



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

Herausgeber:

Jürg-Beat Ackermann, Wolfgang Wohlers

Konkurs und Strafrecht: Strafrechtliche Risiken vor, in und nach der Generalexekution

5. Zürcher Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2011
ISBN 978-3-7255-6401-9

www.schulthess.com

Inhaltsübersicht

Mögliche strafrechtliche Konsequenzen von (fehlgeschlagenen) Sanierungsmassnahmen 1

Prof. Dr. iur. Andreas Donatsch, Professor für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Universität Zürich, Richter am Kassationsgericht des Kantons Zürich

Buchführungs- und Urkundendelikte in der wirtschaftlichen Krise 19

Dr. iur. Markus Boog, Gerichtsschreiber am Schweizerischen Bundesgericht, Lausanne

Misswirtschaft durch Konkursverschleppung bei „Wegwerfgesellschaften“ 59

Dr. iur. Marc Jean-Richard-dit-Bressel, LL.M., Staatsanwalt an der Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich, Lehrbeauftragter an der Universität Zürich

Praktische Aspekte der Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung 95

lic. oec. HSG Martin Schaad, dipl. Wirtschaftsprüfer, US Certified Public Accountant (CPA), Partner KPMG AG, Standortleiter Zürich

Strafrechtliche Verantwortlichkeit Dritter im Konkurs des Schuldners 123

Gläubiger – Unternehmensberater – Revisoren – Wirtschaftsprüfer – Compliance-Officer

*Prof. Dr. iur. Felix Bommer, Professor für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Universität Luzern, und
Dr. iur. Marc Thommen, LL.M., Oberassistent für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Universität Luzern*

Möglichkeiten und Grenzen einer Zusammenarbeit von Konkursverwaltung, Staatsanwaltschaft und Gericht 161

Barbara Lips, Fürsprecherin, MAS ECI, Gerichtspräsidentin am Wirtschaftsstrafgericht des Kantons Bern

**Der Untersuchungsbeauftragte der FINMA – Ein
Zukunftsmodell für Untersuchungen im Wirtschaftsstrafrecht?** 179

*lic. iur. Brigitte Umbach-Spahn, Rechtsanwältin, LL.M., Wenger Plattner
Rechtsanwälte, Küsnacht*

**Die Begleichung fälliger Schulden – Strafbarkeitsrisiken für
Schuldner und Gläubiger** 195

*Prof. Dr. iur. Wolfgang Wohlers, Professor für Strafrecht und
Strafprozessrecht an der Universität Zürich*

Strafrechtliche Verantwortlichkeit Dritter im Konkurs des Schuldners

Gäubiger – Unternehmensberater – Revisoren – Wirtschaftsprüfer – Compliance-Officer

Felix Bommer/Marc Thommen

Inhalt

I.	Eingrenzung des Themas	124
1.	Der Begriff des „Dritten“	124
2.	Der Kreis verbotener Verhaltensweisen	129
II.	Grundlagen der Strafbarkeit Dritter im Konkurs	129
1.	Konkurseröffnung als objektive Strafbarkeitsbedingung	130
2.	Gläubigerbevorzugung (Art. 167 StGB) und paulianische Anfechtung nach Art. 286 ff. SchKG	132
3.	Kongruente Deckung	137
4.	(Notwendige) Teilnahme	141
5.	Teilnahme durch Unterlassen?	142
6.	Fazit	144
III.	Praktische Fälle der strafbaren Teilnahme Dritter	147
1.	Einforderung von Beratungshonoraren (Swissair-Fall)	147
a)	Begleichung verfallener Beratungshonorare	148
b)	Bevorschussung künftiger Beratungsleistungen	149
2.	Strafbarkeit der Revision (Tempus/PWC-Fall)	154
3.	Auffanggesellschaft	156
4.	Zahlungsrabatte als Gläubigerbevorzugung?	158
IV.	Schlussbetrachtung	159

I. Eingrenzung des Themas

Wenn man nach der strafrechtlichen Verantwortlichkeit Dritter im Konkurs des Schuldners fragt, muss zunächst geklärt sein, wer Dritter ist. Der Begriff des Dritten hängt unmittelbar mit demjenigen des Schuldners zusammen: Es macht einen Unterschied, ob es um den Konkurs eines Einzelunternehmens oder einer Aktiengesellschaft geht. Der Kreis möglicher Dritter stellt also eine Funktion der Art des Schuldners dar. Weiter sind die Verhaltensweisen solcher Dritter näher zu umschreiben. Dabei sind der Phantasie keine Grenzen gesetzt. Sämtliche Handlungen und Unterlassungen kommen in Betracht, die sich irgendwie auf die Vermögenslage des Schuldners auswirken. Immerhin macht bereits der Titel des Beitrages deutlich, dass es allein um den Fall des Konkurses geht. Der Betreibung auf Pfändung unterliegende Schuldner bleiben unberücksichtigt. Aber auch der Konkurs wird nicht in sämtlichen Spielarten behandelt: Nur wer von Gesetzes wegen (Art. 39 SchKG) der Konkursbetreibung unterliegt, soll Gegenstand der nachfolgenden Überlegungen sein, nicht auch, über wen auf Antrag eines Gläubigers (Art. 190 SchKG) oder auf eigenen Antrag (Art. 191 SchKG) der Konkurs verhängt wird. Noch so ist die Spanne von Verhaltensweisen Dritter in der Unternehmenskrise weit. Zeitlich lässt das Thema „Strafbarkeit Dritter *im* Konkurs“ an sich auch die Erfassung von Handlungen zu, die *nach* Konkursöffnung stattfinden. Gerade die eigentlichen Konkurs- und Betreibungsstraftaten (Art. 163 ff. StGB) spielen sich aber typischerweise im Zeitraum *vor* der Konkursöffnung ab¹. Diese Phase steht im Zentrum der Analyse.

1. Der Begriff des „Dritten“

Der Begriff des Dritten ist pragmatisch, nicht dogmatisch auszurichten, mit dem Ziel, den Untersuchungsbereich möglichst weit zu fassen. Er hat bei dem Begriff des Schuldners anzusetzen. Beim Einzelunternehmen als

¹ Zu möglichen Phasen im Laufe eines Unternehmenszusammenbruchs ACKERMANN JÜRIG-BEAT, Unternehmenszusammenbruch und Strafrecht – anspruchsvolle Schnittstellen, in: ACKERMANN JÜRIG-BEAT/WOHLERS WOLFGANG (Hrsg.), Umfangreiche Wirtschaftsstrafverfahren in Theorie und Praxis, Zürich 2008, 57 ff., 67 ff.

Schuldner (Art. 945 OR) gestalten sich die Verhältnisse einfach. Dritter ist jede natürliche Person, die nicht mit derjenigen des Trägers des Einzelunternehmens identisch ist. Schon weniger klar erscheint der Begriff des Dritten bei personal verfassten Gesellschaften wie der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft (Art. 39 Ziff. 6 und 7 SchKG; Art. 552 ff. und 595 ff. OR)². Sie handeln in Gestalt ihrer Teilhaber, so dass diese nicht Dritte sein können. Der Kreis beschränkt sich hier auf Personen, die nicht als Gesellschafter an der Gesellschaft teil haben.

Verwickelter liegen die Dinge bei juristischen Personen als Schuldner, insbesondere bei Aktiengesellschaften (Art. 620 ff. OR), aber auch bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung (Art. 772 ff. OR), bei Genossenschaften (Art. 828 ff. OR) oder bei Vereinen (Art. 60 ff. ZGB) und Stiftungen (Art. 80 ff. ZGB). Sie handeln durch ihre Organe, so dass es naheliegend scheint, diese insgesamt vom Begriff des Dritten auszunehmen. Dritter wäre danach jede Person, die nicht organschaftlich die AG (etc.) selber ausmacht. Doch ist höchst zweifelhaft, ob für die vorliegende Betrachtung eine derartige Scheidung der Dritten von dem Schuldner zweckmässig sein kann. Praktisch relevant wird dies etwa bei der Revisionsstelle. Diese ist ein Organ der AG und wäre damit der Schuldnerin zuzurechnen.³ Näheres Zusehen macht eine Differenzierung nötig. „Die Organe sind berufen“, so sagt Art. 55 Abs. 1 ZGB, „dem Willen der juristischen Person Ausdruck zu geben“. Diese Zweckbestimmung bezieht sich auf Exekutivorgane, nicht aber auf Legislativ- oder Kontrollorgane⁴. Zu der Person des Schuldners werden somit allein die natürlichen Personen gezählt, die dem Verwaltungsrat angehören (Art. 707 ff. OR), die Geschäfte (Art. 809 OR) oder die Verwaltung führen (Art. 894 OR) oder die im Vorstand (Art. 69 ZGB) oder im Stiftungsrat

² Die Behandlung der einfachen Gesellschaft (Art. 530 ff. OR) entfällt, weil sie als solche nicht auf Konkurs betrieben werden kann.

³ SCHMID NIKLAUS, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Revisors, in: Schweizerische Kammer der Bücher-, Steuer- und Treuhandexperten (Hrsg.), Schriftenreihe der Treuhand-Kammer Bd. 141, Zürich 1996, N 138 und 144 (zu Art. 172 aStGB).

⁴ HUGUENIN CLAIRE, in: HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER THOMAS (Hrsg.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 4. Aufl., Basel 2010, N 16 zu Art. 54/55; MEIER-HAYOZ ARTHUR/FORSTMOSER PETER, Grundriss des schweizerischen Gesellschaftsrechts, 10. Aufl., Bern 2007, § 2 N 30 f.

(Art. 83 ZGB) Einsitz haben. Soweit dieser Personenkreis, sei es als Täter, Anstifter oder Gehilfe, an einer Straftat im Zusammenhang mit dem Konkurs des Schuldners beteiligt ist, bleibt er ausser Betracht. Einzubeziehen und den Dritten zuzuschlagen sind hingegen die Legislativorgane (Aktionäre, Art. 698 ff. OR; Gesellschafter, Art. 808 ff. OR; Genossenschafter, Art. 879 ff. OR; Vereinsmitglieder, Art. 64 ff. ZGB) sowie als Kontrollorgane die Revisionsstellen (Art. 730 ff., 818, 906 OR; Art. 69b, 83b ZGB)⁵. Als Dritte nur Personen mit Exekutivorganstellung in der juristischen Person von der Betrachtung auszuschliessen, legt zudem die Parallele zu den Personengesellschaften nahe: Auch bei ihnen fällt unter die Person des Schuldners nur, wer die Geschäfte als Gesellschafter führt (oder zumindest führen könnte, Art. 563 OR)⁶.

Offen bleibt noch die Behandlung von Personen, die nicht damit betraut sind, dem Willen der juristischen Person rechtsverbindlichen Ausdruck zu verleihen, etwa leitende Angestellte unterhalb der Organschwelle (vgl. Art. 29 lit. d StGB). Sind sie zur juristischen Person als Schuldnerin zu schlagen, oder haben sie als Dritte zu gelten? Zur Beantwortung der Frage scheint sich eine Anleihe bei der Unternehmensstrafbarkeit anzubieten (Art. 102 StGB). Diese knüpft daran, dass sich die Anlasstat „*in einem Unternehmen*“ ereignet. Deshalb sind in ihrem Rahmen Straftaten von Mitarbeitern unabhängig von deren innerbetrieblichen Stellung erfasst; als haftungsauslösend kommen nicht nur Taten von Mitarbeitern mit Organfunktion in Betracht, sondern auch solche von Mitarbeitern, die der Unternehmung

⁵ Dabei bleibt ausser Betracht, dass auch eine juristische Person als Revisionsstelle eingesetzt werden kann (Art. 730 Abs. 2 OR).

⁶ Schliesslich gewährleistet die so vorgenommene Unterscheidung die Gleichbehandlung von juristischen Personen und Personengesellschaften einerseits und dem Einzelunternehmen andererseits. Dessen gegen aussen nicht verselbständigtes Auftreten führt dazu, dass nur dem Unternehmensträger die Sondereigenschaft des Schuldners zuzurechnen ist und alle anderen Personen als Dritte anzusprechen sind. Entsprechendes geschieht, wenn im Rahmen von juristischen Personen einzig diejenigen von der Betrachtung ausgeschlossen bleiben, die für deren strategische und operative Willensbildung zuständig sind.

allein arbeitsvertraglich verbunden sind⁷. Zieht man die Parallele so, dann gehörten Angestellte unterhalb der Organschwelle dem schuldnerischen Unternehmen an, sie müssten daher als Dritte ausscheiden.

