



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

Assoziiertes Institut der Universität Zürich & Kooperationspartner der ETH Zürich
RECHT BERATUNG WEITERBILDUNG

Herausgeber:

Marc Jean-Richard-dit-Bressel, David Zollinger

Unternehmenskonkurse und Strafrecht

16. Schweizerische Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht
Tagungsband 2025



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

Assoziiertes Institut der Universität Zürich & Kooperationspartner der ETH Zürich
RECHT BERATUNG WEITERBILDUNG

Herausgeber:

Marc Jean-Richard-dit-Bressel, David Zollinger

Unternehmenskonkurse und Strafrecht

16. Schweizerische Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht
Tagungsband 2025

EIZ  Publishing

© 2026 – CC BY-NC-ND (Werk) CC BY-SA (Texte)

Herausgeber: Prof. Dr. Marc Jean-Richard-dit-Bressel, David Zollinger – Europa Institut an der Universität Zürich

Verlag: EIZ Publishing (eizpublishing.ch),
Bellerivestrasse 49, 8008 Zürich, Schweiz
eizpublishing@europa-institut.ch

ISBN:

978-3-03994-119-3 (Print – Softcover)

978-3-03994-120-9 (ePub)

DOI: <https://doi.org/10.36862/6CTK-0C9Q>

Version: 1.02 – 20260702

Das Werk ist als gedrucktes Buch und als Open-Access-Publikation in verschiedenen digitalen Formaten verfügbar: <https://eizpublishing.ch/publikationen/unternehmenskonkurse-und-strafrecht/>.

Zitiervorschlag:

Normalzitat: Autor/in, Beitragstitel, WIST 16 (2026), Seitenzahl

Angaben zum Band im Abkürzungsverzeichnis oder bei Erstnennung: Marc Jean-Richard-dit-Bressel/ David Zollinger (Hrsg.), Unternehmenskonkurse und Strafrecht, Tagungsband zur 16. Schweizerischen Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht 2025, Zürich 2026, hiernach WIST 16 (2026).

Vorwort

Unternehmenskonkurse gehören zum marktwirtschaftlichen Alltag. Strafrechtlich bedeutsam werden sie dort, wo das Scheitern eines Unternehmens nicht bloss wirtschaftliche Folge unternehmerischer Risiken ist, sondern Gläubigerinteressen missachtet, Verantwortlichkeiten verschleiert oder die «Rechtswohlthat des Konkurses» als Teil eines Geschäftsmodells missbraucht wird. Die jüngere Entwicklung hat die praktische Bedeutung dieser Fragen noch erhöht: Unternehmenskonkurse nehmen zu, die Bekämpfung des Konkursmissbrauchs ist gesetzgeberisch verstärkt worden, und die Strafverfolgungsbehörden stehen vor der Herausforderung, Massenvorgänge effizient zu bewältigen, ohne die dogmatische Präzision und die verfahrensrechtlichen Garantien aus dem Blick zu verlieren.

Die 16. Schweizerische Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht widmete sich deshalb dem Thema «Unternehmenskonkurse und Strafrecht». Der vorliegende Band nimmt diese Perspektive auf und verbindet Repetition, Vertiefung und Praxisbezug.

Marc Jean-Richard-dit-Bressel eröffnet den thematischen Teil mit einem Repetitorium und Praxistipps zum Insolvenzstrafrecht. Der Beitrag führt durch die Tatbestände gemäss Art. 163 ff. StGB unter besonderer, aber nicht ausschliesslicher Beachtung der Instrumente zur Bekämpfung der Massenphänomene: Misswirtschaft durch Konkursverschleppung und Unterlassung der Buchführung. Besonders hinzuweisen ist auf den Exkurs zur Erschleichung einer falschen Beurkundung durch Handelsregistereintrag von Scheinorganen. Er stellt einen Ansatz zur Diskussion, mit dem bestimmte Beiträge zur sogenannten Firmenbestattung strafrechtlich treffender erfasst werden könnten. Der Beitrag schliesst mit der Beleuchtung von Schnittstellen des Insolvenzstrafrecht mit dem Zivilrecht und der Vermögenseinziehung gemäss StGB Art. 70 ff.

Simone Nadelhofer richtet den Blick auf Zusammenbrüche von Start-up-Unternehmen. Gerade in diesem Umfeld ist die Abgrenzung zwischen zulässigem unternehmerischem Optimismus, aggressiver Wachstumsrhetorik, pflichtwidriger Fortführung und strafrechtlich relevanter Täuschung besonders anspruchsvoll. Der Beitrag zeigt, dass das Strafrecht nicht das Scheitern innovativer Geschäftsmodelle sanktionieren soll, wohl aber dort Grenzen setzt, wo Investoren, Gläubiger oder andere Beteiligte über tragende Grundlagen des Unternehmens irreführt werden.

Franco Lorandi behandelt ausgewählte Schnittstellen zwischen Insolvenz-, Straf- und Strafprozessrecht. Der Beitrag macht deutlich, dass die strafrechtliche Aufarbeitung von Unternehmenskonkursen ohne solide Kenntnis der zivil- und zwangsvollstreckungsrechtlichen Grundlagen kaum gelingen kann. Gerade Fragen der Konkursöffnung, der Nachlassverfahren, der Pfändung, der Verlustscheine, der Parteistellung und der Verfahrenskoordination zeigen, wie eng die Rechtsgebiete ineinandergreifen.

Von besonderer Bedeutung ist die Studie von Martin Andenmatten über das Zürcher Standardverfahren zur Bekämpfung der Konkursreiterei in der Praxis. Es handelt sich um einen ausserordentlich wertvollen empirischen Beitrag für Praxis und Wissenschaft. Die Arbeit beruht auf einer umfassenden Auswertung der Zürcher Praxis zur Konkursreiterei im untersuchten Zeitraum 2014–2023, die 864 Strafverfahren umfasst, und macht damit einen Erfahrungsschatz sichtbar, der sonst in Akten, Strafbefehlen, Einstellungsverfügungen und internen Verfahrensroutinen verborgen bliebe. Die Studie zeigt, wie die Strafverfolgung ein Massendelikt mit standardisierten Instrumenten bearbeiten kann, wo diese Standardisierung trägt, wo sie an Grenzen stösst und welche Weiterentwicklungen sich aufdrängen. Damit liefert sie nicht nur eine Bestandesaufnahme, sondern auch eine Grundlage für die künftige Diskussion über Wirksamkeit, Fairness und Effizienz der Bekämpfung von Konkursreiterei.

Der zweite Teil des Bandes setzt die etablierte Rubrik der aktuellen Entwicklungen im Wirtschaftsstrafrecht und Strafprozessrecht fort. Ausgewiesene Fachleute berichten über wichtige Neuerungen in verschiedenen Teilgebieten. Damit soll der Band nicht nur das Schwerpunktthema vertiefen, sondern zugleich als jährlicher Orientierungspunkt für die Praxis dienen.

Wir danken allen Autorinnen und Autoren für ihre Beiträge sowie dem Europa Institut an der Universität Zürich für die Organisation der Tagung und die Unterstützung bei der Fertigstellung dieses Bandes.

Zürich und Wetzikon, im Mai 2026

Marc Jean-Richard-dit-Bressel
David Zollinger

Inhaltsübersicht

Teil 1: Beiträge zum Schwerpunktthema	1
Repetitorium und Praxistipps zum Insolvenzstrafrecht	3
Prof. Dr. MARC JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, LL.M., Staatsanwalt, Abteilungsleiter bei der Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich, Titularprofessor für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Universität Zürich	
Zusammenbrüche von Start-up-Unternehmen: Fake it till you break it	83
Dr. SIMONE NADELHOFER, MAS ECI, Rechtsanwältin, Partnerin bei Schellenberg Wittmer AG, Zürich	
Ausgewählte Fragen zu Schnittstellen zwischen Insolvenz- und Straf- sowie Strafprozessrecht	95
Prof. Dr. FRANCO LORANDI, LL.M., Rechtsanwalt, Konsulent bei Holenstein Brusa, Zürich, Titularprofessor für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht an der Universität St. Gallen (HSG)	
Teil 2: Beiträge zu aktuellen Entwicklungen	123
Verwaltungsstrafrecht	125
FRIEDRICH FRANK, Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Strafrecht, Jetzer Frank Rechtsanwälte, Zürich	
Steuerstrafrecht	133
DANIEL HOLENSTEIN, Rechtsanwalt, eidg. dipl. Steuerexperte, NSF Rechtsanwälte AG, Zürich	
Unternehmens-, Korruptions- und Insiderstrafrecht	149
Prof. Dr. NORA MARKWALDER, Ordentliche Professorin für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie unter besonderer Berücksichtigung des Wirtschaftsstrafrechts an der Universität St. Gallen	

Vermögensabschöpfung, Geldwäscherei, internationale
Rechtshilfe 157

DAVID ZOLLINGER, Rechtsanwalt, *Capt Zollinger Rechtsanwälte*, Wetzikon

Vermögens-, Urkunden- und Wettbewerbsstrafrecht 163

Prof. Dr. MARC JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL

Masterarbeit Martin Andenmatten 171

Das Zürcher Standardverfahren zur Bekämpfung der Konkursreiterei
in der Praxis 171

MARTIN ANDENMATTEN, *dipl. Wirtschaftsprüfer*, MAC ECI

Teil 1: Beiträge zum Schwerpunktthema

Repetitorium und Praxistipps zum Insolvenzstrafrecht*

Marc Jean-Richard-dit-Bressel

Inhalt

I.	Rückblick	5
1.	Genese der massgeblichen Gesetze	5
2.	Neuere Gesetzesrevisionen zum Insolvenzstrafrecht	6
a)	Harmonisierung der Straffrahmen	6
b)	Bekämpfung des missbräuchlichen Konkurses	7
3.	Strafregister-Statistik	12
II.	Bemerkungen zu den Straftatbeständen des Insolvenzstrafrechts	13
1.	Vorbemerkung	13
2.	Allgemeines	13
a)	Systematische Einordnung	13
b)	Objektive Strafbarkeitsbedingung	14
aa)	Erfordernis für StGB Art. 163-167	14
bb)	Exkurs de lege ferenda: Zahlungsunfähigkeit ohne Konkursöffnung	17
cc)	Kein Erfordernis für StGB Art. 168-170	18
c)	Sonderdelikte	18
d)	Geschütztes Rechtsgut	21
3.	Besonderes zu den einzelnen Bestimmungen gemäss StGB Art. 163-167	21
a)	Betrügerischer Konkurs und Pfändungsbetrug (StGB Art. 163)	21
b)	Gläubigerschädigung durch Vermögensminderung (StGB Art. 164)	24
c)	Konkurrenz und Abgrenzung von StGB Art. 163 und Art. 164	25
d)	Misswirtschaft (StGB Art. 165)	27
aa)	Allgemein	27
bb)	Konkursverschleppung	29
i)	Verletzung der Pflichten bei begründeter Besorgnis der Überschuldung	29
ii)	Exkurs: Verletzung der Pflichten bei Kapitalverlust und bei drohender Zahlungsunfähigkeit	34
iii)	Verschlimmerung der Vermögenslage	35
e)	Unterlassung der Buchführung (StGB Art. 166)	39
aa)	Allgemein	39

* Persönliche Meinung des Verfassers, der als «Federführer Insolvenzdelikte» für die gesamte Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich (STA.ZH) sowie als Staatsanwalt und Abteilungsleiter bei der Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich in deren Teilbereich «Qualifizierte Wirtschaftskriminalität» tätig ist.

bb)	Bei «Firmenbestattungen»	41
f)	Bevorzugung eines Gläubigers (StGB Art. 167)	42
III.	Exkurs: Erschleichung einer falschen Beurkundung (StGB Art. 253) durch Handelsregistereintrag von Scheinorganen	45
1.	Tatsächliches zum Phänomen der «Konkursreiterei»	45
2.	Kritik der bisherigen Ansätze betreffend Administratoren und Endorgane	47
3.	Das Kernproblem des Verhaltens der Administratoren und Endorgane	48
4.	Subsumtion unter StGB Art. 253	49
a)	Öffentliche Urkunde	49
b)	Erheblichkeit und Unrichtigkeit der beurkundeten Tatsache	49
c)	Tathandlung und Erfolg	52
d)	Vorsatz in Bezug auf die Unrichtigkeit der Tatsache	53
5.	Prüfung von potenziellen Gegenargumenten	54
IV.	Ausgewählte prozessuale Fragen	56
1.	Gerichtsstand bei Firmenbestattung	56
a)	Geltendes Recht	56
b)	Revisionsanregung	58
2.	Konkurseinvernahme und Nemo-Tenetur-Prinzip	59
a)	Unverwertbarkeit von Selbstbelastungen durch Erfüllung der Auskunftspflicht	59
b)	Verwertbarkeit von Selbstbelastungen durch Verletzung der Auskunftspflicht	60
c)	Verwertbarkeit von Selbstbelastungen durch Erfüllung der Kooperationspflicht	61
3.	Geschädigten-Stellung und Zivilklage	62
a)	Praxis des Bundesgerichts	62
b)	Konsequenz für die Informationspflichten der Staatsanwaltschaft	62
c)	Verbleibender Raum für Zivilklagen	63
aa)	Interessenlage bei natürlichen Personen als Schuldner	63
bb)	Interessenlage bei juristischen Personen als Schuldner	63
cc)	Konkursdelikte als Schutznormen für Verantwortlichkeitsansprüche	64
dd)	Zulässigkeit adhäsionsweiser Zivilklage betreffend Verantwortlichkeitsansprüche und paulianische Anfechtungen	65
ee)	Aktivlegitimation im ordentlichen Zivilprozess	66
i)	Verantwortlichkeitsklage	66
ii)	Anfechtungsklage	68
ff)	Aktivlegitimation zur adhäsionsweisen Zivilklage	68
d)	Zweckmässigkeit der adhäsionsweisen Zivilklage des Konkursamtes	69
4.	Einziehungsrechtliche Fragen	71
a)	Restitution	71
b)	Ersatzforderung	74
V.	Mängel des Gläubigerschutzes und Verbesserungsvorschlag	75
1.	Versagen des konkursrechtlichen Gläubigerschutzes	75

2. Vereinfachter Durchgriff bei Konkurseinstellung <i>de lege ferenda</i>	76
Literaturverzeichnis	77
Anhang: Formular Strafanzeige Konkursamt (Kanton Zürich)	81

I. Rückblick

1. Genese der massgeblichen Gesetze

Alt BV¹ Art. 59 Abs. 3 lautete: «Der Schuldverhaft ist abgeschafft». In der geltenden Bundesverfassung hat dieser Grundsatz keinen ausdrücklichen Niederschlag gefunden. Das Bundesgericht hat ihn als weiterhin massgeblich erkannt und leitet ihn sowohl aus dem Schutz der Menschenwürde gemäss BV Art. 7 als auch aus dem Recht auf persönliche Freiheit gemäss BV Art. 10 Abs. 2 her². Das Verbot des Schuldverhafts ist ein universelles Prinzip, das im Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte³ in Art. 11 festgeschrieben ist: «Niemand darf nur deswegen in Haft genommen werden, weil er nicht in der Lage ist, eine vertragliche Verpflichtung zu erfüllen». Das Verbot des Schuldverhafts als grundlegende Grenze des Strafrechts ist in besonderem Masse für die Ausgestaltung der Insolvenzdelikte von Bedeutung. Der Umstand, dass der Schuldner in wirtschaftliche Not geraten ist, ist nicht Gegenstand der strafrechtlichen Aufarbeitung. Jedoch verpflichtet diese Not dazu, im Interesse der Gläubigerschaft dem Restvermögen Sorge zu tragen und mit den Zwangsvollstreckungsbehörden mit dem Ziel zusammenzuarbeiten, einen möglichst hohen Deckungsgrad der Schulden zu erreichen. Diesen Pflichten verleiht das Insolvenzstrafrecht Nachdruck. Es dient teils unmittelbar dem Schutz des Vollstreckungssubstrats, teils dem Schutz der Rechtspflege im Bereich der Schuldbetreibung und des Konkurses.

Das Schuldbetreibungs- und Konkursrecht wurde gemäss alt BV Art. 64 im Jahr 1874 Bundessache, was heute in BV⁴ Art. 122 Abs. 1 verankert ist. Der Bund hat diese Kompetenz durch *Erlass des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs* vom 11. April 1889⁵ wahrgenommen. Für die Akzeptanz des Geset-

¹ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, aufgehoben mit Wirkung vom 31. Dezember 1999 durch Bundesbeschluss vom 18. Dezember 1998, BBl 1999 I, 162.

² BGE 130 I 169 E. 2.2.

³ Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte, abgeschlossen in New York am 16. Dezember 1966 (IPBPR, auch Uno-Pakt II, SR 0.103.2).

⁴ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101).

⁵ Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 (SchKG, SR 281.1).

zes war es wichtig, dass es die Staatskasse der Kantone nicht belastete. Es sah deshalb vor, dass sich das Betreibungs- und Konkursverfahren – bevorschusst durch die Gläubigerschaft – selbst zu finanzieren hat und dass die Kantone die im SchKG vorgeschriebenen Behördenfunktionen in ihren Einführungsge-
setzen selbständig organisieren. Die Eigenart des SchKG und seine grundlegen-
den Mechanismen sind auch nach seiner grossen Revision im Jahr 1994⁶
erhalten geblieben. Es sucht das Gleichgewicht zwischen dem Vollstreckungs-
interesse der Gläubigerschaft und den existenziellen Bedürfnissen des Schuld-
ners, der als natürliche Person nicht nur vor Haft, sondern auch vor einem Da-
sein in menschenunwürdiger Entbehrung geschützt wird.

Das Strafrecht wurde erst mit dem Erlass von alt BV Art. 64^{bis} im Jahr 1898
Bundessache. Der strafrechtliche Schutz der Gläubigerinteressen war deshalb
zunächst den Kantonen anheimgestellt. Das Strafgesetzbuch vom 21. Dezem-
ber 1937 trat am 1. Januar 1942 in Kraft und führte mit den Verbrechen und
Vergehen gemäss StGB⁷ Art. 163–170 und den Übertretungen gemäss StGB
Art. 323 f. das *Insolvenzstrafrecht des Bundes* ein. Die Verbrechen und Verge-
hen gemäss StGB Art. 163–170 wurden bei der Revision des Vermögens- und
Urkundenstrafrechts im Jahr 1994⁸ redaktionell überarbeitet⁹, ohne dass damit
erhebliche inhaltliche Änderungen bezweckt oder bewirkt worden wären. Die
Übertretungen gemäss StGB Art. 323 f. wurden im Rahmen der Revision des
SchKG im Jahr 1994 angepasst.

2. Neuere Gesetzesrevisionen zum Insolvenzstrafrecht

a) Harmonisierung der Strafrahmen

Das Insolvenzstrafrecht kannte mit alt StGB Art. 171 und Art. 171^{bis} eigene *Straf-
aufhebungsgründe*, die durch das Bundesgesetz über die Harmonisierung der

⁶ Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Änderung vom 16. Dezember 1994, in Kraft seit 1. Januar 1997 (AS 1995 1227); Botschaft vom 8. Mai 1991 über die Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG), BBl 1991 III, 1. In dieser Revision wurden die Marginaltitel hinzugefügt.

⁷ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 311.0).

⁸ Schweizerisches Strafgesetzbuch. Militärstrafgesetz (Strafbare Handlungen gegen das Vermögen und Urkundenfälschung), Änderung 17. Juni 1994, in Kraft seit 1. Januar 1995 (AS 1994 2290); Botschaft vom 24. April 1991 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), BBl 1991 II, 969.

⁹ Dazu unten Titel [II.3.c](#).

Strafrahmen¹⁰ per 1. Juli 2023 abgeschafft worden sind. Damit kommen nun auch im Insolvenzstrafrecht bei aufrichtiger Reue StGB Art. 48 lit. d und bei Wiedergutmachung StGB Art. 53 zum Tragen.

Mit demselben Bundesgesetz wurde StGB Art. 165 Ziff. 1^{bis} eingefügt, wonach der Straftatbestand der Misswirtschaft auch dann Anwendung findet, wenn der Konkurs *durch eine behördliche Stützungsmassnahme abgewendet* wird¹¹.

b) Bekämpfung des missbräuchlichen Konkurses

Das Bundesgesetz vom 18. März 2022 über die Bekämpfung des missbräuchlichen Konkurses¹² ist am 1. Januar 2025 in Kraft getreten. Die Revision hatte zum «Ziel, mit verschiedenen Massnahmen im Obligationenrecht, im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht und im Strafrecht zu verhindern, dass das Konkursverfahren von Schuldnerinnen und Schuldnern dazu missbraucht wird, sich ihrer Verpflichtungen zu entledigen»¹³. Der Bundesrat fasste den Missstand, den es zu bekämpfen gilt, in der Übersicht zur Botschaft mit folgenden Worten zusammen:

«Das Konkursrecht wird heute immer wieder dazu missbraucht, Konkurrentinnen und Konkurrenten zu unterbieten und Gläubigerinnen und Gläubiger zu schädigen. Dabei wird ein Konkursverfahren bewusst in Kauf genommen, um Verpflichtungen nicht erfüllen zu müssen und diese den Sozialversicherungen, die für einen Teil der Ausfälle aufkommen müssen, aufzubürden. Das Konkursrecht lässt es zu, dass Unternehmerinnen und Unternehmer unmittelbar nach dem Konkurs ihrer Gesellschaft ein neues Unternehmen gründen können. Dabei übernehmen sie unter Umständen die bisherigen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sowie Arbeitsgeräte, um anschliessend neue Gläubigerinnen und

¹⁰ Bundesgesetz über die Harmonisierung der Strafrahmen vom 17. Dezember 2021, in Kraft seit 1. Juli 2023 (AS 2023 259); Botschaft vom 25. April 2018 zur Harmonisierung der Strafrahmen und zur Anpassung des Nebenstrafrechts an das geänderte Sanktionenrecht, BBl 2018, 2827.

¹¹ Mehr dazu unten Titel [II.2.b\)aa](#).

¹² Bundesgesetz über die Bekämpfung des missbräuchlichen Konkurses (Änderung des Obligationenrechts, des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs, des Strafgesetzbuches, des Militärstrafgesetzes, des Strafregistergesetzes und des Bundesgesetzes über die direkte Bundessteuer) vom 18. März 2022, in Kraft seit 1. Januar 2025 (AS 2023 628); Botschaft des Bundesrates vom 26. Juni 2019 zum Bundesgesetz über die Bekämpfung des missbräuchlichen Konkurses (Änderung des Obligationenrechts, des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs, des Strafgesetzbuches, des Militärstrafgesetzes, des Strafregistergesetzes), BBl 2019, 5193.

¹³ BBl 2019, 5294.

Gläubiger und erneut die Sozialversicherungen auf die gleiche Art und Weise zu schädigen.»¹⁴

Folgende Änderungen entsprechen nach hier vertretener Auffassung dem Kerngehalt dieser Revision:

- SchKG Art. 11 Abs. 2–3 begründen eine bundesrechtliche *Anzeigepflicht der Konkursbeamten* und ein Anzeigerecht aller bei einem Konkursamt tätigen Personen, d.h. eine Pflicht bzw. ein Recht, im Rahmen ihrer amtlichen Tätigkeit festgestellte «konkrete Verdachtsgründe» für der Offizialmaxime unterliegende Verbrechen und Vergehen den Strafverfolgungsbehörden anzuzeigen¹⁵. Bislang war es Sache der Kantone, die Anzeigepflicht ihrer Konkursämter gestützt auf StPO Art. 301 Abs. 2 zu regeln. Die zürcherischen Konkursämter haben in Zusammenarbeit mit den Strafverfolgungsbehörden ein Formular für Strafanzeigen¹⁶ v.a. betreffend Misswirtschaft durch Konkursverschleppung und die Unterlassung der Buchführung entwickelt, um die zusätzliche Geschäftslast zu bewältigen, welche die gegenüber der früheren kantonalen Regelung verschärfte Anzeigepflicht mit sich bringt.
- SchKG Art. 43 Ziff. 1-1^{bis} wurden zwecks *Abschaffung der wichtigsten Ausnahmen von der Konkursbetreibung* ersatzlos gestrichen. Damit unterliegen «im öffentlichen Recht begründete Leistungen an öffentliche Kassen oder an Beamte» sowie «Prämien der obligatorischen Unfallversicherung» neu der Konkursbetreibung, wenn der Schuldner eine der in SchKG Art. 39 aufgelisteten Eigenschaften aufweist. Die Neuerung bezweckt zu verhindern, dass sich Aktiengesellschaften (AG) und Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH) systematisch vor der Erfüllung öffentlich-rechtlicher Zahlungspflichten drücken und gleichwohl ihre Geschäftstätigkeit fortsetzen, wobei sie wegen des faktisch geringeren Aufwandes gegenüber der Konkurrenz einen unrechtmässigen Preisvorteil haben¹⁷. Da der Gläubiger, der im Rahmen des Betreibungsverfahrens die Konkursöffnung beantragt, die Kosten nicht nur des Konkursgerichts, sondern auch des ersten Teils des Konkursverfahrens auf eigenes Risiko bevorschussen muss, kommen viele Konkursbetreibungen trotz Ausbleibens der Zahlung nicht über den Stand der Konkursandrohung hinaus. Ob die Ämter diesbezüglich anders kal-

¹⁴ BBl 2019, 5194.

¹⁵ Dazu eingehend Gasser, 367 ff.

¹⁶ Wiedergegeben im Anhang zum vorliegenden Beitrag.

¹⁷ StR Rieder für die Kommission, AB 2021 S 356.

- kulieren als die privaten Gläubiger, wird sich zeigen. Pfändungsverlustscheine gegen Unternehmen gehören jedenfalls der Vergangenheit an.
- StGB Art. 67a Abs. 2 präzisiert, dass die strafrechtliche «andere Massnahme» des *Tätigkeitsverbots* sämtliche im Handelsregister einzutragenden Funktionen und Ermächtigungen erfassen kann, während ein Tätigkeitsverbot in Bezug auf Organfunktionen schon früher gesetzlich vorgesehen war¹⁸. Die Neuerung bringt keinen Fortschritt in der Bekämpfung des Konkursmissbrauchs, denn sie schliesst keine relevante Lücke, ist doch der Handelsregistereintrag ohne Organfunktion in diesem Bereich ohne Belang. Vielmehr entspricht es den üblichen Modalitäten der «Firmenbestattung», dass sich das operative Vororgan der Schuldnerin durch ein inaktives Endorgan ablösen lässt. Die bereits bisher mögliche Sperrung für Organfunktionen wurde nur schon deshalb selten angeordnet, weil dafür ein Strafbefehl nicht genügt¹⁹, sondern ein Gerichtsurteil erforderlich ist.
 - OR Art. 684a und Art. 787a wollen den *Mantelhandel unterbinden*²⁰ und erklären die Übertragung von Aktien bzw. Stammanteilen von «überschuldeten Gesellschaften ohne Geschäftstätigkeit und ohne verwertbare Aktiven» als nichtig. Hat das Handelsregisteramt im Zusammenhang mit einer Anmeldung einen begründeten Verdacht auf einen solchen Zustand der Gesellschaft, verweigert es die Eintragung, wenn diese den Verdacht nicht durch Einreichung einer Jahresrechnung widerlegt. Bei der GmbH ist ein konkreter Anwendungsfall für OR Art. 787a i.V.m. OR Art. 684a zu erkennen, da die Gesellschafter im Handelsregister eingetragen werden. Die Aktionäre der Aktiengesellschaft – der «Société anonyme» – werden hingegen nicht im Handelsregister eingetragen, weshalb OR Art. 684a ein Schuss ins Leere ist. Oft – aber nicht zwingend – gehen mit der Übertragung von Aktien oder Stammanteilen im Rahmen des Mantelhandels Statutenänderungen einher, namentlich Änderungen der Geschäftsfirma, des Sitzes und des Gesellschaftszwecks. Soll OR Art. 684a eine Chance haben, der gesetzgeberischen Absicht zu dienen, ist er über den Wortlaut hinaus so auszulegen, dass solche Mutationen – sog. «Statutenänderungs-Gründungen» – bei Gesellschaften, die zugleich inaktiv, aktivenlos und überschuldet sind,

¹⁸ Botschaft des Bundesrates vom 26. Juni 2019 zum Bundesgesetz über die Bekämpfung des missbräuchlichen Konkurses (Änderung, des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs, des Obligationenrechts, des Strafgesetzbuches, des Militärstrafgesetzes und des Strafregistergesetzes), BBl 2019, 5217.

¹⁹ Art. 352 Abs. 2 *e contrario* der Schweizerischen Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (StPO, SR 312.0).

²⁰ BBl 2019, 5214.

nicht mehr eingetragen werden. Doch auch bei dieser Auslegung ist die Bestimmung nicht geeignet, dem Mantelhandel erhebliche Widerstände entgegenzusetzen. Soweit der Übertragungszweck darin besteht, die zuvor inaktive juristische Person als *Auffanggesellschaft* zu verwenden, handelt es sich in der Regel nicht um überschuldete Mäntel, so dass eine der drei für die Eintragungsverweigerung kumulativ erforderlichen Voraussetzungen fehlt; zudem lässt sich die Inaktivität dadurch beseitigen, dass die geplante Geschäftstätigkeit der Auffanggesellschaft schon vor der Statutenänderung aufgenommen wird. Was die Übertragung zum Zweck der *Firmenbestattung* betrifft, so handelt es sich dabei um einen fiktiven Mantelhandel, da im Handelsregister nur vorgetäuscht wird, die bisherige Gesellschaft sei in ein neues operatives Unternehmen umgewandelt worden. Es ist ein Leichtes, die für diese Fiktion erforderliche Dokumentation um eine frei erfundene Jahresrechnung zu erweitern. Immerhin lässt sich dieses Vorgehen, wenn der Nachweis gelingt, strafrechtlich als Urkundenfälschung i.S.v. StGB Art. 251 in der Tatbestandsvariante der Falschbeurkundung bekämpfen²¹. Sinnvoll wäre es, wenn das Handelsregisteramt zur Überprüfung des Zustandes der Gesellschaft auch einen Betreibungsregister-Auszug beizöge, aber eine entsprechende Anregung der Schweizerischen Staatsanwaltschaftskonferenz (SSK) in der Vernehmlassung vom 2. Mai 2023²² zu E HRegV Art. 65a ist beim Verordnungsgeber auf taube Ohren gestossen.

- DBG Art. 112 Abs. 4 statuiert eine *Meldepflicht des Steueramtes*: Es muss dem Handelsregisteramt melden, wenn ein Unternehmen pflichtwidrig *keine Jahresrechnung eingereicht* hat. Eine solche Meldung begründet einen Verdacht in Bezug auf OR Art. 684a, der durch Einreichung einer Jahresrechnung zu widerlegen ist. Allerdings hat es der Bundesrat unterlassen, in HRegV Art. 65a Abs. 1 auf diesen Zusammenhang hinzuweisen; vielmehr erschöpft sich die Bedeutung der Meldung des Steueramtes gemäss HRegV Art. 62 Abs. 5 darin, dass das Handelsregisteramt eine Gesellschaft, die auf die eingeschränkte Revision verzichtet hat, dazu auffordert, entweder die Verzichtserklärung zu erneuern oder eine Revisionsstelle anzumelden.

Der Umstand, dass das Unternehmen dem Steueramt keine Jahresrechnung einreicht, begründet ferner den *Verdacht der ordnungswidrigen Führung der Geschäftsbücher* i.S.v. StGB Art. 325, der umso dringlicher wird, wenn die Jahresrechnung auch nach der Aufforderung des Han-

²¹ Zur Eigenschaft der Jahresrechnung als qualifizierte, der Falschbeurkundung zugängliche Urkunde vgl. BGE 132 IV 12 E. 8.1 (15); 141 IV 369 E. 7.1 (375 f.); u.v.a.

²² Vgl. <https://www.ssk-cmp.ch/sites/default/files/vernehmlassungen/20230427_Stellungnahme%20SSK%20HR-VO%20und%20VOSTRA-VO.pdf>.

delsregisteramtes ausbleibt. Die SSK schrieb in der erwähnten Vernehmlassung zu E HRegV Art. 67 Abs. 5:

«Wenn auch nach Aufforderung des Handelsregisteramtes hin eine Kapitalgesellschaft beim Steueramt keine Jahresrechnung einreicht, besteht ein begründeter und hinreichender Verdacht auf ordnungswidrige Führung der Geschäftsbücher nach Art. 325 StGB²³. Es hat also eine Anzeige des Handelsregisteramtes an die Strafverfolgungsbehörde zu erfolgen (Anzeigespflicht bei Wahrnehmung strafbarer Handlungen), wenn auch nach Aufforderung des Handelsregisteramtes keine Jahresrechnung eingereicht wird. Dieser Umstand sollte in der HRegV klar umschrieben und darauf hingewiesen werden.

Im Falle einer Anzeige kann die Strafverfolgungsbehörde entscheiden, wie taktisch vorzugehen ist. Die zum Beispiel im Kanton Zürich bisher getätigten Versuche, die Steuerämter zu einer flächendeckenden Anzeigerstattung an die Übertretungsstrafbehörden zu bewegen, sind an der Policy der Steuerämter gescheitert, aussersteuerstrafrechtliche Verdachtsgründe (entgegen der gesetzlichen Vorschrift) nicht den Strafbehörden anzeigen zu wollen. Da die Steuerämter nun das Fehlen der Jahresrechnung dem HRA melden müssen, besteht die Chance (vorbehältlich anderslautender kantonaler Bestimmungen), eine flächendeckende Anzeigerstattung über das HRA zu erreichen. Von dieser Strategie kann eine hohe Effizienz erwartet werden. Die Firmenbestatter müssen Bussen bezahlen oder Ersatzfreiheitsstrafen absitzen. Dadurch wird das Firmenbestatter-Unwesen erheblich verteuert und so zurückgedrängt. Zudem stellt die «Bücherschwund-Busse» einen willkommenen Anreiz dar, eine ordentliche Buchhaltung zu führen, was das gesamte Management der Kleinunternehmen deutlich verbessern wird. Werden stattdessen Phantasie-Jahresrechnungen produziert (womit zu rechnen ist), greift die Urkundenfälschung als strafrechtliches Gegenmittel. Bei Phantasie-Jahresrechnungen dürfte der entsprechende Nachweis nicht sehr aufwändig sein.»

Entgegen diesem überzeugenden Vernehmlassungs-Votum hat der Bundesrat in der Handelsregisterverordnung *keine Anzeigepflicht des Handelsregisteramtes* statuiert. Gemäss der jetzigen Fassung der Handelsregister-Verordnung hat die gesetzlich vorgeschriebene Meldung der Steuerämter an die Handelsregisterämter keine nennenswerten Wirkungen, so dass sich die Frage stellt, ob der zusätzliche Verwaltungsaufwand sinnvoll sei.

²³ Vgl. Jean-Richard, Die Bücherschwund-Busse, WIST 12 (2022), 157 ff.

Im Ergebnis bestehen erhebliche Zweifel, ob diese Gesetzesrevision dem Konkursmissbrauch ernsthafte Widerstände entgegenzusetzen vermag. Entsprechend bleibt vorderhand das *Primat beim Strafrecht als «ultima ratio»* bestehen. Auf die Frage, ob es dennoch Möglichkeiten gäbe, das Strafrecht von diesem ungeliebten Thron zu entlasten, werden wir zum Schluss zurückkommen²⁴.

3. Strafregister-Statistik

Die Strafregister-Statistik²⁵ verzeichnet im Jahrzehnt von 2014 bis 2023 insgesamt 21 815 Verurteilungen wegen Straftaten gemäss StGB Art. 163–170, was nahezu einer Verdoppelung der 11 571 Verurteilungen im Jahrzehnt von 2004 bis 2013 entspricht.

Erwachsene: Verurteilungen für ein Vergehen oder Verbrechen * nach Artikeln des Strafgesetzbuches (StGB), Schweiz											
Nr. StGB	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	Total
1 163	107	100	103	119	115	152	143	146	132	203	1 320
2 164	23	31	19	25	23	25	41	31	32	29	279
3 165	26	33	40	66	41	72	80	101	111	123	693
4 166	77	82	79	113	83	101	104	150	120	178	1 087
5 167	3	10	16	18	18	15	18	12	11	22	143
6 168	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1	1
7 169	570	669	754	730	813	892	885	811	949	973	8 046
8 170	0	0	0	1	0	0	0	1	0	0	2



Erwachsene: Verurteilungen für ein Vergehen oder Verbrechen * nach Artikeln des Strafgesetzbuches (StGB), Schweiz											
Nr. StGB	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022	2023	Total
1 163	227	189	245	284	255	296	313	263	252	219	2 554
2 164	39	49	43	64	48	42	59	39	49	47	479
3 165	131	144	173	276	260	307	382	366	347	380	2 766
4 166	242	249	285	369	365	422	433	469	483	569	3 886
5 167	19	28	14	22	12	23	14	23	17	17	189
6 168	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
7 169	1 252	1 317	1 135	930	1 182	1 351	1 429	1 230	1 124	991	11 841
8 170	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0

Der Anteil von StGB Art. 163, 164, 167, 168 und 170 am ganzen «Kuchen» ist in beiden Jahrzehnten ungefähr gleich geblieben, wobei sich eine praktische Bedeutung von StGB Art. 168 und 170 mit einer einzigen Verurteilung in 20 Jahren verneinen lässt. Hingegen haben StGB Art. 165 und 166 ihren Anteil erheblich vergrössert, und zwar zulasten von StGB Art. 169, der dennoch weiterhin mehr als die Hälfte der Verurteilungen beiträgt; es ist zu vermuten, dass es dabei im Wesentlichen um Einkommenspfändungen von natürlichen Personen geht. Die Verurteilungen nach StGB Art. 165 und 166 sind seit dem Jahr 2008

²⁴ Unten Titel [V.2](#).

²⁵ Vgl. <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/kriminalitaet-strafrecht/strafjustiz/verurteilungen-erwachsenen.html>.

regelmässig angestiegen, was die Folge davon ist, dass die Strafbehörden diese Strafbestimmungen – Misswirtschaft durch Konkursverschleppung und Unterlassung der Buchführung – als Hauptwaffen im ständig wachsenden Kampf gegen den Konkursmissbrauch einsetzen.

II. Bemerkungen zu den Straftatbeständen des Insolvenzstrafrechts

1. Vorbemerkung

Das vorliegende Repetitorium soll einen Überblick über das Insolvenzstrafrecht verschaffen und ausgewählte Aspekte vertiefen, die für die strafrechtliche Aufarbeitung von Unternehmenskonkursen bedeutsam sein können. Für eine umfassende Darstellung des Insolvenzstrafrechts sei auf die einschlägigen Kommentare, Lehrbücher und Handbücher²⁶ verwiesen.

2. Allgemeines

a) Systematische Einordnung

StGB Art. 163–170 bilden den 3. Untertitel «Konkurs- und Betreibungsverbrechen oder -vergehen» im Zweiten Titel «Strafbare Handlungen gegen das Vermögen» des Zweiten Buchs «Besondere Bestimmungen» des Schweizerischen Strafgesetzbuchs. StGB Art. 163 Ziff. 1, Art. 164 Ziff. 1 und Art. 165 sind Verbrechen mit einer angedrohten Höchststrafe von fünf Jahren Freiheitsstrafe. Die übrigen Bestimmungen sind Vergehen, die mit höchstens drei Jahren Freiheitsstrafe geahndet werden können.

Der Zwanzigste Titel «Übertretungen bundesrechtlicher Bestimmungen» des Zweiten Buchs droht mit StGB Art. 323 für «Ungehorsam des Schuldners im Betreibungs- und Konkursverfahren» und mit StGB Art. 324 für «Ungehorsam dritter Personen im Betreibungs-, Konkurs- und Nachlassverfahren» Busse an. Die Übertretungsstrafnorm gemäss StGB Art. 325 mit der Marginalie «Ordnungswidrige Führung der Geschäftsbücher» gehört nicht zum Insolvenzstrafrecht im engeren Sinne, steht jedoch dessen Schutzzweck nahe.

²⁶ Vgl. unten [Literaturverzeichnis](#).

b) Objektive Strafbarkeitsbedingung

aa) Erfordernis für StGB Art. 163–167

Die Straftaten gemäss StGB Art. 163–167 können nur unter dem Vorbehalt verfolgt werden, dass sich eine *objektive Strafbarkeitsbedingung* verwirklicht hat, nämlich wenn gegen den Schuldner der Konkurs eröffnet, ein Verlustschein ausgestellt oder – gemäss StGB Art. 171 – ein gerichtlicher Nachlassvertrag angenommen und bestätigt worden ist. Es bedarf keiner Kausalbeziehung zwischen der Straftat und der objektiven Strafbarkeitsbedingung, und diese braucht auch nicht vom Vorsatz des Täters erfasst zu sein²⁷. Typischerweise tritt die objektive Strafbarkeitsbedingung nach der Tat ein, doch erscheint das namentlich in Bezug auf StGB Art. 163 f. nicht zwingend; das Bundesgericht hält dafür, dass bei StGB Art. 166 die tatbestandsmässige Unterlassung der Buchführung nur vor der Konkurseröffnung erfüllt werden könne²⁸. Die objektive Strafbarkeitsbedingung hat nach hier vertretener Meinung eine ähnliche Funktion wie der Strafantrag i.S.v. StGB Art. 30²⁹. Die Verbrechen und Vergehen gemäss StGB Art. 163–167 stellen zum Schutz der Gläubiger den unsachgemässen Umgang des Schuldners mit dessen eigenem Vermögen unter Strafe. Solange der Schuldner trotz des tatbestandsmässigen Verhaltens zahlungsfähig bleibt, besteht kein hinreichendes Strafverfolgungsinteresse³⁰.

Das zuständige Gericht verfügt die als objektive Strafbarkeitsbedingung genügende *Konkurseröffnung*

- in der ordentlichen Konkursbetreibung gemäss SchKG Art. 171,
- in der Wechselbetreibung gemäss SchKG Art. 189 oder
- unabhängig von einem Betreibungsverfahren
 - auf Antrag eines Gläubigers gemäss SchKG Art. 190,
 - auf Antrag des Schuldners gemäss SchKG Art. 191,
 - von Amtes wegen im Nachlassverfahren gemäss SchKG Art. 192 i.V.m. SchKG Art. 293a Abs. 3, Art. 294 Abs. 3, Art. 296b, Art. 298 Abs. 4 oder Art. 309,

²⁷ Corboz, Art. 163 Rz. 31 f.; Donatsch et al., Strafrecht III, § 36 Ziff. 2.1; Dupuis et al., PC CP, vor Art. 163 Rz. 7; Geiger, Art. 163, AK StGB, Rz. 14; Gessler/Schoder, § 16 Rz. 17; Hagenstein, vor Art. 163, BSK StGB, Rz. 8; Jean-Richard/Jug-Höhener, § 41 Rz. 29 f.; Maeder, 31; Poglia/Hari, vor Art. 163, CR CP II, Rz. 3; Schaad, § 17 Rz. 3; Schlegel, Art. 163, HK StGB, Rz. 7; Stratenwerth/Bommer, vor § 22 Rz. 1; Trechsel/Ogg, Art. 163, PK StGB, Rz. 10 f.

²⁸ BGE 131 IV 56, Regeste und E. 1.3; Maeder, 65 f.

²⁹ A.M. Maeder, 51.

³⁰ Einlässlich zur Bedeutung der objektiven Strafbarkeitsbedingungen, insb. gemäss StGB Art. 166 vgl. Maeder, 49 ff.

- auf Benachrichtigung durch das zuständige Gesellschaftsorgan der überschuldeten Aktiengesellschaft gemäss OR Art. 725b Abs. 2, der überschuldeten GmbH i.V.m. OR Art. 820 oder der überschuldeten Genossenschaft i.V.m. OR Art. 903 Abs. 1 oder
- auf Benachrichtigung der Liquidatoren der Aktiengesellschaft gemäss OR Art. 731b Abs. 4 oder OR Art. 743 Abs. 2, der GmbH i.V.m. OR Art. 819 bzw. Art. 821a oder der Genossenschaft i.V.m. OR Art. 908 bzw. Art. 913 Abs. 1.

Als Konkursöffnung gilt auch die Anordnung der Konkursliquidation einer Bank durch die FINMA gemäss BankG Art. 33³¹, ebenso die Konkursliquidationen gemäss KAG³² Art. 137 f. und VAG Art. 53 f.³³, nicht aber die aufsichtsrechtliche Auflösung der Bank gemäss BankG Art. 23^{quinquies}³⁴ und die gerichtliche Auflösung der Gesellschaft wegen Organisationsmangels und Anordnung ihrer Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs gemäss OR Art. 731b Abs. 1^{bis} Ziff. 3³⁵, es sei denn, es erfolge eine Konkursöffnung gemäss OR Art. 731b Abs. 4.

Die Konkursöffnung muss in *Rechtskraft* erwachsen sein³⁶, d.h., die Beschwerdefrist gemäss SchKG Art. 174 Abs. 1 muss unbenutzt abgelaufen sein oder die zivilprozessuale Beschwerdeinstanz muss die Beschwerde abgewiesen haben. In der Wechselbetreibung steht gemäss SchKG Art. 189 Abs. 2 *e contrario* keine Beschwerde zur Verfügung, wohl aber gemäss SchKG Art. 194 Abs. 1 bei der unabhängigen von einer Betreibung verfügten Konkursöffnung.

Der *Widerruf des Konkurses* gemäss SchKG Art. 195 f. und die *Einstellung des Konkurses mangels Aktiven* gemäss SchKG Art. 230 Abs. 1 beseitigen die objektive Strafbarkeitsbedingung nicht. Der Widerruf des Konkurses ist im StGB nicht mehr speziell geregelt; er kann als Wiedergutmachung gemäss StGB Art. 53 oder als aufrichtige Reue gemäss StGB Art. 48 lit. d von Bedeutung sein³⁷.

Ein *Verlustschein* wird im Betreibungsverfahren ausgestellt, wenn das Pfändungsergebnis die Forderung nicht deckt. Als objektive Strafbarkeitsbedin-

³¹ BGE 144 IV 52, Regeste und E. 7.3 und 7.5; Maeder, 61 f.

³² Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen vom 23. Juni 2006 (Kollektivanlagengesetz, KAG, SR 951.31).

³³ Maeder, 63.

³⁴ Maeder, 62 f.

³⁵ BGE 148 IV 170 Regeste b und E. 3.4.8; Maeder, 59 f.

³⁶ Maeder, 58.

³⁷ Botschaft des Bundesrates vom 25. April 2018 zur Harmonisierung der Strafrahmen und zur Anpassung des Nebenstrafrechts an das geänderte Sanktionenrecht, BBl 2018, 2866 f.

gung genügen sowohl der Verlustschein bei Unterdeckung nach Verwertung der gepfändeten Vermögenswerte gemäss SchKG Art. 149 als auch die Pfändungsurkunde bei Fehlen pfändbaren Vermögens gemäss SchKG Art. 115 Abs. 1 oder – als provisorischer Verlustschein – bei absehbarer Unterdeckung gemäss SchKG Art. 115 Abs. 2. Da bereits die Konkursöffnung das Erfordernis erfüllt, hat der im Konkursverfahren gemäss SchKG Art. 265 ausgestellte Verlustschein als objektive Strafbarkeitsbedingung keine Bedeutung. Anders verhält es sich nach hier vertretener Meinung, wenn der Konkursverlustschein ohne Konkursöffnung in der Liquidation gemäss OR Art. 731b Abs. 1^{bis} Ziff. 3 ausgestellt wird; da indessen in einem solchen Fall nun der Konkurs gemäss OR Art. 731b Abs. 4 zu eröffnen ist, kann dieser spezielle Typ eines Verlustschein als objektive Strafbarkeitsbedingung nur noch in der Übergangszeit zum Tragen kommen. Ebenfalls nur noch übergangsweise von Belang sind Pfändungsverlustscheine gegen Unternehmen seit der Aufhebung von SchKG Art. 43 Ziff. 1 und 1^{bis}³⁸. Damit ist das Privileg gemäss StGB Art. 165 Ziff. 2, wonach der «auf Pfändung betriebene Schuldner» nur auf Antrag verfolgt wird, für gemäss SchKG Art. 39 f. der Konkursbetreibung unterliegende Schuldner weitgehend obsolet. Dasselbe gilt für die spezielle Beschreibung des Verlustscheins in StGB Art. 166, die dem Umstand Rechnung trägt, dass der Tatbestand der «Unterlassung der Buchführung» nur von Unternehmen als Schuldner erfüllt werden kann, gegen die einzig aufgrund einer Forderung gemäss alt SchKG Art. 43 ein Pfändungsverlustschein ausgestellt werden konnte³⁹. Die weiterhin von der Konkursbetreibung ausgenommenen familienrechtlichen Forderungen gemäss SchKG Art. 43 Ziff. 2 können nur gegen natürliche Personen gerichtet sein; solche unterliegen unter den Voraussetzungen von SchKG Art. 39 Abs. 1 Ziff. 1–4 der Konkursbetreibung. Gegen eine im Handelsregister eingetragene Gesellschaft oder juristische Person kann nur noch im seltenen Fall einer Betreibung eines Anspruchs auf Sicherheitsleistung gemäss SchKG Art. 43 Ziff. 3 ein Pfändungsverlustschein ergehen. Übergangsrechtlich sind Pfändungsverlustscheine, die vor dem 1. Januar 2025, d.h. vor der Aufhebung von SchKG Art. 43 Ziff. 1 und 1^{bis}, ausgestellt worden sind, als objektive Strafbarkeitsbedingung gültig. Denn die Strafbestimmungen gemäss StGB Art. 163–167 sehen weiterhin beiderlei objektive Strafbarkeitsbedingungen vor, ohne für Unternehmen eine Ausnahme zu statuieren. Deshalb liegt neurechtlich keine *lex mitior* gemäss StGB Art. 2 Abs. 2 vor.

StGB Art. 171 erweitert für Grundtatbestände gemäss StGB Art. 163–167 den Katalog der objektiven Strafbarkeitsbedingungen um den gemäss SchKG

³⁸ Vgl. oben Titel [I.2.b](#)).

³⁹ A.M. Maeder, 64 f., der das anscheinend nicht als selbstverständlich ansieht, sondern daraus Rückschlüsse in Bezug auf das geschützte Rechtsgut ableitet.

Art. 305 angenommenen und gemäss SchKG Art. 306 ff. rechtskräftig bestätigten gerichtlichen *Nachlassvertrag*.

Ausschliesslich für die Misswirtschaft hat der Gesetzgeber im Rahmen der Harmonisierung der Strafraumen durch die Einfügung von StGB Art. 165 Ziff. 1^{bis} den Katalog der objektiven Strafbarkeitsbedingungen um die *Ausrichtung behördlicher Stützungsmassnahmen* zur Abwendung von Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung erweitert. Damit setzte der Gesetzgeber die vom Parlament überwiesene Motion Nr. 10.3634 der Geschäftsprüfungskommission des Ständerats «Die Behörden unter dem Druck der Finanzkrise und der Herausgabe von UBS-Kundendaten an die USA» aus dem Jahr 2010 um. Empfänger solcher Stützungsmassnahmen sind in der Regel systemrelevante Unternehmen wie die UBS im Jahr 2008. Von einer Beschränkung der objektiven Strafbarkeitsbedingung auf systemrelevante Unternehmen wurde jedoch bewusst abgesehen, da es sich nicht ausschliessen lässt, dass in Zukunft auch andere Unternehmen betroffen sein könnten. Zu Recht wird die Abwendung des Konkurses durch behördliche Stützungsmassnahmen in der Botschaft mit einem gerichtlichen Nachlassvertrag verglichen. Eine Begründung, weshalb bei Stützungsmassnahmen nicht für alle in StGB Art. 171 aufgeführten Straftaten, sondern einzig für die Misswirtschaft i.S.v. StGB Art. 165 das Erfordernis der objektiven Strafbarkeitsbedingung erfüllt, wird in der Botschaft nicht abgegeben⁴⁰. Ein überzeugender Grund für diese Beschränkung ist nicht ersichtlich.

bb) *Exkurs de lege ferenda: Zahlungsunfähigkeit ohne Konkursöffnung*

Der Auswahl der vorstehend erläuterten objektiven Strafbarkeitsbedingungen liegt die Vorstellung zugrunde, dass bei Zahlungsfähigkeit keine Strafverfolgungsinteresse bestehe und die Zahlungsunfähigkeit in aller Regel zur Konkursöffnung oder zur Ausstellung eines Verlustscheins führen müsse. In Bezug auf Unternehmen als Schuldner entspricht dies allerdings nicht den aktuellen *Rechtstatsachen*. Seit der Aufhebung von SchKG Art. 43 Ziff. 1 und 1^{bis} kann es praktisch keine Pfändungsbeteiligungen gegen juristische Personen mehr geben. Was die Konkursbetreibungen betrifft, so bleiben solche sehr oft auf dem Stand der Konkursandrohung gemäss SchKG Art. 159 ff. stehen, da die Gläubiger Haftung vermeiden wollen, die gemäss SchKG Art. 169 die Person trifft, die in das Konkursbegehren stellt, und ihr das Risiko zur Tragung der Kosten aufbürdet, «die bis und mit der Einstellung des Konkurses mangels Aktiven (Art. 230) oder bis zum Schuldenruf (Art. 232) entstehen». Gemäss SchKG Art. 189 Abs. 1 und Art. 194 Abs. 1 gilt das auch in der Wechselbetreibung sowie

⁴⁰ BBl 2018, 2865 f.

dann, wenn der Gläubiger gemäss SchKG Art. 190 unabhängig von einem Be-
treibungsverfahren die Konkurseröffnung beantragt.

De lege ferenda ist zu prüfen, wie sich der Missstand beheben lässt, dass die
Konkurseröffnung trotz Unternehmensinsolvenz oft ausbleibt. Beispielsweise
liesse sich ein weiterer Anwendungsfall der Konkurseröffnung von Amtes we-
gen gemäss SchKG Art. 192 schaffen, welche gemäss SchKG Art. 194 Abs. 1
Satz 2 nicht zur Haftung für Konkurskosten führt. Als sachgerechte Anknüp-
fung für eine Konkurseröffnung von Amtes wegen böte sich eine bestimmte
Anzahl von Konkursandrohungen gemäss SchKG Art. 159 ff. betreffend weiter-
hin offene Forderungen an.

cc) *Kein Erfordernis für StGB Art. 168-170*

Für die Verfolgung der Vergehen gemäss StGB Art. 168-170 und der Über-
tretungen gemäss StGB Art. 323 f. werden keine objektiven Strafbarkeitsbe-
dingungen vorausgesetzt. Denn diese Strafnormen greifen nicht in die Ver-
fügungsautonomie des Schuldners in Bezug auf sein Vermögen ein, sondern
schützen in erster Linie den geordneten Ablauf des jeweiligen Zwangsvollstrec-
kungsverfahrens.

c) *Sonderdelikte*

Die Verbrechen gemäss StGB Art. 163 Ziff. 1, Art. 164 Ziff. 1 und Art. 165 sowie
die Vergehen gemäss StGB Art. 166 und Art. 167 sind *Sonderdelikte des Schuld-
ners*, dem eine erhöhte Verantwortung zur Erhaltung seines Vermögens zu-
kommt, sobald er damit rechnen muss, dass es in absehbarer Zeit zu einem
Zwangsvollstreckungsverfahren gegen ihn kommen könnte⁴¹. Da Dritte gemäss
den Vergehens-Strafnormen von StGB Art. 163 Ziff. 2 und Art. 164 Ziff. 2 zwar
privilegiert werden, aber gleichwohl als Haupttäter strafbar sind, handelt es
sich um unechte Sonderdelikte, wogegen StGB Art. 165-167 und Art. 323 f.
echte Sonderdelikte darstellen⁴², so dass Dritte gemäss StGB Art. 26 nur we-

⁴¹ Ackermann, 66.

⁴² Corboz, Art. 163 Rz. 11, 13, Art. 165 Rz. 12; Donatsch et al., Strafrecht III, § 37 Ziff. 2, § 38
Ziff. 1, § 39 Ziff. 1, § 40 Ziff. 1, § 41 Ziff. 1; Dupuis et al., PC CP, vor Art. 163 Rz. 3; Geiger,
AK StGB, Art. 163 Rz. 3, Art. 165 Rz. 3, Art. 166 Rz. 2, Art. 167 Rz. 3; Gessler/Schoder, § 16
Rz. 42 f.; Hagenstein, BSK StGB, Art. 163 Rz. 4, Art. 164 Rz. 4, Art. 165 Rz. 2, Art. 166 Rz. 3,
Art. 167 Rz. 2; Jean-Richard/Jug-Höhener, § 41 Rz. 25 und 54 ff.; Poglia/Hari, CR CP II,
Art. 163/164 Rz. 9, Art. 165 Rz. 9, Art. 166 N 5, Art. 167 N 4; Schlegel, HK StGB, Art. 163 Rz. 2,
Art. 164 Rz. 2, Art. 165 Rz. 2, Art. 166 Rz. 2, Art. 167 Rz. 2; Stratenwerth/Bommer, BT I, § 22
Rz. 4, 16 ff., 19, 25, § 23 Rz. 4, 16; Trechsel/Ogg, PK StGB, Art. 163 Rz. 3, Art. 165 Rz. 2, Art. 166
Rz. 3, Art. 167 Rz. 2.

gen Teilnahme bestraft werden können⁴³, selbst wenn sie einen mittäter-schaftsartigen Beitrag leisten⁴⁴. Die Übertretungen gemäss StGB Art. 324 knüpfen an Sonderpflichten an, die bestimmte Dritte im Zwangsvollstreckungsverfahren treffen. Art. 163 Ziff. 2, Art. 164 Ziff. 1 sowie Art. 168–170 sind Gemeindelikte.

Die *Schuldnerstellung* wird durch die objektive Strafbarkeitsbedingung bestimmt, gilt aber auch für Handlungen, die vor Eintritt derselben stattfinden. Schon die Urfassung des StGB vom 21. Dezember 1937 rechnete in alt Art. 172 die Schuldnerstellung von juristischen Personen und Handelsgesellschaften natürlichen Personen zu, die in einem besonderen Verantwortungsverhältnis zur Schuldnerin standen⁴⁵. Dieses Zurechnungsprinzip wurde in überarbeiteter Form mit Wirkung ab 1995 auf das ganze Vermögensstrafrecht und mit Wirkung ab 2007 – nun in StGB Art. 29 – auf den ganzen Geltungsbereich des Allgemeinen Teils des StGB ausgeweitet⁴⁶.

Das Zurechnungs-Erfordernis erfüllen gemäss StGB Art. 29 lit. a die im Handelsregister mit *Organfunktion* eingetragenen natürlichen Personen, und zwar unabhängig davon, ob sie die fragliche Funktion tatsächlich ausüben⁴⁷. Es ist mithin kein Entlastungsargument, dass die beschuldigte Person ein eingetragenes Organ ohne faktische Leitungsfunktion sei⁴⁸.

Rein aufgrund ihrer *Gesellschafterstellung* gemäss StGB Art. 29 lit. b wird einzig den Exponenten von Handelsgesellschaften ohne eigene Rechtspersönlichkeit deren Schuldner-eigenschaft zugerechnet⁴⁹. Gesellschafter der GmbH fallen nicht unter diese Bestimmung.

Für die Schuldnerstellung einer juristischen Person, einer Gesellschaft oder eines Einzelunternehmens geradezustehen haben gemäss StGB Art. 29 lit. c ferner deren *Mitarbeitende* mit selbständigen Entscheidungsbefugnissen in ihrem Tätigkeitsbereich. Ein Handelsregistereintrag oder eine sonstige Ver-

⁴³ Hagenstein, vor Art. 163, BSK StGB, Rz. 29.

⁴⁴ Trechsel/Geth, Art. 26, PK StGB, Rz. 3.

⁴⁵ Bundesblatt, Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, BBl 1937 III, 675.

⁴⁶ Vgl. BBl 1991 II, 1073; Botschaft vom 21. September 1998 zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Allgemeine Bestimmungen, Einführung und Anwendung des Gesetzes) und des Militärstrafgesetzes sowie zu einem Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht, BBl 1999 II, 2015.

⁴⁷ Urteil des Bundesgerichts 9C_321/2022 vom 29. März 2023 E. 5.2.1; Urteil des Bundesgerichts 6B_54/2008 vom 9. Mai 2008 E. 6.3.2 und 6.4.10; Urteil des Bundesgerichts 6P.223/1999 vom 18. April 2000 E. 9c; vgl. auch BGE 105 IV 106 E. 2 (110), Strohmatt als Geschäftsführer gemäss alt StGB Art. 159 (heute StGB Art. 158 Ziff. 1).

⁴⁸ So aber die Begründungen von 16 Einstellungsverfügungen im Kanton Zürich, vgl. Andenmatten, [208 \[5.4.1.e\]](#), [210 \[5.4.2.e\]](#).

⁴⁹ Vgl. BBl 1999, 2015.

tretungsbefugnis sind dafür nicht erforderlich, es sei denn, dies sei eine Voraussetzung zur Begehung der konkreten Straftat. Gemäss OR Art. 320 Abs. 1 und 2 bedarf der Arbeitsvertrag zu seiner Gültigkeit keiner besonderen Form und gilt auch dann als abgeschlossen, «wenn der Arbeitgeber Arbeit in seinem Dienst auf Zeit entgegennimmt, deren Leistung nach den Umständen nur gegen Lohn zu erwarten ist». Deshalb erübrigt sich die Figur eines «faktischen Mitarbeitenden»⁵⁰. Die selbständigen Entscheidungsbefugnisse müssen denjenigen Tätigkeitsbereich betreffen, in welchem sich die Straftat ereignet hat⁵¹, und sie müssen ihm im Rahmen der betrieblichen Hierarchie eingeräumt worden sein. Die Anmassung von Kompetenzen führt nicht zur Organstellung gemäss StGB Art. 29 lit. c, solange die Unternehmensleitung diese nicht durch bewusste Duldung akzeptiert.

StGB Art. 29 lit. d stellt klar, dass auch der «*tatsächliche Leiter*» für die strafrechtlichen Schuldnerpflichten haftet. Die Bestimmung ist missverständlich formuliert. Die Wendung «ohne Organ, Mitglied eines Organs, Gesellschafter oder Mitarbeiter zu sein» bedeutet nicht, dass ein solches Verhältnis der Anwendung von StGB Art. 29 lit. d entgegenstünde, sondern stellt nur klar, dass die förmliche Dokumentation bzw. Publikation eines solchen Verhältnisses nicht erforderlich ist. StGB Art. 29 lit. d nimmt nicht nur die tatsächliche höchste Exekutivinstanz des Unternehmens in die Pflicht, sondern jede Person, die faktisch eine Funktion gemäss StGB Art. 29 lit. a innehat⁵².

Freilich lasten nicht auf jeder Person, die unter StGB Art. 29 fällt, sämtliche Pflichten, deren Verletzung gemäss StGB Art. 163–167 strafrechtlich relevant sein kann. Ein praktisch bedeutsames Beispiel sind die *Pflichten bei Besorgnis der Überschuldung* gemäss OR Art. 725b – bei der GmbH i.V.m. OR Art. 820, bei der Genossenschaft i.V.m. OR Art. 903 –, die nur den Mitgliedern des obersten Exekutivorgans und subsidiär den Revisionsverantwortlichen obliegen. Das schliesst zwar Personen gemäss StGB Art. 29 lit. d ein, die ohne Handelsregistereintrag faktisch auf der obersten Exekutivstufe Einfluss auf das Unternehmen nehmen⁵³, nicht aber Mitarbeitende gemäss StGB Art. 29 lit. c.

Was die *Revisionsverantwortlichen* betrifft, so haben diese zwar eine Organstellung gemäss StGB Art. 29 lit. a. Doch haben sie nur eine einzige Obliegenheit, die als Schuldnerpflicht gemäss StGB Art. 163–167 relevant sein kann, nämlich die Pflicht, bei Überschuldung die Bilanz dem Konkursgericht vor-

⁵⁰ Urteil des Bundesgerichts 6B_818/2022 vom 1. März 2023 E. 1.2.2.

⁵¹ Trechsel/Jean-Richard, Art. 29, PK StGB, Rz. 4.

⁵² BGer 6B_818/2022 E. 1.2.2.

⁵³ Urteil des Bundesgerichts 6B_1043/2021 vom 9. Dezember 2022 E. 3.3.

zulegen, wenn das oberste Exekutivorgan dies unterlässt⁵⁴. Darüber hinaus besteht keine Garantenpflicht der Revisionsverantwortlichen, weder für die Erhaltung von Vollstreckungssubstrat noch für die Organisation des Rechnungswesens. Hingegen fällt nach hier vertretener Meinung die bewusste und aktive Mitwirkung der Revisionsstelle an der Verheimlichung von Vermögen zum Schaden der Gläubiger durch Manipulation der Buchhaltung unter StGB Art. 163 Ziff. 1, wenn der Tatbeitrag über die blossе Teilnahme hinausgeht.

d) Geschütztes Rechtsgut

Die Insolvenzdelikte schützen einerseits das Vermögensinteresse der Gläubigerschaft am Bestand und der Verfügbarkeit von Vollstreckungssubstrat, andererseits die Rechtspflege im Bereich von Schuldbetreibung und Konkurs⁵⁵. Je nach Strafnorm steht der eine oder der andere Schutzzweck im Vordergrund. Die Einordnung von StGB Art. 163 ff. im Titel über die Vermögensdelikte stellt den Gläubigerschutz in den Vordergrund, was bei StGB Art. 163–167 und 169 auch dem Wesen der Strafnormen entspricht. Hingegen dominiert der Systemschutz bei StGB Art. 168, 170, 323 und 324. Bei der Unterlassung der Buchführung i.S.v. StGB Art. 166 halten sich die beiden Schutzzwecke nach hier vertretener Meinung die Waage, denn die fehlende Buchhaltung erschwert nicht nur die Arbeit des Konkursamtes erheblich, sondern führt auch zu einer signifikanten Erhöhung der Gefahr von unsachgemässen und dadurch gläubigerschädigenden unternehmerischen Entscheiden.

3. Besonderes zu den einzelnen Bestimmungen gemäss StGB Art. 163–167

a) Betrügerischer Konkurs und Pfändungsbetrug (StGB Art. 163)

Die objektive Tathandlung gemäss StGB Art. 163 besteht in der *scheinbaren Verminderung des Vermögens* des Schuldners. Damit bezweckt er typischerweise, den Vermögenswert für sich selbst vor der Zwangsvollstreckung zu «retten»; das Gesetz verzichtet jedoch darauf, den Nachweis einer solchen Absicht zu verlangen. Die gesetzliche Aufzählung von verschiedenen Arten der scheinbaren Vermögensverminderungen, die hiernach erläutert werden, ver-

⁵⁴ BGE 127 IV 110 E. 5.a.

⁵⁵ BGE 148 IV 178 E. 3.4.6.; Donatsch et al., Strafrecht III, § 36 Ziff. 1; Geiger, Art. 163, AK StGB, Rz. 1; Gessler/Schoder, § 16 Rz. 1; Hagenstein, Art. 163 BSK StGB, Rz. 1; Poggia/Hari, Art. 163, CR CP II, Rz. 4 ff.; Schlegel, Art. 163, HK StGB, Rz. 1; Stratenwerth/Bommer, vor § 22 Rz. 1 (v.a. Schutz des Vollstreckungssubstrats); Trechsel/Ogg, Art. 163, PK StGB, Rz. 1.

steht sich nicht als abschliessend, was die Konjunktion «namentlich» vor der Aufzählung von Beispielen für Tathandlungen zum Ausdruck bringt.

Das *Beiseiteschaffen von Vermögenswerten* bedeutet, dass diese so aufbewahrt oder ausgestaltet werden, dass der Zugriff der Vollstreckungsbehörden erschwert ist. Das lässt sich beispielsweise durch Barbezüge oder durch Überweisungen auf heimliche Bankkonten bewerkstelligen. Im Unternehmensbereich ist es nicht die schuldnerische juristische Person, sondern das Gesellschaftsorgan, das den Vermögenswert in seinen Interessen- und Kontrollbereich überführt, um ihn für sich zu erhalten. Ein solcher Vorgang lässt sich als Schenkung der Gesellschaft an das Organ verstehen. Vertritt das Organ beide Seiten, handelt es sich bei einer solchen Schenkung um ein ungültiges Insichgeschäft⁵⁶, so dass von einer scheinbaren Vermögensminderung auszugehen ist. Keine Ungültigkeit liegt indessen vor, wenn die Generalversammlung oder ein Organ auf gleicher oder höherer Stufe das Insichgeschäft genehmigt. Daraus folgt gemäss der Rechtsprechung, dass Insichgeschäfte des Alleinaktionärs gültig sind, denn dessen Wille entspricht materiell einem Generalversammlungsbeschluss⁵⁷. In einem früheren Leitentscheid verlangte das Bundesgericht für die Gültigkeit des Insichgeschäfts des Alleinaktionärs, dass keine Gesellschaftsgläubiger vorhanden seien⁵⁸. Von dieser Praxis ist es indessen abgerückt⁵⁹. Mithin sind Insichgeschäfte des Alleinaktionärs ausnahmslos gültig und fallen unter StGB Art. 164, wenn sie eine der dort beschriebenen Vermögensverminderungen bewirken.

Das *Verheimlichen von Vermögenswerten* besteht darin, dass der Schuldner beim Pfändungsvollzug, in der Konkurseinvernahme oder sonst auf verbindliche Frage Betreibungs- bzw. Konkursamtes wider besseres Wissen erklärt oder sonst zum Ausdruck bringt, sein gesamtes Vermögen deklariert zu haben⁶⁰. Verschweigt der Schuldnerin hingegen ohne solche Vollständigkeitserklärung Vermögenswerte, erfüllt sie dadurch lediglich den Übertretungstatbestand gemäss StGB Art. 323 Ziff. 1 bzw. Ziff. 4⁶¹.

Mit dem *Vortäuschen von Schulden* oder Anerkennen von vorgetäuschten Schulden kann der Schuldner einerseits bezwecken, neben den wirklichen Gläubigern auch sich selbst oder ihm nahestehende Personen als fiktive Gläubiger an der Verteilung des Vollstreckungserlöses teilhaben zu lassen⁶². Andererseits haben fiktive Schulden auch dann ein Gläubigerschädigungspotenzial,

⁵⁶ BGE 39 II 561 E. 3 (568); 126 III 361 E. 3.a; 127 III 332 E. 2.a.

⁵⁷ BGE 126 III 361 E. 5.a (365 f.).

⁵⁸ BGE 50 II 168 E. 5 (183 f.).

⁵⁹ BGE 126 III 361 E. 5.a (366 unten).

⁶⁰ BGE 129 IV 68 E. 2.1.

⁶¹ BGE 102 IV 172 Regeste 1.

⁶² So der Sachverhalt gemäss BGE 105 IV 105 E. 2.

wenn sie dazu dienen, bei einem Verkauf von Aktiven der Schuldnerin z.B. an eine Auffangesellschaft die verrechnungsweise Tilgung des Kaufpreises vorzutäuschen. Schulden lassen sich im Konkurs durch Forderungseingaben und vor dem Konkurs durch gefälschte oder inhaltlich falsche Dokumente wie Verträge, Quittungen, Arbeitsrapporte oder Rechnungen sowie durch die Manipulation der Buchhaltung vortäuschen, z.B. durch Verbuchung fiktiver Darlehensschulden, Honorarschulden oder Kommissionsschulden.

Das Gesetz verlangt, dass der Schuldner die scheinbare Vermögensminderung «zum Schaden der Gläubiger» vornimmt. Nach ständiger Rechtsprechung und herrschender Lehre ist dies rein subjektiv im Sinne einer überschüssenden Intention als Absicht der Gläubigerschädigung zu verstehen; der objektive Eintritt eines Gläubigerschadens wird nicht verlangt, wohl aber eine konkrete Vermögensgefährdung als tatbestandsmässiger Erfolg⁶³. Nach einzelnen Lehrmeinungen stehe es nicht fest, ob der Gläubigerschaden als objektives Tatbestandsmerkmal eintreten müsse⁶⁴. Ein Gläubigerschaden folgt grundsätzlich bereits aus der objektiven Strafbarkeitsbedingung⁶⁵, beim Verlustschein definitionsgemäss, bei der Konkurseröffnung nur mit sehr seltenen, mehr theoretischen Ausnahmen. Als schwierig kann sich indessen der Nachweis der Kausalität gestalten, namentlich der hypothetischen Kausalität, welcher Deckungsgrad ohne die tatbestandsmässige Handlung erzielt worden wäre. Es ist sachgerecht, sich vor diesem Hintergrund mit dem Nachweis einer konkreten Vermögensgefährdung zu begnügen.

Will der Schuldner den Vermögenswert für sich selbst erhalten, ist die Gläubigerschädigung ein möglicherweise unerwünschter⁶⁶, doch in Kauf genommener Nebeneffekt im Sinne der Definition des Eventualvorsatzes gemäss StGB Art. 12 Abs. 2 Satz 2. In der schweizerischen Strafrechtsterminologie spricht man von *Eventualabsicht*, wenn das Gesetz den in Kauf genommenen Erfolg «kupiert», d.h. seine objektive Verwirklichung nicht verlangt⁶⁷. Das Bundesgericht behandelt beim Eventualvorsatz und bei der Eventualabsicht die Umstände, die auf eine Inkaufnahme schliessen lassen, als Tatfrage, den darauf beruhenden Schluss auf den Eventualvorsatz hingegen als Rechtsfrage⁶⁸.

⁶³ BBl 1991 II, 1059; BGE 107 IV 175 E. 1a; Urteil des Bundesgerichts 6B_940/2019 vom 6. Mai 2020 E. 3.1; Corboz, Art. 163 Rz. 6; Dupuis et al., PC CP, Art. 163 Rz. 15; Geiger, Art. 163, AK StGB, Rz. 11; Gessler/Schoder, § 16 Rz. 46; Hagenstein, Art. 163, BSK StGB, Rz. 57 f.; Jean-Richard/Jug-Höhener, § 41 Rz. 62; Stratenwerth/Bommer, BT I, § 22 Rz. 7; Trechsel/Ogg, PK StGB, Art. 163 Rz. 8.

⁶⁴ Donatsch et al., Strafrecht III, § 37 Ziff. 2 (394); Poglia/Hari, Art. 163/164, CR CP II, Rz. 5 f.

⁶⁵ Geiger, Art. 163, AK StGB, Rz. 12.

⁶⁶ BGE 147 IV 439 E. 7.3.1 (448); u.v.a. seit BGE 96 IV 99 (101).

⁶⁷ Trechsel/Fateh-Moghadam, Art. 12 Abs. 2, PK StGB, Rz. 20.

⁶⁸ BGE 137 IV 1 E. 4.2.3; 135 IV 152 E. 2.3.2; Trechsel/Fateh-Moghadam, Art. 12, PK StGB, Rz. 22.

Grundsätzlich lässt nach hier vertretener Meinung die scheinbare Vermögensverminderung in der Finanzkrise auf die Inkaufnahme der Gläubigerschädigung schliessen. Das ist namentlich dann der Fall, wenn die Schuldnerin länger als nur während eines vorübergehenden Liquiditätsengpasses nicht mehr in der Lage ist, sämtliche fälligen Schulden zu begleichen.

b) Gläubigerschädigung durch Vermögensminderung (StGB Art. 164)

Die objektive Tathandlung gemäss StGB Art. 164 besteht in der *tatsächlichen Verminderung des Vermögens* der Schuldnerin. Die gesetzliche Aufzählung von verschiedenen Arten der tatsächlichen Vermögensverminderungen versteht sich gemäss der vom Gesetzgeber bewusst gewählten Formulierung als abschliessend⁶⁹.

Die als abschliessend definierte Aufzählung der gemäss StGB Art. 164 strafbaren Vermögensminderungen umfasst die Entwertung und das Verschenken von Vermögenswerten sowie den Verzicht auf Rechte. Der Ausdruck «Vermögenswerte» hielt im Rahmen der Revision des Vermögens- und Urkundenstrafrechts 1994 Einzug ins Strafgesetzbuch und bezeichnet Aktiven aller Art. Der Begriff «Rechte» umfasst neben Forderungen auch Immaterialgüterrechte. In Bezug auf die so beschriebenen Aktiven erfasst StGB Art. 164 die in mehreren Varianten beschriebene Entwertung, die Veräusserung mit viel zu geringer oder gänzlich fehlender Gegenleistung und den grundlosen oder unentgeltlichen Verzicht. Im Ergebnis schliesst die Aufzählung von StGB Art. 164 die Nichtvermehrung von Aktiven⁷⁰ sowie die Nichtverminderung und die Vermehrung von Passiven aus, erfasst hingegen grundsätzlich *jede Form der Verminderung der Aktiven* ohne hinreichende Vermögensverschaffungstendenz oder sonstigen sachlichen Grund⁷¹. Ein sachlicher Grund ist namentlich die Erfüllung einer vor Eintritt der Gläubigerschädigungsgefahr eingegangenen Pflicht, was allerdings gemäss StGB Art. 167 strafbar sein kann.

Bei der sog. «*gemischten Schenkung*» stellt sich die nicht eindeutig beantwortbare Abgrenzungsfrage, wann der Wert des veräusserten Vermögenswertes und der Gegenleistung in einem offensichtlichen Missverhältnis stehen. Die

⁶⁹ BBl 1991 II, 1061; BGE 126 IV 5 E. 2 (9); 131 IV 49 E. 1.2 (52); Corboz, Art. 164 Rz. 11; Donatsch et al., Strafrecht III, § 38 Ziff. 1; Dupuis et al., PC CP, Art. 164 Rz. 6; Geiger, Art. 164, AK StGB, Rz. 3; Gessler/Schoder, § 16 Rz. 60; Hagenstein, Art. 164, BSK StGB, Rz. 9; Jean-Richard/Jug-Höhener, § 41 Rz. 64.a; Poggia/Hari, Art. 163/164, CR CP II, Rz. 5; Schlegel, Art. 164, HK StGB, Rz. 3; Trechsel/Ogg, Art. 164, PK StGB, Rz. 3; krit. Stratenwerth/Bommer, BT I, § 22 Rz. 21.

⁷⁰ A.M. Poggia/Hari, Art. 163/164, CR CP II, Rz. 37.

⁷¹ Donatsch et al., Strafrecht III, § 38 Ziff. 1 (399 f.); Jean-Richard/Jug-Höhener, § 41 Rz. 64.a.

gleiche Frage ist beim Wucher i.S.v. StGB Art. 157 massgeblich, weshalb auch die dazu ergangene Rechtsprechung eine Orientierungshilfe bietet. Beim unentgeltlichen Verzicht auf Rechte ist es gemäss dem eindeutigen Gesetzeswortlaut nicht gemäss StGB Art. 164 tatbestandsmässig, wenn die Gegenleistung für den Verzicht auf ein Recht bloss minderwertig, jedoch grundsätzlich gegeben ist.

In Bezug auf die *Gläubigerschädigungsabsicht* verhält es sich gleich wie bei StGB Art. 163. Auch die «Gläubigerschädigung durch Vermögensminderung» ist trotz der auf einen Schaden hinweisenden Marginalie ein blosses Gefährdungsdelikt.

Der Grundgedanke hinter dem Tatbestand besteht darin, dass der Schuldner eine *Trotzreaktion* zeigt, indem er das Vollstreckungssubstrat dem Gläubiger nicht gönnt und es darum lieber zerstört oder verschenkt. In dieser Ausprägung ist bei StGB Art. 164 in der Regel von einer direkten Schädigungsabsicht auszugehen. Allerdings verändert sich die Dynamik des Tatbestandes, wenn ein Gesellschaftsorgan der Schuldnerin Vermögenswerte entzieht, um sie im eigenen Interesse der Zwangsvollstreckung zu entziehen. Soweit kein ungültiges Insichgeschäft vorliegt⁷², fällt eine so motivierte Schenkung der Gesellschaft an ihr Organ als tatsächliche Vermögensverminderung unter StGB Art. 164⁷³. In solchen Fällen ist in der Regel von einer Eventualabsicht der Gläubigerschädigung auszugehen, die für die Strafbarkeit ausreicht.

c) Konkurrenz und Abgrenzung von StGB Art. 163 und Art. 164

Lehre und Rechtsprechung scheinen davon auszugehen, dass eine Idealkonkurrenz von StGB Art. 163 und Art. 164 nicht vorkomme, da es unmöglich sei, dass eine *Vermögensminderung gleichzeitig tatsächlich oder scheinbar sein könne*⁷⁴. Doch ist es in der Praxis nicht selten anzutreffen, dass sich Vorgänge, die sich unter StGB Art. 163, und solche, die sich unter StGB Art. 164 subsumieren lassen, überlagern und dem Ziel dienen, der Konkursmasse denselben Vermögenswert vorzuenthalten. So kommt es beispielsweise vor, dass die Schuldnerin ein bedeutendes Aktivum – z.B. ihr Warenlager – einer Auffanggesellschaft in Wirklichkeit verschenkt, jedoch eine Schuld gegenüber der Auffanggesellschaft vortäuscht, um durch deren verrechnungswise Tilgung eine scheinbare Gegenleistung auszuweisen. Streng genommen sind zwei Ver-

⁷² Vgl. oben Titel [II.3.a](#).

⁷³ Donatsch et al., Strafrecht III, § 38 Ziff. 1 (399).

⁷⁴ Urteil des Bundesgerichts 6B_551/2015 vom 24. Februar 2016 E. 4.1; Urteil des Bundesgerichts 6B_635/2010 vom 19. April 2021 E. 3.2.1; Geiger, Art. 164, AK StGB, Rz. 24; Gessler/Schoder, § 16 Rz. 58; Hagenstein, Art. 164, BSK StGB, Rz. 47.

mögenswerte betroffen, nämlich das verschenkte Warenlager und die vorge-täuschte Forderung. Gleichwohl handelt es sich um einen einheitlichen Vor-gang, bei dem angesichts der Identität des geschützten Rechtsguts nach hier vertretener Meinung Alternativität und damit *unechte Konkurrenz* von StGB Art. 163 und Art. 164 gegeben ist. Da trotz der Gleichheit der Strafraumen dem Vortäuschen einer Gegenleistung mehr kriminelle Energie innewohnt als dem blossen Verschenken, ist im vorliegenden Beispiel StGB Art. 163 der Vorrang zu geben⁷⁵.

In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass sich StGB Art. 163 und Art. 164 bis zur *Revision von 1994*⁷⁶ nach der Art der Zwangsvollstreckung unterschieden: Alt Art. 163 war der betrügerische Konkurs, alt Art. 164 der Pfändungs-betrug, wobei beide Artikel die Varianten «zum Scheine» und «tatsächlich» enthielten. Bekanntlich decken heute beide Artikel beide Zwangsvollstrec-kungsarten ab und grenzen sich dadurch gegeneinander ab, ob das Vermögen des Schuldners zum Scheine oder tatsächlich vermindert wird. Abgesehen von einem allgemeinen Hinweis auf die Verschiedenheit der scheinbaren und der tatsächlichen Vermögensminderung begründete die Botschaft die Umstellung nicht⁷⁷.

