

Melanie Gasser

Die Strafanzeigeerstattung gemäss Art. 11 Abs. 2 und 3 revSchKG

Gesetzliche Regelung und praktische Umsetzung



INHALTSÜBERSICHT

I. Einleitung

II. Die bis Ende 2024 geltende Rechtslage

- A. Art. 11 SchKG
- B. Strafanzeigeerstattung durch Mitglieder von SchKG-Behörden

III. Der teilrevidierte Art. 11 SchKG

- A. Allgemeines zur Norm
- B. Der Adressatenkreis
- C. Relevanz der neuen Regelung für ihre Adressaten
- D. Hintergrund der Differenzierung zwischen anzeigepflichtigen «Konkursbeamten» und einer anzeigeberechtigten «für das Konkursamt tätigen Person»
- E. Der sachliche Anwendungsbereich
- F. «Konkrete Verdachtsmomente»

IV. Zivilansprüche im Strafverfahren

V. Fazit zur Teilrevision von Art. 11 SchKG

I. Einleitung

Mit dem ehrgeizigen Ziel, Schuldern zu verunmöglichen, sich durch einen missbräuchlichen Konkurs ihrer finanziellen Verpflichtungen zu entledigen, hat das Parlament im März 2022 das Bundesgesetz über die Bekämpfung des missbräuchlichen Konkurses verabschiedet. Die damit einhergehenden Gesetzes- und Ordnungsänderungen treten am 1. Januar 2025 in Kraft.¹ Ins Rollen gebracht wurde der diesbezügliche Gesetzgebungsprozess durch die Motion Hess vom 29. September 2011 «*Missbrauch des Konkursverfahrens verhindern*».² Kernthemen wie die Abschaffung des rückwirkenden Opting-outs und der Ausnahme öffentlich-rechtlicher Forderungen von der Betreuung auf Konkurs wurden dabei äusserst kontrovers und ausgiebig debattiert. Im Vergleich dazu wurde die erst durch den Ständerat in der Sommersession 2021 noch eingebrachte Pflicht für Konkursbeamte zur Strafanzeigeerstattung (welche im Entwurf des Bundesrates nicht vorgesehen war) ins SchKG aufgenommen, ohne über deren konkrete Ausgestaltung viel zu diskutieren.³

Die Durchsetzung des Strafrechts dort zu fördern, wo sich die Straftaten zuallererst bemerkbar machen, ist einleuchtend. Zwar ist der wirtschaftliche Schaden bei Kenntnisnahme einer Straftat durch das Konkursamt bereits eingetreten, wenn dieses dann aber konsequent durchgreift und sich nicht stumm für unlautere Machenschaften missbrauchen lässt, ist eine Präventionswirkung durchaus zu erwarten. Ob die gute Idee dem Realitätscheck auch standhält wird allerdings vor allem davon abhängen, wie die neue Regelung von deren Adressatinnen aufgenommen und um-

¹ AS 2023 628; Internet: <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-98334.html> (Abruf 23.9.2024).

² Botschaft vom 26. Juni 2019 zum Bundesgesetz über die Bekämpfung des missbräuchlichen Konkurses (Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs, des Obligationenrechts, des Strafgesetzbuches, des Militärstrafgesetzes und des Strafregistergesetzes), BBl 2019 5193 ff., 5195.

³ Siehe Antrag Rieder, AB 2021 S 359; Voten Bregy und Lüscher, AB 2022 N 67, und Antrag Rieder, AB 2022 S 96.

gesetzt wird bzw. wie weitgehend sie von diesen überhaupt umgesetzt werden kann.

II. Die bis Ende 2024 geltende Rechtslage

A. Art. 11 SchKG

Aktuell trägt Art. 11 SchKG den Randtitel «*Verbotene Rechtsgeschäfte*». Diese Norm hat de lege lata nichts mit Strafanzeigeerstattung oder mit Straftaten im Rahmen eines Konkursverfahrens zu tun. Vielmehr wird an dieser Stelle einzig das sogenannte Verbot des Selbstkontrahierens festgehalten, wonach es Betreibungs- und Konkursbeamten bei Nichtigkeitsfolge in Bezug auf das Rechtsgeschäft untersagt ist, im Rahmen ihrer amtlichen Tätigkeit Rechtsgeschäfte auf eigene Rechnung abzuschliessen. Kraft Verweises auf Art. 11 an anderen Stellen im SchKG gilt dieses Verbot auch für die ausseramtliche Konkursverwaltung (Art. 241 SchKG), die Sachwalterin im Nachlassverfahren (Art. 295 Abs. 4 SchKG) und die Liquidatorin beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung (Art. 320 Abs. 3 SchKG). Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts findet das Selbstkontrahierungsverbot ausserdem auch Anwendung auf Gläubigerausschussmitglieder⁴ sowie Hilfspersonen, die in Erfüllung von Verwaltungsaufgaben beigezogen werden.⁵

B. Strafanzeigeerstattung durch Mitglieder von SchKG-Behörden

Sehen sich Betreibungs- oder Konkursbeamtinnen mit Sachverhalten konfrontiert, die strafrechtlich relevant sind oder es zumindest sein könnten, gibt ihnen das SchKG zurzeit keine Anweisung dazu, wie in dieser Situation vorzugehen ist. Auf Ebene Bundesgesetz gibt es für sie bisher keine Regelung betreffend Strafanzeigeerstattung, weder als Pflicht noch als Recht. Art. 302 Abs. 2 StPO überlässt den Erlass gesetzlicher Regeln in Bezug auf das Erstellen einer Strafanzeige durch Mitglieder von Behörden, die keine Strafbehörden sind, vielmehr den Kantonen. Das Resultat daraus ist ein bunter Strauss an verschiedenen kantonalen Bestimmungen mit unterschiedlichem Regelungsinhalt. So gibt es schon heute Kantone, deren Ämter einer Strafanzeige*pflicht*⁶ unterstehen, während in anderen Kantonen,

wenn überhaupt, nur ein Strafanzeige*recht*⁷ besteht (oft enthalten im jeweiligen Einführungsgesetz zur StPO oder zum Personalgesetz).⁸