Doch empfiehlt sich dieser Gleichlauf unter Sachgesichtspunkten nicht. Art. 102 StGB bestimmt *den* Kreis von Personen näher, für deren Taten das Unternehmen einzustehen hat, weil sie ihnen selber infolge mangelhafter Unternehmensorganisation nicht zugerechnet werden können⁸. Vor diesem Hintergrund ist klar, dass dieser Kreis so weit zu ziehen ist, wie die Organisationsherrschaft des Unternehmens reicht bzw. reichen sollte⁹. Dieser Gesichtspunkt der strafbegründenden Zurechnung fremden Verhaltens steht bei dem vorliegenden Thema nicht zur Diskussion. Ihm liegt vielmehr die Fragestellung zugrunde, wie sich im Konkurs der Unternehmung natürliche Personen unmittelbar strafbar machen, stehen sie in deren Lager oder nicht. Die Grenze wird *insofern* von Art. 29 StGB gezogen, nicht von Art. 102 StGB: Kurz: Wer zur Willensbildung und -betätigung einer juristischen Person berufen ist oder sich, ohne dies zu sein, entsprechend gebärdet, gilt als „Schuldner“, nicht als „Dritter“. Sehr wohl fällt unter den Begriff des Dritten indessen die Person, die weder rechtlich noch faktisch Organstellung aufweist, aber insofern im Lager der juristischen Person steht, als sie mit ihr arbeitsvertraglich verbunden ist. Nicht auf den im Rahmen der Unternehmensstrafbarkeit relevanten Kreis möglicher Anlasstäter abzustellen, drängt sich auch deshalb auf, weil in ihn unter Umständen selbst Beauftragte einbezogen werden (Art. 394 ff. OR), die ausserhalb der Unternehmung stehen, sofern sie nur hinreichende Möglichkeiten der Einflussnahme auf unternehmerische Entscheidungen eingeräumt erhalten, stark in die Unternehmensorganisation eingebunden sind¹⁰ oder im Rahmen des Outsourcing dem Unter-

⁷ Vgl. NIGGLI MARCEL ALEXANDER/GFELLER DIEGO, in: NIGGLI MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht I, 2. Aufl., Basel 2007, N 66 zu Art. 102.

⁸ Zum Streit um Art. 102 StGB als Straf- oder als Zurechnungsnorm NIGGLI/GFELLER (FN 7), N 19 ff. zu Art. 102.

⁹ Anders noch Art. 100^{quater} Ziff. 1 VE 1991, der die Strafbarkeit des Unternehmens nur an die Organe, Geschäftsführer und Personen mit selbständiger Entscheidungsbefugnis knüpfen wollte.

¹⁰ NIGGLI/GFELLER (FN 7), N 68 zu Art. 102.

nehmenszweck dienen¹¹. Damit hätte man sich geradewegs, wie noch zu zeigen sein wird, einer Hauptgruppe von potentiell strafbaren Dritten im Konkurs des Schuldners entledigt, z.B. der Unternehmensberater oder der Rechtsanwälte¹². Personen ohne Organstellung, und seien sie auch leitend tätig, gelten somit als Dritte, die in den Untersuchungsbereich fallen.

Dritter im hier verstandenen Sinn ist somit jede Person, die nicht als Exekutivorgan¹³ oder als Gesellschafter des Schuldners tätig oder Träger der Einzelunternehmung ist. Unter den Begriff der Dritten fallen somit Gläubiger des Schuldners, wie Banken oder Lieferanten, aber auch die bereits genannten externen Unternehmensberater, vor allem in Gestalt von Sanierungsberatern, ganz ebenso wie externe Revisoren¹⁴. Schliesslich gehören auch Rechtsanwälte dazu, die eine konkursbedrohte Gesellschaft beraten. „Innerhalb“ der Unternehmung zählen die formell (Verwaltungsräte) oder materiell resp. faktisch (Geschäftsleiter/Manager) an der Willensbildung beteiligten Organe nicht zum Kreis der Dritten. Die übrigen Angestellten, wozu auch Compliance Officer¹⁵ oder interne Revisoren zählen, gelten im Verhältnis zur Unternehmung hingegen als Dritte.

¹¹ SCHMID NIKLAUS, Einige Aspekte der Strafbarkeit des Unternehmens nach dem neuen Allgemeinen Teil des Schweizerischen Strafgesetzbuches, in: VON DER CRONE HANS CASPAR/WEBER ROLF H./ZÄCH ROGER/ZOBL DIETER (Hrsg.), Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht, FS für Peter Forstmoser, Zürich 2003, 761 ff., 772; PIETH MARK, Die strafrechtliche Verantwortung des Unternehmens, ZStrR 121 (2003) 353 ff., 360.

¹² Dass Rechtsanwälte oder Unternehmensberater als Anlasstäter ausgeschlossen sind (so NIGGLI/GFELLER [FN 7], N 69 zu Art. 102), trifft nicht generell zu, sondern nur soweit, wie sie *ausschliesslich* beratend tätig sind.

¹³ Faktische Organe, also „Personen, die tatsächlich Organen vorbehaltene Entscheide treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen und so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend mitbestimmen“ (BGE 128 III 29 E. 3a), gehören zum Schuldner und bleiben damit ausgeklammert.

¹⁴ Anders die Behandlung der Revisionsstelle der AG bei SCHMID (FN 3), N 138 und 144 (zu Art. 172 aStGB).

¹⁵ Zum Compliance Officer unten, II.5.

2. Der Kreis verbotener Verhaltensweisen

Die strafrechtliche Haftung der so definierten Personengruppe ist nicht über bestimmte Verhaltensweisen eingegrenzt, sondern allein dadurch, dass sie in einem bestimmten Zusammenhang mit dem Konkurs des Schuldners steht. Entscheidend ist nun, wie dieser Zusammenhang beschaffen ist. Als erste Möglichkeit könnten sämtliche Handlungen einbezogen werden, die vor und während des Konkursverfahrens, u.U. gar nach dessen rechtskräftigen Abschluss, vorgenommen werden, sofern sie nur eine hinreichende Verknüpfung mit dem Konkurs aufweisen. Doch würde man damit die spezifische Fragestellung verfehlen. Ob Betrügereien oder ungetreue Geschäftsbesorgungen durch Dritte zulasten des Schuldners im Vorfeld des Konkurses oder sonst begangen werden, ist arbiträr. Ob er in ihrer Folge eintritt oder nicht, spielt für das Unrecht klassischer Vermögensstraftaten keine Rolle (und hängt allein von ihrem Ausmass sowie von der Robustheit, d.h. der finanziellen Ausstattung, des Schuldners ab). Anders stellt sich dies – zweite Möglichkeit – für die eigentlichen Konkursdelikte dar. Für deren Verwirklichung ist der Konkurseintritt zentral, und deshalb liegt bei ihnen der Zusammenhang vor, der es rechtfertigt, nach der Drittverantwortlichkeit im Schuldnerkonkurs zu fragen. Das Datum der Fragestellung ist also der feststehende, nicht der mögliche Konkurs. Die Perspektive ist eine rückblickende, nicht eine nach vorne gewandte, und aus ihr ergibt sich die Frage, welche Handlungen der genannten Personengruppe strafrechtlich bedeutsam sein können, genauer noch: welche der eingetretene Konkurs bedeutsam *machen* könnte. Der Schwerpunkt der Untersuchung liegt aus diesen Gründen bei Art. 163-171^{bis} StGB.

II. Grundlagen der Strafbarkeit Dritter im Konkurs

Auf die thematische Eingrenzung folgt die theoretische Fundierung der Strafbarkeit Dritter im Konkurs. Dabei liegt der Fokus auf der Gläubigerbevorzugung (Art. 167 StGB) als praktisch wichtigstem Tatbestand für Teilnahmehandlungen Dritter im Konkurs. Wie ist die Begleichung von Schulden aus den letzten Aktiva der Gesellschaft strafrechtlich zu werten? Dürfen Gläubiger auf ihre Befriedigung drängen oder machen sie sich damit bereits einer Anstiftung zur Bevorzugung strafbar? Praktisch weniger bedeutsam ist

die Beteiligung Dritter am betrügerischen Konkurs (Art. 163 StGB) oder an gläubigerschädigenden Vermögensvermindierungen (Art. 164 StGB). Dies wäre etwa anzunehmen, wenn ein Berater seinem Klienten empfiehlt, vereinbarte Beträge in einem Konkursverfahren verschwinden zu lassen (Art. 163 Ziff. 1 Abs. 2 StGB) oder zu verschenken (Art. 164 Ziff. 1 Abs. 3 StGB). Solche Fälle sind nicht nur selten, sie werfen strafrechtlich auch keine besonderen Probleme auf¹⁶.

Die strafrechtliche Aufarbeitung knüpft an einen tatsächlich eingetretenen Konkurs, ohne dass dieser jedoch kausale Folge der Bankrottdelikte sein muss (1.). Anhand einer Gegenüberstellung der strafrechtlichen Gläubigerbevorzugung (Art. 167 StGB) und der konkursrechtlichen Paulianatbestände (Art. 286 ff. SchKG) soll ein Verständnis für die Gemeinsamkeiten und Unterschiede dieser Gläubigerschutzinstitute vermittelt werden (2.). Ein besonderes Augenmerk gilt dabei der Frage, inwiefern die Begleichung fälliger Schulden eine strafbare Bevorzugung darstellen kann (3.). Dies führt zur Kernfrage, ob sich der Dritte durch sein Drängen auf Begleichung fälliger Schulden allenfalls strafbar an einer Gläubigerbevorzugung beteiligt (4.). Kann ein Dritter allenfalls auch durch Unterlassen zu einem Konkursdelikt beitragen (5.)? Schliesslich werden die Erkenntnisse zur Strafbarkeit Dritter im Konkurs zusammengefasst (6.) im Hinblick auf die im III. Teil zu erläuternden praktischen Anwendungsfälle.

1. Konkursöffnung als objektive Strafbarkeitsbedingung

Die meisten Konkursstraftaten haben die Eigenheit, dass im Zeitpunkt der Vornahme der Tathandlung unsicher ist, ob es je zu einem Strafverfahren kommen wird, und zwar nicht etwa aus beweisrechtlichen Gründen, sondern deshalb, weil für die Strafbarkeit die Verwirklichung des tatbestandsmässigen Unrechts (neben Rechtswidrigkeit und Schuld) allein nicht hinreicht.

¹⁶ Widerspruch ruft allerdings die Auffassung hervor, Anstiftung und Gehilfenschaft hätten bei Art. 163 StGB keine eigenständige Bedeutung, da solche Täter (sic) i.d.R. als Dritte i.S.v. Ziff. 2 zu qualifizieren seien (so BRUNNER ALEXANDER, in: NIGGLI MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER HANS [Hrsg.], Basler Kommentar, Strafrecht II, 2. Aufl., Basel 2007, N 13 zu Art. 163). Anstifter und Gehilfen sind gerade nicht als Dritte zu qualifizieren, da Ziff. 2 eine täterschaftliche Haftung verkörpert, unter welche sie mangels Tatherrschaft nicht fallen.

Vielmehr gerät dieses Handeln erst dann zu einem Fall für das Strafgericht, wenn in seinem Gefolge der Konkurs eröffnet wird. Das gilt für die scheinbare (Betrügerischer Konkurs, Art. 163 StGB) und die wirkliche Vermögensminderung (Art. 164 StGB), für die Misswirtschaft (Art. 165 StGB), für das Unterlassen der Buchführung (Art. 166 StGB) sowie für die Gläubigerbevorzugung (Art. 167 StGB). Sie alle verlangen die Konkurseröffnung als *objektive Strafbarkeitsbedingung*¹⁷. Darin liegt eine Einschränkung der Strafbarkeit. Weil diese jenseits von Unrecht und Schuld steht, braucht sich der Vorsatz auf sie nicht zu beziehen¹⁸. Zudem schliesst sie einen strafbaren Versuch der Tat aus, solange der Konkurs nicht eröffnet ist¹⁹. Wichtig für unseren Zusammenhang ist schliesslich, dass weder ein Kausal- geschweige denn ein innerer Zusammenhang zwischen der verbotenen Handlung und der Konkurseröffnung verlangt ist. Zwar können in Art. 163 StGB umschriebene Handlungen zur Konkurseröffnung führen, sogar ohne vorgängige Betreibung (Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG). Aber eine wie immer auch geartete Verbindung zwischen ihnen verlangt das Gesetz nicht, wenn es die Konkurseröffnung als objektive Bedingung der Strafbarkeit ausgestaltet²⁰.

Ganz ohne sachliche Verbindung sind der Eintritt der objektiven Strafbarkeitsbedingung und das Verhalten des Dritten gleichwohl nicht. Die Gläubigerbevorzugung (Art. 167 StGB) verlangt im subjektiven Tatbestand – wie sogleich noch im Detail gezeigt wird – das Bewusstsein der Zahlungsunfähigkeit. Für die Tatbestände der scheinbaren und der wirklichen Gläubigerschädigung (Art. 163 f. StGB) fehlt ein entsprechendes Erfordernis. Doch ist auch für sie nicht strittig, dass die Absicht der Gläubigerschädigung²¹ das

¹⁷ DONATSCH ANDREAS, Strafrecht III: Delikte gegen den Einzelnen, 9. Aufl., Zürich 2008, 323; STRATENWERTH GÜNTER/JENNY GUIDO/BOMMER FELIX, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen, 7. Aufl., Bern 2010, § 23 N 10.

¹⁸ STRATENWERTH GÜNTER, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 3. Aufl., Bern 2005, § 9 N 119.

¹⁹ Vgl. BGE 70 IV 74 E. 1; DONATSCH (FN 17), 324; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER (FN 17), § 23 N 13.

²⁰ BGE 102 IV 21 E. 4.

²¹ Sie genügt: Objektiv kommt es nicht darauf an, ob die Gläubiger tatsächlich zu Schaden kommen (DONATSCH [FN 17], 332; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER [FN 17], § 23 N 7, 9; ALBRECHT PETER, Kommentar zum Schweizerischen Straf-

Bewusstsein des bevorstehenden Vermögenszusammenbruchs, der in einem Konkurs zu enden droht, einschliesst²². Insofern ist zwar nicht ein Zusammenhang zwischen den tatbestandsmässigen Handlungen und dem Konkurs-eintritt verlangt, aber immerhin das Feld abgesteckt, innerhalb dessen Grenzen sich die Tathandlungen abzuspielen haben.

