche die Übersicht über die Geschäftsfinanzen gerade nicht mehr ermöglichen, ist ein tatbestandsmässiges Verhalten denkbar.<sup>59</sup>

Diese Tathandlungsvariante ist eng mit der Unterlassung der Buchführung nach Art. 166 StGB verknüpft. Eine Unterlassung der Buchführung, welche adäquat kausal zur Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit eines Betriebes führt, stellt zugleich immer auch eine Misswirtschaftshandlung dar. In diesem Zusammenhang ist entsprechend die Lehre und Rechtsprechung zum Art. 166 StGB zu beachten.

## **B) Unterlassen der Überschuldungsanzeige resp. Sanierungsmassnahmen<sup>60</sup>**

Eng verknüpft mit den Buchführungspflichten ist sodann die gesetzliche Norm nach Art. 725 OR. Demnach hat der Verwaltungsrat bei ausgewiesenem Kapitalverlust die Generalversammlung einzuberufen und Sanierungsmassnahmen in die Wege zu leiten. Des Weiteren besteht bei einer drohenden Überschuldung die Pflicht, eine Zwischenbilanz zu erstellen und – sofern eine Überschuldung ausgewiesen ist und ein Rangrücktritt der Gläubiger nicht erreicht wird – unverzüglich den Richter zu benachrichtigen.<sup>61</sup>

Diese Pflicht betrifft nicht nur die AG, sondern gestützt auf Art. 820 Abs. 1 OR auch die GmbH. Eine dem Aktienrecht entsprechende Regel ist sodann in Art. 903 Abs. 1 und 2 OR ferner bei der Genossenschaft normiert.

In Anlehnung an den Zweck der Misswirtschaftsnorm geht es bei der Pflicht zur Überschuldungsanzeige resp. Einleitung von Sanierungsmassnahmen darum, ein kaufmännisches Gewerbe raschmöglichst einzustellen, wenn die Gesellschaft nicht als überlebensfähig erscheint. Dies gilt immer mit dem Hintergrund, dass infolge der fortgesetzten, unrentablen Geschäftstätigkeit regelmässig auch Dritte – insbesondere Gläubiger – geschädigt werden können. Wird ein Gewerbe fortgeführt, obwohl angesichts der

<sup>59</sup> Vgl. BGer 6S.1/2006, E. 8.

<sup>60</sup> BSK StGB II – Brunner, Art. 165 N. 40; Donatsch, S. 337; Herren, S. 85 m.w.H.; Schubarth/Albrecht, Art. 165 N. 13 f. mit Hinweisen auf die Rechtsprechung; Trechsel/Ogg, Art. 165 N. 8 und 15 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung; BGE vom 18. Januar 2010, Nr. 6B\_492/2009 publ. in ForumPoenale 1/2011, S. 5 ff.

<sup>61</sup> Vgl. auch hierzu im Detail Ziff. 4.2.7 hinten.

Verschuldung ein Fortbestand des Betriebes unwahrscheinlich ist, handelt man wiederum krass gegen ökonomische Prinzipien.

### C) **Fehlende Neubesetzung der Revisionsstelle**<sup>62</sup>

Bei der Revisionsstelle handelt es sich um ein gesetzlich vorgesehenes Kontrollorgan, durch welches die Rechnungsführung auf ihre Rechtskonformität, zumindest aber auf das Fehlen von Hinweisen auf Regelwidrigkeiten geprüft wird.<sup>63</sup> Bei diesem Organ handelt es sich um einen zusätzlichen Schutzmechanismus zu Gunsten der Aktionäre einerseits, andererseits aber auch zum Schutz der Gläubiger. Die Revisionsstelle rapportiert mittels Revisionsbericht zu Händen der Generalversammlung wesentliche Verstösse gegen das Gesetz oder die Statuten. Dies betrifft insbesondere Unzulänglichkeiten im Rahmen der Rechnungslegung. Zudem – und in diesem Punkt ist v.a. der Gläubigerschutz zu erkennen – hat auch die Revisionsstelle nach Art. 728c Abs. 3 OR grundsätzlich die Pflicht, im Falle der Überschuldung den Richter zu benachrichtigen. Diese Bestimmungen sind auch für die GmbH relevant, weil auch diese über eine Revisionsstelle verfügen muss.

Der Verwaltungsrat, der nun die Neubesetzung einer zurückgetretenen Revisionsstelle nicht durch Einberufung der Generalversammlung in die Wege leitet, verhindert somit die Wirksamkeit der mit der Revision vorgesehen Schutzfunktion. Entsprechend der bundesgerichtlichen Rechtsprechung handelt er damit krass sorgfaltswidrig.<sup>64</sup> In diesem Bundesgerichtsentscheid ging es darum, dass ein Verwaltungsrat für drei Geschäftsjahre Bilanzen erstellte resp. erstellen liess, jedoch nicht darum besorgt war, dass diese ordnungsgemäss revidiert wurden. Mitunter diese Pflichtverletzung habe – so der Entscheid weiter – wesentlich dazu beigetragen, dass die in Art. 725 OR vorgesehenen Mechanismen nicht greifen konnten.

Unter dem Gesichtspunkt, dass der Verwaltungsrat selbst zur Überschuldungsanzeige verpflichtet wäre, wird die Bedeutung der Revisionsstelle hinsichtlich dieses Punktes relativiert. Hinzu kommt, dass die Bedeutung der Revisionsstellen in KMU-Betrieben mit der Revision des Aktien- und GmbH-Rechts stark zurück gedrängt wurde. Insbesondere gilt dies für Kleinbetriebe, welche im Jahresdurchschnitt nicht mehr als 10 Vollzeitstellen besetzen. In diesen Fällen kann die AG mit Zustimmung aller Aktionäre gestützt auf Art. 727a Abs. 2 OR gänzlich auf eine Revisionsstelle verzichten (sog. Opting-Out). Selbiges gilt auch für die GmbH.

### D) **Mangelhafte Fachkenntnisse / Übernahmeverschulden**<sup>65</sup>

Sodann nennen die Lehre und Rechtsprechung das sog. Übernahmeverschulden als häufige Form der Misswirtschaft. Das Übernahmeverschulden stellt einen im Zivilrecht verwendeten Begriff dar, welcher im Strafrecht so nur bei Fahrlässigkeitsdelikten verwendet wird. An dieser Tatsache zeigt sich besonders, dass es sich bei der Misswirtschaft eben nicht um ein reines Vorsatzdelikt handelt, sondern auch (grob) fahrlässig begangen werden kann.<sup>66</sup> Der Fahrlässigkeitsproblematik lässt sich entnehmen, dass sich derjenige eines

<sup>62</sup> BSK StGB II – Brunner, Art. 165 N 41; Trechsel/Ogg, Art. 165 N. 8 und 15 mit weiterem Hinweis auf Rechtsprechung.

<sup>63</sup> Meier-Hayoz/Forstmoser, § 16 N. 483 und 526.

<sup>64</sup> BGer 6S.1/2006, E. 8.

<sup>65</sup> BSK StGB II – Brunner, N. 39 zu Art. 165 StGB m.w.H.; Herren, S. 85 m.w.H.; Trechsel/Ogg, N. 8 zu Art. 165 StGB m.w.H.

<sup>66</sup> Vgl. Ziff. 3.3.2 unten.

Übernahmeverschuldens schuldig macht, der nicht fähig ist, eine riskante Tätigkeit mit der gebotenen Sorgfalt auszuführen und sie deshalb in der Regel gar nicht ausüben dürfte. Ebenfalls wird vorausgesetzt, dass er zumindest die Fähigkeit hatte, seine mangelnde Eignung zu erkennen.<sup>67</sup> Der Vorwurf wird entsprechend vorverlagert und besteht nicht mehr in der einer konkreten Sorgfaltspflichtverletzung.<sup>68</sup> Vielmehr bezieht sich der Vorwurf bereits auf die Übernahme solcher Sorgfaltspflichten trotz augenscheinlich mangelndem Fachwissen, fehlender Branchenkenntnis und unzureichender Erfahrung im Geschäftsleben.

In der systematischen Darstellung sehen Lehre und Rechtsprechung das Übernahmeverschulden als eigenständige Sorgfaltspflichtverletzung an. Dem ist entgegen zu halten, dass das Übernahmeverschulden in der Realität wohl immer mit einer anderen Bankrotthandlung einhergehen wird.<sup>69</sup> Erst in konkreten Bankrotthandlungen tritt das Übernahmeverschulden zu Tage und der Sachverhalt wird Gegenstand strafrechtlicher Untersuchungen. In der täglichen Arbeit des Strafverfolgers wird das Übernahmeverschulden daher erst zum Tragen kommen, wenn eine anderweitige Bankrotthandlung begangen wurde, diese aber dem Täter mangels Vorausssehbarkeit und Vermeidbarkeit nicht vorgeworfen werden kann. Die Fragen der Vorwerfbarkeit und Vorausssehbarkeit betreffen folglich erst die individuelle und subjektive Zurechnung des sorgfaltswidrigen Handelns resp. Unterlassens. In einem ersten Schritt gebietet es die Forderung nach der Einhaltung des „minimal standard“ - dem objektiven Mindestmass der aufzubringenden Sorgfalt -, völlig unabhängig der Fähigkeiten des konkreten Täters zu beleuchten, ob ein wirtschaftliches Handeln in der begangenen Weise ökonomisch opportun war. Ist eine Handlung – zunächst rein objektiv – als ökonomisch völlig irrational zu behandeln, ist in einem nächsten Schritt zu prüfen, ob die Handlung auf Vorsatz oder Fahrlässigkeit beruht. Bei der Prüfung der Fahrlässigkeit stellt sich sodann heraus, ob die Bankrotthandlung für den Täter voraussehbar und vermeidbar war oder aber ihm ein Übernahmeverschulden vorgeworfen werden kann.

Quintessenz ist somit, dass das Übernahmeverschulden in der Realität eine mögliche, jedoch kaum eigenständige Sorgfaltspflichtverletzung darstellt, sondern regelmässig in einer Gesamtbetrachtung mit weiteren, konkreten Bankrotthandlungen zur Anwendung gelangt.

