

Drohende Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung und ihre Auswirkungen auf ausgewählte Aspekte der Misswirtschaft



Dr. Nadine Hagenstein

Nadine Hagenstein ist Rechtsanwältin und hat ihre Dissertation über die Schuldbetreibungs- und Konkursdelikte nach schweizerischem Strafgesetzbuch verfasst. Sie ist in der Organisationseinheit «Verfahren» im Geschäftsbereich Enforcement bei der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA tätig, wo sie Verfahren gegen Bewilligungsträger oder (natürliche und juristische) Personen führt, die möglicherweise ohne Bewilligung der FINMA eine bewilligungspflichtige Tätigkeit ausüben und somit unerlaubt tätig sind. Die vorliegende Arbeit gibt ihre persönliche Ansicht wieder und bindet die FINMA nicht.

Per 1. Januar 2023 treten u.a. die revidierte Bestimmung zur Überschuldung (Art. 725b revOR) sowie der neue Tatbestand der drohenden Zahlungsunfähigkeit (Art. 725 revOR) in Kraft. Die aktienrechtlichen Vorschriften und insb. der Überschuldungstatbestand sind eng mit dem Straftatbestand der Misswirtschaft verknüpft, der als Schnittstelle von Straf- und Zivilrecht fungiert.

Schnittstellen gelten häufig als Schwachstellen. Umso wichtiger, diese zu analysieren und sie nach Möglichkeit zu verbessern. Darin liegt der Ausgangspunkt dieser Arbeit, die sich eingehend mit dem Straftatbestand der Misswirtschaft und den zivilrechtlichen Tatbeständen der drohenden Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung auseinandersetzt. Letztere werden zu Beginn der Untersuchung dargestellt. Die Ausführungen erheben nicht Anspruch auf Vollständigkeit, sondern sollen die zivilrechtlichen Grundlagen erörtern, die sich künftig insb. auf die arge Nachlässigkeit in der Berufsausübung als Tathandlung der Misswirtschaft auswirken könnten.

Nicht jede Verletzung zivilrechtlicher Pflichten ist aber von strafrechtlicher Relevanz. Massgeblich soll laut höchstrichterlicher Rechtsprechung die Frage sein, welche Gefahren ein Täter in einer bestimmten Situation eingehen darf und wo die Grenzen des strafrechtlich erlaubten Risikos überschritten sind.

So wichtig eine scharfe Trennlinie zwischen strafbarem und straflosem Verhalten wäre, so wenig vermögen die Vorschriften zur drohenden Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung diese zu ziehen. Der Gesetzgeber beabsichtigte, die Handlungsspielräume des VR zu erweitern und seine Pflichten zu konkretisieren, um frühzeitige aussergerichtliche Sanierungsschritte zu bewirken. Keine der beiden Bestimmungen enthält aber grundlegende Neuerungen. Die zentralen Begriffe der Zahlungsfähigkeit bzw. Zahlungsunfähigkeit sind nicht gesetzlich definiert, so dass diffus bleibt, wann die «drohende» Zahlungsunfähigkeit vorliegt. Jedenfalls dürfte dieser Auslöser verspätet sein, um frühzeitige Sanierungsschritte zu erreichen. Eine frühere Intervention im

Zuge der sich anbahnenden Krise erscheint sinnvoller und wäre bei ersten Zahlungsschwierigkeiten anzusiedeln.

Die wesentliche Bedeutung der Liquidität im Wirtschaftsalltag und der neu explizit im Gesetz verankerten Pflicht zu deren Überwachung, legt nahe, dass künftig deren Verletzung als nachlässige Berufsausübung i.S.v. Art. 165 StGB qualifizieren könnte. Insbesondere die Unterlassung der Liquiditätsüberwachung, eine unsorgfältige Liquiditätsüberwachung, aber auch die Sanierungsverschleppung sind mögliche Tatvarianten.

Der eigenständige Art. 725b revOR befasst sich künftig mit dem Überschuldungstatbestand und knüpft dabei weitgehend am geltenden Recht an. Damit wird voraussichtlich auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung Bestand haben, wonach eine verspätete oder unterlassene Überschuldungsanzeige (sog. Konkursverschleppung) als arge Nachlässigkeit in der Berufsausübung im Sinne der Misswirtschaft qualifiziert. Neu ist die Toleranzfrist für die stille Sanierung auf 90 Tage fixiert und beginnt mit Vorliegen der geprüften Zwischenabschlüsse zu laufen. Diese Gesetzesänderungen dürften aber geringe Auswirkungen auf die strafrechtliche Beurteilung der Konkursverschleppung haben, weil sich das Risiko, das jedem Sanierungsversuch immanent ist, unabhängig von einer fixen Frist realisieren kann.

Der VR sollte in Zukunft frühzeitig ein Gesuch um Nachlassstundung prüfen, wenn reelle Absichten bestehen, den Sanierungserfolg im öffentlich-rechtlichen Sanierungsverfahren herbeizuführen, weil die Einreichung dieses Antrags neu explizit zu seinen unübertragbaren Aufgaben zählt (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 7 revOR).

Alles in allem bleibt es dabei, dass der VR sich insb. mit Sanierungsbemühungen, sowohl bei drohender Zahlungsunfähigkeit als auch bei Überschuldung, dem Risiko aussetzt, dass seine Entscheide im Fall des Misserfolgs nachträglich als fehlerbehaftet bewertet werden und ihm Misswirtschaft vorgeworfen wird.