Was schliesslich die zeitliche Abfolge der Tathandlungen und der Konkurs-eröffnung betrifft, so kommen theoretisch beide denkbaren Varianten in Betracht, d.h. die Tat kann *vor* oder *nach* Konkursöffnung erfolgen²³: Jenes stellt indessen den Regelfall dar²⁴ und wird deshalb hier allein behandelt: Dass der Dritte die verbotene Handlung zu einem Zeitpunkt vornimmt, in dem der Konkurs noch nicht eröffnet, ja in dem noch nicht einmal, sofern überhaupt nötig (vgl. Art. 192 SchKG, Art. 725a OR), die Betreibung eingeleitet worden ist²⁵. In diesem Fall hängt die drohende Insolvenz wie ein Damoklesschwert über dem Tun des Dritten²⁶.

2. Gläubigerbevorzugung (Art. 167 StGB) und paulianische Anfechtung nach Art. 286 ff. SchKG

In welchem Verhältnis steht die strafrechtliche Gläubigerbevorzugung zu den paulianischen Anfechtungsklagen? Nach Art. 167 StGB wird der Schuldner

recht, Schweizerisches Strafgesetzbuch – Besonderer Teil, 2. Band: Delikte gegen das Vermögen – Art. 137-172, Bern 1990, N 40 zu Art. 163).

²² Vgl. nur BRUNNER (FN 16), N 32 zu Art. 163; DONATSCH (FN 17), 332; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER (FN 17), § 23 N 6; ALBRECHT (FN 21), N 41 zu Art. 163.

²³ ALBRECHT (FN 21), N 36 zu Art. 163.

²⁴ Vgl. BGE 134 III 52; 102 IV 21; GESSLER DIETER, Gläubigerbegünstigung durch die Aktiengesellschaft, in: ZINDEL GAUDENZ G./PEYER PATRIK R./SCHOTT BETRAND (Hrsg.), Wirtschaftsrecht in Bewegung, FG für Peter Forstmoser, Zürich 2008, 401 ff., 402; TRECHSEL STEFAN/OGG MARCEL, in: TRECHSEL STEFAN et al., Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2008, N 11 zu Art. 163.

²⁵ STRATENWERTH/JENNY/BOMMER (FN 17), § 23 N 4.

²⁶ Im umgekehrten Fall (zumindest bei der wirklichen und scheinbaren Vermögensminderung, Art. 163 f. StGB), dass der Dritte erst nach eröffnetem Konkurs zum Schaden der Gläubiger des Schuldners tätig wird, dürfte stets auch Art. 169 StGB eingreifen.

bestraft, der im Bewusstsein seiner Zahlungsunfähigkeit und in der Absicht, einzelne seiner Gläubiger zum Nachteil anderer zu bevorzugen, darauf abzielende Handlungen vornimmt, insbesondere nicht verfallene Schulden bezahlt, eine verfallene Schuld anders als durch übliche Zahlungsmittel tilgt oder eine Schuld aus eigenen Mitteln sicherstellt, ohne dass er dazu verpflichtet war. Die Bestrafung steht unter der objektiven Strafbarkeitsbedingung, dass über den Schuldner der Konkurs eröffnet oder ein gerichtlicher Nachlassvertrag angenommen (Art. 171 Abs. 1 StGB) worden ist.²⁷

Der Tatbestand ist strukturiert nach einer Generalklausel („*darauf abzielende Handlungen*“) und Regelbeispielen („*insbesondere...*“).²⁸ Die Generalklausel lehnt sich an die paulianische Absichtsanfechtung an.²⁹ Nach Art. 288 SchKG sind alle Rechtshandlungen anfechtbar, „*welche der Schuldner innerhalb der letzten fünf Jahre vor der [...] Konkurseröffnung in der dem andern Teile erkennbaren Absicht vorgenommen hat, seine Gläubiger zu benachteiligen oder einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer zu begünstigen*“. Die Regelbeispiele hingegen sind der Sache nach (in umgekehrter Reihenfolge) dem Tatbestand der paulianischen Überschuldungsanfechtung entnommen (Art. 287 Abs. 1 Ziff. 1-3 SchKG).³⁰ Anfechtbar sind die im letzten Jahr vor Konkurseröffnung im Zustand der Überschuldung nachträglich bestellten Sicherheiten und auf unübliche Weise getilgten Schulden. Das gleiche gilt für die Tilgung nicht verfallener Schulden. Parallelen weisen die strafrechtliche und die konkursrechtlichen Bestimmungen schliesslich insofern auf, als in beiden Fällen der Konkurs über den Schuldner eröffnet worden ist: Erst der Schuldnerzusammenbruch eröffnet seine strafrechtliche und paulianische Haftung.

²⁷ ALBRECHT PETER, Die notwendige Teilnahme bei den Konkurs- und Betreibungsdelikten, in: ACKERMANN JÜRIG-BEAT/DONATSCH ANDREAS/REHBERG JÖRG (Hrsg.), *Wirtschaft und Strafrecht*, FS für Niklaus Schmid, Zürich 2001, 358.

²⁸ Zur Entstehungsgeschichte SCHMID NIKLAUS, Ist die dingliche Bestellung von früher vereinbarten Pfandrechten im Zustande der Insolvenz eine Gläubigerbevorzugung im Sinne von StGB Art. 167?, *BISchK* 1986, 202.

²⁹ BGE 117 IV 23 E. 4a.

³⁰ Zur entstehungsgeschichtlichen Verknüpfung von Art. 167 StGB und Art. 287 SchKG vgl. SCHMID (FN 28), *BISchK* 1986, 203 f.

Bei aller Ähnlichkeit gibt es auch Unterschiede³¹. Sie beginnen schon bei der Person, die konkurs- oder strafrechtlich ins Recht zu fassen ist. Anfechtbar nach Art. 286 ff. SchKG sind nicht nur Rechtshandlungen des Schuldners selber, sondern auch eines von ihm bestellten Vertreters.³² Demgegenüber stellt Art. 167 StGB strafrechtlich ein echtes Sonderdelikt dar: Täter ist der Schuldner, und nur er. Dritte können sich allein als Anstifter oder Gehilfen strafbar machen. Art. 167 kennt keine den Art. 163 f. (je Ziff. 2) StGB entsprechende Täterschaft des Nicht-Sonderpflichtigen.^{33,34}

Die Unterschiede setzen sich fort mit Bezug auf die konkursrechtliche Verdachtsfrist: Nur Rechtshandlungen, die der Schuldner in der Zeitspanne von einem Jahr (Art. 286 f. SchKG) bzw. von fünf Jahren (Art. 288 SchKG) vor der Konkursöffnung vorgenommen hat, sind paulianisch anfechtbar. Doch geht die strafrechtliche Ahndung entsprechender Handlungen insofern über diejenige des SchKG hinaus, als unter dem Gesichtspunkt von Art. 167 StGB denkbar ist (wenn auch praktisch selten), dass der Schuldner erst *nach* Konkursöffnung tatbestandsmässige Handlungen vornimmt. Konkursrechtlich sind solche Handlungen bedeutungslos, weil der Schuldner über die dem Konkursbeschluss unterworfenen Vermögenswerte den Konkursgläubigern gegenüber nicht mehr rechtsgültig verfügen kann (Art. 204 Abs. 1 SchKG)³⁵.

Konkursrechtlich wird zudem für alle Anfechtungsklagen eine *tatsächliche* Schädigung von Gläubigern vorausgesetzt, zumindest in der Form, dass die

³¹ Vgl. auch GESSLER (FN 24), 411 ff.

³² BGE 95 III 83 E. 4a.

³³ DONATSCH (FN 17), 342; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER (FN 17), § 24 N 16.

³⁴ Das kann zu einer Strafbarkeitslücke führen in dem Fall, dass der Schuldner einen aussenstehenden Dritten beauftragt, eine tatbestandsmässige Handlung vorzunehmen, etwa aus Schuldnervermögen die Forderung eines Gläubigers zu erfüllen, die nicht fällig ist: Der Dritte kann mangels Sondereigenschaft nicht Täter von Art. 167 StGB sein, womit eine Teilnahmehandlung des Schuldners entfällt. Als Täter kann der Schuldner nur haftbar gemacht werden, wenn er selber die Tat (allenfalls mittelbar) begeht, was Tatherrschaft voraussetzt. An ihr fehlt es, wenn die Entscheidung über die Tatbegehung, wie im geschilderten Fall anzunehmen, allein beim Dritten liegt.

³⁵ Zu den rechtlichen Folgen dennoch vorgenommener Verfügungen BGE 132 III 432 E. 2.4.

anfechtbare Rechtshandlung das Vollstreckungssubstrat schmälert.³⁶ Strafrechtlich hingegen ist weder eine solche Substratminderung noch der Eintritt eines Vorteils für einzelne Gläubiger oder eines Schadens für andere nötig: Art. 167 StGB gilt nicht als Erfolgsdelikt.³⁷ Doch ist eine tatsächliche Schädigung nur auf der objektiven Seite entbehrlich: Art. 167 StGB verlangt als „kupiertes Erfolgsdelikt“³⁸ eine auf den Benachteiligungserfolg gerichtete Schädigungsabsicht, die in Gestalt aller vom Vorsatz her bekannten Formen auftreten kann und mithin auch die Eventualabsicht erfasst.³⁹ Strafrechtlich nachzuweisen ist somit „nur“, dass der Schuldner die Bevorzugung eines und die gleichzeitige Benachteiligung der übrigen Gläubiger als mögliche Wirkung seiner Handlung voraussah und für den Fall, dass sie eintrat, wollte.⁴⁰

In Bezug auf die Schädigungsabsicht ist auf einen zweiten wesentlichen Unterschied hinzuweisen. Die Absichtspauliana von Art. 288 SchKG verlangt, dass der Schuldner „in der dem andern Teile erkennbaren“ Schädigungs- resp. Begünstigungsabsicht gehandelt hat. Strafrechtlich ist diese Erkennbarkeit irrelevant. Sie kann, wenn sie vorliegt, allenfalls ein Indiz für die Absichten des Schuldners sein.

³⁶ BGE 99 III 27 E. 3; AMONN KURT/WALTHER FRIDOLIN, Grundriss des Schuldbeitrags- und Konkursrechts, 8. Aufl., Bern 2008, § 52 N 3; UMBACH-SPAHN BRIGITTE, in: HUNKELER DANIEL (Hrsg.), Kurzkommentar SchKG – Schuldbeitrags- und Konkursgesetz, Basel 2009, Art. 285 N 4 m.H.

³⁷ BGE 75 IV 106 E. 2; STRATENWERTH GÜNTER/WOHLERS WOLFGANG, Schweizerisches Strafgesetzbuch – Handkommentar, 2. Aufl., Bern 2009, N 3 zu Art. 167; SCHMID (FN 28), BJSchK 1986, 205. – Die Erwägung des Bezirksgerichts Bülach, „[d]ie fehlende Umschreibung des objektiven Tatbestandsmerkmals der Bevorzugung eines Gläubigers zum Nachteil anderer im Sachverhalt müsste daher zu einem Freispruch oder allenfalls einer erneuten Rückweisung der Anklage führen“, trifft insofern nicht zu (Urteil BezGer Bülach DG060095/U vom 4. Juni 2007, Ziff. 4.1, S. 17 ff. und Ziff. 6, S. 83; dazu unten, III.1.).

³⁸ STRATENWERTH (FN 18), § 9 N 119.

³⁹ Von Schädigungsvorsatz kann nur deshalb nicht die Rede sein, weil der Vorsatz sich stets nur auf ein objektives Tatbestandsmerkmal beziehen kann, und ein solches stellt die Schädigung, wie erwähnt, nicht dar.

⁴⁰ BGE 74 IV 40 E. 2.

Ein weiterer Unterschied besteht darin, dass im Straftatbestand die beabsichtigte Begünstigung eines Gläubigers mit der Schädigung der übrigen untrennbar verknüpft ist. Der Schuldner muss „*einzelne seiner Gläubiger zum Nachteil anderer*“ bevorzugen wollen. Bei den Paulianae ist die Begünstigung einzelner Gläubiger zum Nachteil anderer nur eine Tatbestandsvariante. Anfechtbar sind auch Rechtshandlungen, die Gläubiger benachteiligen, ohne gleichzeitig einen anderen Gläubiger zu begünstigen. Strafrechtlich sind solche Verhaltensweisen über die Gläubigerschädigung durch (wirkliche) Vermögensminderung (Art. 164 StGB) erfasst.⁴¹

Unterschiede finden sich ferner in den finanziellen Verhältnissen als Hintergrund der kritischen schuldnerischen Handlungen. Art. 167 StGB stellt auf die *Zahlungsunfähigkeit* ab. Auf sie kommt es weder bei Art. 286⁴² noch bei Art. 288 SchKG an, und auch die Variante von Art. 287 SchKG verlangt nicht „Zahlungsunfähigkeit“, sondern die Vornahme bestimmter Rechtshandlungen im Zustand der *Überschuldung*. Eine Überschuldung liegt vor, wenn in einer Zwischenbilanz das Fremdkapital die Aktiven übersteigt, also die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger weder zu Fortführungs- noch zu Veräusserungswerten gedeckt sind (Art. 725 Abs. 2 OR).⁴³ Der Begriff der Zahlungsunfähigkeit hingegen schillert: In Art. 165 StGB (Misswirtschaft) soll er sich nur auf Pfändungsschuldner beziehen.⁴⁴ Selbst wenn dies richtig wäre, kann es für Art. 167 StGB nicht gelten, weil als Schuldner ganz unbestritten auch und gerade juristische Personen in Betracht kommen. Der Umschreibungsversuch des Bundesgerichts, wonach Zahlungsunfähigkeit gegeben sei, „wenn die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger nicht mehr durch die Aktiven gedeckt sind“⁴⁵, verwechselt sie mit der Überschuldung.⁴⁶ Zah-

⁴¹ BGE 93 IV 16 E. 1b.