### **3.2.5 Praxishinweise auf „krasse Sorgfaltspflichtverletzung“ im objektiven Sinn**

Allgemeingültige Grundsätze, welche die „argen“ Sorgfaltspflichtverletzungen definieren, lassen sich der Lehre m.E. nur ansatzweise entnehmen. In der praktischen Arbeit dürften jedoch vier Punkte massgeblich sein, welche Hinweise auf eine „krasse“ Sorgfaltspflichtverletzung ergeben.

#### **A) Verletzungen in Kompetenzbereich des Täter**

Zu verlangen ist, dass der Täter die Sorgfaltspflichtverletzung in einem durch ihn wahrgenommenen objektiv gewichtigen Aufgabenbereich der Geschäftstätigkeit begeht. Der Täter hat dort als Schuldner resp. Organ/Vertreter die zumindest faktische Kompetenzen oder Pflichten, alleine – also ohne die Mitwirkung von Dritten – oder in einem Plenum wichtige Entscheide für den Geschäftsbetrieb zu treffen. Dieses Erfordernis ergibt sich bereits aus der

<sup>67</sup> Strathenwerth/Wohlers, N. 13 zu Art. 12 StGB.

<sup>68</sup> Seelmann, S. 159.

<sup>69</sup> Vgl. auch: BSK OR II – Watter/Roth Pellanda, N. 4 zu Art. 717 OR.

Organ- und Vertreterhaftung von Art. 29 StGB, wonach die Haftung implizit nur auf Personen mit bedeutendem Einfluss auf die Geschäftstätigkeit anwendbar ist.

### **B) Verletzungen in objektiv wichtigem Kompetenz- bzw. Aufgabenbereich**

Die Sorgfaltspflichtverletzung betrifft folglich einen Kompetenz- resp. Aufgabenbereich, der für die Geschäftstätigkeit von zentraler Bedeutung ist. Von zentraler Bedeutung sind sicherlich Aufgaben im administrativ-finanziellen Bereich (Personalwesen, Rechnungslegung, Rechnungs- und Mahnwesen etc.) oder strategisch und operativ lenkende Aufgaben im Bereich des meist im Handelsregister festgelegten Geschäftszwecks.

### **C) Verletzungen mit massgeblichem Einfluss auf das Geschäftsvermögen**

Die konkret zu betrachtende Sorgfaltspflichtverletzung betrifft nicht unerhebliche Teile des Geschäfts- und damit Schuldnervermögens. Entscheide und Tätigkeiten des Täters betreffen nicht nur „Peanuts“, sondern vermögen Veränderungen des Schuldnervermögens zu bewirken, welche im Vergleich zur Bilanzsumme einen massgeblichen Prozentsatz ausmachen (z.B. im zweistelligen Prozentbereich).

### **D) Grosses Risiko einer negativen Veränderung des Geschäftsvermögens**

Sodann muss die Sorgfaltspflichtverletzung nicht nur massgebliche Teile des Geschäftsvermögens beeinflussen können. Es ist auch zu verlangen, dass das Risiko einer negativ verlaufenden Vermögensentwicklung erheblich ist. Wenn also objektiv offensichtlich ist, dass die Sorgfaltspflichtverletzung sich negativ auswirken wird und der positive Effekt faktisch auf reiner Spekulation oder reinem Wunschenken beruht. Im Zusammenhang mit diesem Kriterium muss immer die Frage gestellt werden, ob der Schuldner resp. das Organ/der Vertreter das Risiko - objektiv betrachtet - hätte sehen müssen.

## **3.3 Die „arge Nachlässigkeit“ als Fahrlässigkeitsdelikt**

### **3.3.1 Die „arge Nachlässigkeit“ als Vorsatz- und Fahrlässigkeitsdelikt**

Nach dem Wortlaut des Art. 165 StGB stellt die Misswirtschaft ein Vorsatzdelikt dar. Hinsichtlich der Bankrotthandlung der argen Nachlässigkeit in der Berufsausübung und Vermögensverwaltung bedeutet dies, dass der Schuldner resp. das Organ/der Vertreter als Täter Kenntnis davon hat, dass seine Handlung offensichtlich unvernünftig ist und krass gegen ökonomische Prinzipien verstösst und er sie trotzdem vornimmt. Dies dürfte regelmässig bei Vermögensdelikten gegen Schuldnervermögen anzunehmen sein (v.a. ungetreue Geschäftsbesorgung, ev. Veruntreuung etc.). Zugleich weiss der Täter, dass seine Handlung zur Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung bzw. zur Verschlimmerung der letzteren führt.

Gestützt auf Art. 12 Abs. 2 Satz 2 StGB ist sodann auch klar, dass die Bankrotthandlung der „argen Nachlässigkeit“ eventualvorsätzlich begangen werden kann. Demnach trifft dies auf die Konstellation zu, bei welcher der Täter die krasse Pflichtwidrigkeit seiner Handlung wie auch die daraus erwachsenden finanziellen Folgen als möglich betrachtet, jedoch die finanziell stark negativ behafteten Konsequenzen in Kauf nimmt.

In Theorie und Praxis ist im Sinne eines Zwischenfazits unbestritten, dass die Misswirtschaft – und damit auch die Bankrotthandlung der „argen Nachlässigkeit“ – vorsätzlich wie auch eventualvorsätzlich begangen werden kann.<sup>70</sup> Zugleich ergeben sich in der Praxis natürlich auch in diesen Fällen Abgrenzungsprobleme zwischen dem Eventualvorsatz und der bewussten Fahrlässigkeit.

Nach herrschender Lehre und bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann Misswirtschaft zudem grob fahrlässig begangen werden.<sup>71</sup> Ein Teil der Lehre verlangt jedoch, dass dieses Delikt nur mit (Eventual-)Vorsatz strafbar sein soll.<sup>72</sup> Die Botschaft äussert hierzu, dass es sich bei der Misswirtschaft weiterhin um ein Vorsatzdelikt handle, das aber wegen bestimmter darin umschriebener Formen der Misswirtschaft gewisse Fahrlässigkeitselemente aufweise.<sup>73</sup> In diesem Kontext begründen Schubarth/Albrecht die Anwendbarkeit der groben Fahrlässigkeit mit der Formulierung der „Nachlässigkeit“, welche jedoch „grob“ sein muss.

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung handelt der Schuldner „grob fahrlässig“, der das Risiko seiner Zahlungsunfähigkeit kannte und bewusst einging oder der es in unverantwortlicher Weise verneinte.<sup>74</sup> Hiernach ist die bewusste, aber ungewollte Vermögenseinbusse (Überschuldung/ Zahlungsunfähigkeit) für die Strafbarkeit ausreichend. In diese Richtung argumentieren auch Trechsel/ Ogg, fügen jedoch hinzu, dass für die Bankrotthandlung weiterhin Vorsatz erforderlich ist.<sup>75</sup> Die h.L. geht jedoch davon aus, dass die grobe Fahrlässigkeit sich sowohl auf die Bankrotthandlung, wie auch auf die Vermögenseinbusse beziehen kann.<sup>76</sup> Unter der Prämisse, dass das grob fahrlässige Handeln grundsätzlich strafwürdig ist, soll auch keine Unterscheidung zwischen bewusster und unbewusster Fahrlässigkeit gemacht werden.<sup>77</sup>

Mit dem Ansatz der groben Fahrlässigkeit bedient sich das Strafrecht der Begriffe des Zivilrechts wie auch des Nebenstrafrechts. In letzterem taucht die „grobe Fahrlässigkeit“ bei der groben Verletzung der Verkehrsregeln auf. Dort wird das jeweilige Ausserachtlassen elementarer Sorgfaltspflichten als „grob fahrlässig“ qualifiziert. Zur Abgrenzung der einfachen zur groben Fahrlässigkeit behilft man sich mit den Aussagen „wie konnte er nur“ (grob) bzw. „er hätte sollen“ (einfach).<sup>78</sup> Diese Wertung lässt sich m.E. auch auf die „arge Nachlässigkeit“ übertragen.

Die Lehre und Rechtsprechung wertet den Grad der Nachlässigkeit offensichtlich in zweierlei Hinsicht. Einerseits findet eine Wertung bei der Beurteilung des objektiven Tatbestandselementes der „argen Nachlässigkeit in der Berufsausübung und Vermögensverwaltung“ statt, um sodann – andererseits – auf der subjektiven Seite das Mass der Sorgfalt noch einmal zu beurteilen. Diese Systematik ist verwirrend und unnötig. Kommt man im Zusammenhang mit der objektiven Wertung zum Schluss, dass die Handlung arg nachlässig war, kommt es in der praktischen Arbeit des Strafverfolgers betreffend dem Subjektiven auf eine Unterscheidung zwischen einfacher und grober Fahrlässigkeit nicht mehr an. Indem der Täter nämlich objektiv gegen elementare Sorgfaltspflichten verstossen hat, liess

<sup>70</sup> Herren, S. 117.

<sup>71</sup> BSK StGB II – Brunner, N. 49 zu Art. 165 StGB mit weiteren Hinweisen auf die Rechtsprechung; Herren, S. 122 f.; Schubarth/Albrecht, Art. 165 N. 16 ff.

<sup>72</sup> Strathenwerth/Wohlens, N. 5 zu Art. 165 StGB.

<sup>73</sup> BBl 1991 II 1065.

<sup>74</sup> BGE 115 IV 38, E. 2.

<sup>75</sup> Trechsel/Ogg, N. 11 zu Art. 165 StGB.

<sup>76</sup> Herren, S. 123 m.w.H.; Schubarth/Albrecht, Art. 165 N. 19.

<sup>77</sup> Herren, S. 123.

<sup>78</sup> Boll, S. 17.

er diese subjektiv zwangsläufig ausser Acht. Ihm wird die grobe Fahrlässigkeit mit anderen Worten – zumindest in der Strafverfolgungspraxis – zugerechnet.