Das vorstehende Beispiel und die weiter oben angesprochene Problematik der Insichgeschäfte zeigen, dass die *Abgrenzung* der scheinbaren und der tatsäch-lichen Vermögensminderungen besonders bei Unternehmenskonkursen nicht ohne weiteres klar ist. Die in der Botschaft sehr oberflächlich begründete Um-gruppierung in der Revision 1994 stellt deshalb nach hier vertretener Ansicht eine unnötige Verkomplizierung dar, die sogar im Rahmen von StPO Art. 269 zu einer durch nichts gerechtfertigten strafprozessualen Ungleichbehandlung der beiden praktisch gleichen Strafnormen geführt hat.

Konkursrechtlich ist es entscheidend, dass die Vermögenswerte in beiden Fäl-len zur Masse gemäss SchKG Art. 197 bzw. Art. 200 gehören. Nachträglich ent-deckte verheimlichte Vermögenswerte werden ohne weiteres gemäss SchKG Art. 269 zur Masse des durchgeführten Konkurses gezogen und an die zu Ver-lust gekommenen Gläubiger nach deren Rangordnung verteilt. Macht eine Drittperson – durchaus auch ein Organ der Schuldnerin – geltend, den Ver-mögenswert durch ein Rechtsgeschäft erworben zu haben, ist eine Anfechtung gemäss SchKG Art. 285 ff. erforderlich, um diesen der Masse zuzuführen.

⁷⁵ Vgl. auch StPO Art. 269 Abs. 2 lit. a, der StGB Art. 163, nicht aber StGB Art. 164 im Katalog der durch Fernmeldeüberwachung ermittelbaren Delikte aufführt.

⁷⁶ Vgl. oben [1.1](#).

⁷⁷ BBl 1991 II, 1059.

d) Misswirtschaft (StGB Art. 165)

aa) Allgemein

StGB Art. 165 definiert die mit dem Stichwort «Misswirtschaft» beschriebene *Tathandlung* nicht, veranschaulicht sie jedoch durch folgende Beispiele: «un- genügende Kapitalausstattung, unverhältnismässiger Aufwand, gewagte Spe- kulationen, leichtsinniges Gewähren oder Benützen von Kredit, Verschleudern von Vermögenswerten oder arge Nachlässigkeit in der Berufsausübung oder Vermögensverwaltung». Zu Recht kritisiert die herrschende Lehre, dass diese Beschreibung der Tathandlung trotz der wortreichen Illustration vage bleibt⁷⁸. Nach hier vertretener Ansicht ist deshalb die Tathandlung dahingehend zu präzisieren, dass sie in der Verletzung einer ausserstrafgesetlichen Vermö- genschutzpflicht bestehen muss⁷⁹. Dadurch entspricht das tatbestandsmäs- sige Verhalten der durch die Organe von Unternehmensschuldern began- genen Misswirtschaft demjenigen der ungetreuen Geschäftsbesorgung i.S.v. StGB Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1.

Der *Erfolg* ist so beschrieben, dass die Misswirtschaft die Überschuldung oder die Zahlungsunfähigkeit herbeiführen oder verschlimmern muss⁸⁰. Gemäss der Botschaft von 1991 beziehe sich die Überschuldung anknüpfend an alt OR Art. 725 (heute OR Art. 725b) auf Konkursschuldner, die Zahlungsunfähigkeit auf Pfändungsschuldner⁸¹. Dieser Gedanke des historischen Gesetzgebers kommt im Gesetzestext in keiner Weise zum Ausdruck. Es entspricht auch nicht dem System des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, die Proble- matik der Zahlungsunfähigkeit auf den Pfändungsschuldner zu beschränken. Denn die Überschuldungsanzeige nach dem heutigen OR Art. 725b ist nur ein- er von mehreren Gründen, die zur Konkursöffnung führen. In der Kon- kursbetreibung ist es genau wie in der Pfändungsbetreibung das Ausbleiben einer Zahlung trotz eines rechtskräftigen Zahlungsbefehls, also die Zahlungs- unfähigkeit, die zur Fortsetzung des Verfahrens führt. Zudem kann sich der

⁷⁸ Corboz, Art. 165 Rz. 16; Donatsch et al., Strafrecht III, § 39 vor Ziff. 1; Gessler/Schoder, § 16 Rz. 71; Hagenstein, Art. 165, BSK StGB, Rz. 9; Jean-Richard/Jug-Höhener, § 41 Rz. 68; Poglia/Hari, Art. 165, CR CP II, Rz. 18; Stratenwerth/Bommer, BT I, § 22 Rz. 26.

⁷⁹ Eingehend Jean-Richard/Jug-Höhener, § 41 Rz. 68–76.

⁸⁰ Urteil des Bundesgerichts 6B_459/2007 vom 18. Januar 2008 E. 6.4; Urteil des Bundesger- ichts 6B_765/2011 vom 24. Mai 2012, E. 2.2.1; Donatsch et al., Strafrecht III, § 39 Ziff. 1 (405); Geiger, Art. 165, AK StGB, Rz. 13; Gessler/Schoder, § 16 Rz. 72; Hagenstein, Art. 165, BSK StGB, Rz. 56, krit. Rz. 65 ff.; Jean-Richard/Jug-Höhener, § 41 Rz. 77; Poglia/Hari, Art. 165, CR CP II, Rz. 37; Trechsel/Ogg, Art. 165, PK StGB, Rz. 9 f.; a.M. Urteil des Bundesgerichts 6B_231/2021 vom 16. August 2022 E. 3.1, wonach die Überschuldung und die Zahlungsunfä- higkeit objektive Strafbarkeitsbedingungen seien.

⁸¹ BBl 1991 II, 1064.

Schuldner gemäss SchKG Art. 191 zahlungsunfähig erklären und dadurch die Konkursöffnung herbeiführen, ungeachtet, ob er der Konkurs- oder Pfändungsbetreibung unterliegt. Für die geltungszeitliche Auslegung ist es von Belang, dass nun OR Art. 725 die Pflicht des Verwaltungsrats kodifiziert hat, über die Zahlungsfähigkeit zu wachen und bei drohender Zahlungsunfähigkeit Massnahmen zur Sicherstellung der Zahlungsfähigkeit zu ergreifen. Es wäre deshalb verfehlt, entgegen dem klaren Wortlaut von StGB Art. 165 den Eintritt des tatbestandsmässigen Erfolgs der Misswirtschaft zu verneinen, wenn die qualifizierte Verantwortungslosigkeit eines Konkursschuldners zu dessen Zahlungsunfähigkeit geführt hat, jedoch der Nachweis des Kausalzusammenhangs mit der möglicherweise später eingetretenen Überschuldung ausgeblieben ist.

Bei der Umschreibung der letzten der vier Verschlimmerungsvarianten vermeidet der Gesetzestext den Ausdruck «*Verschlimmerung der Zahlungsunfähigkeit*». In der Tat suggeriert die Sprachlogik, die Zahlungsunfähigkeit stelle einen absoluten Nullpunkt dar, so dass sich nicht diese, sondern nur die Vermögenslage im Zustand der Zahlungsunfähigkeit verschlimmern könne. Eine solche Auffassung entspricht jedoch weder der wirtschaftlichen Realität noch der herrschenden Definition der Zahlungsunfähigkeit, die vorliegt, wenn der Schuldner zufolge eines nicht nur vorübergehenden Mangels an liquiden Zahlungsmitteln nicht in der Lage ist, fällige bzw. in naher Zukunft fällig werdende Geldschulden zu begleichen⁸². Zahlungsunfähigkeit tritt damit nicht erst dann ein, wenn überhaupt keine liquiden Mittel mehr vorhanden sind. Und selbst bei völligem Fehlen liquider Mittel kann sich die Zahlungsunfähigkeit insofern verschlimmern, als die Aussicht, wieder Liquidität zu erlangen, in weitere Ferne rückt.

Hinsichtlich des *subjektiven Tatbestands* verlangt StGB Art. 165 gemäss dem aktuellen Stand der Rechtsprechung nur in Bezug auf die Tathandlung Vorsatz, wogegen in Bezug auf den Erfolg, d.h. die Verschlimmerung der Vermögenslage, grobe Fahrlässigkeit genügt⁸³. Wer sich in Unkenntnis der grundlegenden Vermögensschutzpflichten als Organ einsetzen lässt, verletzt diese zufolge

⁸² BGE 111 II 206 E. 1; Donatsch et al., Strafrecht III, § 39 Ziff. 1 (406); Gessler/Schoder, § 16 Rz. 23; Hagenstein, Art. 165, BSK StGB, Rz. 54; Trechsel/Ogg, Art. 165, PK StGB, Rz. 9.

⁸³ BGE 144 IV 52 E. 7.3 (54); Urteil des Bundesgerichts 6B_1161/2021 vom 21. April 2023 E. 15.1.3; Urteil des Bundesgerichts 6B_150/2017 vom 11. Januar 2018 E. 7.3; Urteil des Bundesgerichts 6B_985/2016 vom 27. Februar 2017 E. 4.1.1; Urteil des Bundesgerichts 6B_199/2016 vom 8. Dezember 2016 E. 2.3.3; BGer 6B_54/2008 E. 7.3.3; Corboz, Art. 165 Rz. 52 ff.; Donatsch et al., Strafrecht III, § 39 Ziff. 2; Geiger, Art. 165, AK StGB, Rz. 14; Gessler/Schoder, § 16 Rz. 78; Hagenstein, Art. 165, BSK StGB, Rz. 76a; Poggia/Hari, Art. 165, CR CP II, Rz. 49; Schlegel, Art. 165, HK StGB, Rz. 5; Trechsel/Ogg, Art. 165, PK StGB, Rz. 11; krit. Jean-Richard/Jug-Höhener, § 41 Rz. 78; Stratenwerth/Bommer, BT I, § 22 Rz. 27.

Übernahmeverschuldens zumindest eventualvorsätzlich⁸⁴. Unsachgemäss sind deshalb drei zürcherische Einstellungsverfügungen mit der Begründung, es fehle am Vorsatz, da der Beschuldigte nicht über notwendigen Fähigkeiten für seine Aufgabe verfüge⁸⁵.

Gemäss dem ausdrücklichen Gesetzeswortlaut versteht sich StGB Art. 165 als *subsidiär* zu StGB Art. 164. Das schliesst eine echte Idealkonkurrenz dieser beiden Strafnormen aus. Hingegen können nach hier vertretener Ansicht bei Realkonkurrenz durchaus beide Bestimmungen nebeneinander zur Anwendung kommen, z.B. wenn von zwei verschiedenen Zahlungen die eine als Schenkung und die andere als leichtsinnige Kreditgewährung zu würdigen ist.

bb) Konkursverschleppung

Der aktuell weitaus *häufigste Anwendungsfall* von StGB Art. 165 ist die Misswirtschaft durch Konkursverschleppung bei Kapitalgesellschaften. Zur Bekämpfung des Konkursmissbrauchs hat sich – gestützt auf die vorbestehende Rechtsprechung – ab dem Jahr 2008 ein Schnellverfahren entwickelt⁸⁶, das seit dem Jahr 2015 in vielen Kantonen regelmässig Anwendung findet, wenn bei Kapitalgesellschaften nach ernsthaften Hinweisen auf eine Überschuldung vor der Konkurseröffnung alle verbleibenden Aktiven aufgebraucht oder zusätzliche Verpflichtungen eingegangen werden.

i. Verletzung der Pflichten bei begründeter Besorgnis der Überschuldung

Die Rechtsprechung stuft es als «arge Nachlässigkeit in der Berufsausübung oder Vermögensverwaltung» i.S.v. StGB Art. 165 Ziff. 1 Abs. 1 ein, wenn der Verwaltungsrat der Aktiengesellschaft seine *Kontroll- und Vermögensschutzpflichten gemäss OR Art. 725b* (entsprechend alt OR Art. 725 Abs. 2) nicht erfüllt⁸⁷.

⁸⁴ Urteil des Bundesgerichts 6B_242/2015 vom 6. Oktober 2015 E. 1.4; Urteil des Bundesgerichts 9C_95/2023 vom 9. November 2023 E. 5.2.1; BGer 9C_321/2022 E. 5.2.1; Urteil des Bundesstrafgerichts SK.2015.23 vom 24. September 2015 E. 4.3.4 (zu KAG Art. 148); vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 4A_248/2009 vom 27. Oktober 2009 E. 8.1.

⁸⁵ Andenmatten, [208 \[5.4.1.q\]](#), [213 \[5.4.2.q\]](#).

⁸⁶ Jean-Richard 2008, 11; ders. 2009, 29 ff.; ders. 2011, 59 ff.

⁸⁷ BGE 144 IV 52 E. 7.3 (54); 127 IV 110 E. 5.b/aa (115); 104 IV 160 E. 4.b (167); Urteil des Bundesgerichts 6B_1104/2022 vom 19. April 2023 E. 1.1.1; Urteil des Bundesgerichts 6B_1169/2021 vom 21. April 2023 E. 15.1.2.2; Urteil des Bundesgerichts 6B_244/2021 vom 17. April 2023; Urteil des Bundesgerichts 6B_254/2021 vom 17. April 2023 E. 4.3; Urteil des Bundesgerichts 6B_231/2021 E. 3.1; Urteil des Bundesgerichts 6B_731/2019 vom 18. November 2019 E. 2.2; Urteil des Bundesgerichts 6B_1279/2018 vom 26. März 2019 E. 2.2.1; Urteil des Bundesgerichts 6B_1236/2018 vom 28. September 2020 E. 4.2; Urteil des Bundesgerichts 6B_448/2018 vom 9. Januar 2019 E. 3.2.2; Urteil des Bundesgerichts 6B_748/2017 vom

Diese Pflichten gelten nicht nur für Aktiengesellschaften, sondern sinngemäss durch Verweise auch für Vereine mit Pflicht zur Handelsregistereintragung (ZGB Art. 69d), GmbH (OR Art. 820) und Genossenschaften (OR Art. 903 Abs. 1) sowie partiell für Stiftungen (ZGB Art. 84a Abs. 4). Hingegen besteht bei Einzelunternehmen und Personengesellschaften kein solche Pflicht⁸⁸.

Die Pflichten gemäss OR Art. 725b – nämlich stets kritisch darüber zu wachen, ob die Aktiven der juristischen Person die Verpflichtungen decken⁸⁹, und bei Überschuldung zum Schutz des Vollstreckungssubstrats sofort die «Notbremse» zu ziehen – schützen hauptsächlich die Gesamtheit der Gläubigerschaft⁹⁰ und schaffen einen *Ausgleich für die Beschränkung der Haftung* auf das Vermögen der juristischen Person⁹¹. Es ist deshalb überzeugend, dass das Bundesgericht diese Pflichten als so grundlegend einstuft, dass deren Verletzung einer argen Nachlässigkeit gemäss StGB Art. 165 entspricht.

Die Erfüllung der Pflichten gemäss OR Art. 725b ist eine *unübertragbare und unentziehbare Aufgabe des obersten Exekutivorgans* der juristischen Person, nämlich ausdrücklich des Verwaltungsrates der Aktiengesellschaft (OR Art. 716a Abs. 1 Ziff. 7) und der Geschäftsführung der GmbH (OR Art. 810 Abs. 2 Ziff. 7) sowie sinngemäss, aufgrund des Verweises auf das Aktienrecht, der Verwaltung der Genossenschaft, des Vorstandes des Vereins und des obersten Stiftungsorgans. Eine Person, die in der Aktiengesellschaft Mitglied der Geschäftsführung, aber nicht des Verwaltungsrats ist, kann nicht für die Verletzung der Pflichten gemäss OR Art. 725b belangt werden, umso weniger eine Person, die nur gemäss StGB Art. 29 lit. c aufgrund eines Arbeitsverhältnisses mit selbständigen Entscheidungsbefugnissen als Sondertäterin in Frage kommt; hingegen ist eine Person, die zwar nicht formell als Mitglied des obersten Exekutivorgans eingesetzt ist, aber faktisch gemäss StGB Art. 29 lit. d

30. Mai 2017 E. 3.2.2; Urteil des Bundesgerichts 6B_1103/2017 vom 7. August 2018 E. 1.2.1; BGer 6B_985/2016 E. 4.2.1; Urteil des Bundesgerichts 6B_1047/2015 vom 28. April 2016 E. 4.3; Urteil des Bundesgerichts 6B_242/2015 vom 6. Oktober 2015 E. 1.3.1; Urteil des Bundesgerichts 6B_492/2009 vom 18. Januar 2010 E. 2.2; Urteil des Bundesgerichts 6B_54/2008 vom 9. Mai 2008 E. 7.4.2; Urteil des Bundesgerichts 6B_433/2007 vom 11. Februar 2008 E. 2; Urteil des Bundesgerichts 6S.24/2007 vom 6. März 2007 E. 3; Urteil des Bundesgerichts 6P.164/2006 vom 29. Dezember 2006 E. 9.3.4.1; Urteil des Bundesgerichts 6S.1/2006 vom 1. März 2006 E. 8.

⁸⁸ Böckli, § 11 Rz. 176.

⁸⁹ Böckli, § 11 Rz. 181; Kägi/Zweifel/Wüstiner, Art. 725b, BSK OR II, Rz. 18; Peter/Neri-Castracane, Art. 725b, CR CO II, Rz. 8.

⁹⁰ Peter/Neri-Castracane, Art. 725b, CR CO II, Rz. 2.

⁹¹ Böckli, § 11 Rz. 176.

den gleichen Einfluss auf die Gesellschaft hat wie ein solches, für die Erfüllung der Pflichten gemäss OR Art. 725b verantwortlich⁹².

Gemäss OR Art. 725b ist das oberste Exekutivorgan der juristischen Person bei *begründeter Besorgnis der Überschuldung* verpflichtet, eine Zwischenbilanz zu ziehen und diese durch eine zugelassene Fachperson revidieren zu lassen, und zwar auch dann, wenn die Gesellschaft gemäss OR Art. 727a Abs. 2 rechtmässig auf die eingeschränkte Revision verzichtet hat. Die begründete Besorgnis der Überschuldung kann sich aus bestimmten Geschäftsvorfällen ergeben⁹³, z.B. daraus, dass die Gesellschaft unverhofft mit einer hohen Forderung konfrontiert wird, dass ein bedeutender Debitor nicht mehr zahlen kann oder dass sich die Liquidität verschlechtert⁹⁴. Ein dringendes Indiz für die Überschuldung ist die Zahlungsunfähigkeit⁹⁵, die selten eintritt, wenn die Aktiven das Fremdkapital übersteigen. Auch wenn es sich grundsätzlich nie ausschliessen lässt, dass die Liquidität fehlt, obwohl werthaltige Aktiven vorhanden sind⁹⁶, begründet die Zahlungsunfähigkeit stets die *Besorgnis* der Überschuldung auf höchster Alarmstufe, zumal die fehlende Liquidität stets die Fortführungsfähigkeit in Frage stellt⁹⁷ und oft Vorboten einer Überschuldung ist⁹⁸. Es ist deshalb eine strafrechtlich relevante «arge Nachlässigkeit», wenn innerhalb von zwei Monaten nach dem Indikator für die Zahlungsunfähigkeit keine Zwischenbilanz gezogen und zusammen mit den für die Prüfung erforderlichen Unterlagen einer Revisionsfachperson vorgelegt wird.

Wer trotz Zahlungsunfähigkeit untätig bleibt, hält die Überschuldung ernsthaft für möglich und nimmt sie in Kauf, was *Eventualvorsatz* gemäss StGB Art. 12 Abs. 1 Satz 2 begründet. Das gilt auch, wenn zugunsten der beschuldigten Person angenommen wird, dass im Besorgniszeitpunkt noch keine Überschuldung bestanden habe. Denn die Konkurseinstellung mangels Aktiven bzw. die Ausstellung von Verlustscheinen nach Durchführung des Konkurses beweisen, dass die Überschuldung zwischen der Konkureröffnung und dem Besorgniszeitpunkt eingetreten ist.

⁹² BGer 6B_1043/2021; Urteil des Bundesgerichts 6B_1060/2021 vom 9. Dezember 2022 E. 3.3; Urteil des Bundesgerichts 6B_1222/2016 vom 5. April 2017 E. 5; anders noch Urteil des Bundesgerichts 4A_474/2011 vom 4. Januar 2012 E. 3.1.

⁹³ Vgl. dazu die Beispiele von Böckli, § 11 Rz. 180–183; Kägi/Zweifel/Wüstiner, Art. 725b, BSK OR II, Rz. 20.

⁹⁴ Böckli, § 11 Rz. 181.

⁹⁵ Kägi/Zweifel/Wüstiner, Art. 725b, BSK OR II, Rz. 18, 20; Hunkeler/Wohl/Schönmann, Art. 725b, BK Aktienrecht, Rz. 78.

⁹⁶ Kägi/Zweifel/Wüstiner, Art. 725b, BSK OR II, Rz. 14; Peter/Neri-Castracane, Art. 725b, CR CO II, Rz. 7; Schaad, § 17 Rz. 11 ff.

⁹⁷ Böckli, § 11 Rz. 183; Kägi/Zweifel/Wüstiner, Art. 725b, BSK OR II, Rz. 15.

⁹⁸ Schaad, § 17 Rz. 12.

Wenn eine Buchhaltung und andere einfach greifbare Beweismittel fehlen, wird die Besorgnis der Überschuldung im Schnellverfahren anhand der *Betreibungsregisterauskunft* nachgewiesen⁹⁹: Unbezahlt gebliebene Betreibungen belegen die Zahlungsunfähigkeit ab dem Zeitpunkt der Zustellung des Zahlungsbefehls. Das gilt auf jeden Fall, wenn der Zahlungsbefehl zufolge Unterlassung oder Beseitigung des Rechtsvorschlags rechtskräftig ist. Gleich verhält es sich nach der Praxis der Zürcher Strafverfolgungsbehörden¹⁰⁰ auch bei Forderungen von öffentlich-rechtlichen oder institutionellen Gläubigern, bei denen der Rechtsvorschlag (noch) nicht beseitigt ist. Was sonstige Forderungen mit Rechtsvorschlag betrifft, so ist zu beachten, dass es einer Zahlungseinstellung i.S.v. SchKG 190 Abs. 1 Ziff. 2 und mithin einem dringenden Anzeichen der Zahlungsunfähigkeit entspricht, wenn der Schuldner «systematisch, ohne Rücksicht auf die Berechtigung der Forderung, Rechtsvorschlag erhebt»¹⁰¹. Zeigt der *Betreibungsregisterauszug* ein solches Bild, ist das beschuldigte Organ in der Untersuchung nach dem Grund der Bestreitung zu befragen; ist die Forderung aufgrund des Geschäftsbetriebs plausibel und nennt das Organ keinen nachvollziehbaren Einwand gegen seine Zahlungspflicht, ist nach hier vertretener Meinung auch eine *Betreibung* mit Rechtsvorschlag ein dringendes Indiz für die Zahlungsunfähigkeit und damit relevant für die Ermittlung des Besorgniszeitpunktes. Im Übrigen sind auch bestrittene Forderungen zu bilanzieren, sofern sie nicht offensichtlich unberechtigt sind¹⁰².

Gegen die *Tauglichkeit der *Betreibungsregisterauskunft* als Indikator* für die begründete Besorgnis der Überschuldung wird eingewendet, er gebe keine Auskunft über die Aktiven¹⁰³, und das Ausbleiben der Zahlung könne auch auf fehlendem Zahlungswillen trotz vorhandener Zahlungsfähigkeit beruhen¹⁰⁴.

Gegen den *Vorbehalt der Aktiven* ist einzuwenden, dass deren genaue Kenntnis zwar entscheidend für die Feststellung der Überschuldung ist, dass indessen eine nur verschwommene Sicht auf Aktiven – insbesondere bei Fehlen der Rechnungslegung – in keiner Weise geeignet ist, die Besorgnis der Überschuldung zu beseitigen, die sich aufgrund von Zahlungsschwierigkeiten und sonstigen Hinweisen ergibt. Der Verzicht auf das Erstellen und Revidieren-las-

⁹⁹ Zum Nachweis durch *Betreibungsregister-Auskunft* vgl. BGer 6B_244/2021 E. 4.4; Kälin 2019, 500.

¹⁰⁰ Andenmatten, [200 \[5.2.2\]](#).

¹⁰¹ Schaad, § 17 Rz. 6 Anm. 5.

¹⁰² Kälin 2017, 1044.

¹⁰³ Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich SB190458 vom 30. Januar 2020 E. 4.3.12.

¹⁰⁴ Z.B. Urteil des Obergerichts des Kantons Solothurn STBER.2022.73 vom 22. November 2023 E. VIII.1.

sen einer Zwischenbilanz bei solchen Besorgniszeichen entspricht einer argen Nachlässigkeit in der Vermögensverwaltung. Unsachgemäss ist es deshalb, ein Verfahren einzustellen, weil der Beschuldigte geltend macht, bei Auftreten der Zahlungsschwierigkeiten seien noch Forderungen gegen Kunden offen gewesen¹⁰⁵. Denn sollen solche Forderung die Besorgnis der Überschuldung beseitigen, ist ihre Bonität durch die Revisionsfachperson zu prüfen.

Was den *Einwand des fehlenden Zahlungswillens* betrifft, so entsteht in der Tat manchmal der Eindruck, es sei Ausdruck eines «Geschäftsmodells» und nicht einer aktuellen Notlage, bestimmte Forderungen systematisch nicht zu erfüllen, namentlich solche von öffentlich-rechtlichen und institutionellen Gläubigern. Eine solche Geschäftspolitik begründet umso mehr die Besorgnis der Überschuldung, denn sie bewirkt, dass die Kalkulationen der Preise sowie Löhne und sonstigen Aufwendungen auf einer falschen Grundlage beruhen, was in den strafrechtlich aufzuarbeitenden Fällen denn auch regelmässig zur Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven führt¹⁰⁶.

Bei der überwiegenden Mehrheit der strafrechtlich aufgearbeiteten Unternehmenskonkurse wird trotz begründeter Besorgnis *keine Zwischenbilanz* gezogen und schon gar keine zugelassene Fachperson mit deren Revision beauftragt. Meist unterbleibt – jedenfalls in der Besorgnisphase – die Führung einer Buchhaltung gänzlich¹⁰⁷. Dies wiegt als arge Nachlässigkeit in der Berufsausübung noch schwerer als die Untätigkeit nach der ordnungsgemässen Feststellung der Überschuldung. Einem Unternehmen, das – sei es aus Not oder Unwillen der Organe – nicht einmal mehr in der Lage ist, eine revidierte Zwischenbilanz zu erlangen, muss die Fortführungsfähigkeit kategorisch abgesprochen werden. Entsprechend ist umso dringender die «Notbremse» zu ziehen.

Zwar ist ohne revidierte Zwischenbilanz keine Benachrichtigung des Gerichts gemäss OR Art. 725b möglich¹⁰⁸, doch kann die Schuldnerin stattdessen gestützt auf einen gültigen und adäquat dokumentierten Gesellschaftsbeschluss die *Insolvenzerklärung* gemäss SchKG Art. 191 abgeben¹⁰⁹. Die für den Gesellschaftsbeschluss erforderlichen Notariatsgebühren von einigen Hundert Franken entsprechen einem Bruchteil der Kosten für die Nachführung und Revision der Geschäftsbücher. Die Einrede der Unmöglichkeit normgemässen Verhaltens mangels einer nachgeführten Buchhaltung ist damit nicht zu hören.

¹⁰⁵ Andenmatten, [212 \[5.4.2.1\]](#).

¹⁰⁶ Andenmatten, [185 \[3.1.3\]](#), vgl. auch [201 \[5.2.3\]](#).

¹⁰⁷ Andenmatten, [204 \[5.3.1\]](#), [222 ff. \[6\]](#).

¹⁰⁸ BGE 150 III 315 E. 4.2.

¹⁰⁹ Krampf/Schuler, 1060 ff.; Jagmetti/Talbot, 264 ff.

Weist der revidierte Abschluss sowohl zur Veräusserungswerten als auch zu Fortführungswerten eine *Überschuldung* aus, so hat der Verwaltungsrat das Konkursgericht zu benachrichtigen. OR Art. 725b Abs. 4 statuiert zwei Ausnahmen von dieser Pflicht:

1. Rangrücktritt von Gläubigern mindestens im Betrag der Überschuldung. Der Rangrücktritt muss schriftlich dokumentiert sein. Denn auch wenn der Gläubiger einen bloss mündlich vereinbarten Rangrücktritt gegen sich gelten lassen muss¹¹⁰, ist für die Entlastung von der Bilanzdeponierungspflicht eine schriftliche Rangrücktrittserklärung erforderlich. Denn sie ändert die Qualität des davon betroffenen Fremdkapitals grundlegend und unterliegt damit als wesentlicher Gesichtspunkt der Rechnungslegung der Nachweispflicht gemäss OR Art. 958c Abs. 2. Ferner bedarf es einer hinreichenden Bonität des im Rang zurücktretenden Gläubigers, denn fällt er seinerseits in Konkurs, so kann der Rangrücktritt als seine Forderung entwertender, unentgeltlicher Verzicht auf die Gleichbehandlung mit den anderen Gläubigern gestützt auf SchKG Art. 285 angefochten werden¹¹¹.
2. Aussicht auf Behebung der Überschuldung innerhalb von 90 Tagen. Voraussetzung des Aufschiebs ist gemäss dem Gesetzeswortlaut das «Vorliegen der geprüften Zwischenabschlüsse», denn ohne solche ist eine ernsthafte Sanierung nicht möglich.

Unterlässt das zuständige Exekutivorgan die gebotene Benachrichtigung des Gerichts, so ist die *Revisionsstelle* bzw. die gemäss OR Art. 725b Abs. 5 beigezogene Revisionsfachperson dazu verpflichtet¹¹².

Das Gericht verfügt die *Konkurseröffnung*, wenn keine Aussicht auf Sanierung besteht.

ii. *Exkurs: Verletzung der Pflichten bei Kapitalverlust und bei drohender Zahlungsunfähigkeit*

Soweit ersichtlich hat sich das *Bundesgericht* bislang nicht dazu geäussert, ob es bereits als «arge Nachlässigkeit» i.S.v. StGB Art. 165 zu würdigen ist, wenn die Organe die gebotenen Massnahmen bei Kapitalverlust gemäss OR Art. 725a

¹¹⁰ BGE 151 III 440 E. 5.8; Urteil des Bundesgerichts 5A_440/2024 vom 31. März 2025 E. 5.8 (beide Fälle: grundsätzliche Bejahung der Möglichkeit des konkludenten Rangrücktritts, i.c. Verneinung); Böckli, § 11 Rz. 79.

¹¹¹ Schaad, § 17 Rz. 38.

¹¹² OR Art. 725b Abs. 5, Art. 728c Abs. 3, Art. 729c, Art. 820 Abs. 1, Art. 906 Abs. 1; zur strafrechtlichen Dimension der Bilanzdeponierungspflicht der Revisionsstelle vgl. BGE 127 IV 110 E. 5a.

oder bei drohender Zahlungsunfähigkeit gemäss OR Art. 725 unterlassen¹¹³. Nach hier vertretener Ansicht ginge das zu weit. Strafwürdig sind nur qualifizierte Pflichtverletzungen. Dass das Bundesgericht die Missachtung von OR Art. 725b zu Recht als solche einstuft, zeigt sich unter anderem daran, dass das Gesellschaftsrecht mit OR Art. 725 und Art. 725a Warnstufen eingebaut hat. Dass bereits die *drohende* Zahlungsunfähigkeit gemäss OR Art. 725 zu Massnahmen verpflichtet, bestätigt im Übrigen, dass die *eingetretene* Zahlungsunfähigkeit einer höheren Warnstufe entspricht und als Umstand zu würdigen ist, der die Besorgnis der Überschuldung gemäss OR Art. 725b begründet.

iii. Verschlimmerung der Vermögenslage

Werden nach dem Besorgniszeitpunkt ohne hinreichend klare und sichere Vermögensverschaffungstendenz Aktiven veräussert oder verbraucht oder weitere Schulden angehäuft, entspricht dies dem Eintritt des *tatbestandsmässigen Erfolgs* der Verschlimmerung gemäss StGB Art. 165, wenn dies die Überschuldung oder der Zahlungsunfähigkeit herbeiführt oder verschärft.

Die *Vermögensverschaffungstendenz* ist sicher dann zu verneinen, wenn das Unternehmen überhaupt keine operativen Einnahmen mehr erzielt. Generiert das Unternehmen noch Einnahmen, fehlt den Ausgaben dann gleichwohl die Vermögensverschaffungstendenz, wenn der Aufwand den Ertrag dauernd übersteigt. Es bereitet allerdings Schwierigkeiten, dies ohne taugliche Buchführung zu prüfen¹¹⁴.

Schulden tragen nur dann zur tatbestandsmässigen Verschlimmerung bei, wenn der Rechtsgrund ihrer *Entstehung nach dem Besorgniszeitpunkt* liegt. Forderungen aus Vertrag entstehen grundsätzlich durch den Vertragsschluss¹¹⁵, bei Dauerschuldverhältnissen jedoch erst bei Fälligkeit¹¹⁶. Steuer- und Sozialversiche-

¹¹³ Vgl. aber immerhin Urteil des Bundesgerichts 6B_91/2022 vom 18. Januar 2023 E. 3.3.1, wonach die Vorinstanz es als Misswirtschaft bestrafte, dass der Beschuldigte die bei Kapitalverlust gebotenen Massnahmen nicht ergriff. Gegenstand der Strafrechtsbeschwerde war nur das Strafmass.

¹¹⁴ Vgl. dazu auch die Bemerkungen zu Einstellungsgründen nach zürcherischer Praxis bei Andenmatten, [209 \[5.4.2.b\]](#).

¹¹⁵ BGE 107 III 139 E. 3 (144); vgl. auch OR Art. 1 i.V.m. der Titelüberschrift «Die Entstehung der Obligationen» und der Abschnittsüberschrift «Die Entstehung durch Vertrag»; BGE 107 III 139 betrifft die Verrechnung im Konkurs gemäss alt SchKG Art. 213 (Fassung vor 1997), der darauf im Sinne dieses Entscheids revidiert wurde, vgl. BBl 1991 III 1 ff., 126, weshalb sich in der Folge weitere Leitentscheide erübrigten.

¹¹⁶ BGE 127 III 273 E. 2; 124 III 41 E. 2a und 2b; 115 III 65 E. 3b; Urteil des Bundesgerichts 5C.155/2000 vom 31. August 2000 E. 4c und 4d.

rungsforderungen entstehen mit dem die Pflicht begründenden Ereignis, nicht erst mit der Veranlagung oder Rechnungsstellung¹¹⁷.

Bei Fehlen einer tauglichen Rechnungslegung lässt sich der *Endzustand der Überschuldung* anhand des Ergebnisses des Konkursverfahrens nachweisen. Wurde dieses gemäss SchKG Art. 230 mangels Aktiven eingestellt, belegt diese Tatsache in Verbindung mit der Betreibungsregistrauskunft die Überschuldung¹¹⁸. Die Entstehung und der Bestand der Forderungen gemäss der Betreibungsregistrauskunft sind bei Bestreitung durch Erhebungen beim Betreibungsamt und bei der Gläubigerschaft zu überprüfen.

Als *Nachweis der Zahlungsunfähigkeit* als zweiter Erfolgsvariante genügt nach hier vertretener Ansicht bereits das Ausbleiben der Zahlung nach einer Konkursandrohung oder Pfändungsankündigung.

Für die *Kausalität* ist entscheidend, dass die Konkursöffnung als Notbremse¹¹⁹ wirkt: Sie verhindert gemäss SchKG Art. 204 Abs. 1 die Verwendung der Aktiven und das Eingehen neuer Verpflichtungen durch die Organe der Schuldnerin und führt gemäss SchKG Art. 211a zur sofortigen Auslösung der Kündigungsfrist für Dauerschuldverhältnisse. Folglich ist die pflichtwidrige Unterlassung der Notbremsung die natürliche und adäquate Ursache dafür, dass sich die Vermögenslage in der Folge weiter verschlechtern kann, sei es durch Anwachsen der Schuldenlast oder durch Verbrauch, Verlust oder Entwertung von Aktiven. Bei Dauerschuldverhältnissen hätte die frühere Konkursöffnung die Kündigungsfrist entsprechend früher ausgelöst, so dass der Schuldenlauf aufgrund des stets gleich langen «Bremsweges» genau um die Zeitspanne der Verschleppung früher zum Stillstand gekommen wäre.

Was die *Involvierung der beschuldigten Person*, welche die Schutzmassnahmen pflichtwidrig unterlassen hat, betrifft, so ist es nicht erforderlich, dass sie Einfluss auf die Vorgänge genommen hat, die in der Folge zur Verschlimmerung führen. Auch die Niederlegung ihres Organmandates vermag den Kausalzusammenhang nicht zu unterbrechen, wenn schon davor die begründete Besorgnis der Überschuldung bestand und die beschuldigte Person damals als Organ pflichtwidrig untätig geblieben ist.

Hat eine juristische Person *keine reale Fortführungsperspektive*, so ist es ausgeschlossen, dass weiteren Geschäftsvorgängen eine hinreichende Vermögensverschaffungstendenz innewohnt. Wenn die Annahme der Fortführung nicht

¹¹⁷ BGE 122 II 221 E. 4.

¹¹⁸ Andenmatten, [201 \[5.2.3\]](#).

¹¹⁹ Urteil des Handelsgerichts Zürich HG150128 vom 13. Februar 2019 E. 2.3.4.1; Hunkeler/Wohl/Schönmann, 320; Schenker/Schenker, 306.

gegeben ist, muss denn auch einzig ein Zwischenabschluss zu Veräusserungswerten erstellt werden¹²⁰. Bei Fehlen der Fortführungsfähigkeit bewirkt jede neu eingegangene Verpflichtung eine Verschlimmerung. Eine Fortführungsperspektive fehlt stets dann, wenn trotz Zahlungsunfähigkeit – namentlich bei offenen rechtskräftigen Zahlungsbefehlen – keine aussichtsreichen Sanierungsmassnahmen ergriffen werden. Solche können nur dann aussichtsreich sein, wenn sie sich auf einen revidierten Abschluss oder Zwischenabschluss stützen, zumal auch der Sanierungsaufschub gemäss OR Art. 725b Abs. 4 Ziff. 2 das Vorliegen geprüfter Zwischenabschlüsse voraussetzt. Denn andernfalls fehlt die für die Geschäftsführungsentscheide und Verhandlungen mit der Gläubigerschaft erforderliche klare Sicht auf den Vermögensstand.

Fehlt eine realistische Fortführungsperspektive, tragen auch *normale Geschäftsausgaben* zur tatbestandsmässigen Verschlimmerung bei, d.h. solche, die unter der Hypothese der Fortführung als erforderlich und verhältnismässig zu beurteilen wären. Das gilt namentlich für Löhne und weitere Personalkosten, Mieten und Raumnebenkosten, Leasingkosten, Verkehrsabgaben und weitere Verkehrskosten, Telefongebühren und weitere Kommunikations- und Infrastrukturkosten, Versicherungsprämien und dergleichen¹²¹. Dasselbe gilt für die Wertverminderung durch Abnutzung beim Gebrauch von Sachwerten, selbst wenn dieser an sich bestimmungsgemäss und bei Vorliegen einer Fortführungsperspektive betrieblich sinnvoll wäre.

Das Veräussern von Aktiven ohne angemessene Gegenleistung nach dem Besorgniszeitpunkt fällt als Schenkung oder gemischte Schenkung unter StGB Art. 164, wenn die Täterschaft diese Handlung vornimmt. Ist das Organ, das pflichtwidrig das Ziehen der «Notbremse» unterlassen hat, selbst nicht in das darauffolgende Verschenken von Aktiven der Gesellschaft involviert, ist ihm dieses als Verschlimmerung i.S.v. StGB Art. 165 anzulasten. Selbstverständlich kann auch dann auf die Auffangnorm von StGB Art. 165 ausgewichen werden, wenn das Organ zwar mutmasslich in die Veräusserung der Aktiven involviert war, jedoch der schlüssige Nachweis dafür misslingt oder zur Ressourcenschonung unterlassen wird¹²².

Eine tatbestandsmässige Verschlimmerung kann auch bei inaktiven Gesellschaften durch *Verzugszinsen* eintreten¹²³. Die Kausalität der Verschleppung

¹²⁰ OR Art. 725b Abs. 1 Satz 3; BGE 150 III 315 E. 6.2.1; Hunkeler/Wohl/Schönmann, Art. 725b, BK Aktienrecht, Rz. 71.

¹²¹ Die detaillierten Verschlimmerungs-Beschreibungen in der Zürcher Strafbefehlspraxis beruhen weitgehend auf diesem Prinzip, vgl. Andenmatten, [201 \[5.2.3\]](#).

¹²² Vgl. auch Jeker, 163 f. (Beschränkung der Anklage auf wenige, aber tatsächlich nachweisbare Tatbestände).

¹²³ BGer 6P.164/2006; Urteil des Bundesgerichts 6S.348/2006 vom 29. Dezember 2006 E. 9.1.2.

für die Akkumulierung von Zinsen beruht darauf, dass deren Lauf durch die Konkursöffnung gemäss SchKG Art. 209 Abs. 1 unverzüglich gestoppt wird. Zwar liegt nach hier vertretener Ansicht Geringfügigkeit i.S.v. StGB Art. 52 vor, wenn sich im Einzelfall die Verschlimmerung auf das Auflaufen von Verzugszinsen beschränkt, doch fällt dieses Entlastungsargument dahin, wenn ein Endorgan konkursreife Gesellschaften im Rahmen des Geschäftsmodells der sog. Firmenbestattung übernimmt, wofür die Übernahme einer Mehrzahl von Organmandaten für inaktive, überschuldete Gesellschaften ein dringendes Indiz darstellt.

Keine Verschlimmerung liegt in der Bezahlung von vor dem Besorgniszeitpunkt entstandenen Forderungen aus dem Geschäftsbetrieb, solange diese verhältnismässig sind. Ein strenger Massstab ist in Zeiten der Unternehmenskrise für die Verhältnismässigkeit von Lohn- und Spesenforderungen der förmlichen und der faktischen Mitglieder des Verwaltungsrats oder der Geschäftsleitung angebracht.

Ebenso wenig stellt der Umstand eine tatbestandsmässige Verschlimmerung dar, dass *Betreibungen nach dem Besorgniszeitpunkt* angehoben werden. Jedoch lässt es sich bei Fehlen einer tauglichen Buchführung ausgehend von den Betreibungen nachweisen, dass nach dem Besorgniszeitpunkt neue Forderungen entstanden sind. Gestützt auf eine Abklärung, wonach institutionelle Gläubiger in der Regel viereinhalb Monate nach der Rechnungsstellung die Betreibung einleiten¹²⁴, haben die Zürcher Strafverfolgungsbehörden das «Karenzmodell» eingeführt, wonach im Schnellverfahren angenommen wird, dass ab sechs Monate nach dem Besorgniszeitpunkt eingeleitete Betreibungen auf nach diesem Zeitpunkt entstandenen Forderungen beruhen. Es erscheint vertretbar, einen Strafbefehl auf dieser erleichterten Beweisbasis zu erlassen, zumal die erwähnte Behördenpraxis als zusätzliche Sicherheit eingebaut hat, dass die so ermittelte Verschlimmerung erst dann als Grundlage für einen Strafbefehl wegen Misswirtschaft genügt, wenn sie 20 000 Franken übersteigt.

Ist jedoch zufolge einer Einsprache, aufgrund der Schwere der Tat oder wegen einschlägiger Vorstrafen eine *gerichtliche Beurteilung* erforderlich, so ist es angebracht, den Entstehungszeitpunkt der Forderungen, welche die tatbestandsmässige Verschlimmerung nachweisen sollen, gestützt auf die beim Betreibungsamt und beim Gläubiger vorhandenen Unterlagen konkret zu ermitteln¹²⁵.

¹²⁴ Anfragen der Kantonspolizei Zürich, Ermittlungsabteilung Wirtschaftskriminalität, im Jahr 2024.

¹²⁵ Vgl. dazu die Kritik der pauschalen Verschlimmerungs-Beschreibung im Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich SB210300 vom 13. Dezember 2021 E. 3.2.4; vgl. auch Andenmaten, [204 \[5.3.2\]](#).

Ist konkret ermittelt, dass Forderungen ohne Vermögensverschaffungstendenz nach dem Besorgniszeitpunkt entstanden sind, erübrigt sich der Sicherheitsabzug von 20'000 Franken. Es ist gemäss StPO Art. 8 Abs. 2 statthaft, sich zur Schonung der Ressourcen darauf zu beschränken, den Entstehungszeitpunkt nur von ausgewählten Forderungen konkret zu ermitteln, wenn sich dadurch bereits eine substantielle Verschlimmerung – wenn auch nicht im vollen mutmasslichen Umfang – dartun lässt.

e) Unterlassung der Buchführung (StGB Art. 166)

aa) *Allgemein*

Fehlt eine Buchhaltung, ist einerseits die Geschäftsführung orientierungslos, was das Gläubigerinteresse am Erhalt des Vollstreckungssubstrats beeinträchtigt. Andererseits erschwert es die Arbeit des Konkursamtes, wenn mangels eines tauglichen Rechnungswesens die Aktiven, die Schulden und der Vermögensstand nicht ersichtlich sind. StGB Art. 166 schützt mithin als abstraktes Gefährungsdelikt beide *Rechtsgüter*, sowohl die Gläubigerinteressen als auch die Rechtspflege¹²⁶.

Die Unterlassung der Buchführung beschränkt als *Sonderdelikt* den Kreis der potenziellen Täterschaft auf diejenigen Schuldnerinnen, die gemäss OR Art. 957 der Pflicht zur Buchführung und Rechnungslegung unterliegen¹²⁷. Dies trifft für alle im Handelsregister eingetragenen juristischen Personen zu sowie auf Personengesellschaften und Einzelunternehmen, die im letzten Geschäftsjahr einen Umsatz von mindestens 500 000 Franken erzielt haben. Für Einzelunternehmen, Personengesellschaften, Vereine und Stiftungen von untergeordneter wirtschaftlicher Bedeutung genügt eine Buchführung über Einnahmen und Ausgaben sowie über die Vermögenslage. Kapitalgesellschaften unterliegen stets der umfassenden Buchführungs- und Rechnungslegungspflicht, und zwar selbst dann, wenn sie inaktiv sind¹²⁸.

Die Buchführungspflicht ist gemäss StGB Art. 29 lit. a bzw. d *den formellen und den faktischen Organen zuzurechnen* und gemäss StGB Art. 29 lit. c den Mitarbeitenden, welche mit selbständigen Entscheidungsbefugnissen im Rech-

¹²⁶ BGE 131 IV 56 E. 1.3; Geiger, Art. 166, AK StGB, Rz. 1; Poglia/Hari, Art. 166, CR CP II, Rz. 3 f.

¹²⁷ Corboz, Art. 166 Rz. 5; Donatsch et al., Strafrecht III, § 40 Ziff. 1; Dupuis et al., Art. 166, PC CP, Rz. 3; Geiger, Art. 166, AK StGB, Rz. 2; Hagenstein, Art. 166, BSK StGB, Rz. 3; Jean-Richard/Jug-Höhener, § 41 Rz. 81; Poglia/Hari, Art. 166, CR CP II, Rz. 5; Schlegel, Art. 166, HK StGB, Rz. 2; Stratenwerth/Bommer, BT I, § 23 Rz. 4; Trechsel/Ogg, Art. 166, PK StGB, Rz. 3.

¹²⁸ Urteil des Bundesgerichts 1P.456/2003 vom 4. März 2004 E. 3.3.3; Urteil des Bundesgerichts 6S.447/1998 vom 7. Dezember 1998 E. 1c/aa (nicht publiziert); vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 6P.136/2005, 6S.425/2005 vom 27. Februar 2006 E. 5.2 und 9.2.

nungswesen tätig sind, was nach hier vertretener Auffassung auch für Buchführungsverantwortliche im Auftragsverhältnis gilt. Dabei ist zu beachten, dass die Verantwortung dafür, dass überhaupt eine Buchhaltung geführt wird, gemäss OR Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 bzw. Art. 810 Abs. 2 Ziff. 3 ausschliesslich beim obersten Exekutivorgan liegt, was dessen faktische Mitglieder nicht ausschliesst¹²⁹, während Mitarbeitende mit Buchführungsverantwortung nur für die Ordnungsmässigkeit der von ihnen vorgenommenen Arbeiten haften. Die Verantwortlichen der Revisionsstelle haben keine Garantenstellung dafür, dass eine Buchhaltung geführt und das Ordnungswidrigkeiten bereinigt werden; sie haben lediglich die Pflicht, Ordnungswidrigkeiten zu beanstanden, soweit sie solche bei der pflichtgemässen Prüfung entdecken. Deshalb haften die Revisions-Fachpersonen trotz ihrer Organstellung für Unterlassungen nicht nach StGB Art. 166. Wirken sie jedoch aktiv und wissentlich bei ordnungswidrigen Buchungsvorgängen mit, kommt Anstiftung oder Gehilfenschaft zu StGB Art. 166 in Betracht.

Über die Marginalie hinaus erfasst StGB Art. 166 nicht nur als *echtes Unterlassungsdelikt* die Unterlassung der Buchführung und Rechnungslegung, sondern auch – grundsätzlich gleich wie StGB Art. 325 – deren ordnungswidrige Führung und Aufbewahrung, was einem *Begehungsdelikt* entspricht¹³⁰. Freilich erfasst StGB Art. 166 – anders als StGB Art. 325 – nicht jede kleine Ordnungswidrigkeit¹³¹, sondern nur solche, welche geeignet sind, den tatbestandsmässigen *Erfolg* herbeizuführen, nämlich dass der «Vermögensstand [der Schuldnerin] nicht oder nicht vollständig ersichtlich ist». Diese Wirkung haben nicht nur die gänzliche Unterlassung der Buchführung, sondern namentlich auch

- die Nichtaufbewahrung der Buchführung oder wesentlicher Teile davon bis zur Konkurseröffnung, wogegen die Nichtaufbewahrung nach der Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven ausschliesslich unter StGB Art. 325 fällt¹³²,
- die blosser Sammlung von Belegen ohne Führung von Kontoblättern¹³³,
- die blosser Führung von Kontoblättern ohne Sammlung von Belegen¹³⁴,

¹²⁹ Urteil des Bundesgerichts 6B_1222/2016 vom 5. April 2017 E. 5.

¹³⁰ Corboz, Art. 166 Rz. 7; Donatsch et al., Strafrecht III, § 40 Ziff. 1 (409); Dupuis et al., Art. 166, PC CP, Rz. 6; Geiger, Art. 166, AK StGB, Rz. 6 f.; Hagenstein, Art. 166, BSK StGB, Rz. 17; Schlegel, Art. 166, HK StGB, Rz. 3; Stratenwerth/Bommer, BT I, § 23 Rz. 6 f.; Trechsel/Ogg, Art. 166, PK StGB, Rz. 5.

¹³¹ Hagenstein, Art. 166, BSK StGB, Rz. 8; Jean-Richard/Jug-Höhener, § 41 Rz. 85; Stratenwerth/Bommer, BT I, § 23 Rz. 7; Trechsel/Ogg, Art. 166, PK StGB, Rz. 4.

¹³² BGE 131 IV 56 E. 1.3.

¹³³ BGE 77 IV 164 E. 1 (166).

¹³⁴ BGer 6P.136/2005, 6S.425/2005 E. 9.1; Trechsel/Ogg, Art. 166, PK StGB, Rz. 4.

- die Erstellung der Buchführung später als sechs Monate nach Ende des Geschäftsjahres¹³⁵ oder die monatelang unterlassene Nachführung¹³⁶,
- die erhebliche Lückenhaftigkeit von Belegen und/oder Buchungen¹³⁷,
- inhaltlich falsche Buchungen in erheblichem Ausmass¹³⁸ sowie
- unzulässige Verrechnung von Aktiven und Passiven und unrichtige Bezeichnung oder Einordnung der Positionen, und zwar auch dann, wenn die Gesamtbeträge stimmen, da für die «Ersichtlichkeit des Vermögensstandes» die Kenntnis der Art der Aktiven erforderlich ist, z.B. die Bonität von Debitoren.

Nicht die Unterlassung der Buchführung als echtes Unterlassungsdelikt, jedoch die ordnungswidrige Buchführung zur Verschleierung des Vermögensstandes erfüllt in der Regel auch den Tatbestand der Urkundenfälschung i.S.v. StGB Art. 251 in der Tatbestandsvariante der Falschbeurkundung¹³⁹. Dabei ist wegen der Verschiedenheit der geschützten Rechtsgüter nach hier vertretener Ansicht von echter Konkurrenz auszugehen¹⁴⁰. Hingegen wird StGB Art. 166 von StGB Art. 163 konsumiert, wenn die Ordnungswidrigkeit der Buchführung ausschliesslich darin besteht, einen zu tiefen Vermögensstand vorzutäuschen¹⁴¹.

bb) Bei «Firmenbestattungen»

In der überwiegenden Zahl der im Kanton Zürich untersuchten «Firmenbestattungsfällen» ist keine Buchhaltung vorhanden¹⁴². In vielen Untersuchungen behauptete das Vororgan, dem Endorgan eine ordnungsgemässe Buchhaltung übergeben zu haben, wogegen das Endorgan einwandte, nie eine solche erhalten zu haben¹⁴³. Da in der Regel keine der sich widersprechenden Aussagen glaubhaft ist, sind gemäss StPO Art. 10 Abs. 3 beide Personen gestützt auf de-

¹³⁵ Urteil des Bundesgerichts 6S.132/2000 vom 24. August 2000 E. 3, unter Hinweis auf alt OR Art. 662, heute OR Art. 958 Abs. 3.

¹³⁶ Urteil des Bundesgerichts 6B_1263/2020 vom 5. Oktober 2022 E. 2; Urteil des Bundesgerichts 6B_1262/2020 vom 2. August 2022 E. 3.4.

¹³⁷ BGer 6B_448/2018 E. 4; Urteil des Bundesgerichts 6S.142/2003 vom 4. Juli 2003 E. 4.

¹³⁸ A.M., d.h. nur StGB Art. 251: Stratenwerth/Bommer, BT I, § 23 Rz. 7; Trechsel/Ogg, Art. 166, PK StGB, Rz. 7.

¹³⁹ BGE 141 IV 369 E. 7.1 (375 f.); 138 IV 130 E. 2.2.1 (135); 132 IV 12 E. 8.1; 129 IV 130 E. 2.2-3; Urteil des Bundesgerichts 6B_268/2025 vom 31. Oktober 2025 E. 2.4.3; Urteil des Bundesgerichts 6B_289/2020 vom 1. Dezember 2020 E. 11.1; Urteil des Bundesgerichts 6B_1270/2021 vom 2. Juni 2022 E. 4.1.3.

¹⁴⁰ A.M. Stratenwerth/Bommer, BT I, § 23 Rz. 7; Trechsel/Ogg, Art. 166, PK StGB, Rz. 9.

¹⁴¹ Trechsel/Ogg, Art. 166, PK StGB, Rz. 9.

¹⁴² Andenmatten, [204 \[5.3.1\]](#), [222 ff. \[6\]](#).

¹⁴³ Andenmatten, [215 \[5.4.2.v\]](#), [222 ff. \[6\]](#).

ren für sie günstigere eigene Aussage zu beurteilen. Damit ist das Vororgan vom Vorwurf der Unterlassung der Buchführung entlastet, da es nach seinem Rücktritt keine Pflicht mehr hat, für die ordnungsgemässe Aufbewahrung der Geschäftsbücher zu sorgen. Hingegen obliegt es dem Endorgan, eine Buchhaltung aufzusetzen, wenn es vom Vororgan keine solche erhält. Damit beweist es eine Pflichtverletzung gemäss StGB Art. 166, wenn das Endorgan den Konkursbehörden keine Buchhaltung zugänglich macht.

Es lässt sich einwenden, bei der Unterlassung der Buchführung von inaktiven Gesellschaften seien die *Schuld und die Tatfolgen geringfügig*, so dass gemäss StGB Art. 52 von einer Bestrafung abzusehen sei. Diese Auffassung ist beim ersten Scheitern des überforderten Kleinstunternehmers vertretbar, doch kann keine Rede von einem fehlenden Strafbedürfnis sein, wenn jemand als «Firmenbestatter» im Rahmen eines Geschäftsmodells als Organ von krisengeplagten Unternehmen im Handelsregister eintragen lässt, ohne sich um eine ordnungsgemässe Buchführung zu kümmern.

f) Bevorzugung eines Gläubigers (StGB Art. 167)

Der Tatbestand der Bevorzugung eines Gläubigers gemäss StGB Art. 167 kriminalisiert unter bestimmten Voraussetzungen die Erfüllung von zu Recht bestehenden Forderungen. Geht es um den Austausch gleichwertiger Leistungen, resultiert daraus grundsätzlich kein Gläubigerschaden¹⁴⁴. Das geschützte Rechtsgut kann deshalb nicht das Vollstreckungssubstrat sein; vielmehr geht es um das Rechtspflegeinteresse, den «Anspruch der Gläubiger auf Gleichbehandlung nach der gesetzlichen Regelung der Zwangsvollstreckung» zu schützen¹⁴⁵. Angesichts dessen ist diese Strafbestimmung restriktiv auszulegen, denn die Erfüllung von Forderungen ist grundsätzlich rechtmässig, und die Rangordnung der Gläubiger sowie deren Gleichbehandlung innerhalb der Rangklasse gemäss SchKG Art. 219 f. sind Wirkungen der Konkursöffnung und gelten *e contrario* davor nicht.

Als entscheidenden Tatumstand nennt das Gesetz die *Zahlungsunfähigkeit*, die objektiv eingetreten sein und sich subjektiv im Bewusstsein des Täters manifestiert haben muss. Wie bei StGB Art. 165 bedeutet «Zahlungsunfähigkeit» auch hier das andauernde Fehlen der für die Tilgung sämtlicher fälliger Forderungen erforderlichen Liquidität¹⁴⁶, was sich namentlich an Konkursandro-

¹⁴⁴ Urteil des Bundesgerichts 5A_559/2007 vom 16. April 2008 E. 4.2.1; Urteil des Bundesgerichts 5A_64/2008 vom 14. Oktober 2008 E. 5.3.

¹⁴⁵ BGE 117 IV 23 E. 4b; BGE 6B_985/2016 E. 4.1.2; Hagenstein, Art. 167, BSK StGB, Rz. 1; Stratenwerth/Bommer, BT I, § 23 Rz. 14; Trechsel/Ogg, Art. 167, PK StGB, Rz. 1.

¹⁴⁶ Donatsch et al., Strafrecht III, § 41 Ziff. 1 (412); Trechsel/Ogg, Art. 167, PK StGB, Rz. 2.

hungen zeigt, ebenso an einer Mehrzahl unbezahlter Betreibungen betreffend Forderungen aus dem Geschäftsbetrieb. Liegt solcherlei vor, beweist das in der Regel auch das subjektiv erforderliche direkte Wissen um die eigene Zahlungsunfähigkeit¹⁴⁷. StGB Art. 167 geht davon aus, dass auch bei Zahlungsunfähigkeit die Liquidität zur Leistung bestimmter Zahlungen vorhanden ist und bestätigt damit die bereits oben bei StGB Art. 165 dargelegte Definition, wonach die Fähigkeit, ausgewählte Forderungen zu begleichen, auch im Zustand der Zahlungsunfähigkeit bestehen kann.

Der verschiedentlich geäusserten Meinung, wonach «Zahlungsunfähigkeit» in StGB Art. 167 mit «Überschuldung» gleichzusetzen sei¹⁴⁸, ist nicht zu folgen. Denn erstens unterscheidet die zivil- und strafrechtliche Gesetzgebung diese Begriffe sachgerecht, namentlich auch im Umfeld von StGB Art. 167, so dass sich ein terminologisches Versehen ausschliessen lässt. Zweitens – und zur Hauptsache – schützt StGB Art. 167 die Restliquidität und die übrigen Restaktiven, hat jedoch keinen Bezug zum Schutz vor Überschuldung, denn diese oder das noch vorhandene Eigenkapital bleiben durch die Zahlung von zu Recht bestehenden Forderungen unverändert. Es würde deshalb keinen Sinn machen, eine zusätzliche Pflicht zum Schutz der Restaktiven an den Eintritt der Überschuldung zu knüpfen, auf deren Verlauf sie überhaupt keinen Einfluss hat.

Die Beschreibung der *Tathandlung* dieses schlichten Tätigkeitsdelikts besteht aus einer Generalklausel, die alle auf die Bevorzugung einzelner Gläubiger abzielenden Handlungen erfasst und durch drei Beispiele illustriert wird: 1. Zahlung nicht verfallener Schulden, 2. Tilgung einer verfallenen Schuld anders als durch übliche Zahlungsmittel und 3. Sicherstellung einer Schuld aus eigenen Mitteln, ohne dazu verpflichtet zu sein. Aufgrund der restriktiven Auslegung, die mangels Vorwirkung des Konkursrechts und wegen der Beschränktheit des geschützten Rechtsgutes geboten ist, ist es angebracht, diese als Regelbeispiele konzipierten Fälle als abschliessend zu behandeln. Die Zahlung fälliger Schulden mit üblichen Zahlungsmitteln im Bewusstsein der Insolvenz ist demnach straffrei¹⁴⁹.

¹⁴⁷ Jean-Richard/Jug-Höhener, § 41 Rz. 88.d; a.M. Hagenstein, Art. 167, BSK StGB, Rz. 10, die für das Bewusstsein der Zahlungsunfähigkeit Kenntnis einer Überschuldungsbilanz verlangt; blosser Eventualvorsatz genügt gemäss Urteil des Bundesgerichts BGer 6B_481/2025 und 6B_491/2025 vom 12. März 2026 E. 3.3.5.

¹⁴⁸ BGE 104 IV 77 Regeste 2 und E. 3.d (82 f.); Dupuis et al., Art. 167, PC CP, Rz. 4; Hagenstein, Art. 167, BSK StGB, Rz. 10; ambivalent: Corboz, Art. 167 Rz. 2; Poglia/Hari, Art. 167, CR CP II, Rz. 5.

¹⁴⁹ Urteil des Bundesgerichts 6B_481/2025 und 6B_491/2025 vom 12. März 2026 E. 3.3.4, allerdings mit Vorbehalt in E. 3.3.3; Donatsch et al., Strafrecht III, § 41 Ziff. 1 (412 f); Dupuis et al., Art. 167, PC CP, Rz. 10; Hagenstein, Art. 167, BSK StGB, Rz. 26; Poglia/Hari, Art. 167, CR CP II, Rz. 12; Trechsel/Ogg, Art. 167, PK StGB, Rz. 5.

Zwei der drei Regelbeispiele sind hinreichend bestimmt und verständlich: Der Schuldner erbringt eine Leistung, zu der er *nicht oder noch nicht verpflichtet* ist, nämlich die Sicherstellung einer Schuld oder die Tilgung einer nicht fälligen Schuld. Die Begleichung nicht fälliger Schulden ist dem insolventen Schuldner grundsätzlich verboten¹⁵⁰, muss aber dann zulässig sein, wenn eine solche Zahlung erforderlich ist, um eine gesetzlich vorgeschriebene Tätigkeit sicherzustellen, z.B. die Buchführung oder die Revision bei Besorgnis der Überschuldung¹⁵¹.

Unklar ist indessen, was gemäss dem dritten Regelbeispiel unter der *Tilgung einer fälligen Schuld* «anders als durch übliche Zahlungsmittel» zu verstehen ist und weshalb dies strafwürdig sein soll. Nachdem die Verrechnung gemäss SchKG Art. 213 selbst im Konkurs zulässig und nicht auf vor dem Konkurs fällige Forderungen beschränkt ist, können jedenfalls Verrechnungsgeschäfte nicht unter diese Klausel von StGB Art. 167 fallen¹⁵². Gemäss der Rechtsprechung kann der Tatbestand bei «kongruenter Deckung» gestützt auf die Generalklausel ausnahmsweise erfüllt sein, wenn die inkriminierte Handlung nach ihrem Unrechtsgehalt den in StGB Art. 167 genannten Regelbeispielen gleichwertig ist, sie gerade auf die Bevorzugung einzelner Gläubiger zum Nachteil der andern zielt und sich in ihr die eindeutige direkte Bevorzugungsabsicht des Täters objektiv manifestiert. Diese Voraussetzungen wurden in einem Fall als gegeben beurteilt, in welchem ein Organ einer faktisch in Liquidation befindlichen AG deren Einrichtungsgegenstände veräusserte und den Verkaufserlös entsprechend einem vorgefassten Entschluss ausschliesslich zur vollumfänglichen Tilgung einer längst fälligen Darlehensschuld der AG verwendete¹⁵³.

Besteht ein *Missverhältnis der Leistungen*, ist dies nach StGB Art. 164 oder Art. 165 zu beurteilen. Es ist nicht angebracht, StGB Art. 167 als Auffangnorm zu verwenden, wenn der Nachweis des Missverhältnisses der Leistungen misslingt.

Der Tatbestand verlangt schliesslich in subjektiver Hinsicht die «Absicht, einzelne seiner Gläubiger zum Nachteil anderer zu bevorzugen». Entgegen einer häufigen Bedeutung des Wortes «Absicht» im schweizerischen Strafrecht, geht es hier nicht um einen kuptierten Erfolg und auch nicht um einen kuptierten zweiten Akt, wofür eine «Eventualabsicht» genügen könnte. Vielmehr bedarf

¹⁵⁰ Donatsch et al., Strafrecht III, § 41 Ziff. 1 (413); Dupuis et al. Art. 167, PC CP, Rz. 9; Hagenstein, Art. 167, BSK StGB, Rz. 22; Poggia/Hari, Art. 167, CR CP II, Rz. 10.

¹⁵¹ Donatsch et al., Strafrecht III, 1 41 Ziff. 1 (414 f.); Trechsel/Ogg, Art. 167, PK StGB, Rz. 5; a.M. BGer 5A_559/2007 E. 4.3 (zu SchKG Art. 288); BGer 5A_64/2008 E. 5.3 (zur SchKG Art. 288).

¹⁵² Donatsch et al., Strafrecht III, § 41 Ziff. 1 (414); Gessler/Schoder, § 16 Rz. 108.

¹⁵³ BGE 117 IV 23 E. 4, bestätigt in Urteil des Bundesgerichts 6B_481/2025 und 6B_491/2025 vom 12. März 2026 E. 3.3.3.

es hier entgegen der herrschenden Lehre¹⁵⁴ einer Rückbesinnung auf hauptsächlichlichen Wortsinn, wonach «Absicht» einen direkten Vorsatz ersten Grades indiziert. Diese zusätzliche Hürde ist sachgerecht. Wer in Zeiten der Zahlungsunfähigkeit ums Überleben des Betriebs kämpft, setzt Prioritäten und «bevorzugt» die überlebensnotwendigen Gläubigerinnen wie die Arbeitnehmer, Vermieterinnen und Lieferanten von Produktionsgrundlagen. Dabei ist die Benachteiligung der übrigen Gläubiger eine zwar unumgängliche, aber unerwünschte Nebenfolge und damit ein direkter Vorsatz zweiten Grades. Der direkte Vorsatz ersten Grades geht indessen nicht auf die Ungleichbehandlung, sondern auf die Erhaltung der lebensnotwendigen Funktionen des Betriebs. Eine so motivierte Prioritätensetzung ist nicht strafwürdig, soweit keine Misswirtschaft durch Konkursverschleppung gemäss StGB Art. 165 i.V.m. OR Art. 725b vorliegt. Die tatbestandsmässige Absicht liegt demnach nur dann vor, wenn die Gläubigerbevorzugung nicht auf einer verständlichen betrieblichen Prioritätensetzung beruht.

III. Exkurs: Erschleichung einer falschen Beurkundung (StGB Art. 253) durch Handelsregistereintrag von Scheinorganen

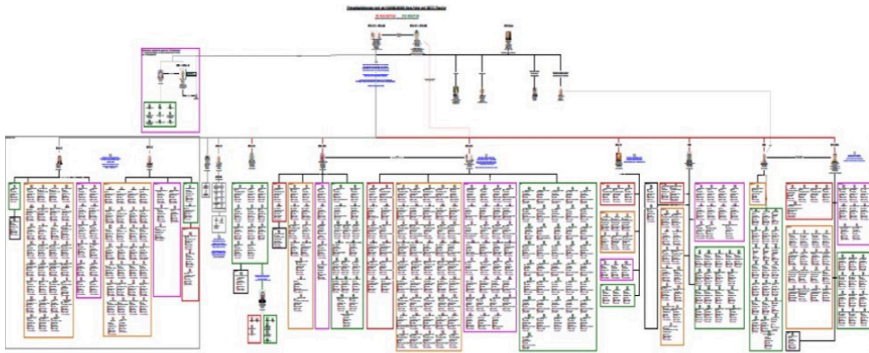
1. Tatsächliches zum Phänomen der «Konkursreiterei»

Wie bereits dargestellt sind die Strafverfolgungsbehörden bestrebt, die zum Massenphänomen avancierte Unsitte der «Konkursreiterei» vor allem durch Schnellverfahren gestützt auf StGB Art. 165 und Art. 166 zu bekämpfen¹⁵⁵. Nach hier vertretener Ansicht hat die bislang weder in der Rechtsprechung noch in der Praxis der zürcherischen Strafverfolgungsbehörden¹⁵⁶ etablierte Erschleichung einer falschen Beurkundung i.S.v. StGB Art. 253 durch Handelsregistereintrag von Scheinorganen das Potenzial, gewisse Beiträge im «Firmenbestatungs-Unwesen» strafrechtlich treffender aufzuarbeiten. Dieses Modell soll hier zur Diskussion gestellt werden. Dazu sei zuerst *der typische Sachverhalt* skizziert, mit dem sich die Strafbehörden regelmässig konfrontiert sehen.

¹⁵⁴ BGE 93 IV 16 E. 1b (18); 104 IV 77 E. 3c (82); Corboz, Art 167 Rz. 10; Donatsch et al., Strafrecht III, § 41 Ziff. 2; Stratenwerth/Bommer, BT I, § 23 Rz. 26; Trechsel/Ogg, Art. 167, PK StGB, Rz. 8.

¹⁵⁵ Oben [I.3.](#), [II.3.d\)bb\)](#), [II.3.e\)bb\)](#).

¹⁵⁶ Andenmatten, [173 \[Management Summary\]](#), [194 ff. \[5.1\]](#); negativ auch die Abfrage von Swiss Caselaw am 25. Mai 2025.



Die Grafik zeigt anonymisiert den Zustand eines besonders umfangreichen und *professionell organisierten Firmenbestattungs-Systems* an einem bestimmten Stichtag. Dieses ist heute in Bezug auf die meisten Beteiligten rechtskräftig aufgearbeitet, wobei mit dem Hauptkoordinator ein abgekürztes Verfahren gemäss StPO Art. 358 ff. durchgeführt wurde¹⁵⁷. Ähnliche, oft aber bedeutend kleinere Systeme dieser Art beschäftigen die Behörden bis heute.

Auf der obersten Ebene sind die *Administratoren* des Systems, die meist über eine Ausbildung als Kaufleute, Treuhänder, Anwältinnen oder Notare verfügen. Sie werden von Kleinunternehmern, sog. *Vororganen*, aus der unteren Ebene – oft Handwerkern – kontaktiert, die ihre Kapitalgesellschaft loswerden wollen, da sie von Gläubigern bedrängt wird (oder sonst ein gravierendes Problem hat). Gegen eine Gebühr von meist einigen Tausend Franken organisieren die Administratoren die Registrierung eines *Endorgans*, d.h. eines «Firmenbestatters», der mittleren Ebene als einziges Organ – bei GmbH auch einziger Gesellschafter – im Handelsregister. Das Vororgan zieht sich typischerweise ganz aus der Gesellschaft zurück und wird durch das Endorgan abgelöst. Mithin ist das Endorgan im Regelfall keineswegs der «Strohmann» des Vororgans. Das Endorgan ist mit dem Handelsregistereintrag einverstanden und erhält dafür eine Bezahlung in der Grössenordnung von Tausend Franken. Es hat aber keinen Willen, die zwingenden Organpflichten gemäss OR Art. 716a bzw. Art. 810 Abs. 2 zu erfüllen, und verfügt auch kaum je über die dazu erforderliche Ausbildung und Erfahrung.

Die Grafik zeigt, dass gewisse *Endorgane für dutzende oder sogar hunderte von Gesellschaften eingetragen* waren; die farbigen Rahmen auf der untersten Ebene bezeichnen den Zustand der dadurch zusammengefassten Gesellschaften am Stichtag der Grafik, wobei grün eingerahmte Gesellschaften im Handelsregister noch als aktiv erschienen und über die andersfarbig eingerahmten

¹⁵⁷ Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 9. Abteilung, DG180144 vom 10. Oktober 2018.

der Konkurs eröffnet, die Zwangsliquidation gemäss OR Art. 731b eingeleitet bzw. das Konkursverfahren mangels Aktiven eingestellt worden war.

Bei Bedarf verkauften oder vermittelten die Administratoren dem Vororgan einen Firmenmantel als *Auffanggesellschaft*, mit der es seine Unternehmenstätigkeit in neuem Gewande und ohne alte Schulden fortsetzte.

Es geht bei solchen Systemen darum, in personeller, zeitlicher, örtlicher und sachlicher Hinsicht eine möglichst grosse Distanz zu der Tätigkeit des Vororgans zu schaffen, damit bei der Konkursöffnung oder sonstigen Zwangsliquidierung der Eindruck entsteht, nicht dieses, sondern seine Nachfolger hätten den Konkurs verursacht. Das Vororgan zahlt die «Bestattungsgebühr», um seinen wirtschaftlichen Leumund zu schonen und das Risiko zu vermindern, für seine Geschäftsführung zivil- und strafrechtlich in die Pflicht genommen zu werden. Der durch den Organwechsel erzeugte Anschein, das Vororgan habe wenig oder nichts mit dem Niedergang des Unternehmens zu tun, wird oft durch weitere Massnahmen verstärkt, namentlich Verzögerung der Konkursöffnung durch systematische Erhebung des Rechtsvorschlages, Verzögerung der Organisationsmangel-Liquidierung durch Beantwortung von Behördenanfragen sowie zusätzliche Abkoppelung durch Sitzverlegung, Umbenennung und Zweckänderung.

2. Kritik der bisherigen Ansätze betreffend Administratoren und Endorgane

Die Misswirtschaft durch Konkursverschleppung trifft ein wesentliches Problem des Verhaltens der *Vororgane*: Anstatt dass sie rechtzeitig die «Notbremse» ziehen, um möglichst viel Vollstreckungssubstrat zu erhalten, lassen sie die Gesellschaft vollständig ausbluten und finanzieren mit dem letzten Geld die zweifelhafte Firmenbestattung.

Bei den *Administratoren und Endorganen* verhält sich das anders: Wenn sie sich mit der Gesellschaft befassen, hat diese bereits keine Aktiven mehr. Bestattungsobjekte werden zwar manchmal für Bestellbeträge und weitere Missbräuche verwendet, wodurch sich die Verschuldung erhöht, doch die grosse Masse bleibt in der Bestattungsphase inaktiv. Damit ist die für den Tatbestand der *Misswirtschaft* entscheidende Verschlimmerung – wenn sie durch Verzugszinsen und dergleichen eintritt – nicht das eigentliche Problem des Verhaltens der Administratoren und Endorgane¹⁵⁸. Ähnlich verhält es sich mit der

¹⁵⁸ Z.B. verneint Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 7. Abteilung, GB210091 vom 11. Januar 2022 die Relevanz der blossen Verzugszinsen als Verschlimmerung entgegen BGER 6P.164/2006 E. 9.1.3.

Unterlassung der Buchführung in der Schlussphase, ist doch das Fehlen der regelkonformen Dokumentation, dass ein Unternehmen unter dem Endorgan aktivenlos und inaktiv ist, kein sehr dringendes Anliegen. Wichtig ist die korrekte buchhalterische Darstellung der Geschäftsvorgänge während der operativen Tätigkeit der Vororgane, die ohne dieses wichtige Kontroll- und Steuerungsinstrument im kaufmännischen Alltag nicht zuverlässig beherrschbar ist.

Wie bereits dargelegt¹⁵⁹ ist es zwar dogmatisch vertretbar, die Endorgane wegen Misswirtschaft und Unterlassung der Buchführung und die Administratoren wegen Anstiftung dazu zu verurteilen¹⁶⁰, doch bringt diese strafrechtliche Einordnung das Kernproblem von deren Verhaltensmustern nicht hinreichend auf den Punkt. Darunter leidet oft die *Überzeugungskraft der strafrechtlichen Aufarbeitung*. Zudem ist die Verschlimmerung ein sehr aufwendiges Beweisthema, wenn es um eine grössere Zahl von Gesellschaften geht, für die das Endorgan sich hat eintragen lassen.

An Beweisproblemen scheitert meist auch der weitere Ansatz, wonach die Administratoren und Endorgane die Vororgane unter anderem vor der Strafverfolgung schützen und damit im Sinne von StGB Art. 305 begünstigen. Ein solcher Vorsatz liess sich nur in Einzelfällen nachweisen¹⁶¹. Die *Begünstigung* liegt jedoch näher als die Misswirtschaft und die Unterlassung der Buchführung beim Hauptproblem des Verhaltens der Administratoren und Endorgane: Sie schützen das Vororgan vor den Konsequenzen von dessen Fehlverhalten.

3. Das Kernproblem des Verhaltens der Administratoren und Endorgane

Das Kernproblem des Verhaltens der Administratoren und Endorgane liegt darin, dass sie einen unsachgemässen Handelsregistereintrag erzeugen, der gegenüber den Behörden, der Gläubigerschaft und der Öffentlichkeit die *Vorspiegelung einer hinreichenden Organisation* der Gesellschaft ermöglicht. Diese Illusion ist die Grundvoraussetzung dafür, dass es gelingt, eine Fortsetzung der Unternehmensgeschichte zu simulieren und so den falschen Anschein zu erwecken, das Vororgan sei nicht in dessen Niedergang involviert. In Wirklichkeit verschafft der formelle Eintrag eines typischen Firmenbestatungs-Endorgans nicht im Ansatz eine hinreichende Organisation. Die Gesellschaft müsste – unabhängig von der Überschuldung – nur schon deshalb gemäss OR Art. 731b liquidiert werden, so dass das Vororgan im Handelsregister

¹⁵⁹ Oben [II.3.d\)bb\)](#) und [II.3.e\)bb\)](#).

¹⁶⁰ So auch Kälin 2019, 501.

¹⁶¹ Dieser Vorwurf wurde im abgekürzten Verfahren anerkannt: Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 9. Abteilung, DG180144 vom 10. Oktober 2018.

zu Recht als letzter realer Verantwortungsträger in Erscheinung träte. Diesem Stigma durch das Vorschieben eines Endorgans entgehen zu können, hat einen sehr nachteiligen Einfluss auf das Verantwortungsbewusstsein und die Pflichttreue der Vororgane.

4. Subsumtion unter StGB Art. 253

a) Öffentliche Urkunde

Tatobjekt für die Straftat gemäss StGB Art. 253 ist eine öffentliche Urkunde¹⁶².

Das Handelsregister erfüllt die Anforderungen an eine *Urkunde* gemäss StGB Art. 110 Abs. 4. Denn es hält gemäss OR Art. 927 Abs. 1 als Datenbank schriftlich bestimmte rechtlich erhebliche Tatsachen fest wie namentlich, wer als Organ Verantwortung für eine juristische Person trägt. Das Handelsregister ist dazu bestimmt zu beweisen, dass diese Tatsache besteht, und ist dazu auch geeignet, was auch OR Art. 927 Abs. 1 Satz 2 betont:

«[Das Handelsregister] bezweckt namentlich die Erfassung und die Offenlegung rechtlich relevanter Tatsachen über Rechtseinheiten und dient der Rechtssicherheit sowie dem Schutz Dritter.»

Auch die Qualität des Handelsregisters *öffentliche Urkunde* i.S.v. StGB Art. 110 Abs. 5 steht ausser Zweifel: Es ist ein allgemein zugängliches, öffentliches Register und wird gemäss OR Art. 928 f. durch kantonale Handelsregisterbehörden in Ausübung von deren hoheitlicher Kompetenz¹⁶³ geführt. Entsprechend sind die zur Führung des Handelsregisters zuständigen Personen Angestellte einer öffentlichen Verwaltung und damit Beamte i.S.v. StGB Art. 110 Abs. 3. Aus dem Eintrag einer Tatsache im Handelsregister folgt gemäss OR Art. 936b Abs. 1 die Annahme von deren Bekanntheit und gemäss OR Art. 936b Abs. 3 der Schutz von Personen, die sich gutgläubig darauf verlassen¹⁶⁴.

b) Erheblichkeit und Unrichtigkeit der beurkundeten Tatsache

Gemäss StGB Art. 253 Abs. 1 muss die Täterschaft bewirken, «dass ein Beamter oder eine Person öffentlichen Glaubens eine *rechtlich erhebliche Tatsache* unrichtig beurkundet»¹⁶⁵. Ob eine juristische Person über die unentbehrlichen Organe verfügt sowie wer diese Organfunktion trägt und dadurch gemäss ZGB

¹⁶² Boog, Art. 253, BSK StGB, Rz. 3, 8; Brun/Forrer, Art. 253, AK StGB, Rz. 3; Corboz, Art. 253 Rz. 1; Dupuis et al., Art. 253, PC CP, Rz. 7; Dutoit, Art. 253, CR CP II, Rz. 28.

¹⁶³ Boog, Art. 110 Abs. 5, BSK StGB, Rz. 4; Dutoit, Art. 253, CR CP II, Rz. 16.

¹⁶⁴ Corboz, Art. 253 Rz. 4.

¹⁶⁵ Zur Erheblichkeit: Dutoit, Art. 253, CR CP II, Rz. 37.

Art. 54 deren Handlungsfähigkeit bewirkt, sind rechtlich erhebliche Tatsachen, die zum Kernbestand dessen gehören, was im Handelsregister öffentlich zu dokumentieren ist.

Entscheidend ist die Unrichtigkeit der beurkundeten Tatsache¹⁶⁶, wofür der *Erklärungswert der Urkunde* ein wesentliches Kriterium ist¹⁶⁷. Dieser ist in Bezug auf den Eintrag eines unentbehrlichen Organs im Licht von OR Art. 929 Abs. 1 und 2 zu beurteilen:

«¹ Einträge im Handelsregister müssen wahr sein und dürfen weder zu Täuschungen Anlass geben noch einem öffentlichen Interesse zuwiderlaufen.

² Die Eintragung ins Handelsregister beruht auf einer Anmeldung. Die einzutragenden Tatsachen sind zu belegen.»

Bei der Anmeldung einer AG ist gemäss HRegV Art. 43 Abs. 1 lit. c ein Nachweis zu erbringen, «dass die Mitglieder des Verwaltungsrates ihre Wahl angenommen haben». Das sinngemäss gleiche gilt gemäss HRegV Art. 71 Abs. 1 lit. c für die GmbH, falls die Funktion der Geschäftsführerinnen und Geschäftsführer auf einer Wahl beruht. Es ist mithin die *rechtsgeschäftliche Erklärung* zu dokumentieren, wonach das Mitglied des Verwaltungsrats bzw. der Geschäftsleitung gemäss OR Art. 1 Abs. 1 den Willen äussert, die Funktion als Organ der fraglichen Gesellschaft zu übernehmen. Dies gilt gleichermassen für den Eintrag neuer Organmitglieder nach bereits erfolgtem Eintrag der Gesellschaft. Der Nachweis dieser rechtsgeschäftlichen Erklärung wird entweder durch deren öffentliche Beurkundung oder durch eigenhändige Unterschrift der erklärenden Person erbracht¹⁶⁸.