⁴² AMONN/WALTHER (FN 36), § 52 N 15.

⁴³ AMONN/WALTHER (FN 36), § 52 N 20; UMBACH-SPAHN (FN 36), N 8 zu Art. 287.

⁴⁴ Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Strafbare Handlungen gegen das Vermögen und Urkundenfälschung) sowie betreffend die Änderung des Bundesgesetzes über die wirtschaftliche Landesversorgung (Strafbestimmungen) vom 24.4.1991, BBl 1991 II 969, 1064.

⁴⁵ BGE 104 IV 77 E. 3d.

⁴⁶ Gl.M. BRUNNER (FN 16), N 13 zu Art. 167.

lungsunfähigkeit, richtig verstanden, meint den Zustand, dass der Schuldner nicht (mehr) in der Lage ist, fällige oder in naher Zukunft fällig werdende Geldschulden aus mehr als nur vorübergehendem Mangel an Liquidität zu bedienen.⁴⁷ Doch muss sich dieses Defizit auf eine Überschuldung *zurückführen* lassen. Es besteht kein Anlass, den illiquiden Schuldner *ohne* Passivenüberschuss der Strafdrohung von Art. 167 StGB zu unterstellen, denn in dieser Situation ist es objektiv ausgeschlossen, Handlungen (eine Bezahlung ohnehin) *zum Nachteil* einzelner Gläubiger vorzunehmen⁴⁸, weshalb auch kein darauf gerichteter Vorsatz bestehen kann. Erst in der Situation des überschuldeten *und* zahlungsunfähigen Schuldners greift somit Art. 167 StGB.⁴⁹

3. Kongruente Deckung

Schliesslich ist auf das Zusammenspiel der Generalklausel und Regelbeispiele in Art. 167 StGB hinzuweisen. Es führt zu einem zunächst widersprüchlichen Befund: Nach der Generalklausel wäre jede (in zahlungsunfähigem Zustand vorgenommene) schuldnerische Handlung tatbestandsmässig, von welcher der Schuldner weiss oder gar nur ernsthaft annimmt, dass sie den einen Gläubiger bevorzugen und einen andern benachteiligen wird. Auf die näheren Umstände dieser Handlung käme es nicht an. Einerlei wäre insbesondere, ob der Schuldner zu ihrer Vornahme rechtlich verpflichtet war. Nimmt man die Regelbeispiele in den Blick, so zeigt sich schnell, dass die Generalklausel von Art. 167 StGB zu weit geraten ist.⁵⁰ Den Regelbeispielen ist gemeinsam, dass sie Handlungen unter Strafe stellen, zu deren Vornahme der Schuldner materiellrechtlich nicht verpflichtet ist: Weder sind unter die-

⁴⁷ BRUNNER (FN 16), N 93 zu Art. 165; ähnlich ALBRECHT (FN 21), N 5 zu Art. 165; GESSLER (FN 24), 403.

⁴⁸ SCHMID (FN 28), BISchK 1986, 205.

⁴⁹ Insofern zutreffend BRUNNER (FN 16), N 12 zu Art. 167. Einspruch ist aber gegen dessen (ihm folgend THOMAS REBSAMEN, Die Gleichbehandlung der Gläubiger durch die Aktiengesellschaft, Diss. Fribourg, Zürich 2004, N 656) Versuch zu erheben, auf dem Weg der Interpretation die Überschuldung (*neben* der Zahlungsunfähigkeit) für die Erfüllung von Art. 167 StGB genügen zu lassen: Darin liegt eine von Art. 1 StGB verbotene Analogie zulasten des Beschuldigten: Überschuldung allein genügt nicht (ebenso SCHMID [Fn. 28], BISchK 1986, 205).

⁵⁰ STRATENWERTH/JENNY/BOMMER (FN 17), § 24 N 18.

sem Gesichtspunkt nicht fällige (Geld-)Schulden zu bezahlen, noch sind fällige anders als durch übliche Zahlungsmittel zu begleichen (sondern in gesetzlichen Zahlungsmitteln der geschuldeten Währung, Art. 84 Abs. 1 OR), und auch zur Sicherstellung einer Schuld⁵¹ ist der Schuldner nur bei vorbestehendem Rechtsgrund (i.d.R. vertraglicher Natur) verpflichtet. Erfüllt der Schuldner in solchen Fällen sog. kongruenter Deckung seine Verpflichtung auf Geldzahlung, so tut er nur, wozu ihn das materielle (Privat-)Recht anhält. „Kongruent“ ist also eine schuldnerische Leistung, die der Gläubiger aufgrund der materiellen Rechtslage im Zeitpunkt der Vornahme so zu beanspruchen berechtigt ist, wie der Schuldner sie ihm erbracht hat.⁵² Kurz: Die Leistung kongruiert mit einer Leistungspflicht. Wer auch die Erbringung von Zahlungen unter Art. 167 StGB fasst, auf die der Gläubiger nach Art und Zeitpunkt einen materiellrechtlichen Anspruch hat, gerät in einen unauflösliehen Konflikt zum Privatrecht als derjenigen Regelungsmaterie, die primär zur Ordnung von Bestand, Umfang und Modalitäten von geldwerten Leistungen zwischen Gleichgestellten berufen ist. Als Grundsatz gilt somit, dass kongruente Deckungen nicht strafbar sind.

Die bundesgerichtliche Praxis lässt allerdings eine Ausnahme zu, in der trotz Kongruenz Art. 167 StGB eingreifen soll: Wenn die *„Handlung nach ihrem Unrechtsgehalt den in Art. 167 StGB genannten Regelbeispielen gleichwertig ist, sie gerade auf die Bevorzugung einzelner Gläubiger zum Nachteil der andern zielt und sich in ihr die eindeutige Bevorzugungsabsicht des Täters objektiv deutlich manifestiert“*⁵³. Entwickelt hat es diese Ansicht an dem Fall, dass ein Schuldner in finanziell verzweifelter Lage sein Büroinventar (zum Buchwert) veräußerte und mit dem Entgelt eine fällige Forderung bezahlte. Formal war diese Deckung kongruent, weil eine verfallene Schuld mit üblichen Zahlungsmitteln beglichen wurde. In der Sache kam sie jedoch einer inkongruenten Deckung sehr nahe. Hätte der Schuldner das Büromaterial an Zahlungsstatt übergeben, wäre die verfallene Schuld inkongruent,

⁵¹ Durch Realsicherheit oder Sicherungszession, aber kaum durch nachträgliche Personalsicherheit, etwa die Beibringung eines Bürgen (Art. 492 ff. OR) für eine bestimmte Schuld (BRUNNER [FN 16], N 22 zu Art. 167).

⁵² SCHMID (FN 28), BLSchK 1986, 210 f.

⁵³ BGE 117 IV 23 E. 4b.

nämlich durch ein unübliches Zahlungsmittel, beglichen worden.⁵⁴ Der Entscheidung ist im Ergebnis richtig. Aber statt auf die genannten, wenig aussagekräftigen Kriterien (Gleichwertigkeit; eindeutige Bevorzugungsabsicht) abzustellen, sollte man ihn auf den Gedanken zurückführen, der das Ergebnis trägt. Es geht darum, dass der Schuldner hier in bereits bedrängter Lage die Bedingungen der Kongruenz erst hergestellt hat. Die Struktur der Überlegung ist strafrechtlich bestens bekannt von der *actio libera in causa*, der *omissio libera in causa* sowie der *actio illicita in causa*⁵⁵. Stets geht es darum, dass der Täter ein strausschliessendes Merkmal einer Straftat durch vorgängiges Verhalten selber mit Bedacht herbeiführt: Sich um seine Schuldfähigkeit (*actio libera*) oder um seine Fähigkeit zur Vornahme einer Handlung (*omissio libera*) bringt oder die tatsächlichen Bedingungen einer an sich rechtfertigenden Sachlage schafft. Nicht anders liegt es hier, wenn ein Schuldner die Voraussetzungen für eine kongruente Leistung (übliche Zahlungsmittel) erst in der kritischen Situation herbeiführt, um die Restriktion von Art. 167 StGB zu umgehen⁵⁶. So betrachtet fügt sich der Fall zwanglos in eine inkongruente Deckung, ohne dass es nötig ist, bei wenig durchsichtigen Kriterien wie dem „Abzielen“ auf die Bevorzugung einzelner Gläubiger zum Nachteil ändern oder dessen eindeutiger objektiver Manifestation Zuflucht zu suchen. Es liegt dieser Lösung letztlich eine *Rechtsmissbrauchsüberlegung* zugrunde. Schliesslich lässt sich auf diese Weise auch der banale Fall erfassen, dass der Schuldner in der Krise mit dem Gläubiger einer noch nicht fälligen Forderung übereinkommt, diese durch Novation (Art. 116 OR) für fällig zu erklären und sie anschliessend erfüllt. Auch hier hat er die Kongruenz selbst hergestellt.

Damit sind freilich die Grenzen dessen bezeichnet, was bei formal (aber nicht in der Sache) kongruenter Leistung noch von Art. 167 StGB erfasst sein kann. Solche Leistungen, trotz Fälligkeit, auch dann strafrechtlich zu

⁵⁴ BGE 117 IV 23 E. 4c.

⁵⁵ Näher BOMMER FELIX, in: NIGGLI MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Strafrecht I, Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2007, N 88 zu Art. 19.

⁵⁶ Derselbe Grundgedanke ergibt sich aus der dritten Tathandlung von Art. 167 StGB, wenn ein Schuldner in der Krisensituation eine Schuld sicher stellt, obwohl er dazu vorher nicht verpflichtet war. Auch dann stellt er innerhalb der Krise eine gläubigerbegünstigende Situation her, und gerade dies verbietet Art. 167 StGB.

ahnden, wenn die Gläubigerbenachteiligung nicht bloss eine in Kauf genommene Nebenfolge, sondern der direkt beabsichtigte Zweck der Zahlung war,⁵⁷ gibt es keinen Grund.⁵⁸ Ob die Erfüllung einer Forderung nach Zeitpunkt und Art ihrer Vornahme dem materiellen Recht entspricht, hängt nicht davon ab, mit welcher inneren Einstellung der Schuldner sie vornimmt.

An dem Grundsatz, dass bei kongruenter Leistung des Schuldners Art. 167 StGB nicht eingreift, ändert nichts, dass solches Verhalten *paulianisch* (Art. 288 SchKG) anfechtbar sein kann, wenn der Schuldner in erkennbarer Benachteiligungs- resp. Begünstigungsabsicht gehandelt hat.⁵⁹ Der strafrechtliche Schutz ist insofern enger als der konkursrechtliche: Nicht alles, was paulianisch anfechtbar ist, ist strafbar.⁶⁰

Diese Grundregel liegt auch deshalb nahe, weil die Interessenlagen unterschiedlich sind: Während es im Strafrecht allein um das Verhältnis zwischen dem Beschuldigten und der Strafjustiz geht, hat die paulianische Anfechtung auch auf den Begünstigten als Anfechtungsbeklagten (Art. 290 SchKG) Rücksicht zu nehmen. Dessen Interessen wahren zwei der drei Anfechtungstatbestände so, dass sie ihm die Entlastung der nicht bekannten und nicht zu kennenden Überschuldung (Art. 287 Abs. 2 SchKG) offen halten oder sogar den klägerischen Nachweis der für den Begünstigten erkennbaren Benachteiligungs- bzw. Bevorzugungsabsicht des Schuldners verlangen (Art. 288 SchKG). Die Notwendigkeit der Berücksichtigung solcher Drittinteressen ist dem Strafrecht fremd: Hier kommt es für die Auslösung der Rechts-, sprich Straffolgen allein darauf an, ob *der Schuldner* eine tatbestandsmässige Hand-

⁵⁷ So ALBRECHT (FN 21), N 12 und 29 zu Art. 167; wohl noch weitergehend REBSAMEN (FN 49), N 678 („Tatmotiv“).

⁵⁸ STRATENWERTH/JENNY/BOMMER (FN 17), § 24 N 23.

⁵⁹ HINDERLING HANS, Die Anfechtung der kongruenten Erfüllung fälliger Verbindlichkeiten nach Art. 288 SchKG, ZSR NF 54 (1935) 240 ff. Dies ist in der Regel der Fall, wenn der Schuldner verfallene Verbindlichkeiten aus den „letzten Aktiven“ der Gesellschaft begleicht. In diesem Fall wird eine objektive Schädigung der übrigen Gläubiger vermutet. Dem Schuldner steht dann der Gegenbeweis offen, dass etwa die Zahlung die Weiterführung des Geschäfts ermöglicht und so die Aktiven vermehrt worden seien (STAEHELIN ADRIAN, in: STAEHELIN ADRIAN/BAUER THOMAS/STAEHELIN DANIEL, Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbeitreibung und Konkurs II, 2. Aufl., Basel 2010, N 9 f. und 12a zu Art. 288).