Lehre und Rechtsprechung verlieren sich grossmehrheitlich in dieser Abgrenzungsproblematik „grob – einfach“, wobei doch die Elemente der Fahrlässigkeit gemäss Art. 12 Abs. 3 StGB sauber zu prüfen wären. Neben der Sorgfaltspflichtverletzung ist dort nämlich von Belang, ob die Folge seiner Nachlässigkeit für den Schuldner vorhersehbar und vermeidbar war und er mit seinem Handeln überdies ein unerlaubtes Risiko eingegangen ist.<sup>79</sup> Diese Faktoren sind nach den persönlichen Verhältnissen des Täters zu bestimmen und es ist danach zu fragen, was ein besonnener und gewissenhafter Mensch mit der Ausbildung und den individuellen Fähigkeiten des Beschuldigten in der fraglichen Situation getan oder unterlassen hätte.<sup>80</sup> War der Täter mangels individuellen Fähigkeiten nicht in der Lage, die Verletzung elementarer Pflichten zu erkennen und deren Konsequenz vorherzusehen oder aber nicht in der Lage, diese zu vermeiden, ist auch die Fahrlässigkeit zu verneinen. In diesem Fall bliebe jedoch noch die Prüfung eines Übernahmeverschuldens.

In den oben gemachten Ausführungen zum Grad der Pflichtverletzung wurde festgestellt, dass sich die „arge Nachlässigkeit“ in einem ersten praktischen Arbeitsschritt nach objektiven Gesichtspunkten definiert. Hat der Täter die in der wirtschaftlichen Tätigkeit verlangten Mindestanforderungen für ein sorgfältiges Handeln in der oben beschriebenen Weise „mit Füssen getreten“, ist eine „arge Nachlässigkeit“ gegeben.<sup>81</sup> In dieser Hinsicht unterscheidet sich der Geschäftsverkehr nicht vom Strassenverkehr, wo – de facto – in vielerlei Hinsicht auch keine Rücksicht darauf genommen wird, welche persönlichen Fähigkeiten der Täter mitbringt. Ein massives Überschreiten der zugelassenen Höchstgeschwindigkeit wie auch ein Fahren in qualifiziert fahruntfähigem Zustand wird per se als „gefährlich“ betrachtet. Auch im Geschäftsverkehr müsste demnach von der an den Tag gelegten „argen Nachlässigkeit“ auf eine „grobe Fahrlässigkeit“ geschlossen werden. War nun der Täter auf Grund mangelhafter Kenntnisse oder Fähigkeiten nicht in der Lage, die Tragweite seiner „argen Nachlässigkeit“ abzuschätzen, wäre zuletzt - wie erwähnt - das Übernahmeverschulden zu prüfen.

### 3.3.2 Das Übernahmeverschulden

In der Realität werden viele Misswirtschaftsfälle der „argen Nachlässigkeit“ auf ein Übernahmeverschulden zurückzuführen sein, da in der Retrospektiven betrachtet, die Kenntnisse in den meisten Fällen eben gerade nicht ausreichend gewesen sind. Gerade in KMU-Betrieben ist oftmals festzustellen, dass Personen, welche im Kernbereich der praktischen und meist handwerklichen Unternehmenstätigkeit (z.B. Sanitärwesen, Elektroinstallationen, Gipserbetriebe etc.) hervorragende Arbeit leisten, in der Unternehmensführung aber gänzlich unerfahren sind. Aus wirtschaftlichen Gründen (Arbeitslosigkeit und mangelnde Anstellung als unselbständig Erwerbstätige) wird dennoch eine Handelsgesellschaft gegründet, wo die unerfahrene Person als Gesellschafter bzw. Organ/ Vertreter auftritt.

Wer das Mindestmass der in der wirtschaftlichen Tätigkeit verlangten Sorgfaltspflichten nicht einhält, da er dazu aufgrund seiner persönlichen Fähigkeiten nicht in der Lage ist, dem ist –

<sup>79</sup> Vgl. Herren, S. 120 f.; Schubarth/Albrecht, Art. 165 N 20 .

<sup>80</sup> Trechsel/Jean-Richard, N. 35 zu Art. 12 StGB.

<sup>81</sup> Vgl. Ziff. 3.24 und 3.2.5 oben.



sofern er zumindest die Tragweite der übernommenen Aufgaben einzuschätzen vermochte – ein Übernahmeverschulden vorzuwerfen.

Es stellt sich die Frage, welche persönlichen Fähigkeiten jemand mitbringen muss, damit überhaupt eine Handelsgesellschaft führen darf. Die erforderlichen Kenntnisse werden dabei sicherlich einem objektiven Massstab genügen müssen. Beispielhaft können hier die Anforderungen an den Verwaltungsrat einer AG erwähnt werden. Dieser hat im Rahmen der Aufgabenerfüllung unter Berücksichtigung von Art. 717 OR mit aller Sorgfalt zu handeln. Hierzu gehört, dass er über die für sein Amt erforderlichen Fähigkeiten und Kenntnisse verfügt, sich diese durch Weiterbildung aneignet oder unter Zuhilfenahme sachkundiger Beratung gleichsam überbrückt.<sup>82</sup> Unter dieser Prämisse gilt als sorgfältige Aufgabenerfüllung, was billigerweise von einer ordnungsgemäss handelnden Person in einer vergleichbaren Situation erwartet werden kann.<sup>83</sup> Selbstredend gibt es Konstellationen im Verwaltungsrat, welche unterschiedliche Anforderungen mit sich bringen. Herrscht im Verwaltungsrat eine klare Rollen- und damit einhergehende Aufgabenverteilung, hat dies entsprechend Einfluss auf die konkreten Anforderungen und Erwartungen an den Verwaltungsrat.<sup>84</sup> In diesen Fällen muss nicht jeder Verwaltungsrat mit sämtlichen Themengebieten vertraut sein.

Diese auf den Verwaltungsrat bezogenen Erwägungen lassen den Schluss zu, dass die Fähigkeiten und Kenntnisse a) von der Grösse und den Verhältnissen bei einem Geschäftsbetrieb und b) von der konkreten, innerbetrieblichen Organisation abhängig sind.

Zum Punkt a) ist festzuhalten, dass die Grösse in direktem Zusammenhang zum Personal wie auch den finanziellen Belangen steht. Hinsichtlich den in Punkt b) angesprochenen Verhältnissen, wird die gewählte Rechtsform des Betriebes für die Erwartungen an den Verwaltungsrat mitunter ausschlaggebend sein. Während die Regelungen für Einzelunternehmungen, Kollektiv- und Kommanditgesellschaften angesichts der persönlichen Haftung der Gesellschafter relativ grosse Freiheiten lassen, weist insbesondere das Aktienrecht strengere Vorschriften in punkto Kapitalveränderungen, Buchführungspflichten und Aktionärsrechte auf. Sodann spielen die Branche (konkreter Betriebszweck, Kerntätigkeit) und das betriebliche Umfeld (Gegenparteien, fachlich-technische Vorschriften etc.) eine bedeutende Rolle, wie sich die konkreten Verhältnisse gestalten.

Die Bestimmung der erforderlichen Kenntnisse ist im Einzelfall vorzunehmen. Allgemeingültige Aussagen hierzu sind nicht möglich. Zugleich ist jedoch festzuhalten, dass eine die Leitung eines Geschäftsbetriebes wahrnehmende Person – dies gilt insbesondere bei Handelsgesellschaften – über rudimentäre Grundkenntnisse verfügen muss. Im Hinblick auf das Tatbestandselement der Überschuldung resp. Zahlungsunfähigkeit ergibt sich die Forderung, dass Kenntnisse betreffend den Geschäftsfinanzen unabdingbar sind. So darf man von einer leitenden Person erwarten, dass sie elementare Kenntnisse der Buchführung besitzt. In diesem Zusammenhang muss sie in der Lage sein, eine Bilanz und eine Erfolgsrechnung wie die im Hintergrund ablaufenden Mechanismen – konkret die Buchungen – zu verstehen, um daraus die notwendigen Schlüsse ziehen zu können. Auf Grund der meist nicht delegierbaren Finanzverantwortung des Organs müssen diese Kenntnisse zwingend gegeben sein. Das Organ kann sich nicht darauf berufen, diese Aufgabe an Dritte (Treuhand, Buchhalter) oder Angestellte (Finanzverantwortlicher, Kassier) abzugeben zu haben. Sofern

---

<sup>82</sup> Meier – Hayoz/Forstmoser, § 16 N. 464; Böckli, § 13 N. 564.

<sup>83</sup> Böckli, § 13 N. 575.

<sup>84</sup> Böckli, § 13 N. 576.

Personal angestellt ist, muss das Organ des Weiteren Grundkenntnisse des Arbeits- und Sozialversicherungs- wie auch – sofern Ausländer im Betrieb beschäftigt werden – des Ausländerrechts besitzen. Zumindest muss das Organ wissen, dass sich Fragen in diesen Rechtsbereichen stellen und in der Lage sein, für deren Regelung zu sorgen (Rechtsberatung, Anwalt, ausgebildete Angestellte). Auf Grund der steuerlichen Aspekte werden auch Kenntnisse in den Bereichen Steuerrecht (Gewinn- und Kapitalsteuern, Mehrwertsteuern etc.) erforderlich sein.

Zuletzt bedarf es zur Annahme eines Übernahmeverschuldens aber auch der individuellen Vorwerfbarkeit. Es wird verlangt, dass eine Person, welche einen Aufgabenbereich übernimmt, die Tragweite der Übernahme hat einschätzen müssen. Wiederum im Bezug auf Handelsgesellschaften muss klar festgehalten werden, dass bei der Eintragung ins Handelsregister und insbesondere beim Gründungsakt selbst oftmals nicht zu unterschätzende administrative Schritte erforderlich sind. Zumindest in den Fällen, in welchen jemand alleine in der Lage ist, solche zur Gründung/ Eintragung einer Gesellschaft notwendigen Schritte einzuleiten, ist anzunehmen, dass diese Person auch in der Lage ist, sich in angemessener Weise über die Tragweite einer Gesellschaftsgründung/HR-Eintragung ins Bild zu setzen. Wer eine Drittperson (z.B. Treuhänder, Rechtsanwalt etc.) mit den Administrativaufgaben einer Gesellschaftsgründung/ HR-Eintragung beauftragt, weiss, dass er einer Drittperson bedarf und könnte sich bei dieser auch über die Tragweite der aus der Gründung erwachsenden Pflichten informieren. Wer sich in eine bestehende Gesellschaft begibt, wird oftmals ein Stellenprofil zu Gesicht oder den Aufgabenbereich aufgezeigt erhalten. Derjenige, der sich von einer solchen Aufgabe dennoch angesprochen fühlt, kann auch abschätzen, in welchen Bereichen sich seine Tätigkeit abspielen wird und ob er in diesen Bereichen über die notwendigen Kenntnisse verfügt.