Die Vorschrift, dass im Handelsregister einzutragende Tatsachen wahr sein müssen, bedeutet, dass der im Hinblick auf einen Handelsregistereintrag erklärte Wille dem tatsächlichen Willen der erklärenden Person zu entsprechen hat. Gemäss BGE 100 IV 238 ist auch *der tatsächliche Wille Gegenstand der Beurkundung*:

«Die Begriffe des Beurkundens und der öffentlichen Urkunde setzen nicht voraus, dass die Urkundsperson die festgehaltenen Tatsachen mit eigenen Sinnen unmittelbar wahrgenommen habe. Der Notar, der eine öffentliche Urkunde über einen Vertrag errichtet, beurkundet alle für das Zustandekommen des Vertrages nötigen Tatsachen. Soweit er sie nicht sinnlich unmittelbar wahrnimmt, verlässt er sich auf die Angaben der Parteien. Er beurkundet

¹⁶⁶ Dutoit, Art. 253, CR CP II, Rz. 32.

¹⁶⁷ Lehre und Rechtsprechung zum Betrug gemäss StGB Art. 146 *per analogiam*: BGE 147 IV 73 E. 3.1 (78); Stratenwerth/Bommer, BT I, § 15 Rz. 14; Trechsel/Jenal, Art. 146 Rz. 3.

¹⁶⁸ Meisterhans/Gwelessiani/Schindler, Rz. 206.

nicht nur die Erklärungen, sondern auch den Willen der Parteien. Der öffentlich beurkundete Vertrag ist kein blosses Protokoll über abgegebene Erklärungen. Indem der Notar feststellt, dass die Parteien mit dem Willen, einen Vertrag abzuschliessen, bestimmte Erklärungen abgegeben und entgegengenommen haben, bekräftigt er daher auch, dass diese Erklärungen mit dem Willen der Parteien übereinstimmen und dass jede die Erklärung der andern als Ausdruck ihres wirklichen Willens auffasst.»¹⁶⁹

Im Sinne dieser Rechtsprechung ist die *Handelsregisterführung von der Pflicht zur umfassenden Prüfung der von ihr zu beurkundenden Tatsachen entlastet*. Denn sie darf von der inhaltlichen Richtigkeit der eingereichten Belege wie namentlich der Wahlannahmeerklärung ausgehen und hat nur im Zweifelsfalle eine beschränkt Prüfungspflicht¹⁷⁰.

Der Inhalt der *Wahlannahmeerklärung erschöpft sich nicht im Einverständnis, als Organ im Handelsregister eingetragen zu werden*. Denn der blosse Handelsregistereintrag einer Person ohne Willen zur Organverantwortung ist nicht geeignet, das auf ZGB Art. 54 beruhende öffentliche Interesse daran zu befriedigen, dass die Handlungsfähigkeit von juristischen Personen durch Organe gewährleistet ist, die durch den allgemein zugänglichen Handelsregistereintrag mit wenig Aufwand verlässlich feststellbar sind.

Für die *Bestimmung des Inhalts der Wahlannahmeerklärung* ist es entscheidend, dass das Pflichtenheft der Organe nicht zur freien Disposition der Vertragsparteien steht. Vielmehr statuiert das Gesetz mit der Festlegung von «unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben» gemäss OR Art. 716a Abs. 1 bzw. OR Art. 810 Abs. 2 unabänderliche Vorschriften i.S.v. OR Art. 19 Abs. 2. Der Annahme der Wahl als Organmitglied entspricht deshalb der Äusserung des Willens zur Erfüllung der zwingenden Organaufgaben. Folglich ist auch dieser Wille Gegenstand der Beurkundung¹⁷¹. Dem Scheinorgan fehlt jedoch dieser entscheidende Wille.

¹⁶⁹ BGE 100 IV 238 E. 4 (242); ähnlich BGE 78 IV 105 E. 2 (112); in dem Sinne auch BGE 120 IV 199 E. 3d (205); 113 IV 77 E. 3b (81); 84 IV 163 E. 1a (164); Urteil des Bundesgerichts 6S.22/2004 vom 21. April 2004 E. 2.1; Urteil des Bundesgerichts 6P.34/2002 vom 20. September 2002 E. 8.3, publ. SJZ 99/2003 184; Urteil des Bundesgerichts 6S.878/2000 vom 2. März 2001 E. 2e; Urteil des Bundesgerichts 6S.213/1998 vom 19. Juni 2000 E. 5b/aa; Urteil des Bundesstrafgerichts SK.2015.7 vom 29. August 2016 E. VII.1.2; Urteil des Strafgerichts Basel-Stadt vom 15. Februar 1999, publ. SJZ 96/2000 194, E. 4a; Boog 2005, Rz. 25, bei und in Anm. 66; Corboz, Art. 253 Rz. 9; Dupuis et al. Art. 253, PC CP, Rz. 5; Dutoit, Art. 253, CR CP II, Rz. 34; Mooser, Rz. 321 (3. A. 2025, mit Volltextzitat des obigen Auszugs aus BGE 100 IV 238 in Anm. 871); Stratenwerth/Bommer, BT II, § 36 Rz. 34; krit. Eicker, 735 f.

¹⁷⁰ BGE 123 IV 132 E. 3b/aa; 120 IV 199 E. 3c; Urteil des Bundesgerichts 6B_1362/2020 vom 20. Juni 2022 E. 17.4.1; Brun/Forrer, Art. 253, AK StGB, Rz. 4.

¹⁷¹ Zum Erfordernis der Unmittelbarkeit vgl. Boog, Art. 253, BSK StGB, Rz. 7; Dutoit, Art. 253, CR CP II, Rz. 35.

Zwar schafft OR Art. 19 Abs. 2 in Bezug auf unabänderliche Vorschriften eine gewisse Flexibilität, solange die Abweichung weder gegen die öffentliche Ordnung noch gegen die guten Sitten oder gegen das Recht der Persönlichkeit verstösst. Es steht indessen in scharfem *Widerspruch mit der öffentlichen Ordnung*, sich ohne Willen zur Wahrnehmung einer Führungs- und Verantwortungsverantwortung im Handelsregister eintragen zu lassen, um den falschen Anschein einer genügenden Organisation zu erwecken. Dies ist nicht nur bei völliger Passivität der Fall, sondern auch dann, wenn sich der Wille der als Organ einzutragenden Person darauf beschränkt, den falschen Eindruck einer möglichst grossen Distanz zwischen dem Vororgan und dem Unternehmenszusammenbruch zu erwecken und deshalb durch Entgegennahme der Post die Folgen des Domizilverlustes i.S.v. OR Art. 731b Abs. 1 Ziff. 5 abzuwenden, durch Befolgung behördlicher Vorladungen der Erkenntnis des Fehlens der vorgeschriebenen Organe i.S.v. OR Art. 731b Abs. 1 Ziff. 1 vorzubeugen und durch konsequentes Erheben von Rechtsvorschlägen i.S.v. SchKG Art. 74 ff. die Konkurseröffnung zu verzögern.

Im Übrigen ist ein Vertrag, wonach sich jemand ohne Willen zur Leitung und Verwaltung einer Gesellschaft zur Schaffung des falschen Anscheins genügender Organisation als Gesellschaftsorgan im Handelsregister eintragen lässt, *widerrechtlich und dadurch nichtig* gemäss OR Art. 20 Abs. 1. Die Widerrechtlichkeit betrifft gerade den Kernbestand des tatsächlichen Willens, sich nur *pro forma* eintragen zu lassen. Deshalb ist die Nichtigkeit des Scheinorgan-Vertrags umfassend und nicht etwa gemäss OR Art. 20 Abs. 2 auf einzelne Teile desselben beschränkt. Auch daraus ergibt sich die Unrichtigkeit des Eintrags des Scheinorgans im Handelsregister.

c) Tathandlung und Erfolg

Die Tathandlung von StGB Art. 253 Abs. 1 besteht in der *täuschenden Einwirkung* auf eine öffentliche Urkundsperson¹⁷². Zur Erfüllung dieses Tatbestandselementes genügt es, dem Handelsregisteramt unter Beachtung der Formvorschriften eine Person als Gesellschaftsorgan anzumelden, deren Wahlannahme mangels des Willens zur pflichtgemässen Führung und Verwaltung der Gesellschaft nichtig ist.

Die erste Erfolgsstufe besteht im *Irrtum* der öffentlichen Urkundsperson¹⁷³, es liege eine gültige Wahlannahme vor. Von diesem Irrtum ist grundsätzlich auszugehen, wenn die Urkundsperson aufgrund einer formgerechten Anmeldung

¹⁷² Dutoit, Art. 253, CR CP II, Rz. 22.

¹⁷³ Boog, Art. 253, BSK StGB, Rz. 6; Donatsch et al., Strafrecht IV, § 39 Ziff. 1.1 (174); Dutoit, Art. 253, CR CP II, Rz. 13; Stratenwerth/Bommer, BT II, § 37 Rz. 16.

den Eintrag eines Scheinorgans vornimmt, was der zweiten Erfolgsstufe entspricht.

Da trotz gewisser Parallelen zum Betrug für die Täuschung keine Arglist erforderlich ist¹⁷⁴, wird der tatbestandsmässige Erfolg der Erschleichung einer falschen Beurkundung auch dann nicht in Frage gestellt, wenn die Urkundsperson bei pflichtgemässer Sorgfalt den Mangel der Anmeldung hätte erkennen und den Eintrag verweigern müssen, so dass ihr *fahrlässige Urkundenfälschung im Amt* gemäss StGB Art. 317 Ziff. 2 vorzuwerfen ist.

Nimmt die Urkundsperson hingegen den Eintrag vor, obwohl sie die Simulation der Wahrnehmung erkennt, macht sie sich der *vorsätzlichen Urkundenfälschung im Amt* gemäss StGB Art. 317 Ziff. 1 strafbar, wozu sie durch die Anmeldung i.S.v. StGB Art. 24 Abs. 1 angestiftet worden ist¹⁷⁵. Hält die anmeldende Person die bösgläubige Urkundsperson irrtümlich für gutgläubig, liegt ein strafbarer untauglicher Versuch der Erschleichung einer falschen Beurkundung vor¹⁷⁶. Bleibt der Vorsatz der Urkundsperson ungewiss, lässt sich dem im Strafverfahren gegen die anmeldende Person durch eine Eventual- oder Alternativanklage gemäss StPO Art. 325 Abs. 2 Rechnung tragen. Die anmeldende Person hat es auf das Ergebnis des Eintrags abgesehen, ohne dass es für sie bedeutend ist, ob die Urkundsperson diesen aus Irrtum oder Pflichtvergesenheit vornimmt; deshalb sind beide Varianten von Eventualvorsatz der anmeldenden Person erfasst.

d) Vorsatz in Bezug auf die Unrichtigkeit der Tatsache

Zur Erfüllung des subjektiven Tatbestands muss die anmeldende Person wissen oder es zumindest im Sinne des hier genügenden Eventualvorsatzes¹⁷⁷ ernsthaft für möglich halten und in Kauf nehmen, dass der anzumeldenden Person der Wille zur Erfüllung der minimalen Führungs- und Verwaltungsaufgaben abgeht. Dieser Eventualvorsatz der anmeldenden Person folgt aus dem *Nachweis ihres Wissens um Indizien für den fehlenden Erfüllungswillen* der anzumeldenden Person. Ein solches Indiz besteht namentlich darin, dass

¹⁷⁴ Urteil des Bundesgerichts 6B_371/2007 vom 5. Oktober 2007 E. 5.3; Boog, Art. 253, BSK StGB, Rz. 6; Brun/Forrer, Art. 253, AK StGB, Rz. 5; Corboz, Art. 253 Rz. 13; Donatsch et al., Strafrecht IV, § 39 Ziff. 1.1 (174); Dupuis et al. Art. 253, PC CP, Rz. 5; Wohlers, Art. 253, HK StGB, Rz. 1; krit. Dutoit, Art. 253, CR CP II, Rz. 23.

¹⁷⁵ Boog, Art. 253, BSK StGB, Rz. 4; Brun/Forrer, Art. 253, AK StGB, Rz. 5; Donatsch et al., Strafrecht IV, § 39 Ziff. 1.1 (174); Dupuis et al., Art. 253, PC CP, Rz. 5; Dutoit, Art. 253, CR CP II, Rz. 18; Stratenwerth/Bommer, BT II, § 37 Rz. 17; Wohlers, Art. 253, HK StGB, Rz. 1.

¹⁷⁶ Boog, Art. 253, BSK StGB, Rz. 10.

¹⁷⁷ BGE 120 IV 199 E. 4b (207); Boog, Art. 253, BSK StGB, Rz. 28; Corboz, Art. 253 Rz. 17; Donatsch et al., Strafrecht IV, § 39 Ziff. 1.2; Dutoit, Art. 253, CR CP II, Rz. 40, 42.

die anzumeldende Person gleichzeitig für mehrere inaktive überschuldete Kapitalgesellschaften als einziges Mitglied des Verwaltungsrats bzw. der Geschäftsleitung eingetragen ist. Ferner veranlasst das völlige Fehlen der zur Führung und Sanierung einer Kapitalgesellschaft nötigen Kenntnisse der anzumeldenden Person den Rückschluss auf ihren fehlenden Erfüllungswillen.

Wer tatbestandsmässige Beiträge zur *Anmeldung von sich selbst* leistet, kennt seinen eigenen tatsächlichen Willen; die erwähnten Indizien dienen dabei lediglich der strafprozessualen Beweisführung, gehören jedoch nicht zum Anklagesachverhalt.

Wer die *Anmeldung einer anderen Person* vornimmt, entwickelt durch die Kenntnisnahme von Umständen, die gegen den Erfüllungswillen der anzumeldenden Person sprechen, zumindest einen Eventualvorsatz i.S.v. StGB Art. 12 Abs. 2 Satz 2; in diesem Fall sind die Umstände als tatsächliche Grundlage für den rechtlichen Schluss auf den Eventualvorsatz¹⁷⁸ Bestandteil des Anklagesachverhalts.

5. Prüfung von potenziellen Gegenargumenten

Soweit ersichtlich hat sich das *Bundesgericht noch nicht dazu geäußert*, ob die bewusste Handelsregisteranmeldung von Scheinorganen als Erschleichung einer falschen Beurkundung zu würdigen ist. Im Folgenden werden potenzielle Gegenargumente daraufhin geprüft, ob sie vor Bundesgericht Bestand haben könnten.

In der Lehre, namentlich im Basler Kommentar, wird die Meinung vertreten, die Täuschung könne sich nur auf einen Sachverhalt beziehen, der den *äusseren, wirtschaftlichen, juristischen oder materiellen Bereich* betreffe, nicht auf Absichten¹⁷⁹. Gestützt darauf hat das Bezirksgericht Zürich die Tatbestandsmässigkeit der Handelsregisteranmeldung von Scheinorganen verneint. Die Anklage stützte sich auf Aussagen des als Gesellschaftsorgan registrierten Beschuldigten, wonach dieser nie die Absicht gehabt habe, den statutarischen Zweck der Gesellschaft zu verfolgen und diesbezüglich eine Leitungsfunktion zu übernehmen¹⁸⁰. Das Bezirksgericht folgerte aus der zitierten Stelle im Basler Kommentar, dass der Tatbestand der Erschleichung einer Beurkundung gemäss herrschender Lehre die Täuschung über einen allfälligen Vorsatz nicht erfasse. Da der Beschuldigte nicht über den «äusseren, wirtschaftlichen, ju-

¹⁷⁸ BGE 147 IV 439 E. 7.3.1 (448 f.); 137 IV 1 E. 4.2.3; 135 IV 152 E. 2.3.2 (156); 133 IV 9 E. 4.1 (17).

¹⁷⁹ Boog, Art. 253, BSK StGB, Rz. 6, mit Hinweis auf C.-N. Robert, Erschleichung einer falschen Beurkundung (Art. 253), SJK 1985, Nr. 65, 6 f.; Dutoit, Art. 253, CR CP II, Rz. 22.

¹⁸⁰ Urteil des Bezirksgerichts Zürich DG230078 vom 14. Dezember 2023 E. C.2.3, S. 51.

ristischen oder materiellen Sachverhalt» getäuscht habe, mache er sich nicht nach StGB Art. 253 schuldig¹⁸¹.

Die Auffassung, wonach nur ein äusserer Sachverhalt der Erschleichung einer falschen Beurkundung zugänglich sei, findet weder in der herrschenden Lehre noch in der ständigen Rechtsprechung Rückhalt. So nennt selbst der Basler Kommentar als häufigste Gegenstände der Tathandlung unter anderem die «Beurkundung von Kaufverträgen über Liegenschaften [sowie] der Errichtung und Kapitalerhöhung von Gesellschaften»¹⁸². Im ersteren Fall geht es in der Regel um die «Täuschung des Notars über den vereinbarten Kaufpreis»¹⁸³. Dabei entspricht die formgültige übereinstimmende Willenserklärung der Parteien dem, was sie der Notariatsperson zum Zwecke der Beurkundung mitteilen. Diese Willenserklärung ist deshalb falsch, weil gemäss OR Art. 18 Abs. 1 «[b]ei der Beurteilung eines Vertrages sowohl nach Form als nach Inhalt [...] der übereinstimmende wirkliche Wille und nicht die unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise zu beachten [ist], die von den Parteien aus Irrtum oder in der Absicht gebraucht wird, die wahre Beschaffenheit des Vertrages zu verbergen». Die Person öffentlichen Glaubens wird somit über den Willen der Parteien, welcher Kaufpreis zu zahlen sei, getäuscht. Ein weiterer häufiger Anwendungsfall von StGB Art. 253 ist die Scheinliberierung¹⁸⁴ durch Nachweis eines Guthabens auf dem Kapitaleinzahlungskonto, wobei die beurkundende Person darüber getäuscht wird, dass die designierten Gesellschaftsorgane in Wirklichkeit nicht gewillt sind, dieses Geld nach der Gründung der Gesellschaft zur Verfügung zu stellen, weil sie es anderweitig verwenden wollen, oft zur Rückzahlung eines kurzfristigen Darlehens¹⁸⁵. Auch in diesem häufigen und etablierten Anwendungsfall von StGB Art. 253 ist es der Wille der um Beurkundung ersuchenden Person, der zur Falschheit des von ihr formgerecht durch die Bescheinigung einer Bank belegten Sachverhaltes führt. Die Anmeldung von Scheinorganen reiht sich widerspruchsfrei in diese etablierten Fälle der Erschleichung einer falschen Beurkundung ein.

Als weiterer Einwand könnte darin gesehen werden, dass rechtsgeschäftliche Erklärungen *keine Tatsachenbehauptung* enthielten und deshalb ihrem Wortlaut nach weder wahr noch falsch sein könnten, und zwar selbst dann nicht, wenn sich der Erklärende insgeheim vorbehalte, das Erklärte nicht zu wollen¹⁸⁶. Aufgrund dessen ist es zwar abzulehnen, bereits die notarielle Beur-

¹⁸¹ BGZ DG230078 E. D.1.2–3 S. 77.

¹⁸² Boog, Art. 253, BSK StGB, Rz. 3.

¹⁸³ Boog, Art. 253, BSK StGB, Rz. 15 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung.

¹⁸⁴ Boog, Art. 253, BSK StGB, Rz. 12 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung.

¹⁸⁵ Z.B. Urteil des Bundesgerichts 6B_502/2023 vom 7. August 2023 E. 3.2–3.

¹⁸⁶ Boog, Art. 251, BSK StGB, Rz. 73.

kundung der Wahlannahme im Rahmen der Gründungs- oder Generalversammlung als Gegenstand einer Straftat gemäss StGB Art. 253 zu würdigen. Denn die Urkunde erbringt nur für den in ihr bezeugten Sachverhalt, niemals für dessen tatsächliche oder rechtliche Voraussetzungen Beweis, auf welche bloss mittelbar aus den beurkundeten Tatsachen geschlossen werden kann¹⁸⁷. Der Handelsregistereintrag beurkundet indessen nicht die Wahlannahmeerklärung, sondern unmittelbar die Tatsache, dass die Person, die die Wahlannahmeerklärung abgegeben hat, Organ der Gesellschaft sei.

«[D]er Handelsregisterführer beurkundet nicht bloss die Erklärungen, sondern den angemeldeten Sachverhalt selbst.»¹⁸⁸

Die Beurkundung der Organstellung im Handelsregister ist deshalb auch von der eidesstattlichen Erklärung abzugrenzen, deren Inhalt nicht Gegenstand der Beurkundung ist¹⁸⁹.

IV. Ausgewählte prozessuale Fragen

1. Gerichtsstand bei Firmenbestattung

a) Geltendes Recht

StPO Art. 36 Abs. 1 statuiert einen besonderen *Gerichtsstand für Insolvenzdelikte*:

«Bei Straftaten nach den Artikeln 163–171 StGB sind die Behörden am Wohnsitz, am gewöhnlichen Aufenthaltsort oder am Sitz der Schuldnerin oder des Schuldners zuständig.»

Weder der Wortlaut dieser Bestimmung noch die Botschaft dazu enthalten einen Hinweis, wonach dies mit dem Ort der Konkursöffnung oder der Pfändung gleichzusetzen sei. Die Botschaft beschränkt sich auf wenige Erläuterungen:

«Die Lösung in Absatz 1 entspricht der gegenwärtigen Praxis: Betreibungs- und Konkursdelikte sollen gleichsam an ihrem Ursprungsort, nämlich am Wohnort der Schuldnerin oder des Schuldners, d.h. heute in der Regel am Sitz

¹⁸⁷ Boog, Art. 253, BSK StGB, Rz. 7; ebenso ders., a.a.O., Art. 251 Rz. 74 mit Hinweisen auf die herrschende Lehre.

¹⁸⁸ BGer 6B_502/2023 E. 3.2 mit Hinweisen.

¹⁸⁹ BGE 144 IV 13 E. 2.2.4.

der betreffenden Unternehmung, verfolgt werden. An diesem Ort können die Beweise am besten gesammelt werden.»¹⁹⁰

Das Bundesstrafgericht erachtet im Einklang mit der bereits vor Erlass der Schweizerischen Strafprozessordnung geltenden Praxis «die Konkurseröffnung [...] im Normalfall für Konkursdelikte als zuständigkeitsbegründend»¹⁹¹. Wenn sich am Ort der Konkurseröffnung allerdings nur ein fiktiver Sitz befindet, sind die Behörden am tatsächlichen Geschäftssitz zuständig¹⁹². Das Bundesstrafgericht sieht in dieser Regel eine Abweichung vom gesetzlichen Gerichtsstand. Eine solche könne sich ferner aufdrängen, «wenn eine Sitzverlegung in einen anderen Zuständigkeitsbereich in zeitlicher Hinsicht unmittelbar vor der Insolvenzerklärung erfolgt, sich die deliktische Tätigkeit jedoch noch im Zuständigkeitsbereich des ursprünglichen Sitzes abgespielt hat»¹⁹³.

Da StPO Art. 36 Abs. 1 den Ort der Konkurseröffnung weder ausdrücklich noch sinngemäss erwähnt, ist es nach hier vertretener Ansicht nicht angebracht, einen «gesetzlichen Gerichtsstand am Ort der Konkurseröffnung» anzunehmen. Ein solcher lässt sich auch nicht daraus ableiten, dass die Botschaft erklärte, mit der dem heutigen StPO Art. 36 Abs. 1 entsprechenden Bestimmung des Entwurfs die geltende Praxis kodifizieren zu wollen. Denn es entsprach dieser Praxis, dass der tatsächliche Sitz als Anknüpfungspunkt gegenüber dem Ort der Konkurseröffnung Vorrang hatte. Hätte der Gesetzgeber einen Gerichtsstand am Ort der Konkurseröffnung schaffen wollen, hätte es keinerlei Mühe bereitet, das durch die Formulierung der Bestimmung klar zum Ausdruck zu bringen.

Gemäss der typischen Erscheinungsform der «Konkursreiterei» überlässt das Vororgan die überschuldete Gesellschaft dem bislang nicht involvierten Endorgan und befasst sich in der Folge nicht mehr mit derselben. Ein strafrechtliches *Beteiligungsverhältnis zwischen Vororgan und Endorgan* ist dabei nicht ersichtlich¹⁹⁴, zumal die Übergabe der Gesellschaft und der Organverantwortung an sich keinen Straftatbestand erfüllt. In vielen Fällen wird im Zuge der Übergabe der Gesellschaft an das Endorgan der Sitz in einen anderen Zuständigkeitsbereich verlegt. Die strafrechtlich relevanten Pflichtverletzungen des Vororgans – namentlich die Misswirtschaft durch Konkursverschleppung und die Unterlassung der Buchführung – werden mit der Niederlegung von des-

¹⁹⁰ Botschaft des Bundesrates vom 21. Dezember 2005 zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, BBl 2006 1085, 1143.

¹⁹¹ TPF 2011 178 E. 3.3, unter Hinweis auf Schweri/Bänziger, Rz. 113.

¹⁹² BGE 106 IV 31 E. 4b (35); 107 IV 75 Regeste und E. 2 (77).

¹⁹³ Urteil des Bundesstrafgerichts BG.2018.14 vom 14. August 2018 E. 3.1. vgl. auch E. 3.3.2.

¹⁹⁴ A.M. BStGer BG.2018.14 E. 3.3.3 «naheliegende Mittäterschaft»; anders jedoch a.a.O., E. 3.3.2 *in fine*.

sen Organmandat noch am alten Sitz beendet. In der Phase des Endsitzes kann sich in Bezug auf die fragliche Gesellschaft nur das Endorgan der Misswirtschaft und der Unterlassung der Buchführung schuldig machen.

Dem aktuell häufigen Phänomen der Ablösung von Vororganen durch Endorgane, welche beide unabhängig voneinander und zeitlich gestaffelt mutmasslich strafrechtlich relevante Verletzungen ihrer Organpflichten begangen haben, wird die Auslegung gerecht, wonach StPO Art. 36 Abs. 1 auf den (letzten) Sitz *im Zeitraum des strafbaren Verhaltens* abstellen. Geht mit der Ablösung des Vororgans durch das Endorgan ein Sitzwechsel einher, hat dies zur Folge, dass für das Endorgan die Behörden am letzten und für das Vororgan die Behörden am vorletzten Sitz zuständig sind.

Das Vororgan ist in der Regel nur für eine Gesellschaft aufs Mal eingetragen, so dass diese Regel meist zu einem eindeutigen Gerichtsstand führt. Für Endorgane ist es hingegen kennzeichnend, gleichzeitig für eine *Vielzahl von Gesellschaften mit unterschiedlichen Sitzen* als Organ eingetragen zu sein. Das hat zur Folge, dass gemäss StPO Art. 34 Abs. 1 i.V.m. StPO Art. 36 Abs. 1 ein einheitlicher Gerichtsstand zu bestimmen ist, was zur Folge hat, dass er am Endsitz nur eines Teils der Gesellschaften liegt. Umso weniger erscheint es zweckmässig, das Vororgan am Endsitz zu verfolgen. Das Bundesstrafgericht erachtet es denn auch als zulässig und zweckmässig, in solchen Fällen für vor der Konkurseröffnung ausgeschiedenen Organen auf den Sitz im Zeitpunkt ihres mutmasslich strafbaren Verhaltens abzustellen. Allerdings sieht das Bundesstrafgericht darin keine Anwendung von StPO Art. 36 Abs. 1, sondern einen gemäss StPO Art. 40 Abs. 3 zulässigen, von den Regeln gemäss StPO Art. 31–37 abweichenden Gerichtsstand¹⁹⁵. Entscheidend ist das Ergebnis, dass die örtlich getrennte Strafverfolgung des Vororgans und des Endorgans nach Massgabe des Sitzes während des jeweiligen Organmandats zulässig ist und aus Gründen der Zweckmässigkeit geboten sein kann.

b) Revisionsanregung

Da die Bestimmung des Gerichtsstands bei Betreibungs- und Konkursdelikten mit Unsicherheiten verbunden ist, die zu aufwendigen Gerichtsstandsverfahren und Massnahmen zur Ermittlung des tatsächlichen Sitzes führen können, wäre eine Revision von StPO Art. 36 Abs. 1 wünschenswert. Dabei ist an das *tatsächliche Steuerdomizil des Unternehmens zur Zeit des strafbaren Verhaltens* abzustellen, selbst wenn dort nur ein fiktiver Sitz, d.h. ein reines «Briefkasten-Domizil», vorhanden ist. Das Steuerdomizil lässt sich mit wenig Aufwand ver-

¹⁹⁵ BStGer BG.2018.14 E. 3.4.

lässlich ermitteln, ohne dass diese Ermittlungen die Beschuldigten vorzeitig warnen und zu Kollusionshandlungen veranlassen. Die Anknüpfung an das Steuerdomizil schafft eine gerechte Lastenverteilung, da es dasjenige Gemeinwesen mit dem Risiko eines Strafverfolgungsaufwandes belastet, dem in Bezug auf dasselbe Unternehmen auch die Chance auf einen Steuerertrag zukommt. Aus diesen Gründen erscheint die Anknüpfung an das Steuerdomizil *de lege ferenda* über das Insolvenzstrafrecht hinaus für alle Formen der Unternehmenskriminalität als zweckmässig¹⁹⁶.

2. Konkurseinvernahme und Nemo-Tenetur-Prinzip

a) Unverwertbarkeit von Selbstbelastungen durch Erfüllung der Auskunftspflicht

SchKG Art. 222 Abs. 1–3 regeln die «Auskunfts- und Herausgabepflicht» des Gemeinschuldners und seiner Familiengenossen:

¹ Der Schuldner ist bei Straffolge verpflichtet, dem Konkursamt alle seine Vermögensgegenstände anzugeben und zur Verfügung zu stellen (Art. 163 Ziff. 1 und 323 Ziff. 4 StGB).

² Ist der Schuldner gestorben oder flüchtig, so obliegen allen erwachsenen Personen, die mit ihm in gemeinsamem Haushalt gelebt haben, unter Straffolge dieselben Pflichten (Art. 324 Ziff. 1 StGB).

³ Die nach den Absätzen 1 und 2 Verpflichteten müssen dem Beamten auf Verlangen die Räumlichkeiten und Behältnisse öffnen. Der Beamte kann nötigenfalls die Polizeigewalt in Anspruch nehmen.»

In Lehre und Rechtsprechung wird es kontrovers diskutiert, ob Aussagen, die der Schuldner im Zwangsvollstreckungsverfahren nach der Androhung der Straffolgen von StGB Art. 163 und Art. 323 für die Verletzung der Mitwirkungspflicht gemacht hat, im Strafprozess gegen ihn verwertet werden können. Gemäss StPO Art. 113 Abs. 1 muss sich die beschuldigte Person nicht selbst belasten und hat das Recht, die Aussage und ihre Mitwirkung im Strafverfahren zu verweigern. Die entspricht dem *Verbot des Selbstbelastungszwangs*, das mit der Formel «*nemo tenetur se ipsum accusare*» umschrieben wird. Dieses sog. «Nemo-Tenetur-Prinzip» hat im Strafprozessrecht einen hohen Stellenwert und ist auch im Völkerrecht verankert¹⁹⁷. Gleichwohl ist das Recht zu schwei-

¹⁹⁶ Graf 2024, 152 ff.

¹⁹⁷ Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte Art. 14 Abs. (3) lit. g; der EGMR schützt dieses Recht in ständiger Rechtsprechung gestützt EMRK Art. 6, wo es nicht ausdrücklich erwähnt ist, vgl. dazu z.B. die Hinweise in BGE 144 I 242 E. 1.2.1.

gen gemäss der Rechtsprechung kein absolutes Recht. «Es ist im Rahmen des Verhältnismässigen beschränkbar, solange sein Wesensgehalt intakt bleibt»¹⁹⁸.

Das Nemo-Tenetur-Prinzip führt zur Unverwertbarkeit von Geständnissen und sonstigen Selbstbelastungen, welche die beschuldigte Person unter dem Einfluss der Androhung von Nachteilen für den Fall der Kooperationsverweigerung abgegeben hat. Unverwertbar sind im Strafverfahren namentlich auch *Selbstbelastungen aus einem Verwaltungsverfahren*, die dort mit dort zulässigen Zwangsmitteln gefördert wurden, namentlich durch die Androhung von Straffolgen für die Verweigerung von Auskünften. Findet sich eine Strafdrohung für die Auskunftsverweigerung zwar im Gesetz, haben jedoch die Verwaltungsbehörden verzichtet, darauf hinzuweisen, sind die im Verwaltungsverfahren erhobenen Selbstbelastungen im Strafverfahren verwertbar¹⁹⁹. Die Konkursämter weisen in der Konkurseinvernahme allerdings in Nachachtung von KOV Art. 29 Abs. 3 auf die Straffolgen einer unvollständigen Vermögensangabe hin, so dass diese Erleichterung nicht zum Tragen kommt. Daher sind die im Konkursverfahren gemachten Aussagen in einem parallelen Strafverfahren grundsätzlich nicht verwertbar²⁰⁰.

b) Verwertbarkeit von Selbstbelastungen durch Verletzung der Auskunftspflicht

Nicht unter das Verwertungsverbot fällt es indessen, das Protokoll der Konkurseinvernahme im Strafverfahren als Beweis dafür zu verwenden, dass die beschuldigte Person gerade *in der Konkurseinvernahme durch gezieltes Verschweigen oder durch falsche Angaben* eine Straftat gemäss StGB Art. 163 Ziff. 1 oder 2, oder durch generelles Schweigen eine solche gemäss StGB Art. 323 Ziff. 4 oder Art. 324 Ziff. 1 begangen hat²⁰¹. Denn das Nemo-Tenetur-Prinzip schützt die beschuldigte Person davor, dass ihr im Strafverfahren ihre im Verwaltungs- oder Konkursverfahren unter dem Eindruck einer Sanktionsandrohung vorgenommene Pflichterfüllung zum Nachteil gereichen könnte. Das ist der Fall, wenn sie über vergangene Ereignisse berichtet und dieser Bericht zum Verdacht beiträgt, sie habe eine Straftat begangen, was beispielsweise die Folgen von pflichtgemässen Angaben über potenzielle Anfechtungsansprü-

¹⁹⁸ BGE 149 IV 9 E. 5.1.4; 147 I 57 E. 5.1; 144 I 242 E. 1.2.1; 142 IV 207 E. 8.4; Urteil des Bundesgerichts 6B_999/2022 vom 15. Mai 2023 E. 2.1.1.

¹⁹⁹ BGE 142 IV 215 E. 8.3.2 (FINMA); 140 II 384 E. 3.3.4 (ESBK); 138 IV 51 E. 2.6.2 (Steueramt).

²⁰⁰ BGer 6B_999/2022 E. 2.1.2; Urteil des Bundesgerichts 6B_843/2011 vom 23. August 2012 E. 3.4.2 (zweiter Absatz).

²⁰¹ Zur Abgrenzung der Straftaten gemäss StGB Art. 163 und StGB Art. 323 f. vgl. BGE 102 IV 172 E. 2a (173); BGer 6B_843/2011 E. 3.4.2 (erster Absatz); Urteil des Bundesgerichts 6S.14/2004, E. 2.

che gemäss SchKG Art. 285 ff. sein kann. Ganz anders ist die Situation, wenn die beschuldigte Person in der Einvernahme gerade durch ihre Aussage, ihr Verschweigen oder ihr Schweigen einen Straftatbestand erfüllt. Denn die Verübung der Straftat wurde nicht durch den Verwaltungszwang veranlasst, sondern im Gegenteil trotz dessen die Pflichterfüllung fördernden Zwecks nicht verhindert. Die «Selbstbelastung» besteht in diesem Fall nicht im Gestehen, sondern im Begehen der Straftat in Gegenwart der Behörden. Der Zwang war nicht auf die Förderung des Gestehens, sondern auf die Verhinderung des Begehens gerichtet. Damit bleibt keinerlei Raum für ein Verwertungsverbot aufgrund des Nemo-Tenetur-Prinzips. Das Bundesgericht spricht sich denn auch überzeugend für die Verwertbarkeit von Konkurseinvernahmen zum Nachweis der durch das dortige Aussageverhalten begangenen Straftaten aus²⁰².

c) Verwertbarkeit von Selbstbelastungen durch Erfüllung der Kooperationspflicht

Nicht unter das Nemo-Tenetur-Privileg fallen vorbestehende Beweisgegenstände, welche eine Straf- oder Verwaltungsbehörde gegen den Willen der beschuldigten Person zwangsweise erhebt. Gibt der Schuldner in Erfüllung seiner Kooperationspflicht gemäss SchKG Art. 222 Abs. 3 dem Konkursamt die *Buchhaltung und die weiteren Geschäftsakten* heraus, führt dies nicht dazu, dass er diese Unterlagen dadurch gegen die Verwertung in einem Strafverfahren sperren kann. Denn sowohl die Konkursbehörden als auch die Strafbehörden sind berechtigt, diese Unterlagen zwangsweise zu erheben. Es erspart sowohl dem Schuldner als auch den Behörden Umtriebe, wenn der Schuldner kooperiert und es nicht darauf ankommen lässt, dass die Behörden rechtmässig invasiven Zwang anwenden. Es ist Ausdruck des für das gesamte staatliche Handeln massgeblichen Verhältnismässigkeitsprinzips, auf invasiven Zwang zu verzichten, wenn die betroffene Person proaktiv oder aufgrund einer Aufforderung oder eines Befehls die für die Wahrheitsfindung benötigten Unterlagen herausgibt. Es widerspräche dem Fundament des Staats- und Verwaltungsrechts, die Wahl der mildereren Massnahme mit einer Unverwertbarkeitsfolge zu versehen. Das Bundesgericht spricht sich denn auch deutlich dafür aus, dass gestützt auf SchKG Art. 222 Abs. 3 den Konkursbehörden herausgegebene Unterlagen im Strafverfahren uneingeschränkt verwertbar sind²⁰³.

²⁰² Urteil des Bundesgerichts 6B_999/2022 vom 15. Mai 2023 E. 2.3 (erster Absatz); BGer 6B_843/2011 E. 3.4.2 (letzter Absatz).

²⁰³ Urteil des Bundesgerichts 6B_999/2022 vom 15. Mai 2023, E. 2.1.1 (letzter Absatz) und 2.3 (letzter Absatz).

3. Geschädigten-Stellung und Zivilklage

a) Praxis des Bundesgerichts

Die frühere, langjährige Praxis der Strafverfolgungsbehörden des Kantons Zürich und weiterer Kantone ging dahin, bei Konkursdelikten die zur Parteistellung berechtigende Geschädigten-Eigenschaft der *Konkursmasse*, vertreten durch die Konkursverwaltung oder die Abtretungsgläubiger gemäss SchKG Art. 260, zuzuerkennen. Hingegen galten bei Betreibungsdelikten seit jeher die Gläubiger als geschädigte Personen²⁰⁴.

BGE 140 IV 155 beendete diese Praxis in Bezug auf die Konkursdelikte mit seiner Erwägung 3.3.2²⁰⁵:

«3.3.2 Geschütztes Rechtsgut der Konkursdelikte gemäss Art. 163 ff. StGB ist das Vermögen der Gläubiger des Gemeinschuldners (MAZZUCHELLI/POSTIZZI, [in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2011], N. 60 zu Art. 115 StPO). Hinsichtlich des Vorwurfs des mehrfachen betrügerischen Konkurses sowie der Eventualvorwürfe der mehrfachen Gläubigerschädigung durch Vermögensminderung und der Misswirtschaft gelten die Beschwerdeführerinnen [Konkursgläubigerinnen], wie die Vorinstanz zutreffend erwägt, als Geschädigte im Sinne von Art. 115 Abs. 1 StPO.»

Kurz darauf hielt BGE 141 III 527 in seiner Regeste b mit ausführlicher Begründung in Erwägung 3 folgendes fest:

«Die Konkurs- und Betreibungsdelikte von Art. 163 ff. StGB sind keine Schutznormen im Sinne von Art. 41 Abs. 1 OR.»²⁰⁶

Aus diesen beiden Leitentscheiden folgt, dass sich *Gläubiger* in Bezug auf Betreibungs- und Konkursdelikte zwar als Strafläger i.S.v. StPO Art. 119 Abs. 2 lit. a, nicht jedoch auch als Zivilkläger i.S.v. StPO Art. 119 Abs. 2 lit. b konstituieren können.

b) Konsequenz für die Informationspflichten der Staatsanwaltschaft

Da die Gläubiger – jedenfalls einzeln²⁰⁷ – keine adhäsionsweise Zivilklage erheben können, erscheint der Aufwand als unverhältnismässig und damit «ausser-

²⁰⁴ Vgl. z.B. Weisungen der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich für das Vorverfahren (WOSTA) in der Fassung vom 1. Januar 2014 Ziff. 9.3.2.

²⁰⁵ Bestätigt durch BGE 148 IV 170 E. 3.3.2.

²⁰⁶ Krit. Gessler/Schoder, § 16 Rz. 39 f.

²⁰⁷ Vgl. unten [IV.3.c.jee](#).

ordentlich» i.S.v. StPO Art. 88 Abs. 1 lit. b, jedem einzelnen Gläubiger und jeder einzelnen Gläubigerin gemäss StPO Art. 118 Abs. 4 einen Hinweis auf die Möglichkeit, sich als Privatklagepartei zu konstituieren, zuzustellen. Wenn man einen solchen Hinweis bei Konkursdelikten überhaupt als erforderlich ansehen will, so genügt es nach hier vertretener Meinung, dies gemäss StPO Art. 88 Abs. 1 durch eine *öffentliche Bekanntmachung* zu erledigen.

c) Verbleibender Raum für Zivilklagen

aa) *Interessenlage bei natürlichen Personen als Schuldner*

Der Ausschluss einer adhäsionsweisen Zivilklage gemäss OR Art. 41 ist grundsätzlich überzeugend, wenn Identität der beschuldigten Person und des Schuldners besteht, was bei natürlichen Personen der Regelfall ist. Denn die gegen den Schuldner gerichteten *Forderungen sind nicht Gegenstand der Straftatbestände* gemäss StGB Art. 163 ff. Der Bestand und der Betrag dieser Forderungen verändert sich nicht, wenn der Schuldner strafrechtlich für die Schmälerung des Vollstreckungssubstrats bzw. des Deckungsgrades verantwortlich ist. Unabhängig von der strafrechtlichen Aufarbeitung haftet er mit dem gesamten greifbaren Vollstreckungssubstrat für diese Forderungen. Fördert das Strafverfahren bislang verborgenes Vollstreckungssubstrat zutage, ist es während des Konkursverfahrens gestützt auf SchKG Art. 197 bzw. nach Schluss des Konkursverfahrens gestützt auf SchKG Art. 269 zur Masse zu ziehen und durch das Konkursamt den Gläubigern zu verteilen²⁰⁸. Ein Entscheid über zivilrechtliche Forderungen ausserhalb der Kollokation im Konkursverfahren ist dafür nicht nötig.

Auch eine adhäsionsweise *Anfechtungsklage* gemäss SchKG Art. 285 ff. fällt nicht in Betracht, wenn die beschuldigte Person und die Schuldnerin identisch sind. Denn die Anfechtungsklage richtet gemäss SchKG Art. 290 nicht gegen den Schuldner, sondern «gegen die Personen, die mit dem Schuldner die anfechtbaren Rechtsgeschäfte abgeschlossen haben oder von ihm in anfechtbarer Weise begünstigt worden sind».

bb) *Interessenlage bei juristischen Personen als Schuldner*

Zu unbefriedigenden Ergebnissen führt die Praxis gemäss BGE 141 III 527 hingegen, wenn die beschuldigte Person und die Schuldnerin nicht identisch sind, was bei Konkursen von juristischen Personen stets der Fall ist. Hier besteht aus Gläubigersicht ein ausgeprägtes Bedürfnis, die Organe dafür haftbar zu ma-

²⁰⁸ BGE 141 III 527 E. 3.5 (538).

chen, dass sie das Vollstreckungssubstrat bzw. den Deckungsgrad durch strafbares Verhalten vermindert haben. Es geht mithin um einen Durchgriff auf das fehlbare Organ, was bei der AG mit einer *Verantwortlichkeitsklage* gemäss OR Art. 754 i.V.m. OR Art. 757 geltend zu machen ist, bei der GmbH i.V.m. OR Art. 827.

Die Begründung, mit der BGE 141 III 527 den Straftatbeständen von StGB Art. 163 ff. den *Schutznormcharakter* abspricht, geht im Wesentlichen dahin, dass die Klagen des SchKG, namentlich die Anfechtungsklage gemäss SchKG Art. 285 ff., für den Gläubigerschutz genügten und dass kein Bedarf nach einem ergänzenden Schutz gemäss OR Art. 41 bestehe. Die Grundlagen des Verantwortlichkeitsanspruchs gemäss OR Art. 754 entsprechen im Wesentlichen einer auf die Führung von Kapitalgesellschaften bezogenen Konkretisierung von OR Art. 41. An die Stelle der Widerrechtlichkeit tritt die Verletzung der Organpflichten. Dabei muss es sich um Pflichten mit Schutznormstatus handeln. BGE 141 III 527 gibt Anlass zur Sorge, dass dieser den StGB Art. 163 ff. inhärenten Pflichten auch in Bezug auf OR Art. 754 abgesprochen werden könnte. Dies erschiene allerdings nicht sachgerecht. Denn die Verantwortlichkeitsklage steht mit der Anfechtungsklage auf derselben Ebene als Mittel zum Ausgleich einer rechtswidrigen Verminderung des Vollstreckungssubstrates. Zu klären ist, ob die Konkurs- und Betreibungsdelikte von StGB Art. 163 ff. Schutznormen i.S.v. OR Art. 754 Abs. 1 sind.

cc) *Konkursdelikte als Schutznormen für Verantwortlichkeitsansprüche*

Ein Schaden ist nach der *Schutznormtheorie* «nur zu ersetzen, wenn die Schädigung durch Verstoss gegen eine Norm bewirkt wurde, die nach ihrem Zweck vor derartigen Schäden schützen soll»²⁰⁹.

Durch OR Art. 757, «Ansprüche im Konkurs», wird die *Verantwortlichkeitsklage in das Konkursrecht integriert*. So werden denn auch Verantwortlichkeitsansprüche als «sonstige Ansprüche» gemäss KOV Art. 25 Abs. 1 i.V.m. OR Art. 757 in das Konkursinventar aufgenommen und grundsätzlich gleich behandelt wie die Anfechtungsansprüche.

Die Schuldnerpflichten gemäss StGB Art. 163 ff., die bei juristischen Personen als Schuldnern gemäss StGB Art. 29 lit. a Pflichten der Organe sind, bezwecken, die Gläubiger vor dem mittelbaren Schaden zu bewahren, der dadurch entsteht, dass der Schuldner tatsächlich oder scheinbar seine Vermögenslage verschlechtert. Damit ist der Zweck der im Rahmen der Insolvenzstrafnormen

²⁰⁹ Gericke/Häusermann/Waller, Art. 754, BSK OR II, Rz. 23.

aufgestellten Pflichten darauf gerichtet, die Gläubiger vor Schäden zu schützen, die Gegenstand einer Verantwortlichkeitsklage sein können.

Es ist kein sonstiges «vollstreckungsrechtliches Institut» ersichtlich, gestützt auf welches sich die Verantwortlichkeit zufolge von Misswirtschaft von Gesellschaftsorganen durchsetzen liesse. Die paulianische Anfechtung greift bei Misswirtschaft nicht und bei den übrigen Konkursverbrechen nur teilweise. Demnach lässt sich das Hauptargument von BGE 141 III 527, wonach der durch das Schuldbetreibungs- und Konkursrecht gewährte Gläubigerschutz im Verhältnis zu OR Art. 41 ausreiche, nicht auf die Verantwortlichkeitsklage gemäss OR Art. 754 übertragen. Denn die Anfechtungsklage ist ein wichtiger Bestandteil des konkursrechtlichen Gläubigerschutzes.

*dd) Zulässigkeit adhäsionsweiser Zivilklage betreffend
Verantwortlichkeitsansprüche und paulianische Anfechtungen*

Die geschädigte Person kann gemäss StPO Art. 122 Abs. 1 «zivilrechtliche Ansprüche aus der Straftat als Privatklägerschaft adhäsionsweise im Strafverfahren geltend machen». Gemäss StPO Art. 119 Abs. 2 lit. b und Art. 122 ff. müssen die adhäsionsweisen Zivilklagen «aus der Straftat abgeleitet» werden, sind jedoch *nicht auf bestimmte gesetzliche Ansprüche beschränkt*. Zur Hauptsache geht es dabei um Ansprüche nach OR Art. 41²¹⁰, doch sind auch andere zivilrechtliche Ansprüche zulässig²¹¹.

Nachdem das Bundesgericht die Zulässigkeit einer adhäsionsweisen Verantwortlichkeitsklage i.S.v. BVG Art. 52 im Verwaltungsstrafverfahren bestätigt hat²¹², steht es *a fortiori* ausser Zweifel, dass das Strafgericht eine Verantwortlichkeitsklage i.S.v. OR Art. 754 in einem Strafverfahren beurteilen kann, das die Verletzung der Pflichten von Organen einer Kapitalgesellschaft zum Gegenstand hat²¹³.

Was die *Anfechtungsklage* i.S.v. SchKG Art. 285 ff. betrifft, so ist der erforderliche Zusammenhang mit einer Gläubigerschädigung durch Vermögensminderung i.S.v. SchKG Art. 164 fraglos zu bejahen. Nach hier vertretener Ansicht

²¹⁰ BGE 148 IV 432 E. 3.1.2; Dolge, Art. 122, BSK StPO, Rz. 66.

²¹¹ BGE 148 IV 432 E. 3.1.3; Dolge, Art. 122, BSK StPO, Rz. 67 f.; Jeandin/Fontanet, Art. 122, CR CPP, Rz. 17; Lieber, Art. 122, SK StPO, Rz. 5a; Moreillon/Parein-Reymond, Art. 122, PC CCP, Rz. 4.

²¹² BGE 139 IV 310 E. 2.

²¹³ GLM. Urteil des Obergerichts des Kantons Glarus OG.2022.00017 vom 3. November 2023 E. VIII.5; Entscheid des Kassationsgerichts des Kantons Zürich ZR 104/2005 Nr. 6 E. 4c (18); Graf 2017, Rz. 380; als «zweifelhaft» bezeichnet hingegen im Urteil des Bundesstrafgerichts SK.2020.57 vom 30. August 2021 E. 10.6.2.

gilt das auch bei einem betrügerischen Konkurs i.S.v. StGB Art. 163, wenn ein ungültiges Insihgeschäft vorliegt²¹⁴ oder Alternativität mit StGB Art. 164 besteht²¹⁵. Die Anfechtungsklage erfüllt gemäss BGE 143 III 396 auch die weitere Voraussetzung, dass es um einen Zivilanspruch gehen muss:

«5.2 Die Zwangsvollstreckung sowie gerichtlichen Streitsachen des SchKG werden – allgemein und seit jeher – als Zivilsache verstanden [...], selbst wenn es betreibungsrechtliche Klagen mit Reflexwirkung auf öffentliches Recht sind, weil es letztlich um die Haftung des Schuldners mit seinem Vermögen geht, welche im materiellen Privatrecht gründet [...]. Auch der paulianische Anfechtungsstreit wird daher als Zivilstreitigkeit betrachtet, und zwar unabhängig davon, ob die Forderung (gegenüber dem Schuldner) dem öffentlichen Recht bzw. der Verwaltungsgerichtsbarkeit untersteht [...]»²¹⁶

Somit spricht nichts dagegen, dass im Strafverfahren betreffend Konkursdelikte Anfechtungsklagen adhäsionsweise behandelt werden können²¹⁷.

ee) *Aktivlegitimation im ordentlichen Zivilprozess*

i. *Verantwortlichkeitsklage*

Ausser Konkurs ist die Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen gemäss OR Art. 756 der Gesellschaft und den einzelnen Aktionären vorbehalten. OR Art. 757 Abs. 1 und 2 regelt sodann die «Ansprüche im Konkurs» wie folgt:

«¹ Im Konkurs der geschädigten Gesellschaft sind auch die Gesellschaftsgläubiger berechtigt, Ersatz des Schadens an die Gesellschaft zu verlangen. Zunächst steht es jedoch der Konkursverwaltung zu, die Ansprüche von Aktionären und Gesellschaftsgläubigern geltend zu machen.

² Verzichtet die Konkursverwaltung auf die Geltendmachung dieser Ansprüche, so ist hierzu jeder Aktionär oder Gläubiger berechtigt. Das Ergebnis wird vorab zur Deckung der Forderungen der klagenden Gläubiger gemäss den Bestimmungen des [SchKG] verwendet. Am Überschuss nehmen die klagenden Aktionäre im Ausmass ihrer Beteiligung an der Gesellschaft teil; der Rest fällt in die Konkursmasse.»

OR Art. 757 Abs. 3 behält die Abtretung von Ansprüchen der Gesellschaft nach SchKG Art. 260 vor, dessen Absätze 1 und 2 folgenden Inhalt haben:

²¹⁴ Oben [II.3.a](#)).

²¹⁵ Oben [II.3.c](#)).

²¹⁶ BGE 143 III 295 E. 5.2 (399 f.), Hinweise ausgelassen.

²¹⁷ Gl.M. Jagmetti, 288 f.

«¹ Jeder Gläubiger ist berechtigt, die Abtretung derjenigen Rechtsansprüche der Masse zu verlangen, auf deren Geltendmachung die Gesamtheit der Gläubiger verzichtet.

² Das Ergebnis dient nach Abzug der Kosten zur Deckung der Forderungen derjenigen Gläubiger, an welche die Abtretung stattgefunden hat, nach dem unter ihnen bestehenden Range. Der Überschuss ist an die Masse abzuliefern.»

OR Art. 757 «begründet einen einheitlichen *Anspruch der Gläubigergesamtheit*»²¹⁸, der sich auch auf die Aktionärs-gesamtheit erstreckt. Dies entspricht derjenigen der drei Theorien über die Rechtsnatur der Verantwortlichkeitsklage, der das Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung folgt²¹⁹. Soweit es um den mittelbaren Gläubigerschaden geht, der durch die Minderung des Vollstreckungssubstrats entsteht, handelt sich stets um denselben Anspruch, einerlei, wer von den verschiedenen Klageberechtigten ihn geltend macht, das Konkursamt, einzelne Gläubiger oder einzelne Aktionäre.

Das Konkursamt hat ein Vorklagerecht, dessen Wahrnehmung ihm eine exklusive Aktivilegitimation verschafft²²⁰. Das Ergebnis fällt in die Konkursmasse und wird nach der Kollokationsordnung verteilt. Die Aktionäre kommen erst zum Zug, wenn alle Gläubiger befriedigt sind.

Nur wenn das Konkursamt auf die Geltendmachung verzichtet, ist jeder Gläubiger und jeder Aktionär einzeln berechtigt, dem gesamten, nicht auf seine Forderung beschränkten Schaden in Prozessstandschaft für die Gläubigergesamtheit einzuklagen²²¹. Aus dem Ergebnis werden vorab, wiederum nach der Kollokationsordnung, die Forderungen der Gläubiger befriedigt, die geklagt haben. Sind alle befriedigt, wird der Überschuss an die Aktionäre, die geklagt haben, verteilt. Was dann noch übrigbleibt, wird er nach der Kollokationsordnung an die Gläubiger verteilt, die nicht geklagt haben.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichts ist die *rechtskräftige Kollokation des Gläubigers die Voraussetzung* dafür, dass er zur Verantwortlichkeitsklage nach OR Art. 757 Abs. 2 legitimiert ist²²². Das bedeutet, dass

²¹⁸ Reichle/Stehle, Art. 757, PB OR, Rz. 1.

²¹⁹ BGE 117 II 432 E. 1b; 136 III 107 E. 2.5.1; 122 III 176 E. 7a; 122 III 166 E. 3a; Bärtschi, § 25, BK Aktienrecht, Rz. 27; Binder/Roberto, Art. 757, CHK OR, Rz. 5.

²²⁰ Binder/Roberto, Art. 757, CHK OR, Rz. 9.

²²¹ Binder/Roberto, Art. 757, CHK OR, Rz. 12.

²²² BGE 136 III 322 E. 4.7 (333); 122 III 195 E. 9b (202); 111 II 81 E. 3a (83); 109 III 27 E. 1a (29); Urteil des Bundesgerichts 4A_384/2016 vom 1. Februar 2017 E. 2.1.3; Urteil des Bundesgerichts 5A_720/2007 vom 24. April 2008 E. 2.3.1; Bärtschi, § 25, BK Aktienrecht, Rz. 96; Binder/Roberto, Art. 757, CHK OR, Rz. 13; Corboz/Aubry Girardin/Canapa, Art. 757, CR CO II,

die Durchführung des Konkursverfahrens eine zwingende Voraussetzung dafür ist, dass die Gesellschaftsgläubiger eine Verantwortlichkeitsklage erheben können. Folglich ist das Schuldnerorgan immun gegen die Verantwortlichkeit ist, wenn der Konkurs gemäss SchKG Art. 230 mangels Aktiven eingestellt worden ist.

Freilich ist diese *Immunität des Schuldnerorgans* reversibel: Es steht dem Gläubiger auch nach der Einstellung des Konkurses und der Löschung der Gesellschaft frei, die Wiedereintragung und Durchführung des Konkurses zu beantragen und den dafür erforderlichen Vorschuss zu zahlen. Wird er in der Folge rechtskräftig kolloziert und tritt ihm die Konkursverwaltung die Verantwortlichkeitsansprüche gemäss SchKG Art. 260 ab, kann er die Verantwortlichkeitsklage führen²²³.

Nicht restlos klar erscheint, ob das Bundesgericht die Abtretung nach SchKG Art. 260 als zwingende Voraussetzung für die Verantwortlichkeitsklage des Konkursgläubigers vorbehält²²⁴. Die Frage ist unbedeutend: Da das Konkursverfahren ohnehin durchzuführen ist, verursacht das Ersuchen um die Abtretung für den Gläubiger keinen erheblichen Zusatzaufwand. Mit oder ohne Abtretung gelten dieselben Regeln für die Verwendung und Verteilung des Ergebnisses.

ii. *Anfechtungsklage*

Zur Anfechtungsklage sind gemäss SchKG Art. 285 Abs. 2 nach der Pfändung Gläubiger, die einen Verlustschein erhalten haben, und im Konkurs die Konkursverwaltung bzw. die Abtretungsgläubiger nach SchKG Art. 260 berechtigt. Im Konkurs besteht somit grundsätzlich dieselbe Situation wie bei den Verantwortlichkeitsansprüchen. Die Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven verhindert auch Anfechtungsklagen.

ff) *Aktivlegitimation zur adhäsionsweisen Zivilklage*

Zur adhäsionsweisen Zivilklage ist gemäss StPO Art. 122 Abs. 1 die unmittelbar geschädigte Person i.S.v. StPO Art. 115 und ihre Rechtsnachfolgerin gemäss StPO Art. 115 berechtigt. Die Rechtsprechung von BGE 140 IV 155 verneint die

Rz. 27; Gericke/Häusermann/Waller, Art. 757, BSK OR II, Rz. 27; Reichle/Stehle, Art. 757, PB OR, Rz. 6.

²²³ BGE 110 II 396 E. 2 (397); BGE 146 III 441 E 2.1; BGer 4A_384/2016 E. 2.1.3; Gericke/Waller, Art. 757, BSK OR, Rz. 26; Reichle/Stehle, Art. 757, PB OR, Rz. 6; Binder/Roberto, Art. 757, CHK OR, Rz. 14.

²²⁴ BGer 4A_384/2016 E. 2.1.2; Urteil des Bundesgerichts 4A_446/2009 vom 8. Dezember 2009 E. 2.3 f. (nicht publiziert in BGE 136 III 107); Binder/Roberto, Art. 757, CHK OR, Rz. 11.

Geschädigtenstellung der Konkursmasse. Demnach ist die *Konkursverwaltung in Bezug auf Konkursdelikte nicht zur adhäsionsweisen Zivilklage legitimiert*.

Die *Prozessführungsbefugnis der Gläubiger* in Bezug auf Verantwortlichkeitsklagen und Anfechtungsklagen ist nicht originär, sondern leitet sich von der Befugnis der Konkursverwaltung ab, die selbst nicht zur adhäsionsweisen Zivilklage befugt ist. Zwar hat der Gesellschaftsgläubiger nach BGE 140 IV 155 originär – nicht abgeleitet von der Konkursmasse – das Recht, sich in Bezug auf Konkursdelikte als Privatkläger zu konstituieren. Doch diesem Recht wohnt keine Legitimation zu einer adhäsionsweisen Verantwortlichkeits- oder Anfechtungsklage inne. Überträgt die Konkursverwaltung dem Gläubiger gemäss SchKG Art. 260 die Prozessführungsbefugnis der Masse, kann ihm das nicht das Recht zur adhäsionsweisen Verantwortlichkeitsklage verschaffen, da ihm die Konkursmasse nicht Rechte zur Verfügung stellen kann, die sie selbst nicht hat.

Nach herrschender Praxis ist eine Konstituierung der Konkursverwaltung als Privatklägerin in Bezug auf Straftaten zum unmittelbaren Schaden der Schuldnerin zulässig, namentlich bei ungetreuer Geschäftsbesorgung i.S.v. StGB Art. 158 Ziff. 1 der Organe zum Nachteil der juristischen Person, was oft in echter Idealkonkurrenz mit Konkursdelikten steht. Dabei gilt die Konkursverwaltung als Rechtsnachfolgerin der Schuldnerin i.S.v. StPO Art. 121 und kann eine adhäsionsweise Zivilklage geltend machen. Doch diese Befugnis zu einer adhäsionsweisen Zivilklage kann sie gemäss BGE 140 IV 155 nicht gestützt auf SchKG Art. 260 den Gläubigern weitergeben.²²⁵

d) Zweckmässigkeit der adhäsionsweisen Zivilklage des Konkursamtes

BGE 140 IV 155 und BGE 141 III 527 stehen zueinander in einem *Widerspruch*: BGE 140 IV 155 betont in Bezug auf Konkursdelikte die Geschädigtenstellung der einzelnen Gläubiger, während BGE 141 III 527 den Schutz der einzelnen Gläubiger verneint und den Konkursdelikten einzig die Funktion des Systemschutzes zuerkennt: StGB Art. 163 ff. sollen «dem Gläubigerschutz einzig durch ihre generalpräventive Wirkung dienen»²²⁶. Aufgrund der systematischen Einordnung der Konkursdelikte bei den Vermögensdelikten ist der Fokus von BGE 140 IV 155 vorzuziehen. Dabei erscheint es vertretbar, den einzelnen Konkursgläubigern das Recht zur Strafklage zuzugestehen. Doch wegen der gemeinsamen Wahrnehmung der Gläubigerinteressen im Konkurs ist es nicht sachgerecht, es auch in Bezug auf die Zivilklage so zu halten. Denn nur durch die Legitimation der Konkursmasse zur adhäsionsweisen Zivilklage lässt

²²⁵ BGE 140 IV 155 E. 3.4.

²²⁶ BGE 141 III 527 E. 3.5 (537).

sich dem in BGE 140 IV 155 zu Recht hochgehaltenen Gläubigerinteresse Rechnung tragen.

Die Konkursmasse dient gemäss SchKG Art. 197 Abs. 1 «zur gemeinsamen Befriedigung der Gläubiger». Die *Konkursverwaltung vertritt das Gläubigerinteresse*, dass alle materiell zur Konkursmasse gehörenden Gegenstände auch formell zur Masse gezogen werden. Die Masse ist Rechtsnachfolgerin der Schuldnerin, soweit es gemäss SchKG Art. 240 um die Erhaltung und Verwertung der dieser zustehenden Vermögenswerte zugunsten ihrer Gläubiger geht²²⁷.

Die Parteistellung der Masse stünde zudem im Einklang mit StPO Art. 115 Abs. 1, wonach Geschädigten-Stellung innehat, wer *durch die Straftat in seinen Rechten unmittelbar verletzt* worden ist. Die strafbare Bankrott-handlung beeinträchtigt zumindest mit Blick auf die Zivilklagen unmittelbar die Masse und erst mittelbar, im Rahmen der konkursamtlichen Verteilung, auch das Vermögen der einzelnen Gläubiger.

Allerdings ist die *Konkursmasse keine juristische Person*, sondern nur ein selbstständiges Vermögen mit Prozessführungsbefugnissen²²⁸. Der in StPO Art. 115 verwendete Begriff der geschädigten *Person* wird in Lehre und Rechtsprechung jedoch dahingehend ausgelegt, dass es sich um eine natürliche oder juristische Person handeln müsse²²⁹.

Bei einer Straftat zum Schaden einer Erbmasse liegt eine ähnliche Situation wie bei Konkursdelikten, welche die Konkursmasse beeinträchtigen. Das Bundesgericht hat in einem solchen Fall entschieden, dass jeder Erbe sich selbstständig und allein als Strafkkläger konstituieren könne, dass sie aber den Zivilanspruch nur mit einer gemeinsamen Zivilklage gelten machen könnten²³⁰. Ähnlich liesse sich das Privatklägerschafts-Dilemma bei Konkursdelikten lösen: Die Klage der Konkursmasse ist gleichzusetzen einer gemeinsamen Klage sämtlicher Gläubiger. Denn es ist von Gesetzes wegen die Konkursmasse, die durch die Konkursverwaltung oder durch die Abtretungsgläubiger die Vermögensinteressen der Gläubigergesamtheit wahrnimmt. Es wäre deshalb sachgerecht, der Konkursmasse die Befugnis zuzuerkennen, sich im Strafverfahren betreffend Konkursdelikte als Zivilklägerin zu konstituieren.

²²⁷ StPO Art. 121 Abs. 2; BGE 148 IV 170 E. 3.3.2 (176); Urteil des Bundesgerichts 6B_557/2010 vom 9. März 2011 E. 7.2.

²²⁸ Bachmann, 305; vgl. auch die Bezeichnung der Konkursmasse als Person in BGE 141 III 281 E. 3.3.1.

²²⁹ Lieber, Art. 115, SK StPO, Rz. 5; Jositsch/Schmid, Art. 115, PK StPO, Rz. 2; Mazzuchelli/Pos-tizzi, Art. 115, BSK StPO, Rz. 31 ff.; Moreillon/Parein-Reymond, Art. 115, PC CPP, Rz. 5; Perrier Depeursinge, Art. 115, CR CPP, Rz. 7.

²³⁰ BGE 141 IV 380 E. 2.3.6 (388).

4. Einziehungsrechtliche Fragen

a) Restitution

Gemäss StGB Art. 70 Abs. 1 verfügt das Gericht die Einziehung von Vermögenswerten, die durch eine Straftat erlangt worden sind, sofern sie nicht dem Verletzten zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes ausgehändigt werden.

Entzieht der Schuldner der bestehenden oder absehbaren Konkursmasse Vermögenswerte durch Straftaten gemäss StGB Art. 163 oder Art. 164, um sie statt zur Befriedigung der Gläubiger für seine eigenen Interessen zu verwenden, so erhält er sich diese durch eine Straftat; das *Erhalten durch eine Straftat* ist gemäss mehreren Bundesgerichtsentscheiden wie auch nach hier vertretener Meinung dem Erlangen gleichzusetzen, da der Täter die Vermögenswerte ohne die Straftat nicht mehr hätte²³¹. Dabei sollte es als unerheblich beurteilt werden, ob der Täter die Vermögenswerte vor dem inkriminierten Erhalten rechtmässig erlangt hat. Dies ist allerdings in der Literatur umstritten und wird in der Rechtsprechung uneinheitlich gehandhabt²³².

Kein blosses Erhalten, sondern ein *Erlangen durch eine Straftat* im engeren Sinne liegt vor, wenn die Schuldnerin eine juristische Person ist und das Schuldnerorgan im Eigeninteresse den betrügerischen Konkurs oder die Gläubigerschädigung durch Vermögensverminderung begeht; es ist in diesem Falle nicht der eigene Vermögenswert, den es sich unrechtmässig erhält, sondern der Vermögenswert der Schuldnerin, den es unrechtmässig in seine eigene Sphäre überführt²³³.

Stossen die Strafbehörden Vermögenswerte mit einem mutmasslichen Hintergrund dieser Art, so haben sie diese gestützt auf StPO Art. 263 Abs. 1 lit. c oder d zu *beschlagnahmen*, da sie gestützt auf StGB Art. 70 Abs. 1 «den Geschädigten zurückzugeben» bzw. «einzuziehen» sind.

Lässt es sich nachweisen, dass ein Vermögenswert unter Kontrolle des Täters direkt oder als Surrogat aus einer Straftat hervorgegangen ist, so ist die Resti-

²³¹ Urteil des Bundesgerichts 7B_161/2022 vom 5. Oktober 2023 E. 3.2; Urteil des Bundesgerichts 6B_122/2017 vom 8. Januar 2019 E. 18.3; Urteil des Bundesgerichts 6B_441/2014 vom 28. Oktober 2015 E. 4.3; Urteil des Bundesgerichts 1A.38/2005 vom 18. Mai 2005 E. 3.2; Urteil des Bundesgerichts 6S.324/2000 vom 6. September 2000 E. 5c/bb; Urteil des Kantonsgerichts Wallis P1 23 72 vom 3. Juni 2025 E. 20.1; ohne Diskussion der Präjudizien abweichend: Urteil des Bundesgerichts 1B_410/2015 vom 14. Juli 2016 E. 4.3.

²³² Eingehend dazu unter Befürwortung der Restitutionsfähigkeit: Scholl, Art. 70, KKV StGB, Rz. 277–283 mit Hinweisen; gl.M. Strasser, 910.

²³³ So der Sachverhalt zu BGer 6B_441/2014 E. 4.3; dazu Scholl, Art. 70, KKV StGB, Rz. 279.

tution an die geschädigte Person oder subsidiär die Einziehung zwingend und von Amtes wegen anzuordnen. Es handelt sich dabei um ein *rein strafrechtliches Instrument* und nicht etwa um die adhäsionsweise Regelung von zivilrechtlichen Ansprüchen. Aus dem zwingenden Charakter der Restitution folgt, dass sie den zivilprozessualen Instrumenten, die dasselbe Ziel verfolgen, vorgeht. Soweit der Schaden durch die Restitution gedeckt wird, wird die Schadenersatzklage gegenstandslos. Dasselbe gilt für die Anfechtungsklage i.S.v. SchKG Art. 285 ff.

Gemäss StGB Art. 70 Abs. 1 in fine bedeutet die Restitution, dass der inkriminierte Vermögenswert «dem Verletzten zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes ausgehändigt» wird. StPO Art. 263 Abs. 1 lit. c regelt die Beschlagnahme im Hinblick auf die Restitution, die sie als Rückgabe an die «Geschädigten» umschreibt. Damit steht fest, dass die Restitution *nicht nur zugunsten der Privatklägerschaft* i.S.v. StPO Art. 118 geboten ist, sondern auch zugunsten von Geschädigten, die sich im fraglichen Verfahren nicht als Partei konstituiert haben. Das folgt einerseits aus dem Wortlaut, denn bei Beschränkung einer Bestimmung auf die Privatklägerschaft verwendet die StPO diesen Ausdruck²³⁴. Der Wortlaut wird auch dem Zweck der Restitution gerecht, durch Rückabwicklung – soweit möglich – den «rechtmässigen Zustand» wiederherzustellen. Der materiell rechtmässige Zustand ist in keiner Weise davon abhängig, ob sich die restitutionsberechtigte Person im Strafverfahren formell als Privatklagepartei konstituiert.

Schwieriger ist die Frage, ob die Restitution *auf die geschädigte Person beschränkt* ist, d.h. auf die Person, die gemäss i.S.v. StPO Art. 115 Abs. 1 «durch die Straftat in ihren Rechten unmittelbar verletzt worden ist». Bei erster Betrachtung erscheint dies selbstverständlich, wird der rechtmässige Zustand doch bei Vermögensverschiebungsdelikten dadurch wiederhergestellt, dass der Vermögenswert genau dorthin zurückkehrt, wo er vor der Tat war. Doch dieser Betrachtung blendet zweierlei Problemstellungen aus: einerseits die mögliche Veränderung der Verhältnisse seit der Straftat, andererseits die Konkurrenz von Straftaten mit unterschiedlichen geschädigten Personen im gleichen Lebenssachverhalt.

Eine *Veränderung der Verhältnisse* kann dadurch eintreten, dass die geschädigte Person stirbt, in Konkurs fällt oder als juristische Person in ein anderes Unternehmen integriert wird. In diesem Fall wird der rechtmässige Zustand dadurch wiederhergestellt, dass der Vermögenswert dorthin geht, wo er nun wäre, wenn die Straftat nicht stattgefunden hätte. Dem Anspruch, den recht-

²³⁴ Z.B. in StPO Art. 8 Abs. 2, wo «überwiegende Interessen der Privatklägerschaft» vorbehalten werden.

mässigen Zustand wiederherzustellen, widerspräche es, dem Vermögensträger, auf welchen die Vermögensrechte der geschädigten Person rechtmässig übergegangen sind, die Restitution zu verweigern. Weder die Täterschaft noch der Staat sollen davon profitieren, dass die geschädigte Person nicht mehr existiert. Deshalb ist StPO Art. 121 Abs. 2 so auszulegen, dass auf die Rechtsnachfolgerin der geschädigten Person zusätzlich zur Legitimation zur Zivilklage auch das die Restitutionsberechtigung übergeht²³⁵.

Was das Problem der Konkurrenz betrifft, so zeigt gerade das Beispiel der Konkursdelikte in Bezug auf juristische Personen als Schuldnerinnen, dass derselbe Lebenssachverhalt zweierlei «geschädigte Personen» hervorbringen kann. Wie gesagt führt dies oft zur echten Konkurrenz von Konkursdelikten mit ungetreuer Geschäftsbesorgung. Durch die ungetreue Geschäftsbesorgung wurde unmittelbar die Gesellschaft geschädigt, während die geschädigten Personen der Konkursdelikte nach der Rechtsprechung die Gesellschaftsgläubiger sein sollen. Ähnliche Probleme stellen sich beispielsweise dann, wenn die Gesellschaftsorgane durch arglistige Irreführung Darlehens- oder Kapitalzahlungen an die Gesellschaft ertrügen und diese Mittel hernach nicht im Nutzen der Gesellschaft verwenden. Geschädigte Personen des Betrugs i.S.v. StGB Art. 146 sind die Darlehens- bzw. Kapitalgeber, geschädigte Person der Veruntreuung oder ungetreuen Geschäftsbesorgung ist die Gesellschaft. Auch hier wäre es stossend, zufolge der Unklarheit über die restitutionsberechtigte Person auf die Vermögensabschöpfungsmaßnahme ganz zu verzichten oder aber das greifbare Vermögen zugunsten des Staates einzuziehen.

Die beschriebenen Problemfelder lassen sich nach hier vertretener Meinung nur dadurch befriedigend lösen, dass sich die Restitution danach richtet, wie sich *ex nunc* die *grösstmögliche Annäherung an den rechtmässigen Zustand* erreichen lässt, ohne dass dies zwingend der Herausgabe an die geschädigte Person i.S.v. StPO Art. 115 Abs. 1 entsprechen muss. Soweit es den Strafbehörden gelingt, Vermögenswerte zu beschlagnahmen, die durch Straftaten gemäss StGB Art. 163 ff. der Konkursmasse entzogen wurden, so wird der rechtmässige Zustand dadurch hergestellt, dass diese Vermögenswerte der Konkursmasse zugeführt werden²³⁶. Sie wurden durch die Straftat je nach dem jeweiligen Sachverhalt unmittelbar der Schuldnerin oder der Konkursmasse entzogen. Unabhängig davon, wem formell die Geschädigten-Stellung gemäss StPO Art. 115 Abs. 1 zuerkannt wird, lässt sich der wirtschaftliche Lebenssachverhalt niemals so verstehen, dass durch das Konkursdelikt unmittelbar der

²³⁵ So auch Scholl, Art. 70, KKV StGB, Rz. 478 f.

²³⁶ BGer 6B_122/2017 E. 18.3; Scholl, Art. 70, KKV StGB, Rz. 616 f.

einzelnen Gläubiger-Person ein Schaden zugefügt wird. Auch rechtlich ist zu beachten, dass nach herrschender Lehre und Rechtsprechung – wie oben dargelegt – die in StGB Art. 163 f. verwendete Klausel «zum Schaden der Gläubiger» nicht deren objektiven Schaden zum Tatbestandsmerkmal erhebt, sondern lediglich subjektiv als überschüssenden Innentendenz verlangt, dass der Täter einen Gläubigerschaden zumindest im Sinne einer Eventualabsicht in Kauf genommen haben muss. Eine Restitution an die einzelnen Gläubigerinnen und Gläubiger widerspräche dem System des Konkursrechts und würde die Strafbehörden vor eine schwer zu bewältigende Aufgabe stellen²³⁷, wogegen die Konkursämter entsprechend ihrem gesetzlichen Auftrag in der Lage sind, nach den Vorgaben des SchKG eine rechtmässige Verteilung an die Gläubigerschaft vorzunehmen.

b) Ersatzforderung

Gemäss StGB Art. 71 Abs. 1 erkennt das Gericht auf eine Ersatzforderung des Staates in gleicher Höhe, wenn die der Einziehung unterliegenden *Vermögenswerte nicht mehr vorhanden* sind. Anders als die Einziehung i.S.v. StGB Art. 70 unterliegt gemäss StGB Art. 70 Abs. 2 die Ausfällung einer Ersatzforderung mit Rücksicht auf deren Einbringlichkeit und auf die Wiedereingliederung des Betroffenen dem Ermessen des Gerichts. Gemäss StGB Art. 73 Abs. 1 lit. c spricht das Gericht Ersatzforderungen auf Antrag der geschädigten Person zu, und zwar bis zur Höhe des Schadens und der Genugtuung, «die gerichtlich oder durch Vergleich festgesetzt worden sind».

Wird – wie nach hier vertretener Meinung – bejaht, dass durch Straftaten i.S.v. StGB Art. 163 ff. der Schuldnerin bzw. der Konkursmasse entzogene Vermögenswerte der Einziehung oder Restitution gemäss StGB Art. 70 unterliegen, folgt daraus, dass eine Ersatzforderung ausgefällt werden kann, wenn diese nicht mehr vorhanden sind. Und auch hier muss das Ziel darin bestehen, die Ersatzforderung *der Konkursmasse zuzuführen*. Doch anders als bei der Restitution geht das gemäss Art. 73 nur auf Verlangen des Geschädigten, der einen gerichtlich oder durch Vergleich festgesetzten Schadenersatzanspruch vorweisen kann. Sachgerecht wäre es, die Ersatzforderung der Konkursmasse zuzusprechen, wenn diese einen Verantwortlichkeits- oder eine Anfechtungsanspruch gerichtlich oder durch Vergleich durchgesetzt hat. Eine Beschlagnahme hinreichender Vermögenswerte gemäss StPO Art. 263 Abs. 1 lit. e würde das Risiko der Konkursmasse vermindern, um Ansprüche zu prozessieren, die sich als uneinbringlich erweisen. Doch mehr als bei der Restitution bereitet es Schwierigkeiten für die Zusprechung der Ersatzforde-

²³⁷ Gl.M. Gessler/Schoder, § 16 Rz. 144.

rung, dass das Bundesgericht die Geschädigten-Stellung der Konkursmasse bei Konkursdelikten ablehnt.

V. Mängel des Gläubigerschutzes und Verbesserungsvorschlag

1. Versagen des konkursrechtlichen Gläubigerschutzes

Das bestehende Gläubigerschutzsystem des Konkursrechts funktioniert nur, wenn das Konkursverfahren durchgeführt wird. Muss gemäss SchKG Art. 230 der *Konkurs mangels Aktiven eingestellt* werden, sind nach geltendem Recht weder Anfechtungsklagen noch Verantwortlichkeitsklagen von Gläubigern möglich. Denn dafür müsste gemäss SchKG Art. 260 Abs. 1 «die Gesamtheit der Gläubiger» auf deren Geltendmachung verzichten, was deren systematische Ermittlung durch einen Schuldenruf bedingt, der bei Einstellung des Konkursverfahrens ausbleibt.

Aktuell wird ein sehr hoher Anteil vor allem von Konkursen von Kleinunternehmen in Form von Aktiengesellschaften und GmbH mangels Aktiven eingestellt. Zwar hat es jeder Gläubiger in der Hand, durch *Leistung des erforderlichen Vorschusses* die Durchführung des Konkursverfahrens zu veranlassen. Doch ist den meisten Gläubigern dieses Risiko zu hoch, besonders bei Kleinunternehmen, bei denen Hinweise auf Konkursreiterei bestehen. Denn erfahrungsgemäss ist die Aussicht auf Deckung der Forderung und des Vorschusses bei solchen Gesellschaften selbst im Falle der Durchführung des Konkursverfahrens zu gering, als dass die Leistung des Vorschusses ein wirtschaftlich verantwortbares Risiko darstellen könnte.

Die hohe Wahrscheinlichkeit einer Konkurseinstellung mangels Aktiven begünstigt die *Konkursreiterei*, die darin besteht, bestimmte Forderung v.a. von öffentlich-rechtlichen und institutionellen Gläubigern systematisch nicht zu begleichen und die Schuldnerin in periodischen Abständen durch ein mangels Aktiven eingestelltes Konkursverfahren zu «entsorgen», um das wirtschaftlich gleiche Kleinunternehmen mit einer neuen Gesellschaft als Trägerin ohne die alten Schulden fortzusetzen. Die volkswirtschaftliche Schädlichkeit dieses weiterhin stark verbreiteten Geschäftsmodells ist offenkundig: Erstens kommen die öffentlich-rechtlichen und institutionellen Gläubiger unmittelbar zu Schaden, was mittelbar auch der Allgemeinheit zum Nachteil gereicht. Zweitens haben die Konkursreiterei-Unternehmen faktisch einen geringeren Aufwand als die rechtmässigen Unternehmen und können diese durch diesen un-

lauteren Wettbewerbsvorteil preislich unterbieten, was diese dazu verleiten kann, ebenfalls zur Konkursreiterei überzugehen.

Wie eingangs dargelegt hat das Bundesgesetz über die Bekämpfung des missbräuchlichen Konkurses keine signifikante Änderung im Konkursrecht hervorgebracht, die geeignet wäre, das Übel an der Wurzel anzugehen oder zumindest weitgehend zurückzudrängen. Das bedeutet, dass weiterhin dem Strafrecht als «ultima ratio» die Schlüsselrolle bei der Bekämpfung des missbräuchlichen Konkurses zukommt. Mit Blick auf die Realität der Konkursreiterei muss der Auffassung von BGE 141 III 527 widersprochen werden, wonach der konkursrechtliche Gläubigerschutz genüge und dem Strafrecht lediglich eine generalpräventive Rolle zukomme.

