

# Die Anwendbarkeit des Art. 165 StGB (Misswirtschaft) im Zusammenhang mit Unternehmenszusammenbrüchen

## lic. iur. A. Schulthess

Rechtsanwalt, EMECI

Seit 1999 im Kanton Aargau in der Strafverfolgung tätig, seit 2011 als leitender Staatsanwalt.

### 1. Teil: Grundlagen

Im Grundlagenteil erfolgt eine kurze Betrachtung des Wirtschaftssystems der Schweiz, der Wirtschaftsrechtsordnung und der Insolvenz als Teil des Wirtschaftssystems. Es wird dargestellt,

- ⇒ dass gemäss den marktwirtschaftlichen Prinzipien die Steuerung der Wirtschaft über den Markt erfolgt,
- ⇒ dass der Staat für ein Funktionieren der Wirtschaft die notwendigen Voraussetzungen zu schaffen und zusätzlich ein Marktversagen zu verhindern hat,
- ⇒ dass sich das Wirtschaftssubjekt durch sein Streben nach wirtschaftlichem Erfolg kennzeichnet,
- ⇒ dass das individuelle Gewinnstreben zu Auswüchsen führen kann und es Sache des Strafrechts ist, krassen Auswüchsen entgegenzutreten,
- ⇒ dass jeder wirtschaftlichen Tätigkeit ein Risiko immanent ist,
- ⇒ dass das Scheitern von Marktteilnehmern und somit auch die Insolvenz Teil des Wirtschaftssystems ist,
- ⇒ dass sich Gründe für Insolvenzen aufzeigen lassen und insbesondere die internen Ursachen, d.h. fachliche Unzulänglichkeiten und charakterliche Mängel, aufgrund einer möglichen strafrechtlichen Relevanz genauer zu betrachten sind,
- ⇒ dass die Problematik darin besteht, zulässiges von unzulässigem Verhalten abzugrenzen,
- ⇒ dass Insolvenzdelikte aufgrund des grossen Anteils am Gesamtschaden aller Straftaten eine wichtige Rolle spielen.

Weiter wird im Grundlagenteil die Strafnorm der Misswirtschaft dargestellt.

Der Art. 165 StGB dient dem Schutz der Ansprüche der Gläubiger, aber auch dem Schutz des Kreditwesens.

Anlässlich der Betrachtung des objektiven Tatbestandes werden erste grundsätzliche Aussagen zu den sechs im Gesetz aufgeführten Bankrotthandlungen – der ungenügenden Kapitalausstattung, dem unverhältnismässigen Aufwand, den gewagten Spekulationen, dem leichtsinnigen Gewähren und Benützen von Kredit, dem Verschleudern von Vermögenswerten und der argen Nachlässigkeit in der Berufsausübung oder Vermögensverwaltung – gemacht.

Es folgen kurze Ausführungen zu den beiden Tatvarianten, dem Verhältnis zwischen den Tatvarianten und den Bankrotthandlungen und zum subjektiven Tatbestand.

Den Abschluss des Grundlagenteils bilden Beispiele aus der Praxis. Diese sollen einen Einblick in die höchstrichterliche Rechtsprechung geben und konkrete – auch fragliche – Anwendungsfälle aufzeigen.

### 2. Teil: Die Konkretisierung der Misswirtschaft bezogen auf Unternehmungen

Im zweiten Teil wird dann einleitend auf die Problematik des Art. 165 StGB eingegangen. Der Gesetzgeber musste mit diesem Artikel eine Vielzahl von Vertrags- und Gesellschaftsformen sowie vielfältige Handlungsweisen abdecken. Er wählte dabei den Weg, das tatbestandsmässige Verhalten in Form einer Generalklausel als Misswirtschaft zu bezeichnen und durch sechs Regelbeispiele zu ergänzen. Zusätzlich wurden in den Regelbeispielen offene Umschreibungen (unbestimmte Tatbestandselemente) gewählt.

In einem ersten Schritt zur Konkretisierung des Tatbestandes wird dann auf die Abgrenzung des erlaubten unternehmerischen Risikos zur Misswirtschaft eingegangen. Relativ einfach lässt sich die Abgrenzungsfrage beantworten, wenn gegen zivilrechtliche Normen verstossen wird, die dem Schutz des Unternehmensvermögens und der Gläubigerinteressen dienen. In diesen Fällen liegt kein erlaubtes Risiko mehr vor.

Die Abgrenzungsfrage ist damit aber nur teilweise beantwortet. Als zweiter Ansatzpunkt werden deshalb, um Beurteilungshilfen bzw. Antworten zu finden, folgende Bereiche betrachtet:

- Corporate Governance und Business Risk Management;
- Business Judgment Rule;
- die Ursachenforschung bei Konkursfällen;
- die Sanierungssituation.

In einem weiteren Schritt folgt eine wirtschaftliche Betrachtung der Bankrotthandlungen des Art. 165 StGB. Es werden Elemente und Instrumente aus der Betriebswirtschaftslehre und insbesondere aus dem Rechnungswesen als Beurteilungshilfen zur Abgrenzung aufgezeigt.

Konkret sind dies:

- a) Zur ungenügenden Kapitalausstattung  
Mindest-Eigenkapital-Unterlegungssätze für die einzelnen Aktivpositionen.
- b) Zum leichtsinnigen Gewähren oder Benützen von Kredit  
Ratingsysteme der Banken, die Investitionsrechnung und weitere Kennzahlenanalysen.
- c) Zum unverhältnismässigen Aufwand  
Analysen diverser Aufwandpositionen.
- d) Zur gewagten Spekulation  
Eine Analyse der Finanzmarktprodukte.
- e) Zur Verschleuderung von Vermögenswerten  
Analysen diverser Aktivpositionen.
- f) Zur argen Nachlässigkeit in der Berufsausübung oder Vermögensverwaltung  
Eine Analyse der Pflichten der Organe.

Die Gesamtbetrachtung zeigt auf, dass der Tatbestand der Misswirtschaft hinreichend bestimmbar und somit auch justizabel ist.

Betroffene haben bei der Prüfung des Misswirtschaftsvorwurfes Anspruch darauf, dass eine wirtschaftliche Betrachtung erfolgt, sie müssen ihr Verhalten im Gegenzug dazu jedoch auch an den in der Praxis geltenden Mindeststandards messen lassen.