Abschliessend ist deshalb festzuhalten, dass – wenn auch eine Vorherseh- oder Vermeidbarkeit dem Täter mangels individueller Fähigkeiten und Kenntnisse nicht nachgewiesen werden kann, dieser sich v.a. als Inhaber/Organ/Vertreter einer Handelsgesellschaft ein Übernahmeverschulden in den überwiegenden Fällen anrechnen lassen muss.

### **3.3.3 Würdigung der Fahrlässigkeitsregelung in Art. 165 StGB**

Abschliessend zur Problematik Vorsatz – Fahrlässigkeit ist – isoliert auf die Bankrotthandlung der „argen Nachlässigkeit in der Berufsausübung und Vermögensverwaltung“ – festzustellen, dass der Misswirtschaftstatbestand im Hinblick auf das subjektive Tatbestandsmerkmal einer Anpassung bedarf. Der Gesetzgeber muss sich endgültig entscheiden, ob er die Fahrlässigkeit zumindest hinsichtlich dieser konkreten Bankrotthandlung unter Strafe stellen oder ob er darauf verzichten will. Die letzte Teilrevision erscheint in dieser Hinsicht als unbefriedigend. Es erscheint als fragwürdig, dass die grobe Fahrlässigkeit mitunter infolge der Ergebnisse der Vernehmlassung zum Vorentwurf mit der Begründung aus dem Gesetzesentwurf gestrichen wurde, es handle sich um einen Begriff des Zivilrechts. Tatsache ist, dass die „grobe Fahrlässigkeit“ nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung der gängigen Praxis entspricht. Deren rechtliche Zulässigkeit erscheint im Lichte von Art. 1 und Art. 12 Abs. 1 StGB als zweifelhaft, zeigt doch schon die Diskussion in der Lehre, dass die Norm keineswegs klar ist. Der Gesetzgeber hätte es eigentlich kommen sehen müssen und hat sich dennoch nicht um eine klare Lösung bemüht. Insofern könnte man auch diese Handlungsweise als „arg nachlässig“ qualifizieren.

## **4. Die „arge Nachlässigkeit“ des Verwaltungsrates in der Aktiengesellschaft**

### **4.1 Bedeutung der verwaltungsrätlichen Tätigkeit**

Die Rechtsform der AG hat – dies war vom Gesetzgeber auch entsprechend vorgesehen – die Zielsetzung, als Trägerin von bedeutenden, auf Dauer angelegten und wirtschaftlichen Unternehmen grosse Kapitalien zusammen zu fassen.<sup>85</sup> Die AG als Rechtsform ist darauf ausgelegt, dass sich eine Vielzahl von Personen rein finanziell, ohne jeglichen persönlichen Bezug zur Gesellschaft und ohne Risiko einer persönlichen Haftung, an einer Unternehmung beteiligen kann. Entsprechend ist die in Art. 620 Abs. 2 OR festgehaltene ausschliessliche Haftung des Gesellschaftsvermögens zentrales Element der AG.

Die Bedeutung der AG als Rechtsform schlägt sich entsprechend in den Zahlen nieder. Gemäss Bundesamt für Statistik waren im Jahr 2008 86'965 Aktiengesellschaften in der Schweiz ansässig. Damit stellt die Aktiengesellschaft hinter den Einzelfirmen die grösste Zahl an Unternehmen.<sup>86</sup>

Das Obligationenrecht sieht im Falle der AG zwingend drei Organe vor: Die Generalversammlung (Art. 698 ff. OR), den Verwaltungsrat (Art. 707 ff. OR) und die Revisionsstelle (Art. 727 ff. OR). Nach dem sog. Paritätsprinzip sind jedem Organ von Gesetzes wegen bestimmte, nicht entziehbare Kompetenzen bzw. Aufgaben zugewiesen. Der Generalversammlung kommt in Berücksichtigung der Hierarchie und der ihr zustehenden Kompetenzen nach Art. 698 OR sicherlich eine bedeutende Rolle zu. Tatsache ist jedoch, dass der Gesetzgeber in Art. 716 OR eine Kompetenzvermutung zu Gunsten des Verwaltungsrates vorsieht. Ferner kommt dem Verwaltungsrat die Oberleitung der Gesellschaft zu, womit ihm die operative Tätigkeit der AG zugeordnet wird. Im Zusammenhang mit der Konkursthematik ist sodann von Bedeutung, dass die Ausgestaltung des Rechnungswesens, die Finanzkontrolle wie auch die Finanzplanung nach Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR ebenfalls dem Verwaltungsrat als Aufgabenbereich zugeordnet wird.

Die häufig bedeutsamen Kapitalien und die wirtschaftliche Bedeutung der AG bei gleichzeitig beschränktem Gesellschaftsvermögen als Haftungssubstrat rechtfertigen allemal, die AG einer genauen Betrachtung zu unterziehen. Die Relevanz der verwaltungsrätlichen Tätigkeit im Hinblick auf den Misswirtschaftstatbestand zeigt sich gerade an den in der einschlägigen Lehre zitierten Fällen, welche sich hauptsächlich in Bankrotthandlungen von Verwaltungsräten erschöpfen.<sup>87</sup>

## **4.2 Zentrale Aufgaben des Verwaltungsrates**

### **4.2.1 Oberleitung**

Gemäss Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 OR hat der Verwaltungsrat die Oberleitung der AG wahrzunehmen. Diese Aufgabe gehört von Gesetzes wegen zu den nicht übertragbaren Aufgaben. Begrifflich umfasst die Oberleitung die Bestimmung der gesellschaftlichen

<sup>85</sup> Meier-Hayoz/Forstmoser, § 16 N. 14.

<sup>86</sup> Bundesamt für Statistik, Rechtsform

<sup>87</sup> Vgl. BSK StGB II – Brunner, N. 40 und 41 zu Art. 165 StGB.

Strategie innerhalb des durch die Generalversammlung statutarisch festgelegten Gesellschaftszwecks.<sup>88</sup> Ebenso hat der Verwaltungsrat die Wahl der Mittel und Ressourcen zu treffen.<sup>89</sup> Innerhalb des statutarischen Zwecks liegt es schliesslich am Verwaltungsrat, über das Risikoprofil und die Prioritäten wie auch deren Realisierung zu entscheiden. Der Verwaltungsrat lenkt mit anderen Worten die strategischen und operativen Geschicke der Unternehmung. Hierfür bedarf es einer entsprechenden Befähigung. Vom Verwaltungsrat darf und muss entsprechend verlangt werden, dass er ausreichende Grundkenntnisse der rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhänge hat.<sup>90</sup>

Im Zusammenhang mit der operativen Tätigkeit ist der Verwaltungsrat berechtigt, zugleich aber auch verpflichtet, entsprechende Führungsmittel einzusetzen. Allen voran ist hier das „Führungsmittel“ der Weisung zu sehen, welche generell-abstrakt als Reglement verfasst oder als konkrete Anordnung erteilt werden kann.<sup>91</sup> Bei Delegation geschäftsleitender Aufgaben untersteht der Verwaltungsrat besonderen Sorgfaltspflichten bei der Auswahl, der Instruktion wie auch der Beaufsichtigung der Personen („cura in eligendo, instruendo und custodiendo“).<sup>92</sup>

Vor allem aber hat der Verwaltungsrat bei aller Absicht der Zielerreichung, die der Gesellschaft zur Verfügung stehenden Mittel mit Bedacht einzusetzen. Hierbei ist das verwaltungsrätliche Augenmerk auf die stetige Liquidität der Gesellschaft zu legen.

Mit dem Fokus auf potentielle Bankrotthandlungen im Rahmen der Oberleitung ist die Frage zu stellen, ob dem Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 OR in der Praxis überhaupt eine eigenständige Bedeutung zukommt. Die gesetzlich statuierte Oberleitungspflicht ist eher allgemein gehalten und wird überdies in weiteren Ziffern von Art. 716a Abs. 1 OR konkretisiert und ergänzt. Insbesondere werden die Finanzaufgaben in Ziffer 3 definiert, die der Organisation der Gesellschaft und Delegation von Geschäftsführungsaufgaben in den Ziffern 3, 4 und 5. Eigenständige Bedeutung hat die Oberleitungspflicht aber immerhin in punkto konkreter Formulierung des Gesellschaftsziels wie auch der Definition, wie dieses zu erreichen ist. Mit der Oberleitungspflicht sind zudem weitere im Gesetz normierte Pflichten verbunden. Beispielhaft ist hier der Art. 699 Abs. 1 OR zu erwähnen, wonach der Verwaltungsrat zur Einberufung der Generalversammlung verpflichtet ist. Des Weiteren ergibt sich aus der Oberleitungspflicht, aber auch aus der Oberaufsicht der Geschäftsführung, das in Art. 706 OR statuierte Recht oder – in krassen Fällen – sogar die Pflicht, Beschlüsse der Generalversammlung, welche gegen das Gesetz oder die Statuten verstossen, anzufechten.