Ein grundlegender Mangel des Konkursrechts liegt darin, dass die im höchsten Masse pflichtvergessenen *Gesellschaftsorgane gegen Verantwortlichkeitsklagen immun* sind, wenn sie vor dem Konkurs die Restaktiven aus der Gesellschaft entfernen und durch die Übergabe der Gesellschaft an dubiose Firmenbestatter als Endorgane sowie durch Unterlassung der Buchführung die Gläubigerschaft entmutigen, den Vorschuss zu leisten, da bei solchen Zuständen kaum Aussicht besteht, durch die Durchführung des Konkurses und durch Verantwortlichkeitsklagen etwas herauszuholen. Dieser Missstand gibt Anlass zur ernststen Sorge, dass das momentan trotz all dem noch bestehende allgemeine Grundvertrauen in kleine Kapitalgesellschaften plötzlich zusammenbrechen könnte, was mit hoher Wahrscheinlichkeit eine einschneidende Wirtschaftskrise auslösen würde. Eine nachhaltige Bannung dieser Gefahr ist nur möglich, wenn die prozessuale Hürde gegen die persönliche Verantwortlichkeit der Gesellschaftsorgane drastisch gesenkt wird.

2. Vereinfachter Durchgriff bei Konkurseinstellung *de lege ferenda*

De lege ferenda erschiene es z.B. prüfenswert, bei der *Konkurseinstellung mangels Aktiven einen generellen Durchgriff* anzuordnen, wenn im einzustellenden Konkursverfahren bestimmte grundlegende Pflichtverletzungen der Organe zutage getreten sind. Die generelle Anordnung des Durchgriffs hätte zur Folge, dass jeder Gläubiger seine in den Wirkungsbereich des Durchgriffs fallende Forderung gegen die konkursite Gesellschaft vom Organ fordern kann. Im Zivilprozess müsste der Gläubiger beweisen, dass seine Forderung gegen die Gesellschaft besteht und in den Wirkungsbereich des generellen Durchgriffs fällt, nicht aber, dass das Organ seine Pflichten verletzt hat und dass der Ausfall der Forderung unmittelbar die Folge dieser Pflichtverletzung war.

De lege ferenda bietet sich die *Unterlassung der Buchführung als Möglichkeit eines Durchgriffstatbestandes* an: Die Gesellschaftsorgane sollen persönlich für Schulden der Gesellschaft haften, die während ihres Organmandats und gleichzeitig während des Fehlens einer ordnungsgemässen Buchführung entstanden sind. Das Konkursgericht lädt die gemäss dem Bericht des Konkursamtes potenziell von dieser Haftung betroffenen Personen zur Verhandlung vor und entscheidet bei deren Säumnis gestützt auf die Akten. Ordnet das Konkursgericht einen generellen Durchgriff an, muss der Gläubiger im Forderungsprozess gegen das Organ neben dem Bestand der Forderung nur deren Entstehung im durchgriffsbegründenden Zeitraum nachweisen.

Solange das Modell der durch Konkursreiterei organisierten Verantwortungslosigkeit nicht mit solch wirkungsvollen zivilrechtliche und zivilprozessualen Instrumenten an der Wurzel bekämpft wird, bleibt praktisch nur das Strafrecht als effizientes Mittel zur Verhinderung, dass die Konkursreiterei weiter um sich greift. Dabei sind die oben beschriebenen Schnellverfahren nur ein Standbein. Von Bedeutung ist es auch, dass die *Verantwortlichkeitsklage* und die *Anfechtungsklage* *adhäsionsweise im Strafverfahren betreffend Konkursdelikte* zugelassen wird, was nach hier vertretener Meinung *de lege lata* möglich ist, wenn die Praxis von BGE 140 IV 155 und 141 III 527 dahingehend geändert wird, dass sich die Konkursmasse – vertreten durch die Konkursverwaltung oder die Abtretungsgläubiger gemäss SchKG Art. 260 – als Privatklägerin konstituieren kann und dass die Konkursdelikte zumindest in Bezug auf OR Art. 754 als Schutznormen anerkannt werden.

Literaturverzeichnis

- Ackermann Jürg-Beat, Unternehmenszusammenbruch und Strafrecht – anspruchsvolle Schnittstellen, WIST 2 (2008), 57 ff.
- Andenmatten Martin, Das Zürcher Standardverfahren zur Bekämpfung der Konkursreiterei in der Praxis, WIST 16 (2026), 178 ff.
- Bachmann Roland, Das Arbeitsverhältnis im Konkurs des Arbeitgebers, Bern 2005.
- Bärtschi Harald, § 25, in: Nobel Peter/Müller Christoph (Hrsg.), Das Aktienrecht – Kommentar der ersten Stunde, Berner Kommentar, Bern 2023 (zit. Bärtschi, § 25 BK Aktienrecht, Rz. ...).
- Binder Markus/Roberto Vito, Art. 757, in: Roberto Vito/Trüb Hans Rudolf (Hrsg.), Personengesellschaften und Aktiengesellschaft Art. 530–771 OR, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 4. A., Zürich 2024 (zit. Binder/Roberto, Art. 757, CHK OR, Rz. ...).
- Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, 5. A., Zürich 2022.
- Boog Markus, § 4 Die strafrechtliche Relevanz der Maklertätigkeit, in: SVIT Schweiz (Hrsg.), Maklerrecht in der Immobilienwirtschaft, Zürich 2005, 181 ff. (zit. Boog 2005).

- Boog Markus, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Strafrecht, Basler Kommentar, Bände I und II, 4. A., Basel 2019 (zit. Boog, Art. ..., BSK StGB, Rz. ...).
- Brun Simon/Forrer Andreas, Art. 253, in: Graf Damian K. (Hrsg.), StGB, Annotierter Kommentar, 2. A., Bern 2025 (zit. Brun/Forrer, Art. 253, AK StGB, Rz. ...).
- Corboz Bernard, Les infractions en droit suisse, Volume I, 3. A., Bern 2010.
- Corboz Bernard/Aubrey Girardin Florence/Canapa Damiano, Art. 757, in: Tercier Pierre/Trigo Trindade Rita/Canapa Damiano (Hrsg.), Code des obligations II, Commentaire Romand, 3. A., Basel 2024 (zit. Corboz/Aubrey/Canapa, Art. 757, CR CO II, Rz. ...).
- Dolge Annette, Art. 122, in: Niggli Marcel Alexander/Heer Marianne/Wiprächtiger Hans, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, Basler Kommentar, 3. A., Basel 2023 (zit. Dolge, Art. 122, BSK StPO, Rz. ...).
- Donatsch Andreas/Graf Damian K./Jean-Richard-dit-Bressel Marc, Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen, 12. A., Zürich 2025 (zit. Donatsch et al., Strafrecht III).
- Donatsch Andreas/Thommen Marc/Wohlers Wolfgang, Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit, 5. A., Zürich 2017 (zit. Donatsch et al., Strafrecht IV).
- Dupuis Michel et al., Code pénal, Petit Commentaire, 2. A., Basel 2017 (zit. Dupuis et al., Art. ..., PC CP, Rz. ...).
- Dutoit Hervé, in: Macaluso Alain/Moreillon Laurent/Queloz Nicolas, Code pénal II, Commentaire Romand, 2. A., Basel 2025 (zit. Dutoit, Art. ..., CR CP II, Rz. ...).
- Eicker Andreas, Das «unter Strafe Stellen» von «wissentlicher Unrichtigkeit» als «objektive Garantie der Wahrheit» für beurkundete Kaufverträge, AJP 2008, 733 ff.
- Gasser Melanie, Die Strafanzeigeerstattung gemäss Art. 11 Abs. 2 und 3 rev-SchKG, ZZZ 68 (2024), 367 ff.
- Geiger Alex, in: Graf Damian K. (Hrsg.), StGB, Annotierter Kommentar, 2. A., Bern 2025 (zit. Geiger, Art. ..., AK StGB, Rz. ...).
- Gericke Dieter/Häusermann Daniel/Waller Stefan, in: Watter Rolf/Vogt Hans-Ueli, Obligationenrecht II, Basler Kommentar, 6. A., Basel 2023 (zit. Gericke/Häusermann/Waller, Art. ..., BSK OR II, Rz. ...).
- Gessler Dieter/Schoder Charlotte, § 16 Insolvenzstrafrecht, in: Ackermann Jürg-Beat (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, Hand- und Studienbuch, 2. A., Bern 2021, 535 ff.
- Graf Damian K., «Gerichtsstand-up-Comedy»: Gedanken zu örtlichen und sachlichen Zuständigkeitskonflikten, in: Heimgartner Stefan/Thormann Olivier/Zufferey Nathalie (Hrsg.), Tempus fugit, 20 Jahre Bundesstrafgericht, Basel 2024, 149 ff. (zit. Graf 2024).
- Graf Damian K., Gesellschaftsorgane zwischen Aktienrecht und Strafrecht, Zürich/St. Gallen 2017 (zit. Graf 2017).
- Hagenstein Nadine, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Strafrecht, Basler Kommentar, Bände I und II, 4. A., Basel 2019 (zit. Hagenstein, Art. ..., BSK StGB, Rz. ...).
- Hunkeler Daniel/Wohl Georg J./Schönmann Zeno, Art. 725b, in: Nobel Peter/Müller Christoph (Hrsg.), Das Aktienrecht – Kommentar der ersten Stunde, Berner Kommentar, Bern 2023 (zit. Hunkeler/Wohl/Schönmann, Art. 725b, BK Aktienrecht, Rz. ...).

- Hunkeler Daniel/Wohl Georg J./Schönmann Zeno, COVID-19-Verordnung Insolvenzrecht – Massnahmen des Bundes gegen Massenkonkurse, in: Jung Peter/Krauskopf Frédéric/Cramer Conradin (Hrsg.), *Theorie und Praxis des Unternehmensrechts*, 311 ff.
- Jagmetti Denise, *Zahlungen an Dienstleister bei Insolvenzgefahr*, Zürich/St. Gallen 2019.
- Jagmetti Denise/Talbot Philip, *Insolvenzerklärung juristischer Personen und Überschuldungsanzeige*, ZZZ 2022, 264 ff.
- Jeandin Nicolas/Fontanet Stéphanie, in: Jeanneret Yvan/Kuhn André/Perrier Depeursinge Camille, *Code de procédure pénale suisse, Commentaire romand*, 2. A., Basel 2019 (zit. Jeandin/Fontanet, Art. ..., CR CPP, Rz. ...).
- Jean-Richard-dit-Bressel Marc, *Kampf den leeren Aktiengesellschaften*, Tages-Anzeiger vom 18. Juni 2008, 11 (zit. Jean-Richard 2008).
- Jean-Richard-dit-Bressel Marc, *Misswirtschaft durch Konkursverschleppung bei «Wegwerfgesellschaften»*, WIST 5 (2011), 59 ff. (zit. Jean-Richard 2011).
- Jean-Richard-dit-Bressel Marc, *Waffe im Kampf gegen die «Wegwerfgesellschaften»*, pladoyer 6/2009, 29 ff. (zit. Jean-Richard 2009).
- Jean-Richard-dit-Bressel Marc/Jug-Höhener Andrea, § 41 Insolvenzstrafrecht, in: Von Pikó Rita/Uhl Laurenz/Licci Sara (Hrsg.), *Handbuch Corporate Compliance*, Basel 2022, 1193 ff.
- Jeker Marc Jan, *Die konkurs- und strafrechtliche Aufarbeitung der Kriminalinsolvenz*, Zürich/St.Gallen 2009.
- Jositsch Daniel/Schmid Niklaus, *Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar*, 4. A., Zürich/St. Gallen 2023 (zit. Jositsch/Schmid, Art. 115, PK StPO, Rz. 2).
- Kägi Urs/Zweifel Linus/Wüstiner Hanspeter, in: Watter Rolf/Vogt Hans-Ueli, *Obligationenrecht II*, Basler Kommentar, 6. A., Basel 2023 (zit. Kägi/Zweifel/Wüstiner, Art. ..., BSK OR II, Rz. ...).
- Kälin Oliver, *Buchhalterische Beurteilung von Prozessrisiken aus Beklagtensicht*, AJP 2017, 1042 ff. (zit. Kälin 2017).
- Kälin Oliver, *Konkursreiterei und Misswirtschaft*, Expert Focus 2019, 498 ff. (zit. Kälin 2019).
- Krampf Michael/Schuler Rolf, *Die aktuelle Praxis des Konkursrichters des Bezirksgerichts Zürich zu Überschuldungsanzeige, Konkursaufschub und Insolvenzerklärung juristischer Personen*, AJP 2002, 1060 ff.
- Lieber Viktor, in: Donatsch Andreas et al., *Schweizerische Strafprozessordnung, Schulthess Kommentar*, 3. A., Zürich 2020 (zit. Lieber, Art. ..., SK StPO, Rz. ...).
- Maeder Stefan, *Objektive Strafbarkeitsbedingungen – allgemein und bei Art. 166 StGB*, WIST 12 (2022), 29 ff.
- Mazzucchelli Goran/Postizzi Mario, Art. 115, in: Niggli Marcel Alexander/Heer Marianne/Wiprächtiger Hans, *Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung*, Basler Kommentar, 3. A., Basel 2023 (zit. Mazzucchelli/Postizzi, Art 115, BSK StPO, Rz. ...).
- Meisterhans Clemens/Gwelessiani Michael/Schindler Niels, *Commentaire pratique de l'Ordonnance sur le registre du commerce*, 3. A., Zürich 2023.
- Mooser Michel, *Droit notarial*, 3. A., Bern 2025.

- Moreillon Laurent/Parein-Reymond Aude, Code de procédure pénale, Petit commentaire, 3. A., Basel 2025 (zit. Moreillon/Parein-Reymond, Art. 115, PC CPP, Rz. 5.).
- Perrier Depeursinge Camille, Art. 115, in: Jeanneret Yvan/Kuhn André/Perrier Depeursinge Camille, Code de procédure pénale suisse, Commentaire romand, 2. A., Basel 2019 (zit. Perrier, Art. 115, CR CPP, Rz. ...).
- Peter Henry/Neri-Castracane Giulia, Art. 725b, in: Tercier Pierre/Trigo Trindade Rita/Cannapa Damiano (Hrsg.), Code des obligations II, Commentaire Romand, 3. A., Basel 2024 (zit. Peter/Neri-Castracane, Art. 725b, CR CO II, Rz. ...).
- Poglia Clara/Hari Olivier, in: Macaluso Alain/Moreillon Laurent/Queloz Nicolas, Code pénal II, Commentaire Romand, 2. A., Basel 2025 (zit. Poglia/Hari, Art. ..., CR CP II, Rz. ...).
- Reichle Sebastian/Stehle Bernhard, Art. 757, in: Gauch Peter/Stöckli Hubert, Präjudizienbuch OR, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2023), 11. A., Zürich 2025 (zit. Reichle/Stehle, Art. 757, PB OR, Rz. ...).
- Schaad Martin, § 17 Ökonomische Praxis zu Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung, in: Ackermann Jürg-Beat (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, Hand- und Studienbuch, 2. A., Bern 2021, 593 ff.
- Schenker Urs/Schenker Olivier, Praxisleitfaden zum revidierten Aktienrecht, Bern 2023.
- Scholl Marcel, Art. 70 in: Ackermann Jürg-Beat (Hrsg.), Kommentar Kriminelles Vermögen – Kriminelle Organisationen, Band I, Zürich 2018 (zit. Scholl, Art. 70, KKV StGB, Rz. ...).
- Schweri Erhard/Bänziger Felix, Interkantonale Gerichtsstandbestimmung in Strafsachen, 2. A., Bern 2004.
- Strasser Othmar, Die Banken im Clinch zwischen Behörden und Kunden bei Geldwäscherverdacht, Sanktionsmassnahmen und drohenden Strafen im Ausland, SJZ 120/2024, 907 ff.
- Stratenwerth Günter/Bommer Felix, Schweizerisches Strafrecht – Besonderer Teil I, Straftaten gegen Individualinteressen, 8. A., Bern 2022 (zit. Stratenwerth/Bommer, BT I).
- Stratenwerth Günter/Bommer Felix, Schweizerisches Strafrecht – Besonderer Teil II, Straftaten gegen Gemeininteressen, 7. A., Bern 2013 (zit. Stratenwerth/Bommer, BT II).
- Trechsel Stefan/Fateh-Moghadam Bijan, in: Trechsel Stefan/Pieth Mark/Geth Christopher (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 5 A., St. Gallen/Zürich 2025 (zit. Trechsel/Fateh-Moghadam, Art. ..., PK StGB, Rz. ...).
- Trechsel Stefan/Geth Christopher, in: Trechsel Stefan/Pieth Mark/Geth Christopher (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 5 A., St. Gallen/Zürich 2025 (zit. Trechsel/Geth, Art. ..., PK StGB, Rz. ...).
- Trechsel Stefan/Jean-Richard-dit-Bressel Marc, in: Trechsel Stefan/Pieth Mark/Geth Christopher (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 5 A., St. Gallen/Zürich 2025 (zit. Trechsel/Jean-Richard, Art. ..., PK StGB, Rz. ...).
- Trechsel Stefan/Jenal Florian, in: Trechsel Stefan/Pieth Mark/Geth Christopher (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 5 A., St. Gallen/Zürich 2025 (zit. Trechsel/Jenal, Art. 146, PK StGB, Rz. 3).

- Trechsel Stefan/Ogg Marcel, in: Trechsel Stefan/Pieth Mark/Geth Christopher (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 5 A., St. Gallen/Zürich 2025 (zit. Trechsel/Ogg, Art. ..., PK StGB, Rz. ...).
- Wohlens Wolfgang/Godenzi Gunhild/Schlegel Stephan, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, 5. A., Bern 2024 (zit. Autor/in, Art. ..., HK StGB, Rz. ...).
- Wüthrich Karl, Konkursöffnung in Anwendung von Art. 731b Abs. 4 OR während schon laufendem Konkursverfahren, ZZZ 57 (2022), 39 ff.

Anhang: Formular Strafanzeige Konkursamt (Kanton Zürich)

Firma: *Klicken oder tippen Sie hier, um Firma einzugeben.*

- Datum der rechtskräftigen Konkursöffnung: *Datum*
- Firmendomizil *Wählen Sie ein Element aus. Klicken oder tippen Sie hier, um Firmendomizil einzugeben.*
[Auswahl: (1) zum Zeitpunkt der Konkursöffnung (Endorgan); (2) zum Zeitpunkt des Rücktritts (Vororgan)]
- Verantwortliches Organ: *Vorname und Name.*
[separate Anzeige für jedes Organ ab Besorgniszeitpunkt]
- Organstellung: *Wählen Sie ein Element aus. von Datum bis Datum*
[Auswahl: (1) Verwaltungsrat der AG; (2) Geschäftsführungsmitglied der GmbH; (3) Faktisches Mitglied der Unternehmensleitung]
- Verdacht auf strafbare Handlungen:
 - Unterlassung der Buchführung (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR oder Art. 810 Abs. 2 Ziff. 3 OR); keine Buchhaltung beim Konkursamt vorliegend oder nur in diesem Zeitraum: *Datum bis Datum*
 - Zeitpunkt der begründeten Besorgnis zur Überschuldung (Art. 725b OR) infolge
Wählen Sie ein Element aus: Datum
[«Befriedigung nach Verwertung» und «Bezahlt» können nicht als Besorgnisdatum herangezogen werden. Betreibungen mit Bezeichnung «Erlöschen» ist der Stand vor Erlöschen massgeblich.]
[Auswahl: (1) Erste Betreibung einer öffentlich-rechtlichen Forderung; (2) Erste Betreibung eines institutionellen Gläubigers; (3) zweite Betreibung eines sonstigen Gläubigers, kein oder beseitigter RV; (4) Bilanz mit ausgewiesener Überschuldung]
 - Unterlassung der Erstellung einer Zwischenbilanz (Art. 725b Abs. 1 OR)
 - Unterlassung der Revision der Zwischenbilanz (Art. 725b Abs. 2 OR)
 - Unterlassung der Benachrichtigung des Gerichts (Art. 725b Abs. 3 OR)

- Ende des Konkursverfahrens zufolge: Wählen Sie ein Element aus. *Datum*
[Auswahl: (1) Einstellung mangels Aktiven; (2) Abschluss am]
- Summe der ungedeckt gebliebenen Forderungen: *CHF Betrag*
[falls Konkursverfahren abgeschlossen]
- Summe der offenen Betreibungen, die später als 6 Monate nach dem Wählen Sie ein Element aus. angehoben wurden: *CHF Betrag*
[falls Einstellung mangels Aktiven]
[Auswahl: (1) Besorgniszeitpunkt; (2) Einsitz des verantwortlichen Organs]
- Allfällige konkrete Hinweise auf sonstige Straftaten:
[z.B. Bezug COVID-19 Kredit basierend auf Umsatzerlös (Block 1 im COVID-Antragsformular) ohne Buchhaltung]
Bitte hier kurz umschreiben

Freundliche Grüsse

[Signatur / Name]

- Beilagen: Handelsregisterauszug
- Rechtskräftige Konkureröffnung (Urteil)
 - Konkurseinvernahme
 - Betreibungsregisterauszug
 - Konkursinventar (wenn vorhanden)
 - Betreibungsprotokolle (wenn vorhanden)
 - Buchhaltung (wenn vorhanden)
 - Kollokationsplan (wenn vorhanden)
 - Verteilungsplan (wenn vorhanden)
- Weitere:

Zusammenbrüche von Start-up-Unternehmen: Fake it till you break it

Simone Nadelhofer

Inhalt

I.	Vom Traum zum Delikt? Wenn Start-ups an der Realität scheitern	84
II.	Was ist ein Start-up?	84
III.	Warum interessiert sich das Strafrecht für gescheiterte Start-ups?	85
	1. Strafrechtlicher Umgang mit dem Scheitern	85
	2. Haftungsrisiken für Gründer und Führungskräfte	86
IV.	Beispiele international bekannter Start-up Zusammenbrüche	86
	1. Builder.ai (UK/India) – Das KI-Versprechen ohne Fundament	86
	2. Theranos (USA) – Die Blutlüge	87
	3. FTX (Bahamas/USA) – Der Krypto-Tsunami	88
	4. WeWork (USA) – Vom Unicorn zur Blase	89
V.	Genial oder kriminell? Wo das Strafrecht beginnt	90
VI.	Häufige strafrechtliche Risikofelder bei Start-ups	90
	1. Fehlende Liquidität und Überschuldung	90
	2. Täuschung und Zweckentfremdung von Investorengeldern	91
	3. Kapitalbeschaffung	91
	4. Unsaubere Buchführung und Bilanzdelikte	91
	5. Insiderhandel	92
	6. Geldwäscherei	92
VII.	Prävention und Best Practices	92
	1. Aufbau robuster Compliance-Strukturen	92
	2. Transparenz und Dokumentation	92
	3. Externe Beratung und unabhängige Audits	92
	4. Strukturiertes Risikomanagement	93
VIII.	Fazit	93
	Literaturverzeichnis	93

I. Vom Traum zum Delikt? Wenn Start-ups an der Realität scheitern

Start-ups beginnen oft mit einer bahnbrechenden Geschäftsidee. Investorinnen und Investoren zeigen Interesse, Medien feiern die Vision, Kundinnen und Kunden kaufen. Das Unternehmen wächst rasant, die Gründungsperson steht im Rampenlicht. Doch dann die Wende: Die Idee hält nicht, was sie verspricht. Die Finanzierung stockt. Der Markt reagiert enttäuscht. Was eben noch wie ein Erfolgsmodell aussah, gerät ins Wanken, bis hin zum Zusammenbruch.

In solchen Momenten wandelt sich der unternehmerische Traum nicht selten zur strafrechtlichen Realität. Was als ambitioniertes Projekt begann, kann im Lichte wirtschaftlicher Fehlentscheidungen, unzureichender Governance oder sogar bewusster Täuschung strafrechtlich relevant werden. Mit dieser kritischen Schwelle zwischen legitimer Vision und möglichem strafrechtlichem Fehlverhalten befasst sich dieser Beitrag. Dabei wird bewusst auf eine dogmatische Darstellung verzichtet, sondern eine pragmatische, praxisorientierte Darstellung verfolgt.

II. Was ist ein Start-up?

Unter einem Start-up werden hier nicht beliebige Kleinunternehmen, sondern wachstumsorientierte, innovative Jungunternehmen, häufig technologie-, daten- oder biowissenschaftlich getrieben, mit disruptivem Geschäftsmodell, erheblichem Kapitalbedarf und entsprechend hohem Risiko verstanden.

Typischerweise verfolgen Start-ups ein skalierbares Geschäftsmodell, das mit wachsender Nachfrage effizient wächst, ohne überproportionale Kostensteigerungen zu verursachen. Damit geht ein erhebliches Potenzial einher, jedoch auch eine erhebliche Unsicherheit.

Start-ups zeichnen sich insbesondere durch folgende Merkmale aus:

- *Innovationsfokus*: Entwicklung neuartiger Produkte, Dienstleistungen oder Geschäftsmodelle, oftmals mit technologischem Schwerpunkt.
- *Finanzierungsstruktur*: Typischerweise finanziert durch Risikokapital (Venture Capital), Business Angels oder Crowdfunding.
- *Unklare Profitabilität*: In der Frühphase oft nicht rentabel, da Wachstum und Marktanteilsgewinn im Vordergrund stehen.
- *Agilität und Experimentierfreude*: Iterative Vorgehensweise, kurze Entwicklungszyklen und schnelles Testen neuer Ansätze.

Gemäss dem Swiss Startup Radar 2024 wurden 2024 Jahr mehrere hundert neue Start-ups in der Schweiz gegründet.¹ Gleichzeitig stieg die Zahl der Unternehmenskonkurse markant: Laut Dun & Bradstreet wurden 2024 rund 6'047 Firmenkonkurse registriert; ein Anstieg von 19% gegenüber dem Vorjahr.² Creditreform spricht unter Einbezug von Einzelpersonen gar von fast 10'000 Konkursöffnungen.³

III. Warum interessiert sich das Strafrecht für gescheiterte Start-ups?

Gerade dynamische Jungunternehmen stehen immer wieder im Fokus von Strafverfolgungs- und Aufsichtsbehörden. Warum?

Viele Start-ups operieren mit hohem Wachstumsdruck, begrenzten Ressourcen und dem Anspruch, Investoren schnelle Resultate zu liefern. In diesem Spannungsfeld kann es zu rechtlich problematischen Entwicklungen kommen, insbesondere:

- Täuschung von Investoren, etwa über Nutzerzahlen, Technologie oder Umsatzprognosen;
- Manipulation von Geschäftszahlen, um Finanzierungsziele zu erreichen;
- Verstösse gegen regulatorische Anforderungen, z. B. im Gesundheitswesen, Fintech oder Datenschutz.

Internationale bekannte Beispiele wie z.B. Theranos oder FTX (s. dazu nachfolgend) zeigen, wie rasch die Schwelle zur Strafbarkeit überschritten werden kann, z. B. durch Betrug, ungetreue Geschäftsbesorgung oder Misswirtschaft.

1. Strafrechtlicher Umgang mit dem Scheitern

Nicht jedes gescheiterte Start-up ist automatisch kriminell. Visionen, Risikobereitschaft und überzeugendes Storytelling sind Teil der Start-up-DNA. Doch zwischen ambitionierter Marktkommunikation und strafbarer Täuschung besteht ein schmaler Grat.

Die zentralen Fragen im Strafrecht lauten: Wo endet legitimes Marketing und wo beginnt strafbare Täuschung? Wurden Investoren, Kunden oder Behörden vorsätzlich irreführt?

¹ Kyora/Rockinger/Klavins, 103.

² Dun & Bradstreet, 1.

³ Creditreform, 9.

2. Haftungsrisiken für Gründer und Führungskräfte

Im Unterschied zu traditionellen Unternehmen sind Start-up-Gründer oft nicht nur strategisch, sondern direkt und umfassend in die operative Führung involviert. Diese Nähe bringt Machtfülle, aber auch (straf-)rechtliche Verantwortung.

Nicht selten handelt es sich bei Start-up-Gründern um charismatische Persönlichkeiten, deren Überzeugungskraft Investoren, Kunden und Medien mitreißt, mitunter auch über die Grenzen der Legalität hinaus. Kommt es zu Strafrechtsverstößen, können diese deshalb der Gründungsperson oft direkt zugerechnet werden und diese sanktioniert werden.

IV. Beispiele international bekannter Start-up Zusammenbrüche

1. Builder.ai (UK/India) – Das KI-Versprechen ohne Fundament

Builder.ai wurde 2016 von Sachin Dev Duggal mit dem ambitionierten Ziel gegründet, Softwareentwicklung so einfach und zugänglich zu machen wie das Bestellen einer Pizza. Mithilfe einer KI-basierten Plattform namens «Builder Studio» und der digitalen Assistentin «Natasha» versprach das Unternehmen, komplexe Softwarelösungen automatisiert, kosteneffizient und ohne klassischen Programmieraufwand zu liefern. Diese Vision überzeugte Investoren weltweit: Bis 2023 flossen über 450 Millionen US-Dollar in das Start-up, darunter 250 Millionen von prominenten Geldgebern wie Microsoft, dem katarischen Staatsfonds und SoftBank. Die Bewertung des Unternehmens stieg dabei auf über 1,3 Milliarden US-Dollar, obwohl weder marktreife Technologie noch belastbare Umsätze vorlagen.⁴

Schon früh gab es jedoch kritische Stimmen. Bereits 2019 berichtete das Wall Street Journal, dass Builder.ai in Wirklichkeit stark auf manuelle Entwicklung setzte und die tatsächliche Rolle künstlicher Intelligenz massiv übertrieben wurde. Trotzdem blieb das Unternehmen zunächst von der allgemeinen Euphorie um den KI-Boom getragen. Whistleblower und ehemalige Mitarbeitende berichteten ab 2024 von systematischen Täuschungen gegenüber Investoren und Kunden: Leistungsversprechen wurden übertrieben, Abrechnungen intransparent gestaltet, Rückerstattungen verzögert und entscheidende Informationen über technische Machbarkeit verschleiert. 2025 kam es nach inter-

⁴ Insight Partners.

nen und externen Untersuchungen zum Kollaps: Der Umsatz stellte sich als weit geringer heraus als zuvor bekanntgegeben, ein Grossteil der Belegschaft wurde entlassen, und Kundenzugänge wurden abgeschaltet. In mehreren Ländern wurden Insolvenzanträge gestellt. Im Frühjahr nahmen zudem US-Strafverfolgungsbehörden Ermittlungen wegen möglicher Bilanzfälschung und Investorenbetrug auf. Der Schaden für Gläubiger und Investoren geht in die hundert Millionen.⁵

Der Fall Builder.ai steht exemplarisch für die Risiken eines überhitzten KI-Markts, in dem grosse Visionen häufig nicht durch erprobte Technologien gedeckt sind. Er zeigt eindrucksvoll, wie sogenannte «AI-Washing»-Strategien, also die vorsätzliche Überzeichnung von KI-Kompetenzen, strafrechtlich relevant werden können.

2. Theranos (USA) – Die Blutlüge

Theranos wurde 2003 von Elizabeth Holmes gegründet mit dem ambitionierten Versprechen, Hunderte medizinische Tests mit nur wenigen Tropfen Blut durchführen zu können. Die Idee, Diagnostik durch eine kleine tragbare Maschine radikal zu vereinfachen, faszinierte Medien, Investoren und die Gesundheitsbranche weltweit. Innerhalb weniger Jahre sammelte das Unternehmen über 700 Millionen US-Dollar ein und erreichte eine Bewertung von rund 9 Milliarden US-Dollar. Holmes, die sich öffentlich an Steve Jobs orientierte, wurde als jüngste Selfmade-Milliardärin und «weiblicher Steve Jobs» gefeiert.⁶

Doch die revolutionäre Technologie war nie funktionsfähig. Die firmeneigenen Geräte («Edison») lieferten unzuverlässige oder fehlerhafte Ergebnisse, weshalb Theranos insgeheim auf herkömmliche Laborgeräte zurückgriff, während gleichzeitig Kunden und Partner über die wahre Leistungsfähigkeit im Dunkeln gelassen wurden. Den entscheidenden Wendepunkt markierte 2015 eine Enthüllung des Wall Street Journal, die erstmals detailliert belegte, wie Testergebnisse manipuliert und externe Analysen verschleiert worden waren. Es folgten behördliche Untersuchungen in den USA, Kooperationsabbrüche und zunehmender öffentlicher Druck. 2018 stellte Theranos seinen Betrieb endgültig ein und wurde abgewickelt.⁷

Elizabeth Holmes wurde Anfang 2022 in den USA wegen Betrugs an Investoren verurteilt. Die Berufung von Holmes wurde 2024 und 2025 abgewiesen.⁸

⁵ Sun.

⁶ Tun.

⁷ Jeske, 307.

⁸ Bacher.

Der Fall Theranos gilt als Paradebeispiel für systematischen Betrug im Start-up-Umfeld, regulatorisches Versagen, Investorennäivität und die Gefahren blinder Technikeuphorie.

3. FTX (Bahamas/USA) – Der Krypto-Tsunami

FTX wurde 2019 von Sam Bankman-Fried und Gary Wang gegründet und entwickelte sich schnell zu einer der weltweit grössten Krypto-Börsen. Bei einem Höchststand im Jahr 2021 wurde das Unternehmen auf über 30 Milliarden US-Dollar bewertet und zog durch Silicon-Valley-Investoren, Prominente und sogar Staatsfonds erhebliche Summen an Kapital an. Im Zentrum befand sich jedoch die enge, intransparente Verflechtung mit der hauseigenen Handelsfirma Alameda Research, die nur wenig Kontrollmechanismen unterlag.

Der Kollaps kam im November 2022 mit dramatischer Geschwindigkeit: Ein Medienbericht löste einen massiven Kundenansturm auf Auszahlungen aus, nachdem offengelegt wurde, dass Kundeneinlagen zur Stützung von Alameda Research verwendet wurden. Daraus entstand ein geschätztes Finanzloch von rund 8 Milliarden US-Dollar. FTX meldete Insolvenz an, der Gründer trat zurück. Interne Dokumente und Aussagen von Insolvenzverwalter John J. Ray III enthüllten eine «complete failure of corporate controls»: Chaotische Buchführung, keine Aufzeichnungen, keine Trennung zwischen Kundeneinlagen und spekulativen Handelspositionen bei Alameda, Kundengelder wurden unrechtmässig verwendet.⁹

Im Dezember 2022 wurde Bankman-Fried von der Polizei auf den Bahamas verhaftet und in die USA ausgeliefert. Sein Prozess begann im Herbst 2023 in New York; im November wurde er in allen sieben Anklagepunkten, darunter «*wire fraud*», Betrug an Investoren und Geldwäscherei, schuldig gesprochen. Am 28. März 2024 verurteilte ein US-Gericht ihn zu 25 Jahren Haft, drei Jahren Überwachung nach Entlassung und einer Vermögensabschöpfung in Höhe von etwa 11 Milliarden US-Dollar. Laut US-Behörden gehört dies zu den grössten Finanzbetrügereien der US-Geschichte.¹⁰

Der Fall FTX illustriert eindrucksvoll, wie fehlende Governance, Vermögensverflechtung zwischen Unternehmen, intransparente Buchführung und grenzüberschreitende Strukturen zu einem massiven Kollaps führen können. Er wirft drängende Fragen zur Aufsicht über Kryptoplattformen, grenzüberschreitende Strafverfolgung und Investorenschutz auf. Auch für die Schweiz

⁹ Helmore, Old-fashioned embezzlement.

¹⁰ Reiff.

sind die Lehren klar: Technologie-Euphorie allein reicht nicht; klassische Werte wie Governance und Compliance sind ebenso wichtig.

4. WeWork (USA) – Vom Unicorn zur Blase

WeWork wurde 2010 von Adam Neumann und Miguel McKelvey in New York gegründet und verstand sich als innovatives Tech-Start-up mit Kultfaktor im Bereich flexibler Büroflächen. Tatsächlich basierte das Geschäftsmodell aber auf einem klassischen Immobilienhandel: Büroflächen wurden langfristig angemietet und kurzzeitig weitervermietet – mit der Idee, moderne, gemeinschaftliche Arbeitsumgebungen für Start-ups, Selbstständige und Unternehmen zu schaffen. Die Firma wuchs rasant, expandierte weltweit und sammelte über 12 Milliarden US-Dollar von namhaften Investoren ein. Im Jahr 2019 erreichte WeWork eine Bewertung von bis zu 47 Milliarden US-Dollar und plante einen spektakulären Börsengang.

Doch im Zuge der IPO-Vorbereitungen wurden massive strukturelle Schwächen sichtbar. Das Geschäftsmodell war hoch defizitär, der Kapitalbedarf enorm, und die Governance-Strukturen unprofessionell. Besonders umstritten war die Rolle von Gründer Adam Neumann, der weitreichende Kontrolle über das Unternehmen ausübte, eigene Immobilien an WeWork vermietete und durch Interessenkonflikte auffiel. Innerhalb weniger Wochen fiel die Bewertung von 47 Milliarden auf unter 10 Milliarden US-Dollar, der Börsengang wurde abgesagt und Neumann trat zurück – erhielt jedoch trotz des Desasters ein Abfindungspaket von bis zu 1,7 Milliarden US-Dollar.

2021 wagte WeWork einen zweiten Anlauf an die Börse über einen SPAC-Deal, doch auch hier blieb der Erfolg aus. Die Pandemie verschärfte die strukturellen Probleme: Leere Büros, hohe Fixkosten und geringere Nachfrage führten zu immer grösseren Verlusten. Im November 2023 folgte die offizielle Insolvenzmeldung nach Chapter 11 in den USA und Kanada. Das Unternehmen führte Schulden in Höhe von 10 bis 19 Milliarden US-Dollar auf.

Im Laufe des Jahres 2024 wurde WeWork restrukturiert. Zahlreiche Standorte wurden geschlossen, Verträge neu verhandelt und über vier Milliarden Dollar Schulden erlassen. WeWork existiert heute nur noch als deutlich verkleinerter Anbieter flexibler Bürolösungen.

Der Fall WeWork steht sinnbildlich für die Überschätzung sogenannter Tech-Start-ups, die traditionelle Geschäftsmodelle mit überhöhten Bewertungen und visionären Narrativen aufladen. Fehlende Governance, übermächtige

Gründerfiguren und ein Mangel an realwirtschaftlicher Substanz führten letztlich zu einem der spektakulärsten Zusammenbrüche der letzten Dekade.¹¹

Allerdings gab es im Fall WeWork keine strafrechtlichen Konsequenzen gegen das Unternehmen oder leitende Personen wie Adam Neumann, jedoch zahlreiche Zivilklagen.

V. Genial oder kriminell? Wo das Strafrecht beginnt

Diese Beispiele zeigen eindrücklich, dass spektakuläre Zusammenbrüche von Start-ups häufig strafrechtliche Konsequenzen haben können, aber nicht zwingend müssen. In vielen Fällen bewegen sich die Geschehnisse zumindest gefährlich nah an der Grenze zum Strafrecht. Das Strafrecht greift nicht ein, wenn Ideen scheitern. Unternehmerisches Risiko und Innovation sind Teil der wirtschaftlichen Freiheit. Das illustriert etwa der Fall WeWork: Fehlendes Controlling, überhöhte Bewertungen und eine schwache Governance sind zivil- oder gesellschaftsrechtliche Themen, aber nicht zwingend strafbar. Anders liegt der Fall jedoch, wenn Täuschung, Veruntreuung oder das vorsätzliche Missachten gesetzlicher Vorgaben ins Spiel kommen, wie beim Zusammenbruch von FTX. Dann kommt das Strafrecht zum Zug.

VI. Häufige strafrechtliche Risikofelder bei Start-ups

1. Fehlende Liquidität und Überschuldung

Gerade in Start-ups, wo Gründer oft gleichzeitig Verwaltungsrat, CEO und Mehrheitsaktionär sind, verschwimmt die Grenze zwischen persönlicher Hoffnung und objektiver Insolvenzreife schnell. Das Strafrecht setzt aber nicht bei einer blossen finanziellen Schieflage an, sondern dann, wenn gesetzliche Pflichten verletzt oder Dritte geschädigt werden. Ist ein Start-up illiquide oder überschuldet, kann ein Zuwarten der Führung in der Hoffnung auf neue Investoren strafbar werden – insbesondere, wenn in dieser Zeit unter falschen Angaben frisches Kapital angeworben wird.

Relevant werden können in solchen Situationen die Konkurs- und Betreibungsdelikte, wie z.B.:

- Gläubigerschädigung durch Vermögensminderung (Art. 164 StGB¹²)
- Konkursverschleppung und Misswirtschaft (Art. 165 StGB)

¹¹ Helmore, WeWork.

¹² Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 311.0).

- Unterlassung der Buchführung (Art. 166 StGB)

2. Täuschung und Zweckentfremdung von Investorengeldern

Bei strafrechtlich relevanten Start-up Zusammenbrüchen kommen oft auch Vermögensdelikte an den Tag, z.B. wenn Gründer oder Management bewusst falsche Angaben machen, um Investorengelder zu gewinnen oder Kundengelder veruntreuen. Ein Musterfall dafür ist FTX, wo der Gründer Kundengelder in Milliardenhöhe zweckwidrig zur Stützung eines Hedgefonds und für Privatkonsum veruntreute.¹³ Relevante Straftatbestände sind z.B.:

- Betrug (Art. 146 StGB)
- Veruntreuung (Art. 138 StGB)
- Ungetreue Geschäftsbesorgung (Art. 158 StGB)

3. Kapitalbeschaffung

Start-ups sind oft unter Druck, schnell zu wachsen und Kapital zu gewinnen. Neben Venture Capital und Business Angels sind Crowdfunding oder ICOs beliebt. Gerade in Prospekten, Pitch Decks usw. darf aber keine unrichtige oder irreführende Darstellung erfolgen. Ansonsten bestehend erhebliche Risiken, u.a. in Form der folgenden Straftatbestände:

- Betrug (Art. 146 StGB)
- Prospektbetrug (Art. 152 StGB)
- Urkundenfälschung (Art. 251 StGB)
- Unrichtige oder irreführende Angaben über das Geschäft (Art. 3b UWG¹⁴)

4. Unsaubere Buchführung und Bilanzdelikte

In Wachstumsphasen liegt der Fokus häufig auf Vision und Skalierung, nicht auf sauberer Buchführung. Das kann im Strafrecht enden. Mögliche Straftatbestände sind z.B.:

- Art. 251 StGB (Urkundenfälschung)
- Art. 325 StGB (Ordnungswidrige Führung der Geschäftsbücher)

¹³ O'Brien, FTX misused customer funds.

¹⁴ Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (UWG, SR 241).

5. Insiderhandel

Start-up Insider können versucht sein, nicht-öffentliche Informationen zu missbrauchen, gerade wenn sich ein Kollaps abzeichnet. In solchen Situationen kann der Insiderhandel nach Art. 154 FINFRAG¹⁵ relevant werden (bei Effekten, die an einem Handelsplatz in der Schweiz zugelassen sind).

6. Geldwäscherei

Wie bei diversen prominenten Start-up Zusammenbrüchen gesehen, kann es auch zu Geldwäscherei gemäss Art. 305^{bis} StGB kommen, wenn Transaktionen mit Geldern aus Vortaten, wie z.B. Betrug oder ungetreuer Geschäftsbesorgung, getätigt werden.

VII. Prävention und Best Practices

Damit Start-up Zusammenbrüche gar nicht erst strafrechtlich relevant werden, sind Prävention und gute Unternehmensführung zentral.

1. Aufbau robuster Compliance-Strukturen

Start-ups sollten von Anfang an klare Prozesse schaffen: Freigaben, Vier-Augen-Prinzip, interne Schulungen und einen Verhaltenskodex. Auch IT- und Datensicherheit sind unverzichtbar. Compliance umfasst heute immer auch Cyber-Compliance.

2. Transparenz und Dokumentation

Vollständige, nachvollziehbare Geschäftszahlen, realistische Budgets und eine sorgfältige Dokumentation von Entscheidungen sind essenziell. Gerade in Krisen gilt: Offene Kommunikation mit Investoren und Stakeholdern schützt vor späteren Täuschungsvorwürfen.

3. Externe Beratung und unabhängige Audits

Rechts- und Steuerberater oder branchenerfahrene Verwaltungsräte helfen, Risiken früh zu erkennen. Unabhängige Audits schaffen Vertrauen und decken Schwachstellen auf, bevor daraus strafrechtliche Probleme entstehen.

¹⁵ Bundesgesetz über die Finanzmarktinfrastrukturen und das Marktverhalten im Effekten- und Derivatehandel vom 19. Juni 2015 (Finanzmarktinfrastukturgesetz, FinfraG, SR 958.1).

4. Strukturiertes Risikomanagement

Frühwarnsysteme, regelmäßige Risikoanalysen und Notfallpläne helfen, bei Liquiditätsproblemen oder regulatorischen Herausforderungen handlungsfähig zu bleiben.

VIII. Fazit

Start-ups brauchen Visionen. Aber sie brauchen ebenso Wahrhaftigkeit, Transparenz und Struktur. Die Grenze zwischen ambitionierter Vision und strafbarer Täuschung ist schmal. Das Vertrauen in Märkte und Investoren basiert auf Wahrheit, nicht auf Hype. Wenn strukturelle Schwächen und unternehmerischer Druck zusammenkommen, ist die Schwelle zum Strafrecht oft niedrig. Stabilität und Verantwortungsbewusstsein sind deshalb nicht nur rechtlich, sondern auch unternehmerisch geboten.

Literaturverzeichnis

- Kyora Stefan/Rockinger Michael/Klavins Benjamin, Swiss Startup Radar 2024/2025, <https://www.startupticker.ch/assets/files/attachments/JNB_StartupRadar24_komplett_web.pdf>.
- Dun & Bradstreet, Insolvenzen von Unternehmen steigen um 16 Prozent, vom 6. November 2024, <<https://www.dnb.com/de-ch/news/konkurse-gruendungen-per-september-2024.html>>.
- Creditreform, Firmen- und Privatkonkurse 2024, vom 3. Januar 2025, <https://www.creditreform.ch/fileadmin/user_upload/central_files/_news/Presseletter/Presseletter_2025_01.pdf>.
- Insight Partners, Builder.ai announces \$250M Series D led by QIA to push new boundaries for its AI powered composable software platform, vom 23. Mai 2023, <<https://www.insightpartners.com/ideas/builder-ai-announces-250m-series-d-led-by-qia-to-push-new-boundaries-for-its-ai-powered-composable-software-platform/>>.
- Sun Yazhou, US Prosecutors Sought Builder.ai Data After Sales Overstated, Bloomberg vom 26. Mai 2025, <<https://www.bloomberg.com/news/articles/2025-05-26/us-prosecutors-sought-builder-ai-data-after-sales-overstated>>.
- Tun Zaw Thiha, Theranos: A Fallen Unicorn, Investopedia vom 21. März 2025, <<https://www.investopedia.com/articles/investing/020116/theranos-fallen-unicorn.asp>>.
- Jeske Melanie, Lessons from Theranos: Changing Narratives of Individual Ethics in Science and Engineering, Engaging Science, Technology, and Society 2020, 306 ff., <<https://estjournal.org/index.php/ests/article/view/411/269>>.

- Bacher Danielle, Elizabeth Holmes Defiantly Vows to 'Fight for My Freedom' After Her Appeal Was Denied, People vom 22. November 2023, <<https://people.com/elizabeth-holmes-defiantly-vows-to-fight-for-my-freedom-exclusive-11690947>>.
- Helmore Edward, 'Old-fashioned embezzlement': where did all of FTX's money go? The Guardian vom 4. März 2025, <<https://www.theguardian.com/business/2024/mar/27/where-did-ftx-money-go>>.
- O'Brien Matt, FTX misused customer funds, accounting expert who assisted in Enron prosecution testifies, TechCrunch, 18. Oktober 2023, online abrufbar unter: <<https://techcrunch.com/2023/10/18/ftx-misused-customer-funds-accounting-expert-who-assisted-in-enron-prosecution-testifies/>>.
- Reiff Nathan, The Collapse of FTX: What Went Wrong With the Crypto Exchange? Investopedia vom 10. Oktober 2024, <<https://www.investopedia.com/what-went-wrong-with-ftx-6828447>>.
- Helmore Edward, The dizzying rise, and even more vertiginous fall, of WeWork, TheGuardian vom 7. November 2023, <<https://www.theguardian.com/business/2023/nov/06/we-work-bankruptcy-rise-fall>>.

Ausgewählte Fragen zu Schnittstellen zwischen Insolvenz- und Straf- sowie Strafprozessrecht

Franco Lorandi

Inhalt

I.	Einleitung	96
II.	Das «Zusammenspiel» von Zivil-, Zivilprozess-, Insolvenz- und (Insolvenz-)Strafrecht	96
1.	Zivilrecht	96
2.	Zivilprozessrecht	97
3.	Insolvenzrecht: Insolvenzverfahren und Insolvenzereignisse im Überblick	98
a)	Konkurs	98
aa)	Herbeiführen des Konkurses	98
bb)	Objektive Strafbarkeitsbedingung der Insolvenzdelikte	99
cc)	Einstellung des Konkurses mangels Aktiven	100
b)	Nachlassverträge	101
c)	Pfändung und Pfändungsverlustschein	101
d)	Arrest	102
III.	Ausgewählte Fragen im Schnittbereiche Insolvenz- und Strafrecht	103
1.	Neue Anzeigepflicht der Konkursbeamten	103
2.	Revision von Art. 43 SchKG	104
3.	Geschütztes Rechtsgut bei Konkursdelikten und entsprechende zivilrechtliche Haftungsansprüche der Gläubiger	106
a)	Haftungsvoraussetzungen im Überblick	106
b)	Geschütztes Rechtsgut	106
c)	Folgen in Bezug auf den Schutznormcharakter	107
4.	Einstellung des Konkurses mangels Aktiven als haftungsmässige Sackgasse für die Gläubiger	108
5.	Geschädigtenstellung der Abtretungsgläubiger i.S.v. Art. 260 SchKG im Strafverfahren	109
a)	Regelung in der StPO	109
b)	Geschädigtenstellung der Abtretungsgläubiger gemäss Art. 260 SchKG	110
c)	Fazit und Folgen	113

6.	Restitution von Vermögenswerten an die und Verwendung von Ersatzforderungen zugunsten der Gläubiger als Geschädigte	113
a)	Resitution	113
aa)	Restitution an die Konkursgläubiger	114
i)	Im laufenden Konkursverfahren	115
ii)	Bei abgeschlossenem Konkursverfahren	115
iii)	Bei (vorgängiger) Einstellung des Konkurses mangels Aktiven	115
bb)	Restitution an die Pfändungsgläubiger	116
b)	Verwendung von Ersatzforderung zugunsten der Insolvenzgläubiger	118
aa)	Grundsätze zur Verwendung zugunsten der Geschädigten	118
bb)	Anwendung auf die Insolvenzgläubiger?	118
	Literaturverzeichnis	119

I. Einleitung

Die meisten Insolvenzdelikte (Art. 163-171 StGB) knüpfen im Sinne von objektiven Strafbarkeitsbedingungen an gewisse Insolvenzereignisse an (Konkursoröffnung, Pfändungsverlustschein, Nachlassvertrag), womit ein direkter Zusammenhang zwischen dem Insolvenz- und dem Strafrecht besteht. Darüber hinaus bestehen auch sonst verschiedene Schnittstellen zwischen dem Insolvenzrecht und dem Straf- bzw. dem Strafprozessrecht. Einzelne dieser Schnittstellen werden nachfolgend behandelt.

II. Das «Zusammenspiel» von Zivil-, Zivilprozess-, Insolvenz- und (Insolvenz-)Strafrecht

Es besteht ein inhärenter Zusammenhang zwischen dem Zivilrecht, dem Zivilprozessrecht, dem Insolvenzrecht und dem Insolvenzstrafrecht. Insofern ist es wesentlich, den Hintergrund des Insolvenzrechts zu kennen, um die Insolvenzdelikte richtig einordnen und verstehen zu können.

1. Zivilrecht

Im vorliegenden Zusammenhang sind zwei Aspekte des Zivilrechts von Bedeutung: Hat der Gläubiger einen Anspruch gegen den Schuldner? Diese Frage richtet sich vorrangig nach dem Schuldrecht. Der Anspruch kann entweder eine Geld-, Sach- oder Dienstleistung zum Gegenstand haben.

Und: Steht einer Partei ein Vorzugsrecht an einer Sache zu? Das Vorzugsrecht kann ein Pfandrecht,¹ die Sicherungsübereignung² (und damit das Eigentum) an Sachen oder die Sicherungszession von Forderungen oder anderen Rechten sein. Für die nachfolgenden Überlegungen werden solche Sicherungsrechte (weitgehend) ausgeklammert.

Zivilrechtlich gilt der Grundsatz «Geld hat man zu haben».³ Im Schuldrecht ist damit gemeint, dass Geldschulden auch dann bestehen, wenn es dem Schuldner unmöglich ist, diese zu begleichen. Damit gibt es rechtlich keine «Entschuldigungsgründe» dafür, eine Geldschuld nicht (fristgerecht) zu bezahlen.

Aufgrund des Schuldrechts steht dem Gläubiger nur ein obligatorischer Anspruch gegen den Schuldner zu. Dieser haftet zwar mit seinem gesamten Vermögen für seine Verbindlichkeiten. Dem Gläubiger steht aber (sofern er nicht über ein Vorrecht verfügt) kein Anspruch in Bezug auf spezifische Vermögenswerte des Schuldners zu.

2. Zivilprozessrecht

Wenn der Schuldner nicht freiwillig leistet, kann der Gläubiger entweder Klage erheben oder eine Betreuung einleiten. Im letztgenannten Fall muss er jedoch ebenfalls Klage führen,⁴ sofern der Schuldner Rechtsvorschlag erhebt (Art. 74 SchKG), was die Betreuung (vorerst) stoppt (Art. 78 SchKG).

Im positiven Fall erwirkt der Gläubiger auf dem Prozessweg einen Entscheid zulasten des Schuldners. Dieser ist jedoch mit einem Rechtsmittel bei der oberen kantonalen Rechtsmittelinstanz anfechtbar. Deren Entscheid kann beim Bundesgericht mit Beschwerde in Zivilsachen angefochten werden. Sofern es sich um eine materielle rechtliche Streitigkeit (und nicht «nur» um eine Rechts-

¹ Dem Pfandrecht ist das sachen- (Art. 895 ZGB) oder mietrechtliche Retentionsrecht (Art. 268 ff. OR) gleichgestellt. Gegenstand eines Pfandrechts können sämtliche Vermögenswerte sein: Grundstücke, bewegliche Sachen, Forderungen und andere Rechte (wie etwa Immaterialgüterrechte) sowie digitale Vermögenswerte.

² Bei der Begebung von Schuldbriefen ist die Sicherungsübereignung das gesetzliche Grundmodell (Art. 842 Abs. 2 ZGB; Urteil des Bundesgerichts 4A_436/2024 vom 18. Dezember 2024 E. 6.3.2).

³ Urteil des Baurekursgerichts des Kantons Zürich R2.2017.00117 vom 6. Februar 2018 E. 8.4 (= BEZ 2019 Nr. 28); Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich LZ180013 vom 1. April 2019 E. 3.2.

⁴ Dies kann definitive (Art. 80 f. SchKG) oder provisorische Rechtsöffnung (Art. 82 f. SchKG) oder Anerkennungsklage sein (Art. 79 SchKG). Selbst wenn dem Gläubiger provisorische Rechtsöffnung gewährt wird, steht dem Schuldner die Aberkennungsklage offen (Art. 83 Abs. 2 SchKG).

öffnung [Art. 80 ff. SchKG]) handelt,⁵ nimmt ein Verfahren über drei Instanzen erfahrungsgemäss drei bis fünf Jahre in Anspruch.

Erfüllt der Schuldner auch aufgrund eines (rechtskräftigen) Entscheids nicht freiwillig, kann der Gläubiger Betreuung einleiten (bzw. fortsetzen) und den allfälligen Rechtsvorschlag des Schuldners gestützt auf den Entscheid mit *definitiver Rechtsöffnung* beseitigen lassen (Art. 80 SchKG).

3. Insolvenzrecht: Insolvenzverfahren und Insolvenzergebnisse im Überblick

Ist die Betreuung nicht durch Rechtsvorschlag des Schuldners (oder durch gerichtlichen Entscheid) eingestellt worden oder wurde der Rechtsvorschlag beseitigt, so kann der Gläubiger das Fortsetzungsbegehren stellen (Art. 88 Abs. 1 SchKG). Auf welchem Weg die Betreuung fortgesetzt wird, hängt davon ab, welche Rechtsform der Schuldner aufweist bzw. in welcher Funktion er (als natürliche) Person im Handelsregister eingetragen ist.

a) Konkurs

aa) Herbeiführen des Konkurses

Alle juristischen Personen, Kollektiv- und Kommanditgesellschaften, die Investmentgesellschaft mit variablem Kapital und die Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen unterliegen der *Betreibung auf Konkurs* (Art. 39 Abs. 1 Ziff. 6 bis 14 SchKG). Eine natürliche Person unterliegt nur dann der Konkursbetreuung, wenn sie in einer der Funktionen im Handelsregister gemäss Art. 39 Abs. 1 Ziff. 1 bis 4 SchKG eingetragen ist. Für gewisse Forderungen findet auch für solche Schuldner keine Konkursbetreuung (sondern eine Betreuung auf Pfändung) statt (Art. 43 SchKG).⁶

Der *Konkurs* kann den Schuldner auch sehr kurzfristig ereilen: In gewissen Fällen, kann ein Gläubiger ohne vorgängige Betreuung sofort beim Gericht um Konkurseröffnung nachsuchen (Art. 190 SchKG). Der Schuldner kann die Konkurseröffnung auch über sich selbst bewirken (Art. 191 SchKG). Daneben gibt es Fälle, da das Gesetz die Konkurseröffnung vorsieht (Art. 192 i.V.m. Art. 293a Abs. 3, Art. 294 Abs. 3, Art. 296b, Art. 309 SchKG).

Im Jahr 2024 wurden insgesamt 20'281 Konkursverfahren (über natürliche und juristische Personen) eingeleitet; davon entfielen 17'418 auf Konkurseröffnung-

⁵ Über eine solche wird im summarischen Verfahren entschieden (Art. 251 lit. a ZPO).

⁶ Per 1. Januar 2025 sind die Ziff. 1 und 1^{bis} in Art. 43 SchKG entfallen.

gen (nach SchKG).⁷ Im Jahr 2025 waren es insgesamt 16'367 Konkursverfahren (über natürliche und juristische Personen), wovon 13'612 Konkursöffnungen nach SchKG waren.⁸ Der Konkurs ist eine Generalexécution, indem sämtliches Vermögen des Schuldners verwertet wird, um auf sämtliche Gläubigerforderungen (soweit es reicht und nach Massgabe der drei Konkursklassen; Art. 219 Abs. 4 SchKG) Dividendenzahlungen vorzunehmen sind.

bb) Objektive Strafbarkeitsbedingung der Insolvenzdelikte

Da es praktisch keine Konkursverfahren mit Aktivenüberschuss gibt, indiziert bereits die Konkursöffnung einen Verlust für die Gläubiger. Dies wird durch eine Untersuchung belegt, wonach in Konkursverfahren über juristische Personen die Drittklassgläubiger in 95% aller Verfahren ganz leer ausgehen.⁹

Aus diesem Grund knüpfen die meisten Insolvenzdelikte im Sinne einer objektiven Strafbarkeitsbedingung an den (frühen) Zeitpunkt der *Konkursöffnung* an (Art. 163 Ziff. 1, Art. 164 Ziff. 1, Art. 165 Ziff. 1, Art. 166, Art. 167 StGB). Weder eine spätere Einstellung des Konkurses mangels Aktiven (Art. 230 Abs. 2 SchKG) noch ein Widerruf des Konkurses (Art. 195 SchKG) ändern etwas an der Strafbarkeit.¹⁰ Anders verhält es sich bei Nichtigkeit der Konkursöffnung.¹¹

Wenn eine juristische Person einen *Organisationsmangel* aufweist, so kann das Zivilgericht sie als *ultima ratio* auflösen und ihre Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs anordnen (Art. 731b Abs. 1^{bis} Ziff. 3 OR). Diesfalls findet ein «normales» Konkursverfahren statt.¹² Es fehlt aber (zunächst) an ei-

⁷ Presseletter 02-2025 der Creditreform vom 6. März 2025, Firmen- und Privatkonkurse 2025, 6 (abrufbar unter <<https://www.creditreform.ch/news/news/news-details/show/weiter-steigende-zahl-der-neueintragungen-firmenkonkurse-legen-nochmals-um-fast-8-zu>>). 2'863 Konkursverfahren wurden zufolge Organisationsmängel nach Art. 731b Abs. 1^{bis} Ziff. 3 OR ausgelöst (vgl. Text vor Fn. 12), was rund 25% aller Konkursverfahren über juristische Personen entspricht.

⁸ Medienmitteilung BfS vom 21. Mai 2026, Starker Anstieg der Konkurse im Jahr 2025 ([Starker Anstieg der Konkurse im Jahr 2025 – Betreibungs- und Konkursstatistik 2025 | Medienmitteilung](#); Aufruf 23. Mai 2026).

⁹ Ernst&Young, Modul 2: Analyse der Einflussfaktoren auf die Konkurs- und Nachlassdividende in der Schweiz (Auszug aus Grundlagen der Wirtschaftspolitik Nr. 19, Seco, Bern 2010), 6; Botschaft vom 8. September 2010 zur Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (Sanierungsrecht), BBl 2010, 6455 ff., 6475; Egeli, 210; Lorandi, Effektivität, 1401.

¹⁰ BGE 84 IV 15, 16; Schubarth/Albrecht, Art. 163 StGB, N 51; Stratenwerth/Bommer, § 22, N 12.

¹¹ BGE 89 IV 77, 78 f.; 84 IV 15; Urteil des Bundesgerichts 6S.242/2001 vom 10. April 2002 E. 2.d; Donatsch, 355 f.

¹² Vgl. dazu im einzelnen Lorandi, Konkursverfahren, 1378 ff.

ner Konkursöffnung. Der Auflösungsentscheid des Zivilgerichts entspricht zwar funktional einem Konkursöffnungsentscheid des Konkursgerichts. Er erfüllt aber die objektive Strafbarkeitsbedingung der Konkursöffnung für die Insolvenzdelikte nicht.¹³ Stellt das Konkursamt (das Gesetz spricht von «eingesetzten Liquidatoren») bei der Abwicklung des Konkurses fest, dass eine Überschuldung vorliegt (was in praktisch sämtlichen Verfahren der Fall ist), so benachrichtigt es das Konkursgericht, welches nun auch formell den Konkurs eröffnet (Art. 731b Abs. 4 OR). Damit wird in solchen Organisationsmangelkursen nachträglich die objektive Strafbarkeitsbedingung Konkursöffnung herbeigeführt.

Mit *Konkursöffnung* verliert der (Gemein-)Schuldner das Verfügungsrecht über seine Vermögenswerte (Art. 204 SchKG); diese bilden die Konkursmasse, welche zur gemeinsamen Befriedigung der Gläubiger dient (Art. 197 Abs. 1 SchKG). Damit tritt der *Vollstreckungsbeschluss* ein.

cc) *Einstellung des Konkurses mangels Aktiven*

Nach Inventarisierung der Vermögenswerte (Art. 221 SchKG) muss die Konkursverwaltung entscheiden, ob die Konkursmasse voraussichtlich ausreicht, um die Kosten des summarischen Konkursverfahrens (Art. 231 SchKG) zu decken (Art. 230 Abs. 1 SchKG). Ist dies nicht der Fall, verfügt das Konkursgericht (auf Antrag der Konkursverwaltung) die Einstellung des Konkurses mangels Aktiven. Dieser Entscheid wird in den Amtsblättern publiziert und den bekannten Gläubigern mitgeteilt. Gegen Sicherstellung des in der Publikation genannten Betrages (von in der Praxis zwischen CHF 3500 und CHF 5000) können die Gläubiger innert 20 Tagen die Durchführung des Konkursverfahrens verlangen (Art. 230 Abs. 2 SchKG).

In rund *zwei Drittel aller Fälle* wird der Konkurs nur kurze Zeit nach dessen Eröffnung (definitiv) sogleich wieder mangels Aktiven eingestellt.¹⁴ Mit Einstellung des Konkurses mangels Aktiven endet der Konkursbeschluss und das Konkursverfahren.¹⁵ Es findet keine Verteilungen an die Gläubiger statt. Nach

¹³ BGE 148 IV 170 E. 3.4; PK StGB-Trechsel/Ogg, Art. 163, N 11.

¹⁴ Im Jahr 2024 waren es rund 63.9% (BfS, Eröffnungen von Konkursverfahren nach Kanton, abrufbar unter <<https://www.bfs.admin.ch/asset/de/34907026>>) und im Jahr 2025 rund 55.9% (BfS, Tabelle Konkursverfahren [\[Konkursverfahren - 2010-2025 | Daten - Tabelle\]](#); Aufruf 23. Mai 2026). Dies betrifft *sämtliche* Konkursverfahren; das BfS weist keine Zahlen für Konkurse (nur) über juristischen Personen aus.

¹⁵ Der Schuldner kann während zwei Jahren noch auf Pfändung betrieben werden (Art. 230 Abs. 3 SchKG). Zudem leben die vor der Konkursöffnung eingeleiteten Beteiligungen wieder auf (Art. 230 Abs. 4 SchKG). Bei Einstellung des Konkurses über ausgeschlagene Erbschaften und juristische Personen sieht Art. 230a SchKG Sondervorschriften vor.

Ablauf von zwei Jahren werden konkursite juristische Personen im Handelsregister gelöscht (Art. 159a Abs. 1 lit. a HRegV¹⁶) und gehen damit auch zivilrechtlich unter.

b) Nachlassverträge

Nachfolgend zu einer Nachlassstundung (Art. 293 ff. SchKG) kann der Schuldner mit seinen Gläubigern einen Nachlassvertrag abschliessen. Wenn das erforderliche Quorum der Gläubigerzustimmung erreicht wird (Art. 305 SchKG) und das Nachlassgericht den Nachlassvertrag genehmigt (Art. 306 SchKG), wird dieser für sämtliche (nicht privilegierten und nicht pfandgesicherten) Gläubiger verbindlich (Art. 310 SchKG).

Es können zwei Typen von Nachlassverträgen unterschieden werden: Beim sog. ordentlichen Nachlassvertrag können die Nachlassforderungen entweder nur gestundet sein, oder es tritt ein teilweiser Verzicht ein (Art. 314 SchKG). Beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung räumt der Nachlassschuldner seinen Gläubigern über sein gesamtes Vermögen (oder einen Teil davon) das Verfügungsrecht ein (Art. 317 SchKG), weshalb es sich (analog dem Konkurs) um eine Generalexekution handelt.¹⁷

Dort wo das Strafrecht als *objektive Strafbarkeitsbedingung* an die Konkursöffnung anknüpft (Art. 163 Ziff. 1, Art. 164 Ziff. 1, Art. 165 Ziff. 1, Art. 166, Art. 167 StGB), gelten diese Normen auch dann, wenn ein gerichtlicher Nachlassvertrag angenommen und bestätigt worden ist (Art. 171 StGB). Es kann sich um einen sog. ordentlichen Nachlassvertrag (Art. 315 ff. SchKG) oder um einen solchen mit Vermögensabtretung (Art. 317 ff. SchKG) handeln.¹⁸

c) Pfändung und Pfändungsverlustschein

Alle natürlichen Personen, welche nicht der Konkursbetreibung unterliegen, sind auf *Pfändung* zu betreiben. Die Pfändung ist eine Spezialexekution. Es wird (nur) für jene Gläubiger gepfändet, welche das Fortsetzungsbegehren gestellt haben (Art. 89 SchKG) und es wird noch so viel Vermögen (oder Einkommen) des Schuldners gepfändet, als nötig ist, um die Forderungen der pfändenden Gläubiger zu decken (Art. 97 Abs. 2 SchKG).

Nach Eingang des Fortsetzungsbegehren nimmt das Betreibungsamt die Pfändung vor (Art. 91 ff. SchKG). Mit *Vollzug der Pfändung* tritt ein *Verfügungsverbot*

¹⁶ Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007 (HRegV, SR 221.411).

¹⁷ BGE 108 III 83 E. 2 f. S. 85 ff.

¹⁸ BSK StGB II-Hagenstein, Art. 171, N 2 m.w.H.; Jean-Richard-dit-Bressel/Jug-Höhener, N 347; Donatsch, 356 f.

für den Schuldner ein (Art. 96 Abs. 1 SchKG). Die Verletzung dieses Verbots ist auch strafbewehrt (Art. 169 StGB; Art. 96 Abs. 1 SchKG).

Ob die pfändenden Gläubiger zu Verlust kommen, steht erst fest, wenn ein Verlustschein vorliegt: Konnte gar nichts gepfändet werden (sog. *leere Pfändungsurkunde*), so stellt die Pfändungsurkunde sogleich den definitiven Pfändungsverlustschein dar (Art. 115 Abs. 1 i.V.m. Art. 149 SchKG); das Verfahren ist beendet, da es nichts zu verwerten bzw. zu verteilen gibt. Konnte zwar Vermögen gepfändet werden, reicht dieses jedoch nach der Schätzung des Betreibungsamtes nicht aus, um die Forderungen aller Pfändungsgläubiger zu decken, so dient die Pfändungsurkunde als *provisorischer Verlustschein* (Art. 115 Abs. 2 i.V.m. Art. 271 Abs. 1 Ziff. 5 und Art. 285 SchKG). Dazu, wie viele (definitive) Pfändungverschlusscheine ausgestellt werden, gibt es (für die gesamte Schweiz) keine statistischen Daten.

Für die meisten Insolvenzdelikte ist das Ausstellen eines Verlustscheins eine *objektive Strafbarkeitsbedingung* (Art. 163 Ziff. 1, Art. 164 Ziff. 1, Art. 165 Ziff. 1, Art. 166, Art. 167 StGB). Dabei genügt ein provisorischer Verlustschein.¹⁹ Die nachträgliche Aufhebung des Verlustscheins zufolge Bezahlung des geschuldeten Betrags ändert an der Strafbarkeit nichts.²⁰ Dagegen darf der Verlustschein nicht nichtig (i.S.v. Art. 22 SchKG) sein.²¹

d) Arrest

Der vom Arrestgericht bewilligte und vom *Betreibungsamt vollzogene Arrest* hat in Bezug auf die verarrestierten Vermögenswerte die *gleichen Wirkungen wie eine Pfändung* (Art. 275 i.V.m. Art. 96 Abs. 1 SchKG). Der Schuldner kann nach erfolgtem Arrestvollzug Arresteinsprache führen (Art. 278 SchKG) und der Gläubiger muss den zu seinen Gunsten erwirkte Arrest prosequieren, damit dieser bestehen bleibt (Art. 279 f. SchKG). Je nach Fortgang des Verfahrens und nach der Person des Schuldners mündet der Arrest nach erfolgtem Fortsetzungsbegehren (Art. 279 Abs. 3 SchKG) in eine Pfändung oder einen Konkurs.

Die Arrestlegung als reine Sicherungsmassnahme (welche für den Arrestgläubiger mit Ausnahme von Art. 281 SchKG auch kein Vorzugsrecht begründet) stellt in Bezug auf die Insolvenzdelikte keinen relevanten Anknüpfungspunkt

¹⁹ BGE 105 IV 319 E. a) S. 320 f.; 74 IV 95, 96; Urteil des Kantonsgerichts Graubünden SK2 11 43 vom 14. Februar 2012 E. 4b; Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich SBI80092 vom 16. Dezember 2021 E. IV.1.2; Stratenwerth/Bommer, § 23, N 11; Schubarth/Albrecht, Art. 164 StGB, N 12; Donatsch, 356; Jean-Richard-dit-Bressel/Jug-Höhener, N 51a.

²⁰ BGE 84 IV 15, 16; Schubarth/Albrecht, Art. 164 StGB, N 16; Donatsch, 358 f.; PK StGB-Trechsel/Ogg, Art. 163, N 11.

²¹ Donatsch, 356.

(i.S. einer objektiven Strafbarkeitsbedingung) dar. Dies ist im Rahmen der späteren Prosequierung des Arrestes der Fall, wenn es zu einem Pfändungsverlustschein oder zur Konkursöffnung kommt.

III. Ausgewählte Fragen im Schnittbereiche Insolvenz- und Strafrecht

1. Neue Anzeigepflicht der Konkursbeamten

Per 1. Januar 2025 wurde im SchKG eine *Pflicht der Konkursbeamten* eingeführt, den *Strafverfolgungsbehörden Straftaten anzuzeigen*, welche sie im Rahmen in ihrer amtlichen Tätigkeit feststellten oder die ihnen gemeldet werden. Es müssen jedoch konkrete Verdachtsmomente bestehen und es muss sich um ein von Amtes wegen zu verfolgendes Verbrechen oder Vergehen handeln (Art. 11 Abs. 2 SchKG). Auch die für das Konkursamt tätigen Personen sind *berechtigt*, solche Straftaten anzuzeigen (Art. 11 Abs. 3 SchKG).²²

Die Anzeigepflicht trifft nur *Konkursbeamte* und deren Angestellten.²³ Dies ergibt sich schon aus dem Gesetzgebungsprozess, indem die Regelung als Abs. 7 und 8 in Art. 222 SchKG vorgesehen war;²⁴ die «Umplatzierung» in Art. 11 SchKG erfolgte erst nach Abschluss der parlamentarischen Beratungen im Sinne eines Rückkommensantrages.²⁵ Der Anzeigepflicht untersteht auch die *ausseramtliche Konkursverwaltung* (Art. 241 SchKG), da diese anstelle des Konkursamtes tätig wird und dessen Aufgaben umfassend übernimmt.²⁶

Keine Anzeigepflicht trifft dagegen die *Betreibungsbeamten* und deren Angestellte oder den Sachwalter in der Nachlassstundung,²⁷ diesbezüglich richtet sich eine Anzeigepflicht bzw. ein Anzeigerecht nach dem kantonalen Recht.²⁸ Etwas unklarer ist, was für den *Liquidator beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung* gilt (Art. 318 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG). Der Umstand, dass es sich bei einem solchen Nachlassvertrag wie beim Konkurs um eine Generalexekution handelt, und dass die Rolle und die Aufgaben des Liquidators weitgehend

²² Vgl. dazu näher Gasser, 367 ff.

²³ KUKO SchKG-Möckli, Art. 11, N 4.

²⁴ Votum Rieder, AB 2021 359.

²⁵ Voten Bregy, AB 2022 N 67, Lüscher, AB 2022 N 67 und Rieder, AB 2022 97 f.; Information Nr. 24 der Dienststelle für Oberaufsicht Schuldbetreibung und Konkurs vom 7. November 2024, Fn. 6; Rodriguez, 335.

²⁶ Chappuis/Auciello, CR LP, Art. 11 N 5.

²⁷ Gasser, 369. Der Verweis in Art. 295 Abs. 4 auf Art. 11 SchKG, welcher schon vor der Revision galt, bezieht sich nunmehr nur noch auf Art. 11 Abs. 1 SchKG.

²⁸ Dienststelle für Oberaufsicht Schuldbetreibung und Konkurs, Information Nr. 24, Ziff. 3.1.

denjenigen des Konkursamtes im Konkurs entsprechen, spricht zwar wertungsmässig dafür, dass auch der Liquidator der Anzeigepflicht i.S.v. Art. 11 Abs. 2 SchKG untersteht (vgl. auch Art. 320 Abs. 3 SchKG). Der Gesetzgebungsprozess beschränkte sich jedoch klarerweise auf eine Regelung für den Konkurs und damit die Konkursbeamten,²⁹ weshalb die Liquidatoren der genannten Anzeigepflicht *nicht* unterstehen.³⁰

Bei den anzuzeigenden Straftaten kann es sich um *jede Art von Delikt* handeln, nicht nur Insolvenzdelikte. Vorausgesetzt ist jedoch, dass diese vom Amtes wegen zu verfolgen sind. Damit entfällt eine Anzeigepflicht bei der Misswirtschaft durch einen der Pfändung unterliegenden Schuldner, da es sich diesbezüglich um ein Antragsdelikt handelt (Art. 165 Ziff. 2 StGB). Allerdings dürfte in einem solchen Fall auch nur sehr selten ein Konkursbeamter von solchen Delikten Kenntnis erlangen. Richtet sich eine Tat (namentlich in Bezug auf Art. 167 oder Art. 169 StGB) auf einen geringen Vermögenswert oder auf einen geringen Schaden,³¹ so handelt es sich nur um ein Antragsdelikt (Art. 172^{ter} Abs. 1 StGB), weshalb keine Anzeigepflicht besteht.³²

2. Revision von Art. 43 SchKG

Ob eine Person auf Pfändung oder Konkurs zu betreiben ist, hängt davon ab, ob sie in gewisser Funktion im Handelsregister eingetragen ist (Art. 39 Abs. 1 SchKG). Auch solche Personen können als Ausnahme für gewisse Forderung nur auf Pfändung betrieben werden (Art. 43 SchKG). Dies gilt für periodische Unterhalts- und Unterstützungsbeiträge sowie Unterhaltsbeiträge nach dem Partnerschaftsgesetz³³ (Art. 43 Ziff. 2 SchKG) sowie für Ansprüche auf Sicherheitsleistung (Art. 43 Ziff. 3 SchKG).

Die wichtigsten Ausnahmen sind jedoch *per 1. Januar 2025* entfallen. So unterliegen seither auch Steuern, Abgaben, Gebühren, Bussen und andere im öffentlichen Recht begründete Leistungen an öffentliche Kassen oder an Beamte (Art. 43 Ziff. 1 aSchKG) sowie Prämien der obligatorischen Unfallversicherung (Art. 43 Ziff. 1^{bis} aSchKG) der Betreuung auf Konkurs. Da es in der Praxis keine

²⁹ Wohl auch deshalb, da es sich bei den Konkursen und nicht bei den Nachlassverfahren um das «Massengeschäft» handelt.

³⁰ Gasser, 369.

³¹ Praxisgemäss liegt die Grenze bei CHF 300 (BGE 142 IV 129 E. 3.1 S. 133 f.; 123 IV 113 E. 3d S. 118 f.).

³² Dienststelle für Oberaufsicht Schuldbetreibung und Konkurs, Information Nr. 24, Ziff. 3.1.

³³ Bundesgesetz vom 18. Juni 2004 über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare (PartG, SR 211.231).

Konkursverfahren ohne solche Forderungen gibt,³⁴ werden die praktischen Auswirkungen dieser Gesetzesänderung gross sein. Es ist deshalb damit zu rechnen, dass die Zahl der Konkursöffnungen allgemein und hinsichtlich der juristischen Personen im besonderen merklich zunehmen wird. Die statistischen Daten für 2025 und für die ersten vier Monate des Jahres 2026 bestätigen dies.³⁵

Die *Motive des Gesetzgebers*³⁶ waren primär vollstreckungsrechtlicher Natur; zum einen sollten die öffentlich-rechtlichen Gläubiger gegenüber den privaten nicht länger bevorzugt werden. Zum andern sollten Schuldner (insbesondere juristische Personen) mit zweifelhafter Bonität rascher zufolge Konkursöffnung aus dem Verkehr gezogen werden,³⁷ da sich der Staat von der Haftung des antragstellenden Gläubigers für die später ungedeckten Konkurskosten (Art. 169 SchKG) kaum abschrecken lassen wird. Meines Wissens spielten im Gesetzgebungsverfahren zu Art. 43 SchKG strafrechtliche Aspekte keine Rolle.

Was sind nun aber die *Auswirkungen* der geänderten Rechtslage im *Strafrecht*? Was die erforderliche *objektiven Strafbarkeitsbedingung* der Insolvenzdelikte angeht, heisst dies, dass die Konkursöffnung künftig zeitlich früher eintreten wird, als es unter der früheren Rechtslage beim Ausstellen eines (Pfändungs-)Verlustscheins der Fall war. Zudem wird (einzig) *Misswirtschaft* eines der Pfändung unterliegenden Schuldners nur auf *Antrag eines Verlustschein-gläubigers* verfolgt, wobei der Antrag innert drei Monaten seit Zustellung des Verlustscheins zu stellen ist (Art. 165 Ziff. 2 Abs. 1 und 2 SchKG). Diese Einschränkung wird (zumindest) in Bezug auf juristische Personen als Schuldner massiv an Bedeutung verlieren.

³⁴ In Bezug auf natürliche Personen gehören die öffentlichen Hände sogar in der Regel zu den häufigsten Gläubigern.

³⁵ Vgl. oben [II.3.a\)aa\)](#).

³⁶ Der Botschaft ist dazu nichts zu entnehmen, zumal der Entwurf des Bundesrates noch ein Wahlrecht der öffentlich-rechtlichen Gläubiger vorsah, ob sie auf Pfändung oder Konkurs betreiben wollen, welches Wahlrecht im Fortsetzungsbegehren auszuüben war (Art. 43 Abs. 2 E-SchKG; BBl 2019 5193 ff., 5216). Die heutige Fassung von Art. 43 SchKG wurde erst in der parlamentarischen Debatte gefunden (AB 2021, 352 ff., 358 f.; AB 2021 N 2012 ff.; AB 2021, 1141 ff., 1144; AB 2022 N 65).

³⁷ «Damit müsste und könnte auch der Staat seinen Teil dazu beitragen, unsere Geschäftsfelder von illiquiden und eigentlich zahlungsunfähigen Unternehmen zu säubern.» (Votum Rieder, AB 2021, 352).

3. Geschütztes Rechtsgut bei Konkursdelikten und entsprechende zivilrechtliche Haftungsansprüche der Gläubiger

a) Haftungsvoraussetzungen im Überblick

Als «Mutter aller Haftungsnormen» bestimmt Art. 41 Abs. 1 OR, dass wer einem anderen widerrechtlich Schaden zufügt, ihm zum Ersatz verpflichtet ist. Die Verletzung einer Rechtsnorm ist nur dann widerrechtlich i.S.v. Art. 41 OR, wenn der Norm sog. *Schutznormqualität* zukommen (d.h. eine Norm verletzt wird, welche dem Schutz vor Schädigungen von der Art der eingetretenen dient³⁸). Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob den Insolvenzstrafnormen gemäss den Art. 163 ff. StGB *Schutznormqualität* zukommt, so dass deren Verletzung *Widerrechtlichkeit* nach Art. 41 OR zu begründen vermag.

b) Geschütztes Rechtsgut

Dazu, was das *geschützte Rechtsgut* der Art. 163 ff. StGB ist, vertreten zwei verschiedene Kammern des Bundesgerichts zwei *unterschiedliche Auffassungen*: Gemäss der *strafrechtlichen Abteilung* ist das Vermögen der Gläubiger des Konkurs- bzw. Pfändungsschuldners geschützt und zwar ihr Anspruch auf Befriedigung aus dem Vermögen des Schuldners. Entsprechend gelten die einzelnen Gläubiger als geschädigte Personen i.S.v. Art. 115 Abs. 1 StPO.³⁹ Eine Abtretung gemäss Art. 260 SchKG ist nicht erforderlich und die Konkursmasse ist selbst nicht die geschädigte Person.⁴⁰

Gemäss der *zweiten Zivilkammer* gilt dagegen folgendes: Die Insolvenzdelikte dienen dem Schutz des Zwangsvollstreckungsrechts, an dessen Ordnung sie unmittelbar anschliessen und aus der heraus sie verstanden werden müssen. Die Normen bezwecken zudem den Schutz der Gläubiger eines Schuldners, dem der Vermögensverfall droht, oder der in Vermögensverfall geraten ist.⁴¹ Die Insolvenzstrafnormen ergänzen somit den zwangsvollstreckungsrechtlichen Gläubigerschutz.⁴² Insofern ist das geschützte Rechtsgut der Konkursdelikte gemäss Art. 163 ff. StGB zwar das Vermögen der Gläubiger des Gemein-

³⁸ Anstatt vieler BGE 146 IV 211 E. 3.2 S. 314 f. m.w.H.