⁶⁰ BGE 117 IV 23 E. 4a.

lung vorgenommen hat; die Haltung des Begünstigten dazu bleibt ohne Belang.⁶¹

4. (Notwendige) Teilnahme

Diese Erkenntnisse gilt es nunmehr für das eigentliche Thema des Beitrages heranzuziehen, der strafrechtlichen Verantwortlichkeit *Dritter* im Konkurs. Sie setzt zunächst eine inkongruente Leistung des Schuldners voraus, und die zentrale Frage geht anschliessend dahin, in welcher Form ein Dritter, also z.B. ein den Schuldner beratender Anwalt, an der Gläubigerbevorzugung strafrechtlich relevant beteiligt sein kann. Art. 167 StGB ist ein echtes Sonderdelikt. Nur der Schuldner kann Täter sein, eine täterschaftliche und damit auch eine mittäterschaftliche Haftung für Dritte scheidet aus, weil sie (anders als in Art. 163 und 164 StGB, je Ziff. 2) gesetzlich nicht vorgesehen ist. Dritte können nur als Teilnehmer erfasst werden. Sie sind das stets insofern, als der bevorzugenden Leistung des Schuldners zwangsläufig eine Entgegennahme durch einen Gläubiger gegenübersteht. Man spricht in solchen Fällen von notwendiger Teilnahme (notwendig deshalb, weil ohne die Mitwirkung des Gläubigers die Straftat nicht begehbar ist). Soweit sich die Mitwirkung des Gläubigers darauf beschränkt, was zur Verwirklichung der Straftat durch

⁶¹ Vom Begriff der kongruenten Deckung zu unterscheiden ist die Frage der gleichwertigen Gegenleistung. Eine Schädigung der Gläubigersamtheit wird in der Regel *konkursrechtlich* verneint, wenn der Schuldnerleistung eine gleichwertige Gegenleistung des bevorzugten Gläubigers gegenübersteht (BGE 135 III 276 E. 6.1.2.; 99 III 27 E. 4; UMBACH-SPAHN [FN 36], N 5 zu Art. 288). Das lässt sich auf die Überlegung zurückführen, dass das Haftungssubstrat der Gesamtgläubiger nicht geschmälert wird, wenn an Stelle der entäusserten Geldwerte andere bilanzierungsfähige Aktiva treten. Daraus folgt jedoch, dass Gleichwertigkeit in der Regel nur beim Erwerb von Waren- und nicht von Dienstleistungen gegeben ist, zumal der Bezahlung von Dienstleistungen keine bilanzier- und damit verwertbaren Gegenwerte gegenüberstehen (Urteil BezGer Bülach DG060095/U vom 4. Juni 2007, 14 ff.). Diese Einschränkung der Absichtsanfechtung lässt sich nur auf Umwegen strafrechtlich fruchtbar machen. Die tatsächliche Schädigung der benachteiligten Gläubiger ist – wie erwähnt – kein Tatbestandsmerkmal der strafrechtlichen Gläubigerbevorzugung. Die Strafbefreiung muss somit über die Tathandlung erfolgen: Steht einer Schuldnerleistung eine gleichwertige Gegenleistung des Gläubigers gegenüber, so liegt keine auf eine Gläubigerbenachteiligung abzielende Handlung im Sinne der Generalklausel von Art. 167 StGB vor.

den Schuldner notwendig ist, bleibt sie nach herrschender Lehre und Rechtsprechung strafrechtlich ohne Belang. Im Fall von Art. 167 StGB ist danach der Gläubiger, der nicht mehr tut, als die schuldnerische Leistung „passiv“ entgegenzunehmen, straflos. Sobald er jedoch aktiv auf den Schuldner einwirkt, ihn also etwa zur Zahlung auffordert, macht er sich als Anstifter strafbar.⁶² Diese Praxis ist zwar nicht unangefochten geblieben⁶³, das Bundesgericht hat sie in BGE 126 IV 5 jedoch bekräftigt, so dass auf ihrer Grundlage nachfolgend (III.) praktisch bedeutsame Konstellationen zu diskutieren sind.

5. Teilnahme durch Unterlassen?

Bisher unbeantwortet blieb die Frage, inwiefern Beihilfe zu Konkursdelikten auch durch Unterlassen geleistet werden kann. Hierzu ist auf die in Deutschland geführte Debatte um den Compliance Officer einzugehen. Nach einem Urteil des BGH (Leitsatz) hat dieser „*dafür einzutreten, dass unternehmensbezogene Straftaten zu Lasten Dritten unterbleiben*“. Die Berliner Stadtreinigungsbetriebe erhoben überhöhte Abfallgebühren. Der Leiter der Rechtsabteilung bemerkte dies, schritt aber nicht ein. Dafür wurde er wegen Gehilfenschaft zum Betrug durch Unterlassen verurteilt. Zur Garantenstellung erwog der BGH, dass der Rechtsdienstleiter als Compliance Officer nicht nur die unternehmensinternen Prozesse zu optimieren und gegen das Unternehmen gerichtete Pflichtverstöße zu verhindern habe, sondern (i.c. dienstrechtlich) auch für Rechtsverstöße einstehen müsse, die vom Unternehmen ausgehen.⁶⁴

⁶² BGE 74 IV 40 E. 4/5; 75 IV 106 E. 2 (wohl zu Unrecht psychische „Gehilfenschaft“); s.a. 126 IV 5 E. 2; STRATENWERTH/WOHLERS (FN 37), N 2 zu Art. 167; SCHMID (FN 28), BLSchK 1986, 209; so ursprünglich auch ALBRECHT (FN 21), N 33 ff. zu Art. 167.

⁶³ Kritik bei ALBRECHT (FN 27), 360 ff.

⁶⁴ BGH, Urteil vom 17.7.2009 – 5 StR 394/08 (LG Berlin), Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ) 2009, 686 ff.; s.a. KRIEGER STEFFEN/GÜNTHER JENS, Die arbeitsrechtliche Stellung des Compliance Officers – Gestaltung einer Compliance-Organisation unter Berücksichtigung der Vorgaben im BGH-Urteil vom 17.7.2009, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) 2010, 368; KLINDT THOMAS/PELZ CHRISTIAN/THEUSINGER INGO, Compliance im Spiegel der Rechtsprechung, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2010, 2386; ROTSCHE THOMAS, Criminal Compliance, Zeit-

Im vorliegenden Zusammenhang der Strafbarkeit Dritter im Konkurs des Schuldners stellt sich die Frage, inwieweit Compliance Officer als Angestellte des Schuldnerunternehmens eine strafbewehrte Pflicht trifft, Konkursdelikte des Schuldners, resp. von dessen Organen aufzudecken und zu verhindern. Entscheidend hierfür ist, ob er eine Garantstellung hat. Garant ist, wer eine Pflicht hat, die drohende Beeinträchtigung eines Rechtsguts abzuwenden (Art. 11 StGB). Die Konkursdelikte schützen das Zwangsvollstreckungssubstrat und sichern die Gleichbehandlung der Gläubiger im Konkurs.⁶⁵ Weder das eine noch das andere Rechtsgut hat der Compliance Officer zu schützen. Gesellschaftsorgane haben eine Pflicht, das Vermögen der Schuldnergesellschaft zu schützen.⁶⁶ Diese Pflicht, Angriffe Dritter auf die Gesellschaft abzuwehren, kann an Compliance Officer delegiert werden. Eine Pflicht der Gesellschaftsorgane, im Unternehmen gegen Dritte begangene Straftaten zu verhindern, besteht indessen nur in Bezug auf betriebsbezogene Gefahren.⁶⁷ Eine generelle Abwendungspflicht kann auch Compliance Officern nicht dadurch übertragen werden, dass sie arbeitsvertraglich verpflichtet werden, „*Straftaten, die aus dem Unternehmen heraus begangen werden*“⁶⁸, zu verhindern. Organe können durch Delegation nicht Pflichten

schrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS) 10/2010, 615; kritisch zur Verallgemeinerungsfähigkeit der Entscheidung PASSARGE MALTE, Grundzüge eines nachhaltigen Compliance-Programms – Was jeder Steuerberater zum Thema Compliance wissen sollte, Deutsches Steuerrecht (DStR) 2010, 1677.

⁶⁵ BRUNNER (FN 16), N 7 zu Art. 163 und N 4 zu Art. 167; differenzierend ALBRECHT (FN 27), 357 ff.

⁶⁶ POPP PETER, Anwendungsfragen strafrechtlicher so genannter Geschäftsherrenhaftung, recht 2003, 25 f.

⁶⁷ Grundlegend KRAUSS DETLEF, Probleme der Täterschaft im Unternehmen, Plädoyer 1/1989, 43 f.; a.A. BGE 96 IV 155 E. II 4 a; WARNEKE NIKOLAI, Die Garantstellung von Compliance-Beauftragten, Neue Zeitschrift für Strafrecht (NSStZ), 2010, 314 f.; DANN MATTHIAS/MENGEL ANJA, Tanz auf dem Pulverfass – oder: Wie gefährlich leben Compliance-Beauftragte?, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2010, 3267 f.

⁶⁸ BGH, Urteil vom 17. 7. 2009 – 5 StR 394/08 (LG Berlin), NSStW 2009, 687. Ebenso wenig trifft sie eine strafbewehrte Pflicht, zur Aufklärung solcher Straftaten etwa durch „Whistleblowing“ beizutragen (KRIEGER/GÜNTHER [FN 64] NZA 2010, 372); gl.M. für den Revisor SCHMID (FN 3), N 15.

schaffen, die sie selber nicht treffen.⁶⁹ Eine Pflicht, Minderungen des Zwangsvollstreckungssubstrats oder eine Ungleichbehandlung von Gläubigern aktiv⁷⁰ zu verhindern, haben allenfalls die Konkursverwaltung (Art. 240 SchKG) oder der Sachwalter (Art. 295 Abs. 2 lit. a SchKG). Eine Unterlassungsstrafbarkeit des Compliance Officers ist deshalb abzulehnen.

6. Fazit

Das Fazit dieser Überlegungen lässt sich folgendermassen formulieren: Richtigerweise sind kongruente Deckungshandlungen von der Strafbarkeit auszunehmen.⁷¹ Sie kennzeichnen sich dadurch, dass der Schuldner durch ihre Vornahme eine vertragliche Pflicht erfüllt und der Gläubiger auf diese Erfüllung im Leistungszeitpunkt und nach Art ihrer Vornahme einen materiellrechtlichen Anspruch hat. Die Erfüllung einer Pflicht aber, für deren Durchsetzung der Staat seinen Vollstreckungsapparat zur Verfügung stellt, kann nicht dadurch strafbar werden, dass ihr der Schuldner freiwillig nachkommt. Eine der wenigen gesicherten Ausprägungen des Grundsatzes der Einheit der Rechtsordnung liegt darin, dass strafrechtlich nicht verboten sein kann, was das Zivilrecht erlaubt oder sogar verlangt.

Dagegen spricht nicht, dass das Rechtsgut von Art. 167 StGB in der gesetzmässigen Verteilung des Schuldnervermögens⁷² bzw. der Gleichbehandlung der Konkursgläubiger⁷³ verortet wird. Denn Art. 167 StGB kommt ganz unabhängig davon zur Anwendung, ob vollstreckungsrechtlich überhaupt eine Anfechtung stattfindet, und umgekehrt: *Sofern* sie stattfindet, stellt die Strafbestimmung nicht deren Verlängerung dar, und auch wenn sie unterbleibt, hindert dies die Anwendung von Art. 167 StGB nicht. Die strafrechtliche

⁶⁹ Kritisch auch RÜBENSTAHL MARKUS, Zur „regelmässigen“ Garantenstellung des Compliance Officers, *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG)* 2009, 1341 ff.; a.A. DANN/MENGEL (FN 67), *NJW* 2010, 3267; zum Problem, dass „*Unternehmen sich selbst in die Strafbarkeit hineinreglementieren*“, ROTSCH (FN 64), *ZIS* 10/2010, 616.

⁷⁰ WARNEKE (FN 67), *NStZ* 2010, 314.

⁷¹ STRATENWERTH/JENNY/BOMMER (FN 17), § 24 N 23.

⁷² BGE 93 IV 16 E. 1b; ALBRECHT (FN 21), N 1 zu Art. 167.

⁷³ BRUNNER (FN 16), N 4 zu Art. 167.

Aufarbeitung des Unternehmenszusammenbruchs stellt sich somit zwar nicht tatsächlich, aber unter dem Gesichtspunkt von Art. 167 StGB rechtlich als unabhängig von der konkursrechtlichen dar. Das rechtfertigt es, die Frage der Kongruenz allein am materiellen Privatrecht und nicht auch am Konkursrecht⁷⁴ auszurichten.