In Berücksichtigung der obigen Ausführungen wird eine mangelhafte Oberleitung dann strafrechtlich relevant sein, wenn sie derart nachlässig geführt wird, dass sie adäquat kausal zur Herbeiführung bzw. Verschlimmerung der Überschuldung oder zur Zahlungsunfähigkeit führt. Hypothetisch wäre dies dann gegeben, wenn die in der Gesellschaft ausgeführten Tätigkeiten und Entscheidungen infolge mangelnder oder gar fehlender Zielvorgabe völlig nutzlos sind und allenfalls anderen getroffenen Entscheidungen sogar entgegenstehen. Wie diesem Beispiel zu entnehmen ist, dürfte die praktische Bedeutung einer Nachlässigkeit, welche sich rein auf die fehlende Zielsetzung beschränkt, marginal sein. Jedoch wird sich die Konzeptlosigkeit, dann in Kombination mit mangelhafter Finanzverantwortung, in der vernachlässigten Geschäftsleitung und/oder fehlenden Organisationsstrukturen zeigen. Fehlt

---

<sup>88</sup> BSK OR II – Watter/Roth Pellanda, N. 4 zu Art. 716a OR.

<sup>89</sup> Böckli, § 13 N. 306.

<sup>90</sup> Böckli, § 13 N. 40.

<sup>91</sup> Böckli, § 13 N. 310 ff.

<sup>92</sup> Böckli, § 13 N. 312.

es sodann an einem klar definierten Gesellschaftszweck, liesse dies den Schluss zu, dass alle Aufwendungen per se nicht durch einen Gesellschaftszweck gedeckt sind und deshalb als unverhältnismässiger Aufwand zu qualifizieren sind.<sup>93</sup>

#### 4.2.2 Festlegung der Organisation

Dem Verwaltungsrat obliegt es sodann gemäss Art. 716a Abs. 1 Ziff. 2 OR, die Organisation der AG festzulegen. Diese Aufgabe beinhaltet im Wesentlichen die Umschreibungen der zentralen Stellen resp. Abteilungen, die Hierarchien wie auch die Definition der Aufgabenbereiche und Pflichten.<sup>94</sup> Kurzum regelt der Verwaltungsrat – auch in kleineren und mittleren Betrieben – wer was macht, wer wem unterstellt ist und wer wem Bericht erstattet.<sup>95</sup> Zwingend durch den Verwaltungsrat festzulegen ist die Hierarchiestufe direkt unter dem Verwaltungsrat. Hierbei handelt es sich somit um eine undelegierbare Kompetenz des Verwaltungsrates.<sup>96</sup> Ohnehin ist der Verwaltungsrat aus der in Art. 716 OR festgelegten Kompetenzvermutung berechtigt, insbesondere die Geschäftsführung selbst wahrzunehmen. Vor allem in grösseren Gesellschaften wird der Verwaltungsrat aber regelmässig wesentliche Kompetenzen an untere Stufen delegieren. Selbstredend besteht auch in delegierten Bereichen weiterhin die verwaltungsrätliche Pflicht der Beaufsichtigung, was sich auch aus dem Grundsatz der Oberleitung ergibt.<sup>97</sup> In Bereichen, in welchen der Verwaltungsrat eine Delegation seiner Kompetenzen vornimmt, tut er bereits im Hinblick auf eine künftige Déchargeerteilung gut daran, die Grundsätze der Organisation schriftlich festzulegen. Dies wird üblicherweise in einem Organisationsreglement erfolgen.<sup>98</sup> Im Zusammenhang mit der Delegation der Geschäftsführung oder einzelnen Aufgaben aus diesem Bereich, ist – neben einer statutarischen Grundlage – die Regelung in einem Organisationsreglement nach Art. 716b Abs. 1 OR Pflicht.<sup>99</sup>

Die AG muss in der Lage sein, die im Zusammenhang mit ihrem Geschäftszweck und ihrer wirtschaftlichen Grösse anfallenden Aufgaben und Entscheidungen wahrzunehmen. Betreffend Organisation hat der Verwaltungsrat somit eine Gestaltungspflicht. Er hat durch die Aufstellung, Anpassung und Durchsetzung einer zweckmässigen Organisation darum besorgt zu sein, dass die in der Gesellschaft tätigen leitenden Personen wiederum ihre Aufgaben erfüllen können.<sup>100</sup>

Für die Überlebensfähigkeit einer Gesellschaft ist von zentraler Bedeutung, dass die Entscheidungsstrukturen funktionell ausgestaltet sind. Sofern zentrale Entscheide im Hinblick auf die Geschäftstätigkeit mangels Organisation nicht getroffen werden, muss dies dem Verwaltungsrat angelastet werden. Da es sich hierbei um eine zentrale Pflicht der verwaltungsrätlichen Tätigkeit handelt, welche regelmässig grossen Einfluss auf die Geschäftsfinanzen haben kann, muss eine solche Nachlässigkeit als „krass pflichtwidrig“ betrachtet werden. Führt demnach ein Organisationsmangel im Betrieb zur Unterlassung zentraler Entscheide und in diesem Zusammenhang zu erheblichen finanziellen Einbussen mit

<sup>93</sup> vgl. Ziff. 2.3.2 lit. B.

<sup>94</sup> BSK OR II – Watter/Roth Pellanda, N. 10 zu Art. 716a OR.

<sup>95</sup> Böckli, § 13 N. 319.

<sup>96</sup> BSK OR II – Watter/Roth Pellanda, N. 8 zu Art. 716a OR.

<sup>97</sup> Vgl. Meier-Hayoz/Forstmoser, § 16 N. 437.

<sup>98</sup> Vgl. BSK OR II – Watter/Roth Pellanda, N 12 zu Art. 716a OR.

<sup>99</sup> Vgl. Meier-Hayoz/Forstmoser, § 16 N 440.

<sup>100</sup> Böckli, § 13 N. 565.

anschliessender Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, muss eine Bankrotthandlung vermutet werden.

### 4.2.3 Finanzverantwortung

Die AG benötigt zur Erreichung ihrer Zwecksbestimmung der ausreichenden finanziellen Mittel wie auch der genügenden Liquidität. Aufgabe des Verwaltungsrates ist es dabei, in vorausblickender Weise zu beurteilen, welche Mittel zur gesellschaftlichen Aufgabenerfüllung benötigt werden, er hat diese zu budgetieren, die Mittel rechtzeitig bereit zu stellen sowie deren Ausgaben zu überwachen.<sup>101</sup> Diese verwaltungsrätlichen Pflichten werden in Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR konkretisiert. Die Planung, Bereitstellung und Überwachung der Finanzen bedürfen sodann einer buchhalterischen Erfassung der Gesellschaftsfinanzen. Aus diesem Grund hat der Verwaltungsrat die Ausgestaltung des Rechnungswesens zwecks ordnungsgemässer und zeitnaher Erfassung der Geschäftszahlen sicherzustellen.<sup>102</sup> Die konkreten Anforderungen an das Rechnungswesen resp. deren Umsetzung sind von mehreren Faktoren abhängig (Unternehmensgrösse, Konzernstruktur etc.). In jedem Fall sind die für Aktiengesellschaften geltenden Buchführungsvorschriften zu beachten. Darüber hinaus werden – je nach konkreten Umständen – zusätzliche Hilfsmittel der Rechnungslegung zu verlangen sein (z.B. Mittelflussrechnungen).<sup>103</sup> Kurzum ist der Verwaltungsrat in seiner Funktion für ein den gesetzlichen Anforderungen genügendes, den gesellschaftlichen Gegebenheiten adäquates und zweckmässiges Rechnungswesen verantwortlich. Selbstredend hat er dies nicht selbst zu tun, jedoch für deren Ausgestaltung und Überwachung zu sorgen.<sup>104</sup> Die Buchführung hat ferner zeitnah und „in Echtzeit“ zu erfolgen.<sup>105</sup> Es ist zu verlangen, dass sich der Verwaltungsrat während des Geschäftsjahres hinsichtlich der Geschäftsfinanzen auf dem Laufenden hält und sich jederzeit und innert kurzer Frist über die finanzielle Situation der Gesellschaft ein Bild verschaffen kann.<sup>106</sup>

Neben den Anforderungen an die Ausgestaltung des Rechnungswesens muss der Verwaltungsrat zumindest Kenntnisse über die Grundsätze der Rechnungslegung haben und diese auch anwenden können. Verfügt der Verwaltungsrat nicht über die notwendigen Kenntnisse, hat er sich entsprechend weiterzubilden.<sup>107</sup> Um die Ausgestaltungs- und Kontrollfunktion angemessen wahrzunehmen, haben sich die Fähigkeiten nach den gesellschaftlichen Umständen zu richten. Mit anderen Worten: Je komplizierter und grösser die Verhältnisse sind, desto fähiger muss der Verwaltungsrat sein.

Gerade im Bereich der Finanzverantwortung ist dem Verwaltungsrat ein für die Gesellschaft gleichsam überlebenswichtiger Aufgabenbereich beschieden. Führen Nachlässigkeiten in diesem Verantwortungsbereich dazu, dass eine Übersicht über die Geschäftsfinanzen nicht oder nicht in ausreichender Weise möglich ist und „schlittert“ die AG quasi unbemerkt in die Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit, liegt regelmässig eine krasse Pflichtwidrigkeit vor. Ebenfalls krasse pflichtwidrig dürfte der Verwaltungsrat handeln, der überhaupt nicht im Bilde ist, wie die Rechnungsführung für eine AG im Wesentlichen auszusehen hat oder Anforderungen in diesem Bereich wider besseren Wissens nicht umsetzt. Geradezu klassisch

<sup>101</sup> BSK StGB II – Brunner, N. 3 zu Art. 165 StGB.

<sup>102</sup> BSK OR II – Watter/Roth Pellanda, N. 16 ff. zu Art. 716a OR.

<sup>103</sup> Meier-Hayoz/Forstmoser, § 8 N. 10.

<sup>104</sup> Böckli § 13 N. 348.

<sup>105</sup> Vgl. Böckli, § 13 N. 344 und 347.

<sup>106</sup> Vgl. Böckli, § 13 N. 568.