³⁹ BGE 148 IV 170 E. 3.4.1 S. 176; 140 IV 155 E. 3.3.2 S. 158; Urteil des Bundesgerichts 1B_418/2022 vom 17. Januar 2023 E. 3.1; 6B_1024/2016 vom 17. November 2017 E. 1.2; 6B_252/2013 vom 14. Mai 2013 E. 2.2; Graf, N 21.

⁴⁰ BSK StPO I-Mazzucchelli/Postizzi, Art. 115, N 60.

⁴¹ BGE 141 III 527 E. 3.5 S. 536; Urteil des Bundesgerichts 6B_441/2014 vom 28. Oktober 2015 E. 4.3.

⁴² BGE 134 III 52 E. 1.3.1 S. 55 f.; 148 IV 170 E. 3.4.5 S. 182 f.; 141 III 527 E. 3.5 S. 536 ff.; Urteil des Bundesgerichts 1B_418/2022 vom 17. Januar 2023 E. 3.1.

schuldners.⁴³ Zuweilen wird (in Bezug auf Art. 164, Art. 165 und Art. 167 StGB) auch gesagt, es werde das Vermögen des Schuldners und damit die Gläubiger-gemeinschaft bzw. der Schuldner geschützt.⁴⁴

c) Folgen in Bezug auf den Schutznormcharakter

Aus ihrer Umschreibung des geschützten Rechtsguts der Konkursdelikte folgert die zweite Zivilkammer, dass das Strafrecht dem Gläubigerschutz jedoch *nur durch die generalpräventive Wirkung* der Strafandrohung dient.^{45,46} Der Umfang des Gläubigerschutzes ergibt sich hingegen aus dem Zwangsvollstreckungs-recht. Den Art. 163 ff. StGB kommt damit *keine* Schutznormqualität i.S.v. Art. 41 Abs. 1 OR zu,⁴⁷ sodass Gläubiger aus einem i.S.v. Art. 163 ff. StGB tatbestandsmässigen Verhalten *keine* Schadenersatzansprüche ableiten können.

Dem ist aus verschiedenen Gründen zuzustimmen. Erstens taugen blosse Gefährungsdelikte nicht dazu, um in Bezug auf effektiv eingetretenen Schaden widerrechtlichkeitsbegründend zu wirken. Zweitens stellen die Regeln über die aktienrechtliche Verantwortlichkeit (Art. 752 ff. OR) ein an sich taugliches Re-gime dar, um Organpersonen haftbar zu machen. Drittens ergänzen die konkurs-rechtlichen Bestimmungen über die paulianische Anfechtung (Art. 285 ff. SchKG) die Handlungsmöglichkeiten, um vor der Insolvenz gläubigerschädigende Hand-lungen (gegenüber den jeweiligen Gegenparteien) auszugleichen. Viertens wi-dersprüche es (wenn man den Schutznormcharakter bejahen würde) dem haft-pflichtrechtlichen Grundsatz, dass bloss reflexartig geschädigte Personen wie die Gläubiger Haftungsansprüche (gegen den Schuldner bzw. dessen Organper-sonen) stellen könnte.⁴⁸ Es kommt in letztgenannter Hinsicht hinzu, dass es *kon-zeptionell unabdingbar* ist, dass die einzelnen Gläubigerforderungen im Konkurs-verfahren zunächst verbindlich festgestellt werden müssen. Insofern vermöchte

⁴³ BGE 148 IV 170 E. 3.4.1 S. 176; 140 IV 155 E. 3.3.2 S. 158; Urteil des Bundesgerichts 4A_423/2023 vom 7. Februar 2024 E. 4.1; 6B_562/2021 vom 7. Februar 2024 E. 3.4.1; 6B_1208/2019 vom 29. April 2020 E. 2.3.1.

⁴⁴ Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich LB110018 vom 21. Mai 2012 E. III.6; Urteil des Cour de Justice des Kantons Genf ACPR/364/2022 vom 20. Mai 2022 E. 2.7.

⁴⁵ Urteil des Bundesgerichts 6B_1133/2023 vom 11. Juli 2024 E. 3.2.3.

⁴⁶ Dem entspricht, dass einzelne der Insolvenzdelikte blosse Gefährungsdelikte sind (Urteil des Bundesgerichts 6B_940/2019 vom 6. Mai 2020 E. 3.1; 6B_418/2017 vom 23. November 2017 E. 2.2; 6B_122/2017 vom 8. Januar 2019 E. 1.7.4, E. 17.4 alle in Bezug auf Art. 163 StGB; PK StGB-Trechsel/Ogg, Art. 163, N 1; Art. 165, N 3; Art. 166, N 2; Art. 167, N 7 und Art. 168, N 6).

⁴⁷ BGE 141 III 527 E. 3.5 S. 536 ff.; Urteil des Bundesgerichts 4A_423/2023 vom 7. Februar 2024 E. 4.4.3; 7B_608/2023 vom 7. Juni 2024 E. 1.3; vgl. auch BGE 143 III 395 E. 4.2 S. 389 und E. 5.3 S. 400.

⁴⁸ Vgl. am Anfang dieses Absatzes.

selbst die Bejahung der Schutznormqualität keine Abhilfe für den Regelfall⁴⁹ zu schaffen, wenn der Konkurs mangels Aktiven eingestellt wird.⁵⁰ Dieses konzeptionelle Problem muss dort gelöst werden, wo es entsteht, d.h. es muss die Einstellung des Konkurses mangels Aktiven verhindert werden.

4. Einstellung des Konkurses mangels Aktiven als haftungsmässige Sackgasse für die Gläubiger

Wird der Konkurs (definitiv⁵¹) mangels Aktiven eingestellt (Art. 230 Abs. 2 SchKG) endet das Konkursverfahren, kaum hat es angefangen. Es finden keine Verwertungshandlungen und somit auch keine Abtretungen gemäss Art. 260 SchKG statt. Damit können die Konkursgläubiger – mangels Anwendung der Regeln des Konkursrechts – keine Ansprüche der (ehemaligen) Konkursmasse (wie etwa solche gegen Organe) geltend machen. Dies setzt *offensichtlich falsche Anreize für die Organe*, denn sie könnten geneigt sein, dafür zu sorgen, dass bei Konkurseröffnung über die juristische Person die Kassen leer sind, sodass eine Einstellung mangels Aktiven erfolgen muss. So weit so schlecht für die Gläubiger.

In Bezug auf *Ansprüche aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit* (Art. 752 ff. OR) sieht das Gesetz zwar Regeln für den Konkurs vor: Im Konkurs einer Gesellschaft sind auch die Gesellschaftsgläubiger berechtigt, Ersatz des Schadens zu verlangen, wobei an die Gesellschaft geleistet werden muss. Zunächst steht es jedoch der Konkursverwaltung zu, die Ansprüche der Gesellschaftsgläubiger (und Aktionäre) geltend zu machen (Art. 757 Abs. 1 OR). Verzichtet die Konkursverwaltung auf die Geltendmachung dieser Ansprüche, so ist hierzu jeder Gläubiger (oder Aktionär) klageberechtigt. Das Ergebnis wird vorab zur Deckung der Forderungen der klagenden Gläubiger gemäss den Bestimmungen des SchKG verwendet (Art. 757 Abs. 2 OR).

Nur vermeintlich und kurz keimt damit Hoffnung auf, wenn zuweilen gesagt wird, die Gesellschaftsgläubiger könnten sich auch dann auf Art. 757 Abs. 2 OR berufen, wenn der *Konkurs mangels Aktiven eingestellt* worden ist.⁵² Diese Hoffnung ist jedoch unberechtigt: Denn die Einstellung des Konkurses ist ein Nicht-Insolvenzverfahren. Die Gläubiger vermögen nur dann individuell

⁴⁹ Vgl. vor Fn. 14.

⁵⁰ Vgl. dazu sogleich [III.4.](#)

⁵¹ D.h. es leistet auch kein Gläubiger innert 20 Tagen den vom Konkursamt festgesetzten Kostenvorschuss (Art. 230 Abs. 2 SchKG).

⁵² BGE 146 III 441 E. 2.1 S. 442 ff.; 110 II 396 E. 2 S. 396 f.; Urteil des Bundesgerichts 4A_384/2016 vom 1. Februar 2017 E. 2.1.3.

Rechte der Konkursmasse geltend zu machen, wenn sie als Konkursgläubiger anerkannt (d.h. kolloziert) sind und über eine Abtretungsverfügung verfügen.

Zu Ende gedacht gilt folgendes: Ein mangels Aktiven geschlossener *Konkurs* kann vom Konkursgericht *wiedereröffnet* werden, wenn nachträglich noch zur Masse gehörendes Vermögen der Gesellschaft entdeckt wird.⁵³ Wurde die Gemeinschaftschuldnerin (als juristische Person) schon im Handelsregister gelöscht, kann zu diesem Zweck deren Wiedereintragung im Handelsregister verlangt werden.⁵⁴ Damit wird der Rechtsträger des Verantwortlichkeitsanspruchs wieder konstituiert. Im (wiedereröffneten) Konkursverfahren wird den Gläubigern ermöglicht, zunächst eine Kollokation ihrer Forderungen gegenüber der Gesellschaft zu erwirken. Anschliessend können sie die Abtretung des Prozessführungsrechts nach Art. 260 SchKG verlangen (oder den Anspruch auf Ersatz seines mittelbaren Gläubigerschadens gestützt auf Art. 757 Abs. 2 OR geltend machen).⁵⁵

Fazit: Es führt nichts daran vorbei, dass ein Gläubiger nur dann Ansprüche der Konkursmasse gegen Dritte geltend machen kann, wenn der Konkurs durchgeführt (und nicht mangels Aktiven eingestellt) wird – und sonst nicht.

5. Geschädigtenstellung der Abtretungsgläubiger i.S.v. Art. 260 SchKG im Strafverfahren

a) Regelung in der StPO

Geschädigt ist, wer durch die Straftat in seinen Rechten unmittelbar verletzt worden ist (Art. 115 Abs. 1 StPO). In seinen Rechten unmittelbar verletzt ist, wer Träger des durch die verletzte Strafnorm geschützten oder zumindest mitgeschützten Rechtsgut ist.⁵⁶ Die Frage, wer als *Geschädigter* gilt, ist in mehrfacher Hinsicht von Bedeutung: Als Privatklägerschaft gilt die geschädigte Person, die ausdrücklich erklärt, sich am Strafverfahren als Straf- oder Zivilkläger zu beteiligen (Art. 118 Abs. 1 StPO). Die geschädigte Person kann zivilrechtliche Ansprüche aus der Straftat als Privatklägerschaft adhäsionsweise im Strafverfahren geltend machen (Art. 122 Abs. 1 StPO). Zudem gilt der Geschädigte als Partei und kann deshalb gegen die Einstellung des Strafverfah-

⁵³ BGE 146 III 441 E. 2.1 S. 442 ff.; Urteil des Bundesgerichts 4A_407/2018 vom 5. Februar 2019 E. 4; 4A_384/2016 vom 1. Februar 2017 E. 2.1.3; 5A_306/2014 vom 17. Oktober 2014 E. 3.1; vgl. im Einzelnen Lorandi, *Wiedereröffnung*, 56 ff.

⁵⁴ BGE 146 III 441 E. 2 f. S. 442 ff.; Urteil des Bundesgerichts 4A_19/2020 vom 19. August 2020 E. 3.2 und 3.3 (nicht publiziert in BGE 146 III 441); 4A_384/2016 vom 1. Februar 2017 E. 2.1.3; 4A.3/1993 vom 29. Juli 1993 E. 1a.

⁵⁵ BGE 146 III 441 E. 2.1 S. 442 ff.; 132 III 731 E. 3.3 S. 734 f.; Urteil des Bundesgerichts 4A_384/2016 vom 1. Februar 2016 E. 2.1.3.

⁵⁶ BGE 140 IV 155 E. 3.2 S. 157 f.

rens Beschwerde in Strafsachen (Art. 322 Abs. 2 StPO) bzw. ein Rechtsmittel gegen das Urteil erheben (nicht aber in Bezug auf die ausgesprochene Sanktion; Art. 382 StPO).

Bei den *Insolvenzdelikten* gelten (gemäss der strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts) die einzelnen Gläubiger als Geschädigte,⁵⁷ nicht aber die Konkursmasse.⁵⁸ Ein Gläubiger bedarf keine Abtretungsverfügung, um sich diesbezüglich am Strafverfahren zu beteiligen. Dagegen vermag er (allein) aus der Begehung von Insolvenzdelikten keine zivilrechtlichen Haftungsansprüche abzuleiten; es fehlt diesbezüglich an der Schutznormqualität.⁵⁹

Ist der Gemeinschuldner eine juristische Person, so ist bei *Vermögensdelikten* zu ihrem Nachteil sie die geschädigte Person i.S.v. Art. 115 StPO, nicht aber deren «normalen» Gläubiger⁶⁰ (oder Aktionäre).⁶¹ Die geschädigte juristische Person verliert ihre Rechtsfähigkeit trotz Konkurs nicht; diese endet erst mit ihrer Löschung im Handelsregister,⁶² welche Löschung erst nach Abschluss des Konkursverfahrens erfolgt (Art. 159a Abs. 1 lit. a HRegV). Während des Konkursverfahrens vertritt die Konkursverwaltung den Gemeinschuldner bzw. – präziser – die Konkursmasse⁶³. So weit ist der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zuzustimmen. Für das Nachfolgende wird immer unterstellt, dass es um *Vermögensdelikte zum Nachteil der Gemeinsschuldnerin* geht.

b) Geschädigtenstellung der Abtretungsgläubiger gemäss Art. 260 SchKG

Aus dem Umstand, dass ein Abtretungsgläubiger im eigenen Namen handelt, schliesst das Bundesgericht, er könne nur so weit tätig werden, als er *selber un-*

⁵⁷ Vgl. vor Fn. 38.

⁵⁸ Vgl. vor Fn. 39.

⁵⁹ Vgl. [III.3.c](#)).

⁶⁰ Damit sind Konkursgläubiger gemeint, welche nicht über eine Abtretungsverfügung verfügen (dazu sogleich unter [III.5.b](#)).

⁶¹ BGE 148 IV 170 E. 3.3.1 S. 175; 140 IV 155 E. 3.3.1 S. 158; Urteil des Bundesgerichts 7B_60/2022 vom 21. Januar 2025 E. 3.2.1; 6B_255/2022 vom 22. März 2022 E. 2.2; 6B_1357/2021 vom 21. Februar 2023 E. 2.1.3; 6B_1277/2017 vom 29. November 2017 E. 3; 6B_187/2016 vom 17. Juni 2016 E. 1.3; 6B_990/2016 vom 3. Februar 2017 E. 2.3; 6B_1315/2015 vom 9. August 2016 E. 1.2.1; Urteil des Bundesstrafgerichts BB.2022.139 vom 31. Oktober 2023 E. 1.2.3; BSK StPO I-Mazzucchelli/Postizzi, Art. 115, N 56.

⁶² BGE 140 IV 155 E. 3.4.4 S. 160 f.

⁶³ BGE 140 IV 155 E. 3.4.4 S. 160 f.; Urteil des Bundesgerichts 6B_255/2022 vom 22. März 2022 E. 2.2. Die Konkursmasse ist jedoch *nicht* «Rechtsnachfolgerin» des Gemeinschuldners (BGE 132 III 432 E. 2.4 S. 435; Urteil des Bundesgerichts 6B_557/2010 vom 9. März 2011 E. 6.3.1; a.M. BGE 148 IV 170 E. 3.3.2 S. 175 f.; Urteil des Bundesgerichts 1B_418/2022 vom 17. Januar 2023 E. 3.1; SK StPO I-Lieber, Art. 121, N 8a; BSK StGB I-Baumann, Art. 73, N 5; Jeker, 249, Fn. 1051 und 251 f., Fn. 1066.

mittelbar in seinen Rechten verletzt sei. Die Abtretung gemäss Art. 260 SchKG habe nicht zur Folge, dass die Geschädigtenstellung auf ihn übergehe (Art. 121 StPO),⁶⁴ er könne entsprechend auch nicht adhäsionsweise Zivilklage im Strafprozess führen.⁶⁵

Hier irrt die strafrechtliche Kammer des Bundesgerichts, weil sie (anders als die beiden zivilrechtlichen Kammern) das Institut der Abtretung gemäss Art. 260 SchKG falsch deutet – trotz richtigem Ausgangspunkt;⁶⁶ Häuptli spricht zurecht von einer «offensichtliche[n] Verkennung der Rechtsnatur der Abtretung nach Art. 260 SchKG».⁶⁷ Die Abtretung i.S.v. Art. 260 SchKG ist ein betreibungs- und prozessrechtliches Institut sui generis.⁶⁸ Sie dient dem mit der Konkurseröffnung über eine Gesellschaft allgemein verfolgten Zweck, im Interesse der Gesellschaftsgläubiger das zur Masse gehörende Vermögen erhältlich zu machen;⁶⁹ die Norm steht denn auch unter dem Untertitel «V. Verwertung». Prozessual handelt es sich bei der Abtretung gemäss Art. 260 SchKG sich um eine (gesetzliche) Prozesstandschaft. Dies bedeutet, dass – zufolge der Prozesstandschaft – ein Abtretungsgläubiger, obwohl er am Anspruch nicht materiell berechtigt ist (dieser steht unverändert der Konkursmasse zu), im eigenen Namen, aber aus fremdem Recht, nämlich dem Recht der Konkursmasse an deren Stelle⁷⁰ agieren kann. Damit steht der Abtretungsgläubiger bildlich gesprochen materiellrechtlich «in den Schuhen» der Konkursmasse. Dies zeigt sich unter anderem darin, dass der Sachentscheid, welchen der Ab-

⁶⁴ BGE 140 IV 155 E. 3.4.4 S. 160 f.; Urteil des Bundesgerichts 4A_496/2018 vom 21. Juni 2019 E. 3; 6B_419/2017 vom 28. November 2018 E. 2.2; Cours de Justice des Kantons Genf ACPR/364/2022 E. 2.7; SK StPO I-Lieber, Art. 115, N 5e.

⁶⁵ Urteil des Bundesgerichts 4A_496/2018 vom 21. Juni 2019 E. 3; Urteil des Cour de Justice des Kantons Genf ACPR/983/2023 vom 18. Dezember 2023 E. 1.7.2; ACPR/35/2023 vom 17. Januar 2023 E. 6.2.1; Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Tessin 60.2022.316 vom 17. Juli 2023 E. 2.4.3; 60.2021.346 vom 19. Juli 2022 E. 5; 60.2021.315 vom 19. Juli 2022 E. 5.1; BSK StPO I-Mazzucchelli/Postizzi, Art. 115, N 26; a.M. Urteil des Kantonsgerichts Basel-Landschaft 460 12 164 vom 8. April 2013 E. 1.2.2, E. 2.1 f., wonach die Gesellschaftsgläubiger, welche gestützt auf Art. 757 OR oder Art. 260 SchKG vorgehen, den Schaden der konkursiten Gesellschaft adhäsionsweise im Strafverfahren geltend machen können.

⁶⁶ Vgl. Graf, N 19 ff.; vgl. Lötscher, N 454 ff.; auch KassGer ZH, ZR 2005 Nr. 6, E. 4 (noch zum früheren kantonalen Strafprozessrecht); a.M. Garbarski, 539.

⁶⁷ Komm. KOV-Häuptli, Art. 80, N 7.

⁶⁸ BGE 149 III 422 E. 3.4.1 S. 427; 145 III 101 E. 4.1.1 S. 103 f.; 144 III 552 E. 4.1.1 S. 554 f. (= Pra 2019 Nr. 69); 140 IV 155 E. 3.4.4 S. 160 f.

⁶⁹ Urteil des Bundesgerichts 5A_16/2023 vom 22. Juni 2023 E. 6.1.2; 4A_5/2008 vom 22. Mai 2008 E. 1.4 (beide mit Verweis auf BGE 117 II 432 E. 1b/ee S. 439).

⁷⁰ BGE 145 III 101 E. 4.1.1 S. 103 f.; 144 III 552 E. 4.1.1 S. 554 f. (= Pra 2019 Nr. 69); 139 III 391 E. 5.1 S. 394 f.; 139 III 384 E. 2.2.2 S. 389 (= Pra 2014 Nr. 18); 138 III 628 E. 5.3.2 S. 634 f.

tretungsgläubiger (als Prozessstandschafter) erstreitet, auch für die (materiellrechtlich berechtigter) Konkursmasse materielle Rechtskraft entfaltet.⁷¹

Bei einer Abtretung gemäss Art. 260 SchKG liegt keine Übertragung der Geschädigtenstellung vor. Der Hinweis des Bundesgerichts auf Art. 121 StPO (Randtitel Rechtsnachfolge) geht damit konzeptionell fehl. Es wirft damit eine Frage auf, die es verneint, welche sich gar nicht stellt. Aus diesem Grund kann aus der Verneinung der irrelevanten Frage nichts abgeleitet werden.

Sämtliche Rechte, welche der Konkursmasse (unverändert) zustehen, und welche von der Abtretungsverfügung erfasst sind, kann der Abtretungsgläubiger (im eigenen Namen) geltend machen. Dies ist eine *zwingende Folge* des Instituts von Art. 260 SchKG. Damit ist völlig ausreichend, was bei Vermögensdelikten zulasten des Gemeinschuldners unstrittig ist, dass *dieser* in seinen Rechten verletzt ist. Der Wortlaut von Art. 115 Abs. 1 StPO kann und will an dieser durch das SchKG vorgeschriebenen Rechtslage für den Konkurs nichts ändern. Es kommt hinzu, dass eine Abtretung voraussetzt, dass die Konkursmasse vorgängig auf die Geltendmachung eines Anspruchs verzichtet hat (Art. 260 Abs. 1 SchKG), aus welchem Grund die Konkursmasse nach erfolgter Abtretung in Bezug auf diesen Anspruch gar nicht mehr agieren kann.⁷²

Damit ist festzuhalten, dass im Strafrecht bzw. im Strafprozessrecht nichts anderes gilt (und nichts anderes gelten kann) als im Zivilprozess- oder Verwaltungsrecht: Der Abtretungsgläubiger kann bereits früher von der Konkursmasse (oder vom Gemeinschuldner) eingeleitete Verfahren weiterführen oder neue einleiten. Es entspricht dem (insolvenzrechtlichen) Wesen der Abtretung gemäss Art. 260 SchKG, dass der Abtretungsgläubiger im eigenen Namen alle Ansprüche geltend machen kann, welche materiell dem Gemeinschuldner – genauer der Konkursmasse – zustehen. Das ausnahmsweise Auseinanderklaffen von materieller Berechtigung (Sachlegitimation) und Prozessführungsrecht ergibt sich aus Art. 260 SchKG. Dies gilt *in sämtlichen Rechtsgebieten*. Das Strafprozessrecht bildet hier keine Insel – weshalb auch.

⁷¹ Generell für Prozessstandschafter: Urteil des Bundesgerichts 4C.138/2002 vom 22. Januar 2003 E. 2.1; Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG120163 vom 6. Dezember 2012 E. 3.6; Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich RV190004 vom 12. Dezember 2019 E. 3.3; RB210008 vom 13. Dezember 2022 E. II.4.c; BK ZPO-Zingg, Art. 59, N 139; *auch in Bezug auf den Abtretungsgläubiger*: Lötscher, N 328 ff.; Grolimund/Amman, Zivilprozessrecht, § 13, N 26; D. Staehelin, Zivilprozessrecht, § 24, N 15b; Leuenberger/Uffer-Tobler, N 3.84 und N 7.58; Baumgartner et al., Kap. 4, N 36 und. Kap. 7, N 157.

⁷² Blumenstein, 805.

c) Fazit und Folgen

Sofern der Gemeinschuldner vor Konkurseröffnung die geschädigte Person i.S.v. Art. 115 Abs. 1 StPO war und die Abtretung gemäss Art. 260 SchKG die entsprechenden Zivilansprüche der Konkursmasse erfasst, gilt – entgegen der Rechtsprechung der strafrechtlichen Abteilung⁷³ – folgendes: Der Abtretungsgläubiger kann sämtliche Rechte als geschädigter Person geltend machen, namentlich kann er sich als Privatkläger im Strafverfahren konstituieren (Art. 118 StPO), adhäsionsweise Zivilansprüche im Strafverfahren geltend machen (Art. 122 Abs. 1 StPO), Akteneinsicht nehmen (Art. 101 Abs. 1 und Art. 107 Abs. 1 lit. a StPO), gegen die Einstellung des Strafverfahrens (Art. 322 Abs. 2 StPO)⁷⁴ oder gegen das Strafurteil (Art. 382 StPO) Beschwerde in Strafsachen erheben.

6. Restitution von Vermögenswerten an die und Verwendung von Ersatzforderungen zugunsten der Gläubiger als Geschädigte

a) Restitution

Das Gericht⁷⁵ verfügt die *Einziehung* von Vermögenswerten, die durch eine Straftat erlangt worden sind oder dazu bestimmt waren, eine Straftat zu veranlassen oder zu belohnen, sofern sie nicht *dem Verletzten* zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes *ausgehändigt* werden (Art. 70 Abs. 1 StGB; sog. Restitution). Die Rückerstattung an den Verletzten geht der Einziehung zugunsten des Staates vor.⁷⁶ Voraussetzung für die Restitution eines Vermögenswertes ist, dass der ursprünglich durch die Straftat erlangte Vermögenswert vor der Straftat Teil des Vermögens der verletzten Person gewesen ist⁷⁷ bzw. dass die Straftat die wesentliche respektive adäquate Ursache für die Er-

⁷³ BGE 140 IV 155 E. 3.4.4 f. S. 160 ff.; Urteil des Bundesgerichts 1B_191/2016 vom 2. Juni 2016 E. 2.4; 6B_1082/2014 vom 3. März 2015 E. 1.5; 6B_557/2010 vom 9. März 2011 E. 7.2.

⁷⁴ Vgl. III.5.a).

⁷⁵ In klaren Fällen kann schon der Untersuchungsrichter darüber entscheiden; ansonsten entscheidet der Straf- bzw. der Einziehungsrichter (BSK StGB I-Baumann, Art. 70/71, N 54).

⁷⁶ BGE 129 IV 322 E. 2.2.4 S. 325 ff.; Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich SB210455 vom 2. September 2022 E. 3.4; Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich SB180545 vom 6. Juni 2019 E. 9.3; Urteil des Kantonsgerichts Freiburg 502 2018 211 vom 31. Oktober 2018 E. 2.2.2; BSK StGB I-Baumann, Art. 70/71, N 49.

⁷⁷ Urteil des Bundesgerichts 6B_1194/2018 vom 6. August 2019 E. 5.2 (nicht publiziert in BGE 145 IV 351).

langung des Vermögenswerts ist und dass der Vermögenswert typischerweise aus der Straftat herrührt.⁷⁸

Nachfolgend wird untersucht, ob eine Restitution an die Konkurs- bzw. Pfändungsgläubiger möglich ist.⁷⁹

aa) Restitution an die Konkursgläubiger

Die *Betreibungs- und Konkursdelikte* dienen dem Schutz des Zwangsvollstreckungsrechts. Dem Schutz der Gläubiger entspricht die Pflicht des Schuldners, bei drohendem oder eingetretenen Vermögensverfall sein noch vorhandenes Vermögen seinen Gläubigern zu erhalten.⁸⁰ Die strafbare Handlung liegt darin, dass Vermögenswerte der Konkursmasse entzogen werden. Solche dem Zugriff der Gläubiger entzogene Vermögenswerte unterliegen grundsätzlich der Einziehung.⁸¹ Sie unterliegen auch der Restitution: Bei Konkursdelikten sind die Vermögenswerte, da diese zum Zeitpunkt der Konkursöffnung in die Konkursmasse gefallen wären (Art. 197 SchKG), zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes dem zuständigen Konkursamt auszuhändigen.⁸²

⁷⁸ BGE 141 IV 155 E. 3.2 S. 160 und E. 4.1 S. 161 ff.; Urteil des Bundesgerichts 6B_344/2007 vom 1. Juli 2008 E. 3.3.

⁷⁹ Davon zu unterscheiden ist die Konstellation, dass diejenige Person, gegen welche sich die Einziehung richtet, insolvent ist (vgl. dazu Art. 44 SchKG; BGE 131 III 652 E. 3.1 S. 656; Urteil des Bundesgerichts 5A_133/2019 vom 20. Juli 2020 E. 3.1.1; 1B_388/2016 vom 6. März 2017 E. 3.3; 5A_150/2015 vom 4. Juni 2015 E. 5.2.2; 6B_834/2011 vom 11. Januar 2013 E. 4; Urteil des Bundesstrafgerichts BB.2012.84-90 vom 5. März 2013 E. 3.3 ff.).

⁸⁰ BGE 134 III 52 E. 1.3.1 S. 55 f.; Urteil des Bundesgerichts 6B_441/2014 E. 4.3; 6B_396/2014 vom 28. Oktober 2015 E. 3.1; Urteil des Kantonsgerichts Wallis P3 21 314 vom 15. Juli 2022 E. 2.3; Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt SB.2015.29 vom 6. April 2016 E. 4.1.

⁸¹ Urteil des Bundesgerichts 6B_441/2014 vom 28. Oktober 2015 E. 4.3; 6B_396/2014 vom 28. Oktober 2015 E. 3.1; 1A.38/2005 vom 18. Mai 2005 E. 3.2; Urteil des Obergerichts des Kantons Bern BK 2022 273 vom 30. September 2022 E. 5.2; Urteil des Obergerichts des Kantons Bern BK 2022 274 vom 30. September 2022 E. 3.5; Urteil des Obergerichts des Kantons Bern BK 2022 287 vom 30. September 2022 E. 4.3.

⁸² Urteil des Bundesgerichts 6B_122/2017 vom 8. Januar 2019 E. 18.3; 5A_988/2016 vom 9. Februar 2017 E. 3.2; 6B_441/2014 E. 4.3 f.; 6B_396/2014 vom 28. Oktober 2019 E. 3.1; 6B_396/2014 vom 28. Oktober 2015 E. 3.1; Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich SB210169 vom 14. Juni 2022 E. VI.b und Dispositiv Ziff. 5; SB120290 vom 10. April 2013 Dispositiv Ziff. 6; Urteil des Kantonsgerichts Freiburg 502 2023 49 vom 28. April 2023 E. 2.2.1; 502 2022 122 vom 31. August 2022 E. 2.3.3; PK StGB-Trechsel/Jean-Richard, Art. 70, N 9a; Komm. Einziehung I-Schmid, Art. 70-72 StGB, N 73; BSK StGB II-Hagenstein, vor Art. 163-171bis, N 56; vgl. auch BGer 1B_58/2018 vom 22. August 2018 E. 2.5; 1B_132/2017 vom 3. Oktober 2017 E. 3.5; Urteil des Cour de Justice des Kantons Genf ACPR/88/2021 vom 10. Februar 2021 E. 1.2.2; Jean-Richard-dit-Bressel, 80.

i. *Im laufenden Konkursverfahren*

Diese Vorgehensweise ist möglich, wenn das Konkursverfahren im Zeitpunkt der Restitution noch im Gange ist.

Auch wenn im Konkurs Ansprüchen im Zusammenhang mit der Restitution an einzelne Gläubiger *gemäss* Art. 260 SchKG abgetreten worden sind, so erfolgt nach Ansicht des Bundesgerichts die Herausgabe gleichsam an das Konkursamt, da durch Erlass der Abtretungsverfügung nichts an der materiellen Berechtigung der Konkursmasse geändert werde.⁸³ Aufgrund des Wesens der Abtretung *gemäss* Art. 260 SchKG⁸⁴ könnte bzw. müsste meines Erachtens die Ablieferung jedoch richterweise an den Abtretungsgläubiger erfolgen. Selbst wenn die Ablieferung an das Konkursamt erfolgt, so ändert dies jedoch nichts daran, dass dem Abtretungsgläubiger aus insolvenzrechtlicher Sicht der Masse gegenüber bis zur Höhe seiner Forderung ein Vorrecht zukommt (Art. 260 Abs. 2 SchKG). Vorausgesetzt ist dabei, dass der Abtretungsgläubiger durch seine Handlungen aktiv und kausal auf die Restitution hingewirkt hat. Ist dies nicht der Fall, dann wird die Konkursverwaltung den Verwertungserlös der restituierten Vermögenswerte unter alle Konkursgläubiger (nach Massgabe der rechtskräftigen Verteilungsliste; Art. 261 SchKG) verteilen. Im Streitfall ist im SchKG-Beschwerdeverfahren durch die Aufsichtsbehörden darüber zu entscheiden (Art. 17 ff. SchKG).

ii. *Bei abgeschlossenem Konkursverfahren*

Der dargestellten Vorgehensweise steht nicht entgegen, wenn das Konkursverfahren schon geschlossen worden ist (Art. 268 SchKG). Diesfalls findet – zuzufolge des neu hinzugekommen Aktivums aus dem Strafverfahren – ein *Nachkonkurs* statt (Art. 269 SchKG). Das Konkursamt nimmt ohne weitere Förmlichkeiten (und ohne, dass der Konkurs nochmals eröffnet werden müsste) nötigenfalls die Verwertung und anschliessend die Verteilung an die Gläubiger vor (Art. 269 Abs. 1 SchKG).

iii. *Bei (vorgängiger) Einstellung des Konkurses mangels Aktiven*

Auch die (frühere) Einstellung des Konkurses mangels Aktiven (Art. 230 Abs. 2 SchKG) stellt kein Hindernis für die Aushändigung an das Konkursamt dar. Ein mangels Aktiven eingestellter *Konkurs* kann vom Konkursgericht *wiedereröffnet* werden, wenn nachträglich noch zur Masse gehörendes Vermögen

⁸³ Urteil des Bundesgerichts 6B_122/2017 vom 8. Januar 2019 E. 18.4.1; KGer FR 502 2022 122 E. 2.3.3.

⁸⁴ Vgl. [III.5.b](#).

des Gemeinschuldners entdeckt wird.⁸⁵ Letzteres ist zufolge der aus dem Strafverfahren neu hinzugekommenen Vermögenswerte der Fall. Antragsberechtigt sind sowohl einzelne Gläubiger als auch das Konkursamt.⁸⁶ Das Konkursamt wickelt das Konkursverfahren ab. Es verwertet dabei die restituierten Vermögenswerte und richtet den Erlös an die Konkursgläubiger aus.

bb) Restitution an die Pfändungsgläubiger

Schwieriger erweist sich die *Vorgehensweise bei der Pfändung*. Wendet man die Regeln zum Konkurs⁸⁷ analog auf die Pfändung an, würde folgendes gelten: Die strafbare Handlung liegt darin, dass Vermögenswerte der Pfändung entzogen werden. Solche dem Zugriff der Gläubiger entzogene Vermögenswerte unterliegen grundsätzlich der Einziehung. Bei Insolvenzdelikten sind die Vermögenswerte, da diese zum Zeitpunkt des Pfändungsvollzugs der Pfändung unterlägen hätten, zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes dem zuständigen *Betreibungsamt auszuhändigen*.⁸⁸ Bei Wohnortwechsel des Schuldners müsste die Herausgabe m.E. an das im Zeitpunkt der Herausgabe örtlich zuständige Betreibungsamt erfolgen.

Da es sich bei der Pfändung um eine *Spezialexécution* für einzelne Gläubiger handelt, ist *unklar*, wie das Betreibungsamt *verfahrensmässig* mit solchen Vermögenswerten aus dem Strafverfahren umzugehen hat. Denkbar ist eine Notifikation jener Verlustscheingläubiger, welche durch die strafbare Handlung bei «ihrer» Pfändung zu Verlust gekommen sind (und demzufolge einen Pfändungsverlustschein erhalten haben).⁸⁹ Gläubiger mit provisorischem Verlustschein können – wenn sie Kenntnis von den Vermögenswerten beim Betreibungsamt erlangt haben – innert Jahresfrist die *Pfändung neu entdeckter Vermögenswerte verlangen* (Art. 115 Abs. 3 SchKG).⁹⁰ Der Gläubiger mit einem

⁸⁵ BGE 110 II 396 E. 2 S. 396 f.; 90 II 247 E. 2 S. 252 ff.; Urteil des Bundesgerichts 5A_36/2022 vom 25. Mai 2023 E. 2; 5A_857/2020 vom 31. Mai 2021 E. 2.1.1; 4A_467/2018 vom 9. Mai 2019 E. 5.2; 4A_407/2018 E. 4.

⁸⁶ Urteil des Bundesgerichts 4A_467/2018 vom 9. Mai 2019 E. 5.2; BSK SchKG II-Lustenberger/Schenker, Art. 230, N 12a.

⁸⁷ Vgl. vor Fn. 81.

⁸⁸ Komm. Einziehung I-Schmid, Art. 70-72, N 73; BSK StGB II-Hagenstein, vor Art. 163-171^{bis}, N 56; Jean-Richard-dit-Bressel/Jud-Höhener, N 48; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 1B_132/2017 vom 3. Oktober 2017 E. 3.5.

⁸⁹ Eine andere (praktische) Frage ist, wie das Betreibungsamt in tatsächlicher Hinsicht feststellen kann, welche Gläubiger durch das konkrete strafrechtlich relevante Verhalten einen Nachteil im Rahmen «ihrer» Betreuung erlitten haben. Dies gilt vor allem für Betreibungen, welchen (seit Vornahme der inkriminierten Handlung) verschiedene andere Betreibungen zeitlich vorgehen.

⁹⁰ Vgl. generell (ohne Bezug auf die vorliegende Konstellation) BSK SchKG I-Schöniger/Rüetschi, Art. 145, N 5.

definitiven Verlustschein kann *innert sechs Monaten* nach Zustellung des Verlustscheins ohne neuen Zahlungsbefehl auch die *Betreibung fortsetzen* (Art. 149 Abs. 3 SchKG).⁹¹ Aufgrund der zeitlichen Restriktionen dürften diese Vorgehensweisen wohl nur selten Platz greifen.

Alternativ (vor allem nach Ablauf der Frist von einem Jahr bzw. sechs Monaten) kommt m.E. eine *Nachpfändung* vom Amtes wegen (Art. 145 SchKG) analog in Betracht⁹², wenn Vermögenswerte des Schuldners, welche entgegen Art. 91 SchKG nicht in die Pfändung einbezogen (oder vom Betreibungsamt nicht in die Pfändungsurkunde aufgenommen) wurden, obwohl sie zur Zeit der Pfändung schon vorhanden waren.⁹³ Eine solche Vorgehensweise kommt ganz generell zur Anwendung, wenn «aus welchen Gründen auch immer» eine Pfändung nicht möglich war.⁹⁴ Erforderlich ist jedoch immer, dass vorgängig eine Hauptpfändung erfolgt ist.⁹⁵

Der Verlustschein gläubiger kann zudem (ohne zeitliche Beschränkungen)⁹⁶ die beim Betreibungsamt befindlichen *Vermögenswerte* auch *mit Arrest belegen* lassen (Art. 271 Abs. 1 Ziff. 5 SchKG), wobei er hierfür zunächst ans Arrestgericht gelangen muss (Art. 272 SchKG). Der Arrestbefehl des Arrestgerichts (Art. 274 SchKG) wird nachfolgend durch das zuständige Betreibungsamt nach den Regeln über die Pfändung vollzogen (Art. 275 SchKG). Anschliessend muss der Gläubiger den Arrest mittels *Betreibung* oder *Klage* prosequieren (Art. 279 SchKG).

⁹¹ Vgl. BGE 116 III 91 E. 2.b S. 94 f. (in Bezug auf eine laufende *Betreibung*), in welchem Entscheid es jedoch nicht um einen von den Strafbehörden abgelieferten Betrag ging; BSK SchKG I-Roth, Art. 131, N 73.

⁹² Vgl. Dispositiv Ziff. 8 der Vorinstanz (BezGer Meilen) in Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich SB160416 vom 2. Juni 2017.

⁹³ Urteil des Kantonsgerichts Graubünden SKA 98 61 vom 9. März 1999 (PKG 1999 Nr. 29) E. 1; Urteil des Kantonsgerichts Graubünden SKA 03 20 vom 19. August 2003 E. 1.c; Urteil des Kantonsgerichts Graubünden KSK 10 57 vom 30. September 2010 E. 3.2.c.

⁹⁴ BGE 120 III 86 E. 3.d S. 86 f.; Urteil des Bundesgerichts 5A_146/2018 vom 5. November 2018 E. 3.5.3; Urteil der Aufsichtsbehörde SchKG des Kantons Neuenburg ASLP.2004.1 vom 9. August 2004 E. 2.b; Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Tessin 15.2012.135 vom 30. Januar 2013 E. 3; BSK SchKG I-Schöniger/Rüetschi, Art. 145, N 14; SK SchKG-Schmid, Art. 145, N 11; vgl. auch 58 III 163 E. 2 S. 164 f.; 48 III 86 E. 2 S. 87 f.

⁹⁵ BSK SchKG I-Schöniger/Rüetschi, Art. 145, N 4; SK SchKG-Schmid, Art. 145, N 13.

⁹⁶ Sofern er Kenntnis der Restitution an das Betreibungsamt hat.

b) Verwendung von Ersatzforderung zugunsten der Insolvenzgläubiger

aa) Grundsätze zur Verwendung zugunsten der Geschädigten

Sind die der Einziehung unterliegenden Vermögenswerte nicht mehr vorhanden, so erkennt das Gericht auf eine *Ersatzforderung* des Staates in gleicher Höhe, gegenüber einem Dritten jedoch nur, soweit dies nicht nach Art. 70 Abs. 2 StGB ausgeschlossen ist (Art. 71 Abs. 1 StGB).

Unter gewissen Voraussetzungen können (eingezogene Gegenstände sowie) Ersatzforderungen *zugunsten des Geschädigten verwendet* werden. Vorausgesetzt ist, dass dieser durch ein Verbrechen oder ein Vergehen einen Schaden erleidet (der nicht durch eine Versicherung gedeckt ist), und anzunehmen ist, dass der Täter den Schaden nicht ersetzen wird. Eine entsprechende *Anordnung des Gerichts* (in einem Zivil- oder Strafverfahren⁹⁷) setzt voraus, dass der Geschädigte einen Antrag stellt und die Höhe des Schadenersatzes gerichtlich oder durch Vergleich festgesetzt worden ist (Art. 73 Abs. 1 StGB). Die Regelung setzt einen Vermögensschaden des Geschädigten voraus⁹⁸ und bezweckt, diesem bei der Durchsetzung seiner Schadenersatzforderung zu helfen.⁹⁹ Er muss aber selbst die Schritte unternehmen, um zu einem Rechtstitel für seine Schadenersatzforderung zu gelangen.¹⁰⁰

bb) Anwendung auf die Insolvenzgläubiger?

Der Verwendung von Ersatzforderungen zugunsten der Insolvenzgläubiger stehen verschiedene *konzeptionelle Hürden* entgegen: Art. 73 StGB setzt einerseits einen Vermögensschaden des Geschädigten und andererseits die autoritative Festsetzung des Schadens voraus¹⁰¹. Den Insolvenzdelikten kommt jedoch keine Schutznormqualität i.S.v. Art. 41 Abs. 1 OR zu, sodass Gläubiger aus einem i.S.v. Art. 163 ff. StGB tatbestandsmässigen Verhalten keine Schadenersatzansprüche ableiten können.¹⁰²

⁹⁷ Urteil des Bundesgerichts 6B_1353/2019 vom 23. September 2020 E. 3.2; 6B_64/2021 vom 7. September 2022 E. 4.3; 6B_906/2010 vom 31. Januar 2011 E. 2.3.2; Urteil des Cour de Justice des Kantons Genf ACPR/315/2021 vom 12. Mai 2021 E. 3.2.1.

⁹⁸ BSK StGB I-Baumann, Art. 73, N 6.

⁹⁹ Urteil des Bundesgerichts 6B_511/2020 vom 10. März 2021 E. 5.4.3; 6B_542/2020 vom 8. April 2021 E. 3.1; 6B_1353/2019 vom 23. September 2020 E. 3.2.

¹⁰⁰ Urteil des Bundesgerichts 6B_1353/2019 vom 23. September 2020 E. 3.2.; 6B_720/2021 vom 11. März 2022 E. 2.4.2; Cour de Justice des Kantons Genf ACPR/315/2021 E. 3.2.1.

¹⁰¹ Vgl. [III.6.a\)](#).

¹⁰² Vgl. [III.3.c\)](#).

Zudem stellen in Bezug auf die verlässliche Feststellung des Anspruchs des Geschädigten weder die definitive Zulassung einer Forderung im Konkursverfahren noch ein Verlustschein im Insolvenzverfahren einen vollstreckbaren Forderungstitel im Sinne von Art. 73 StGB dar.¹⁰³

Damit kann ein geschädigter Gläubiger Art. 73 StGB im Zusammenhang mit Insolvenzdelikten *nicht* fruchtbar machen.¹⁰⁴

Statistische Daten zu den Insolvenzdelikten

Erwachsene: Verurteilungen für ein Vergehen oder Verbrechen nach Artikeln des Strafgesetzbuches (StGB), Schweiz

Art.	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022	2023	2024	2025	Total	
163	Betrügerischer Konkurs und Pfändungsbetrug	246	284	254	297	314	263	269	240	242	241	2'650
164	Gläubigerschädigung durch Vermögensminderung	43	64	48	42	59	40	51	56	78	71	552
165	Misswirtschaft	173	276	260	308	384	371	357	415	490	573	3'607
166	Unterlassung der Buchführung	285	369	365	422	434	473	497	601	749	917	5'112
167	Bevorzugung eines Gläubigers	14	22	12	23	14	23	18	19	16	19	180
168	Bestechung bei Zwangsvollstreckung	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
169	Verfügung über mit Beschlag belegten Vermögenswerte	1'135	930	1'182	1'354	1'431	1'230	1'132	1'037	1'170	1'191	11'792
170	Erschleichung eines gerichtlichen Nachlassvertrages	0	0	0	0	0	0	0	0	1	0	1

Stand des Strafregisters: 31.03.2026

Quelle: Bundesamt für Statistik – Strafurteilsstatistik (SUS)

© BFS – 2026

Literaturverzeichnis

bitte fügen Sie noch das Vollzitat für CR LP ein (vgl. neue Fussnote auf S. 103)!|

Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, Art. 1-158 SchKG, in: Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (Hrsg.), 3. A., Basel 2021 (BSK SchKG I-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).

Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, Art. 159-352 SchKG, in: Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (Hrsg.), 3. A., Basel 2021 (BSK SchKG II-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).

Basler Kommentar, Strafrecht I, Art. 1-136 StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), 4. A., Basel 2019 (zit. BSK StGB I-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).

Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 137-392 StGB, Jugendstrafgesetz, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), 4. A., Basel 2019 (zit. BSK StGB II-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).

¹⁰³ Urteil des Bundesgerichts 6B_1353/2019 vom 23. September 2020 E. 4.2.

¹⁰⁴ Jean-Richard-dit-Bressel/Jug-Höhener, N 49.

- Basler Kommentar zur Schweizerische Strafprozessordnung, Art. 1-195 StPO, in: Niggli Marcel Alexander/Heer Marianne/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), 3. A., Basel 2023 (zit. BSK StPO I-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).
- Baumgartner Samuel et al., Schweizerisches Zivilprozessrecht, 11. A., Bern 2024 (zit. Baumgartner et al., Kap. XX, N YY).
- Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Art. 1-149 ZPO, Band I, in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Bern 2012 (zit. BK ZPO-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).
- Blumenstein Ernst, Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechts, Bern 1911.
- Commentaire Romand, Poursuite et faillite (LP), in: Foëx Bénédict/Jeandin Nicolas/Braroni Andrea/Chappuis Benoît (Hrsg.), 2. A., Basel 2015 (zit. Bearbeiter, CR LP, Art. XX, N YY).
- Donatsch Andreas, Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen, 11. A., Zürich/Basel/Genf 2018.
- Egeli Raoul, Bonitätsrisiken erkennen, bewerten, vermeiden, 2. A., Zürich 2018.
- Garbarski Andrew M., Qualité de partie plaignante du créancier cessionnaire des droits de la masse, GesKR 2014, 536 ff.
- Gasser Melanie, Die Strafanzeigeerstattung gemäss Art. 11 Abs. 2 und 3 revSchKG, ZZZ 68/2024, 367 ff.
- Graf Damian K., Geschädigtenstellung und vertretungsweise Geltendmachung von Zivilforderungen im Strafprozess, Jusletter, 3. November 2014.
- Jean-Richard-dit-Bressel Marc, Konkursprivileg durch Strafrecht?, ZZZ 41/2017, 74 ff.
- Jean-Richard-dit-Bressel Marc/Jug-Höhener Andrea, § 41 Insolvenzstrafrecht, in: Pikó Rita/Uhl Laurenz/Licci Sara (Hrsg.), Handbuch Corporate Compliance, Basel 2022, 1178 ff.
- Jeker Marc J., Die konkurs- und strafrechtliche Aufarbeitung der Kriminalinsolvenz, Diss. St. Gallen 2009.
- Kommentar Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, Band. I, in: Schmid Niklaus (Hrsg.), 2. A., Zürich 2007 (zit. Komm. Einziehung I-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).
- Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Besonderer Teil, Band 2: Delikte gegen das Vermögen, Art. 137-172 StGB, in: Schubarth Martin/Albrecht Peter, 1. A., Bern 1990 (zit. Schubarth/Albrecht, Art. XX StGB, N YY).
- Kommentar zur Verordnung über die Geschäftsführung der Konkursämter (KOV), in: Milani Dominik/Wohlgemuth Marc (Hrsg.), Zürich 2016 (zit. Komm. KOV-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).
- Kurzkommentar, Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, in: Hunkeler Daniel (Hrsg.), 3. A., Basel 2025 (zit. KUKO SchKG-Bearbeiter/in Art. XX, N YY).
- Leuenberger Christoph/Uffer-Tobler Beatrice, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. A., Bern 2016.
- Lorandi Franco, Gedanken zur Effektivität unseres Systems zur Vollstreckung von Geldforderungen, AJP 2020, 1396 ff. (zit. Lorandi, Effektivität).
- Lorandi Franco, Konkursverfahren über Handelsgesellschaften ohne Konkursöffnung – Gedanken zu Art. 731b OR, AJP 2008, 1378 ff. (zit. Lorandi, Konkursverfahren).

- Lorandi Franco, Wiedereröffnung des Konkurses, AJP 2018, 56 ff. (Lorandi, Wiedereröffnung).
- Lötscher Cordula, Die Prozessstandschaft im Schweizerischen Zivilprozessrecht, Diss. Basel 2016.
- Praxiskommentar zum Schweizerischen Strafgesetzbuch, StGB, in: Trechsel Stefan/Pieth Mark (Hrsg.), 4. A., Zürich 2021 (zit. PK StGB-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).
- Rodriguez Rodrigo, Bundesgesetz über die Bekämpfung des missbräuchlichen Konkurses, ZZZ 64/2023, 335 ff.
- Schulthess Kommentar, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Vock Dominik (Hrsg.), 4. A., Zürich 2017 (SK SchKG-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).
- Schulthess Kommentar, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung StPO, Art. 1-195, in: Donatsch Andreas et al. (Hrsg.), 3. A., Zürich 2020 (zit. SK StPO I-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).
- Stahelin Daniel/Grolimund Pascal (Hrsg.), Zivilprozessrecht, Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts (Bearbeiter/in, Zivilprozessrecht, § XX, N YY).
- Stratenwerth Günter/Bommer Felix, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I, Straftaten gegen Individualinteressen, 8. A., Bern 2022 (zit. Stratenwerth/Bommer, § XX, N YY).

Teil 2: Beiträge zu aktuellen Entwicklungen

Verwaltungsstrafrecht

Friedrich Frank

Inhalt

I.	Einleitung	125
II.	Relevante Entscheide	126
	1. Bundesgericht 6B_1230/2023 vom 6. Februar 2025	126
	2. Bundesgericht 7B_540/2023 und 7B_541/2023 vom 6. Februar 2025	126
	3. Bundesstrafgericht BB.2024.51 vom 10. Februar 2025	127
	4. Bundesstrafgericht SK.2024.32 vom 19. März 2025	128
	5. Bundesstrafgericht SK.2024.37 vom 2. April 2025	128
	6. Bundesgericht 6B_1360/2022, 6B_1362/2022, 6B_1378/2022 vom 22. Juli 2024	129
	7. Bundesgericht 7B_515/2024 v. 3. April 2025	129
III.	Neue Publikationen zum Verwaltungsstrafrecht	130
IV.	Literaturverzeichnis	130

I. Einleitung

Auch im konkreten Berichtszeitraum gibt es keine neuen Erkenntnisse zur Totalrevision des Verwaltungsstrafrechts, welche in einem «Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht und das Verwaltungsstrafverfahren» münden soll. Die Vernehmlassung dauert bis am 10. Mai 2024, seitdem war nichts mehr zu hören. Unbestätigten Gerüchten zufolge wird indes über eine Zuständigkeit des Bundesstrafgerichts in sämtlichen Verwaltungsstrafverfahren nachgedacht – dies wäre immerhin zu begrüßen.¹

Neues gibt es aber aus Rechtsprechung und Literatur. So ergingen zahlreiche neue, leider aber nicht immer erfreuliche Entscheide zu teilweise sehr wichtigen Praxisfragen, etwa zur Zulassung von (staatlichen) Privatklägern bei verwaltungsstrafrechtlichen Vorwürfen, zur Auslegung von Art. 14 Abs. 1 VStrR, zur verjährungsbeendenden Wirkung der Strafverfügung und zum Beginn der Durchführungsverjährung im Mehrwertsteuerstrafrecht. Bemerkenswert ist auch die Zahl wissenschaftlicher Veröffentlichungen zum Verwaltungsstraf-

¹ Vgl. dazu auch Frank, 491 ff.

recht, welche weiter steigt – offenbar kommt dem Rechtsgebiet eine immer wichtige Bedeutung zu.

II. Relevante Entscheide

1. Bundesgericht 6B_1230/2023 vom 6. Februar 2025 (Abgabebetrag und VSt-Hinterziehung)

Im Entscheid 6B_1230/2023 vom 6. Februar 2025 befasste sich das Bundesgericht mit der Frage, ob ein Verwaltungsstrafverfahren wegen Abgabebetrag und Verrechnungssteuerhinterziehung zulässig ist, wenn zuvor ein Strafverfahren wegen desselben Sachverhalts eingestellt wurde. Die Bundesanwaltschaft hatte nämlich ein Verfahren wegen Bestechung und ungetreuer Geschäftsbesorgung eingestellt, während die Eidgenössische Steuerverwaltung (ESTV) gleichzeitig ein Verfahren wegen Abgabebetrag nach Art. 14 VStrR und Verrechnungssteuerhinterziehung gemäss Art. 61 Abs. 1 lit. a VStG führte.

Das Bundesgericht stellte klar, dass in solchen Fällen der Grundsatz «ne bis in idem» gilt, also das Verbot der Doppelverfolgung. Entscheidend sei, dass sowohl die betroffene Person als auch die zugrunde liegenden Tatsachen identisch sind. Dabei kommt es nicht auf die rechtliche Qualifikation des Verhaltens an, sondern auf einen engen sachlichen und zeitlichen Zusammenhang. Deshalb durfte das Verwaltungsstrafverfahren nicht weitergeführt werden.²

2. Bundesgericht 7B_540/2023 und 7B_541/2023 vom 6. Februar 2025 (Leistungsbetrug u.a.)

In den Urteilen 7B_540/2023 und 7B_541/2023 vom 6. Februar 2025 hatte sich das Bundesgericht mit einem Strafverfahren der Staatsanwaltschaft Bern auseinanderzusetzen. Letztere führte ein Strafverfahren gegen mehrere Beschuldigte wegen des Verdachts, staatliche Bürgschaften in Zusammenhang mit der Förderung der Schweizer Hochseeschifffahrt durch den Bund zu Unrecht erlangt (Vorwurf des Leistungsbetruges nach Art. 14 VStrR) und verwendet (Vorwurf der ungetreuen Geschäftsbesorgung) zu haben. Dafür sollen Schiffsgesellschaften ihre Bilanzen bewusst zu hoch ausgewiesen und dadurch Bürgschaften des Bundes erschlichen, um eine vollständige Fremdfinanzierung der Schiffe zu ermöglichen.

Eine zentrale Frage war, ob der Bund überhaupt als Privatkläger auftreten kann, wenn es um eine Verwaltungsstraftat geht. Das Bundesgericht bejahte

² Hierzu auch Markwalder.

dies – wenn auch mit Bedauern, wie aus dem Verweis auf den erläuternden Bericht zur Totalrevision vom 31. Januar 2024 hervorgeht. Offenbar sieht das Gericht in dieser Praxis gewisse rechtspolitische Probleme, fühlt sich aber an die geltende Rechtslage gebunden.

Ein weiterer Streitpunkt betraf die Auslegung von Art. 14 Abs. 1 VStrR. Hier stellte sich die Frage, ob die sogenannte «Erfüllungsbetrugs-Variante» dieser Norm auch staatliche Bürgschaften erfassen kann. Das Bundesgericht verneinte dies klar: Der Wortlaut der Norm lasse eine solche Auslegung nicht zu und greift nur, wenn Konzessionen, Bewilligungen oder Kontingente entzogen werden. Eine Anwendung auf Bürgschaften nach der Bürgschaftsverordnung sei nicht möglich, auch Art. 51 des Landesverfahrensgesetzes (LVG) könne den Anwendungsbereich nicht dahingehend erweitern.

3. Bundesstrafgericht BB.2024.51 vom 10. Februar 2025 (Meldepflichtverletzung)

Mit Entscheid SK.2022.54 vom 20. März 2024 stellte das Bundesstrafgericht ein Verwaltungsstrafverfahren des EFD wegen des Vorwurfs der Meldepflichtverletzung aufgrund von Verjährung ein. Nach der zutreffenden Ansicht der Strafkammer fehlte es an einem kontradiktorischen Verfahren und damit einhergehend an einer verjährungsbeendenden Wirkung im Sinne von Art. 2 VStrR i.V.m. Art. 97 Abs. 3 StGB der von der Bundesverwaltungsbehörde erlassenen Strafverfügung.³ Das EFD focht den Entscheid mit Beschwerde an.

Die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts hiess diese Beschwerde im Entscheid BB.2024.51 vom 10. Februar 2025 gut und folgte dabei der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wonach Strafverfügungen im Verwaltungsstrafrecht grundsätzlich verjährungsrechtlich einem erstinstanzlichen Urteil gleichgestellt werden. Dass es auch nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung Ausnahmen hiervon geben muss (nämlich zumindest in jenen Fällen, in welchen es an einem kontradiktorischen Verfahren fehlt), liess das Gericht dabei ebenso ausser Acht wie den Umstand, dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung schlichtweg nicht überzeugt (was sich beispielsweise aus BGE 139 IV 62, E. 1.4.6 ergibt).⁴

³ Vgl. dazu auch Frank, Verwaltungsstrafrecht, 101 f.

⁴ Vgl. hierzu auch Garbarski/Brugger.

4. Bundesstrafgericht SK.2024.32 vom 19. März 2025 (Effektenhändler ohne Bewilligung)

Im Entscheid SK.2024.32 vom 19. März 2025 befasste sich das Bundesstrafgericht mit der strafrechtlichen Beurteilung einer Tätigkeit als Effektenhändler ohne Bewilligung zwischen den Jahren 2012 und 2014.

Das Gericht stellte fest, dass der Lauf der Verjährungsfrist aufgrund tatbestandlicher Handlungseinheit beim unbewilligten Effektenhandel erst mit dem letzten Effektenhandel beginnt.⁵ Die Verantwortlichkeit nach Art. 6 Abs. 1 VStrR erfordert im Übrigen keine Organstellung, eine mittäterschaftliche Beteiligung am unbewilligten Effektenhandel durch Idee zur Gesellschaftsgründung, Backoffice-Tätigkeit und teilweisen Kundenkontakt ist ausreichend (eine Teilnahme wäre wohl auch nicht angeklagt gewesen). Ein Sachverhaltsirrtum (Art. 2 VStrR i.V.m. Art. 13 Abs. 1 StGB) wird nur angenommen, wenn der Täter das betreffende Bewilligungserfordernis zwar kennt, er jedoch zu Unrecht davon ausgeht, dass seine konkrete Tätigkeit nicht davon erfasst ist. Auch einen Verbotsirrtum (Art. 2 VStrR i.V.m. Art. 21 StGB) gibt es nur höchst selten. Denn im Finanzmarkt ist jeder Akteur individuell verantwortlich, sich über das Erfordernis der Bewilligung zu erkundigen – nur eine Auskunft der zuständigen Behörde (FINMA) oder ein detailliertes, einschlägiges Rechtsgutachten können den Rechtsirrtum unvermeidbar erscheinen lassen.

5. Bundesstrafgericht SK.2024.37 vom 2. April 2025 (Finanzintermediär ohne Bewilligung)

Im Entscheid SK.2024.37 vom 2. April 2025 befasste sich das Bundesstrafgericht mit der strafrechtlichen Verantwortlichkeit zweier Organe einer Aktiengesellschaft wegen unbewilligter Tätigkeit als Finanzintermediär (Art. 44 FINMAG) im Zeitraum von Oktober 2017 bis März 2018. Das Gericht bestätigte dabei die vorsätzliche Missachtung der Bewilligungspflichten und äusserte sich dabei insbesondere zu Verfahrensfragen, zur Auslegung der Berufsmässigkeit im Sinn des GwG sowie zur Ersatzeinziehung.

Zunächst ergibt sich aus der Prozessgeschichte des Entscheides, dass das EFD die ausgefallte Strafe offenbar nach Einsprache gegen den Strafbescheid verschärfte, obwohl das Verbot der reformatio in peius zu beachten gewesen wäre (Art. 70 Abs. 1 VStrR). Dies blieb offenbar unbemerkt, denn das Bundesstrafgericht äusserte sich hierzu nicht. In prozessualer Hinsicht ist zudem erwähnenswert, dass das Bundesstrafgericht explizit festhielt, dass im Verwal-

⁵ Vgl. dazu auch Urteil des Bundesgerichts 6B_1304/2017 vom 25. Juni 2018 E. 3.4.2.

tungsstrafverfahren gemäss Art. 76 Abs. 1 VStrR auch bei erster Säumnis ein Abwesenheitsverfahren ohne erneute Ansetzung möglich ist.

In materieller Hinsicht lässt das Bundesstrafgericht eine «Handelsvollmacht» im Forex-Handel für die Anwendbarkeit von Art. 44 FINMAG i.V.m. Art. 2 Abs. 3 lit. e GwG genügen, auch wenn sie nicht tatsächlich ausgeübt wurde. Bezüglich der Berufsmässigkeit stellte das Gericht klar, dass die Schwelle des Art. 7 Abs. 1 lit. a GwV von über CHF 50'000 pro Jahr jeweils jahresbezogen zu prüfen ist. Zudem ist die Aufzählung in Art. 7 Abs. 1 GwV nach Ansicht des Gerichts alternativ und nicht kumulativ zu verstehen. Schliesslich ordnete das Bundesstrafgericht eine Ersatzeinziehung nach Art. 71 StGB an, wobei die beschuldigte Person vorab zwingend auf diese Möglichkeit hingewiesen werden musste.

6. Bundesgericht 6B_1360/2022, 6B_1362/2022, 6B_1378/2022 vom 22. Juli 2024 (MWST-Hinterziehung)

Im Entscheid 6B_1360/2022, 6B_1362/2022, 6B_1378/2022 vom 22. Juli 2024 befasste sich das Bundesgericht mit der Verfolgungsverjährung im Mehrwertsteuerstrafrecht. Dieses verfügt über ein anderes Verjährungsmodell als das übrige Verwaltungsstrafrecht und unterscheidet zwischen der Einleitungs- und der Durchführungsverjährung (7 Jahre und 5 Jahre).

Für den Beginn der Durchführungsverjährung lässt das Bundesgericht nun lediglich zwei Umstände ausreichen: Entweder die formelle Verfahrenseröffnung nach Art. 104 Abs. 4 MWSTG oder die materielle Verfahrenseröffnung analog Art. 309 Abs. 1 lit. b StPO mit der Anordnung von Zwangsmassnahmen. Letzteres überzeugt nicht, entscheidend für den fristauslösenden Beginn der Durchführungsverjährung ist vielmehr die erste behördliche Untersuchungshandlung.⁶

7. Bundesgericht 7B_515/2024 vom 3. April 2025 (Verwaltungsstrafverfahrensrecht)

Im Entscheid 7B_515/2024 vom 3. April 2025 setzte sich das Bundesgericht erneut mit Entsigelungsfragen auseinander. Die ESTV hatte Bankdaten ediert, welche die betroffene Bank der Bundesverwaltungsbehörde elektronisch zustellte, wobei ein entsprechender Siegelungsantrag bereits gestellt war. Die ESTV kopierte die übersandten Daten gleichwohl auf USB-Stick und siegelte diesen. Das Bundesstrafgericht wies den Entsigelungsantrag ab (BE.2023.20

⁶ Markwalder/Frank, 292 ff.

vom 3. April 2024), das Bundesgericht die hiergegen gerichtete Beschwerde indes gut.

Entgegen einzelner Befürchtungen stellt die bundesgerichtliche Rechtsprechung indes keine Abkehr von BGE 148 IV 221 dar. Denn die ESTV entspernte vorliegend gar nicht.

III. Neue Publikationen im Verwaltungsstrafrecht

Im Berichtszeitraum erschienen zahlreiche neue Publikationen im Verwaltungsstrafrecht:

- Ingold/Ebner, Verwaltungsstrafrecht: Bindung an verwaltungsrechtliche Entscheide?, *AnwaltsRevue* 2024, S. 269 ff.
- Taormina/Wantz, Art. 11 Abs. 4 VE-VStrR: eine Systemwidrigkeit mit unerwünschten praktischen Auswirkungen, *AnwaltsRevue* 2024, S. 273 ff.
- Dellagana-Sabry, Récolte et sauvegarde de données électroniques au regard de la procédure pénale administrative, S. 475 ff. in *Tempus fugit 20 Jahre Bundesstrafgericht* (Hrsg. Heimgartner/Thormann/Zufferey)
- Frank, Plädoyer für einen Ausbau der verwaltungsstrafrechtlichen Zuständigkeit des Bundesstrafgerichts, S. 491 ff. in *Tempus fugit 20 Jahre Bundesstrafgericht* (Hrsg. Heimgartner/Thormann/Zufferey)
- Heierli/König, Der Beizug von Unterlagen der FINMA in Verwaltungsstrafverfahren des EFD, S. 499 ff. in *Tempus fugit 20 Jahre Bundesstrafgericht* (Hrsg. Heimgartner/Thormann/Zufferey)
- Popp, Zwei Pisten im Verfahren nach VStrR, eine im Verfahren nach StPO – Ein Streifzug, S. 511 ff. in *Tempus fugit 20 Jahre Bundesstrafgericht* (Hrsg. Heimgartner/Thormann/Zufferey)
- Oesterhelt/Fracheboud, Verjährung nach Art. 11/12 VStrR, *Steuer Revue* 1/2025, S. 2ff.
- Holenstein, Risiken und Nebenwirkungen von Steuerdelikten – Die Eintragung ins Strafregister und deren mögliche Folgen, *Steuer Revue* 5/2025, S. 364 ff.

Literaturverzeichnis

Frank Friedrich, Plädoyer für einen Ausbau der verwaltungsstrafrechtlichen Zuständigkeit des Bundesstrafgerichts, 491 ff., in: Heimgartner Stefan/Thormann Olivier/Zufferey Nathalie (Hrsg.), *Tempus fugit 20 Jahre Bundesstrafgericht*, 1. Aufl., Basel 2024.

Markwalder Nora, ne bis in idem im Verwaltungsstrafrecht, [verwaltungsstrafrecht.ch](https://verwaltungsstrafrecht.ch/de/kategorien/verfahrensrecht/ne-bis-in-idem-im-verwaltungsstrafrecht) vom 15. März 2025, abrufbar unter <https://verwaltungsstrafrecht.ch/de/kategorien/verfahrensrecht/ne-bis-in-idem-im-verwaltungsstrafrecht>.

Garbarski Andrew/Brugger Mattia, Die verjährungsrechtliche Gleichstellung der Strafverfügung mit einem erstinstanzlichen Urteil im Verwaltungsstrafrecht: Abstraktes oder konkretes Konzept?, [verwaltungsstrafrecht.ch](https://verwaltungsstrafrecht.ch/de/kategorien/materielles-recht/die-verjaehrungsrechtliche-gleichstellung-der-strafverfuegung-mit-einem-erstinstanzlichen-urteil-im-verwaltungsstrafrecht-abstraktes-oder-konkretes-konzept) vom 13. März 2025, abrufbar unter <https://verwaltungsstrafrecht.ch/de/kategorien/materielles-recht/die-verjaehrungsrechtliche-gleichstellung-der-strafverfuegung-mit-einem-erstinstanzlichen-urteil-im-verwaltungsstrafrecht-abstraktes-oder-konkretes-konzept>.

Markwalder Nora/Frank Friedrich, Zur Verfolgungsverjährung im Mehrwertsteuerstrafrecht, *forum poenale* 3/2025.

Frank Friedrich, Verwaltungsstrafrecht, in: Jean-Richard-dit-Bressel Marc/Zollinger David (Hrsg.), *Parteienkrieg und Verzögerungsbomben im Wirtschaftsstrafprozess*, 15. Schweizerische Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht – Tagungsband, 2024 (zit. Frank, Verwaltungsstrafrecht).

Steuerstrafrecht

Daniel Holenstein

Inhalt

I.	Einleitung	133
II.	Steuerstrafrechtliche Risiken von Anwälten und Steuerberatern	134
1.	Mögliche Strafbarkeit von Anwälten und Steuerberatern im «System StHG/DBG»	134
2.	Mögliche Strafbarkeit von Anwälten und Steuerberatern im «System VStrR»	135
3.	Keine Strafbarkeit von berufstypischen Handlungen?	136
4.	Nebenwirkungen einer steuerstrafrechtlichen Verurteilung	138
III.	Aktuelle Rechtsprechung zum Steuerstrafrecht	139
1.	Mittäterschaft zu mehrfacher Hinterziehung der Mehrwertsteuer (Bundesgericht, 22. Juli 2024, 6B_1360/2022, 6B_1362/2022, 6B_1378/2022)	139
a)	Sachverhalt	139
b)	Bundesgerichtliche Erwägungen	139
c)	Kommentar	141
2.	Gehilfenschaft zur Steuerhinterziehung durch Treuhänder (Bundesgericht, 4. Dezember 2024, 9C_308/2024, 9C_309/2024)	141
a)	Sachverhalt	141
b)	Bundesgerichtliche Erwägungen	142
c)	Kommentar	144
3.	(Keine) Anstiftung zur Hinterziehung der Verrechnungssteuer durch externen Steuerberater (Bundesgericht, 3. Februar 2025, 6B_93/2024)	145
a)	Sachverhalt	145
b)	Bundesgerichtliche Erwägungen	146
c)	Kommentar	146
IV.	Zusammenfassung	147
	Literaturverzeichnis	147

I. Einleitung

Das Schweizer Steuerrecht kennt zwei nebeneinander bestehende, nicht aufeinander abgestimmte Steuerstrafrechtssysteme, nämlich das System «StHG/DBG», welches für die harmonisierten Steuern des Bundes, der Kantone und der Gemeinden gilt sowie das auf die übrigen Steuern des Bundes anwend-

baren «System VStrR».¹ Diese beiden Steuerstrafrechtssysteme unterscheiden sich unter anderem dadurch, dass im «System StHG/DBG» beim Grundtatbestand – der Steuerhinterziehung – nur die steuerpflichtige Person Täterin sein kann, die Steuerhinterziehung also ein Sonderdelikt ist, während im «System VStrR» jedermann Täter sein kann. Die Sonderdeliktseigenschaft des Steuerhinterziehungstatbestandes im «System StHG/DBG» führt zu Schwierigkeiten bei der Strafbarkeit von Treuhändern und anderen Stellvertretern, welche den steuerpflichtigen Personen helfen, unrechtmässig Steuer zu «sparen».² Während im «System StHG/DBG» die juristische Person gebüsst wird, wenn mit Wirkung für eine juristische Person Steuerdelikte begangen werden,³ gilt im «System VStrR» das sog. Täterprinzip, das besagt, dass bei Widerhandlungen beim Besorgen der Angelegenheiten einer juristischen Person die Strafbestimmungen auf diejenigen natürlichen Personen anwendbar sind, welche die Tat verübt haben.⁴ Im «System StHG/DBG» bleibt im Falle der Bestrafung der juristischen Person für sie begangene Steuerdelikte die Bestrafung der für sie handelnden Organe und Vertreter vorbehalten.⁵

II. Steuerstrafrechtliche Risiken von Anwälten und Steuerberatern

1. Mögliche Strafbarkeit von Anwälten und Steuerberatern im «System StHG/DBG»

Im System StHG/DBG, in welchem die Steuerhinterziehung ein echtes Sonderdelikt ist, also nur die steuerpflichtige natürliche oder juristische Person Täterin sein kann, kann der Steuerberater Anstifter, Gehilfe oder Vertreter, der eine Steuerhinterziehung bewirkt, nicht aber Täter oder Mittäter sein.⁶ Die Busse für diese Übertretung beträgt CHF 10'000.-, in schweren Fällen oder bei Rückfall 50'000.-. Ausserdem haftet der Teilnehmer solidarisch für die hinterzogene Steuer.⁷

¹ Für Einzelheiten Holenstein, Steuerstrafrecht, 5; Behnisch, 77 ff.; Beusch/Malla, 249 ff.

² Behnisch, 80 f. und 83.

³ Art. 181 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die direkte Bundessteuer vom 14. Dezember 1990 (DBG, SR 642.11); Art. 57 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden vom 14. Dezember 1990 (Steuerharmonisierungsgesetz, StHG, SR 642.14).

⁴ Art. 6 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht vom 22. März 1974 (VStrR, SR 313.0).

⁵ Art. 181 Abs. 3 DBG i.V.m Art. 177 DBG.

⁶ Art. 177 DBG; Art. 56 Abs. 3 StHG.

⁷ Art. 177 Abs. 2 DBG; Art. 56 Abs. 3 StHG.

Anstifter ist, wer jemanden zu der von ihm verübten Straftat bestimmt hat.⁸ Der Tatbeitrag des Anstifters besteht darin, im Täter wissentlich und willentlich den Tatentschluss für eine konkrete Straftat zu wecken. Der Anstifter muss dabei die steuerpflichtige Person zu einer vorsätzlichen Steuerhinterziehung veranlassen.⁹ Als Gehilfe zu bestrafen ist, wer zu einer vorsätzlichen Steuerhinterziehung vorsätzliche Hilfe leistet, also einen kausalen Beitrag leistet, der die Haupttat fördert, so dass sich diese ohne Mitwirkung des Gehilfen anders abgespielt hätte. Dabei ist nicht erforderlich, dass es ohne Hilfeleistung nicht zur Tat gekommen wäre. Der Tatbeitrag des Gehilfen muss also keine «conditio sine qua non» für den Taterfolg bilden, muss jedoch im Sinne einer Risikosteigerung die Erfolgchancen der Haupttat erhöhen.¹⁰

Zu den bekannten Teilnahmeformen des Kernstrafrechts – Anstiftung und Helfenshaft – kommt im Steuerstrafrecht des «Systems StHG/DBG» aufgrund der dogmatischen Fehlkonstruktion der Steuerhinterziehung als Sonderdelikt «ein neues Tierchen im Steuerzoo» hinzu, die strafbare Mitwirkung.¹¹ Eine solche ist gegeben, wenn die steuerpflichtige Person und ihr Vertreter gemeinsam den Entschluss fassen, Steuern zu hinterziehen und diesen in die Tat umsetzen. Aufgrund der Sonderdeliktseigenschaft der Steuerhinterziehung kann der Vertreter nicht Mittäter sein, sondern nur «Mitwirkender» sein. Die Rollen von Täter und Mitwirkendem sind nicht austauschbar, weil der Vertreter kann nicht an die Stelle der steuerpflichtigen Person treten und umgekehrt.¹²

2. Mögliche Strafbarkeit von Anwälten und Steuerberatern im «System VStrR»

Im «System VStrR», also bei den übrigen Steuern des Bundes gelten – neben der Täterschaft – die Teilnahmeformen des Kernstrafrechts, d.h. Anstiftung und Helfenshaft.¹³ Im «System VStrR» ist die Steuerhinterziehung zwar kein Sonderdelikt; dafür gilt das sog. Täterprinzip, welches besagt, dass bei einer Widerhandlung beim Besorgen der Angelegenheiten einer juristischen Person die Strafbestimmungen auf diejenigen natürlichen Personen anwendbar sind, welche die Tat verübt haben.¹⁴ Da die Täterschaft im System VStrR nicht an die Steuerpflicht anknüpft, kommt als Täter auch in Frage, wer die Steuer nicht

⁸ Art. 24 Abs. 1 des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 331.0).

⁹ Egloff, § 238 StG Rz. 4.

¹⁰ Fuchs, 296 f.

¹¹ Behnisch, 83.

¹² Donatsch, 463 ff.

¹³ Behnisch, 83.

¹⁴ Art. 6 Abs. 1 VStrR.

schuldet. Möglich ist auch die Mittäterschaft. Diese setzt voraus, dass die betreffende Person bei der Entschliessung, Planung oder Ausführung des Delikts vorsätzlich und in massgebender Weise mit anderen Tätern zusammenwirkt, so dass sie als Hauptbeteiligte dasteht.¹⁵

Bei der Verrechnungssteuer und den Stempelabgaben ist das schuldhafte Vorenthalten der Steuer als Hinterziehung strafbar. Vorenthalten der Steuer ist jedes Tun oder Unterlassen, mit welchen den im Gesetz normierten Pflichten zur rechtzeitigen und korrekten Ablieferung der Steuer zuwidergehandelt wird. Dem Wesen der Steuer als Selbstveranlagungssteuer entsprechend, ist der objektive Tatbestand bereits dann erfüllt, wenn ohne Weiteres erkennbare steuerbare Leistungen erbracht werden, ohne dass die Steuer spontan deklariert und entrichtet würde.¹⁶

Täterin ist daher diejenige natürliche Person, welche zur Deklaration und Abrechnung der Selbstveranlagungssteuer verpflichtet ist, sei es als Organ der steuerpflichtigen juristischen Person, sei es als beauftragte Vertreterin der steuerpflichtigen juristischen Person. Anders als im «System StHG/DBG» kann daher auch ein Steuerberater Täter einer Hinterziehung sein, sofern er aufgrund des ihm erteilten Auftrages zur Deklaration und Abrechnung der Selbstveranlagungssteuer verpflichtet ist.

3. Keine Strafbarkeit von berufstypischen Handlungen?

Anwälte und Steuerberater, welche ihre Mandanten bei der Erfüllung ihrer steuerlichen Verpflichtungen unterstützen, handeln grundsätzlich in Ausübung ihres Berufes. Es stellt sich daher die Frage, ob sie sich deswegen überhaupt nicht der Mitwirkung an einem Steuerdelikt strafbar machen können, weil sie «berufstypisch» gehandelt haben, oder ob berufstypische Handlungen per se straflos sind.

Im Kernstrafrecht hat sich das Bundesgericht im sog. «Antilopenfleisch-Fall» eingehend mit der Abgrenzung der strafbaren Gehilfenschaft von straflosen Alltagshandlungen auseinandergesetzt ohne die Frage abschliessend zu klären.¹⁷ In dieser Entscheidung hat das Bundesgericht die Verurteilung eines Verwaltungsrates sowie zweier leitender Mitarbeiter einer Aktiengesellschaft wegen Gehilfenschaft zum Betrug gestützt, welche von ihr eingeführtes

¹⁵ Urteil des Bundesgerichts 6B_1360/2022 vom 22. Juli 2024; Urteil des Bundesgerichts 6B_1362/2022 vom 22. Juli 2024; Urteil des Bundesgericht 6B_1378/2022 vom 22. Juli 2024 E.6.2.1.

¹⁶ Für die Verrechnungssteuer: Urteil des Bundesgerichts 6B_1005/2021 vom 29. Januar 2024 E. 1.2.3.

¹⁷ BGE 119 IV 289; Fuchs, 303.

afrikanisches Antilopenfleisch unter richtiger Bezeichnung an Abnehmer geliefert hat, im Wissen darum, dass diese Abnehmer das Fleisch nur betrügerisch, unter der falschen Bezeichnung als europäisches Wildfleisch weiterveräußern konnten. Das Bundesgericht hat eine straflose, neutrale Handlung verneint, wenn der Teilnehmer weiss, dass der Abnehmer die bezogene Ware praktisch nur illegal verwenden kann, die Lieferungen ohne die strafbaren Handlungen der Abnehmer sinnlos gewesen wären.¹⁸ Hinzu kam, dass sich die Teilnehmer nach Auffassung des Bundesgerichts durch das mehrmalige Liefern von Fleisch über einen längeren Zeitraum mit den Haupttätern solidarisiert hätten.¹⁹

Das Bundesgericht hat diese Rechtsprechung in einem Urteil vom 28. September 2003 bestätigt. In diesem Fall wurde dem Angeklagten vorgeworfen, er habe bei einer Firma eine elektronische Datenverarbeitung eingerichtet, die es Z. und dem Mitangeklagten Y. ermöglicht habe, die Anzahl betrügerisch erlangter Kundengelder administrativ besser zu bewältigen. Der Angeklagte habe diese Aufbau- und Betreuungsarbeiten im EDV-Bereich geleistet, obwohl er damit gerechnet habe, dass die akquirierten Kundengelder nicht vereinbarungsgemäss im Interesse der Kunden, sondern für persönliche Bedürfnisse, die Ausstattung und den Betrieb der Firma sowie die dem Mitangeklagten Y. zu leistenden Provisionen verwenden würden.

Das Bundesgericht hat die Verurteilung des Angeklagten wegen Gehilfenschaft zum gewerbmässigen Betrug geschützt und dabei die Frage offen gelassen, inwieweit sogenannte «neutrale» Handlungen bzw. «Alltagshandlungen» straflos sind, selbst wenn ihr Urheber bewusst zu einer Deliktsverwirklichung beiträgt bzw. diese in Kauf nimmt. Es hat dabei erwogen, dass auch «neutrale» Handlungen bzw. «Alltagshandlungen», welche eine Straftat fördern, strafbare Gehilfenschaft sein können, wobei es nicht genüge, dass derjenige, der die «neutrale» Handlung ausführe, zumindest in Kauf nehme, dass er dadurch eine Straftat fördere, vielmehr müssten gewisse weitere Voraussetzungen erfüllt sein.²⁰

Im Falle des EDV-Mitarbeiters war ausschlaggebend, dass die EDV einzig im Dienste des gewerbmässigen Anlagebetrugs stand, somit der Tatbeitrag des Angeklagten einzig in Bezug auf die Haupttat sinnvoll war, somit einen deliktischen Sinnbezug aufwies und sich der Angeklagte durch sein Verhalten mit dem Haupttäter solidarisiert hat.²¹

¹⁸ BGE 119 IV 289 E. 2.6.cc S. 294.

¹⁹ BGE 119 IV 289 E. 2.6.cc S. 295.