Eine letzte Stütze findet diese Ansicht im Charakter der paulianischen Anfechtungsklagen. Mit ihrer Hilfe kann zwar die Begleichung fälliger Forderungen unter Umständen rückgängig gemacht werden. Die Wirkung der Anfechtung ist jedoch bloss eine betreibungsrechtliche mit Reflexwirkung auf das materielle Recht.⁷⁵ Sie schafft nur nachträglich Gleichberechtigung in der Zwangsvollstreckung, vermag aber an der Rechtszuständigkeit in der Sache nichts zu ändern. Es bleibt deshalb dabei: Kongruente Deckungshandlungen sind nicht strafbar. Die Generalklausel von Art. 167 StGB muss daher – unterhalb der vom Wortlaut („darauf abzielenden Handlungen“) noch getragenen Auslegung – auf inkongruente Deckungshandlungen eingeschränkt werden. Damit setzt sich der Schuldner nicht mit jeder Begleichung einer fälligen Schuld vor Konkurs einem Strafbarkeitsrisiko aus. Graphisch lässt sich die Strafbarkeit der Gläubigerbevorzugung wie folgt darstellen:

⁷⁴ So ALBRECHT (FN 21), N 12 zu Art. 167.

⁷⁵ AMONN/WALTHER (FN 36), § 4 N 54 f.

Objektiver Tatbestand	Subjektiver Tatbestand
<p>Tathandlung:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Generalklausel = SchKG 288 kongruente, auf Benachteiligung zielende Deckung (BGer: quasi-inkongruent; recte ≠ strafbar, ausser Rechtsmissbrauch) - Regelbeispiele = SchKG 287 inkongruente Deckung nicht fälliger Schulden/durch unübliche Mittel/ Besicherung ohne Grund 	<p>Vorsatz:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Wollen der Gläubigerbenachteiligung - Wissentliche Bezahlung nicht verfallener Schulden - BGer: Direkte Absicht der Benachteiligung bei kongruenter Deckung, Eventualabsicht bei inkongruenter Deckung - Recte: Eventualabsicht genügt
<p>Täter:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Schuldner (echtes Sonderdelikt) - Gläubiger notwendiger Teilnehmer (passiv = straflos, aktiv = Anstiftung) 	<ul style="list-style-type: none"> - Wissen um Schuldneigenschaft - Anstifter (Doppelvorsatz)
<p>Zahlungsunfähigkeit + Überschuldung</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Wissen um Zahlungsunfähigkeit + Überschuldung
<p>Objektive Strafbarkeitsbedingung:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Konkurseröffnung/Verlustschein/ Nachlassvertrag - Keine Kausalität Tat – obj. Strafbarkeitsbedingung 	<ul style="list-style-type: none"> - Keine Vorsatzerfordernisse

III. Praktische Fälle der strafbaren Teilnahme Dritter

1. Einforderung von Beratungshonoraren (Swissair-Fall)

Rechtsanwälte werden regelmässig von Unternehmen in finanziellen Schwierigkeiten konsultiert. Der Bankrott der „Swissair“⁷⁶ liefert ein konkretes Beispiel für die strafrechtlichen Implikationen anwaltlicher Beratungsleistungen an eine konkursbedrohte Gesellschaft. Im Rahmen der strafrechtlichen Aufarbeitung des SAirGroup-Konkurses wurde ein Partner einer Zürcher Anwaltskanzlei vom Vorwurf der Anstiftung und Gehilfenschaft zur Gläubigerbevorzugung (Art. 167 StGB) vollumfänglich freigesprochen.⁷⁷ Die Anklage behauptete, er habe die Leiterin des Konzernrechtsdienstes Ende September 2001 zunächst zur Bezahlung offener Beratungsrechnungen seiner Kanzlei im Umfang von Fr. 280'000 aufgefordert (Urteil S. 5). Als die Bezahlung abgelehnt wurde, habe er am 3. Oktober 2001, einen Tag vor der Beantragung der provisorischen Nachlassstundung, einen Vorschuss von Fr. 300'000 verlangt. Gleichentags überwies die SAirLines Fr. 200'000 an die Kanzlei. Der Anklagevorwurf war, dass diese Zahlung entgegen ihrer Bezeichnung nicht einen „Vorschuss“ für künftige Beratungsleistungen darstellte, sondern die verrechnungsweise Begleichung ausstehender Honorare (Fr. 280'000) bezweckte.

Der Freispruch erfolgte aus mehreren Gründen, die hier nur zum Teil interessieren. Ausgeklammert bleibt in der Folge, dass den ausstehenden Honoraren der Kanzlei Beratungsleistungen *an die SAirGroup* zugrunde lagen, während der Vorschuss von der *SAirLines* bezahlt wurde. Die fehlende Gegenseitigkeit der Forderungen entzog der anklägerischen Verrechnungsthese den Boden, und auch eine Benachteiligung der Gläubiger der SAirGroup durch die

⁷⁶ Die Konzernmuttergesellschaft ‚SAirGroup‘ beantragte am 4. Oktober 2001 die Bewilligung der provisorischen Nachlassstundung, welche am 5. Oktober 2001 erteilt wurde. Die Fluggesellschaften Swissair, Crossair und Balair waren in der SAirLines zusammengefasst. Die SAirLines war eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der SAirGroup.

⁷⁷ Urteil des Bezirksgerichts Bülach DG060095/U vom 4. Juni 2007.

Zahlung der SAirLines war nicht ersichtlich.⁷⁸ Der Anklagevorwurf, dass der Vorschuss bloss vorgetäuscht war, liess sich nicht erhärten. Vielmehr hielt das Gericht fest, dass mit der Überweisung an die Kanzlei vom 3. Oktober 2001 die Abklärung von Verantwortlichkeitsansprüchen der SAirGroup gegen ihre Organe bevorschusst wurde. Diese Vorschussleistung stellte nach Auffassung des Gerichts keine Gläubigerbevorzugung nach Art. 167 StGB dar. In einer Eventualbegründung hielt es darüber hinaus fest, dass selbst unter Zugrundelegung der (verworfenen) Anklagethese von der bloss vorgetäuschten Vorschussleistung keine tatbestandsmässige Gläubigerbevorzugung vorgelegen hätte.

Für die Fragestellung nach der Strafbarkeit Dritter im Konkurs des Schuldners ist das Urteil sehr instruktiv. In der Folge werden die beiden im Urteil behandelten Formen von Beraterleistungen an marode Unternehmen diskutiert: Inwiefern trifft die Eventualbegründung zu, wonach Anwälte zahlungsunfähiger Unternehmen straflos auf die Bezahlung *vergänger* Beratungsdienstleistungen drängen dürfen (a)? Im Hauptstandpunkt hielt das Gericht den geleisteten Vorschuss für nicht tatbestandsmässig: Wie ist die Bevorschussung einer *künftigen* Sanierungsberatung strafrechtlich zu bewerten (b)?

a) *Begleichung verfallener Beratungshonorare*

Konkursrechtlich stellt die Bezahlung eines Dienstleisters aus den letzten Aktiva der Gesellschaft vermutungsweise eine anfechtbare Rechtshandlung dar, weil damit das Haftungssubstrat zu Lasten der übrigen Gläubiger geschmälert wird.⁷⁹ Strafrechtlich muss zunächst die Hauptangeklagte beurteilt werden. Sie hat die Zahlung veranlasst. Weil die Beratungshonorare zur Bezahlung fällig waren, ging es um eine kongruente Deckungshandlung: Die Bezahlung erfolgte auf der Grundlage einer materiellrechtlich ausgewiesenen Leistungspflicht. Die Erfüllung einer vertraglichen Leistungspflicht stellt grundsätzlich keine Gläubigerbevorzugung nach Art. 167 StGB dar.

⁷⁸ Richtigerweise und entgegen dem Urteil BezGer Bülach DG060095/U vom 4. Juni 2007, 18 f. und 83, kommt es nicht auf die tatsächliche, sondern bloss auf die *beabsichtigte* Bevorzugung resp. Benachteiligung an.

⁷⁹ STAEHELIN (FN 59), N 9 f. und 12a zu Art. 288.

Ausnahmsweise können kongruente Deckungshandlungen strafbar sein, wenn die Kongruenz rechtsmissbräuchlich herbeigeführt wurde. Für eine solche Umgehung fehlen vorliegend Anzeichen.⁸⁰ Die Begleichung der fälligen Honorare war somit nicht strafbar. Die Leiterin des Rechtsdienstes wurde denn auch vom Vorwurf der Gläubigerbevorzugung freigesprochen.⁸¹

Es fehlt somit an einer tatbestandsmässigen Haupttat. Damit entfällt aufgrund des Akzessorietätsprinzips auch die Strafbarkeit jeglicher Teilnehmer. Man gelangt hier gar nicht zu der Frage, ob der Anwalt über ‚bloss‘ notwendige Annahmehandlungen hinaus aktiv auf die seine Begünstigung hingewirkt hat, indem er den Swissair-Konzern zur Zahlung aufforderte. Im Ergebnis machte er sich nicht strafbar, indem er die fälligen Honorare einforderte. Er profitierte von der Straflosigkeit der Haupttat. Dies führt auch zu einer praktisch überzeugenden Lösung: Dass die Gläubiger konkursbedrohter Unternehmen auf ihre Befriedigung pochen, ist kein strafrechtliches Anstiftungsunrecht, sondern ein ökonomisches Gebot.

b) Bevorschussung künftiger Beratungsleistungen

Zur Hauptsache ging es im erwähnten „Swissair-Urteil“ um die Bevorschussung künftiger Beratungsleistungen. Die Kanzlei sollte *„zeitnah allfällige Ansprüche der SAirGroup gegen Organpersonen, Management etc. abklären und sicherstellen.“* Dass die Anwälte in jener Situation nicht länger bereit waren, ohne Kostenvorschuss für die SAirGroup tätig zu werden, war *„selbstverständlich ... und in keiner Weise zu beanstanden.“*⁸²

⁸⁰ So auch Urteil BezGer Bülach DG060095/U vom 4. Juni 2007, 84 f. – Selbst wenn man ALBRECHT und REBSAMEN folgend (vgl. vorne, bei FN 57) annimmt, dass trotz kongruenter Leistung der Tatbestand von Art. 167 StGB dann erfüllt sei, wenn der Schuldner mit der Leistung die Begünstigung des Gläubigers geradezu bezweckt, würde sich am Ergebnis nichts ändern. Jedenfalls kann man aus dem Umstand, dass die Leiterin des Konzernrechtsdienstes die Forderung aus den allerletzten Aktiven der Gesellschaft bezahlte, nicht unbeschweren auf eine direkte Bevorzugungs- bzw. Schädigungsabsicht schliessen.

⁸¹ Urteil des BezGer Bülach DG060092/U vom 4. Juni 2007.

⁸² Beide Zitate Urteil BezGer Bülach DG060095/U vom 4. Juni 2007, 82 f.

Das Urteil beschränkt sich auf die Feststellung, dass der angeklagte Sachverhalt, also die These einer nur vorgetäuschten Vorschussleistung zur Ermöglichung der Verrechnung, nicht erstellt sei. Abgesehen von der rein wirtschaftlichen Argumentation, dass das Beharren auf einem Vorschuss zum damaligen Zeitpunkt selbstverständlich war, finden sich keine rechtlichen Ausführungen zur Frage, weshalb die Leistung eines Vorschusses für künftige Beratungsleistungen strafrechtlich keine Gläubigerbevorzugung sein soll. Indirekt ergibt sich die Antwort aus den Ausführungen zur konkursrechtlichen Behandlung von Vorschüssen. Die Leistung eines Vorschusses begründet keinen Anfechtungsanspruch: „*Wird ein Vorschuss durch [...] Rechtsberatung abgearbeitet, besteht grundsätzlich kein Raum für eine paulianische Anfechtung. Wird keine Leistung [...] erbracht, so ist [...] das zuviel bezahlte durch den Dienstleistenden zurück zu erstatten [...]. Dabei geht es nicht um eine paulianische Anfechtbarkeit.*“⁸³ Das Bezirksgericht verneint somit eine Gläubigerbevorzugung, weil der Empfänger des Vorschusses erst durch Erbringen der bevorschussten Dienstleistung Gläubiger wird⁸⁴. Die Verpflichtung teurer Sanierungsberater könnte in dieser Situation allenfalls noch ein Akt der Misswirtschaft sein (Art. 165 StGB, „unverhältnismässiger Aufwand“).

Im Ergebnis überzeugt das Urteil. Die Bevorschussung von Sanierungsberatungen sollte nicht strafbar sein. Die Begründung, wonach der Berater im Moment der Vorschussleistung noch nicht Gläubiger ist und damit nicht bevorzugt werden kann, ist wohl verkürzt. Richtigerweise erfolgt auch die Bevorschussung in Erfüllung einer Leistungspflicht. Dem Vorschuss lag ein entgeltlicher Auftrag zur Abklärung von Verantwortlichkeitsansprüchen zugrunde. Die Parteien waren sich einig, dass die Beratung gegen Vorkasse erfolgen sollte. Das vereinbarte Honorar von Fr. 200'000 wurde somit zur Zahlung fällig, bevor der Anwalt seine Auftragsstätigkeit aufnahm (Art. 82 OR). Die Bezahlung des Vorschusses stellt mithin die Erfüllung einer fälligen vertraglichen Vorleistungspflicht dar. Der Anwalt war Gläubiger dieser Vorleistung. Bei dieser Interpretation der Transaktion ist eine Gläubigerbevorzugung nicht a priori ausgeschlossen. Es muss vielmehr begründet

⁸³ Urteil BezGer Bülach DG060095/U vom 4. Juni 2007, 22 f.