<sup>107</sup> Böckli, § 13 N. 39.

ist die Nachlässigkeit in der Finanzkontrolle. Oftmals „behelfen“ sich im Strafverfahren Beschuldigte mit der Aussage, die Buchhaltung habe ein Treuhänder gemacht. Damit entledigt sich ein Verwaltungsrat jedoch nicht der Verantwortung, eine Kontrolle der Buchhaltung vorzunehmen. Unter diesem Gesichtspunkt erscheint es als fragwürdig, wenn ein in Finanzsachen nicht befähigter Verwaltungsrat auch noch auf eine Revisionsstelle verzichtet. Dies mag angesichts kleiner unternehmerischer Verhältnisse gesellschaftsrechtlich zwar möglich sein, wird jedoch den Bedürfnissen der Finanzverantwortung nicht immer gerecht. In der Praxis ist in diesem Zusammenhang auch zu bezweifeln, ob das treuhänderische Erstellen einer Buchhaltung am Ende des Geschäftsjahres der Anforderung der laufenden Finanzkontrolle genügt. Gerade im Hinblick auf die noch zu behandelnde Überschuldungsanzeige zeigt sich, dass das Nachführen der Buchhaltung im Jahresrhythmus der Finanzverantwortung in der Mehrheit der Fälle nie und nimmer gerecht wird.

#### 4.2.4 Ernennung und Abberufung der Geschäftsleitung

Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 OR nennt als weitere nicht übertragbare Aufgabe des Verwaltungsrates, die Geschäftsführung wie auch die zur Vertretung betrauten Personen zu ernennen, aber auch abzurufen. In kleineren Gesellschaften nimmt der Verwaltungsrat häufig selbst die geschäftsleitenden Aufgaben wahr. Dies ist in grösseren, arbeitsteilig organisierten Gesellschaften nicht mehr möglich, weshalb i.d.R. geschäftsführende Personen ernannt werden. Diese können zugleich Mitglied des Verwaltungsrates sein, was heute jedoch nicht mehr nötig ist. Die Geschäftsleitung bildet – wie bereits in der Botschaft erwähnt – die „Kommandobrücke“ einer Gesellschaft, weshalb der Auswahl von Geschäftsleitungsmitgliedern eine immense Bedeutung zukommt.<sup>108</sup> Nur die Geschäftsleitung, welche direkt dem Verwaltungsrat untersteht, muss durch letzteren ernannt werden. Das Besetzen unterer Chargen kann durchaus delegiert werden, wird sodann aber i.d.R. von einem Genehmigungsentscheid des Verwaltungsrates abhängig gemacht.<sup>109</sup> Umstritten ist sodann, ob die Bestimmung des Zeichnungsrechts zwingend durch den Verwaltungsrat wahrzunehmen ist.<sup>110</sup>

Ähnlich der Verwaltungsratsmitglieder selbst, müssen auch die Mitglieder der Geschäftsleitung notwendigerweise über die Fähigkeiten verfügen, die Gesellschaft führen zu können. Der Verwaltungsrat hat nun – sofern er die Aufgaben der Geschäftsleitung eben delegiert – sorgfältig darauf zu achten, dass er die Leitungsfunktionen mit Personen mit entsprechender Befähigung besetzt. Ebenfalls hat der Verwaltungsrat diese „Kapitäne“ in ihrer Tätigkeit zu begleiten und zu überwachen.<sup>111</sup> Erweist sich eine Person als Fehlbesetzung, ist der Verwaltungsrat auf Grund der Oberleitung und Oberaufsicht nicht nur berechtigt, sondern vielmehr verpflichtet, das Geschäftsleitungsmitglied abzurufen. Allgemein hat der Verwaltungsrat einzugreifen, wenn er im Rahmen seiner allgemeinen Überwachung des Geschäftsgangs und der Geschäftsleitung Fehler oder Unregelmässigkeiten feststellt.

Konkret muss der Verwaltungsrat in Berücksichtigung der „curae“ darum besorgt sein, dass weitere Personen mit zentralen Führungsaufgaben und entsprechendem Einfluss auf die Geschäftsfinanzen ihre Aufgaben nach den „Regeln der Kunst“ wahrnehmen bzw. diese

<sup>108</sup> vgl. auch Böckli, § 13 N. 355 („In diesem Punkt entscheidet er weitgehend über Erfolg und Nichterfolg des Unternehmens.“).

<sup>109</sup> Böckli, § 13 N. 356 (mit Hinweis auf die Oberleitungsfunktion).

<sup>110</sup> Vgl. BSK OR II – Watter/Roth Pellanda, N. 20 zu Art. 716a OR.; ZK – Homburger, N. 573 zu Art. 716a OR.

<sup>111</sup> BSK OR II – Watter/Roth Pellanda, N. 21 f. zu Art. 716a OR.; Böckli, § 13 N. 355.

überhaupt wahrnehmen können. Konkret hat sich der Verwaltungsrat bei der Besetzung zentraler Führungsfunktionen über Aus- und allfällige Weiterbildungen wie auch bisherige Tätigkeiten zu erkundigen und womöglich auch Referenzen einzuholen. In diesem Sinne muss der Verwaltungsrat im Sinne eines Abgleichs der Befähigungen der in Frage kommenden Person mit dem Stellenprofil eruieren, ob die Anforderungen erfüllt sind. Der Verwaltungsrat, der in Unkenntnis der konkreten Anforderungen oder mangels genügendem Assessment-Center einer nicht zureichend befähigten Person eine leitende Funktion vergibt und/oder sodann sich auch nicht darum bemüht, die Person der Funktion entsprechend einzuführen, handelt krass pflichtwidrig, was dann strafrechtlich relevant wird, wenn der Gesellschaft aus der mangelhaften Tätigkeit dieser Person ein Schaden erwächst.

#### 4.2.5 Oberaufsicht über die Geschäftsführung

Eng mit der Aufgabe der Oberleitung und der Ernennung und Abberufung der Geschäftsleitung ist diejenige der Oberaufsicht im Sinne von Art. 716a Ziff. 5 OR verknüpft. Delegiert der Verwaltungsrat Geschäftsleitungsaufgaben, ist er verpflichtet, diese zu überwachen. Die verwaltungsrechtliche Überwachung soll einerseits die Einhaltung der Rechtsordnung durch die Geschäftsführung sicherzustellen. In diesem Zusammenhang spricht man von einer sogenannten „Compliance“ (Regelüberwachung). Andererseits geht es darum, dass die Geschäftsführung gewissen betriebswirtschaftlichen Erfordernissen genüge tut. Der Verwaltungsrat ist nicht gehalten, jede Einzelhandlung zu überprüfen. Vielmehr geht es für den Verwaltungsrat darum, sich mittels Berichterstattung und internem Controlling über die Tätigkeit der Geschäftsführung auf dem Laufenden zu halten.<sup>112</sup> Die nähere Ausgestaltung dieser Überwachung obliegt dem Verwaltungsrat. So ist dieser frei, die Überwachungstätigkeit durch Einzelmitglieder des Verwaltungsrates wahrnehmen zu lassen oder aber einen verwaltungsrechtlichen Ausschuss mit dieser Aufgabe zu betrauen.<sup>113</sup> In jedem Falle geht die Lehre heute davon aus, dass die Beaufsichtigung vorausschauend zu sein hat; Risikopotentiale sollen frühzeitig erkannt werden.<sup>114</sup> Entsprechend zweckmässig muss die Oberaufsicht organisiert sein.<sup>115</sup> Je nach Grösse der Unternehmung wird der Verwaltungsrat von der Geschäftsleitung ein regelmässiges und in bestimmten zeitlichen Abständen erfolgendes Reporting verlangen müssen, mittels welchem sich der Verwaltungsrat ein Bild über die geschäftlichen Fortgänge verschaffen kann. Von besonderer Bedeutung sind in diesem Zusammenhang ebenfalls die Revisionsberichte, welchen der Verwaltungsrat besondere Aufmerksamkeit schenken muss. Sollten sich dahingehend aus der Berichterstattung Unklarheiten oder Unregelmässigkeiten ergeben, so ist der Verwaltungsrat verpflichtet, nachzufragen und offene Punkte zu klären. Zuletzt ist der Verwaltungsrat verpflichtet, in geeigneter Weise einzuschreiten, sollte er im Rahmen seiner Überwachungstätigkeit irgendwelche Missstände feststellen.

Der Verwaltungsrat, der die Geschäftsführung nicht überwacht, muss sich – ähnlich der Pflichtwidrigkeiten bei Ernennung oder Abberufung – u.U. den Vorwurf des krass unsorgfältigen Handelns gefallen lassen. Der Verwaltungsrat hat durch seine Überwachung sicherzustellen, dass geschäftsrelevante Nachlässigkeiten nicht, zumindest aber nicht wiederholt von der gleichen Person begangen werden. Unterlässt der Verwaltungsrat eine Kontrolle und führt diese Unterlassung dazu, dass eine dem Verwaltungsrat direkt unterstellte Führungskraft infolge offensichtlicher Unfähigkeit oder Unkenntnis wiederholt fehlerhafte

<sup>112</sup> BSK OR II – Watter /Roth Pellanda, N. 26 zu Art. 716a OR.

<sup>113</sup> Böckli, § 13 N. 373.

<sup>114</sup> Böckli, § 13 N. 375.

<sup>115</sup> Böckli, § 13 N. 567.



Entscheidungen mit grossem Schadenspotential trifft, kann dies dem Verwaltungsrat durchaus als „arge Nachlässigkeit“ angelastet werden.

#### **4.2.6 Geschäftsbericht und Vorbereitung der Generalversammlung**

Als operatives Organ ist der Verwaltungsrat verpflichtet, der Generalversammlung die wesentlichen Informationen zum Geschäftsgang aufzubereiten und vorzutragen. In diesem Zusammenhang ist der Verwaltungsrat aus Art. 716a Abs. 1 Ziff. 6 OR verpflichtet, den Geschäftsbericht zu erstellen, die Generalversammlung vorzubereiten und die anlässlich der Generalversammlung getroffenen Beschlüsse effektiv umzusetzen.