²⁰ Urteil des Bundesgerichts 6S.420/2002 vom 28. September 2003 E. 3.3.

²¹ BGer 6S.420/2002 E. 3.4.

Das Bundesgericht hat sich in seinen Entscheidungen wesentlich vom deutschen Strafrechtslehrer Claus Roxin beeinflussen lassen. Nach dessen Auffassung soll es nicht auf die objektive soziale Billigung der Alltagshandlung ankommen, sondern auf den konkreten Nutzen, den die Handlung für den Haupttäter hat und um das Wissen des Gehilfen um diese Verwendung. Diene eine an sich wertneutrale Handlung ausschliesslich den deliktischen Zwecken eines anderen aus dessen Sicht, so sei sie als deliktisch anzusehen, wenn der Helfer dies sicher wisse. Habe der Helfer hingegen nur Eventualwissen um die ausschliessliche deliktische Verwendung, so komme es darauf an, ob der Helfer die Tatgeneigtheit des Haupttäters erkannt habe. Sei dies zu bejahen, sei der Helfer als Gehilfe strafbar; sei dies zu verneinen, entfalle der Unrechtsgehalt des Tatbeitrags.²² Massgebend ist also die Sicht des Haupttäters.

4. Nebenwirkungen einer steuerstrafrechtlichen Verurteilung

Rechtskräftige Schuldsprüche wegen eines Verbrechens oder Vergehens sowie Schuldsprüche wegen einer Übertretung, sofern eine Busse von mehr als CHF 5'000 verhängt worden ist oder die urteilende Behörde im entsprechenden Gesetz ausdrücklich ermächtigt oder verpflichtet wird, bei einer erneuten Wiederhandlung eine Strafschärfung auszusprechen oder wenn eine Übertretung Teil eines Urteils bildet, das andere einzutragende Delikte enthält, werden ins Strafregister eingetragen.²³ Ein solcher Strafregistereintrag kann für die betroffene Person berufsrechtliche Konsequenzen haben. Im Strafregister verzeichnete Verfehlungen können den beruflichen Leumund und den guten Ruf einer der Revisionsaufsichtsbehörde unterstehenden Person bzw. der Finanzmarktaufsicht unterliegenden Gewährsperson oder von im Anwaltsregister eingetragenen Anwältinnen und Anwälten beschädigen, so dass die entsprechende Aufsichtsbehörde berufsrechtliche Sanktionen ergreifen kann.²⁴ Dabei haben die Eidgenössische Revisionsaufsichtsbehörde (RAB) sowie die FINMA Zugriff auf den Behördenauszug 3, in welchem Schuldsprüche wegen Verbrechen, Vergehen und eintragungspflichtigen Übertretungen verzeichnet sind. Für Rechtsanwälte sind nur Verurteilungen relevant, die im Privatauszug erscheinen; dies sind Schuldsprüche wegen Verbrechen und Übertretungen, nicht aber Verurteilungen zu Übertretungsbussen.

²² Moos, 489 mit Hinweis auf Claus Roxin, Was ist Beihilfe? In: Festschrift für Kōichi Miyazawa, Baden-Baden 1995, 501 ff, 513 ff.

²³ Art. 18 Abs. 1 lit. c Ziff. 1 und Ziff. 3 des Bundesgesetzes über das Strafregister-Informationssystem VOSTRA vom 17. Juni 2016 (Strafregistergesetz, StReG, SR 330).

²⁴ Für Einzelheiten Holenstein, Risiken, 371-374.

III. Aktuelle Rechtsprechung zum Steuerstrafrecht

1. Mittäterschaft zu mehrfacher Hinterziehung der Mehrwertsteuer (Bundesgericht, 22. Juli 2024, 6B_1360/2022, 6B_1362/2022, 6B_1378/2022)

a) Sachverhalt

C. hat zwischen 2008 und 2013 über die von ihm beherrschten Offshore Gesellschaften (Galerie D, Liberia, E. Inc., BVI, Stiftung F, Liechtenstein und G. Ltd, BVI) in 86 Fällen zu Unrecht Kunstwerke steuerfrei im Verlagerungsverfahren auf die Galerie H. in die Schweiz importiert. Richtigerweise hätten die Kunstwerke auf den jeweiligen Importeur angemeldet, zur Einfuhr verzollt und die Einfuhrsteuer erhoben werden müssen. Wirtschaftlich berechtigt über die Kunstgegenstände sei vor und nach der Einfuhr C. gewesen, welcher in seinem Namen frei über die betroffenen Kunstwerke verfügt habe. Die Kunstwerke seien nach der Verzollung auf Veranlassung von C. in seine privaten Liegenschaften oder ins Hotel I. überführt worden, wo sie auf unbestimmte Zeit ausgestellt worden seien, oder sie seien in einzelnen Fällen im Lager der K. AG, Zürich verblieben.

A. habe als Rechtsanwalt im Auftrag von C. ein Memorandum verfasst, in welchem die unrechtmässige Einfuhr von Kunstwerken als Kommissionsware im Verlagerungsverfahren mit einem durchdachten Konzept unter Zuhilfenahme von neu gegründeten Offshore-Gesellschaften geplant worden sei, die in diesem Memorandum erwähnten Offshore-Gesellschaften gegründet, welche als Kommittentinnen der (simulierten) Kommissionsverträge aufgetreten seien. Zudem habe er die vom Administrativbüro von C. an seine Anwaltskanzlei verschickten Kommissionsverträge unterzeichnet oder durch die Angestellten seiner Anwaltskanzlei unterzeichnen lassen. Diese Kommissionsverträge seien bei der Zollanmeldung der Kunstwerke verwendet worden oder hätten zur Absicherung der Galerie H. im Falle einer Überprüfung durch die Verwaltung gedient.

b) Bundesgerichtliche Erwägungen

Bei der Mehrwertsteuerhinterziehung handle es sich um ein Gemeindelikt; Täter könne daher auch sein, wer die Mehrwertsteuer nicht schulde. Dies unterscheide die Mehrwertsteuerhinterziehung von den Tatbeständen der direktsteuerlichen Steuerhinterziehung, welche ein Sonderdelikt sei und daher nur die steuerpflichtige Person erfasse. Als Täter der Mehrwertsteuerhinterzie-

hung bestraft werden könne jedoch nur, wem die Tat zuzurechnen sei. Diesbezüglich würden die allgemeinen strafrechtlichen Grundsätze zur Mittäterschaft gelten. Danach sei Mittäter, wer bei der Entschliessung, Planung oder Ausführung des Delikts vorsätzlich und in massgebender Weise mit anderen Tätern zusammenwirke, so dass er als Hauptbeteiligter dastehe.²⁵

Die Vorinstanz bejahe zutreffend einen mittäterschaftlichen Tatbeitrag von Rechtsanwalt A. Dieser sei Verfasser des Memorandums vom 30. Oktober 2007 gewesen, in welchem die unrechtmässige Einfuhr von Kunstwerken als Kommissionsware im Verlagerungsverfahren mit einem durchdachten Konzept unter Zuhilfenahme von neu gegründeten Offshore-Gesellschaften geplant worden sei und bei welchen es sich um das Hauptinstrumentarium der vorliegend zu beurteilenden Straftaten gehandelt habe. Er habe daher bereits in der Planungsphase eine zentrale Rolle inne gehabt. Bei der Umsetzung des im Memorandums vom 30. Oktober 2007 geplanten Vorgehens habe Rechtsanwalt A. als Organ der Offshore Gesellschaften gehandelt, welche in den fingierten Kommissionsverträgen als Kommittentinnen aufgetreten seien. In dieser Funktion als Organ habe er eine Vielzahl fiktiver Kommissionsverträge unterzeichnet, welche für die Zollanmeldung verwendet worden oder – soweit dies nicht der Fall gewesen sei – zumindest für die Zollbehörden bestimmt gewesen seien. Er sei bei der Umsetzung des Memorandums vom 30. Oktober 2007 daher kein bloss aussenstehender Beteiligter gewesen und habe auch keine lediglich untergeordnete Funktion innegehabt. Vielmehr wäre er als Organ der Offshore-Gesellschaften zur korrekten Versteuerung verpflichtet gewesen. Strafrechtlich relevant sei nicht die Gründung der Offshore-Gesellschaften durch Rechtsanwalt A. gewesen, sondern sein Handeln als Organ dieser Gesellschaften.²⁶

Die Hinterziehung der Mehrwertsteuer im Sinne von Art. 96 Abs. 4 lit. a MWSTG werde mit Busse bis zu CHF 800'000.- bestraft. Sofern der durch die Tat erzielte Steuervorteil höher sei als die Strafdrohung, könne die Busse bei vorsätzlicher Begehung bis zum Doppelten des Steuervorteils erhöht werden (Art. 97 Abs. 1 Satz 2 MWSTG). Der erzielte Steuervorteil finde bei einem individuellen, sich am Steuervorteil orientierenden Bussenrahmen über den anzuwendenden Koeffizienten bzw. Bussenfaktor Eingang in die Strafzumessung. Bei der vorsätzlich vollendeten Hinterziehung der Einfuhrsteuer müsse Ausgangspunkt für die Strafzumessung wie bei den direkten Steuern ein Strafmass im Bereich des Einfachen der hinterzogenen Steuer sein. Dabei sei es mit dem Doppelverwertungsverbot unvereinbar, einzig aufgrund der Höhe des erziel-

²⁵ BGer 6B_1360/2022; BGer 6B_1362/2022; BGer 6B_1378/2022 E. 6.2.1 und 6.2.2.

²⁶ BGer 6B_1360/2022; BGer 6B_1362/2022; BGer 6B_1378/2022 E. 6.2.3.

ten Steuervorteils innerhalb des individuellen, sich am Steuervorteil orientierenden Bussenrahmen von einem massgeblich höheren oder niedrigeren Koeffizienten bzw. Bussenfaktor auszugehen.²⁷

c) Kommentar

Es überrascht nicht, dass das Bundesgericht die Verurteilung von Rechtsanwalt A. als Mittäter geschützt hat. Überraschend ist hingegen, dass die Strafzumessung gestützt auf Art. 97 Abs. 1 MWSTG erfolgte, und nicht gemäss Art. 97 Abs. 2 MWSTG. Dieser sieht nämlich vor, dass bei erschwerenden Umständen das Höchstmass der angedrohten Busse um die Hälfte erhöht wird. Zudem kann auf eine Freiheitsstrafe von bis zu zwei Jahren erkannt werden. Als erschwerende Umstände gelten: a) das Anwerben einer oder mehrerer Personen für eine Widerhandlung gegen das Mehrwertsteuerrecht; b) das gewerbsmässige Verüben von Widerhandlungen gegen das Mehrwertsteuerrecht. Angesichts des Umstandes, dass das Bundesstrafgericht in einem Auslieferungsfall die Hinterziehung der Mehrwertsteuer in zwei aufeinander folgenden Steuerperioden angesichts des hohen Steuerbetrages von EUR 922'012.01 als gewerbsmässige Mehrwertsteuerhinterziehung qualifiziert hat,²⁸ mutet es seltsam an, dass die Hinterziehung in 86 Fällen über einen Zeitraum von fünf Jahren und einem Steuerschaden von CHF 11,74 Mio. als «einfache» Mehrwertsteuerhinterziehung durchgehen konnte.

Für den als Mittäter verurteilten Rechtsanwalt hätte die Verurteilung gemäss Art. 97 Abs. 2 MWSTG wahrscheinlich berufsrechtliche Sanktionen zur Folge gehabt. Die qualifizierte Mehrwertsteuerhinterziehung ist nämlich ein Vergehen. Strafrechtliche Verurteilungen, die im Strafregisterauszug für Privatpersonen (sog. Privatauszug) erscheinen, stehen einer Eintragung entgegen, sofern die Handlung, die der Verurteilung zu Grunde lag, nicht mit dem Anwaltsberuf vereinbar ist, was auch bei Steuerdelikten der Fall sein kann.

2. Gehilfenschaft zur Steuerhinterziehung durch Treuhänder (Bundesgericht, 4. Dezember 2024, 9C_308/2024, 9C_309/2024)

a) Sachverhalt

A., Treuhänder mit eidgenössischem Fachausweis war in der Steuerperiode 2009 und 2010 unter anderem für die C. AG sowie deren Aktionäre und Geschäftsfüh-

²⁷ BGer 6B_1360/2022; BGer 6B_1362/2022; BGer 6B_1378/2022 E. 7.1.4.

²⁸ Urteil des Bundesstrafgerichts RR.2016.148 vom 20. September 2016 E. 4.4.

rer, die Eheleute D. und E. tätig. Die Abteilung Strafsachen und Untersuchungen der ESTV (ASU) traf aufgrund einer Meldung der Steuerverwaltung des Kantons St. Gallen Abklärungen betreffend A. sowie der C. AG, welche sie mit Berichten vom 31. Mai 2017 (betreffend C. AG) bzw. 21. August 2017 (betreffend A) abschloss. Mit Strafverfügungen vom 12. Dezember 2019 verurteilte die Steuerverwaltung des Kantons Appenzell Ausserrhoden die Eheleute D. und E. wegen vollendeter Steuerhinterziehung durch Nichtdeklaration geldwerter Leistungen der C. AG. Gleichentags teilte die Steuerverwaltung A. mit, gegen ihn ein Strafverfahren wegen Beihilfe zur Steuerhinterziehung der Eheleute D. und E. eingeleitet zu haben. Am 20. Dezember 2019 sprach die Steuerverwaltung des Kantons Appenzell Ausserrhoden den Treuhänder A. der Beihilfe zur vollendeten Steuerhinterziehung der Staats- und Gemeindesteuer 2009 und 2010 sowie der direkten Bundessteuer 2009 und 2010 durch die Eheleute D. und E. schuldig.

Das Obergericht des Kantons Appenzell Ausserrhoden hob die Verurteilung wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs auf und wies die Sache zur Neuurteilung an die Steuerverwaltung zurück mit der Anweisung «gegebenenfalls unter Wahrung der Verfahrensrechte von A. eine neue Strafverfügung zu erlassen (soweit nicht die Strafverfolgungsverjährung diesem Vorgehen entgegenstand).»

Nach Gewährung des rechtlichen Gehörs stellte die Steuerverwaltung das Verfahren betreffend Beihilfe zur vollendeten Hinterziehung der kantonalen Steuern 2009 und 2010 ein, ohne Verfahrenskosten zu erheben und eine Parteientschädigung zuzusprechen. Das Verfahren gegen A. betreffend Beihilfe zur vollendeten Hinterziehung der direkten Bundessteuer stellte sie in Bezug auf das Jahr 2009 (zufolge Verjährung und ohne Kosten- und Entschädigungsfolge) ein; in Bezug auf das Jahr 2010 hielt sie die Verjährung für noch nicht eingetreten und A. für schuldig, weshalb sie ihm eine Busse von CHF 5'000.- und Verfahrenskosten von CHF 250.- auferlegte.

b) Bundesgerichtliche Erwägungen

Wer vorsätzlich zu einer Steuerhinterziehung anstifte, Hilfe leiste oder als Vertreter des Steuerpflichtigen eine Steuerhinterziehung bewirke oder an einer solchen mitwirke, werde ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit des Steuerpflichtigen mit Busse bestraft und hafte überdies solidarisch für die hinterzogene Steuer (Art. 177 Abs. 1 DBG). Die Busse betrage bis zu CHF 10'000.-, in schweren Fällen oder bei Rückfall CHF 10'000.- (Art. 177 Abs. 2 DBG). Bei vollendeter Steuerhinterziehung verjähre die Strafverfolgung 10 Jahre nach Ablauf der Steuerperiode, für welche die steuerpflichtige Person nicht oder unvollständig veranlagt worden sei (Art. 184 Abs. 1 lit. b Ziff. 1 DBG). Die Verjährung

trete nicht mehr ein, wenn die zuständige kantonale Behörde vor Ablauf der Verjährungsfrist eine Verfügung erlassen habe (Art. 184 Abs. 2 DBG).²⁹

Die Vorinstanz habe der Strafverfügung vom 20. Dezember 2019 die verjährungshindernde Wirkung allein aus Billigkeitsgründen abgesprochen, insbesondere weil bei formell korrekten Vorgehen eine Verurteilung gar nicht mehr in 2019 hätte verfügt werden können. Weiter habe sie richtig erkannt, dass der Einspracheentscheid vom 20. April 2020 (resp. der entsprechende Wiedererwägungsentscheid vom 11. September 2020) alle Elemente einer Verfügung im Sinne von Art. 184 Abs. 2 DBG enthalte. An der verjährungshindernden Wirkung ändere sich auch nicht, wenn die Verfügung in einem anschliessenden Rechtsmittelverfahren aufgehoben oder angepasst werde. Dass der Einspracheentscheid vom 20. April 2020 (resp. der entsprechende Wiedererwägungsentscheid vom 11. September 2020) wie die ursprüngliche Strafverfügung im Rückweisungsurteil vom 10. Dezember 2020 «kassiert» worden sei, stehe dessen Qualifikation als (materielle) Verfügung im Sinne von Art. 184 Abs. 2 DBG nicht entgegen.

Während der Beschwerdeführer vor dem Erlass der ersten Strafverfügung keine Gelegenheit gehabt habe, sich dazu zu äussern, habe die Steuerverwaltung seine Stellungnahme im Einspracheentscheid vom 20. April 2020 und im entsprechenden Wiedererwägungsentscheid berücksichtigt. Diese Entscheide würden somit – anders als die erste Strafverfügung – nicht an einen besonders schwerwiegenden formellen Mangel leiden. Damit gebe es keinen Grund, dem Einsprache- bzw. Wiedererwägungsentscheid die verjährungshindernde Wirkung zu versagen.³⁰

Die Vorinstanz habe den Schuldspruch bestätigt und dazu insbesondere erwogen, der Beschwerdeführer habe durch gezieltes und planmässiges Vergehen systematisch «Steueroptimierungs- und Verkürzungsmodelle» umgesetzt. Aus dem ASU-Bericht ergebe sich, dass über mehrere Jahre private Aufwendungen zulasten der C. AG verbucht und nicht in den privaten Steuererklärungen der Eheleute D. und E. als Einkommen deklariert worden seien. Der Beschwerdeführer sei ab August 2009 auch Verwaltungsrat der C. AG und als solcher für deren Rechnungswesen und Steuererklärungen verantwortlich gewesen. Der Beschwerdeführer habe als langjähriger Treuhänder und Berater nicht nur vom rechtswidrigen Vorgehen gewusst, sondern auch die Eheleute D. und E. selbst bezüglich der konkreten Ausgestaltung und Vorgehensweise beraten

²⁹ Urteil des Bundesgerichts 9C_308/2024 vom 4. Dezember 2024; Urteil des Bundesgerichts 9C_309/2024 vom 4. Dezember 2024 E. 2.

³⁰ BGer 9C_308/2024; BGer 9C_309/2024 E. 3.3.2.

und somit deren Steuerhinterziehung aktiv gefördert.³¹ Das kantonale Gericht habe kein Recht verletzt, indem es gestützt auf diese für das Bundesgericht verbindliche Sachverhaltsfeststellung den Beschwerdeführer der Beihilfe zur Steuerhinterziehung in Bezug auf die direkte Bundessteuer 2010 schuldig gesprochen habe.³²

c) Kommentar

Es ist zu begrüssen, dass das Obergericht des Kantons Appenzell Ausserrhoden die ohne Gewährung des rechtlichen Gehörs erlassene Strafverfügung vom 20. Dezember 2019 aufgehoben und ihr die verjährungsmindernde Wirkung abgesprochen hat. Wie das Bundesgericht treffenderweise festgehalten hat, litt diese Strafverfügung an «einem besonders schwerwiegenden Mangel.»³³ Allerdings wäre zu wünschen gewesen, dass das Bundesgericht deutlicher betont hätte, dass Strafverfügungen, die vor Gewährung des rechtlichen Gehörs zur Verhinderung der Verjährung erlassen wurden, in jedem Fall die verjährungshindernde Wirkung abgeht. Es kommt nämlich immer wieder vor, dass Steuerverwaltungen kurz vor Eintritt der Verfolgungsverjährung eine Strafverfügung erlassen, um den Eintritt der Verjährung zu verhindern und um anschliessend das Hinterziehungsverfahren durchführen zu können.³⁴ Dabei ist zu berücksichtigen, dass im Hinterziehungsverfahren im System StHG/DBG bereits die (erste) Verfügung der kantonalen Steuerverwaltung die Verjährung ausschliesst und nicht – wie im «System VStrR» – erst der Einspracheentscheid.³⁵ Umso wichtiger ist es daher, dass die Strafverfügung in einem korrekten Verfahren ergeht.

Bezüglich der Beihilfe zur Steuerhinterziehung ist anzufügen, dass der Beschwerdeführer als Steuerberater der Steuerpflichtigen tätig war, deren Steuerhinterziehung er gefördert hat. Aufgrund der grundsätzlichen Pönalisierung jeder beliebigen Handlung, welche die Haupttat eines anderen ermöglicht oder erleichtert, sind grundsätzlich auch Verrichtungen, die zur üblichen Geschäfts- oder Berufstätigkeit dieser Person strafbar, wenn sie die Straftat eines anderen fördern. Diese Konsequenz geht jedoch nach verbreiteter Auffassung zu weit. Neutrale, an sich harmlose Alltagshandlungen oder ein berufstypisches Verhalten soll keine strafbare Gehilfenschaft begründen.³⁶ Im hier zu beurteilenden Fall hat der Beschuldigte den berufstypischen Rahmen

³¹ BGer 9C_308/2024; BGer 9C_309/2024 E. 4.1.

³² BGer 9C_308/2024; BGer 9C_309/2024 E. 4.5.

³³ BGer 9C_308/2024; BGer 9C_309/2024 E. 3.3.2.

³⁴ Vgl. das illustrative Urteil des Bundesgerichts 9C_368/2023 vom 25. Oktober 2023.

³⁵ Holenstein, Analyse. 949 f.

³⁶ Fuchs, 303; vgl. auch Matteotti/Bourquin/Many, 682 – 686.

jedoch überschritten, indem er die Steuererklärungen der Steuerpflichtigen vorbereitete, ohne die ihnen ausgerichteten, und ihm bekannten, geldwerten Leistungen der C. AG durch die Übernahme von privaten Kosten zu deklarieren.

3. (Keine) Anstiftung zur Hinterziehung der Verrechnungssteuer durch externen Steuerberater (Bundesgericht, 3. Februar 2025, 6B_93/2024)

a) Sachverhalt

Am 6./7. April 2011 gewährte die in Irland domizilierte E. Ltd, die Teil der Unternehmensgruppe C1 ist, der Gruppengesellschaft C. SA ein Darlehen in der Höhe von CHF 93'000'000.- mit einer Laufzeit von fünf Jahren zum Zinssatz von 3.15% p.a.. Am 1. Juli 2014 führte die Steuerverwaltung des Kantons Waadt bei der C. SA eine Buchprüfung für die Geschäftsjahre 2010 – 2012 durch. Daraufhin beauftragte die C. SA die D. SA mit der Analyse der von der kantonalen Steuerverwaltung festgestellten Steuerrisiken sowie der Erarbeitung von Vorschlägen zur Begrenzung dieser Steuerrisiken. Die durch A. handelnde D. AG übergab der C. SA am 21. August 2014 ein Memorandum, in welchem sie vorschlug, das ihr von der E. Ltd gewährte konzerninterne Darlehen als Betriebskredit darzustellen, damit die für solche Kredite geltenden höheren Zinssätze anwendbar sind. Ausserdem hat die D. AG eine Verrechnungspreisstudie vorgeschlagen, um die Marktüblichkeit des vereinbarten Zinses von 3.15% nachzuweisen. In der Folge hat die D. AG diese Verrechnungspreisstudie erstellt und der kantonalen Steuerverwaltung übergeben, welche diese jedoch nicht akzeptiert, sondern stattdessen als Kompromiss einen Zinssatz von 2.5% für die Steuerjahre 2011 – 2016 vorgeschlagen hat. Diesem Kompromissvorschlag hat die C. SA am 29. Januar 2015 zugestimmt.

Die Verrechnungssteuer auf der Differenz zwischen dem verbuchten Zins von 3.15% und dem von der kantonalen Steuerverwaltung akzeptierten Zins hat die C. SA jedoch erst nach einer Kontrolle durch die ESTV entrichtet.

Am 8. Januar 2018 eröffnete die ESTV ein Verwaltungsstrafverfahren wegen des Verdachts der Verrechnungssteuerhinterziehung gegen Unbekannt und dehnte dieses in der Folge auf B, einen internen Mitarbeiter (Controller) der C. SA aus. Am 22. April 2020 bezog sie auch A, den verantwortlichen Partner der D. AG, in das Verwaltungsstrafverfahren ein und beschuldigte ihn der Gehilfenschaft oder Anstiftung zur Hinterziehung der Verrechnungssteuer.

Nach Abschluss der Untersuchung verurteilte die ESTV B. als Täter und A. als Anstifter zur im Geschäftsbereich der C. SA begangenen Verrechnungssteuerhinterziehung. In der gerichtlichen Beurteilung durch die kantonalen Gerichte blieben diese Verurteilungen – nach einem zwischenzeitlichen Freispruch – bestehen.

Das Bundesgericht hat A. freigesprochen, jedoch in einem Parallelentscheid die Verurteilung von B. zu einer Hinterziehungsbusse von CHF 8'000.- bestätigt.³⁷

b) Bundesgerichtliche Erwägungen

Selbst wenn man davon ausgehe, dass der Beschwerdeführer im Memorandum die Mittel zu Vermeidung der Verrechnungssteuer dargelegt habe – was im übrigen legal sei, da es sich um den Versuch gehandelt habe, zu beweisen, dass die auf den gezahlten konzerninternen Darlehen keine geldwerten Leistungen darstellen wurden – lasse dies nicht den Schluss zu, der Beschwerdeführer habe B. wissentlich dazu verleitet, die Verrechnungssteuer nicht zu deklarieren. Auch die Annahme, dass die vom Beschwerdeführer vorgenommene Risikoanalyse einer Empfehlung entspreche, die Deklaration nicht vorzunehmen, sei nicht haltbar. Das Schreiben von B. vom September 2015 stamme aus der Zeit nach der Tatbegehung, d.h. vom 4. Juni 2015, und habe daher keine Rolle bei der Willensbildung des Betroffenen gespielt.³⁸ Daher habe die Vorinstanz zu Unrecht Willkür in der Tatsachen- und Beweiswürdigung der ersten Instanz angenommen, bevor sie ihre eigene, offensichtlich unhaltbare Würdigung dagegen gesetzt habe. Eine korrekte Anwendung von Art. 398 Abs. 4 StPO hätte die Vorinstanz dazu veranlassen müssen, aufgrund des von in erster Instanz festgestellten Sachverhaltes festzuhalten, dass sich der Beschwerdeführer gemäss dem ihm erteilten Mandat darauf beschränkt habe, den strittigen Zinssatz gegenüber der kantonalen Steuerverwaltung und der ESTV zu verteidigen und eine Analyse der potentiellen Steuerrisiken zu liefern, dass die Steuerverwaltungen den Zinssatz nicht akzeptieren, ohne jedoch B. aufzufordern, von einer spontanen Deklaration der Verrechnungssteuer abzusehen.³⁹

c) Kommentar

Auch wenn das Bundesgericht das vorinstanzliche Urteil deswegen aufgehoben hat, weil dieses offensichtlich unhaltbar und deshalb willkürlich war, hat

³⁷ Urteil des Bundesgerichts 6B_90/2024 vom 3. Februar 2025.

³⁸ Urteil des Bundesgerichts 6B_93/2024 vom 3. Februar 2025 E. 3.3.

³⁹ BGer 6B_93/2024 E. 3.4.

es – ohne dies explizit zu benennen – einen straflosen Rahmen für berufstypische Handlungen abgesteckt: Das Aufzeigen von Steuerrisiken und von legalen Möglichkeiten, diese Steuerrisiken zu vermeiden, stellt keine strafbare Mitwirkung an einem Steuerdelikt eines Klienten des Steuerberaters bzw. des Rechtsanwalts dar.

IV. Zusammenfassung

In letzter Zeit haben sich, wohl zufällig Urteile des Bundesgerichts gehäuft, welche die strafbare Mitwirkung von Rechtsanwälten oder Steuerberatern an der Steuerhinterziehung ihrer Klienten zum Gegenstand hatten.

Diese Urteile haben aufgezeigt, dass der Grat der legalen Steuerberatung schmal ist und das Verlassen dieses Grates schwerwiegende Konsequenzen haben kann. Neben Steuerstrafen drohen dabei auch berufsrechtliche Konsequenzen.

Literaturverzeichnis

- Behnisch Urs, Vom Gestrüpp unseres Steuerstrafrechts zu Beginn des 3. Jahrtausends, ZBVV 138/2002, 77
- Beusch Michael/Malla Jasmin, Steuerstrafrecht – ein Entwirrungsversuch, ZStrR 130/2012, 249 ff.
- Donatsch Andreas, Die Strafbarkeit des Vertreters bei der Steuerhinterziehung, in: Aspekte des Wirtschaftsrechts, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1994, Zürich 1995, 463 ff.
- Egloff Dieter, in: Kommentar zum Aargauer Steuergesetz, 5. A., Muri b. Bern, 2023
- Fuchs Stefan, Beihilfe zu Steuerhinterziehung, Strafrechtliche Risiken für die steuerberatenden Berufe bei unvollständiger oder wahrheitswidriger Steuerdeklaration ihrer Kunden, IFF Forum für Steuerrecht 2017, 291 ff.
- Holenstein Daniel, Schweizer Steuerstrafrecht im Wandel? Reflexionen im Hinblick auf die neuesten internationalen Entwicklungen, ASA80, 2011/2012, 3 ff. (zit. Holenstein, Steuerstrafrecht).
- Holenstein Daniel, Analyse der bundesgerichtlichen Rechtsprechung aus dem zweiten Halbjahr 2023, ASA 90, 2023/2024, 945 ff. (zit. Holenstein, Analyse).
- Holenstein Daniel, Risiken und Nebenwirkungen von Steuerdelikten, Die Eintragung ins Strafregister und deren mögliche Folgen, Steuer Revue 2025, 364 ff., zitiert Holenstein, Risiken
- Matteotti René/Bourquin Gabriel/Many Selina, Steuerrisiken mit Offshore Strukturen für Banken und ihre Mitarbeitenden, ASA 82, 2013/2014, 669 ff.
- Moos Reinhard, Zurechnung und sozialadäquates Verhalten bei wertneutraler Gehilfenschaft, Festschrift für Stefan Rechsel zum 65. Geburtstag, Zürich 2002, 477 ff.

Unternehmens-, Korruptions- und Insiderstrafrecht

Nora Markwalder

Inhalt

I. Einleitung	149
II. Unternehmensstrafrecht	149
III. Korruptionsstrafrecht	152
IV. Insiderstrafrecht	153

I. Einleitung

Auch in diesem Jahr sind wieder verschiedene relevante Entscheiden in den Bereichen des Unternehmens-, Korruptions- und Insiderstrafrechts ergangen, die mittels vorliegenden Beitrags zusammengefasst werden sollen. Da ein ganzheitlicher Überblick über die wichtigsten Entscheide verschafft werden soll, werden neben rechtskräftig entschiedenen Fällen auch relevante laufende Verfahren aufgeführt.

II. Unternehmensstrafrecht

Wie schon in den früheren Ausgaben dieser Beitragsserie beschäftigt der Fall Credit Suisse auch weiterhin die Gerichte. Aufgrund verschiedener parallel laufender Verfahrensstränge gestaltet sich eine Übersicht über den Fall allerdings als schwierig, weshalb hier zur Orientierung eine kurze Timeline mit den wichtigsten Ereignissen resp. Entscheiden dargestellt werden soll:

- **Juni 2022:** Schuldsprüche der Strafkammer des Bundesstrafgerichts unter anderem gegen die CS und eine ehemalige Mitarbeiterin (A.)¹
- **April 2023:** Tod der ehemaligen Mitarbeiterin (A.) vor der Übermittlung des begründeten erstinstanzlichen Urteils
- **November 2023:** Berufungserklärungen u.a. von der CS und den Erben der A.; Anschlussberufung der Bundesanwaltschaft

¹ Urteil des Bundesstrafgerichts SK.2020.62 vom 27. Juni 2022.

- **November 2023:** Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts trennt das Verfahren gegen A. ab und weist dieses zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurück.² → Es ergeht eine Beschwerde an das Bundesgericht, und dieses hebt den Entscheid bezüglich Verfahrenstrennung auf.³
- **Mai 2024:** Absorptionsfusion CS und UBS
- **August 2024:** Die Berufungskammer des Bundesstrafgerichts ordnet die Weiterführung des Verfahrens betreffend CS in Bezug auf die UBS an⁴, was mit Beschwerde ans Bundesgericht angefochten wird. Das Bundesgericht tritt mit Entscheid vom **19. März 2025** nicht auf die Beschwerde ein, da die Voraussetzungen nach Art. 93 Abs. 1 BGG (kein nicht wieder gutzumachender Nachteil und Verfahren zudem zweitinstanzlich inzwischen bereits entschieden) nicht erfüllt ist.⁵
- **November 2024:** Die Berufungskammer des Bundesstrafgerichts spricht die UBS frei. Begründung: Aufgrund des Todes von A. kann die strafrechtliche Verantwortlichkeit gegen die Bank nicht mehr geprüft werden, ohne die Unschuldsvermutung von A. zu verletzen (der erstinstanzliche Schuldspruch wurde mit Berufung angefochten und ist daher noch nicht rechtskräftig).⁶
- **Aktueller Verfahrensstand:** Bundesgerichtsbeschwerde gegen das unbegründete Urteil der Berufungskammer des Bundesstrafgerichts.

Die Bundesanwaltschaft hat seit Erscheinen der letztjährigen Ausgabe dieses Beitrags zwei weitere Strafbefehle gegen Unternehmen erlassen. Dies zeigt nicht nur auf, dass die Bundesanwaltschaft ihre Aktivitäten im Bereich der Unternehmensstrafbarkeit in den letzten Jahren intensiviert hat, sondern auch, wie wichtig diese Strafbefehle für die Entwicklung der Rechtsprechung in diesem Bereich sind.

Der erste Strafbefehl der Bundesanwaltschaft wurde gegen A., ein weltweit führendes Rohstoffunternehmen mit Sitz in der Schweiz, ausgesprochen.⁷ Im Zusammenhang mit dem Erwerb von Minderheitsbeteiligungen an zwei staatlichen Minengesellschaften in der Demokratischen Republik Kongo, B. und C., hatte ein Geschäftspartner von A. Bestechungszahlungen an einen regierungsnahen Amtsträger getätigt, um diese Beteiligungen unter dem Marktwert zu erwerben. Die Bundesanwaltschaft verurteilte A. wegen Art. 102 Abs. 2 StGB

² Urteil der Berufungskammer des Bundesstrafgerichts CA.2024.8 vom 13. März 2024.

³ Urteil des Bundesgerichts 7B_489/2024 vom 6. Januar 2025.

⁴ Entscheid der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts CN.2024.18 vom 19. August 2024.

⁵ Urteil des Bundesgerichts 7B_946/2024 vom 18. März 2025.

⁶ Urteil der Berufungskammer des Bundesstrafgerichts CA.2023.20 vom 26. November 2024.

⁷ Strafbefehl der Bundesanwaltschaft SV.20.0632 vom 5. August 2024.

i.V.m. Art. 322^{septies} StGB zur Bezahlung einer Busse von 2 Mio. CHF und zur Bezahlung einer Ersatzforderung von 150 Mio. USD. A. hatte nicht alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehrungen getroffen, um die Anlasstat, nämlich die Bestechung fremder Amtsträger, zu verhindern. Insbesondere hatte es A. versäumt, Bestechung als Schlüsselrisiko zu identifizieren und analog zu Art. 716a OR und zum «Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance» ein angemessenes Risikomanagement zu installieren. Zudem hatte A. die Einhaltung der internen Anti-Korruptionsweisung durch den Geschäftspartner bzw. Agenten nicht ausreichend überwacht und kontrolliert (*cura in custodiendo*), wobei insbesondere standardisierte Prozesse bzgl. Überwachung der risikobehafteten Geschäftstätigkeit des Geschäftspartners fehlten. Die Identifikation möglicher Bestechungshandlungen als Schlüsselrisiko und das Errichten eines umfassenden Anti-Korruptionssystems wären *in casu* jedoch erforderlich und zumutbar gewesen.⁸

Auch im zweiten Strafbefehl der Bundesanwaltschaft gegen ein in der Schweiz domiziliertes Finanzdienstleistungsunternehmen A. stand eine mangelhafte Compliance im Vordergrund.⁹ Ein Mitarbeiter von A. soll im Zeitraum von 1999 bis 2012 Bestechungszahlungen eines ehemaligen griechischen Verteidigungsministers und dessen Verbündeten verschleiert haben, u.a. indem er falsche Angaben gegenüber der internen Compliance-Abteilung tätigte. Dadurch habe der Kundenberater die Einziehung der deliktisch erlangten Vermögenswerte vereitelt und sich damit der qualifizierten Geldwäscherei schuldig gemacht. Gegen den Kundenberater ist diesbezüglich ein Strafverfahren vor dem Bundesgericht hängig. Die Bundesanwaltschaft verurteilte A. wegen Art. 102 Abs. 2 StGB i.V.m. Art. 305^{bis} Ziff. 1 und 2 StGB zu einer Busse von 1 Mio. CHF und zur Bezahlung einer Ersatzforderung von 2'936.48 CHF. Begründet wurde die Strafbarkeit resp. die Tatsache, nicht alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehrungen getroffen zu haben, um die Anlasstat der qualifizierten Geldwäscherei zu verhindern, u.a. mit folgenden Punkten: Es lagen keine Identifizierung und Verhinderung der Geldwäschereirisiken im Zusammenhang mit den inkriminierten Transaktionen trotz vorhandener interner Anti-Geldwäschereirichtlinien und gesetzlicher Sorgfaltspflichten vor. Es gab zwar Nachfragen, aber schlussendlich keine angemessene Hinterfragung und Überprüfung der vom Anlasstäter bei der Eröffnung der Bankbeziehung erteilten Informationen, wobei der Anlasstäter die Compliance-Abteilung aktiv über den Hintergrund des wirtschaftlichen Berechtigten des Kontos getäuscht hatte. Schliesslich wurde im Vertrauen auf die Informationen des Anlasstäters keine Einstufung des wirtschaftlich Berechtigten als «PEP» vorgenom-

⁸ BA SV.20.0632 E. 19 ff.

⁹ Strafbefehl der Bundesanwaltschaft SV.20.0211 vom 27. Februar 2025.

men, und die Kundenakten enthielten nicht alle erforderlichen Unterlagen, um die Hintergründe der Geschäftsbeziehungen und Transaktionen zu erklären.¹⁰

Neben der Bundesanwaltschaft hat auch das Bundesstrafgericht ein Unternehmen basierend auf Art. 102 Abs. 2 StGB verurteilt, wobei diese Verurteilung noch nicht rechtskräftig ist und ein begründetes Urteil noch aussteht. Das Urteil richtete sich gegen die Muttergesellschaft der D.-Gruppe. Diese ist ein weltweit führender Rohstoffkonzern mit Sitz u.a. in der Schweiz. D. hatte mehrjährige Charterverträge für acht Schiffe und ein Geschäft über die Lieferung von Schiffstreibstoff mit einem staatlichen Ölhandelsunternehmen in Angola. Arrangiert wurden diese Verträge durch A., ein ehemaliger Mitarbeiter des angolanischen Unternehmens. Im Gegenzug hatte A. sich zwischen April 2009 und Oktober 2011 ungebührliche Vorteile in Form von Banküberweisungen von über 4 Mio. EUR, Bargelder in Höhe von etwas mehr als 600'000 USD sowie weitere Zahlungen von rund 800 CHF versprechen lassen und angenommen. Die unrechtmässigen Vorteile stammten von der D. und wurden v.a. mittels Zahlungen über zwischengeschaltete Gesellschaften auf ein Schweizer Konto einer von A. gehaltenen Offshore-Gesellschaft gewährt. B., ein ehemaliger Mitarbeiter der D., war wirtschaftlicher Berechtigter einer der Zwischengesellschaften. C., damals leitender Angestellter in der D., hatte die Ausrichtung der unrechtmässigen Vorteile an A. organisiert und angeordnet. Das Bundesstrafgericht hat B. und C. deshalb wegen aktiver Bestechung fremder Amtsträger i.S.v. Art. 322^{septies} StGB schuldig gesprochen. Das Bundesstrafgericht verurteilte D. wegen Art. 102 Abs. 2 i.V.m. Art. 322^{septies} StGB zur Bezahlung einer Busse von 3 Mio. CHF und einer Ersatzforderung von 145 Mio. USD.¹¹ Neben dem Urteil gegen die Unternehmung wurden auch die involvierten Personen vom Bundesstrafgericht für schuldig befunden. A. wurde wegen passiver Bestechung fremder Amtsträger i.S.v. Art. 322^{septies} Abs. 2 StGB zu einer teilbedingten Freiheitsstrafe von 36 Monaten verurteilt, während B. und C. wegen aktiver Bestechung fremder Amtsträger i.S.v. Art. 322^{septies} Abs. 1 StGB jeweils zu einer bedingten Freiheitsstrafe von 24 Monaten bzw. teilbedingten Freiheitsstrafe von 32 Monaten verurteilt wurden.¹² Wie erwähnt sind diese Urteile allesamt noch nicht in Rechtskraft erwachsen.

III. Korruptionsstrafrecht

Neben den bereits im Kapitel zum Unternehmensstrafrecht erwähnten Schuldsprüchen gegen drei natürliche Personen hat das Bundesgericht in ei-

¹⁰ BA SV.20.0211 E. 7 ff.

¹¹ Medienmitteilung des Bundesstrafgerichts vom 31. Januar.2025, SK.2023.49.

¹² SK.2023.49.

nem weiteren Fall einen ehemaligen Mitarbeiter eines Rohstoffkonzerns wegen Bestechung fremder Amtsträger gemäss Art. 322^{septies} Abs. 1 und 3 StGB sowie wegen untauglichen Versuchs der Bestechung fremder Amtsträger gemäss Art. 322^{septies} Abs. 1 und 3 StGB i.V.m. Art. 22 Abs. 1 StGB zu einer bedingten Freiheitsstrafe von 24 Monaten und zur Bezahlung einer Ersatzforderung über 950'000 USD verurteilt. Gemäss Ansicht des Bundesstrafgerichts war A. zwischen dem 14. Juni 2010 und dem 14. Dezember 2011 als Verantwortlicher für die finanziellen Angelegenheiten des Marktes im Kongo an Bestechungszahlungen an Amtsträger der Demokratischen Republik Kongo beteiligt gewesen, um den Abschluss von Verträgen im Zusammenhang mit Öllieferungen durch ein kongolesisches Staatsunternehmen zu erreichen. A. sei an der Erstellung von Rechnungen von als Vermittlerinnen fungierenden Offshore-Gesellschaften sowie an der Bezahlung dieser Rechnungen über das IT-System des Rohstoffkonzerns beteiligt gewesen. Im Frühjahr 2014 sei der Beschuldigte zudem nach Paris gereist, wo er an einem Treffen mit zwei Personen teilnahm, um die Beziehungen von Gunvor mit der Republik Kongo wieder zu aktivieren. Anlässlich dieses Treffens schlug A. einer dieser Personen die Zahlung unrechtmässiger Vorteile zugunsten eines kongolesischen Amtsträgers als Gegenleistung für Öllieferungen an das Unternehmen vor.¹³ Auch dieser Fall ist noch nicht rechtskräftig entschieden und liegt ebenfalls noch nicht in begründeter Form vor.

IV. Insiderstrafrecht

Im Insiderstrafrecht sind zwei Entscheide der Berufungskammer des Bundesstrafgerichts erwähnenswert. In der ersten Entscheidung vom 10. Juli 2024 wurde A. vorgeworfen, er habe als Mitglied der Geschäftsleitung eines international tätigen Konzerns F. Insiderinformationen über den negativen Geschäftsgang bzw. den erwarteten Rückgang des Gewinns von F. ausgenützt. Diese Informationen habe A. in seiner Funktion als Geschäftsleitungsmitglied der F. erfahren. Gestützt auf die erlangten Insiderinformationen habe A. Aktien der F. über seine Depotverbindung bei der G. AG veräussert, bevor die F. eine Gewinnwarnung ausgegeben hatte. Nachdem die F. in einer vorbereiteten Ad-hoc-Mitteilung die Umsatzangaben zum Quartal des Geschäftsjahres bekannt gegeben und eine Gewinnwarnung ausgegeben hatte, war der Aktienkurs gesunken. Durch den vorzeitigen Verkauf seiner Wertschriften habe A. einen Verlust vermieden.¹⁴

¹³ Medienmitteilung des Bundesstrafgerichts vom 20. Februar 2025, SK.2023.40.

¹⁴ Urteil des Bundesstrafgerichts CA.2024.9 vom 10. Juli 2024 E. II.1.

Wie bereits die Vorinstanz sprach die Berufungskammer des Bundesstrafgerichts A. jedoch vom Vorwurf des Ausnützens von Insiderinformationen als Primärinsider i.S.v. Art. 154 Abs. 1 lit. a FinfraG frei. Das Bundesstrafgericht hielt fest, dass der Beschuldigte als Mitglied der Geschäftsleitung zwar Primärinsider ist und Prognosen und Informationen zu den Geschäftszahlen grundsätzlich vertrauliche und nicht öffentliche Informationen sind, von denen der Beschuldigte Kenntnis hatte. Auch die Kursrelevanz der Informationen wurde bejaht, da die nach der veröffentlichten Gewinnwarnung nach unten angepasster EBITDA-Prognose zu einem Kursverlust am Aktienmarkt führte. Hingegen verwies das Gericht auf die fehlende Kausalität: A. habe die Aktien verkauft, weil er geplant habe, das Unternehmen zu verlassen. Er habe mit dem Verkauf aber zuwarten müssen, da die Geschäftsleitung ihn nicht habe gehen lassen wollen. Das Datum des Aktienverkaufs sei mit der Geschäftsleitung abgesprochen gewesen.¹⁵ Die Kenntnis der Insiderinformation war deshalb vorliegend nicht mitursächlich für den Verkaufsentscheid, weshalb ein Freispruch resultierte.

Im zweiten Entscheid ging es ebenfalls um einen erstinstanzlichen Freispruch, wobei schlussendlich nur noch die Kostenfrage strittig blieb. A. war Head of Accounting and Taxes sowie Head of internal Group Audit der C. Holding. In dieser Funktion soll er am 20. Mai 2020 vertrauliche und kurserhebliche Informationen über den positiven Geschäftsabschluss 2019/2020, den das Unternehmen am 2. Juni 2020 bekannt gegeben hatte, ausgenutzt haben, um 15'000 Aktien des eigenen Unternehmens (für das interne Langzeitbonusprogramm) vor dem erwarteten und eingetretenen Kursanstieg günstiger zu erwerben. Der Erwerb bzw. entsprechende Bankauftrag sei in Absprache mit B., dem CFO der C. erfolgt.¹⁶ Die Strafkammer des Bundesstrafgerichts sprach A. und B. vom Vorwurf des Ausnützens von Insiderinformationen i.S.v. Art. 154 Abs. 1 lit. a FinfraG frei, sprach beiden eine Entschädigung aus und liess die Verfahrenskosten zu Lasten des Staates ergehen. Begründet wurde der Freispruch damit, dass die Kenntnis des Geschäftsergebnisses 2019 vor dessen Publikation nicht kursrelevant gewesen sei, da nicht habe vorhergesehen werden können, in welche Richtung die Aktien ausschlagen würden.¹⁷ Die Bundesanwaltschaft reichte zunächst eine vollumfängliche Berufung gegen das Urteil ein, beschränkte sich danach hingegen auf eine Berufung gegen die Kosten- und Entschädigungsfolge des Freispruchs. Die Berufungskammer des Bundesstrafgerichts auferlegte A. und B. die Verfahrenskosten mit der Begründung, es sei ein Verschulden i.S.v. Art. 426 Abs. 2 StPO i.V.m. Art. 41 OR gegeben. Indem A.

¹⁵ BStrG CA.2024.9 E. 5.5.6.

¹⁶ Urteil des Bundesstrafgerichts CA.2024.28 vom 30. März 2025 E. II.A 1 ff.

¹⁷ Urteil des Bundesstrafgerichts SK.2023.8 vom 13. Dezember 2023 E. 5.3.6.

und B. während der Blackout-Periode im Namen und auf Rechnung Aktien der C. Holding kauften, hätten sie ihre arbeitsrechtliche Treuepflicht (Art. 321a OR) und B. zusätzlich seine Treuepflicht als Organ (Art. 717 OR) verletzt. Zudem hätten beide potenziell gegen das Transparenzgebot gemäss FinfraG verstossen.¹⁸ Das Verhalten der Beschuldigten war somit widerrechtlich und adäquat kausal für die Verfahrenskosten von insgesamt 45'000 CHF. Die Voraussetzungen für die Auferlegung der Kosten an die beiden freigesprochenen Beschuldigten gemäss Art. 426 Abs. 2 StPO sind somit erfüllt und diese sind ihnen je zur Hälfte aufzuerlegen. Da die Untersuchung in allen wesentlichen Punkten gegen beide Beschuldigten geführt wurde und diese die Kosten gemeinsam verursacht hatten, wurde im vorliegenden Fall die Solidarhaftung beider Beschuldigten angeordnet (Art. 418 Abs. 2 StPO).¹⁹

¹⁸ BStrG CA.2024.28 E. II. B. b. 1 ff.

¹⁹ BStrG CA.2024.28 E. II. B. e. 1.

Vermögensabschöpfung, Geldwäscherei, internationale Rechtshilfe

David Zollinger

Inhalt

I.	Einleitung	157
II.	Geldwäscherei	158
1.	BGE 7B_1059/2023 vom 26. März 2025 (gezielte Verschleierung der Herkunft und Einziehbarkeit von Geldern durch Übergabe von Bargeld)	158
2.	BGer 6B_565/2022 vom 11. September 2024 (keine Waschhandlung durch blosser Entgegennahme von Geld auf einem Bankkonto)	158
3.	CA.2020.14 vom 27. Juni 2024 (Parallele Verfahren in Tschechien und in der Schweiz; angeblicher Korruptionserlös soll über Bankkonti in der Schweiz gewaschen worden sein)	159
III.	Internationale Rechtshilfe in Strafsachen	159
1.	BGE 150 IV 201 vom 7. März 2025 (Rechtshilfe für die Russische Föderation)	159
IV.	Einziehung	160
1.	BVGer B-2284/2023 vom 22. Mai 2025 (Ukraine)	160
2.	BVGer B-3507/2022 vom 4. Juni 2024 (Ukraine)	160
3.	BVGer B-1173/2024 vom 12. Februar 2025 (Ukraine)	161
4.	BVGer B-3185/2023 vom 19. Februar 2025 (Ukraine)	161

I. Einleitung

Dem Konzept dieser Tagung folgend, sollen in diesem Teil massgebliche neue Entscheidungen kommentiert werden. Die Aufzählung ist kaum vollständig, sondern gibt eine subjektive Auslese des Autors wieder. Die Einordnung der Entscheide in die Themengebiete ist nicht immer ganz eindeutig; manchmal kann ein Entscheid auch mehrere Gebiete betreffen, doch auch die Einordnung ist eine subjektive Entscheidung des Autors.

II. Geldwäscherei

1. **BGE 7B_1059/2023 vom 26. März 2025 (gezielte Verschleierung der Herkunft und Einziehbarkeit von Geldern durch Übergabe von Bargeld)**

Zu einzelnen Aspekten:

- E. 3.1.2.1, 3.1.3.1: «Wenn Drogenerlöse in bar übergeben und anschliessend im Rahmen eines Scheinarbeitsverhältnisses als «Lohn» wieder ausbezahlt werden, liegt keine blosser «Verlängerung des paper trails» vor, sondern eine klassische Verschleierungshandlung, die geeignet ist, die Einziehung zu vereiteln».
- E. 3.1.2.2: «Vorliegend liegt nicht nur vorgetäushtes Einkommen vor, sondern der Vorsatz war direkt auf die gezielte Verschleierung der Herkunft und Einziehbarkeit der Gelder gerichtet».
- E. 3.2.3: «Auch eine «Zweierbande» kann das Element der Bandenmässigkeit erfüllen, wenn ein stabiler, gemeinsamer Wille zur fortgesetzten Geldwäscherei besteht, selbst wenn die Interessenlagen nicht überall deckungsgleich sind».
- E. 3.2.2.2: «Auch ohne formelles Anstellungsverhältnis kann Gewerbmässigkeit gegeben sein, wenn der Täter bei einem Deliktobetrag von über CHF 200'000.- regelmässige Einkünfte erzielen wollte».

2. **BGer 6B_565/2022 vom 11. September 2024 (keine Waschhandlung durch blosser Entgegennahme von Geld auf einem Bankkonto)**

Zu einzelnen Aspekten:

- E. 1.4.2.: «Ein blosser Zurverfügungstellen von Bankkonten vor der Entstehung des Deliktserlöses gehört allenfalls zur Vortat, stellt aber keine Geldwäschereihandlung dar».
- E. 1.4.3.: «Das Empfangen von Geldern zeitgleich mit deren Entstehung aus Betrug stellt keine selbständige Geldwäschereihandlung dar; Geldwäscherei setzt vielmehr eine abgeschlossene Vortat voraus» (mit Verweis auf BGE 149 IV 248).
- E. 1.4.5. und 1.4.6.: Das Bundesgericht rügt die Vorinstanz (OG Zürich), sie habe die konkreten Umstände ungenügend gewürdigt und sei so den Anforderungen von Art. 112 Abs. 1 lit. b BGG weder in sachverhaltlicher noch rechtlicher Hinsicht nachgekommen.

3. **CA.2020.14 vom 27. Juni 2024 (Parallele Verfahren in Tschechien und in der Schweiz; angeblicher Korruptionserlös soll über Bankkonti in der Schweiz gewaschen worden sein)**

Die Berufungskammer des Bundesstrafgerichts verneinte eine Strafbarkeit im Sinne von Art. 305^{bis} StGB, weil

- nicht widerlegt werden konnte, dass für die Kommissionen tatsächliche legale und adäquate Gegenleistungen erbracht worden waren,
- den in Tschechien betroffenen Firmen mithin gar kein nachweisbarer Schaden entstanden war,
- es damit an einer strafbaren Vortat fehlte und
- zudem der Nachweis von Einziehungsveriteilungshandlungen nicht erbracht wurde.

Verfahren wurde zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

III. **Internationale Rechtshilfe in Strafsachen**

1. **BGE 150 IV 201 vom 7. März 2025 (Rechtshilfe für die Russische Föderation)**

Verhältnis zwischen dem Rechtshilfeausschlussgrund des **ordre public** (Art. 2 IRSG) und der Aufrechterhaltung rechtshilfeweiser Vermögenssperren, insbesondere im Verhältnis zur Russischen Föderation nach deren Austritt aus dem Europarat und Kündigung der EMRK.

Zu einzelnen Aspekten:

- E. 4.2 f.: «Eine Person, die «nur» von einer Kontosperr betroffen ist, aber nicht im ersuchenden Staat lebt, kann sich nicht auf Art. 2 IRSG berufen. Dies ist nur zulässig im Auslieferungsverfahren sowie bei der Herausgabe von Vermögenswerten oder von Bankunterlagen, wenn sich die betroffene Person im ersuchenden Staat befindet».
- E. 5.2: «Aktuell besteht gegenüber Russland kein völkerrechtliches Vertrauen mehr, aber die bestehenden Rechtshilfeverträge gelten formal weiter. Entsprechend ist das BJ gehalten, den Stand des russischen Strafverfahrens aktiv zu überwachen und allenfalls eine Frist für den Nachweis eines Urteils zu setzen».

- E 5.2: «Eine Sperre von über acht Jahren ist angesichts der konkreten Umstände immer noch verhältnismässig. Da das öffentliche Interesse an der Verhinderung von Geldflucht überwiegt, kann das Rechtshilfverfahren auch deutlich länger dauern als nationale Strafverfahren, ohne dass die Eigentumsgarantie verletzt würde».

Das BStGer hatte die Beschwerde des Betroffenen gutgeheissen, das BGer hiess die dagegen erhobene Beschwerde des BJ gut.

IV. Einziehung

Diverse Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts im Bereich des SRVG (früher RuVG, «Lex Duvalier»)

1. BVGer B-2284/2023 vom 22. Mai 2025 (Ukraine)

Zu einzelnen Aspekten:

- E. 2.2: Den politischen Behörden kommt ein erheblicher Ermessensspielraum zu, weshalb die gerichtliche Überprüfung zurückhaltend erfolgt.
- E. 4.2.4.3: Versagen staatlicher Strukturen in der Ukraine iSv Art. Abs. 2 lit. b SRVG bejaht, u.a. wegen Justizüberlastung, Militärdienst des leitenden Staatsanwalts, Beweisproblemen, Nichterreichbarkeit von Zeugen.
- E. 4.3: Die Sperre von Vermögenswerten liegt im öffentlichen Interesse der Schweiz, unabhängig von EU-Sanktionen. Deren Aufhebung hat keinen Einfluss auf die Sperre in der Schweiz, sondern es erfolgt eine eigenständige Interessenabwägung.
- E. 5.2.4-5.2.6: Der Grundsatz des «Ne-bis-in-idem» ist nicht anwendbar, da im SRVG nicht die Verfahrensgarantien des Strafrechts gelten. Ohnehin erfolgt bei einer Sperre keine abschliessende materielle Beurteilung der Vorwürfe; diese dient vielmehr der Sicherstellung für die Klärung im späteren Klageverfahren.

Beschwerde abgewiesen.

2. BVGer B-3507/2022 vom 4. Juni 2024 (Ukraine)

Zu einzelnen Aspekten:

- E. 3.4.6: Eine Sperre nach Art. 4 SRVG bedarf keiner vorherigen Anhörung der Betroffenen, um den Gesetzeszweck (Sicherung der Vermögenswerte) nicht zu unterlaufen.
- E. 5.2.4.4 f.: Aktuell muss von einem «strukturellen Versagen» der ukrainischen Justizorgane ausgegangen werden, weshalb die Voraussetzungen von Art. 4 Abs. 2 lit. b SRVG erfüllt sind; daran ändern auch ein gegenteiliges Gutachten einer ukrainischen Anwaltskanzlei oder das Funktionieren von Teilbereichen der Justiz nichts.
- Die Wahrung der schweizerischen Reputation und das internationale Engagement der Schweiz beim Wiederaufbau der Ukraine reichen als Gründe iSv Art. 4 Abs. 2 lit. c SRVG.
- E. 5.3.4: Eine EU-Sanktion gegen die von der Sperre betroffene Person ist nicht Voraussetzung, die Schweiz prüft hier frei.

Beschwerde abgewiesen.

3. BVGer B-1173/2024 vom 12. Februar 2025 (Ukraine)

Zu einzelnen Aspekten:

- E. 2.3: Die Auslegung und Anwendung von Rechtsvorschriften oder die Rüge von Verfahrensmängeln betreffen nicht Ermessensentscheide der Behörde. In solchen Fällen prüft das Bundesverwaltungsgericht die erhobenen Einwände ohne Zurückhaltung.
- E. 4.6 f.: Gutheissung der Beschwerde; Rückweisung des Verfahrens an die Vorinstanz zur Prüfung, ob die in der Ukraine erfolgte Verfahrenseinstellung (welche das vorliegend gesperrte Konto nicht erwähnt) einen Einfluss auf die Sperre habe (E. 4.6); ebenfalls, ob es sich bei der Ukraine um einen «failed State» iSv Art. 4 Abs. 2 lit. b SRVG handelt (E. 4.7)

Im Ergebnis zwar Gutheissung der Beschwerde und Aufhebung des Entscheids der Vorinstanz, aber vorsorgliche Aufrechterhaltung der Sperre, um den Endentscheid nicht zu präjudizieren.

4. BVGer B-3185/2023 vom 19. Februar 2025 (Ukraine)

Zu einzelnen Aspekten:

- E. 6.1.4: Eine Streichung des Betroffenen von der Sanktionsliste schliesst eine spätere Sperre nach Art. 4 SRVG nicht aus.

- E. 6.2.3.3: Im Sperrverfahren werden keine eigentumsrechtlichen Fragen behandelt; diese sind dem Klageverfahren nach Art. 14 SRVG vorbehalten, wobei ein ausländisches, rechtskräftiges Strafurteil keine Voraussetzung für die spätere Einziehung darstellt.

Beschwerde abgewiesen.

Vermögens-, Urkunden- und Wettbewerbsstrafrecht

Marc Jean-Richard-dit-Bressel

Inhalt

I.	Allgemein	163
II.	Veruntreuung (StGB Art. 138)	164
	1. Treuhandpflicht der Organe in Bezug auf das Gesellschaftsvermögen	164
	2. Werterhaltungspflicht	165
III.	Betrug (StGB Art. 146) oder betrügerischer Missbrauch einer Datenverarbeitungsanlage (StGB Art. 147) bei Online-Bestellungen	165
IV.	Ungetreue Geschäftsbesorgung (StGB Art. 158 Ziff. 1)	166
	1. Schützenswertes Vermögen überschuldeter Gesellschaften	166
	2. Schaden bei Vergabe-Bestechung	167
V.	Exkurs ins Strafprozessrecht: Schadensberechnung und Anklageprinzip	167
VI.	Urkundenfälschung (StGB Art. 251) durch Covid-19-Kredittragsformular	168
VII.	Unlauterer Wettbewerb (UWG Art. 23) durch falsche Angaben	168
	Literaturverzeichnis	169

I. Allgemein

Die Rechtsprechung zu den für die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität bedeutsamen Straftatbeständen des Vermögens- und Urkundenstrafrechts erscheint in der Ende Mai 2025 endenden Beobachtungsperiode weiterhin im Wesentlichen konstant und gefestigt. Die Entscheide, auf die im Folgenden hingewiesen wird, lassen sich einwandfrei ins Gesamtbild der bisherigen Rechtsprechung einordnen.

II. Veruntreuung (StGB Art. 138)

1. Treuhandpflicht der Organe in Bezug auf das Gesellschaftsvermögen

Das Gesellschaftsvermögen der Aktiengesellschaft (AG) und Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) ist den Organen anvertraut. Sie machen sich der Veruntreuung i.S.v. StGB Art. 138 strafbar, wenn sie es nicht für die Gesellschaft, sondern in eigenem Nutzen verwenden. Dies geht aus der aktuellen Rechtsprechung hervor¹.

Gewisse frühere Entscheide² verneinten die für die Veruntreuung zum Nachteil der Gesellschaft erforderliche Treuhänderstellung ihrer Organe, hatten dabei aber Verwendungen im Auge, die zwar pflichtwidrig sind, aber gleichwohl eine Tendenz zur Förderung des Unternehmenszwecks aufweisen. Solche Fälle sind weiterhin als ungetreue Geschäftsbesorgung i.S.v. StGB Art. 158 Ziff. 1 zu beurteilen.

Nach hier vertretener Ansicht ist die Abgrenzung keine Frage des Treuhandverhältnisses, sondern der Tathandlung. Es ist eine Veruntreuung, wenn das Gesellschaftsorgan das Gesellschaftsvermögen nicht im Nutzen der Gesellschaft, sondern im eigenen Nutzen oder im Nutzen eines Dritten verwendet, ohne der Gesellschaft dadurch eine vernünftige Gegenleistung oder Ertragsaussicht zu verschaffen. Das bedeutet nämlich, dass «das inkriminierte Verhalten jeglichen Bezug zur Geschäftstätigkeit vermissen lässt und es dem Gesellschaftsorgan einzig darum geht, sich Gegenstände oder Vermögenswerte der Gesellschaft zwecks persönlicher Bereicherung anzueignen»³. Verwendet hingegen das Gesellschaftsorgan das Vermögen grundsätzlich im Rahmen des Unternehmenszwecks, jedoch unter Verletzung grundlegender Vermögensschutzpflichten, so ist sein Verhalten selbst dann unter dem Gesichtspunkt der ungetreuen Geschäftsbesorgung zu beurteilen, wenn ein Interessenskonflikt vorliegt und sich das Organ parallel von einem ausserhalb des Gesellschaftszwecks liegenden Nutzen hat leiten lassen.

¹ Urteil des Bundesgerichts 6B_1017/2022 vom 7. Juni 2023 E. 2.1; ebenso bereits Urteil des Bundesgerichts 6B_38/2023 vom 13. April 2023 E. 2.2.1; Urteil des Bundesgerichts 6B_367/2020 vom 17. Januar 2022 E. 11.2.3.1; Urteil des Bundesgerichts 6B_520/2020 vom 10. März 2021 E. 11.4; Urteil des Bundesgerichts 6B_1172/2021 vom 26. Januar 2022 E. 3.4; Urteil des Bundesgerichts 6B_511/2020 vom 10. März 2021 E. 2.3.3; Urteil des Bundesgerichts 6B_326/2012 vom 14. Januar 2013 E. 2.5.3.

² Urteil des Bundesgerichts 6B_446/2010 vom 14. Oktober 2010 E. 6.3; Urteil des Bundesgerichts 6B_609/2010 vom 28. Februar 2011 E. 4.2.2.

³ BGer 6B_326/2012 E. 2.5.3.

2. Werterhaltungspflicht

Charakteristisch für ein Treuhandverhältnis – namentlich bei der Vermögensveruntreuung gemäss StGB Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 – ist die Absprache einer Werterhaltungspflicht, die bis zur bestimmungsgemässen Verwendung des anvertrauten Vermögenswertes gilt. Das Bundesgericht hat in einem neueren Entscheid deutlich gemacht, dass die Werterhaltungspflicht keine Voraussetzung dafür ist, dass eine Treuepflicht die Anforderungen von StGB Art. 138 erfüllt. Dies bringt der folgende Kernsatz zum Ausdruck:

«[D]ie Vereinbarung eines spekulativen Anlagegeschäftes [schliesst] die Werterhaltungspflicht nicht aus»⁴.

Mit anderen Worten besteht ein Treuhandverhältnis, wenn die Werterhaltung bis zur vertragsgemässen Verwendung abgemacht ist, und zwar auch dann, wenn die vertragsgemässe Verwendung selbst keinen Werterhaltungscharakter hat. Der hier strafrechtlich relevante «finanzielle Schaden des Privatklägers liegt keineswegs in der Realisierung von Ausfallrisiken», sondern darin, dass der Treuhänder «die anvertrauten Mittel vielmehr zu einem grossen Teil gar nicht angelegt, sondern für andere Zwecke verwendet» hat⁵.

III. Betrug (StGB Art. 146) oder betrügerischer Missbrauch einer Datenverarbeitungsanlage (StGB Art. 147) bei Online-Bestellungen

In BGE 150 IV 188 ergriff das Bundesgericht die Gelegenheit, die Schnittstelle zwischen Strafrecht und Obligationenrecht bei Online-Käufen zu klären, wenn der Besteller dabei seinen Zahlungswillen nur vortäuscht. Wesentlich ist, dass die Online-Verkäuferin nicht bereits durch die Entgegennahme der Online-Bestellung, sondern erst durch den Versand der Ware die durch die Täuschung motivierte Vermögensdisposition vornimmt. Denn ihr Online-Angebot ist bloss eine Einladung zur Stellung eines Antrags. Erst die Bestellung des Online-Käufers ist der Antrag i.S.v. OR Art. 3 ff. Die Anbieterin nimmt diesen Antrag durch Versand der Ware konkludent an, wodurch der Vertrag zustande kommt und die Obligation entsteht. Für die strafrechtliche Würdigung des Vorgangs bei arglistigem Vortäuschen des Zahlungswillens bei der Bestellung ist es entscheidend, ob der Versand vollautomatisch erfolgt oder ob es Men-

⁴ Urteil des Bundesgerichts 6B_339/2024 vom 14. August 2024 E. 4.3, vgl. auch die ausführliche Kasuistik mit Sachverhalten in E. 3.2; ebenso Urteil des Bundesgerichts 6B_1059/2020 vom 12. März 2024 E. 4.3.

⁵ BGer 6B_1059/2020 E. 4.3.

schen sind, welche die Versandarbeit vornehmen oder zumindest in Gang setzen. Im letzteren Falle irren sie sich (auf intuitive Weise) über die Zahlungsbereitschaft des Bestellers. Denn wüssten sie mit Sicherheit, dass dieser nicht bezahlen will, nähmen sie seinen Antrag nicht durch Ingangsetzen des Versandes an. Demnach ist es genau dieser Irrtum, der sie zum Versand motiviert, d.h. zu einer Vermögensdisposition, die zum Schaden der Anbieterin und zur unrechtmässigen Bereicherung des Bestellers führt. Folglich sind alle (objektiven) Tatbestandselemente des Betrugs i.S.v. StGB Art. 146 erfüllt. Wenn hingegen der Versand vollautomatisch erfolgt, d.h., wenn die Online-Bestellung einen automatischen Versandvorgang in Gang setzt, ist kein menschliches Wesen involviert, das einem Irrtum i.S.v. StGB Art. 146 unterliegen könnte. Vielmehr wirkt der Besteller in diesem Fall durch unrichtige Verwendung von Daten – nämlich durch unwahre Mitteilung seines Zahlungswillens beim Bestellvorgang durch Annahme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen – direkt auf die Datenverarbeitungsanlage ein, die durch den Versand der Ware und die damit einhergehende Annahme des Antrags die Anbieterin zur unrechtmässigen Bereicherung des Bestellers schädigt. Damit sind alle objektiven Tatbestandsmerkmale des betrügerischen Missbrauchs einer Datenverarbeitungsanlage gemäss StGB Art. 147 erfüllt.

IV. Ungetreue Geschäftsbesorgung (StGB Art. 158 Ziff. 1)

1. Schützenswertes Vermögen überschuldeter Gesellschaften

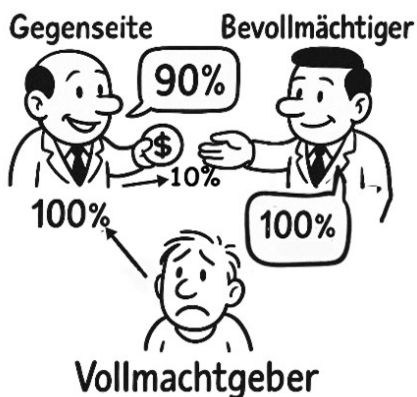
Mit grosser Verwunderung haben wir in Erwägung 5.5 des Bundesgerichts-Urteils 6B_1422/2019 vom 28. Mai 2021 gelesen, dass bei Überschuldung mangels Reinvermögens kein schützbare Vermögen mehr vorhanden sein soll. Es sei deshalb nur (aber immerhin) ein untauglicher Versuch der ungetreuen Geschäftsbesorgung möglich⁶.

Erfreulicherweise ist das Bundesgericht nun BGE 151 IV 258⁷ von dieser Rechtsprechung abgerückt. Selbstverständlich bleiben die (Rest-)Aktiven einer überschuldeten Aktiengesellschaft schützbare und schützenswertes Vermögen.

⁶ Zur Kritik daran vgl. Jean-Richard, WIST 14 (2024), 149 f.

⁷ Regeste und E. 1.3.2. (263 ff.).

2. Schaden bei Vergabe-Bestechung



Wer als Bevollmächtigter (z.B. Organ) für die Vollmachtgeberin (z.B. AG) einen Vertrag über den Austausch von Leistungen abschliesst und dabei weiss, dass ihm die Gegenseite für den Abschluss eine Zuwendung («Retrozession») zukommen lassen wird (z.B. 10% des Preises), fügt dadurch der Vollmachtgeberin einen strafrechtlich relevanten Schaden i.S.v. StGB Art. 158 Ziff. 1 zu, wenn er es unterlässt, dieser als Auftraggeber gemäss OR Art. 400 bzw. als Arbeitnehmer gemäss OR Art. 321b über die

Zuwendung Rechenschaft abzulegen und sie ihr auf Verlangen herauszugeben.

Denn die Gegenseite hat für sich einen um die Zuwendung (z.B. 10%) verminderten Preis beansprucht. Der Bevollmächtigte ist verpflichtet, der Vollmachtgeberin den bestmöglichen Preis zu verschaffen. Dieser Preis ist um die Zuwendung an ihn tiefer als den er der Vollmachtgeberin vermittelt hat⁸.

V. Exkurs ins Strafprozessrecht: Schadensberechnung und Anklageprinzip

Gemäss Anklageschrift diente das Verwaltungsrats-Mitglied der von ihm mitverwalteten Aktiengesellschaft wissentlich wertlose Aktien zum Preis von 3 Millionen Franken an.

Das Obergericht des Kantons Zürich erachtete den Preis zwar als «offensichtlich übersetzt», hielt jedoch die komplette Wertlosigkeit der Aktien nicht für erstellt und fällte deshalb einen Freispruch, weil die Anklageschrift die dadurch veränderte Schadensberechnung nicht abdeckte.

Das Bundesgericht hob diesen Freispruch auf, da nach ständiger Rechtsprechung die Schadensberechnung zur Erfüllung des Anklageprinzips nicht erfor-

⁸ Urteil des Bundesgerichts 6B_280/2022 vom 14. April 2023 E. 7.2 (ohne Hinweis auf Art. 321b oder Art. 400 des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 30. März 1911 (Fünfter Teil: Obligationenrecht, SR 220)); vgl. auch BGE 129 IV 124 E. 4.1; BGE 144 IV 294.

derlich sei und die vorliegende Anklage auch den Entscheid über einen gegenüber der Anklageschrift verminderten Schaden erlaube⁹.

VI. Urkundenfälschung (StGB Art. 251) durch Covid-19-Kreditantragsformular

Gemäss BGE 151 IV 201¹⁰ kommt den (gemäss den Formularvorgaben) auf der kaufmännischen Buchhaltung basierenden Angaben zum Umsatzerlös in Ziff. 3 Block 1 des Covid-19-Kreditantragsformulars erhöhte Glaubwürdigkeit zu, so dass dieses Formular in Bezug auf den Umsatzerlös eine der Falschbeurkundung gemäss Art. 251 StGB zugängliche qualifizierte Urkunde ist. Eine bewusst falsche Umsatzangabe auf dem Covid-Kredit-Antragsformular erfüllt deshalb den Tatbestand der Urkundenfälschung gemäss StGB Art. 251 in der Variante der Falschbeurkundung¹¹.

BGE 151 IV 113¹² verlangt eine differenzierte Prüfung der qualifizierten Beweiseignung der verschiedenen Aussagen im Covid-19-Kreditantragsformular und verneint diese – in Abkehr von der früheren Rechtsprechung¹³ – namentlich für die Bestätigung der Betroffenheit durch die Pandemie. Wer wider besseres Wissen auf dem Formular angekreuzt hat, von der Pandemie wirtschaftlich betroffen zu sein, ist folglich nicht der Urkundenfälschung gemäss StGB Art. 251 strafbar. Nach hier vertretener Ansicht folgt daraus nicht ohne weiteres, dass solche Falschangaben nicht als (Bestandteil der) Tathandlung des Betrugs i.S.v. StGB Art. 146 in Frage kommen. Denn für die Urkundenfälschung ist die Beweiseignung des Schriftstücks, für den Betrug hingegen unabhängig vom Informationsträger die Überprüfbarkeit des Inhalts massgeblich.

VII. Unlauterer Wettbewerb (UWG Art. 23) durch falsche Angaben

Zur Erfüllung des Tatbestands von UWG Art. 3 Abs. 1 lit. b i.V.m. UWG Art. 23 reicht die Gefahr der Täuschung oder Irreführung aus. Das bestätigte das Bundesgericht in einem Fall von falschen Angaben zur Investorengewinnung. Soll ein durch unlauteren Wettbewerb erlangter Vermögenswert eingezogen wer-

⁹ Urteil des Bundesgerichts 7B_6/2021 vom 5. März 2024 E. 8.4, insb. 8.4.2; zustimmend Derer/Zurkinden, 96.

¹⁰ Regeste sowie E. 2.4.2 (204 ff.).

¹¹ Ähnlich Urteil des Bundesgerichts 6B_691/2023 vom 1. Juli 2024 E. 3.3; Urteil des Bundesgerichts, 6B_244/2023 vom 25. August 2023 E. 4.2.

¹² Regeste sowie E. 1.9 (116 ff.).

¹³ Urteil des Bundesgerichts 7B_274/2022 vom 1. März 2024 E. 4.

den, bedarf es jedoch ungeachtet der Konzeption des UWG-Tatbestands als Gefährdungsdelikt des Nachweises der Kausalität zwischen den falschen oder irreführenden Angaben und der mutmasslich schädigenden Vermögensverfügung¹⁴. Für die Einziehung bei einer Vielzahl von UWG-Geschädigten genügt das zivilrechtliche Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit¹⁵.

Literaturverzeichnis

Derrer Laura/Zurkinden Nadine, [Urteilsbesprechung] Nr. 11 Bundesgericht, II. strafrechtliche Abteilung, Urteil vom 5. März 2024 i.S. A. gegen Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich und B. AG (7B_7/2021) sowie Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich gegen A. (7B_6/2021) – 7B_7/2021, 7B_6/2021, forumpoenale 2025, 90 ff.

Jean-Richard-dit-Bressel Marc, [Aktuelle Entwicklungen im] Vermögens- und Urkundenstrafrecht, WIST 14 (2024), 143 ff.

¹⁴ Urteil des Bundesgerichts 7B_135/2022 vom 9. Januar 2024 E. 3.4.2.1.

¹⁵ BGer 7B_135/2022 E. 3.4.2.3.

Das Zürcher Standardverfahren zur Bekämpfung der Konkursreiterei in der Praxis

Hochschule Luzern – Wirtschaft

**Master of Advanced Studies
Economic Crime Investigation (MAS ECI)**

Masterarbeit von Martin Andenmatten – Studiengang 20 / 22

Management Summary

Das Phänomen der Konkursreiterei verursacht jährlich einen immensen volkswirtschaftlichen Schaden. Die entsprechenden Akteure bereichern sich auf Kosten der Allgemeinheit und beschäftigen nicht nur die Konkursämter, sondern schweizweit auch die Strafverfolgungsbehörden. Die Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich hat im Jahr 2008 Pionierarbeit geleistet und ein Standardverfahren entwickelt, welches seit 2015 breit eingesetzt wird und das Massendelikt der Konkursreiterei effizient bekämpfen soll. Die relevanten Straftatbestände in diesem Standardverfahren sind die Misswirtschaft (Art. 165 StGB), die Unterlassung der Buchführung (Art. 166 StGB) und seit dem Jahr 2022 auch die Erschleichung einer falschen Beurkundung (Art. 253 StGB). Basierend auf diesen Straftatbeständen soll mit möglichst einfachen Instrumenten ein Strafbefehl erwirkt werden. Läuft das Verfahren auf eine Anklage hinaus, sind zusätzliche Ermittlungen durchzuführen.

Neun Jahre nach der Einführung wird mit der vorliegenden Arbeit untersucht, wie sich dieses Standardverfahren in der praktischen Anwendung bewährt hat. Zu diesem Zweck hat die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich (OSTA) einen Datensatz zur Verfügung gestellt, der sämtliche Verfahren betreffend die Tatbestände von Art. 165, Art. 166 und Art. 253 StGB für die Jahre 2014 – 2023 beinhaltet. Dieser Datensatz umfasste insgesamt 864 Verfahren im Bereich der Konkursreiterei, die systematisch ausgewertet wurden.

Die Fallzahlen zeigen einen signifikanten Anstieg der Verfahren von drei im Jahr 2015 auf 192 im Jahr 2020. Parallel dazu blieb die Anzahl der eröffneten Konkursverfahren im Kanton Zürich auf einem konstanten Niveau. Somit ist ein kausaler Zusammenhang zwischen der Einführung des Standardverfahrens und der Entwicklung der Fallzahlen erkennbar. Seit 2020 haben sich die Fallzahlen wieder reduziert. Eine mögliche Erklärung für diesen Rückgang könnte sein, dass die Täterschaft den Kanton Zürich vermehrt meidet, was wiederum auf eine konsequentere Strafverfolgung im Vergleich zu anderen Kantonen hindeuten könnte.

Das Standardverfahren hat aber nicht nur dafür gesorgt, dass das Massendelikt für die Strafverfolgungsbehörde fassbar wird. Es hat gleichzeitig dazu geführt, dass die durchschnittliche Verfahrensdauer trotz markant steigenden Fallzahlen kontinuierlich gesenkt werden konnte. Während beispielsweise ein im Jahr 2017 eröffnetes Verfahren eine Bearbeitungszeit von durchschnittlich 2.6 Jahre aufwies, hat sich diese ab dem Jahr 2019 auf rund ein Jahr reduziert. Damit zeigt sich auch das Potenzial von Standardverfahren in anderen Bereichen

und sollte als erfolgsversprechender Ansatz zur Bewältigung der überlasteten Strafverfolgungsbehörden weiterverfolgt werden.

Von den 864 Verfahren in den Jahren 2015 – 2023 wurden 365 Verfahren (42%) mittels Strafbefehl erledigt. 144 Verfahren (17%) wurden nicht anhand genommen bzw. eingestellt. In 45 Fällen (5%) erfolgte eine Anklage und 189 Verfahren (22%) waren per Ende 2023 noch offen. Die restlichen Fälle wurden entweder sistiert (55 / 5%) oder abgetreten (66 / 8%).

Die eingestellten Verfahren belegen einen hohen Strafverfolgungswillen im Bereich der Konkursreiterei. Insgesamt wurden lediglich 35 Einstellungen oder Nichtanhandnahmeverfügungen identifiziert, die diskussionswürdig sind. Bezogen auf das Total der abgeschlossenen Fälle (abgetretene und sistierte Verfahren ausgeschlossen) entspricht dies einem Anteil von knapp 7%. Inhaltlich sind seitens Staatsanwaltschaft insbesondere zwei Sachverhalte fragwürdig interpretiert worden. Einerseits die Frage nach der Verantwortlichkeit bei tatsächlicher und faktischer Organschaft und andererseits der Schuldunfähigkeit bei intellektuell, sprachlich oder geistig eingeschränkten Personen.

Auf Stufe Strafbefehl wurden die Straftatbestände der Misswirtschaft und der Unterlassung der Buchführung gemäss den Vorgaben des Standardverfahrens konsequent verfolgt. Die Erschleichung einer falschen Beurkundung nach Art. 253 StGB im Sinne des Standardverfahrens hat sich in der Praxis hingegen nicht durchgesetzt. Es wurden keine abgeschlossenen Fälle gefunden, in denen dieser Straftatbestand angewendet wurde. Nach hier vertretener Meinung wird der Art. 253 StGB im klassischen Konkursreiterei Fall auch nicht benötigt. Bei der Verfolgung von Vermittlern und gewerbsmässig agierenden Firmenbestattern bleibt die Erschleichung einer falschen Beurkundung im Sinne des heutigen Standardverfahrens hingegen ein richtiger und wertvoller Ansatz, den es in diesen Fällen konsequent anzuwenden gilt. Insgesamt hat sich das Standardverfahren damit mit Ausnahme der Anwendung von Art. 253 StGB etabliert. Die von den Staatsanwaltschaften ausgesprochenen Strafbefehle werden seitens der beschuldigten Personen in der Regel akzeptiert.