⁸⁴ So bereits GESSLER (FN 24), 409 f.

werden, weshalb die Vorschussleistung den Anwalt nicht in strafbarer Weise bevorzugte: Weil dem Vorschuss eine fällige Leistungspflicht zugrunde lag, ging es um eine kongruente Deckungshandlung. Diese ist grundsätzlich nicht strafbar.

Zu keiner abweichenden Einschätzung kommt, wer mit einer Gegenmeinung davon ausgeht, dass im Moment der Vorschusszahlung noch kein Vermögen aus dem Unternehmen abfließt, weil in gleichem Umfang eine Forderung auf Beratungsleistung entsteht. Nach dieser Auffassung wird es erst kritisch, wenn die Gläubiger bereits bestehende Forderungen mit der Vorschusszahlung verrechnen. Dabei wird jedoch übersehen, dass mit der Vorschusszahlung Mittel aus der Unternehmung abfließen, die den anderen Gläubigern in der Folge fehlen. Der schuldnerische Anspruch auf Beratungsleistung stellt für die Gläubiger keinen realisierbaren Gegenwert für das abgeflossene Geld dar. Sie sind deshalb objektiv benachteiligt.

Entscheidend ist im einen wie im anderen Fall, ob diese Benachteiligung, die ja in Erfüllung einer fälligen Schuldpflicht erfolgt, als kongruente Deckungshandlung ausnahmsweise strafbar ist. Nach der Rechtsprechung gibt es Situationen, in denen auch kongruente Deckungshandlungen als Gläubigerbevorzugung nach Art. 167 StGB gelten. Dies soll etwa auf Leistungen zutreffen, deren eigentlicher Zweck die Bevorzugung ist.⁸⁵ Man könnte – immer noch unterstellend, dass der Vorschuss tatsächlich an einen Gläubiger bezahlt wurde – argumentieren, dass eine solche ‚Direktbevorzugung‘ hier vorliegt: Unternehmen, die in extremer finanzieller Bedrängnis die Hilfe von Beratern und Anwälten in Anspruch nehmen, werden solche Dienste regelmässig nur gegen Vorschuss resp. gegen Sicherheitsleistung erhalten. Die Berater machen ihre Dienste mit anderen Worten davon abhängig, dass sie gegenüber den anderen Gläubigern privilegiert behandelt werden. Die Bezahlung erfolgt insofern im vollen Bewusstsein und mit dem Ziel unmittelbarer Bevorzugung. Als Zwischenfazit müsste eine Strafbarkeit der für die Zahlung Verantwortlichen wegen Gläubigerbevorzugung bejaht werden. Der Anwalt, der auf einer Bevorschussung beharrt, machte sich einer Anstiftung zu Art. 167 StGB strafbar.

⁸⁵ BGE 117 IV 23 E. 4b.

Dieses Resultat ist offensichtlich unbefriedigend. Die drohende Strafbarkeit würde dazu führen, dass Unternehmen in finanzieller Bedrängnis keine Sanierungsberater mehr finden. Dieses Dilemma lässt sich auf zwei Arten lösen. Erstens unter Rekurs auf den Rechtsmissbrauchsgedanken. Weil die Abklärung der Verantwortlichkeitsansprüche nicht einzig deshalb angeordnet wurde, um der Kanzlei einen sofort fälligen Anspruch auf einen Vorschuss zu verschaffen, liegt auch keine rechtsmissbräuchliche Herbeiführung einer kongruenten Deckungssituation vor. Zum gleichen Resultat gelangt man, wenn man die Sanierungsberater gleich behandelt wie Banken, die Sanierungsdarlehen gewähren.⁸⁶ Nach dem Leitsatz des Bundesgerichts „*hat die Anfechtungsklage nicht zum Zweck, alle Versuche zur Rettung des Schuldners unmöglich oder sehr gefährlich zu machen. Es liegt im Interesse der Gläubiger, dass Dritte versuchen, dem Schuldner zu Hilfe zu kommen, ohne Gefahr zu laufen, im Falle der Nutzlosigkeit der Bemühungen das Entgelt für ihre Leistungen zurückzahlen zu müssen [...]. Die Rechtsprechung beruht auf dem Grundgedanken, dass es erlaubt ist, dem Schuldner „aus der Klemme zu helfen“, [...] sofern nur diese Hilfe ernstlich als erfolgverheissend betrachtet werden kann [...]. Diese Zahlungsmittel müssen dabei zum besonderen Zweck der Sanierung gewährt worden sein und nicht bloss mit der Absicht, Geld kurzfristig und zu hohem Zins anzulegen*“⁸⁷. Das konkursrechtliche Anfechtungsprivileg wird damit begründet, dass der helfende Sanierungsdarleiher vor dem Ausfall der Rückzahlung geschützt werden müsse. Erst recht muss er aber vor Strafbarkeit geschützt werden. Wenn Sanierungsdarlehen nicht paulianisch anfechtbar sind, sollen sie auch nicht strafbar sein. Hier gilt die Umkehrung des obigen Leitsatzes: Was paulianisch nicht anfechtbar ist, ist erst recht nicht strafbar.⁸⁸

⁸⁶ BGE 134 III 452 E. 5; kritisch dazu GLANZMANN LUKAS, Das Sanierungsdarlehen, ZBJV 2010, 261 ff.; EMMENEGGER SUSAN, Das Sanierungsdarlehen, in: EMMENEGGER SUSAN, (Hrsg.), Schweizerische Bankrechtstagung 2010, Kreditrecht, Basel 2010, 159 ff.

⁸⁷ BGE 134 III 452 E. 5.2; s.a. 134 III 615.

⁸⁸ Dies gilt selbstverständlich nur für Handlungen vor der Konkurseröffnung oder Nachlassstundung. Spätere Handlungen können strafbar sein, obwohl sie paulianisch unanfechtbar sind, vgl. BGE 134 III 52 E. 1.3.4.

Die Überlegungen zum Sanierungsdarlehen lassen sich auf Sanierungsberatungen übertragen. Die Sanierungsberater werden engagiert, um dem Schuldner aus der Klemme zu helfen.⁸⁹ Im vorliegenden Fall war die Abklärung von Verantwortlichkeitsansprüchen darauf ausgerichtet, dem Unternehmen durch Pflichtwidrigkeiten von Leitungspersonen verloren gegangene Mittel wieder zu beschaffen. Es spricht deshalb einiges dafür, die Bevorschussung dieser Beratungsleistungen von der Anfechtbarkeit und damit auch von der Strafbarkeit auszunehmen. Der Lehre ist darin zuzustimmen, dass die vom Bundesgericht für das Anfechtungsprivileg aufgestellten Kriterien streng und realitätsfern sind.⁹⁰ Weder Banken noch Sanierungsberater verfolgen rein altruistische Zwecke. Ob eine Sanierungsmassnahme „erfolgsverheissend“ ist, lässt sich ex ante schwer prognostizieren.⁹¹ Strafrechtlich ist dies insofern weniger problematisch, als das Vorliegen dieser Umstände im Zweifel bejaht werden müsste.

Zusammenfassend stellt die Bevorschussung einer Sanierungsberatung nach Auffassung des Bezirksgerichts Bülach keine Bevorzugung dar, weil die Berater im Empfangsmoment noch keine Gläubiger sind. Nach hier vertretener Auffassung sind sie Gläubiger der Vorschusszahlung. Die Bezahlung dieser fälligen Pränumerando-Schuld durch den Schuldner stellt jedoch eine kongruente und damit straflose Deckungshandlung dar, weil Anzeichen für eine rechtsmissbräuchliche Herbeiführung der Kongruenz fehlen. Geht man mit der herrschenden Meinung davon aus, dass die Bezahlung einer Sanierungsberatung die Honorargläubiger immer direkt bevorzugt, entfällt die Strafbarkeit, wenn man das Anfechtungsprivileg für Sanierungsdarlehen auch auf die Sanierungsberatung überträgt.

⁸⁹ Zu Recht weist GLANZMANN (FN 86), 292, darauf hin, dass dies auch für Lieferanten gilt, die einer finanziell angeschlagenen Gesellschaft noch auf Kredit liefern.

⁹⁰ EMMENEGGER (FN 86), 181.

⁹¹ GLANZMANN (FN 86), 292.

2. Strafbarkeit der Revision (Tempus/PWC-Fall)⁹²

PricewaterhouseCoopers SA (PWC) war das Revisionsorgan der Luxusuhrenfirma Tempus Concept SA (Tempus) in Neuchâtel. Die Revision für das Jahr 2003 ergab eine Überschuldung. PWC wies Tempus auf Art. 725 Abs. 2 OR hin. Für die Revision stellte PWC Fr. 26'000, für die Erstellung eines Businessplans und eines „voraussichtlichen Rechnungsabschlusses“ Fr. 41'000 in Rechnung. Tempus beglich die Rechnungen in der Folge. Am 1. Juni 2004 deponierte sie ihre Bilanz beim Gericht. Vor Bundesgericht ging es um die paulianische Rückforderung dieser Beträge (Art. 288 SchKG). Entgegen den kantonalen Vorinstanzen bejahte das Bundesgericht einen Schaden. Die volle Entschädigung der Revisionsgesellschaft reduziere die Konkursdividende zum Schaden der übrigen Gläubiger (E. 4.3). Hingegen verneinte es die Schädigungsabsicht der Schuldnerin. Mit der Begleichung angemessener Revisionsforderungen wird gemäss Bundesgericht weder die Schädigung bezweckt, noch auch nur in Kauf genommen. Mit der Revision und deren Bezahlung werde vielmehr eine gesetzliche Pflicht im Interesse aller Gläubiger erfüllt (E. 5.2). Auch die Bezahlung der übrigen Beratungsleistungen sei nicht in Schädigungsabsicht erfolgt. Die Schuldnerin habe die Massnahmen zu jenem Zeitpunkt zu Recht für nützlich und im Interesse aller Gläubiger gehalten.

Hat sich die Tempus einer Gläubigerbevorzugung strafbar gemacht? Als Gemeinschuldnerin ist sie taugliche Sonderdeliktstäterin. Der für die Strafbarkeit objektiv vorausgesetzte Nachlassvertrag wurde am 24. Februar 2005 bestätigt (Art. 317 SchKG; Art. 171 Abs. 1 StGB). Die Tathandlung erfüllt keines der Regelbeispiele von Art. 167 StGB. Die ordentliche Revision für das Jahr 2003 war zur Bezahlung fällig und die Begleichung erfolgte mit üblichen Mitteln. Solche kongruenten Deckungshandlungen sind grundsätzlich nicht tatbestandsmässig im Sinne von Art. 167 StGB. Die Revision wurde nicht rechtsmissbräuchlich angeordnet, sie war vielmehr rechtlich vorgeschrieben. Es kann deshalb offen bleiben, ob die Zahlungsunfähigkeit bereits eingetreten und sich die Schuldnerin dessen bewusst war. Das gleiche gilt für die – im bundesgerichtlichen Urteil umstrittene – Schädigungsabsicht. Eine tatsächliche Schädigung der Gläubigergesamtheit wird strafrechtlich im Ge-

⁹² BGE 134 III 615.

gensatz zu den Paulianae nicht vorausgesetzt. Mangels Strafbarkeit der Tempus braucht auch nicht beurteilt zu werden, ob sich Angehörige von PWC mit der Einforderung der Revisionsausstände einer Anstiftung zur Gläubigerbevorzugung strafbar gemacht hat.

Nach der Rechtsprechung können kongruente Deckungshandlungen ausnahmsweise nach der Generalklausel von Art. 167 StGB („*darauf abzielende Handlungen*“) strafbar sein, wenn sie einer inkongruenten Deckung gleichkommen und sich darin eine eindeutige Bevorzugungsabsicht manifestiert.⁹³ Vorliegend bestehen bereits keine Anzeichen dafür, dass die Bezahlung einer inkongruenten Deckung gleichkam. Fraglich könnte allenfalls sein, ob eine Benachteiligung direkt bezweckt wurde. In Bezug auf die *Bezahlung der Revision* hat das Bundesgericht eine Schädigungsabsicht mit dem Argument verneint, dass eine gesetzliche Pflicht im Interesse aller Gläubiger erfüllt wurde. Das überzeugt nicht. Dem Schuldner kann trotz Erfüllung einer Gesetzespflicht bewusst sein, dass er damit die übrigen Gläubiger benachteiligt. Entscheidend ist deshalb – wie oben bereits ausgeführt –, ob die Kongruenz rechtsmissbräuchlich herbeigeführt wurde. Genau das Gegenteil trifft hier zu. Die Tempus hat, einer Rechtspflicht folgend, ihren Abschluss revidieren lassen und diese Leistung bezahlt.