Allem voran tangiert der Geschäftsbericht wieder den Bereich der Finanzverantwortung. Der Verwaltungsrat hat dafür zu sorgen, dass sich auch die Generalversammlung mittels Geschäftsbericht über die finanziellen Abläufe der Gesellschaft ins Bild setzen kann. Zu diesem Zweck müssen die finanziellen Daten mittels Bilanz, Erfolgsrechnung und allfälligen Anhängen bereit gestellt werden. Weiter verlangt Art. 662 OR, dass der Verwaltungsrat zu Händen der Generalversammlung einen Jahresbericht verfasst. Im Jahresbericht ist nach Art. 663d OR v.a. der Geschäftsverlauf wie auch die wirtschaftliche und finanzielle Lage der Gesellschaft zu erfassen.

Dem Verwaltungsrat obliegt sodann die gesamte Organisation der Generalversammlung. Dies beginnt bei der Einladung der Aktionäre mit ordentlicher Traktandierung, der Ausgestaltung eines Dividendenantrages, der Eintrittskontrolle, Protokollführung wie auch der Stimmzählung.<sup>116</sup> Ebenfalls obliegt dem Verwaltungsrat die Pflicht, durch die Generalversammlung gefasste Beschlüsse zu vollziehen.

In der Praxis könnte von Belang sein, dass der Verwaltungsrat unzureichende Geschäftsberichte verfasst, welche die Generalversammlung zu unsachgemässen Beschlüssen mit negativen finanziellen Auswirkungen verleitet. Falsche Geschäftsberichte gefährden sodann auch das Vermögen der Beteiligten nach Art. 152 StGB. Ist eine fehlerhafte Berichterstattung somit tatbestandsrelevant im Sinne einer unwahren Angabe über das kaufmännische Gewerbe, so muss dieses Verhalten sicherlich auch als „arg nachlässig“ im Sinne von Art. 165 StGB gewertet werden können. Von grösserer Bedeutung dürfte jedoch der Fall sein, dass der Verwaltungsrat im Zusammenhang mit den in Art. 725 Abs. 1 OR verlangten Sanierungsschritten die Generalversammlung nicht oder nicht rechtzeitig einberuft.

#### **4.2.7 Benachrichtigung des Richters gemäss Art. 725 OR**

Von zentraler Bedeutung und wiederum im engen Zusammenhang mit der Finanzverantwortung steht sodann die verwaltungsrätliche Pflicht nach Art. 716a Abs. 1 Ziff. 7 OR, den Richter im Falle der Überschuldung der AG zu benachrichtigen. Diese Pflicht erfährt in Art. 725 Abs. 2 OR ihre Konkretisierung. Demnach hat der Verwaltungsrat bei begründeter Besorgnis einer Überschuldung eine Zwischenbilanz erstellen zu lassen, diese der Revisionsstelle zur Prüfung vorzulegen und – sofern die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger weder zu Fortführungs- noch zu Veräusserungszwecken gedeckt sind, den Richter zu benachrichtigen. Von einer Überschuldung ist auszugehen, wenn die Aktiven

---

<sup>116</sup> BSK OR II – Watter/Roth Pellanda, N. 30 zu Art. 716a OR.

das Fremdkapital der Gesellschaft nicht mehr decken und somit keine Möglichkeit mehr besteht, die Schulden der Gesellschaft zu tilgen.<sup>117</sup>

Der Wortlaut „begründete Besorgnis“ verlangt vom Verwaltungsrat nichts anderes, als dass er die Gesellschaftsfinanzen stets im Auge behält. Dies gilt insbesondere wenn bereits früher Anzeichen auf eine angespannte finanzielle Lage gegeben waren. Von einer begründeten Besorgnis ist auszugehen, wenn eine Zwischenbilanz eine Überschuldung ausweist, andauernd Verlustausweise in den Zwischenabschlüssen auftauchen, ausserordentliche Ereignisse (Prozesse, Fehlinvestitionen etc.) oder eine Illiquidität eintreten.<sup>118</sup>

Nach Erstellung der Zwischenbilanz ist der Richter unverzüglich zu benachrichtigen, es sei denn es bestünden konkrete Aussichten auf eine Sanierung. Eine dauerhafte finanzielle Gesundung der Gesellschaft und Wiederherstellung der Ertragskraft muss dann aber erwartet werden können. Hierzu stellt die Lehre und Rechtsprechung fest, dass ein Zuwarten von vier bis sechs Wochen bis zur Benachrichtigung des Richters unzulässig sein dürfte.<sup>119</sup>

Der Art. 725 Abs. 2 OR dient somit unmittelbar dem Gläubigerschutz. Es soll verhindert werden, dass eine Gesellschaft am Geschäftsverkehr teilnimmt, obwohl sie nicht mehr über eigene Mittel verfügt.<sup>120</sup> Gerade weil die Gesellschafter nicht persönlich für Verluste haften, muss verhindert werden, dass eine wirtschaftlich ungesunde Unternehmung zu noch grösseren Verlusten kommt und damit das Haftungssubstrat der Gläubiger noch stärker geschmälert wird.<sup>121</sup> Eine Verletzung der Pflicht zur Überschuldungsanzeige wird bereits gesellschaftsrechtlich als schwerer Verstoss gegen gesetzliche Pflichten betrachtet, welcher zu Verantwortlichkeitsklagen nach Art. 754 OR führen kann.

Im Hinblick auf den Misswirtschaftstatbestand stellt die unterlassene Überschuldungsanzeige sodann nach geltender bundesgerichtlicher Rechtsprechung ohne Weiteres eine „arg nachlässige Berufsausübung“ dar.<sup>122</sup>

#### **4.2.8 Weitere ausgewählte Pflichten gemäss Obligationenrecht**

Die rechtlichen Bestimmungen über die AG beinhalten weitere explizite verwaltungsrätliche Pflichten, welche im Hinblick auf die finanziellen Verhältnisse der Gesellschaft zu beachten sind. Sofern in diesen Aufgabenbereichen arge Nachlässigkeiten an den Tag gelegt werden, können diese ebenfalls eine „arge Nachlässigkeit in der Berufsausübung und Vermögensverwaltung darstellen.

##### **A) Pflicht zur Durchführung der Kapitalerhöhung**

Der AG steht zur Bereitstellung finanzieller Mittel die Möglichkeit offen, das Aktienkapital mittels Kapitalerhöhung zu vergrössern und – durch die damit verbundene Liberierung – zu liquiden Mitteln oder mittels Sacheinlagen zu Vermögenswerten zu gelangen. Somit kann diese Massnahme auch als Hilfsmittel verwendet werden, um die mangelnde Liquidität der Gesellschaft aufzufangen oder Verluste abzufedern (wie z.B. im Falle der Bank Lehman

<sup>117</sup> Vgl. Meier – Hayoz/Forstmoser, § 16 N. 65.

<sup>118</sup> BSK OR II – Wüstiner, N. 32 f. zu Art. 725 OR.

<sup>119</sup> BSK OR II – Wüstiner, N 40a zu Art. 725 OR m.w.H.; Böckli, § 13 N. 816 f.

<sup>120</sup> BSK OR II – Wüstiner, N. 1 zu Art. 725 OR.

<sup>121</sup> BSK OR II – Wüstiner, N. 4 zu Art. 725 OR.

<sup>122</sup> Forum Poenale 1/2011, S. 5 ff.

Brothers im Zuge der Subprime-Krise). Konkret kann die Generalversammlung gestützt auf Art. 650 Abs. 1 OR die Erhöhung des Kapitals mittels ordentlicher Kapitalerhöhung beschliessen. Bei Vorliegen eines solchen Beschlusses ist der Verwaltungsrat verpflichtet, die Kapitalerhöhung innerhalb einer Frist von drei Monaten durchzuführen. Im Hinblick auf den Misswirtschaftstatbestand kann es nun von Belang sein, wenn der Verwaltungsrat diese Kapitalerhöhung ohne nachvollziehbare Gründe und damit nicht pflichtgemäss durchführt. Diese Ausführungen haben auch im Falle der genehmigten Kapitalerhöhung nach Art. 651 OR zu gelten. Angesichts der dort eingeräumten Frist von zwei Jahren und der für den Verwaltungsrat fakultativen Erhöhung dürfte die Relevanz allerdings geringer sein. Ist die AG sodann mangels Aktiven nicht mehr in der Lage, ihren Verpflichtungen aus Fremdkapital nachzukommen und fällt sie infolge Überschuldung in den Konkurs, so kann dies eine Bankrotthandlung darstellen. Angesichts der offensichtlichen Pflichtverletzung bei unbegründeter Unterlassung der Durchführung der Kapitalerhöhung wie auch der daraus zu folgernden mangelhaften Sorge, der Gesellschaft liquide Mittel zu beschaffen, steht hier die Bankrotthandlung der „argen Nachlässigkeit in der Berufsausübung und Vermögensverwaltung“ im Vordergrund.

## **B) Kontroll- und Schutzpflichten im Zusammenhang mit Sacheinlagen**

Mit Bezug auf die Kapitalerhöhungen durch Sacheinlagen hat der Verwaltungsrat gemäss Art. 652e Ziff. 1 OR zu gewährleisten, dass die Sacheinlagen oder Sachübernahmen angemessen bewertet werden und auch über die Bewertung, die Art und den Zustand dieser Einlagen mittels Bericht Rechenschaft abzulegen. Diesen Kapitalerhöhungsbericht hat der Verwaltungsrat bei Sacheinlagen/Sachübernahmen nach Art. 652f Abs. 1 OR einem zugelassenen Revisor zur Prüfung zu unterbreiten. Ähnliche Regeln sind auch im Bereich der genehmigten Kapitalerhöhung zu berücksichtigen (vgl. Art. 653f OR).