Erfolgt dennoch eine Einsprache gegen den Strafbefehl oder läuft das Verfahren der Staatsanwaltschaft von Beginn weg auf eine Anklageschrift hinaus, wären gemäss Vorgaben ergänzende Ermittlungen zu tätigen. Die Auswertung hat gezeigt, dass auf diese regelmässig verzichtet wurde. Die Instrumente des Standardverfahrens, namentlich die Herleitung des Verschlimmerungskriteriums bei Misswirtschaft, sind auch bei den Anklageschriften verbreitet. Hier hat sich gezeigt, dass das Bezirksgericht als erste Instanz diese Herleitung in der Regel akzeptiert. Das Obergericht als zweite Instanz hat sich hingegen be-

reits mehrfach gegen die Auslegung von Art. 165 StGB im Standardverfahren ausgesprochen. Das Obergericht hält beim Nachweis des Verschlimmerungskriteriums fest, dass die Angaben aus dem Betreibungsregisterauszug keine Hinweise darauf geben, wann die entsprechende Leistung erbracht worden ist. Demnach könne sich aus diesen Daten auch keine tatbestandsmässige Verschlimmerung der Vermögenslage ableiten lassen. Um das Risiko eines Freispruchs bei der Anklage zu minimieren, gibt es verschiedene Massnahmen, die mit verhältnismässig wenig Aufwand umgesetzt werden könnten. Dazu gehört die Bezifferung der aufgelaufenen Verzugszinsen oder der allfällig vorhandenen monatlichen Ausgaben. Für die betraglich grössten Positionen auf dem Betreibungsregisterauszug könnten beim entsprechenden Gläubiger auch die Rechnungen ediert werden. Allenfalls genügen schon die Betreibungsprotokolle, die entgegen der heutigen Praxis beigezogen werden könnten und wertvolle Zusatzinformationen bieten. Mit diesen zusätzlichen Ermittlungen könnte zukünftig dargelegt werden, wann die entsprechenden Leistungen erbracht worden sind, um sich beim Verschlimmerungskriterium nicht ausschliesslich auf das Betreibungsdatum beschränken zu müssen.

Die Auswertung ergab zudem, dass die Verfahren bei Wiederholungstä-ter-/innen oder Personen, die einen besonders hohen Schaden verursachen, mit denselben Instrumenten aus dem Standardverfahren geführt werden. Hier dürften die Straftatbestände nicht nur auf diejenigen des Standardverfahrens beschränkt bleiben. Wo entsprechende Verdachtsmomente vorhanden sind, müssten beispielsweise auch die Gläubigerschädigung durch Vermögensminderung (Art. 164 StGB) oder die ungetreue Geschäftsbesorgung (Art. 158 StGB) verfolgt werden. Dabei ist auch die Vermögenseinziehung zu prüfen. Bei Personen mit ausgeprägter krimineller Energie dürfte es sich dabei um die einzige Massnahme handeln, die nachhaltig Wirkung zeigt.

In diesem Zusammenhang hat sich auch gezeigt, dass die Strafmassempfehlungen der OSTA unterschiedlich interpretiert werden. Nach hier vertretener Meinung sind die ausgesprochenen Strafen gemessen am verursachten Schaden in einigen Fällen zu tief ausgefallen. Um eine möglichst einheitliche Praxis zu gewährleisten, sollten die Empfehlungen konkretisiert und ergänzt werden.

Insgesamt hat sich das Zürcher Standardverfahren zur Bekämpfung der Konkursreiterei bewährt. Die Instrumente sind allerdings so etabliert, dass diese entgegen den Vorgaben nicht nur beim Strafbefehl, sondern generell bei Konkursreiterei angewendet werden. Die hier gewonnenen Erkenntnisse, die daraus abgeleiteten Vorschläge sowie die klare Abgrenzung des Standardverfahrens sollen dazu beitragen, dass die Konkursreiterei zukünftig noch gezielter und effizienter bekämpft werden kann.

Inhaltsverzeichnis

Management Summary	173
1 Verzeichnisse	177
1.1 Abbildungsverzeichnis	177
1.2 Tabellenverzeichnis	177
1.3 Literaturverzeichnis	177
2 Einleitung	179
2.1 Statistische Daten	179
2.2 Ziele der Arbeit	181
2.3 Fragestellungen	181
3 Grundlagen	183
3.1 Phänomen Konkursreiterei	184
3.1.1 Vororgan	184
3.1.2 Vermittler	184
3.1.3 Endorgan	185
3.2 Zürcher Standardverfahren	185
3.2.1 Grundsatz	186
3.2.2 Misswirtschaft	187
3.2.3 Unterlassung der Buchführung	189
3.2.4 Erschleichung einer falschen Beurkundung	190
3.2.5 Strafmass	191
4 Methodik	193
5 Ergebnisse	194
5.1 Konkursreiterei in Zahlen	194
5.1.1 Art der Verfahrenserledigung	194
5.1.2 Verfahrensdauer	197
5.1.3 Strafmass	198
5.2 Strafbefehl	199
5.2.1 Tatbestände	199
5.2.2 Besorgniszeitpunkt	200
5.2.3 Verschlimmerungskriterium	201
5.2.4 Strafmass	202
5.3 Anklage	203
5.3.1 Tatbestände und Inhalt	204
5.3.2 Gerichtsentscheide	204
5.3.3 Strafmass	206
5.4 Einstellungen / Nichtanhandnahmen	207
5.4.1 Kategorien	207
5.4.2 Kritische Würdigung	209
5.5 Wiederholungstäter/-innen	217
6 Fazit	222
7 Ausblick	228
7.1 Erschleichung einer falschen Beurkundung im Standardverfahren	228
7.2 Standardverfahren plus	229
7.3 Einordnung zukünftiger Verfahren	230

1 Verzeichnisse

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1 Entwicklung polizeilich erfasster Straftatbestände Art. 165, Art. 166 und Art. 253	180
Abbildung 2 Illustration Konkursreiterei	183
Abbildung 3 Anzahl Fälle nach Art der Erledigung	195
Abbildung 4 Anzahl Fälle und Art der Erledigung auf der Zeitachse	196
Abbildung 5 Art der Erledigung nach Staatsanwaltschaft	196
Abbildung 6 Durchschnittliche Verfahrensdauer	197
Abbildung 7 Strafmass nach Freiheitsstrafe und Geldstrafe	198
Abbildung 8 Strafmass bei Geldstrafen	198
Abbildung 9 Strafmass bei Freiheitsstrafen	199
Abbildung 10 Zukünftige Einordnung der Konkursreiterei	232

Tabellenverzeichnis

Tabelle 1 Straftatbestände im Standardverfahren	186
Tabelle 2 Strafmassempfehlung der OSTA	192
Tabelle 3 Übersicht der eingestellten Verfahren	207
Tabelle 4 Kritische Würdigung der eingestellten Verfahren	209
Tabelle 5 Beispiel Strafmass bei Wiederholungstäter/-innen	217

Literaturverzeichnis

Beobachter. *Hunderte Millionen werden versenkt*. Abgerufen am 15.12.2023 von <https://www.beobachter.ch/hunderte-millionen-werden-versenkt-16796>

Botschaft zum Bundesgesetz über die Bekämpfung des missbräuchlichen Konkurses (Änderung, des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs, des Obligationenrechts, des Strafgesetzbuches, des Militärstrafgesetzes und des Strafregistergesetzes) vom 26.06.2019, BBI 2019 5193 ff. (zit. BBI 2019)

Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) [OR] vom 01. Januar 1912, SR 220.

Bundesgesetz über Kredite mit Solidarbürgschaft infolge des Coronavirus [Covid-19-SBüG] vom 19. Dezember 2020, SR 951.26.

Bundesamt für Statistik (a). *Polizeilich registrierte Straftaten gemäss Strafgesetzbuch nach Kanton, Ausführungsgrad und Aufklärungsgrad*. Abgerufen am 26.04.2024 von <https://>

- www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/aktuell/neue-veroeffentlichungen.assetdetail.30765136.html
- Bundesamt für Statistik (b). *Konkursverfahren nach Kanton*. Abgerufen am 13.04.2024 von <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/industrie-dienstleistungen/unternehmen-beschaeftigte/unternehmensdemografie/konkurse.html>
- Creditreform. *Grassierende Konkursreiterei verursacht Milliarden Schäden*. Abgerufen am 21.03.2024 von <https://www.creditreform-luzern.ch/blog/9>
- Graf, D. K. (2019). *Konkursreiterei: Phänomen – rechtliche Einordnung – Bekämpfung*. Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs BLSchK, 1 – 7.
- Jean-Richard-dit-Bressel, M. (2011). *Misswirtschaft durch Konkursverschleppung bei «Wegwerfgesellschaften»*, in Ackermann J. & Wohlers W. (Hrsg.), *Konkurs und Strafrecht: Strafrechtliche Risiken vor, in und nach der Generalexécution* (S. 59 – 93). Schulthess.
- Jean-Richard-dit-Bressel, M. (2022a). *Roadshow Konkursreiterei – Strafrechtliches Massengeschäft gegen den Wirtschaftssumpf*. [Unveröffentlichte Präsentation], Staatsanwaltschaft Zürich.
- Jean-Richard-dit-Bressel, M. (2022b). *Anklage-Muster Art. 253 StGB*. [Unveröffentlichte Arbeitshilfe], Staatsanwaltschaft Zürich.
- Kanton Zürich. Direktion der Justiz und des Innern. *Staatsanwaltschaft Jahresbericht 2022 und Porträt*. Abgerufen am 21.03.2024 von https://www.zh.ch/content/dam/zhweb/bilder-dokumente/footer/news/2023/04/STA_ZH_Jahresbericht_2022_barrierefrei.pdf
- Nussbaumer, D. (2016). *Mit neuen Methoden gegen Konkursverschleppungen – wie sich Strafverfolger, Handelsregister-, Betreibungs- sowie Notariats- und Konkursbeamte im Kampf gegen Misswirtschaft gegenseitig unterstützen können*. Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs BLSchK, 124 – 135.
- Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich. (2022). *Strafmassempfehlungen vom 29.11.2022*. [Unveröffentlichtes Dokument].
- Niggli, M. A. & Wiprächtiger H. (Hrsg.) (2019). *Basler Kommentar, Strafrecht (StGB/JStG), Strafgesetzbuch, Jugendstrafgesetz*. Helbing Lichtenhahn Verlag. (zit. BSK StGB-Bearbeiter/in).
- Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich. *Musterstrafbefehl Misswirtschaft*. [Unveröffentlichtes Dokument].
- Schweizerisches Strafgesetzbuch [StGB] vom 01. Januar 1942, SR 311.0.
- Schweizerische Strafprozessordnung [StPO] vom 15. Juni 1934, SR 312.0.
- Trechsel, S. & Pieth, M. (Hrsg.) (2021). *Praxiskommentar Schweizerisches Strafgesetzbuch*. Dike Verlag AG. (zit. PK StGB-Bearbeiter/in)
- Tages-Anzeiger. *Schweizer Justiz vor dem Kollaps – über 100'000 offene Fälle*. Abgerufen am 15.12.2023 von <https://www.tagesanzeiger.ch/schweizer-justiz-vor-dem-kollaps-ueber-100000-offene-faelle-925595145105>
- NZZ. *Schweizer Justiz im Dauerstress: So verliert das Strafen seinen Sinn*. Abgerufen am 10.01.2024 von <https://www.nzz.ch/meinung/leitartikel-strafen-ld.1760310>

2 Einleitung

Das Phänomen der Konkursreiterei beschäftigt nicht nur die Strafverfolgungsbehörden und Konkursämter, auch die Medien beschäftigt das Thema regelmässig. Der volkswirtschaftliche Schaden ist immens. Allein im Kanton Zürich dürfte das Phänomen zwischen 2019 und 2022 einen mutmasslichen Schaden von schätzungsweise CHF 240 Mio. verursacht haben.¹

Um dies zu bekämpfen, hat die Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich ab 2008 ein sogenanntes Standardverfahren entwickelt, welches seit ca. 2015 breit eingesetzt wird. Mit verhältnismässig einfachen Methoden soll damit das Massendelikt Konkursreiterei bekämpft werden. Die in diesem Zusammenhang relevanten Straftatbestände sind:

- Art. 165 Misswirtschaft
- Art. 166 Unterlassung der Buchführung
- Art. 253 Erschleichung einer falschen Beurkundung

Daneben gibt es noch weitere Straftatbestände im Konkurs- und Betreibungsrecht. Diese spielen aber im Kontext des Zürcher Standardverfahrens eine untergeordnete Rolle.

2.1 Statistische Daten

Statistische Daten zu den untersuchten Straftatbeständen finden sich unter anderem in der polizeilichen Kriminalstatistik (PKS),² in der alle polizeilich registrierten, strafrechtlich relevanten Sachverhalte erfasst werden. Unter den Straftaten werden die eindeutig abgrenzbaren, strafbaren Handlungen, ungeachtet der Anzahl der geschädigten Personen, ausgewertet. Da es sich um eine Ausgangsstatistik handelt, entspricht das erfasste Datum nicht der effektiv ausgeführten Tat, sondern dem Zeitpunkt, an dem die polizeiliche Arbeit abgeschlossen ist. Dies ist spätestens dann der Fall, wenn die Akten an das Untersuchungsrichteramt bzw. an die Staatsanwaltschaft weitergegeben werden.

Auf Basis der polizeilichen Kriminalstatistik werden in der nachfolgenden Grafik für die drei relevanten Straftatbestände die Anzahl der polizeilich registrierten Fälle dargestellt, einerseits schweizweit und andererseits beschränkt auf den Kanton Zürich. Es zeigt sich, dass die Anzahl registrierter Fälle in der

¹ Kanton Zürich Direktion der Justiz und des Innern, online

² Bundesamt für Statistik (a), online

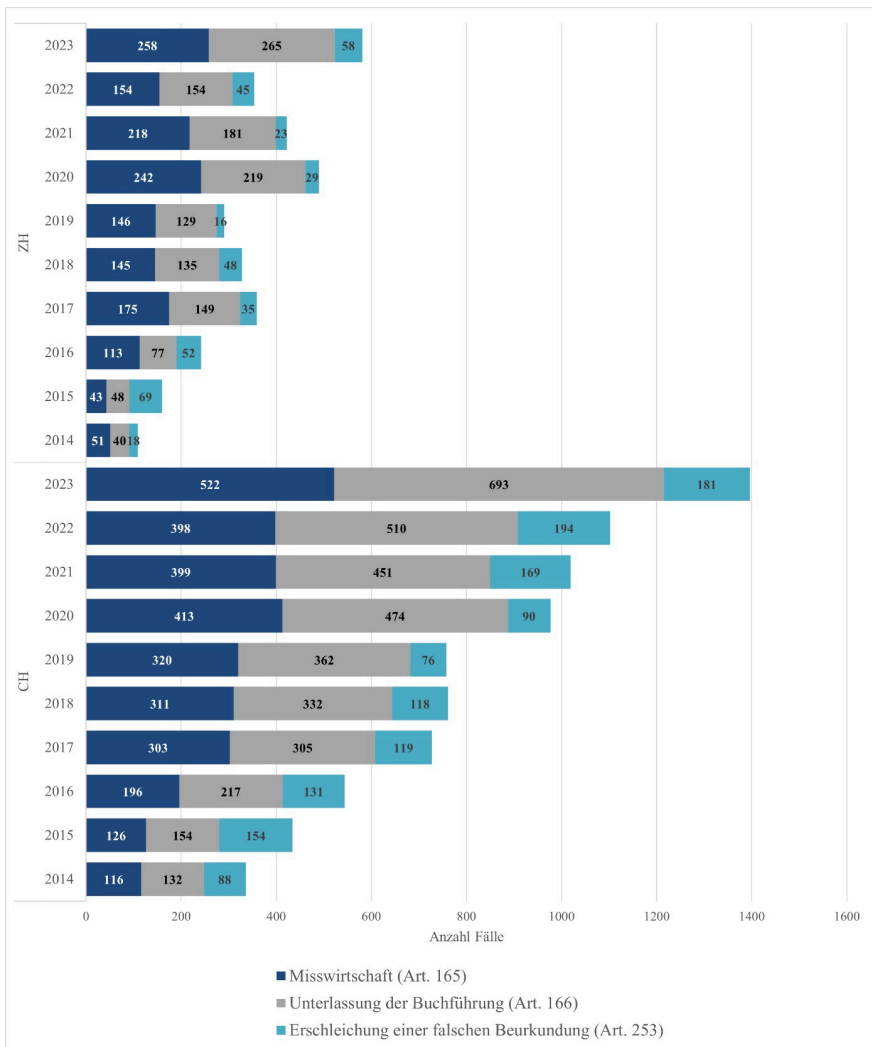


Abbildung 1 Entwicklung polizeilich erfasster Straftatbestände Art. 165, Art. 166 und Art. 253
Quelle: eigene Darstellung auf Basis der PKS-Daten in der Schweiz

gesamten Schweiz kontinuierlich ansteigt. Im Kanton Zürich ist seit 2015 eine signifikante Zunahme zu verzeichnen. Obwohl die Fallzahlen im Vergleich zur Gesamtentwicklung der Schweiz in den Jahren 2018 und 2019 sowie 2021 und 2022 zurückgegangen sind, steigen sie insgesamt dennoch stetig an. Bei der Konkursreiterei handelt es sich um ein Massenphänomen, welches sich weiter verschärft und von allen Seiten die entsprechende Aufmerksamkeit benötigt.

Dies wird sowohl durch einen Bericht von Creditreform untermauert, der einen deutlichen Anstieg der Verdachtsfälle auf Konkursreiterei seit September 2021 zeigt,³ als auch durch die aktuellen PKS-Zahlen für das Jahr 2023. Im Kanton Zürich ist eine Steigerung der Fallzahlen um 65% zu verzeichnen, während schweizweit eine Zunahme um 27% festgestellt wird.

2.2 Ziele der Arbeit

Die vorliegende Arbeit bietet einen Einblick in die praktische Anwendung des Zürcher Standardverfahrens zur Bekämpfung der Konkursreiterei. Es wird untersucht, inwieweit das Verfahren tatsächlich angewendet wird und welche konkreten Auswirkungen anhand verfügbarer Daten nachgewiesen werden können. Darüber hinaus wird analysiert, ob die einzelnen Bestandteile des Standardverfahrens auch von richterlicher Seite akzeptiert werden, und es werden potenzielle Lücken sowie Möglichkeiten zur Verbesserung aufgezeigt.

Das Ziel und der innere Antrieb für diese Arbeit liegt darin, die Bekämpfung der Konkursreiterei im Kanton Zürich noch effizienter und effektiver zu gestalten. Aus den gewonnen Praxiserfahrungen sollen dementsprechend auch allfällige Anpassungen und Weiterentwicklungen abgeleitet werden können.

Das im Jahr 2008 entwickelte Verfahren gilt seit dem Jahr 2015 im Kanton Zürich als verbindliche Vorgabe. Um allfällige Effekte besser beurteilen zu können, wird der Untersuchungszeitraum auf das Jahr 2014 erweitert und demnach auf die Periode von 2014 bis 2023 festgelegt.

2.3 Fragestellungen

Aus den oben erwähnten Zielen der Arbeit ergeben sich die folgenden Forschungsfragen:

- Welcher Effekt der flächendeckenden Einführung des Standardverfahrens im Jahr 2015 lässt sich aus den Fallzahlen der Konkursreiterei ableiten?
- Wie hat sich das Standardverfahren auf die durchschnittliche Dauer eines Verfahrens im Bereich der Konkursreiterei ausgewirkt?
- Hat sich das Standardverfahren bei der Staatsanwaltschaft im Kanton Zürich etabliert?
- Haben sich die Kernelemente des Standardverfahrens aus strafrechtlicher Sicht in der Praxis bewährt?

³ Creditreform, online

- Lassen sich aufgrund der Praxiserfahrung Verbesserungspotenziale bei der Anwendung des Standardverfahrens identifizieren und falls ja, welche?

3 Grundlagen

Es gibt zahlreiche Medienberichte, wissenschaftliche Arbeiten und sonstige Literatur, welche das Phänomen der Konkursreiterei beschreiben. Daher soll

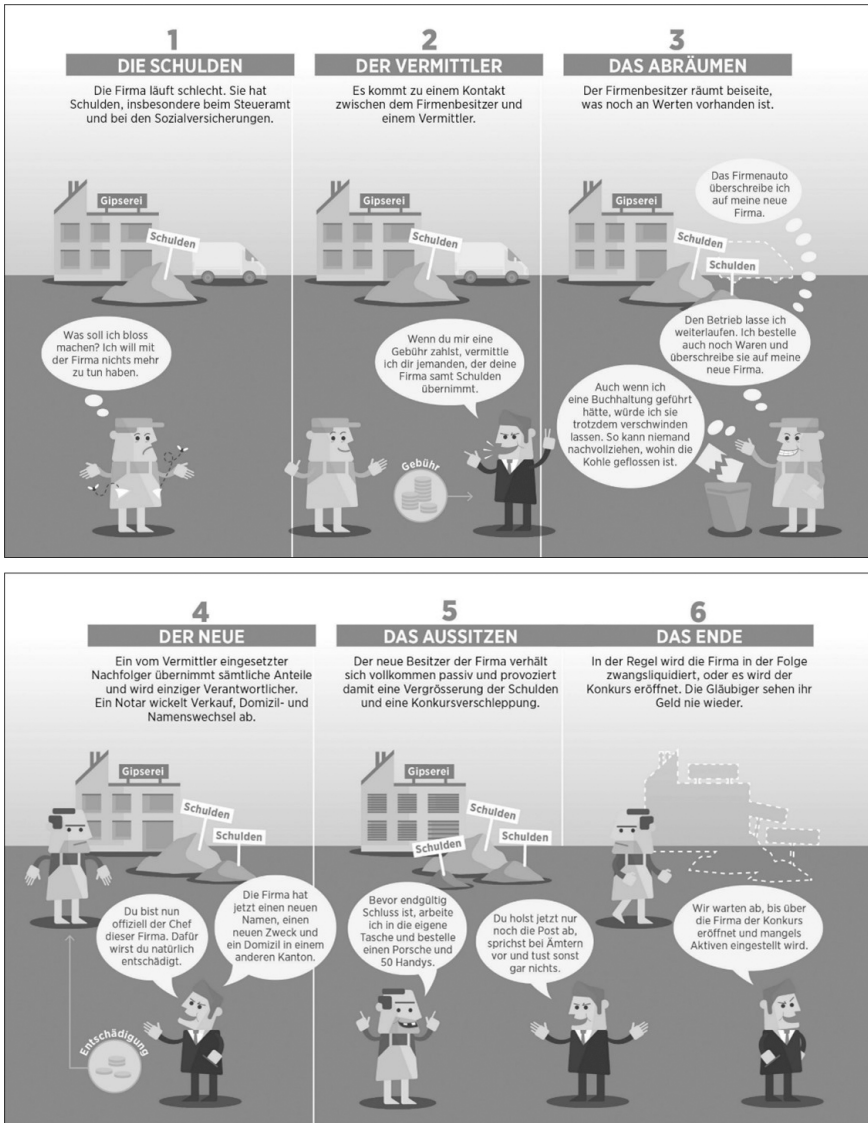


Abbildung 2 Illustration Konkursreiterei. (Beobachter, online)

einleitend lediglich ein kurzer Überblick über einen klassischen Konkursreiterei Fall gegeben werden. Anschliessend wird das Standardverfahren vorgestellt, welches auch Grundlage des wissenschaftlichen Teils bildet.

3.1 Phänomen Konkursreiterei

Die nachfolgende Illustration aus dem Beobachter fasst die Kernpunkte der Konkursreiterei anschaulich zusammen. Im klassischen Fall gibt es drei Hauptakteure, die nachfolgend näher beschrieben werden.

3.1.1 Vororgan

Das Vororgan betreibt in vielen Fällen ein an sich legales Geschäft, «typischerweise ein Handwerker in der Baubranche, der seine Geschäftstätigkeit von sich zu Hause aus, über «seine» Kapitalgesellschaft, eine Einpersonen-Aktiengesellschaft oder -GmbH, anbietet»⁴. Diese *Bodenleger GmbH* gerät aber immer mehr in finanzielle Schieflage, bis sich das Unternehmen schliesslich in einem hälftigen Kapitalverlust nach Art. 725a Obligationenrecht (OR) oder gar in einer Überschuldung nach Art. 725b OR wieder findet. Wenn das Vororgan keine Buchhaltung führt, so wird die finanzielle Schieflage spätestens dann erkannt, wenn auf dem Bankkonto kein Geld mehr vorhanden ist und/oder immer mehr Gläubiger ihre Forderungen auf dem Rechtsweg eintreiben. Um die bestehenden Gläubiger sowie potenziell neue Gläubiger vor weiterem Schaden zu schützen, gibt der Gesetzgeber dem Vororgan klare Vorgaben, wie man sich in einer solchen Situation verhalten muss. Ob aus Unwissenheit, aufgrund begrenzter unternehmerischer Fähigkeiten oder aus bewusster Missachtung – diese gesetzlichen Vorgaben werden häufig nicht erfüllt. Stattdessen kommt es im klassischen Fall der Konkursreiterei zum Kontakt mit einem Vermittler.

3.1.2 Vermittler

Der Vermittler, typischerweise ein Treuhänder oder Anwalt, der sich insbesondere im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht auskennt,⁵ orchestriert die strafrechtlich relevante Konkursreiterei. Er ist Bindeglied zwischen Vor- und Endorgan. Auf dessen Empfehlung überführt das Vororgan alle verbleibenden Vermögenswerte der *Bodenleger GmbH* auf eine zweite Gesellschaft, die in der Regel ebenfalls dem Vororgan gehört und einen ähnlichen oder gleichen Zweck verfolgt⁶ – die *Plattenleger GmbH*. Die *Bodenleger GmbH* bleibt als Ge-

⁴ Nussbaumer, 2016, S. 124

⁵ Nussbaumer, 2016, S. 126

⁶ Nussbaumer, 2016, S. 126

sellschaftshülle ohne operative Tätigkeit und ohne Vermögenswerte, dafür mit reichlich Schulden zurück. Um sich dieser leblosen Hülle nun zu entledigen, zahlt das Vororgan dem Vermittler eine Gebühr.

3.1.3 Endorgan

Der Vermittler setzt in die leblose Hülle nun eine Drittperson. Der Beobachter nennt diese in der Illustration «der Neue», in der Strafverfolgung wird diese als Endorgan bezeichnet. Um sich in der *Bodenleger GmbH* als Gesellschafter und allenfalls als Geschäftsführer eintragen zu lassen, erhält das Endorgan vom Vermittler «einen kleinen Obulus von rund CHF 500.- bis 1500.-»⁷. Die Gesellschaft bleibt operativ weiterhin inaktiv. Nun wartet das Endorgan ab, bis die Gesellschaft zwangsliquidiert wird, oder auf Begehren eines Gläubigers der Konkurs eröffnet wird. In manchen Fällen wird diese Zeit auch «genutzt», um im Namen der Gesellschaft, aber für den eigenen Profit weiterhin Bestellungen zu tätigen.⁸ So oder so verschlimmert sich die Vermögenslage der *Bodenleger GmbH* zum Nachteil sämtlicher Gläubiger weiter, bis die Gesellschaft schliesslich zwangsliquidiert wird oder der Konkurs eröffnet wird. Das Konkursverfahren wird in der Regel mangels Aktiven eingestellt. Die Gläubiger erleiden einen Totalausfall ihrer Forderungen.

3.2 Zürcher Standardverfahren

In den letzten Jahren ist der Druck auf die Strafverfolgungsbehörden stetig gewachsen. Schlagzeilen wie «*Schweizer Justiz vor dem Kollaps – über 100'000 offene Fälle*»⁹ oder «*Schweizer Justiz im Dauerstress: So verliert das Strafen seinen Sinn*»¹⁰ waren unter anderem im Herbst 2023 in Schweizer Medien zu lesen. Auch aus diesem Grund hat die Zürcher Staatsanwaltschaft bereits im Jahr 2008 Pionierarbeit geleistet und ein möglichst einfaches Verfahren entwickelt, welches ab dem Jahr 2015 breit eingesetzt wurde und das Massendelikt der Konkursreiterei effizient bekämpfen sollte.¹¹ Dieses Standardverfahren bei der Konkursreiterei dient aktuell als Vorbild, um auch in anderen Bereichen für eine Entlastung in der Strafverfolgung zu sorgen. So soll der Staatsanwaltschaft Werkzeuge an die Hand gegeben werden, mit welchen die Fälle effizient und handwerklich solid abgearbeitet werden können. Dabei werden explizit keine Maximallösungen angestrebt. Das gilt auch beim Standardver-

⁷ Graf, 2009, S.2

⁸ Nussbaumer, 2016, S. 127

⁹ Tages-Anzeiger, online

¹⁰ NZZ, online

¹¹ Jean-Richard-dit-Bressel, 2011, S. 60

fahren der Konkursreiterei. Wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen werden, handelt es sich keineswegs um ein perfektes und in jedem Fall anwendbares Verfahren. Allfällige Restrisiken werden aber ganz bewusst und im Sinne einer pragmatisch effizienten Strafverfolgung getragen.

3.2.1 Grundsatz

Gestützt auf die polizeilichen Ermittlungen sollen im Standardverfahren grundsätzlich Strafbefehle erlassen werden. Wenn der Fall hingegen vor Gericht geht, können weitergehende Ermittlungen notwendig werden. Ein solcher Weg über das Gericht ist denkbar, aufgrund der

- Einsprache gegen den Strafbefehl
- Anklageperspektive wegen der Dimension (bspw. Anzahl Gesellschaften)
- Anklageperspektive wegen einschlägiger Vorstrafen¹²

Das Standardverfahren setzt auf drei Tatbestände aus dem Strafgesetzbuch (StGB), die gemäss *Tabelle 1* auf die einzelnen Akteure anwendbar sind. Die Erschleichung einer falschen Beurkundung wurde im Verlauf des Jahres 2022 hinzugefügt und ebenfalls zur Anwendung empfohlen.

	Vororgan	Vermittler	Endorgan
Misswirtschaft (Art. 165 StGB)	x		x
Unterlassung der Buchführung (Art. 166 StGB)	x		x
Erschleichung einer falschen Beurkundung (Art. 253 StGB)		x	x

Tabelle 1 Straftatbestände im Standardverfahren

Im Grundsatz soll sich die Strafuntersuchung auf diese drei Straftatbestände beschränken. Das Opportunitätsprinzip nach Art. 8 Abs. 2 lit. a Strafprozessordnung (StPO) soll grosszügig angewendet werden. Sonstige Delikte wie Veruntreuung, Betrug, Ungetreue Geschäftsbesorgung, Betrügerischer Konkurs, Gläubigerschädigung durch Vermögensminderung oder Urkundenfälschung kommen nur zur Anwendung, wenn eine der folgenden drei Konstellationen vorliegt:

- offensichtlich oder geständig
- spruchreif im Polizeibericht

¹² Jean-Richard-dit-Bressel, 2022 (a), S. 11

- erforderlich als Grundlage zur Abschöpfung beschlagnahmter Vermögenswerte (dafür sind Art. 165, 166 und 253 StGB ungeeignet)¹³

Auf die einzelnen Straftatbestände wird nachfolgend eingegangen. Dabei geht es um die Kernpunkte in Zusammenhang mit dem Standardverfahren und keineswegs um eine umfassende strafrechtliche Behandlung.

3.2.2 Misswirtschaft

Im Sinne einer objektiven Strafbarkeitsbedingung muss der Konkurs eröffnet oder ein Pfändungsverlustschein ausgestellt worden sein. Ungenügend ist hingegen die vom Gericht angeordnete Liquidation aufgrund eines Organisationsmangels nach Art. 731b Abs. 1bis Ziff. 3 OR.¹⁴ In diesem Zusammenhang sei erwähnt, dass der Gesetzgeber versucht hat, die bis dato fehlende Strafverfolgung mit der per 01.01.21 in Kraft getretenen Bestimmung von Art. 731b Abs. 4 OR zu ermöglichen. Demnach müssen die zur Liquidation der Gesellschaft nach den Vorschriften über den Konkurs eingesetzten Liquidatoren, unter anderem auch die Konkursämter, das Gericht benachrichtigen, sobald eine Überschuldung festgestellt wird. Das Gericht eröffnet anschliessend den Konkurs, womit die objektive Strafbarkeitsbedingung erfüllt ist.¹⁵

Da es sich bei der Misswirtschaft um ein echtes Sonderdelikt handelt, kann nur der Schuldner als Täter in Frage kommen.¹⁶ Diese Schuldneigenschaft kann gestützt auf Art. 29 StGB einer natürlichen Person zugerechnet werden. Dieser weiter gefasste Personenkreis ist nun hinsichtlich der Misswirtschaft einzuschränken, da nicht nur das Schuldnerkriterium, sondern auch das Pflichtverletzungskriterium relevant sind. Die im nächsten Abschnitt beschriebene Pflichtverletzung können bei einer Aktiengesellschaft (AG) nur eingetragene Verwaltungsräte, respektive bei einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) nur eingetragene Geschäftsführer begehen. Dementsprechend kommen auch nur diese Personen als Täter in Frage. Ob faktische Organe, die über den formellen Organen stehen, das Täterkriterium ebenfalls erfüllen, ist umstritten.¹⁷

¹³ Jean-Richard-dit-Bressel, 2022 (a), S. 12, siehe zudem Ausführungen am Schluss des [Kapitels 5.5](#)

¹⁴ Graf, 2019, S. 3

¹⁵ BBI 2019, S. 5210

¹⁶ BSK StGB-Hagenstein, Art. 165, S. 3437

¹⁷ bejahend Jean-Richard-dit-Bressel, 2011, S. 76; verneinend Graf, 2019, S. 4. Die faktische Organshaft wird am Schluss des [Kapitels 5.4.2](#) eingehender behandelt

Anknüpfungspunkt für das strafrechtlich relevante Tatverhalten sind die gesetzlichen Pflichten nach Art. 725b OR bei der AG, in Verbindung mit Art. 820 OR bei der GmbH. Demnach erstellt der Verwaltungsrat bei begründeter Besorgnis der Überschuldung eine Zwischenbilanz, lässt diese von einem zugelassenen Revisor prüfen und benachrichtigt allenfalls den Richter. Eine tatsächliche Überschuldung ist dabei nicht notwendig, es reicht die begründete Besorgnis einer Überschuldung. Diese besteht bereits dann, wenn die Liquidität angespannt ist und einzelne Rechnungen nicht mehr bezahlt werden können.¹⁸ Werden diese gesetzlichen Pflichten von den verantwortlichen Personen nicht eingehalten, handelt es sich um eine arge Nachlässigkeit in der Berufsausübung und damit um ein strafrechtlich relevantes Verhalten im Sinne von Art. 165 StGB.¹⁹

Besorgniszeitpunkt

Es wird der Zeitpunkt ermittelt, zu welchem der verantwortliche Verwaltungsrat oder der Geschäftsführer aufgrund der vorhandenen Zahlungsunfähigkeit spätestens hätte reagieren müssen. Dieser Zeitpunkt wird im Standardverfahren für das Vororgan respektive das Endorgan wie folgt definiert:

- Vororgan: falls nicht ein früherer Zeitpunkt offensichtlich ist, bildet der Betreibungsregisterauszug die Basis. Die begründete Besorgnis gilt grundsätzlich ab der zweiten offenen Betreuung. Sollte es sich bei der ersten Betreuung um diejenige eines qualifizierten Gläubigers (Steuern, SVA, Versicherungen etc.) handeln, eine Konkursandrohung erfolgt sein oder ein Verlustschein vorhanden sein, gilt dieses frühere Datum für die begründete Besorgnis einer Überschuldung und begründet damit den Besorgniszeitpunkt.²⁰
- Endorgan: der Besorgniszeitpunkt entspricht dem Zeitpunkt der Mandatsübernahme, da die Umstände der Mandatierung (das Endorgan übernimmt die Funktion des Firmenbestatters) ohne weiteres die Besorgnis einer Überschuldung begründen.²¹

Das zweite Kernelement der Misswirtschaft bezieht sich auf den Erfolg, namentlich die Verschlimmerung der Vermögenslage. Damit der Tatbestand der

¹⁸ Nussbaumer, 2016, S. 129. Auch im BGer 6P_29/2007 E. 10.3.1 wird festgehalten, dass «bei einer dauernden Zahlungsunfähigkeit regelmässig auch eine Überschuldung vorliegen» würde

¹⁹ BSK StGB-Hagenstein, Art. 165, S. 3443 sowie nach ständiger Rechtsprechung (BGer 6B_492/2009, E. 2.2; 6B_711/2011, E. 3.4; 6B_1047/2015, E. 4.3)

²⁰ Reihenfolge aus internen Schulungsunterlagen der Kantonspolizei Zürich

²¹ Jean-Richard-dit-Bressel, 2022 (a), S. 14

Misswirtschaft erfüllt ist, braucht es eine Verschlimmerung der Vermögenslage, die als Kausalität der Nicht-Betätigung der Notbremse durch den Verwaltungsrat oder den Geschäftsführer entsteht. Diese Unterlassung gilt für die Verschlimmerung dann als kausal, wenn sie bei pflichtgemäßem Handeln mit grosser Wahrscheinlichkeit hätte vermieden werden können.²²

Verschlimmerungskriterium

Um diese möglicherweise komplexe Ermittlung zu vereinfachen, beschränkt sich das Standardverfahren auch hier auf den Betreibungsregisterauszug. Sofern die Gesellschaft operativ nicht mehr tätig ist und keine Umsätze mehr erzielt, gelten auf Stufe Strafbefehl alle ab drei Monaten nach dem Besorgniszeitpunkt eingehenden und offenen Betreibungen als Nachweis der Verschlimmerung der Vermögenslage. Diese Karenzfrist wird damit argumentiert, dass kaum eine fällige Forderung später als drei Monate nach ihrer Entstehung betrieben wird.²³ Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung reicht für die Verschlimmerung der Vermögenslage schon der Zinsenlauf.²⁴

3.2.3 Unterlassung der Buchführung

Auch bei diesem Tatbestand muss die objektive Strafbarkeitsbedingung erfüllt sein. Dazu wird auf die Ausführungen in [Kapitel 3.2.2](#) verwiesen. In Bezug auf den möglichen Täterkreis muss auch hier zwischen dem Schuldnerkriterium und dem Pflichtverletzungskriterium unterschieden werden. Bei Art. 166 StGB handelt es sich um ein echtes Sonderdelikt. Demnach kommt als Täter nur ein nach Art. 957 OR buchführungspflichtiger Schuldner in Frage. Sofern es sich um eine juristische Person handelt, können diese Pflichten nach Art. 29 StGB einer natürlichen Person zugerechnet werden. Dies umfasst nicht nur amtierende Organe und Personen, sondern auch deren Rechtsvorgänger, sofern deren Unterlassung zum Taterfolg beigetragen hat.²⁵ Dieser breiter gefasste Personenkreis ist nun auf diejenigen Personen zu reduzieren, die auch die gesetzliche Pflicht haben, für eine Buchführung und Rechnungslegung zu sorgen. Dies beinhaltet den Verwaltungsrat einer AG und die Geschäftsführung einer GmbH.²⁶ Da ferner die Pflicht zur Buchführung und Rechnungslegung aus Sicht des Verwaltungsrates und der Geschäftsführung delegierbar ist, fallen auch angestellte Buchhalter darunter, sofern diese über selbständige Ent-

²² BSK StGB-Hagenstein, Art. 165, S. 3449

²³ Jean-Richard-dit-Bressel, 2022 (a), S. 15

²⁴ BGer 6P.164/2006 E. 9.1.2

²⁵ BSK StGB-Hagenstein, Art. 166, S. 3461 sowie BGer, StrA, 17.3.2017, 6B_1340/2015, E.5

²⁶ Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 und 6 resp. Art. 810 Abs. 2 Ziff. 3 und 5 OR

scheidungsbefugnisse verfügen.²⁷ Betreffend der faktischen Organschaft wird auf die Ausführungen in [Kapitel 3.2.2](#) verwiesen.

Die Buchführungspflicht gilt gemäss Bundesgericht explizit auch bei inaktiven Gesellschaften. So schreibt das Bundesgericht, dass der Buchführungspflicht bei einer inaktiven Gesellschaft gerade auch im Hinblick auf die gesetzlichen Pflichten von Art 725b OR keine geringere Bedeutung zukommt als bei einer aktiven Gesellschaft.²⁸ Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich vertritt dieselbe Meinung und führt in einem Steuerverfahren an: «*Ob eine Gesellschaft inaktiv ist oder nicht, ergibt sich aus den Angaben in der korrekt und vollständig ausgefüllten Steuererklärung samt beizulegender Jahresrechnung (Erfolgsrechnungen und Bilanzen)*». Inaktive Gesellschaften sind damit weder von der handels- noch von der steuerrechtlichen Buchführungs- und Rechnungspflicht befreit.²⁹

Das Bundesgericht vertritt die Meinung, dass die blossе Sammlung von Belegen und Unterlagen unzureichend sei und bereits als Pflichtverletzung gelte. Nach deren Definition muss der Schuldner die Bücher führen, d.h. «fortlaufend, systematisch, vollständig und klare rechnerische Aufzeichnung über die Geschäftsvorgänge machen, so dass durch blosses Ziehen der Bilanz jederzeit die Vermögenslage des Geschäfts ermittelt werden kann»³⁰.

Der als Erfolgsdelikt konzipierte Straftatbestand ist dann erfüllt, wenn aufgrund der Unterlassung der Buchführung der Vermögensstand nicht ersichtlich ist. Sowohl bei vollständiger als auch teilweiser Unterlassung dürfte dies grundsätzlich erfüllt sein.³¹ Auch bei inaktiven Gesellschaften dürfte dies erfüllt sein, weil die Inaktivität aufgrund der fehlenden Buchhaltung nicht ersichtlich wird.³²

3.2.4 Erschleichung einer falschen Beurkundung

Falls die Gesellschaft unter dem Endorgan absolut inaktiv ist, kann der Nachweis der Verschlimmerung der Vermögenslage als Tatbestandsmerkmal von Art. 165 StGB herausfordernd sein. Zudem hat der Vermittler bei der Konkursreiterei keine Sonderstellung und erfüllt das Schuldnerkriterium nicht. Unter anderem deshalb hat die Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich im Verlauf des Jahres 2022 beim Vermittler und beim Endorgan die Erschleichung einer fal-

²⁷ PK StGB-Trechsel/Ogg, Art. 166, S. 973

²⁸ BGer 1P.456/2003 E. 3.3.3

²⁹ VGr ZH SB.2020.00008; SB.2020.00009 E. 2.4

³⁰ BGE 77 IV 164 E.1, 166

³¹ BSK StGB-Hagenstein, Art. 166, S. 3466

³² BGer 6P.136/2005; 6S.425/2005 E. 5.2

schen Beurkundung nach Art. 253 StGB als dritten Straftatbestand im Standardverfahren integriert.

Es wird argumentiert, dass sich die beschuldigte Person zu keinem Zeitpunkt im Sinne der unübertragbaren und unentziehbaren Organpflichten gemäss Art. 716a Abs. 2 OR resp. Art. 810 Abs. 1 OR für die Gesellschaft einsetzen wollte. Es bestand nie der Wille, den statutarischen Zweck anzustreben, mit Blick darauf eine Leitungsfunktion auszuüben und eine Organisation festzulegen. Zudem bestand nie die Absicht, dafür zu sorgen, dass die Gesellschaft über ein Rechnungswesen und eine Finanzkontrolle verfügt, eine Buchhaltung führt, einen Geschäftsbericht samt Jahresrechnung erstellt und diesen von der Generalversammlung oder der Gesellschafterversammlung genehmigen lässt. Schliesslich wird argumentiert, dass die beschuldigte Person nie den Willen hatte, eine begründete Besorgnis einer Überschuldung zu erkennen und die entsprechenden gesetzlichen Pflichten nach Art. 725b OR zu befolgen. Die beschuldigte Person liess sich somit nicht als wirklich verantwortliches Organ im Handelsregister registrieren, sondern lediglich als Scheinorgan. Damit sollte gestützt auf das Handelsregister einzig der Beweis erbracht werden, dass das Vororgan durch ein anderes Organ abgelöst wird, damit die Gesellschaft mit möglichst wenig Aufwand und ohne irgendwelche Schulden zu bezahlen, gelöscht werden kann.³³

Die Anwendung von Art. 253 StGB beim Endorgan und Vermittler wurde im Verlauf des Jahres 2022 bei allen Staatsanwaltschaften im Kanton Zürich empfohlen.

3.2.5 Strafmass

Die Strafmassempfehlung der Oberstaatsanwaltschaft (OSTA)³⁴ in Zusammenhang mit der Konkursreiterei (Art. 165, 166, 253 StGB) wird in der nachfolgenden Tabelle zusammengefasst. Es zeigt sich, dass beim Endorgan und/oder dem Vermittler die Anzahl Gesellschaften, die missbräuchlich in den Konkurs getrieben bzw. entsprechend vermittelt wurden, entscheidend sind für die Höhe der Strafe. Beim Endorgan wird dies damit begründet, dass sich der Schaden im typischen Konkursreiterei Fall in der inaktiven Endorganphase nicht mehr signifikant vergrössert. Beim Vororgan wird einzig der verursachte Schaden in Form von unbezahlten Betreibungen in der Höhe von CHF 50'000 erwähnt. Weitere Abstufungen nach oben sind nicht vorhanden, was entsprechenden Interpretationsspielraum offenlässt.

³³ Jean-Richard-dit-Bressel, 2022 (a), S. 18 sowie Jean-Richard-dit-Bressel, 2022 (b), S. 6

³⁴ Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich, 2022, S. 12

Vororgan ohne einschlägige Vorstrafe, 1 Gesellschaft, unbezahlte Betreibungen CHF 50'000	Einsatzstrafe 90 Tagessätze
Endorgan ohne einschlägige Vorstrafe, 3 Gesellschaften unter Endorgan inaktiv	Einsatzstrafe 120 Tagessätze
Vermittler/Organisator ohne einschlägige Vorstrafe, 10 Gesellschaften	Einsatzstrafe 180 Tagessätze
Da Vororgane regelmässig über die Gesellschaft ein im Grundsatz legales Gewerbe betreiben ist bei Endorganen/Vermittlern von einer höheren kriminellen Energie auszugehen, da deren Geschäft von Grund auf sozial unerwünscht ist. Das Geschäftsmodell «Firmenbestattung» wird bei Endorganen erst ab 3 Gesellschaften und bei Vermittlern erst ab 10 Gesellschaften fassbar.	

Tabelle 2 Strafmassempfehlung der OSTA.

4 Methodik

Die Ausgangslage für die wissenschaftliche Untersuchung bildet ein Datensatz, der mit der Unterstützung der OSTA des Kantons Zürich aus dem Rechtsinformationssystem (RIS2) erstellt wurde. Dieser Datensatz enthält sämtliche Hauptdokumente sowie Polizeirapporte zu den Verfahren, welche betreffend die Tatbestände von Art. 165, Art. 166 und Art. 253 ab dem Jahr 2014 im System erfasst sind. Der Datensatz umfasst insgesamt **1'162 Geschäfte** und gliedert sich in einer systematischen Struktur nach Geschäftsjahr sowie der entsprechenden Staatsanwaltschaft. Neben den eigentlichen Dokumenten enthält der Datensatz eine Excelübersicht mit den Randinformationen zu den einzelnen Geschäften, wie Geschäftsnummer, zuständige Staatsanwaltschaft, Eingangsdatum, Abschlussdatum, Geschäftsbetreff (Tatbestand) sowie Verfahrensbeteiligte.

Diese 1'162 Geschäfte respektive die vorhandenen Dokumente wurden gesichtet und in einem ersten Schritt unterteilt in Konkursreiterei Fälle und weitere Fälle. Für diese Unterscheidung war relevant, ob

- der Schwerpunkt des Verfahrens auf einem der drei untersuchten Tatbestände (Art. 165, 166 oder Art. 253 StGB) liegt. Wenn sich beispielsweise ein Verfahren hauptsächlich um Betrug (Art. 146 StGB) und Veruntreuung (Art. 138 StGB) handelte und dabei zusätzlich eine Unterlassung der Buchführung mitangeklagt wurde, ist dies in der Auswertung nicht als Konkursreiterei Fall betrachtet worden.
- es sich bei der beschuldigten Person entweder um ein Vororgan, ein Endorgan oder einen Vermittler im Sinne des unter [Kapitel 3.1](#) beschriebenen Phänomens handelt.

Für die daraus **verbleibenden 864 Geschäfte** wurden anschliessend verschiedene auswertungsrelevante Informationen zusammengetragen:

- Art der Erledigung: Einstellung/Nichtanhandnahme, Strafbefehl, Anklage, Abtretungsverfügung, Sistierungsverfügung oder Offen.
- Falls Einstellung/Nichtanhandnahme: Inhalt der entsprechenden Begründung sowie deren Kategorisierung.
- Falls Strafbefehl oder Anklage: Begründung sowie Strafmass.
- Weitere auswertungsrelevante Bemerkungen.

Anschliessend wurden die verfügbaren Daten ausgewertet und die Ergebnisse daraus in [Kapitel 5](#) zusammengetragen. Auf dieser Basis wurden schliesslich die unter [2.3](#) festgelegten Forschungsfragen beantwortet.

5 Ergebnisse

Mit den von der OSTA des Kantons Zürich gelieferten Daten hat sich die bis dato einmalige Gelegenheit ergeben, die strafrechtliche Behandlung der Konkursreiterei im Kanton Zürich ganzheitlich zu betrachten. Dementsprechend werden in einem ersten Schritt einige Kennzahlen ausgewertet, um den Umfang des Phänomens besser verstehen zu können. Anschliessend werden die einzelnen Arten der Erledigung näher betrachtet. Ein Fokus liegt dabei auf den Einstellungen bzw. den Nichtanhandnahmen. Abschliessend erfolgen Ausführungen zu Wiederholungstäter/innen.

5.1 Konkursreiterei in Zahlen

In den Jahren 2014 – 2023 wurden insgesamt 864 Konkursreiterei Verfahren eröffnet. Diese Zahl liegt deutlich unter der in [Kapitel 2.1](#) erwähnten Fallzahlen gemäss der polizeilichen Kriminalstatistik (PKS). Dies ist aus zwei Gründen so: Einerseits werden in der PKS-Statistik die Straftatbestände einzeln aufgeführt. Wenn bei einer beschuldigten Person also die Straftatbestände von Art. 165 und Art. 166 untersucht werden, generiert dies in der PKS-Statistik zwei Fälle. In der staatsanwaltschaftlichen Betrachtungsweise entsteht daraus lediglich ein Fall mit einer beschuldigten Person und zwei untersuchten Straftatbeständen. Andererseits kann bereits jetzt festgehalten werden, dass sowohl in den polizeilichen, wie auch in den staatsanwaltschaftlichen Statistiken der Straftatbestand von Art. 253 StGB praktisch nie in Zusammenhang mit der Konkursreiterei steht. Das ist gleichzeitig der Hauptgrund, weshalb sich die Anzahl Verfahren von ursprünglich 1'162 auf 864 reduziert haben.

Die nachfolgend ausgewerteten Kennzahlen beziehen sich auf die Art der Verfahrenserledigung, die Dauer der Verfahrenserledigung sowie das festgelegte Strafmass. Wo nichts anderes aufgeführt, basieren die Abbildungen auf den ausgewerteten Daten und sind somit eigene Darstellungen.

5.1.1 Art der Verfahrenserledigung

Von den insgesamt 864 Konkursreiterei Fällen im Zeitraum von 2014 – 2023 wurde das Verfahren in 365 Fällen (42%) mittels Strafbefehl erledigt. In 144 Fällen (17%) erfolgte eine Einstellungs- oder Nichtanhandnahmeverfügung. Diese zwei Arten wurden in der Auswertung nicht unterschieden. In 45 Fällen (5%) wurde seitens der Staatsanwaltschaft Anklage erhoben. Insgesamt 66 Fälle (8%) wurden mit einer Abtretungsverfügung erledigt. Dies kann eine Abtretung innerhalb des

Kantons Zürich (6 Fälle) oder eine ausserkantonale Abtretung (60 Fälle) sein. In 55 Fällen (6%) erfolgte eine Sistierung, da die beschuldigten Personen einen unbekannteren Aufenthaltsort haben und nicht zu den Vorwürfen befragt werden konnten. Insgesamt 189 Fälle (22%) sind schliesslich per Ende 2023 noch offen.

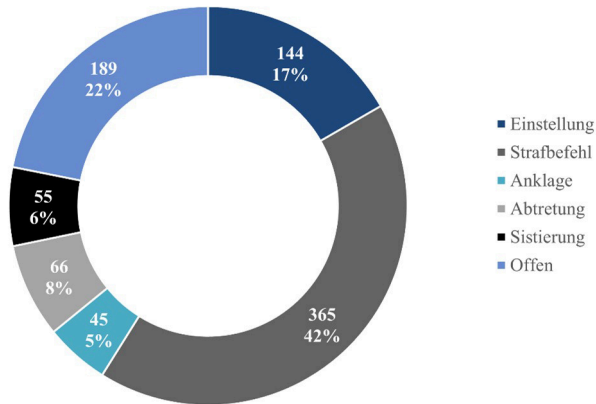


Abbildung 3 Anzahl Fälle nach Art der Erledigung

Betrachtet man die Anzahl Fälle sowie die Art der Verfahrenserledigung auf der Zeitachse, zeigt sich ab dem Jahr 2016 eine markante Steigerung. Der Höhepunkt wird im Jahr 2020 mit insgesamt 192 Fällen erreicht. Im Jahr 2023 sind insgesamt 96 Fälle verzeichnet, wobei erwähnt werden muss, dass der Datenexport der OSTA Mitte November 2023 erstellt worden ist. Die Fallzahlen können sich also bis Ende Jahr noch verändert haben. Bei der Art der Verfahrenserledigung zeigt sich, dass die grundsätzliche Fallsteigerung insbesondere aus der höheren Anzahl an Strafbefehlen resultiert. Weiter fällt auf, dass bei den im Jahr 2022 und 2023 eröffneten Verfahren ein relativ hoher Anteil an Fällen noch offen ist.

Insgesamt zeigt sich der Effekt des im Jahr 2015 flächendeckend eingeführten Standardverfahrens eindrucklich. Die markante Steigerung ist keineswegs mit einer höheren Anzahl an Firmenkonkursen zu begründen. Die Anzahl der eröffneten Konkursverfahren bewegte sich im Kanton Zürich zwischen den Jahren 2015 – 2020 relativ konstant bei durchschnittlich 1'950 Fällen.³⁵ Erst ab dem Jahr 2021 ist eine Erhöhung zu verzeichnen auf zuletzt 2'296 Konkursöffnungen im Jahr 2023. Somit ist ein kausaler Zusammenhang zwischen der flächendeckenden Einführung des Standardverfahrens und der Entwicklung der Fallzahlen erkennbar.

³⁵ Bundesamt für Statistik (b), online

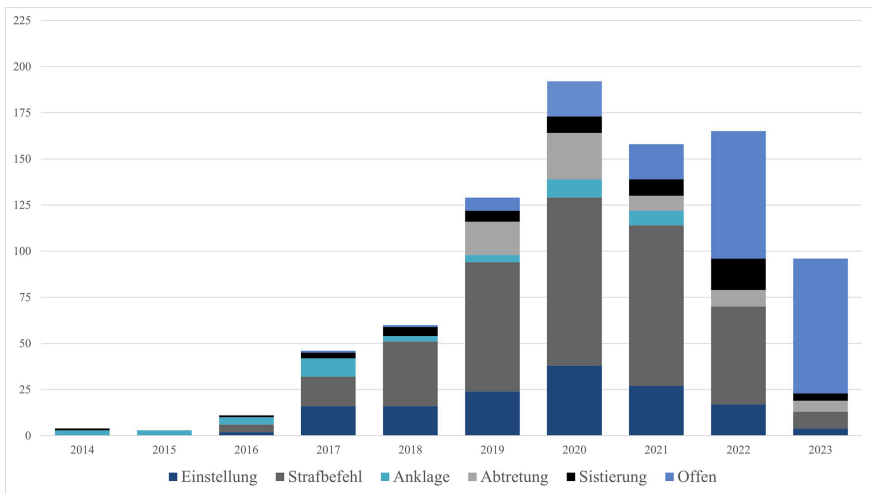


Abbildung 4 Anzahl Fälle und Art der Erledigung auf der Zeitachse

Schliesslich wurde die Art der Verfahrenserledigung in den Jahren 2014 – 2023 pro Staatsanwaltschaft verglichen. Die Angaben zu der OSTA sowie den Staatsanwaltschaften 1, 2 und 3 sind zu relativieren, weil hier jeweils nur zwischen 4 bis 17 Fälle zu verzeichnen waren. Insgesamt 95% aller 864 Fälle wurden in den übrigen Staatsanwaltschaften abgehandelt. Der einsame Spitzenreiter ist dabei die Staatsanwaltschaft Winterthur-Unterland (STAWU) mit 297 Fällen. Aufgrund dieser überdurchschnittlichen Belastung lässt sich auch der hohe Anteil an offenen Fällen (31%) erklären.

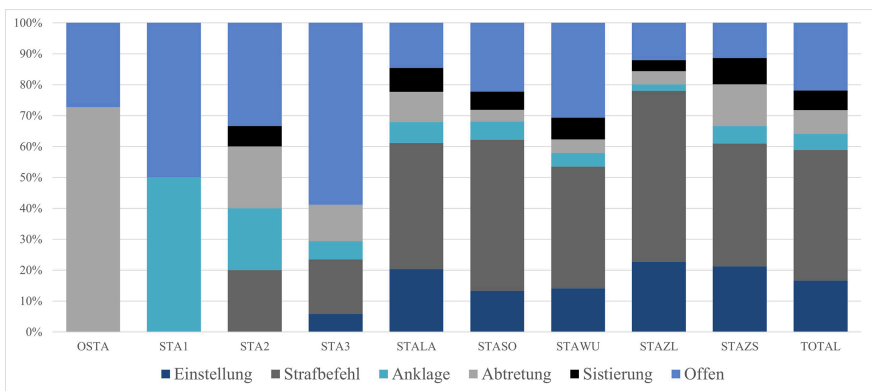


Abbildung 5 Art der Erledigung nach Staatsanwaltschaft

5.1.2 Verfahrensdauer

Die Einführung des Standardverfahrens hatte nicht nur einen Effekt auf die Anzahl der Verfahren im Bereich der Konkursreiterei. Ebenso deutlich lässt sich der Effekt hinsichtlich der durchschnittlichen Verfahrensdauer erkennen. Die *Abbildung 6* zeigt für alle abgeschlossenen Fälle die Anzahl Jahre zwischen der Eröffnung und dem Abschluss des Verfahrens. Es zeigt sich, dass die durchschnittliche Verfahrensdauer massiv reduziert werden konnte. Während beispielsweise ein im Jahr 2017 eröffnetes Verfahren eine Bearbeitungszeit von durchschnittlich 2.6 Jahren aufwies, hat sich diese ab dem Jahr 2019 auf unter ein Jahr reduziert. Diese Entwicklung zeigt eindrücklich die Wirkung des Standardverfahrens auf die Verfahrensdauer. Dank der einheitlichen und standardisierten Vorgehensweise sowie den entsprechenden Hilfsmitteln, konnte die durchschnittliche zeitliche Belastung trotz massiver Steigerung der Anzahl Fälle reduziert werden.

Hinsichtlich der Art der Erledigung zeigt sich eine deutlich längere Verfahrensdauer bei den Anklagen. Diese Fälle sind tendenziell umfangreicher und werden tiefer ermittelt, was sich auf die Verfahrensdauer auswirkt.

Abschliessend sei darauf hinzuweisen, dass die Verfahrensdauer der *abgeschlossenen* Fälle ausgewertet wurde. Fälle, die beispielsweise im Jahr 2022 eröffnet wurden und per Ende 2023 immer noch offen sind, werden in der *Abbildung 6* nicht berücksichtigt. Gleichzeitig kann festgehalten werden, dass diese offenen Fälle keinen wesentlichen Einfluss auf die Resultate haben. Werden die offenen Fälle mit einem hypothetischen Abschlussdatum per 31.12.23 in die Auswertung mitaufgenommen, so erhöht sich die Verfahrensdauer in den Jahren 2019 – 2022

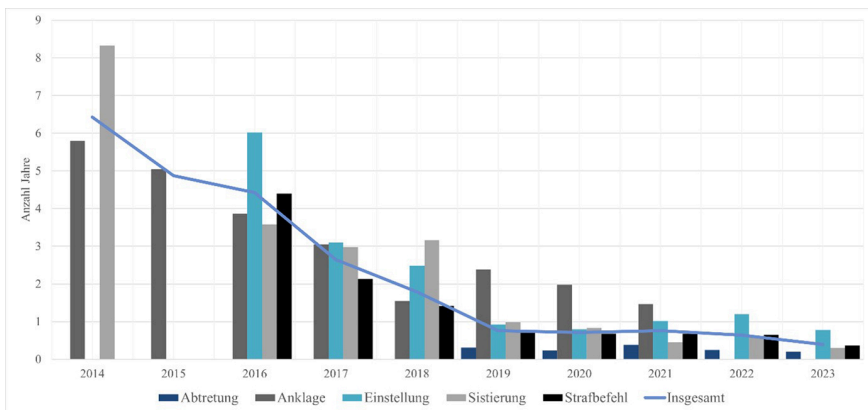


Abbildung 6 Durchschnittliche Verfahrensdauer

um lediglich 2 – 3 Monate, d.h. die Verfahrensdauer liegt somit bei ziemlich genau einem Jahr. Die positive Entwicklung auf der Zeitachse bleibt dabei identisch.

5.1.3 Strafmass

Von den 864 Verfahren wurden in insgesamt 410 Fällen eine Strafe ausgesprochen bzw. gefordert, nämlich in 365 Fällen mittels Strafbefehl und in 45 Fällen mittels Anklage. Dabei zeigt sich, dass in 88% der Fälle eine Geldstrafe und lediglich in 12% der Fälle eine Freiheitsstrafe ausgesprochen respektive gefordert wurde. Bei den Freiheitsstrafen gelangten nicht nur die klassischen Konkursreiterei Straftatbestände von Art. 165, 166 und 253 StGB zur Anwendung, sondern ergänzend auch weitere Delikte wie Art. 146 (Covid-Betrug) oder Art. 158 (ungetreue Geschäftsbesorgung in Form von privaten Barabhebungen aus der konkursiten Gesellschaft).

Werden die 360 Geldstrafen näher betrachtet, zeigt sich ein uneinheitliches Bild. Am häufigsten wurde eine Geldstrafe von 90 Tagessätzen ausgesprochen, gefolgt von 60 und 180. Der Grossteil der Geldstrafen wurde bedingt ausgesprochen, lediglich in 79 Fällen erfolgte die Geldstrafe unbedingt. Die höchsten Tagessätze von 210 respektive 300 stammen noch aus der Zeit vor dem 1. Januar 2018, als Geldstrafen nach Art. 34 StGB noch maximal 360 Tagessätze betragen konnten.

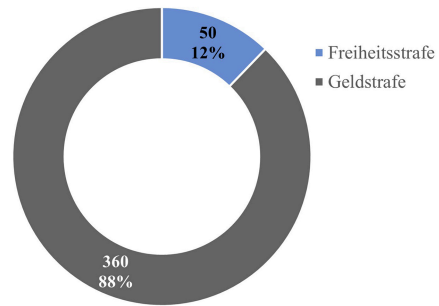


Abbildung 7 Strafmass nach Freiheitsstrafe und Geldstrafe

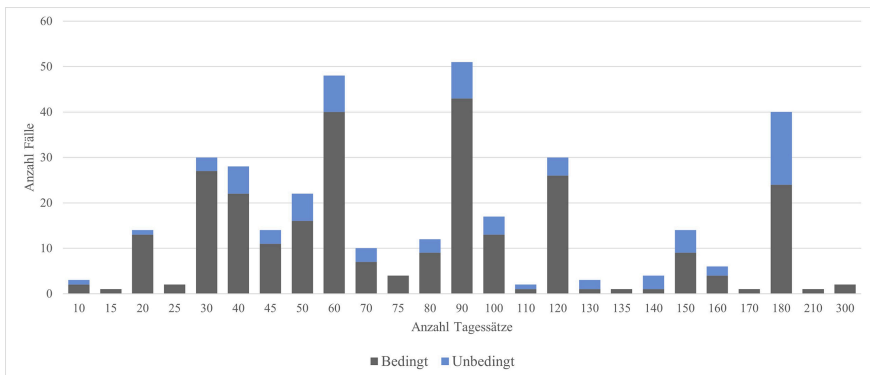


Abbildung 8 Strafmass bei Geldstrafen

Das Bild bei den 50 ausgesprochenen Freiheitsstrafen ist etwas ausgeglichener. Am häufigsten wurde hier eine Freiheitsstrafe von 6 Monaten ausgesprochen respektive gefordert. Auch bei den Freiheitsstrafen wurde der überwiegende Teil bedingt ausgesprochen, lediglich in 16 Fällen wurde die Freiheitsstrafe unbedingt ausgesprochen.

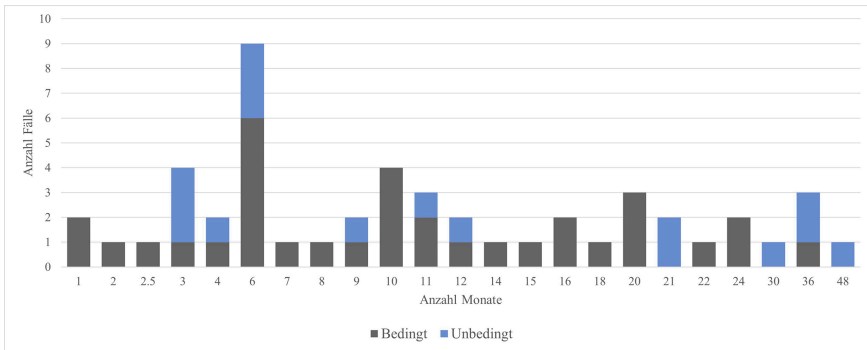


Abbildung 9 Strafmass bei Freiheitsstrafen

5.2 Strafbefehl

Im untersuchten Zeitraum wurden insgesamt 365 Strafbefehle erlassen. Damit handelt es sich um die häufigste Erledigungsart (44%) und um den Kern des Standardverfahrens. Wie dieses in der Theorie aussieht, wurde in [Kapitel 3.2](#) vorgestellt. Nachfolgend wird deren Umsetzung in der Praxis beschrieben. Einleitend werden die relevanten Tatbestände beim Strafbefehl präsentiert. Anschliessend wird erläutert, wie bei der Misswirtschaft die Vorgaben betreffend des Besorgniszeitpunktes und des Verschlimmerungskriteriums umgesetzt werden. Schliesslich folgen Ergänzungen zum Strafmass. Insgesamt und einleitend kann festgehalten werden, dass sich das Standardverfahren auf Stufe Strafbefehl bewährt hat. Einsprachen gegen die Strafbefehle waren eher selten und wurden in den meisten Fällen auch wieder zurückgezogen.

5.2.1 Tatbestände

In der Regel enthält der Strafbefehl die beiden Straftatbestände von Art. 165 und Art. 166 StGB. In 31 von 365 Fällen wurde der Strafbefehl nur aufgrund von Art. 166, d.h. ohne Art. 165 StGB erlassen. In diesen Fällen wurde die Misswirtschaft entweder polizeilich gar nicht rapportiert, oder von Seiten Staatsanwaltschaft aus Opportunitätsgründen nicht weiterverfolgt. In 38 Fällen ist das Gegenteil der Fall, d.h. der Strafbefehl enthält Art. 165, aber kein Art. 166 StGB.

In den meisten Fällen wurde die Unterlassung der Buchführung aus Opportunitätsgründen und dem zusätzlich erforderlichen Ermittlungsaufwand nicht weiterverfolgt.

Diese klassischen zwei Konkursreiterei Straftatbestände wurden gelegentlich ergänzt mit Straftatbeständen aus dem Ausländer- und Integrationsgesetz (AIG), dem Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG), dem Bundesgesetz über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe (BetmG), dem Strassenverkehrsgesetz (SVG) sowie weiteren Tatbeständen aus dem Strafgesetzbuch, insbesondere Art. 146 StGB in Zusammenhang mit dem Covid-Betrug.

Die Erschleichung einer falschen Beurkundung nach Art. 253 StGB im Sinne des Standardverfahrens war hingegen in keinem einzigen Fall in einem Strafbefehl enthalten.

5.2.2 Besorgniszeitpunkt

Bei der Festlegung des Besorgniszeitpunktes werden die Vorgaben aus dem Standardverfahren in aller Regel eingehalten. Dieses wird beim Vororgan anhand des Betreibungsregistrauszuges nach der folgenden Kaskade festgelegt³⁶:

- Grundsatz: Zeitpunkt der zweiten offenen Betreuung.
- Ausnahme: beim ersten Eintrag handelt es sich um
 - eine Betreuung eines qualifizierten Gläubigers (Steuern, SVA, Versicherungen etc.),
 - eine Konkursandrohung oder
 - einen Verlustschein.

Die Unterscheidung zwischen Vororgan und Endorgan spielt dabei eine untergeordnete Rolle. Das Standardverfahren sieht vor, dass beim Endorgan der Besorgniszeitpunkt dem Zeitpunkt der Mandatsübernahme entspricht, weil die Umstände der Mandatierung (Endorgan übernimmt Funktion des Firmenbestatters) ohne weiteres die Besorgnis einer Überschuldung begründen³⁷. Diese theoretische Auslegung findet in der praktischen Umsetzung kaum Anwendung. Auch beim Endorgan wird in der Regel die begründete Besorgnis einer Überschuldung anhand des Betreibungsregistrauszuges hergeleitet. Diese liegt beim Endorgan naturgemäss vor seinem Mandatsantritt, weshalb argu-

³⁶ Reihenfolge aus internen Schulungsunterlagen der Kantonspolizei Zürich

³⁷ Jean-Richard-dit-Bressel, 2022 (a), S. 14

mentiert wird, dass das Endorgan bereits bei seinem Mandatsantritt diese hätte erkennen müssen. Schlussendlich führen die theoretische Auslegung und die praktische Anwendung zum gleichen Resultat. Die Praxis beschränkt sich aber nicht auf das Argument der Umstände der Mandatierung, sondern legt analog dem Vororgan den Zeitpunkt der begründeten Besorgnis einer Überschuldung fest und leitet daraus den Besorgniszeitpunkt für das Endorgan ab.

5.2.3 Verschlimmerungskriterium

In nahezu allen Strafbefehlen wird zu Beginn darauf hingewiesen, dass zum Zeitpunkt der Konkurseröffnung eine Überschuldung von mindestens CHF X bestand, die in der Regel aus der Summe der nicht beglichenen Forderungen gemäss dem Betreibungsregisterauszug resultiert. Da diesen Schulden keine oder nur sehr geringe Vermögenswerte gegenüberstehen, ergibt sich daraus die Überschuldung bei Konkurseröffnung. Die Frage, inwieweit sich diese Überschuldung zwischen dem Besorgniszeitpunkt und der Konkurseröffnung verschlimmert hat, wird jedoch sehr unterschiedlich argumentiert:

- Es wird pauschal festgehalten, dass das schuldhafte Verhalten zu einer Verschlimmerung der Vermögenslage geführt hat. Was konkret zur Verschlimmerung geführt hat, wird nicht beschrieben.
- Die Kosten, welche zu einer Verschlimmerung geführt haben, werden summarisch beschrieben. Beispielsweise wird festgehalten, dass Kosten in Form von Löhnen, Lieferantenforderungen, Fahrzeugunterhalt, Steuern und Verzugszinsen aufgelaufen sind, ohne diese Kosten aber zu beziffern.
- Die Kosten, die zu einer Verschlimmerung geführt haben, werden nicht nur summarisch beschrieben, sondern mit den entsprechenden Beträgen ergänzt. Beispielsweise «laufende Mietkosten in der Höhe von CHF X pro Monat», «Steuern zwischen Datum 1 und Datum 2 in der Höhe von CHF X», laufende Löhne bis Datum 3 von Mitarbeiterin Y in der Höhe von CHF X pro Monat».
- Als Verschlimmerung wird anhand des Betreibungsregisterauszuges die Summe der nicht bezahlten und nicht gelöschten Forderungen zwischen dem Besorgniszeitpunkt (unter Berücksichtigung der Karenzfrist) und der Konkurseröffnung aufgeführt.
- Als Verschlimmerung werden die nicht bezahlten und nicht gelöschten Forderungen zwischen dem Besorgniszeitpunkt (unter Berücksichtigung der Karenzfrist) und der Konkurseröffnung unter Angabe des Gläubigers und des Betrages einzeln aufgeführt.

Das Standardverfahren sieht im Muster-Strafbefehl³⁸ die zweite Variante vor, die auch in der Praxis sehr häufig angewandt wird. Aber auch die erste Variante ist sehr stark verbreitet. In rund 80 Strafbefehlen wurde die Verschlimmerung der Vermögenslage mit dieser eher pauschalen Beschreibung argumentiert. Da es verhältnismässig wenig Einsprachen gegen die Strafbefehle gibt, wird die Auslegung des Standardverfahrens in Bezug auf die Festlegung des Besorgniszeitpunktes und des Verschlimmerungskriteriums offenbar auch auf Seiten der beschuldigten Personen akzeptiert.

5.2.4 Strafmass

Von den 365 erlassenen Strafbefehlen wurde in 348 Fällen eine Geldstrafe verhängt. Davon wurden 271 bedingt und 77 unbedingt ausgesprochen. Die durchschnittliche Anzahl Tagessätze liegt bei 85. Lediglich in 17 Fällen wurde eine Freiheitsstrafe verhängt, 7 davon als unbedingte Freiheitsstrafen. Die maximale Dauer betrug dabei 6 Monate. Wo mittels Strafbefehl Freiheitsstrafen verhängt wurden, waren in der Regel noch weitere Delikte betroffen, insbesondere Delikte in Zusammenhang mit einem Covid-Betrug.

Die Strafmassempfehlungen der OSTA wurden unterschiedlich ausgelegt, wie die folgenden zwei Beispiele verdeutlichen:

STAZL STR 2017 10017811

Der Beschuldigte wurde wegen Misswirtschaft in zwei Fällen verurteilt. Einmal agierte er als Vororgan und einmal als Endorgan. Die von ihm verursachte Verschlimmerung der Vermögenslage betrug gemäss Strafbefehl zusammen gerechnet **mindestens CHF 737'000** (CHF 466'000 als Vororgan und 271'000 als Endorgan). Zudem war der Beschuldigte in einem anderen Kanton bereits vorbestraft (unbekanntes Delikt). Für die zweifache Misswirtschaft wurde eine bedingte Geldstrafe von 120 Tagessätzen zu je CHF 30, entsprechend CHF 3'600 ausgesprochen. Aufgrund der bedingt ausgesprochenen Strafe musste der Beschuldigte also lediglich die auferlegte Gebühr für das Vorverfahren in der Höhe von **CHF 800** bezahlen.

STAZL STR 2019 10016930

Beim Beschuldigten handelt es sich um das Vororgan, welches einzig wegen Misswirtschaft verurteilt wurde. Die Überschuldung im Zeitpunkt der Konkurseröffnung betrug mindestens CHF 790'000, die von ihm verursachte Verschlimmerung der Vermögenslage betrug **CHF 610'000**. Der Beschuldigte hatte bereits einen Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Lenzburg-Aarau (unbe-

³⁸ Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich, S. 4

kanntes Delikt). Für die Misswirtschaft wurde eine bedingte Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu je CHF 100, entsprechend CHF 9'000 ausgesprochen. Auch hier musste der Beschuldigte aufgrund der bedingt ausgesprochenen Geldstrafe lediglich die auferlegte Gebühr für das Vorverfahren in der Höhe von **CHF 800** bezahlen.

STAZL-STR-2018-10012484

Der Beschuldigte ist ein notorischer Konkursreiter, der sowohl als Vor- wie auch als Endorgan tätig war. Die Staatsanwaltschaft führte bis zu 30 Dossiers wegen Verdacht auf Misswirtschaft und Unterlassung der Buchführung. Bei diversen Gesellschaften erfolgte eine Einstellung/Nichtanhandnahme, weil der Konkurs zum damaligen Zeitpunkt noch nicht eröffnet war, weil das Konkursverfahren aufgrund eines Organisationsmangels angeordnet wurde oder weil argumentiert wurde, dass keine ins Gewicht fallende Zusatzstrafe zu erwarten wäre. Insgesamt wurde der Beschuldigte in 7 Fällen der Misswirtschaft, der Unterlassung der Buchführung sowie mehreren SVG-Delikten verurteilt. Die Überschuldung alleine bei diesen 7 Gesellschaften betrug mindestens **CHF 1'500'000**. Insgesamt wurde eine bedingte Freiheitsstrafe von 6 Monaten ausgesprochen. Zu bezahlen hatte der Beschuldigte lediglich die Gebühr für das Vorverfahren sowie weitere Auslagen von insgesamt **CHF 2'594.30**. Aufgrund von Bargeldbezügen im Umfang von mehreren hunderttausend Franken wurde hier neben den Konkurs- und SVG-Delikten auch wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung rapportiert, was seitens Staatsanwaltschaft aber eingestellt wurde. Zudem sei erwähnt, dass aktuell gegen denselben Beschuldigten mehrere staatsanwaltliche oder polizeilichen Verfahren respektive Ermittlungen hängig sind.

Die genannten Beispiele zeigen, dass die Strafmassempfehlungen der OSTA unterschiedlich interpretiert werden. Nach hier vertretener Meinung sind die ausgesprochenen Strafen gemessen am verursachten Schaden zu tief ausgefallen und dürften auch den Empfehlungen widersprechen.

5.3 Anklage

Seit dem Jahr 2014 wurde in Zusammenhang mit dem Phänomen der Konkursreiterei in 45 Fällen Anklage erhoben. Da sich der Inhalt dieser Anklagen nicht wesentlich von den Strafbefehlen unterscheiden, wird nachfolgend nur kurz darauf eingegangen. Was bei dieser Art der Erledigung besonders interessiert, sind die entsprechenden Gerichtsentscheide. Diese waren im Datensatz der OSTA nicht vorhanden, konnten aber in diversen Fällen durch direkte Kontaktaufnahme mit den Staatsanwaltschaften erhältlich gemacht werden.

Einige wichtige Erkenntnisse werden im [Kapitel 5.3.2](#) zusammengetragen. Abgerundet wird auch dieses Unterkapitel mit dem Strafmass im Bereich der Anklageschriften.

5.3.1 Tatbestände und Inhalt

Im Gegensatz zu den Strafbefehlen wird bei den Anklageschriften konsequent sowohl Art. 165, wie auch Art. 166 StGB aufgenommen. Tendenziell handelt es sich zudem um grössere Verfahren, d.h. die Anzahl der beteiligten Personen und/oder Gesellschaften steigt gegenüber den Strafbefehlen. Zudem sind sehr häufig weitere Delikte wie ungetreue Geschäftsbesorgung, Betrug und Delikte ausserhalb des Strafgesetzbuches enthalten.

Da in der Regel auch bei den Anklagen keine Buchhaltung vorliegt, gibt es keinen Unterschied in der Festlegung des Besorgniszeitpunktes im Vergleich zu den Strafbefehlen. Es sei daher auf das [Kapitel 5.2.2](#) verwiesen. Auch betreffend des Verschlimmerungskriteriums unterscheiden sich die Anklageschriften kaum von den Strafbefehlen. Die unter [Kapitel 5.2.3](#) beschriebenen Varianten finden auch in der Anklage Anwendung. Einzige Ausnahme ist die Variante, in der in einem Satz pauschal festgehalten wird, dass sich die Vermögenssituation verschlimmert habe. Diese Variante kommt in Anklagen seltener vor als in Strafbefehlen. Hingegen findet die summarische Beschreibung der laufenden Kosten ohne Angabe des Gläubigers und des Betrages ebenfalls breite Anwendung.

5.3.2 Gerichtsentscheide

Bei den Gerichtsentscheiden muss zwischen der ersten Instanz (Bezirksgericht) und der zweiten Instanz (Obergericht) unterschieden werden. Insgesamt konnten 12 Entscheide eingesehen werden, neun vom Bezirksgericht und drei vom Obergericht. Es zeigt sich, dass die beiden Instanzen die Instrumente des Standardverfahrens unterschiedlich beurteilen.

In acht von neun eingesehenen Urteilen folgt das Bezirksgericht der Argumentation der Staatsanwaltschaft und spricht die beschuldigten Personen schuldig. In einem Fall erfolgte die Verurteilung sogar auf Grundlage einer Anklage, in der das Verschlimmerungskriterium wie oben beschrieben sehr pauschal argumentiert worden ist. Lediglich in einem Fall, in welchem die Überschuldung zum Zeitpunkt der Konkurseröffnung lediglich CHF 8'000 betrug, wurde die beschuldigte Person aufgrund des nicht ausreichend substantiierten Verschlimmerungskriterium freigesprochen. Es zeigt sich somit, dass die Instru-

mente des Standardverfahrens das Bezirksgericht in der Regel zu überzeugen vermögen.

Dies gilt allerdings nicht für das Obergericht, wie zwei Urteile aus dem Jahr 2021 zeigen. In beiden Fällen wurde die beschuldigte Person entgegen dem erstinstanzlichen Urteil freigesprochen. Darin argumentiert das Obergericht unter anderem:³⁹

- «Es mag zwar zutreffen, dass sich die finanzielle Situation und die Entwicklung der Gesellschaften ab Einsitz des Beschuldigten in die Gesellschaften als Geschäftsführer/Verwaltungsrat bis zur Konkurseröffnung ex post nicht mehr schlüssig eruieren lassen und einzig erstellt ist, dass sämtliche Konkursverfahren schliesslich mangels Aktiven eingestellt wurden. [...] Dies entbindet die Anklagebehörde jedoch nicht davon, einigermaßen konkret, wenigstens aber grob, in der Anklage darzulegen, in welchem Zeitraum sich die finanzielle Situation in der Gesellschaft für den Beschuldigten wie präsentierte; dies umso mehr, als der Frage, ob und wann welche Anhaltspunkte für eine Überschuldung vorlagen, vorliegend eine herausragende Bedeutung zukommt, zumal deren Missachtung gerade die arge Nachlässigkeit im Sinne von Art. 165 Ziff.1 StGB und damit den Kern der Tatbestandsmässigkeit darstellen sollen. Inwieweit die Gesellschaften überschuldet waren, so dass der Beschuldigte zu intervenieren verpflichtet gewesen wäre, und woran er das hätte erkennen können, wird in der Anklageschrift jedoch nicht ansatzweise dargetan.»
- «Entscheidend ist aber vor allem, dass sich der Anklageschrift nicht ansatzweise hinreichend konkret entnehmen lässt, durch welche Handlungen/Unterlassungen und inwieweit sich die finanzielle Situation der Gesellschaften ab dem Einsitz des Beschuldigten in die Gesellschaften als Geschäftsführer/Verwaltungsrat bis zur Konkurseröffnung verschlechtert hat. Es wird lediglich pauschal festgehalten, dass «die laufenden Kosten» zu einer Verschlimmerung der Vermögenslage der Gesellschaften geführt hätten.»
- «Bereits an dieser Stelle ist festzuhalten, dass sich eine (wesentliche) eigentliche Verschlechterung der finanziellen Situation im Sinne einer Zunahme der Passiven – entgegen der Vorinstanz – jedenfalls nicht zwingend aus der von ihr angeführten und dem Beschuldigten an der Hauptverhandlung vorgehaltenen Liste mit Betreibungen ergibt, zumal sich dieser nicht schlüssig entnehmen lässt, wann die den Betreibungen mutmasslich zugrunde liegenden Forderungen entstanden sind».