Diese Überlegung lässt sich *nicht* auf die Begleichung der *übrigen Beraterleistungen* übertragen. Die Erstellung eines Businessplans war keine gesetzliche Pflicht, sondern eine letztlich erfolglose Sanierungsmassnahme. Das Bundesgericht verneint eine Schädigungsabsicht, weil die Tempus AG aus ihrer ex ante-Sicht keinen Anlass hatte zu bezweifeln, dass diese Massnahmen allen Gläubigern zu Gute kommen werden. Im Übrigen könne es nach der Rechtsprechung nicht Sinn der Anfechtungsklagen sein, sämtliche Sanierungsbemühungen zu verunmöglichen. Aus dem Scheitern einer Sanierungsmassnahme dürfe deshalb nicht unbesehen auf eine Schädigungsabsicht geschlossen werden (E. 5). Dies überzeugt wiederum nur im Resultat, nicht aber in der Begründung. Der Umstand, dass mit Sanierungsabsicht in einen Businessplan investiert wird, schliesst ein Schädigungsbewusstsein nicht aus. Nimmt man den bundesgerichtlichen Entscheid beim Wort, so erfolgt die Bezahlung einer Sanierungsberatung auf den ersten Blick nie in Gläubi-

⁹³ BGE 117 IV 23 E. 4b.

gerschädigungsabsicht. Dieses ökonomisch sinnvolle Ergebnis bleibt bei genauerem Hinsehen jedoch mit Unsicherheiten behaftet: Die Sanierungsmassnahmen dürfen nämlich nicht aussichtslos gewesen sein.⁹⁴ Wie die Gerichte die in der Krisensituation angeordneten und bezahlten Sanierungsmassnahmen ex post beurteilen werden, ist weder für den Schuldner noch für seine Berater vorhersehbar. Bei richtiger Betrachtung kommt es auf die Erfolgchancen der Sanierungsmassnahmen gar nicht an. Entscheidend ist wiederum bloss, dass die Sanierung nicht rechtsmissbräuchlich angeordnet wurde, um PWC eine kongruente Forderungsposition zu verschaffen. Hierfür fehlen jegliche Anzeichen.

3. Auffanggesellschaft

Im Vermögenszerfall stellt sich oft die Frage, ob das Vermögen der Schuldnergesellschaft auf eine (i.d.R. vom Schuldner) neu gegründete Auffanggesellschaft übertragen oder von einer aussenstehenden Drittgesellschaft übernommen werden soll. Dies geschieht in der Regel in einem Nachlassvertrag. Ein solcher kann im Konkurs oder im Nachlassverfahren geschlossen werden.⁹⁵ Inhaltlich findet ein Liquidationsvergleich nach Art. 317 Abs. 1 SchKG statt: „Durch den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung kann den Gläubigern das Verfügungsrecht über das schuldnerische Vermögen eingeräumt oder dieses Vermögen einem Dritten ganz oder teilweise abgetreten werden“. Das Unternehmen kann somit als Ganzes einem Dritten verkauft werden. Dieser Dritte kann auch ein Gläubiger des Gemeinschuldners sein. Der Verkauf ist im Nachlassvertrag zu regeln. Dieser bedarf einer Bestätigung des Nachlassrichters (Art. 306 SchKG). Eine weitere Möglichkeit besteht darin, die Aktiven im Nachlassvertrag auf eine Auffanggesellschaft zu übertragen. Nach Bestätigung des Nachlassvertrags wird die Auffanggesellschaft verkauft und die Gläubiger aus dem Erlös befriedigt oder den Gläubigern stattdessen Anteilsrechte an der Auffanggesellschaft eingeräumt. Beiden

⁹⁴ BGE 134 III 615 E. 5.3 („entièrement vouée à l'échec“; „une opération vaine“; „mesures ... inutiles“).

⁹⁵ WÜTHRICH KARL/ROTHENBÜHLER FRITZ, in: HUNKELER DANIEL (Hrsg.), *Kurzkommentar SchKG – Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz*, Basel 2009, Art. 332 N 1; LORANDI FRANCO/ERISMANN MICHAEL, *Nachlassvertrag im Konkurs* (Art. 332 SchKG), AJP 2009, 331 ff.

Varianten ist somit gemeinsam, dass sie nachlassvertraglich zu regeln sind und richterlicher Bestätigung bedürfen. In seinem Entscheid hat der Richter unter anderem zu prüfen, ob das Verwertungsergebnis oder die vom Dritten angebotene Summe höher erscheinen als der Erlös, der im Konkurs voraussichtlich erzielt würde (Art. 306 Abs. 2 Ziff. 1^{bis} SchKG). Dies trifft insbesondere dort zu, wo auf diese Weise ein Konkurs mit privilegierten Arbeitnehmerforderungen vermieden werden kann.⁹⁶

Strafrechtlich stellt sich die Frage, ob solche „Vermögensabtretungen“ nach Art. 317 SchKG die Tatbestände der Gläubigerbevorzugung (Art. 167 StGB) oder der Gläubigerschädigung durch Vermögensverminderung (Art. 164 StGB) erfüllen. Ersterer setzt nur schon voraus, dass an einen Gläubiger veräussert wird, was nicht der Fall ist, wenn die Vermögenswerte auf eine Drittgeseellschaft ohne Gläubigereigenschaft übertragen werden. Im Übrigen scheidet die Gläubigerbevorzugung daran, dass die Übertragung durch die Liquidatoren erfolgt. Diese sind nicht Schuldner im Sinne des echten Sonderdelikts nach Art. 167 StGB und somit keine tauglichen Täter. Eine Gläubigerschädigung nach Art. 164 StGB könnten hingegen auch Liquidatoren als Dritte täterschaftlich begehen (Ziff. 2). Die Strafbarkeit entfällt aber aus einem anderen Grund: Mit seinem Entscheid über den Nachlassvertrag bestätigt das Gericht, dass die Gläubiger durch den Verkauf an einen Dritten oder die Gründung einer Auffanggesellschaft nicht schlechter gestellt werden resp. ein angemessenes Entgelt bezahlt wurde (Art. 306 SchKG).⁹⁷ Diese Einschätzung bindet wohl auch das Strafgericht, sodass weder eine Gläubigerbevorzugung (Art. 167 StGB) noch eine Vermögensveräusserung unter Wert (Art. 164 StGB) vorliegt.⁹⁸

Unternehmensaktiva können aber auch *vor* dem Konkurs übertragen werden. Soweit der Schuldner Vermögenswerte an eine ihm gehörende Gesellschaft überträgt, geht es lediglich um Vermögensumschichtungen. Erfolgt diese

⁹⁶ Zum Ganzen BAUER THOMAS/HARI OLIVIER/JEANNERET VINCENT/WÜTHRICH KARL, in: STAEHELIN ADRIAN/BAUER THOMAS/STAEHELIN DANIEL, Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, 2. Aufl., Basel 2010, Art. 317 N 8 ff.

⁹⁷ HUNKELER DANIEL, in: EBD. (Hrsg.), Kurzkomentar SchKG – Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, Basel 2009, Art. 306 N 5 („faïres Angebot“).

⁹⁸ Gl.M. für den betrügerischen Konkurs BRUNNER (FN 16), N 18 zu Art. 163.

Umschichtung jedoch heimlich, liegt eine scheinbare Vermögensverminderung i.S.v. Art. 163 StGB („Vermögenswerte beiseite schafft“) vor. Der Berater, der ein solches Beseitigen mitorganisiert, macht sich nach Ziff. 2 als Täter strafbar.

Strafrechtlich noch problematischer ist die eigenhändige Übertragung an eine aussenstehende Drittgeseellschaft, wenn sie der Schuldner eigenhändig vor einem Konkurs- oder Nachlassverfahren vornimmt. In BGE 93 IV 16 entschied das Bundesgericht, dass eine konkursreife Gesellschaft, die ihr Vermögen im Interesse eines Gläubigers an eine andere Gesellschaft verschiebt, ohne hierfür eine hinreichende Gegenleistung zu erhalten, eine (wirkliche) Vermögensverminderung nach Art. 163 aStGB begeht. Die Veräusserung von Unternehmen oder Teilen davon ist somit nicht per se konkursstrafrechtlich verpönt. Die grosse Ungewissheit besteht für den Schuldner praktisch jedoch darin, die Angemessenheit der Gegenleistung ex ante festzustellen. In casu übertrug der Geschäftsführer der konkursbedrohten Waschmaschinenfirma Noir-Blanc deren sämtliche Aktiva an die eigens hierfür gegründete Robusta GmbH. Der von dieser an die Noir-Blanc zu leistende Kaufpreis von Fr. 48'000 wurde grösstenteils gegen eine illiquide Forderung verrechnet, welche der Robusta von einem Gläubiger der Noir-Blanc abgetreten wurde. Das Bundesgericht sah darin nicht bloss eine Bevorzugung des abtretenden Gläubigers nach Art. 167 StGB, sondern eine verbrecherische Vermögensverminderung nach Art. 163 StGB.

4. Zahlungsrabatte als Gläubigerbevorzugung?

Gläubiger bieten maroden Unternehmen nicht selten an, bei sofortiger Zahlung auf einen Teil ihrer Forderung zu verzichten. Sie offerieren dem Schuldner damit, was auch Gegenstand eines ordentlichen Nachlassvertrags nach Art. 314 SchKG sein kann: einen Dividenden- oder Prozentvergleich. Gegen eine verbindliche Regelung der Bezahlung verzichten die Gläubiger auf einen Teil ihrer Forderung. Soweit das Gericht diesen Dividenden-/Prozentvergleich bestätigt, gilt das oben für den Liquidationsvergleich (Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung) Ausgeführte sinngemäss. Mit seinem Entscheid bestätigt das Gericht, dass keine Gläubiger benachteiligt werden (Art. 306 SchKG). Wird der Vergleich in der Folge vollzogen und den Gläubigern nur ein Teil ihrer Forderungen bezahlt, stellt sich strafrechtlich das

Problem der Gläubigerbevorzugung deshalb nicht, weil alle Gläubiger „gleich schlecht“ behandelt werden.

Genau an dieser Gleichberechtigung fehlt es jedoch, wenn Schuldner und Gläubiger einen Rabatt individuell aushandeln. Hier ist zu differenzieren zwischen der Begleichung fälliger und noch nicht fälliger Schulden, die im Sinne eines Rabatts teilweise erlassen werden. Weil die vollständige Begleichung einer fälligen Schuld als kongruente Deckungshandlung nicht strafbar ist, kann deren teilweise Begleichung erst recht nicht strafbar sein. Vom Gläubiger angeregte Zahlungsrabatte sind somit nur dort problematisch, wo sie auf künftig fällig werdenden Forderungen gewährt werden. Der Gläubiger unterbreitet dem Schuldner etwa folgenden Vorschlag: ‚Gegen sofortige Bezahlung von 75% der in einem Monat fälligen Miete wird auf den Rest verzichtet‘. Damit stiftet er ihn zu einer tatbestandsmässigen Bevorzugung an, weil so eine „nicht verfallene Schuld“ im Sinne der Regelbeispiele von Art. 167 StGB bezahlt wird. Daran ändert, wie oben gezeigt (II.3.), nichts, dass man einen solchen Fall konstruktiv als Novation der Schuld im Umfang von 75% mit sofortiger Fälligestellung betrachten kann. Strafflos ist die Begleichung fälliger Leistungen nur, wenn die Bedingungen der Kongruenz nicht erst in der Krise hergestellt worden sind.

IV. Schlussbetrachtung

Die vorstehenden Erwägungen sollten gezeigt haben, dass Strafbarkeitsrisiken für Dritte im Konkurs des Schuldners insbesondere dort bestehen, wo sie als Gläubiger bevorzugt werden (Art. 167 StGB). Das Strafbarkeitsrisiko ist indes weniger hoch als das Anfechtungsrisiko: Nicht alles, was paulianisch anfechtbar ist, ist auch strafbar. Als Faustregel kann gelten, dass Schuldnerhandlungen, die konkursrechtlich der Überschuldungspauliana (Art. 287 SchKG) unterstehen, als so genannte inkongruente Deckungen strafbar sind. Der Schuldner, der eine nicht fällige Schuld begleicht oder nachträglich besichert, macht sich einer Gläubigerbevorzugung strafbar. Der bevorzugte Dritte ist als notwendiger Teilnehmer nur straflos, wenn er sich auf ein rein passives Entgegennehmen beschränkt. Der Dritte ist jedoch als Anstifter strafbar, wenn er den Schuldner aktiv zu einer solchen Bezahlung auffordert oder auf eine nachträgliche Sicherstellung drängt. Andererseits ist die Be-

gleichung *fälliger* Schulden durch den konkursbedrohten Schuldner nicht strafbar. Hier besteht ein entscheidender Unterschied zum Konkursrecht. Gläubigerbefriedigungen aus den letzten Aktiva Gesellschaft unterliegen zwar der Absichtsanfechtung nach Art. 288 SchKG. Strafbar sind kongruente Deckungshandlungen hingegen nicht. Eine seltene Ausnahme gilt, wenn die Kongruenz rechtsmissbräuchlich hergestellt wurde. Dies ist etwa der Fall, wenn eine noch nicht fällige Forderung gegen Rabatt in eine fällige Forderung noviert wird.

Diese strafrechtliche Besserstellung ist gerechtfertigt. Gläubiger einer konkursbedrohten Gesellschaft müssen auf die Begleichung ihrer fälligen Schulden drängen können, ohne sich einem Strafbarkeitsrisiko auszusetzen. Konkursrechtlich ist dem Drittgläubiger die Ungewissheit zumutbar, vom Schuldner in letzter Minute erlangte Vermögenswerte unter Umständen auf Anfechtung hin der Masse wieder zurückerstatten zu müssen. Strafrechtlich ist diese Ungewissheit untragbar. Potentielle Täter müssen zum Vorherein wissen, ob ein bestimmtes Verhalten strafbar ist (Art. 1 StGB). Im Strafrecht steht die Rechtssicherheit für das Individuum insoweit über den kollektiven Gleichbehandlungsinteressen der Gläubigergesamtheit.