Der Verwaltungsrat hat gestützt auf die vorerwähnten Bestimmungen besonders dafür Sorge zu tragen, dass die zur Liberierung bereit gestellten Vermögenswerte dem Ausgabepreis der Aktien entsprechen. Bei Barliberierungen stellt sich dieses Problem nicht, da dort keine Bewertung und diesbezüglich i.S.v. Art. 652f Abs. 2 OR auch keine Kontrolle durch eine Revisionsstelle nötig ist. Bei Sacheinlagen/Sachübernahmen besteht jedoch die latente Gefahr, dass Aktien gegen überbewertete Sacheinlagen ausgegeben werden. Die in die Gesellschaft fliessenden Mittel entsprechen bei offensichtlicher Überbewertung der Sacheinlagen nicht mehr dem Aktienkapital. Dies kann eine Bankrotthandlung im Sinne einer ungenügenden Kapitalausstattung mit sich bringen. Zugleich liegt bei völlig unzureichender Kontrolle der Sacheinlagen aber auch eine erhebliche Pflichtverletzung vor, welche die Aktiven der Gesellschaft schmälert. Somit kann auch in diesem Handeln eine „arge Nachlässigkeit“ erkannt werden.

## **4.3 Die „arg nachlässige“ Aufgabenerfüllung**

### **4.3.1 Die Verletzung der Sorgfaltspflichten i.S.v. Art. 717 OR**

Der Verwaltungsrat ist auf Grund der allgemeinen Treupflicht stets gehalten, die Gesellschaftsinteressen mit seinem ganzen Wissen und Können aktiv zu fördern und alles zu unterlassen, was der Gesellschaft schaden könnte. Schranke der Treupflicht bildet die Zumutbarkeit und damit die berechtigten Eigeninteressen des Verwaltungsrates.<sup>123</sup>

---

<sup>123</sup> Sommer, S. 17 f.

Zumindest ebenso wichtig ist jedoch, dass der Verwaltungsrat sowie Dritte, welche mit der Geschäftsführung betraut sind, nach Art. 717 Abs. 1 OR ihre Aufgaben mit aller Sorgfalt zu erfüllen haben. Dies gilt direkt für die bereits erwähnten Pflichten des Verwaltungsrates nach Art. 716 und 716a OR, wobei sich jener Sorgfaltsmassstab nach objektivierten Kriterien bemisst.<sup>124</sup> Allgemein umschrieben verlangt die Sorgfaltspflicht vom Verwaltungsrat, dass er eine gebotene Umsicht und Vorsicht walten lässt, welche ein vernünftiger Mensch bei der jeweiligen Aufgabenerfüllung an den Tag legen würde. Dies bedingt u.a. ein gesetzeskonformes Verhalten.<sup>125</sup> Die Sorgfaltspflicht nach Art. 717 Abs. 1 OR ist demnach keine selbständige Verhaltens- oder Schutznorm, sondern als Mindeststandard hinsichtlich der obig erwähnten Aufgaben anzusehen.<sup>126</sup>

#### 4.3.2 Das Verhältnis zwischen Art. 754 OR i.V.m. Art. 717 OR und Art. 165 StGB

Die statuierte Sorgfalts- und Treuepflicht zeitigt hinsichtlich der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit nach Art. 754 OR ihre Wirkung. Zivilrechtlich haftungsbegründende Pflichtverletzungen zeigen sich in Verstössen gegen gesetzliche oder statutarische Organpflichten.<sup>127</sup> Demnach sind die oben erwähnten Pflichtverletzungen im Bereich der unentziehbaren Pflichten des Verwaltungsrates regelmässig als haftungsbegründend zu betrachten.<sup>128</sup> Die zivilrechtliche Haftung der Organe geht entsprechend massiv weiter, als die strafrechtliche Verantwortlichkeit, wo ausschliesslich „arge“ Pflichtverletzungen zum Tragen kommen. Die Rechtsprechung zum Art. 754 OR ist aus strafrechtlicher Sicht dennoch nicht uninteressant, hilft sie doch zumindest bei der Bestimmung der relevanten Sorgfaltspflichten.<sup>129</sup>

Bereits festgestellt wurde, dass eine deliktische Schädigung des Gesellschaftsvermögens „krass pflichtwidrig“ ist. Dies dürfte auch für den Verstoß gegen absolute Verbote des Gesellschaftsrechts gelten. Hier ist v.a. auf das Verbot der Einlagenrückerstattung i.S.v. Art. 680 Abs. 2 OR zu verweisen, wonach eine Rückzahlung von Aktionärs-einlagen unzulässig ist. Dieses Verbot steht sodann in engem Zusammenhang mit Art. 675 Abs. 1 und Abs. 2 OR, wonach Dividendenzahlungen nur aus Bilanzgewinn und hierfür gebildeten Reserven zulässig und überdies aktienrechtliche Zinszahlungen verboten sind.

## 5. Würdigung

Die durch die h.L. wie auch die Rechtsprechung behandelten Tathandlungsvarianten dürften die meisten Fälle einer „argen Nachlässigkeit in der Berufsausübung und Vermögensverwaltung“ abdecken. Anhand der bisherigen Erkenntnisse ist aber auch festzustellen, dass es bis anhin nicht gelungen ist, die Bankrotthandlung der „argen Nachlässigkeit“ ganzheitlich zu erfassen und allgemein gültige Regeln aufzustellen. Letzten Endes erschöpft sich die Behandlung dieser Thematik in Kasuistik und Einzelfallbetrachtungen.

<sup>124</sup> BSK OR II – Watter/Roth Pellanda, N. 3 ff. zu Art. 717 OR.

<sup>125</sup> BSK – Watter/Roth Pellanda, N. 3 zu Art. 717 OR.

<sup>126</sup> Böckli, § 18 N 380.

<sup>127</sup> BSK OR II – Widmer/Gericke/Waller, N. 24 zu Art. 754 OR

<sup>128</sup> Vgl. Böckli, § 18 N. 384.

<sup>129</sup> Vgl. zur detaillierten Veranschaulichung der haftungsbegründenden Pflichtverletzungen: Böckli, § 18 N. 388 ff.

Es stellt sich generell die Frage, ob anhand der gemachten allgemeinen Erläuterungen zu den verschiedenen Bankrotthandlungen und auch den Erkenntnissen zu den konkret besprochenen Tathandlungsvarianten der „argen Nachlässigkeit“ überhaupt allgemeingültige Aussagen möglich sind, wann eine Pflichtverletzung „arg nachlässig“ ist. Der in der Lehre vertretene Schluss, dass die „arge Nachlässigkeit“ sich als krass gegen rational-ökonomische Prinzipien verstossende Handlungen definiere, ist als unbestimmter Rechtsbegriff – wie festgestellt – nicht sonderlich hilfreich.

Zugleich lassen sich die rechtlichen und gesellschaftspolitischen Gegebenheiten nicht immer in eine Norm packen. Hinzu kommt, dass die wirtschaftliche Tätigkeit an sich ja erwünscht ist. Hierzu gehören aber auch riskante Entscheidungen und Wagnisse. Nicht umsonst heisst es: „Wer nicht wagt, der nicht gewinnt.“ Das Streben nach Vermögen und Ertrag ist das Ziel des „homo oeconomicus“ und damit die Triebfeder der Ökonomie. In diesem Zusammenhang stehen auch die Grundrechte der Eigentumsgarantie und Wirtschaftsfreiheit. So geht es dann auch nicht darum, den wirtschaftlichen Misserfolg an sich unter Strafe zu stellen. Auch kann es nicht das Ziel sein, getroffene Fehlentscheidungen per se unter Strafe zu stellen. Vielfach ist es ja gerade so, dass sich getroffene Entscheide erst in retrospektiver Betrachtung als Fehler herausstellen. Demgegenüber wird bei Konkursen mit einer Vielzahl geschädigter Gläubiger und grossen Schadenssummen sogleich der Ruf laut, jemanden zur Rechenschaft zu ziehen. In diesem Punkt kommt der in den Vermögensdelikten mitschwingende Grundgedanke zum Tragen, dass niemand das Vermögen eines anderen schädigen darf. Im Grenzbereich dieser Interessen bewegt sich der Misswirtschaftstatbestand und insbesondere die Bankrotthandlung der argen Nachlässigkeit in der Berufsausübung und Vermögensverwaltung. Hier eine klare Grenze zu ziehen wäre eher eine Aufgabe der Rechtspolitik, denn der Rechtsdogmatik.

Selbst wenn eine klare Grenze gezogen werden könnte, liesse sich dies gesetzgeberisch kaum normieren. Wollte man den Misswirtschaftstatbestand getreu nach Bestimmtheitsgebot erfassen, hiesse dies, das konkursträchtige und damit strafrechtliche relevante Verhalten zumindest in den Grundzügen zu erfassen. Dies würde zu einer massiven Aufblähung der Misswirtschaftsstrafnorm führen. Eine Kompromisslösung könnte darin bestehen, die Bankrotthandlung der „argen Nachlässigkeit“ in gewissen, beispielhaften Punkten detailliert auszugestalten. Insbesondere könnte man die Tathandlungsvarianten bei Verletzung der Buchführungspflicht – ähnlich dem § 283 Abs. 1 Nr. 5 – 7 dStGB – ausgestalten.

Die geltende Misswirtschaftsnorm und insbesondere die Bankrotthandlung der „argen Nachlässigkeit in der Berufsausübung und Vermögensverwaltung“ veranschaulichen die Zwickmühle, in welcher man sich befindet. Will man dem Rechtsgüterschutz und damit den Gläubigerinteressen strafrechtlich nachkommen, bedarf es einer weit gefassten Norm, welche jedoch kaum zu handhaben ist. Nach dem Bestimmtheitsgebot dagegen müsste man die momentane Norm sehr restriktiv anwenden. Angesichts der Tatsache, dass der Gesetzgeber, die Lehre und auch die Rechtsprechung es in mehreren Jahrzehnten nicht geschafft haben, dem Straftatbestand Konturen zu verleihen, hätte – entgegen den Bemühungen dieser Masterarbeit – im Sinne der Rechtssicherheit wohl eher eine restriktive Auslegung zu erfolgen.

**Erklärung**

Ich erkläre hiermit, dass ich die vorliegende Arbeit resp. die von mir ausgewiesene Leistung selbständig, ohne Mithilfe Dritter und nur unter Ausnützung der angegebenen Quellen verfasst resp. erbracht habe.

Frauenfeld, 11. Mai 2011

Marco Breu