³⁹ OGer ZH SB210300, E. 3.2.4; ähnliche Argumentation in OGer ZH SB200134, E. 4.6.4

Damit kritisiert das Obergericht des Kantons Zürich die zwei zentralen Aspekte des Standardverfahrens: die Methodik zur Festlegung des Zeitpunktes einer begründeten Besorgnis zur Überschuldung sowie die Herleitung des Verschlimmerungskriteriums. Wie sich einem weiteren Urteil entnehmen lässt, hält das Obergericht insbesondere den Nachweis für das Verschlimmerungskriterium für zentral.⁴⁰

- «Da sowohl die Herbeiführung als auch die Verschlimmerung der Überschuldung tatbestandsmässig im Sinne von Art. 165 Ziff. 1 StGB ist, kann – entgegen der Argumentation der Verteidigung [...] – sodann letztlich dahingestellt bleiben, wann der früheste Zeitpunkt der begründeten Besorgnis einer Überschuldung bestanden hatte»

Auch wenn dieser letzte Absatz nicht ganz nachvollziehbar ist,⁴¹ scheint der hauptsächliche Kritikpunkt bei der Verschlimmerung der Vermögenslage zu liegen. Hier kritisiert das Obergericht zusammenfassend, dass die Angaben aus dem Betreibungsregisterauszug keine Hinweise darauf geben, wann die entsprechende Leistung erbracht worden ist und sich demnach abgeleitet aus diesen Daten auch keine tatbestandsmässige Verschlimmerung der Vermögenslage argumentieren lässt.

Einzig in einem Fall hat das Obergericht die Anklage bestätigt, in welchem die Misswirtschaft aber nicht nach den Instrumenten des Standardverfahrens, sondern anhand verfügbarer Bilanzen nachgewiesen werden konnte.

5.3.3 Strafmass

In 33 von 45 Fällen hat die Staatsanwaltschaft eine durchschnittliche Freiheitsstrafe von 18 Monaten gefordert. Dabei wurde in 21 Fällen eine bedingte und nur in 9 Fällen eine unbedingte Freiheitsstrafe beantragt. Geldstrafen wurden in 12 Fällen gefordert, durchschnittlich mit 150 Tagessätzen. Lediglich in 2 Fällen wurde die Geldstrafe unbedingte gefordert.

In einem Entscheid kommt das Obergericht zum Schluss, dass sich der entstandene Schaden auf das Strafmass auswirken soll und hält fest:⁴²

⁴⁰ OGer ZH SB190458, E. 4.3.16

⁴¹ Die begründete Besorgnis einer Überschuldung ist als Grundlage entscheidend für die Pflichtverletzung nach Art. 165 StGB und ist zwingend erforderlich. Eine tatsächliche Überschuldung ist dabei aber nicht erforderlich. Die Herbeiführung und die Verschlimmerung sind hingegen zwei von vier möglichen Varianten des tatbestandsmässigen Erfolgs

⁴² OGer ZH SB210309, E. 2.2.1

- «Bei der objektiver [sic] Tatschwere der Misswirtschaft [...] wiegt schwer, dass der Beschuldigte mit der Verschleppung des Konkurs [sic] [...] den Schaden um mehrere hunderttausend Franken verschlimmert hat.»

5.4 Einstellungen / Nichtanhandnahmen

Nach dem Strafbefehl ist die Einstellung bzw. die Nichtanhandnahme die zweithäufigste Art der Verfahrenserledigung. Im untersuchten Zeitraum wurde in insgesamt 144 Fällen eine entsprechende Verfügung ausgestellt. In einem ersten Schritt werden die Einstellungsgründe kategorisiert. Anschliessend werden die einzelnen Kategorien beschrieben sowie kritisch gewürdigt. Wie erwähnt wird in diesem Bereich nicht explizit zwischen Einstellung und Nichtanhandnahme unterschieden.

5.4.1 Kategorien

Die Auswertung anhand der Kategorien erfolgt nur für den Art. 165 StGB. Eine erste Einteilung erfolgt nach den Einstellungsgründen gemäss Art. 319 StPO Abs. 1 lit. a. bis e. Die ersten beiden Kategorien (lit. a. kein Tatverdacht erhärtet und lit. b. kein Straftatbestand erfüllt) werden wiederum auf die einzelnen Tatbestandsmerkmale von Art. 165 StGB aufgeteilt, nämlich objektive Strafbarkeitsbedingung, Schuldnerkriterium, Pflichtverletzung, Verschlimmerung und subjektiver Tatbestand. Beispielsweise konnte der Anfangsverdacht auf eine Pflichtverletzung der beschuldigten Personen bei den 9 Fällen unter Referenz a) nicht erhärtet werden.

Diese Kategorien werden, wo sinnvoll, in Unterkategorien aufgeteilt. Zudem wird angegeben, wie viele Einstellungen davon fragwürdig erscheinen. Dabei handelt es sich nicht um eine abschliessende Beurteilung jedes einzelnen Falles. Es geht vielmehr darum, kontroverse Auslegungen, die in mehreren Fällen genannt werden, zu identifizieren und zu thematisieren. Die beschuldigte Person wird in der Tabelle mit «BES» abgekürzt.

Referenz	Kategorie nach Art. 319 StPO Abs. 1 Unterkategorie	Anzahl	davon fragwürdig
a)	lit. a. Tatverdacht nicht erhärtet - Pflichtverletzung	9	3
b)	lit. a. Tatverdacht nicht erhärtet - Verschlimmerung	12	3
	lit. b. Straftatbestand nicht erfüllt - Objektive Strafbarkeitsbedingung	12	

c)	Die Liquidation wurde aufgrund eines Organisationsman- gels angeordnet	11	
d)	Es fand keine Konkursöffnung statt	1	
	lit. b. Straftatbestand nicht erfüllt – Schuldnerkriterium	22	16
e)	BES ist eingetragenes Organ ohne faktische Leitung	16	16
f)	BES war Gesellschafter ohne Zeichnungsrecht	3	
g)	BES war Geschäftsführer der Aktiengesellschaft und komme als beschuldigte Person nicht in Frage	2	
h)	Kein tatsächliches oder faktisches Organ	1	
	lit. b. Straftatbestand nicht erfüllt – Pflichtverletzung	34	6
i)	Austritt des BES vor Besorgniszeitpunkt	20	
j)	BES hat Pflichten nach Art. 725 OR (alt) erfüllt	4	
k)	BES habe sich bemüht, Kosten zu reduzieren und Konkurs abzuwenden	4	2
l)	Keine begründete Besorgnis einer Überschuldung, weil nach Aussagen des BES noch Forderungen vorhanden wa- ren	3	3
m)	Vorhandene Bilanzen zeigen keine Überschuldung. Betrei- bungen aufgrund nachlässiger Zahlungsmoral	2	
n)	Covid-Kredit übersteige Betreibungen / potenzielle Überschuldung	1	1
	lit. b. Straftatbestand nicht erfüllt – Verschlimmerung	19	
o)	Keine Verschlimmerung der Vermögenslage	18	
p)	Schadensbetrag zu klein	1	
	lit. b. Straftatbestand nicht erfüllt – subjektiver Tatbe- stand	3	3
q)	BES bringe notwendige Fähigkeiten für sein Amt nicht mit, daher fehle der Vorsatz	3	3
	lit. c. Rechtfertigungsgründe	4	3
r)	Schuldunfähigkeit des BES aufgrund Beeinträchtigung des geistigen Zustandes	4	3
	lit. d. Prozessvoraussetzungen nicht erfüllt	3	
s)	BES ist verstorben	3	
	lit. e. Aufgrund gesetzlicher Vorschrift	14	
t)	Keine ins Gewicht fallende Zusatzstrafe nach Art. 8 StPO Abs. 2	9	

u)	Schaden wurde ganz oder teilweise bezahlt und das Verfahren aus Opportunitätsgründen nach Art. 53 StGB eingestellt	5	
	Ohne Bezug zu Art. 319 StPO Abs. 1	12	1
v)	Lediglich Art. 166 eingestellt	11	
w)	Einstellung erfolgt ohne schriftliche Einstellungsverfügung	1	1
TOTAL		144	35

Tabelle 3 Übersicht der eingestellten Verfahren

5.4.2 Kritische Würdigung

Ref.	Beschreibung der Unterkategorie	Kritische Würdigung
a)	Aus verschiedenen Gründen habe sich der Anfangsverdacht nicht erhärtet. Meist führen nachträglich eingereichte Unterlagen oder das Aussageverhalten der beschuldigten Person zu dieser Schlussfolgerung	In den meisten Fällen ist die Interpretation der Staatsanwaltschaft verständlich und gut begründet. In drei von neun Fällen hingegen könnten die Erkenntnisse aus den Ermittlungen auch anders ausgelegt werden. Diese zeigen Verdachtsmomente, die nur mit zusätzlichen Ermittlungen (weiteren Einvernahmen und Auswertungen) geklärt werden könnten. Aus Sicht der Staatsanwaltschaft waren diese Verdachtsmomente aber offenbar zu wenig stark, was auch anders beurteilt werden könnte.
b)	Aufgrund fehlender Ermittlungsansätze konnte die Verschlimmerung der Vermögenslage nicht rechtsgenügend nachgewiesen werden	Typischerweise handelt es sich hier um Fälle, bei denen die Gesellschaft nach dem Besorgniszeitpunkt noch (gewisse) Einnahmen generierte. Dann kann der Nachweis der Verschlimmerung der Vermögenslage unter Umständen tatsächlich nicht rechtsgenügend nachgewiesen werden. In mindestens drei von 12 Fällen wurden aber eindeutig nicht alle vorhandenen Ermittlungsansätze ausgeschöpft, weil beispielsweise keine Bankunterlagen ediert wurden. Ob eine solche Edition zu einem anderen Ergebnis geführt hätte, bleibt offen. Darüber hinaus handelt es sich vereinzelt um Fälle, bei denen das Endorgan eine bereits finanziell angeschlagene Gesellschaft übernommen hat und lediglich die Rolle als Firmenbestatter übernommen hat ohne neue Schulden zu generieren. Hier hätte entweder mit den Verzugszinsen als Verschlimmerung der Vermögenslage argumentiert werden können oder alternativ Art. 253 StGB verfolgt werden können. Auf beide Ansätze wurde verzichtet und stattdessen das Verfahren eingestellt.

c)	Die Liquidation wurde nach den Vorschriften über den Konkurs gemäss Art. 731b Abs. 1bis Ziff. 3 OR angeordnet, womit die objektive Strafbarkeitsbedingung nicht gegeben ist.	Keine Einwendungen. Alle vorliegenden Fälle beziehen sich auf den Art. 731b Abs. 1bis Ziff. 3 OR. Mit dieser Art der Liquidation ist die objektive Strafbarkeitsbedingung nach geltender Rechtsprechung nicht gegeben (im Gegensatz zum per 01.01.21 neu in Kraft getretenen Art. 731b Abs. 4).
d)	Über die Gesellschaft wurde kein Konkurs eröffnet.	Keine Einwendungen.
e)	Die beschuldigte Person sei zwar eingetragenes Organ (Verwaltungsrat bei der Aktiengesellschaft / Geschäftsführer bei der GmbH), die Gesellschaft führe aber faktisch eine Drittperson.	Das Argument kann für alle 16 Fälle nicht nachvollzogen werden, da das Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung das eingetragene Schein-Orga in die Pflicht nimmt. ⁴³ Das Thema der faktischen Organschaft wird nach der kritischen Würdigung weiter ausgeführt.
f)	Die beschuldigte Person war Gesellschafter der GmbH ohne Zeichnungsrecht.	Keine Einwendungen. Der Gesellschafter einer GmbH ist gleich zu setzen wie der Aktionär bei der AG. Beide haben keine gesetzlichen Pflichten in Zusammenhang mit Art. 725b OR.
g)	Die beschuldigte Person war im Handelsregister der AG als Geschäftsführer mit Einzelunterschrift respektive mit Kollektivunterschrift zu zweien eingetragen. Bei einer AG erfülle lediglich der eingetragene Verwaltungsrat das Täterkriterium.	Keine Einwendungen. Wenn es sich «nur» um den Geschäftsführer handelt, dann ist das Täterkriterium nicht erfüllt. Zudem lagen keine Hinweise auf eine faktische Organschaft vor.
h)	Bei der beschuldigten Person handelte es sich um die Sekretärin und Dolmetscherin ihres Ehemannes, die bei der GmbH aber nicht im Handelsregister eingetragen war. Sie wurde als faktisches Organ verdächtigt, was sich aufgrund der Ermittlungen aber nicht erhärten liess.	Keine Einwendungen. Der Entscheid, weshalb die beschuldigte Person kein faktisches Organ ist, wurde in der Einstellungsverfügung nachvollziehbar erläutert.

⁴³ Unter anderem in BGer 6B_54/2008 E. 6.3.2

i)	<p>Aufgrund des von der Ver- fahrensleitung festgelegten Besorgungszeitpunktes ergibt sich, dass die beschuldigte Person bereits früher aus der überschuldeten Gesell- schaft ausgetreten ist. Dabei handelt es sich jeweils um das Vororgan. In einigen Fäl- len weicht der tatsächliche Austritt der beschuldigten Person vom Austrittszeit- punkt gemäss Handelsregis- ter ab. So haben die Ermitt- lungen beispielsweise ergeben, dass die beschul- digte Person die Gesell- schaft bereits einige Wo- chen oder gar Monate vor der Mutation im Handelsre- gister übertragen hat.</p>	<p>Im Grundsatz sind die Einstellungen nachvoll- ziehbar. Insbesondere auch das Argument mit der zeitlich verzögerten Mutation im Handels- register. Hier hat das Bundessgericht unter an- derem in einem Urteil aus dem Jahr 2023 fest- gehalten, dass für das Ende der Organstellung auf das Datum des tatsächlichen Ausscheiden abzustellen sei. Der Zeitpunkt der Löschung im Handelsregister sei zwar hierfür ein gewichti- ges, aber widerlegbares Indiz.⁴⁴</p>
j)	<p>Die beschuldigte Person konnte nachweisen, dass in- nerhalb der tolerierbaren Frist von 4 – 6 Wochen nach dem Besorgungszeitpunkt ge- handelt und die Bilanz der Gesellschaft deponiert wurde.</p>	<p>Keine Einwendungen. Die beschuldigten Per- sonen konnten nachweisen, dass rechtzeitig gehandelt wurde. Auf die Toleranzfrist von 4 – 6 Wochen wird nicht näher eingegangen, da sie im Bereich der Konkursreiterei kaum relevant ist.</p>
k)	<p>Die beschuldigte Person hat im Rahmen des Ermittlungs- verfahrens Dokumente ein- gereicht und anlässlich der Einvernahme Aussagen ge- macht, wonach sie bemüht gewesen sei, die Kosten zu reduzieren und Sanierungs- massnahmen umzusetzen. Daher lasse sich die Verfeh- lung der beschuldigten Per- son nicht nachweisen.</p>	<p>Grundsätzlich sind alle vier Einstellungen dis- kussionswürdig. In zwei Fällen erfolgte aber eine Verurteilung nach Art. 166 StGB, weshalb die Einstellung der Misswirtschaft eher ver- tretbar erscheint. In einem eher komplexen Fall wurde die Staatsanwaltschaft seitens der be- schuldigten Person überhäuft mit Unterlagen, was zum Schluss führte, dass es sich nicht um einen klassischen Konkursreiterei Fall handle, sondern andere Gründe zum Konkurs der di- versen Firmen geführt hätten. Gegen dieselbe beschuldigte Person läuft aktuell ein grosses Verfahren bei der spezialisierten Staatsanwalt- schaft III, unter anderem wegen Misswirtschaft bei weiteren Gesellschaften. Im vierten Fall wurden umfangreiche Ermittlungen durchge- führt und die beschuldigte Person hat die Misswirtschaft anlässlich der Einvernahme eingestanden. Dennoch wurde das Verfahren eingestellt. Weshalb die erstellten Fakten nicht zum Strafbefehl, sondern zur Einstellung ge- führt haben, bleibt offen.</p>

⁴⁴ BGer 9C_95/2023 E. 5.2.5

l)	<p>Die beschuldigte Person bestreitet anlässlich der Einvernahme die finanziell angespannte Situation nicht, führt aber aus, dass die Gesellschaft zum damaligen Zeitpunkt ihrerseits noch grössere offenen Kundenforderungen hatte, welche die ausstehenden Lieferantenforderungen bei weitem übersteigen würden.</p>	<p>In allen drei Fällen begnügte sich die Staatsanwaltschaft mit den Aussagen der beschuldigten Person, was hinterfragt werden kann. Die vermeintlichen Forderungen beseitigen die durch Zahlungsschwierigkeiten begründete Besorgnis einer Überschuldung nicht. Nach Art. 725b OR wäre die beschuldigte Person verpflichtet gewesen, die Besorgnis durch eine revidierte Zwischenbilanz zu widerlegen. Damit wäre es im Ermessen des zugelassenen Revisors gewesen, zu welchem Wert die Kundenforderungen bilanzierbar gewesen wären und wie sich dies auf eine allfällige Überschuldung ausgewirkt hätte. Die Pflichtverletzung liegt somit in der Unterlassung der Revision.</p>
m)	<p>Aufgrund der durchgeführten Ermittlungen konnten Bilanzen der konkursiten Gesellschaft erhältlich gemacht werden, welche zum Besorgniszeitpunkt gemäss dem Standardverfahren keine Überschuldung ausweist. Die Betreibungen seien entstanden, weil die beschuldigte Person die Rechnungen jeweils verspätet dem Treuhänder zur Zahlung übergab. Bei der beschuldigten Person handelte es sich jeweils um das Vororgan, welches die Gesellschaft an das Endorgan übertragen hat. Dieses habe die Gesellschaft anschliessend in die Überschuldung und den Konkurs geführt.</p>	<p>Keine Einwendungen. Die Betreibungen wurden entweder bezahlt oder es wurde Rechtsvorschlag erhoben. Damit ist die begründete Besorgnis einer Überschuldung nicht gegeben.</p>
n)	<p>Einerseits sei fraglich, ob lediglich drei Betreibungen (wobei eine von der Stadt Zürich stammte) ausreichend seien für eine begründete Besorgnis einer Überschuldung. Zudem übersteige der vorhandene Covid-Kredit die offenen Forderungen. Aufgrund der damals geltenden Covid-19 Verordnung sei die beschuldigte Person nicht verpflichtet gewesen, den Richter zu benachrichtigen.</p>	<p>Die Covid-19 Solidarbürgschaftsverordnung, welche anschliessend ins Gesetz überführt wurde (Covid-19-SBüG), hielt in Art. 24 lediglich fest, dass die Covid-Kredite bei der Berechnung einer Überschuldung nach Art. 725 OR (alt) nicht als Fremdkapital zu berücksichtigen sind. Faktisch konnte so analog dem Rangrücktritt der Gang zum Richter vermieden werden. Von den restlichen Pflichten nach Art. 725 OR (alt) war das Organ damit aber nicht befreit. Vorliegend ignorierte die beschuldigte Person sämtliche Pflichten, weshalb die Einstellung diskussionswürdig erscheint.</p>

o)	Die Ermittlungen haben ergeben, dass sich die Vermögenslage der Gesellschaft seit dem Besorgniszeitpunkt nicht verschlechtert hat.	Insgesamt sind die formulierten Einstellungsverfügungen nachvollziehbar und gut begründet. Es konnte dargelegt werden, dass sich die Vermögenslage während der Einsitzzeit der beschuldigten Person tatsächlich nicht verschlechtert hat. In 6 von 18 Fällen wurde der Strafbefehl stattdessen wegen Unterlassung der Buchführung erlassen.
p)	Bei der beschuldigten Person handelt es sich um das Vororgan. Im Zeitraum, in welchem diese eingetragenes Organ der Gesellschaft war, ist einzig eine unbezahlte Forderung der SUVA in der Höhe von CHF 2'063 im Betreibungsregisterauszug vorhanden. Diese eine Forderung genüge noch nicht für die begründete Besorgnis einer Überschuldung	Hier dürfte die falsche Begründung zum richtigen Resultat geführt haben. Die Aussage, wonach die begründete Besorgnis einer Überschuldung mit CHF 2'063 per se nicht gegeben sei, kann nicht nachvollzogen werden. Es bedarf weiterer Voraussetzungen (bspw. dürften keinerlei Aktiven vorhanden sein), aber eine begründete Besorgnis einer Überschuldung hat keine Untergrenze. Allerdings handelt es sich tatsächlich um die einzige unbezahlte Forderung im Tatzeitraum des Vororgans. Dementsprechend kann auch keine Verschlimmerung der Vermögenslage eingetreten sein (auch nicht aufgrund der Verzugszinsen), weshalb die Einstellung dennoch korrekt ist.
q)	Weil den beschuldigten Personen die notwendigen Kenntnisse im Schweizer Rechnungslegungsrecht fehlten, sie der deutschen Sprache nicht mächtig seien und/oder aufgrund ihrer beschränkten intellektuellen Fähigkeit Art. 725 OR (alt) ohnehin nicht verstanden hätten, fehle der Vorsatz und damit das subjektive Tatbestandsmerkmal.	Diese drei Fälle sind ähnlich gelagert wie die Fälle unter Referenz r). Sie sind allesamt kritisch zu hinterfragen und werden zum Schluss des Unterkapitels nochmals aufgegriffen.

r)	Die beschuldigte Person konnte für die entsprechende Periode zwischen dem Besorgniszeitpunkt und der Konkurseröffnung ein ärztliches Attest vorweisen, wonach diese aus psychischen Gründen arbeitsunfähig war. In anderen Fällen könne die beschuldigte Person aufgrund des geistigen Zustandes das Unrecht der Tat kaum einsehen und sei daher schuldunfähig.	In einem Fall betrug der mögliche Schaden lediglich CHF 1'800, weshalb die Einstellung in Kombination mit den übrigen Argumenten nachvollziehbar erscheint. Für die restlichen drei von vier Fällen scheint das Argument der Schuldunfähigkeit aufgrund des geistigen Zustandes aber durchaus diskussionswürdig. Eine vom Arzt attestierte 100%-ige Arbeitsunfähigkeit könnte als Argument in Frage kommen. Ein Bundesgerichtsentscheid aus dem Jahr 2023 hält aber unter anderem fest, dass ein Burn-out nur bei vollständiger Handlungs- bzw. Urteilsunfähigkeit entlastend sein könnte. ⁴⁵ Im vorliegenden Fall konnte die beschuldigte Person kein ärztliches Attest vorweisen, welches die Deliktperiode nahtlos abgedeckt hätte. Trotzdem wurde das Verfahren eingestellt. Auch die restlichen Fälle sind diskussionswürdig. Beispielsweise hat ein Endorgan eine Firma als Bestatter übernommen und sich im Handelsregister eintragen lassen. Rund sechs Monate nach Übernahme der Gesellschaft wurde seitens der KESB eine Vertretungsbeistandschaft beschlossen, woraus die Staatsanwaltschaft schliesst, dass die beschuldigte Person «vermutlich» zum Zeitpunkt der ihm vorgeworfenen Delikte ebenfalls nicht fähig war, das Unrecht einzusehen.
s)	Die beschuldigte Person ist vor oder während dem Ermittlungsverfahren verstorben.	Keine Einwendungen.
t)	Die beschuldigte Person wird für andere Straftaten verurteilt und das Strafmass würde sich aufgrund der zu untersuchenden Delikte nicht wesentlich erhöhen.	Keine Einwendungen.
u)	Die Gläubiger, welche aufgrund des Betreibungsregisterauszuges zum Zeitpunkt der Konkurseröffnung noch offene Forderungen hatten, wurden ganz oder teilweise aus dem privaten Vermögen der beschuldigten Person bezahlt.	Keine Einwendungen.

⁴⁵ BGer 9C_95/2023 E. 5.2.2

v)	Die beschuldigte Person wurde wegen Misswirtschaft verurteilt, gleichzeitig wurde aber die Unterlassung der Buchführung eingestellt. Typischerweise handelte es sich hier um das Vororgan, welches mit unterzeichneter Quittung des Endorgans nachweisen konnte, dass die Buchhaltung vorhanden war und übergeben wurde.	Keine Einwendungen. Wenn die Misswirtschaft nachgewiesen werden kann und die Unterlassung der Buchführung nicht offensichtlich ist bzw. nur mit mehr Ermittlungsaufwand geklärt werden kann, erscheint die Einstellung in diesem Bereich aus Opportunitätsgründen als sinnvoll. Zumal eine zusätzliche Verurteilung aufgrund von Art. 166 StGB keinen wesentlichen Effekt auf das Strafmass hätte.
w)	Gegen die beschuldigte Person wurde aufgrund verschiedenster Delikte ermittelt. Sämtliche Dossiers wurden eingestellt. Zu den restlichen Tatbeständen gibt es schriftliche Einstellungsverfügungen, diejenige zur Misswirtschaft fehlt.	Hier handelt es sich um einen einmaligen Fall. Grundsätzlich ist in jedem Fall die Art der Verfahrenserledigung schriftlich begründet. Deshalb in diesem einen Fall im Dossier zur Misswirtschaft die Einstellung nicht schriftlich begründet ist, kann nicht beurteilt werden. Gemäss den Ausführungen im polizeilichen Rapport scheint die Misswirtschaft aber mit einer Schadenssumme von CHF 270'000 gegeben.

Tabelle 4 Kritische Würdigung der eingestellten Verfahren

Insgesamt lässt sich festhalten, dass der überwiegende Teil der Einstellungen gut begründet und nachvollziehbar formuliert ist. Nur in wenigen Ausnahmefällen scheint ein fehlender Strafverfolgungswille zur Einstellung oder zur Nichtanhandnahme geführt zu haben. Darüber hinaus haben sich zwei Themen herauskristallisiert, die mehrfach zu fraglichen Schlussfolgerungen geführt haben:

Faktische Organschaft

In insgesamt 16 Fällen waren die beschuldigten Personen im Handelsregister eingetragene Organe, wobei die Gesellschaft faktisch von einer Drittperson geführt wurde. Alle 16 Verfahren wurden eingestellt / nichtanhandgenommen, weil der Vorsatz und damit das subjektive Tatbestandsmerkmal fehlte. Diese Auslegung der staatsanwaltlichen Verfügungen erscheint aufgrund der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtes als fragwürdig. Die oberste richterliche Instanz hat letztmals im Jahr 2023 über die faktische Organschaft geurteilt und hielt unter anderem fest:

- «Die formellen Organe haften – bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen – auf Grund der gesetzlichen Definition ihrer Pflichten, unabhängig von ihrer tatsächlichen Funktion und Einflussnahme auf die Willensbil-

dung der Gesellschaft, unbesehen auch ihrer Zeichnungsberechtigung und dem Grund der Mandatsübernahme»⁴⁶.

- *«Ein Organ hat dafür zu sorgen, dass es bei der Mandatsübernahme über die für dessen Ausübung notwendigen Kenntnisse und Erfahrungen verfügt. Fehlen ihm diese, so ist ihm das als Übernahmeverschulden anzulasten»⁴⁷.*

Ein solches Übernahmeverschulden begründet in den vorliegenden Fällen auch das strafrechtlich relevante Verhalten. So konkretisiert das Bundesgericht in einem weiteren Urteil:

- *«Hat sich jemand unter Voraussetzungen auf eine Organstellung eingelassen, die ihr bzw. ihm die gesetzeskonforme Erfüllung dieses Amtes, namentlich die Ausübung von unübertragbaren Aufgaben [...] von vornherein verhindert, rührt der Schuldvorwurf gerade in diesem Umstand. Realisiert die geschäftsführende Person erst in einem späteren Zeitpunkt, dass sie faktisch zumindest teilweise von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist und dadurch ihren gesetzlichen Pflichten [...] nicht gehörig nachkommen kann, muss sie, um der Gefahr einer Haftung zu entgehen, umgehend demissionieren»⁴⁸.*

Fehlende Fähigkeiten bei Mandatsantritt

Mit derselben Argumentation des Bundesgerichtes lässt sich auch die staatsanwaltliche Auslegung in insgesamt sechs Fällen widerlegen, bei welchen die beschuldigte Person aufgrund der fehlenden Fachkompetenz oder der psychischen Probleme nicht in der Lage gewesen sei, das Unrecht zu erkennen. Auch in diesen Fällen liegt ein Übernahmeverschulden vor. Wenn bereits zum Zeitpunkt der Mandatsübernahme klar ist, dass die beschuldigte Person die fachlichen, sprachlichen, intellektuellen oder gesundheitlichen Voraussetzungen nicht mitbringt, um die klar im Gesetz festgeschriebenen Pflichten einzuhalten, dann hätte das Mandat gar nicht erst angenommen werden dürfen. Das schuldhafte Verhalten entstand somit bereits per Übernahme des Mandates und nicht Monate später, als die beschuldigten Personen die gesetzlich vorgesehene Notbremse hätten ziehen müssen. Einzig eine nachträglich eingetretene gesundheitliche Beeinträchtigung könnte zu einer Schuldunfähigkeit

⁴⁶ BGer 9C_321/2022 E. 5.2.1

⁴⁷ BGer 9C_321/2022 E. 5.2.1

⁴⁸ BGer 9C_95-2023 E. 5.2.1

führen. Dies aber nur dann, wenn es sich um eine vollständige Handlungs- bzw. Urteilsunfähigkeit handelt.⁴⁹

5.5 Wiederholungstäter/-innen

Das Standardverfahren sieht vor, dass dieses grundsätzlich auf Personen anzuwenden ist, die erstmals straffällig geworden sind. Handelt es sich um Wiederholungstäter/-innen, sind die Ermittlungen zu intensivieren und das Strafmass entsprechend anzupassen. Inwiefern dies in der Praxis umgesetzt wird, kann aufgrund fehlender Daten nicht abschliessend beurteilt werden. In lediglich zwei Fällen wurde eine beschuldigte Person im untersuchten Zeitraum zwei Mal wegen Konkursreiterei verurteilt. Auf diese zwei Fälle wird nachfolgend näher eingegangen. Weitere 23 Personen, die bereits einmal verurteilt worden sind, haben offene Verfahren im Bereich der Konkursreiterei. Die ausgewerteten Unterlagen belegen somit, dass im Kanton Zürich mindestens 25 einschlägig vorbestrafte Personen wegen Konkursreiterei Delikten verfolgt werden oder verfolgt worden sind. Zudem hat die Durchsicht der Strafbefehle aus [Kapitel 5.2](#) gezeigt, dass die beschuldigten Personen häufig bereits ausgesprochene Verurteilungen aus anderen Kantonen hatten. Um was für Delikte es sich dabei gehandelt hat, konnte den Strafbefehlen nicht entnommen werden. Es kann aber festgehalten werden, dass Wiederholungstäter/-innen keine Ausnahme sind und daher die entsprechende Aufmerksamkeit erfordern.

Die Verfahren zu den beiden im Kanton Zürich wiederholt straffällig gewordenen Personen wurden mit Strafbefehl erledigt. Das Datum bezieht sich auf den Zeitpunkt der Verfahrenserledigung. Die Abkürzung GS steht für Geldstrafe:

Ref.	1. Delikt	Strafmass (in CHF)	2. Delikt	Strafmass (in CHF)
a)	21.07.20	GS 50 * 120 = 6'000 unbedingt Kosten 800	26.03.21	GS 180 * 90 = 16'200 unbedingt Busse 500 / Kosten 800
b)	21.03.19	GS 90 * 100 = 9'000 bedingt Busse 2'300 / Kosten 800	02.10.23	GS 180 * 80 = 14'400 unbedingt Kosten 800

Tabelle 5 Beispiel Strafmass bei Wiederholungstäter/-innen

Es zeigt sich, dass sich die Wiederholungstat durchaus auf das Strafmass auswirkt. In beiden Fällen wurde beim zweiten Delikt die maximal mögliche An-

⁴⁹ BGer 9C_95/2023 E. 5.2.2

zahl an Tagessätzen ausgesprochen. Zudem erfolgte die Geldstrafe unbedingt. Im Fall unter der Referenz a) wurde auch die erste Strafe unbedingt ausgesprochen, weil der Beschuldigte aufgrund eines weiteren Deliktes vorbestraft war. Dass sich die zweiten Verfahren inhaltlich nicht von den ersten Verfahren unterscheiden und was die damit zusammenhängenden Problemstellungen sind, soll anhand des Beispiels b) erläutert werden:

1. Delikt, STAZL-STR-2018-10013624

- Der Beschuldigte führte von 2009 – 2011 die A-GmbH in den Konkurs. Das entsprechende Verfahren wurde Ende 2012 eingestellt. Eine Strafuntersuchung gab es keine.
- Der Beschuldigte gründete im Jahr 2015 die B-GmbH.
- Sämtliche Einnahmen auf den Bankkonti der B-GmbH wurden unmittelbar nach Eingang vom Beschuldigten bar abgehoben. Argumentiert wurden diese Barabhebungen mit Lohnforderungen, Lieferantenrechnungen etc. Die Aussagen sind aufgrund der Plausibilisierungen seitens Polizei unrealistisch. Es handelte sich um Beträge im 7-stelligen Bereich.
- Am 24.08.17 erfolgte eine Konkursandrohung einer öffentlich-rechtlichen Institution. Es bestand eine begründete Besorgnis einer Überschuldung.
- Statt die gesetzlichen Pflichten zu befolgen, gründete der Beschuldigte die A-AG und übertrug die vorhandenen Vermögenswerte (unter anderem vier Fahrzeuge) auf die neue Gesellschaft.
- Über die B-GmbH wurde am 06.02.18 der Konkurs eröffnet. Die Überschuldung zu diesem Zeitpunkt betrug mindestens CHF 178'000.
- Am 21.03.19 erfolgte die Verurteilung mittels Strafbefehl wegen Misswirtschaft und Unterlassung der Buchführung.

2. Delikt, STAZL-STR-2023-10004289

- Die Gründung der oben erwähnten A-AG erfolgte per 07.02.18 (einen Tag nach Konkurseröffnung der GmbH) im Umfang von CHF 90'000 mit Barmitteln aus dem privaten Umfeld des Beschuldigten, die unmittelbar nach der Gründung wieder abflossen (Scheinliberierung). Lediglich CHF 10'000 steuerte der Beschuldigte selber bei.
- Auch hier wurden sämtliche Einnahmen unmittelbar nach Eingang wieder bar abgehoben. Die Argumentation des Beschuldigten blieb unverändert. Auch hier erscheinen die Aussagen wenig plausibel. Unter anderem konnte der polizeiliche Sachbearbeiter Bargeldbezüge in der Höhe von CHF 7'500 aus dem Innern eines Kasinos in Liechtenstein nachweisen. Insgesamt erfolgten Barabhebungen im 6-stelligen Bereich.

- Der Beschuldigte bezog im März 2020 einen Covid-Kredit in der Höhe von CHF 160'000. Da keine Anzeige seitens der Bürgerschaftsgenossenschaft OST (BG-OST) eingegangen war, wurden keine Ermittlungen zum Bezug und zur Verwendung getätigt. Einzig aus der telefonischen Auskunft der BG-OST konnte vernommen werden, dass es einen Abzahlungsvertrag mit dem Beschuldigten gab, der per damaligem Zeitpunkt eingehalten wurde.
- Die Steuererklärungen enthielten Jahresrechnungen, die unter Berücksichtigung der Wertberichtigung der Forderung gegenüber dem Aktionär (des Beschuldigten) ab dem Geschäftsjahr 2019 eine Überschuldung zeigten. Damit wäre auch ein Bezug eines Covid-Kredites nicht möglich gewesen.
- Mit Betreibung einer öffentlich-rechtlichen Institution per 23.10.20 existierte nach dem Standardverfahren eine begründete Besorgnis einer Überschuldung.
- Statt die gesetzlichen Pflichten zu befolgen und die Bilanz zu deponieren, übertrug der Beschuldigte die A-AG per 28.09.21 an einen bekannten Firmenbestatter.
- Am 28.10.21 wurde der Konkurs eröffnet. Die Überschuldung betrug mindestens CHF 158'000.
- Die letzte verfügbare Bilanz per 31.12.20 zeigte eine Forderung gegenüber dem Aktionär (beschuldigte Person) von CHF 425'000. Auf dieser Grundlage ist davon auszugehen, dass der Beschuldigte entgegen seinen eigenen Aussagen einen Grossteil der Einnahmen für private Zwecke verwendete.
- Am 21.03.19 erfolgte die Verurteilung mittels Strafbefehl wegen Misswirtschaft. Inklusive Verfahrenskosten zahlte der Beschuldigte einen Betrag von CHF 15'200. Seine privaten Schulden gegenüber der A-AG in der Höhe von mindestens CHF 425'000 war er hingegen los.

Dieses Beispiel zeigt in verschiedenen Bereichen die Grenzen des Standardverfahrens. Es handelt sich um einen Wiederholungstäter, der sogar im gleichen Kanton für denselben Tatbestand erneut straffällig geworden ist. Bei solchen Wiederholungstäter/-innen reichen die Ansätze aus dem Standardverfahren nicht mehr aus. Alleine aus der A-AG aus dem zweiten Verfahren bediente sich der Beschuldigte im Umfang von bis zu einer halben Million Franken an den Barmitteln der Gesellschaft. Diese privaten Auszahlungen werden weder versteuert, noch werden Sozialabgaben bezahlt. Finanziert wird dies in grossem Umfang von der öffentlichen Hand (nicht bezahlte Sozialversicherungen, Steuern, Versicherungen etc.) und von ehrlichen Gesellschaften, denen

nichts anderes übrigbleibt als ein Verlustschein im Konkursverfahren. Konkret veranschaulicht das Beispiel die folgenden Herausforderungen:

- Die milden Strafen erzielen bei Personen mit erhöhter krimineller Energie keine abschreckende Wirkung, wie die hohe Anzahl von Wiederholungstäter/-innen allein im Kanton Zürich zeigt.
- Das Standardverfahren ist dermassen etabliert, dass weitergehende Ansätze nicht oder zu wenig verfolgt werden. Konkret hätten aufgrund der offensichtlichen Bargeldbezüge zu privaten Zwecken (Kasino-Besuch) beispielsweise auch die ungetreue Geschäftsbesorgung verfolgt werden können.
- Ein weiteres Beispiel sind die vorhandenen Bilanzen, die für einen Konkursreiterei Fall eher untypisch sind, aber ebenfalls weitere Ermittlungsansätze eröffnet hätten. Beispielsweise die ungetreue Geschäftsbesorgung aufgrund der nicht werthaltigen Forderungen gegenüber dem Aktionär, welche das frei verwendbare Eigenkapital bei weitem übersteigt. Oder allenfalls der Bezugsmisbrauch des Covid-Kredites aufgrund der vorhandenen bilanziellen Überschuldung per 31.12.19.
- Die Barbezüge stellen generell eine Herausforderung dar. Im beschriebenen Fall hätte es aufgrund der vertieften Ermittlungen seitens Polizei (welche als überdurchschnittlich bezeichnet werden können) oder aufgrund der vorhandenen Bilanzen zwar Ermittlungsansätze gegeben. Bargeldbezüge führen aber im Konkursreiterei Fall in der Regel dazu, dass die Strafverfolgungsbehörden feststellen, dass die Behauptungen der beschuldigten Person, wonach die Bargeldbezüge geschäftlicher Natur seien, nicht widerlegt werden können. Es ist eine Tatsache, dass die Ermittlung solcher Bargeldbezüge deutlich aufwändiger ist, was aber offensichtlich im Rahmen des Standardverfahrens als nicht opportun betrachtet wird. Liegen konkrete Ermittlungsergebnisse wie im beschriebenen Fall vor, werden diese nicht immer ausgeschöpft.
- Die im Standardverfahren enthaltenen Straftatbestände eignen sich nicht für die Vermögensschöpfung. Eine Voraussetzung für die Einziehung von Vermögenswerten nach Art. 70 StGB ist ein Zusammenhang zwischen dem erlangten Vermögenswert und der strafbaren Handlung. *«Eine ausreichende Kausalität ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung zu bejahen, wenn die Straftat die wesentliche bzw. adäquate Ursache für die Erlangung des Vermögenswerts ist und der Vermögenswert typischerweise aus der Straftat herrührt. Es muss ein Kausalzusammenhang in dem Sinne bestehen, dass die Erlangung des Vermögenswerts als direkte und unmittelbare Folge der Straftat erscheint. [...] Demgegenüber ist der Vermögenswert nicht durch die Straftat erlangt, wenn diese ledig-*

lich die spätere Erlangung des Vermögenswerts durch eine nachfolgende Handlung erleichtert hat, welche nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit der Straftat steht»⁵⁰. Bei der Misswirtschaft entsteht ein allfälliger Vermögensvorteil nicht direkt aus der Straftat. Selbst wenn die Konkursverschleppung die spätere Erlangung des Vermögenswerts erleichtern sollte, wäre gemäss zuvor dargelegter bundesgerichtlicher Rechtsprechung kein genügender Kausalzusammenhang gegeben. Mit dieser Argumentation wurde im zitierten Bundesgerichtsentscheid die Rechtmässigkeit der Vermögensentziehung in Zusammenhang mit einer Misswirtschaft verneint.

Bei Wiederholungstäter/-innen und/oder Fällen mit einer besonders hohen Schadenssumme sollten aber dennoch Möglichkeiten bestehen, auf das Privatvermögen der straffälligen Personen zugreifen zu können. Nach hier vertretener Meinung dürfte es sich dabei um die einzige Massnahme handeln, die nachhaltig Wirkung zeigt. Dafür müssten aber weitere Straftatbestände ausserhalb des Standardverfahrens herangezogen werden.

⁵⁰ BGer 6B_366/2015 E. 2.3.1

6 Fazit

Die zur Verfügung gestellten Daten ermöglichten einen umfassenden Praxis-einblick in die strafrechtliche Bekämpfung der Konkursreiterei im Kanton Zürich. Die vorgenommenen Auswertungen und deren Resultate sind geeignet, um die in der Einleitung formulierten Fragestellungen zu beantworten:

Welcher Effekt der flächendeckenden Einführung des Standardverfahrens im Jahr 2015 lässt sich aus den Fallzahlen der Konkursreiterei ableiten?

Die grafischen Darstellungen in [Kapitel 5.1](#) zeigen die Wirkung der flächendeckenden Einführung des Standardverfahrens im Bereich der Konkursreiterei. Die Zahl der Verfahren ist von drei im Jahr 2015 auf 192 im Jahr 2020 hochgeschwungen. Gleichzeitig bewegte sich die Anzahl der eröffneten Konkursverfahren im Kanton Zürich zwischen den Jahren 2015 – 2020 relativ konstant bei durchschnittlich 1'950 Fällen.⁵¹ Somit ist ein kausaler Zusammenhang zwischen der flächendeckenden Einführung des Standardverfahrens und der Entwicklung der Fallzahlen erkennbar.

Anschliessend zeigt sich ein stetiger Rückgang der Fallzahlen auf zuletzt 96 Verfahren im Jahr 2023.⁵² Eine schlüssige Antwort, weshalb sich die Fallzahlen so deutlich reduziert haben, lässt sich aus den Ergebnissen nicht ableiten. Die Anwendung des Standardverfahrens hat sich ab dem Jahr 2020 jedenfalls nicht verändert. Eine mögliche Erklärung für den Rückgang könnte sein, dass die Täterschaft den Kanton Zürich vermehrt meidet, was wiederum auf eine im Kantonsvergleich konsequentere Strafverfolgung hindeuten könnte. Dieselbe Meinung vertritt auch Graf und hält fest: «In den entsprechenden Treuhänderkreisen hat sich herumgesprochen, dass die Firmenbestattung, zumindest in Bezug auf den Kanton Zürich, kein erfolgreiches Geschäft mehr ist»⁵³. Trotz dieses vorübergehenden Erfolgs wird das Phänomen der Konkursreiterei nicht einfach verschwinden. Im Gegenteil, aktuelle Daten der PKS-Statistik zeigen, dass auch im Kanton Zürich die Fallzahlen im Jahr 2023 erneut deutlich angestiegen sind.

⁵¹ Bundesamt für Statistik (b), online

⁵² Da der Datenexport der OSTA Mitte November 2023 gezogen wurde, ist davon auszugehen, dass sich die Zahl bis Ende Jahr noch erhöht hat.

⁵³ Graf, 2019, S. 6

Wie hat sich das Standardverfahren auf die durchschnittliche Dauer eines Verfahrens im Bereich der Konkursreiterei ausgewirkt?

Das Standardverfahren hat nicht nur dafür gesorgt, dass das Massendelikt für die Strafverfolgungsbehörde fassbar wird, es hat gleichzeitig dazu geführt, dass die durchschnittliche Verfahrensdauer trotz markant steigenden Fallzahlen kontinuierlich gesenkt werden konnte. Während beispielsweise ein im Jahr 2017 eröffnetes Verfahren eine Bearbeitungszeit von durchschnittlich 2.6 Jahre aufwies, hat sich diese ab dem Jahr 2019 auf rund ein Jahr reduziert. Damit zeigt sich auch das generelle Potenzial von Standardverfahren in anderen Bereichen und sollte als erfolgsversprechender Ansatz zur Bewältigung der überlasteten Strafverfolgungsbehörden weiterverfolgt werden.

Hat sich das Standardverfahren bei der Staatsanwaltschaft im Kanton Zürich etabliert?

Das Standardverfahren beinhaltet die Straftatbestände der Misswirtschaft (Art. 165 StGB), der Unterlassung der Buchführung (Art. 166 StGB) sowie der Erschleichung einer falschen Beurkundung (Art. 253 StGB). Im Bereich der Misswirtschaft sind die Festlegung des Besorgniszeitpunktes sowie der Nachweis der Verschlimmerung der Vermögenslage die zwei Kernelemente des Standardverfahrens. Hier zeigt die Praxis, dass die Herleitung des Besorgniszeitpunktes anhand des Betreibungsregisterauszeuges konsequent angewandt wird. Demnach wird die begründete Besorgnis einer Überschuldung grundsätzlich ab dem Zeitpunkt der zweiten offenen Betreuung festgelegt (Ausnahme: beim ersten Eintrag handelt es sich um eine Betreuung eines qualifizierten Gläubigers, eine Konkursandrohung oder einen Verlustschein). Auch beim Nachweis des Verschlimmerungskriteriums konnte eine konsequente Anwendung des Standardverfahrens festgestellt werden. Anhand der diversen Eintragungen auf dem Betreibungsregisterauszug ab Besorgniszeitpunkt wird argumentiert, dass sich die Vermögenslage verschlimmert hat. Dies erfolgt in der Regel pauschal (es wird in einem Satz festgehalten, dass das schuldhafte Verhalten zu einer Verschlimmerung der Vermögenslage geführt hat, ohne diese Verschlimmerung näher zu beschreiben) oder summarisch (die Kosten, welche zu einer Verschlimmerung der Vermögenslage geführt haben, werden summarisch beschrieben. Beispielsweise wird festgehalten, dass Kosten in Form von Löhnen, Lieferantenforderungen, Fahrzeugunterhalt, Steuern und Verzugszinsen aufgelaufen sind, ohne diese Kosten aber zu beziffern). In Fällen, in denen das entsprechende Unternehmen (praktisch) keine Einnahmen

mehr generiert, lässt sich das Verschlimmerungskriterium in der Regel nachweisen. In solchen Fällen hat jede Ausgabe keine Wertverschaffungstendenz und verschlimmert damit die Vermögenslage. Wenn das Unternehmen hingegen noch Einnahmen generiert, kann der Nachweis des Verschlimmerungskriterium eine Herausforderung darstellen. Diese Fälle sind aber eher die Ausnahme.

Die beschuldigten Personen werden im Standardverfahren in der Regel aufgrund der Unterlassung der Buchführung nach Art. 166 StGB zusammen mit der Misswirtschaft nach Art. 165 StGB verurteilt. In Fällen, wo die Misswirtschaft nicht nachgewiesen werden kann, dient die Unterlassung der Buchführung zudem als Auffangtatbestand. Der Aufwand für den Nachweis des strafbaren Verhaltens ist in der Regel tief, da die beschuldigten Personen in den meisten Fällen bei der Konkurseröffnung keine Buchhaltung eingereicht haben. Teilweise konnten die beschuldigten Personen im Rahmen des Strafverfahrens diese Buchhaltungen nachreichen (häufig über den Treuhänder), was in der Regel zu einer Einstellung für diesen Tatbestand geführt hat. Aufwändig bis unmöglich kann der Nachweis des strafbaren Verhaltens dann werden, wenn das Vororgan behauptet, die Buchhaltung geführt und dem Endorgan übergeben zu haben, dieses Endorgan aber das Gegenteil behauptet. Auch diese Fälle führen beim Vororgan in der Regel zu einer Einstellung. Konstellationen, in denen weder der Nachweis der Unterlassung der Buchführung, noch der Misswirtschaft möglich ist, sind selten.

Die Erschleichung einer falschen Beurkundung nach Art. 253 StGB im Sinne des Standardverfahrens hat sich in der Praxis hingegen bislang nicht durchgesetzt. Es konnten keine abgeschlossenen Fälle identifiziert werden, in denen dieser Straftatbestand im Sinne des Standardverfahrens angewandt wurde. Stattdessen wurde das strafbare Verhalten des Endorgans nach denselben Prinzipien wie beim Vororgan nachgewiesen. In der Praxis wird demnach nicht zwischen Vor- und Endorgan unterschieden. Dabei muss aber erwähnt werden, dass die Anwendung der Erschleichung einer falschen Beurkundung nach Art. 253 StGB erst seit dem Jahr 2022 empfohlen wird.

Schliesslich zeigen die eingestellten Verfahren, dass im Bereich der Konkursreiterei grundsätzlich ein hoher Strafverfolgungswille vorhanden ist. Insgesamt wurden 35 Einstellungen oder Nichtanhandnahmeverfügungen identifiziert, die diskussionswürdig sind. Bezogen auf das Total der abgeschlossenen Fälle (abgetretene und sistierte Verfahren ausgeklammert) entspricht dies einem Anteil von knapp 7%. Inhaltlich wurden insbesondere

zwei Bereiche identifiziert, die seitens Staatsanwaltschaft regelmässig fragwürdig interpretiert wurden. Einerseits die Frage nach der Verantwortlichkeit bei tatsächlicher und faktischer Organschaft und andererseits der Schuldunfähigkeit bei intellektuell, sprachlich oder geistig eingeschränkten Personen.

Das Standardverfahren hat sich somit mit Ausnahme der Anwendung von Art. 253 StGB etabliert. Allerdings gilt dieses Standardverfahren für Fälle, die seitens Staatsanwaltschaft mit einem Strafbefehl erledigt werden können. Sobald sich eine Anklage abzeichnet (bspw. aufgrund einer Einsprache gegen den Strafbefehl) sind ergänzende Ermittlungen zu tätigen. Die Auswertung hat gezeigt, dass auf solche ergänzenden Ermittlungen in der Regel verzichtet wird. Die Instrumente des Standardverfahrens, namentlich die Methoden zur Festlegung des Besorgniszeitpunktes sowie die Berechnung der Verschlimmerung der Vermögenslage bei der Misswirtschaft werden auch bei den Anklageschriften angewendet. Das Standardverfahren hat sich also dermassen etabliert, dass sich die Grenze zwischen Strafbefehl und Anklage verwischt hat. Die Konsequenzen daraus zeigen sich in der Beantwortung der nächsten Forschungsfrage.

Haben sich die Kernelemente des Standardverfahrens aus strafrechtlicher Sicht in der Praxis bewährt?

Die von den Staatsanwaltschaften ausgesprochenen Strafbefehle werden seitens der beschuldigten Personen in der Regel akzeptiert. Demzufolge werden auch die Instrumente des Standardverfahrens in der Regel anerkannt und sind akzeptiert. Erfolgt dennoch eine Einsprache oder läuft das Verfahren der Staatsanwaltschaft von Beginn weg auf eine Anklageschrift hinaus, werden die Instrumente des Standardverfahrens in der Regel auch vom Bezirksgericht als erste Instanz akzeptiert. Das Obergericht als zweite Instanz hat sich hingegen bereits mehrfach gegen die Auslegung von Art. 165 StGB im Standardverfahren ausgesprochen. Das Obergericht hält namentlich den Nachweis des Verschlimmerungskriteriums aufgrund des Betreibungsregistrauszuges für unzureichend und argumentiert, dass die Angaben aus dem Betreibungsregistrauszug keine Hinweise darauf geben, wann die entsprechende Leistung erbracht worden ist. Demnach könne sich aus diesen Daten auch keine tatbestandsmässige Verschlimmerung der Vermögenslage ableiten lassen.

Da die Staatsanwaltschaft in der Regel bei Anklageschriften auf zusätzliche Ermittlungen verzichtet und sich stattdessen bei der Misswirtschaft den

Instrumenten des Standardverfahrens bedient, bergen diese Anklageschriften das Risiko, dass spätestens in zweiter Instanz ein Freispruch in Bezug auf die angeklagte Misswirtschaft erfolgt.

Lassen sich aufgrund der Praxiserfahrung Verbesserungspotenziale bei der Anwendung des Standardverfahrens identifizieren und falls ja, welche?

Während das Standardverfahren insgesamt einen sehr positiven Einfluss auf die Bekämpfung der Konkursreiterei hat und sich in der Praxis durchgesetzt hat, brachte die Sichtung sämtlicher Verfahren im untersuchten Zeitraum auch einige Verbesserungspotenziale hervor.

Abgrenzung Strafbefehl zur Anklage

Die Instrumente des Standardverfahrens werden nicht nur beim Strafbefehl, sondern auch bei der Anklage angewandt, was in Bezug auf die Misswirtschaft und den Nachweis der Verschlimmerung der Vermögenslage spätestens in zweiter Instanz das Risiko eines Freispruchs birgt. Hier sollte im Sinne einer Erweiterung des Standardverfahrens aufgezeigt werden, welche zusätzlichen Ermittlungen notwendig sind, um dieses Risiko möglichst zu minimieren.

Vermittler

Betrachtet man das Phänomen der Konkursreiterei als Ganzes, werden sowohl die Vor- wie auch die Endorgane vom Standardverfahren erfasst. Die Vermittler hingegen bleiben regelmässig aussen vor, insbesondere dann, wenn die Vermittler keine offizielle Funktion übernehmen und dementsprechend auch nicht im Handelsregister eingetragen werden. Zwar finden sich in den Ermittlungsberichten immer mal wieder Hinweise auf die Existenz eines Vermittlers, aufgrund des hohen Aufwandes wird aber von weiteren Ermittlungen abgesehen. Dadurch agieren die Vermittler unter dem Radar der Strafverfolgungsbehörden, obschon diese mitunter die höchste kriminelle Energie aufweisen und im Phänomen der Konkursreiterei als Brandbeschleuniger wirken.

Wiederholungstäter/-innen

Das Standardverfahren sieht vor, dass dieses grundsätzlich auf Personen anzuwenden ist, welche erstmals straffällig geworden sind. Handelt es sich um Wiederholungstäter/-innen, wären zusätzliche Ermittlungen notwen-

dig. Aufgrund der Ausführungen in [Kapitel 5.5](#) ist aber davon auszugehen, dass sich in der Praxis zwar das Strafmass bei Wiederholungstäter/-innen etwas erhöht, dass die Verfahren aber grundsätzlich mit denselben Instrumenten geführt werden wie bei Personen, die erstmals straffällig geworden sind. Aufgrund der offensichtlich höheren kriminellen Energie müssten die Ermittlungen bei Wiederholungstäter/-innen intensiviert werden. Das bedeutet auch, dass die Straftatbestände nicht nur auf diejenigen des Standardverfahrens beschränkt bleiben dürfen. Wo entsprechende Verdachtsmomente vorhanden sind, müssten beispielsweise auch weitere Straftatbestände wie die Gläubigerschädigung durch Vermögensminderung (Art. 164 StGB) oder die ungetreue Geschäftsbesorgung (Art. 158 StGB) verfolgt werden. Zudem müsste in diesem Zusammenhang auch eine allfällige Vermögensabschöpfung in Betracht gezogen werden, um gegebenenfalls auf die inkriminierten Gelder zugreifen zu können.

Strafmass und Schadenssumme

Dieselben Überlegungen gelten bei straffälligen Personen, die einen besonders hohen Schaden anrichten. Die Strafmassempfehlungen der OSTA erwähnen einzig beim Vororgan eine Grenze von unbezahlten Betreibungen in der Höhe von CHF 50'000. Bei diesem Betrag wird eine Einsatzstrafe von 90 Tagen gefordert. Weitere Abstufungen sind nicht vorgesehen. Beim Endorgan und dem Vermittler wird ganz auf eine monetäre Abstufung verzichtet. Hier dienen einzig die Anzahl der in den Konkurs geführten Gesellschaften als Richtwert für das Strafmass. Die Auswertung hat einerseits gezeigt, dass die Strafmassempfehlungen beim Vororgan unterschiedlich interpretiert werden und gemessen am verursachten Schaden nach hier vertretener Meinung zu milde Strafen ausgesprochen werden, was auch den Empfehlungen widersprechen dürfte. Um eine möglichst einheitliche Praxis zu gewährleisten, sollten die Empfehlungen diesbezüglich konkretisiert werden. Andererseits hat sich herausgestellt, dass auch das Endorgan regelmässig eine signifikante Verschlimmerung der Vermögenslage verursacht. Der reine Bezug zur Anzahl der in den Konkurs geführten Gesellschaften ist vor diesem Hintergrund zu hinterfragen.

Insgesamt sollte die Verfahrenserledigung mittels Strafbefehl und damit die Anwendung des Standardverfahrens ab einer gewissen Schadenshöhe nicht mehr möglich sein. In Anbetracht des gesetzlich möglichen Rahmens müssten zudem die ausgesprochenen Strafen spätestens bei Wiederholungstäter/-innen höher ausfallen. Andernfalls dürften die Strafen nicht die gewünschte Wirkung erzielen.

7 Ausblick

Das letzte Kapitel präsentiert verschiedene Lösungsansätze zur Verbesserung des Zürcher Standardverfahren. Es wird erläutert, wie die Anwendung der Erschleichung einer falschen Beurkundung in Zukunft umgesetzt werden kann. Weiter werden Möglichkeiten aufgezeigt, wie das Prozessrisiko bei den Anklageschriften minimiert werden kann. Abgerundet wird die Arbeit mit einem Ablaufschema, welches eine mögliche zukünftige Einordnung der Konkursreiterei Fälle im Kanton Zürich präsentiert.

7.1 Erschleichung einer falschen Beurkundung im Standardverfahren

Es konnte festgestellt werden, dass sich die Anwendung der Erschleichung einer falschen Beurkundung im Sinne des Standardverfahrens bislang nicht durchgesetzt hat. Das Endorgan wird in der Praxis gleichbehandelt wie das Vororgan, d.h. auch beim Endorgan wird ein Besorgniszeitpunkt definiert, welcher naturgemäss vor dem Mandatsantritt des Endorgans liegt. Mit der entsprechenden Verschlimmerung der Vermögenslage wird das Endorgan schliesslich wegen Misswirtschaft und allenfalls zusätzlicher Unterlassung der Buchführung verurteilt. Problematisch kann es einzig werden, wenn die Verschlimmerung der Vermögenslage nicht nachgewiesen werden kann, bspw. weil die Gesellschaft noch Umsätze erzielt. Handelt es sich hingegen um eine stillgelegte Gesellschaft, fällt der Nachweis des Verschlimmerungskriteriums leichter, weil jede Ausgabe keine Wertverschaffungstendenz aufweist und dabei die Vermögenslage verschlimmert.

Betrachtet man den typischen Anwendungsfall von Art. 253 StGB, so handelt es sich um ein Endorgan, welches eine stillgelegte Gesellschaft übernimmt. Seitens Staatsanwaltschaft wird dabei argumentiert, dass dieses Endorgan die Gesellschaft einzig zum Zwecke der Firmenbestattung übernommen hat und gar nie die Absicht hatte, ihre gesetzlichen Pflichten wahrzunehmen. In diesen Fällen hat die Praxis gezeigt, dass der Nachweis der Verschlimmerung der Vermögenslage in der Regel unproblematisch ist. Diese beschuldigten Personen werden also heute bereits erfolgreich nach Art. 165 StGB (anstatt Art. 253 StGB) verurteilt. Sollte die Gesellschaft hingegen noch Umsätze erzielen, dann dürfte auch die Argumentation für den Art. 253 StGB schwierig werden, da die beschuldigte Person jederzeit behaupten kann, die Gesellschaft in guten Absichten übernommen zu haben.

Die Anwendung von Art. 253 StGB ist aber dann sinnvoll und effektiv, wenn es sich um einen gewerbsmässigen Bestatter handelt. Das Kernargument des Art. 253 StGB kommt dann zum Tragen, wenn das Endorgan zehn oder mehr Gesellschaften bestattet. Ab dieser Grössenordnung kann nicht mehr behauptet werden, die Gesellschaften in guter Absicht übernommen zu haben, selbst wenn gewisse Gesellschaften noch kleinere Umsätze erzielen. Die Anzahl der bestatteten Gesellschaften sind dann gewissermassen das Kernargument für die Verurteilung nach Art. 253 StGB.

Damit wird der Art. 253 StGB nach hier vertretener Meinung im klassischen Konkursreiterei Fall nicht benötigt, bleibt aber für die strafrechtliche Verfolgung von Vermittlern und gewerbsmässig agierenden Endorganen ein richtiger und wertvoller Ansatz, den es auch konsequent anzuwenden gilt.

7.2 Standardverfahren plus

Die Auswertung hat gezeigt, dass das Obergericht die Argumentation der Verschlimmerung der Vermögenslage gemäss dem Strafbefehlsverfahren nicht akzeptiert. Dieser Entscheid ist nachvollziehbar, da entscheidend ist, wann die entsprechende Leistung erbracht wurde und nicht wann diese betrieben wurde. Sobald sich in einem Verfahren eine Anklage abzeichnet, sollte das Risiko eines Freispruchs möglichst minimiert werden. Dazu gibt es verschiedene Massnahmen, die mit verhältnismässig wenig Aufwand umgesetzt werden könnten:

- **Verzugszinsen:** die Verzugszinsen werden zwar regelmässig in den Strafbefehlen und den Anklageschriften erwähnt, aber sie werden nie berechnet. Das standardisierte polizeiliche Ermittlungsverfahren sieht vor, dass sämtliche Eintragungen aus dem Betreibungsregisterauszug in einem Excel erfasst werden. Dieses Excel könnte mit einer zusätzlichen Spalte für die automatisierte Berechnung eines Verzugszinses von 5% ergänzt werden.⁵⁴ Der Zinsenlauf startet bereits ab Zahlungsverzug des Schuldners, d.h. nach Ablauf der Zahlungsfrist und damit vor dem Betreibungszeitpunkt. Somit würde es sich bei der vereinfachten Verzugszinsberechnung auf Basis des Betreibungsregisterauszuges um einen Mindestbetrag handeln. Dieser könnte aber im Gegensatz zur heutigen Praxis standardmässig beziffert werden. Solange sich die bundesgerichtliche Rechtsprechung nicht ändert⁵⁵, sollte dieser Verzugs-

⁵⁴ in Anlehnung an Art. 104 OR und geltender Rechtsprechung, u.a. BGE 122 III 53

⁵⁵ BGer 6P.164/2006 E. 9.1.2

zins vom Obergericht auch als Verschlimmerung der Vermögenslage anerkannt werden.

- **Monatliche Ausgaben beziffern:** falls es sich bei den Ausgaben um monatliche Beträge handelt, können diese in der Anklage klar beziffert werden. Dazu gibt es bereits heute sehr gute Beispiele aus der Praxis und diese müssten flächendeckend angewendet werden. Damit wird das Verschlimmerungskriterium einerseits klar beziffert, andererseits wird dargelegt, auf welche Periode sich die Leistung bezieht.
- **Betreibungsprotokolle:** Bei den Konkursämtern können mittels Aktenbeizug die Betreibungsprotokolle verfügbar gemacht werden. Diese werden nach heutiger Praxis nicht standardmässig eingefordert, bieten aber wertvolle Zusatzinformationen. Beispielsweise wird für die betriebene Forderung teilweise vermerkt, auf welche Basis sich die Betreuung bezieht (Rechnung vom, Vertrag vom etc.).
- **Edition einzelner Rechnungen:** für die betraglich grössten Positionen auf dem Betreibungsregisterauszug könnten beim entsprechenden Gläubiger die Rechnungen editiert werden. In der Regel beinhalten diese auch die Informationen zum Leistungsdatum. Dabei genügen grundsätzlich ein paar wenige Rechnungen, mit denen das Verschlimmerungskriterium diskussionslos nachgewiesen werden kann. Die Anklage könnte wie heute die Ausgaben summarisch beschreiben, zusätzlich aber die konkreten Beispiele beziffern, welche auch das entsprechende Leistungsdatum beinhalten.

Dieses Standardverfahren plus könnte grundsätzlich bei jedem Konkursreiterei Verfahren angewendet werden. Insbesondere auch deshalb, weil sich der zusätzliche Ermittlungsaufwand stark in Grenzen hält. Die vorliegende Auswertung hat allerdings gezeigt, dass das Standardverfahren im Massengeschäft, d.h. auf Stufe Strafbefehl, funktioniert. Daher ist eine Änderung nicht zwingend erforderlich.

7.3 Einordnung zukünftiger Verfahren

Die nachfolgende Abbildung fasst die Feststellungen zusammen und zeigt im Sinne einer Diskussionsgrundlage auf, wie die Konkursreiterei Verfahren im Kanton Zürich zukünftig eingeordnet und abgearbeitet werden könnten. Im Kern geht es darum, das Standardverfahren im Gegensatz zur heutigen Praxis klar abzugrenzen:

- **Art. 253 StGB:** Vermittler respektive Endorgane mit mehr als 10 konkurssiten Gesellschaften sind prädestiniert für die Anwendung von Art. 253 StGB gemäss dem heutigen Standardverfahren. Die Anwendung be-

schränkt sich aber auf diese (eher seltene) Konstellation und ist deshalb als eigenständiges Element zu betrachten, welches ausserhalb des Standardverfahrens abgewickelt wird.

- **Standardverfahren:** dies beinhaltet die Anwendung von Art. 165 StGB und Art. 166 StGB gemäss der heutigen Praxis. Das Vororgan wie auch das Endorgan wird nach den gleichen Prinzipien behandelt. Die Verfahrenserledigung erfolgt wie heute bereits mittels Strafbefehl.
- **Standardverfahren plus:** sobald seitens Staatsanwaltschaft eine Anklage erfolgt, sind in Bezug auf das Verschlimmerungskriterium bei der Anwendung von Art. 165 StGB weitergehende Ermittlungen zu tätigen. Beispiele wurden im vorangegangenen [Kapitel 7.2](#) genannt. Wiederholungstäter/-innen und Verfahren mit einem Schaden von über TCHF 250 landen ebenfalls in dieser Kategorie, weil das Strafmass explizit nicht auf die Maximalstrafe von 180 Tagessätze beschränkt werden soll. Zudem soll in diesen Fällen immer geprüft werden, ob Verdachtsmomente in Bezug auf betrügerischen Konkurs (Art. 164 StGB) oder ungetreue Geschäftsbesorgung (Art. 158 StGB) vorhanden sind. Dies können beispielsweise auffällige Bargeldbezüge sein.
- **Vertiefte Ermittlungen, Vermögensabschöpfung, umfassende Anklage:** bei Wiederholungstäter/-innen, Fällen mit einem Schaden von über TCHF 250 und zusätzlich Verdachtsmomenten hinsichtlich der vorgeannten Art. 164 und 158 StGB müssen vertiefte Ermittlungen getätigt werden. Diese Fälle sind klar abzugrenzen vom Massengeschäft und führen zwangsläufig zu längeren und aufwändigeren Ermittlungsverfahren, welche auch den Einsatz von entsprechenden Fachspezialisten benötigt. Auch eine mögliche Vermögensabschöpfung soll im Gegensatz zum klassischen Konkursreiterei Verfahren geprüft werden. Aufgrund der Dimension dürften diese Verfahren ebenfalls auf eine Anklage hinauslaufen.

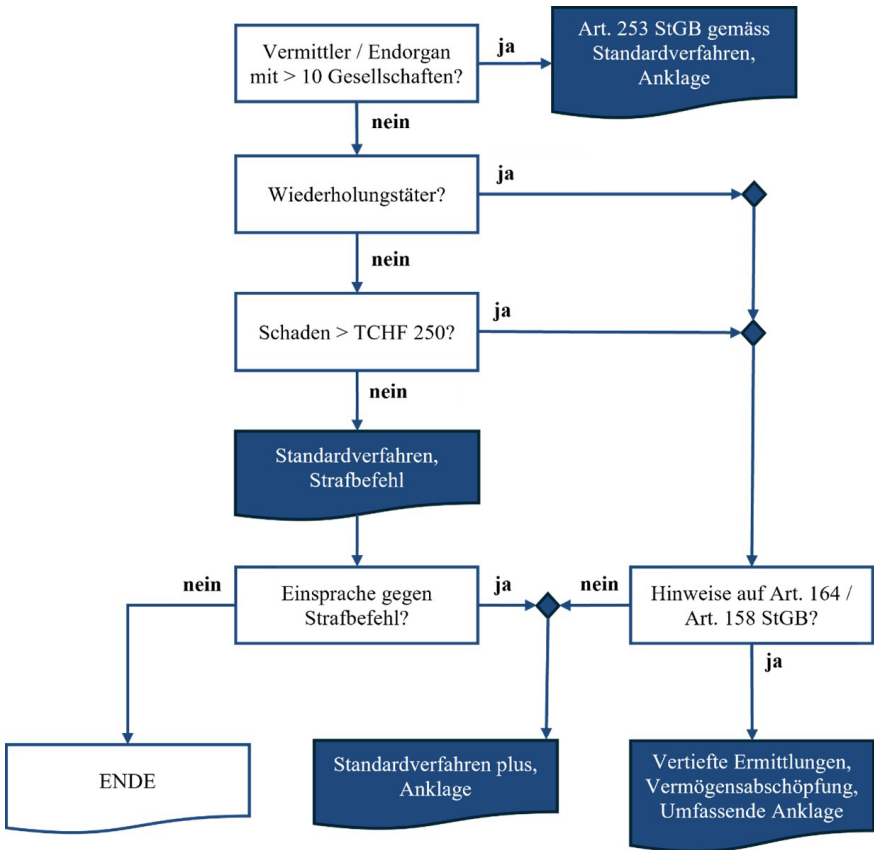


Abbildung 10 Zukünftige Einordnung der Konkursreiterei

Zuletzt erschienene Bände bei EIZ Publishing, Zürich

- Band 235 **M&A unter geänderten Vorzeichen**
26. Zürcher Konferenz Mergers & Acquisitions – Tagungsband 2023
HANS-JAKOB DIEM, MATTHIAS WOLF (Hrsg.), mit Beiträgen von Anja Affolter Marino, Morgan Boeffard, Hans-Jakob Diem, Dieter Dubs, Romain Fakhoury, Frank Gerhard, Alex Nikitine, Fabienne Perlini-Frehner, Marco Sidler, Philippe Weber, Manuel Werder, 2024 – CHF 60.00.
- Band 236 **Fachtagung Bedrohungsmanagement – Reflexion zum Stand der Entwicklungen beim Bedrohungsmanagement**
Tagungsband 2023
CHRISTIAN SCHWARZENEGGER, REINHARD BRUNNER (Hrsg.), mit Beiträgen von May Beyli, Massimo Bonato, Reinhard Brunner, Michael Bühl, Elmar Habermeyer, Alexandra Ott Müller, Philippe Vogt, Sven Zimmerlin, 2024 – CHF 60.00.
- Band 237 **When the rubber hits the road – Umsetzung der VAG/AVO Revision**
Tagungsband 2024
HANSJÜRIG APPENZELLER, MONICA MÄCHLER (Hrsg.), mit Beiträgen von Hansjürg Appenzeller, Claudia Biedermann, Chiara Di Pietro, Julia Ender Amacker, Helmut Heiss, Vanessa Isler, Alexander Lacher, Monica Mächler, Birgit Rutishauser Hernandez Ortega, Rupert Schaefer, Helmut Studer, Lutz Wilhelmy, 2024 – CHF 60.00.
- Band 238 **EU Enlargement and European Integration: Challenges and Perspectives**
14th Network Europe Conference – Stockholm, 25–26 September 2023
ANDREAS KELLERHALS, TOBIAS BAUMGARTNER, FATLUM ADEMI (Hrsg.), mit Beiträgen von Fatlum Ademi, Antonina Bakardjewa Engelbrekt, Melita Carević, Jelena Ceranic Perisic, Viorel Cibotaru, Waltraud Hakenberg, Garine Hovsepian, Andreas Kellerhals, Lee McGowan, Henri Vogt, Ralph Weber, 2024 – CHF 60.00.
- Band 239 **Private Equity in einer Welt von Unsicherheiten und Opportunitäten**
9. Tagung zu Private Equity – Tagungsband 2024
DIETER GERICKE (Hrsg.), mit Beiträgen von Jonas Bühlmann, Tino Gaberthüel, Dieter Gericke, Till Haechler, Petra Hanselmann, Reto Heuberger, Michel Jaccard, Yannic Schönenberger, Marc Walter, Caspar Wehrle, 2024 – CHF 60.00.
- Band 240 **Sexuelle Belästigung im öffentlichen und virtuellen Raum – Fokus der Kriminalprävention**
14. Zürcher Präventionsforum – Tagungsband 2024
CHRISTIAN SCHWARZENEGGER, ROLF NÄGELI, AURELIA GURT (Hrsg.), mit Beiträgen von Naomi Chinasa Bögli, Aurelia Gurt, Pia Kuchenmüller, Dayana Mordasini, Rebecca Sigg, Claudia Stam, Aner Voloder, 2024 – CHF 60.00.
- Band 241 **Parteienkrieg und Verzögerungsbomben im Wirtschaftsstrafprozess**
15. Schweizerische Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht – Tagungsband 2024
MARC JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, DAVID ZOLLINGER (Hrsg.), mit Beiträgen von Simone Brunner, Claire A. Daams, Friedrich Frank, Daniel Holenstein, Marc Jean-Richard-dit-Bressel, Konrad Jeker, Tanja Knodel, Gregor Münch, Cédric Remund, David Zollinger, 2024 – CHF 60.00.

- Band 242 **AT 1, Ad hoc, L-QIF, ESG, Insider, etc.: im Reich der guten und der bösen Akronyme und Abkürzungen**
Kapitalmarkt – Recht und Transaktionen XIX – Tagungsband 2023
THOMAS U. REUTTER, THOMAS WERLEN (Hrsg.), mit Beiträgen von Rainer Adlhart, Andrea Andelic, Caroline Clemetson, Fabienne Crisovan, Sarah Ganz, Deirdre Ní Annracháin, Silke Weller, 2025 – CHF 60.00.
- Band 243 **Verantwortlichkeitsrecht im Wandel**
Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht XII Tagungsband 2024
PETER R. ISLER, ROLF SETHE (Hrsg.), mit Beiträgen von Isabelle Berger, Patrik Fisch, Peter R. Isler, Valentin Jentsch, Valerie Meyer Bahar, Tobias F. Rohner, Rolf Sethe, 2025 – CHF 60.00.
- Band 244 **Fachtagung Bedrohungsmanagement – Herausforderungen unserer Zeit**
Tagungsband 2024
CHRISTIAN SCHWARZENEGGER, REINHARD BRUNNER (Hrsg.), mit Beiträgen von Milena Brüni, Reinhard Brunner, Regina Carstensen, Karin Fehlmann, David Frei, Vivian Frei, Thomas Gerber, Katharina Girsberger, Anna Gottwald, Leonardo Vertone, 2025 – CHF 60.00.
- Band 245 **Sicherheit & Souveränität in Europa**
Referate zu Fragen der Zukunft Europas 2022
ANDREAS KELLERHALS (Hrsg.), mit Referaten von Michael Flügger, The Rt Hon Lord Frost of Allenton CMG, Botschafter Frédéric Journès, Livia Leu, Egils Levits, David Malpass, Petros Mavromichalis, Ambassador Chitra Narayanan, Ambassador Kojiro Shiraishi, Denys Shmyhal, Prof. Dr. Gabriele Siegert, Manuel Valls, Prof. Dr. Shinya Yamanaka, Volodymyr Zelenskyy, Dr. Andreas Zünd, 2025 – CHF 59.90.
- Band 246 **Aufbruchstimmung in der M&A-Landschaft**
27. Zürcher Konferenz Mergers & Acquisitions – Tagungsband 2024
TINO GABERTHÜEL, MATTHIAS WOLF (Hrsg.), mit Beiträgen von Tina Balzli, Brice Bolinger, Dieter Gericke, Marie Klingsporn, Matthias P. A. Müller, Christoph Neeracher, Philippe Seiler, Michael Tschan, Matthias Wolf, 2025 – CHF 60.00.
- Band 247 **Der Kapitalmarkt zwischen Flotation (Börsengang) und Naufragium (Restrukturierung): Navigation durch Regulierung und technologischen Wandel**
Kapitalmarkt – Recht und Transaktionen XX – Tagungsband 2024
THOMAS U. REUTTER, THOMAS WERLEN (Hrsg.), mit Beiträgen von Sandro Fehlmann, Thomas Müller, Anna Peter, Thomas U. Reutter, Kaan Saritas, Patrick Schärli, Jan Schmid, Michael Urwyler, Philippe Weber, Matthias Zinniker, 2026 – CHF 60.00.
- Band 248 **Mehr Ordnung, weniger Spielraum? M&A im Wandel der Kräfteverhältnisse**
28. Zürcher Konferenz Mergers & Acquisitions – Tagungsband 2025
TINO GABERTHÜEL, MATTHIAS WOLF (Hrsg.), mit Beiträgen von Lukas Aebi, Heiner Braun, Ann-Kathrin Bühler, Mirjam Eggen, Simone Ehrsam, Frank Gerhard, Andreas Hinsén, Urs Kägi, Marc D. Nagel, Matthias Wolf, 2026 – CHF 60.00.

Weitere Publikationen und Monografien

Aktuelle Probleme der WTO

RICHARD SENTI, 2025 – CHF 19.90.

Haftpflichtrecht für künstliche Intelligenz

Warum erst die starke KI unser Haftpflichtregime herausfordert

MARKUS WINKLER, 2025 – CHF 69.90/79.90.

Militärisches Gesundheitswesen

Tagung des Kompetenzzentrums MERH 2025

THOMAS GÄCHTER, CHRISTIAN KAUFMANN, BRIGITTE TAG, MARTIN WYSS (Hrsg.), mit Beiträgen von Thomas W. Buehrer, Janis Denzler, Thomas Gächter, Daniel Heller, Christian Kaufmann, Frank Rühli, Michael Schaeppman, Andreas Stettbacher, Brigitte Tag, Lukas Widmer, Martin Wyss, Georg Zimmermann, 2025 – CHF 39.90/59.90.

Swiss Administrative Law

FELIX UHLMANN (Hrsg.), 2026 – CHF 30.90/49.90.

Navigating Digital Safety for Minors in Europe

A Legal Analysis and Comparison

JUTTA OBERLIN, SARAH VON HOYNINGEN-HUENE, 2026 – CHF 34.90/49.90.

Ständemehr ohne Verfassungsgrundlage?

Das Staatsvertragsreferendum sui generis und die Bilateralen III

MARTIN DUMERMUTH (Hrsg.), 2026 – CHF 29.90/49.90.

Rare Diseases

Eine interdisziplinäre Betrachtung

BRIGITTE TAG, MATTHIAS BAUMGARTNER (Hrsg., unter Mitwirkung von Carolin Ehrentraut und Isabel Baur), mit Beiträgen von Tanja Frey, Vanessa Grand, Marinella Gugliotta, Bianca Link, Ilaria Luperi, Sandra Tölle, Ina Vogt, Olivia Wälti, 2026 – CHF 32.90/49.00.

10 Jahre Brexit: Erwartungen und Realität – Lehren für die Schweiz?

JAN ATTESLANDER, TOBIAS LOCK, 2026 – CHF 15.00/32.90.

Bilaterale III: Landesinterne Sicherungen der Demokratie – FOKUS Parlament

THOMAS PFISTERER, 2026 – CHF 16.00.

Mosaiksteine aus einem vielfältigen Leben

vom Verfassungsrat über Gerichte, Regierungsrat und Ständerat bis zu internationalen Aufträgen – Festschrift zum 85. Geburtstag von Thomas Pfisterer

BENJAMIN BÖHLER, ANDREAS GLASER, CHRISTIAN RATHGEB, MARTINA SUTER (Hrsg.), 2026 – CHF 85.00/90.00.

Bilaterale Abkommen III Schweiz-EU

Erste Analysen

CHRISTINE KADDOUS, ANDREAS KELLERHALS (Hrsg.), mit Beiträgen von Fatlum Ademi, Thomas Cottier, Stéphanie Dagron, Regula Dettling-Ott, Markus Dieth, Astrid Epiney, Michael Hahn, Simon Hirsbrunner, Christine Kaddous, Andreas Kellerhals, Evelyn Kirchsteiger-Meier, David Kläui, Cornelia Lüthy, Francesco Maiani, Andreas Th. Müller, Matthias Oesch, Benedikt Pirker, Sarah Progin-Theuerkauf, Johannes Rohrmann, Ana Šijaković Kressner, Louise Tinguely, Christa Tobler, Wesselina Uebe, 2026 – CHF 61.00/75.00.

Unternehmenskonkurse sind wirtschaftlicher Alltag, können aber strafrechtlich brisant werden, wenn Vermögen beiseitegeschafft, die Buchführung vernachlässigt, die Überschuldung verschleppt oder ein Konkurs gezielt als Instrument zur Gläubigerschädigung eingesetzt wird. Der Tagungsband zur 16. Schweizerischen Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht widmet sich der strafrechtlichen Aufarbeitung von Unternehmenszusammenbrüchen und der Bekämpfung des Konkursmissbrauchs.

Zum Schwerpunktthema Unternehmenskonkurse enthält der Band ein Repetitorium mit Praxistipps zu den Insolvenzdelikten gemäss Art. 163 ff. StGB, Erfahrungsberichte und Risikoanalysen über die Herausforderungen bei Start-up-Unternehmen und ihren Zusammenbrüchen sowie eine vertiefte Darstellung des Insolvenzrechts in seiner Bedeutung als Schnittstelle zum Strafrecht und Strafprozessrecht. Besonderes Gewicht verleiht dem Band eine Studie zum Zürcher Standardverfahren zur Bekämpfung der Konkursreiterei, die auf der Auswertung von 864 Strafverfahren im Zeitraum 2014–2023 beruht.

Entsprechend der alljährlichen Tagungsrubrik sind auch im vorliegenden Band ausserhalb des Schwerpunktthemas Beiträge zu aktuellen Entwicklungen in wichtigen Teilgebieten des Wirtschaftsstrafrechts zu finden.

Mit Beiträgen von:

Martin Andenmatten

Friedrich Frank

Daniel Holenstein

Marc Jean-Richard-dit-Bressel

Franco Lorandi

Nora Markwalder

Simone Nadelhofer

David Zollinger