FERNANDO PICCIRILLI hat dieses Jahr in der ZZZ sowie in den Blättern für Schuldbetreibung und Konkurs (BlSchK) die Praxis des Kantons Tessin vorgestellt, der im Kampf gegen missbräuchliche Konkurse eine «*Vorreiterrolle*» einnehme, seitdem dort seit August 2019 die Figur des «*Konkursbuchhalters*» mit langjähriger Erfahrung im Bankensektor

Ob die gute Idee dem Realitätscheck standhält, wird vor allem davon abhängen, wie die neue Regelung von deren Adressatinnen aufgenommen und umgesetzt wird bzw. wie weitgehend sie überhaupt umgesetzt werden kann.

und soliden Kenntnissen des wirtschaftlichen Umfelds im Tessin eingesetzt werde. Dieser im Bereich des SchKG tätige Sachverständige habe insbesondere die Aufgabe, Konkursfälle wirtschaftlich-finanziell zu bewerten und bei Hinweisen auf strafbare Handlungen Berichte zuhanden der Staatsanwaltschaft zu erstellen. Dergestalt würden seit fünf Jahren mehr als vierzig Meldungen pro Jahr an die Staatsanwaltschaft erfolgen.⁹ Nach dem Willen des Gesetzgebers sollen nun ab dem 1.1.2025 die Konkursämter der anderen Kantone dem Tessiner Vorbild folgen.

III. Der teilrevidierte Art. 11 SchKG

A. Allgemeines zur Norm

Das oben unter II.A. erwähnte Selbstkontrahierungsverbot der Betreibungs- und Konkursbeamten bleibt im revidierten Art. 11 SchKG unverändert als erster Absatz bestehen. Der bisherige Randtitel «*Verbotene Rechtsgeschäfte*» wird hingegen neu «*Beamte und Angestellte der Betreibungs-*

⁴ BGE 122 III 335 E. 2c.

⁵ BGE 127 III 229 E. 8.

⁶ Siehe bspw. Art. 48 Einführungsgesetz zur Zivilprozessordnung, zur Strafprozessordnung und zur Jugendstrafprozessordnung des Kantons Bern vom 11.6.2009 (EG ZSJ; BSG 271.1).

⁷ Siehe bspw. Art. 47 Einführungsgesetz zur Schweizerischen Straf- und Jugendstrafprozessordnung des Kantons St.Gallen vom 3.8.2010 (EG-StPO; sGS 962.1).

⁸ Siehe hierzu DOMINIK BALMER, Amtsgeheimnis und Meldepflichten des Betreibungs- und Konkursbeamten – Vom Schweigen und Mitteilen, BlSchK 2024, 1 ff., 9.

⁹ FERNANDO PICCIRILLI, Die Bekämpfung von missbräuchlichen Konkursen im Lichte der Änderung von Artikel 11 SchKG; Die Erfahrungen des Kantons Tessin, ZZZ 2024, 169 ff., 172 ff., sowie als italienische Version FERNANDO PICCIRILLI, Lotta ai Fallimenti Abusivi: L'esperienza del Canton Ticino, BlSchK 2024, 68 ff., 70.

und Konkursämter» lauten. Ergänzt wird dieser Artikel zudem mit den folgenden zwei neuen Absätzen betreffend die Strafanzeigeerstattung:¹⁰

² Die Konkursbeamten sind verpflichtet, alle von Amtes wegen zu verfolgenden Verbrechen und Vergehen, die sie oder ihre unterstellten Personen im Rahmen ihrer amtlichen Tätigkeit feststellen oder die ihnen gemeldet werden und für die konkrete Verdachtsmomente vorliegen, den Strafverfolgungsbehörden anzuzeigen.

³ Unter denselben Bedingungen ist zudem jede für das Konkursamt tätige Person berechtigt, von Amtes wegen zu verfolgende Straftaten den Strafverfolgungsbehörden anzuzeigen.

B. Der Adressatenkreis

Der Gesetzeswortlaut sieht ausdrücklich nur für Konkursbeamte eine Anzeigepflicht vor und berechtigt ausschliesslich jede für das Konkursamt tätige Person zur Strafanzeige. Der neue Randtitel von Art. 11 revSchKG (vgl. III.A.) ist in dieser Hinsicht verwirrend, weil er auch die *Betreibungsämter* erwähnt. Dies ist allerdings mit Bezug auf das – unverändert weiter geltende – Verbot des Selbstkontrahierens gemäss Abs. 1, das bekanntlich für beide Ämter gilt, zu verstehen.

Die neue Regelung betreffend die Strafanzeigeerstattung sollte ursprünglich eigentlich im Kapitel zum Konkursrecht integriert werden als neue Absätze 7 und 8 von Art. 222 SchKG. Die später durch die Redaktionskommission erfolgte Verschiebung in den allgemeinen Teil (und damit in Art. 11 SchKG) war rein systematischer Natur und bewirkt keine Ausdehnung des Anwendungsbereichs über den Rahmen des Konkursverfahrens hinaus.¹¹

Betreffend die im Zusammenhang mit dem geltenden Selbstkontrahierungsverbot bereits erwähnten Verweise auf Art. 11 SchKG (vgl. II.A.) stellt sich allerdings die Frage, wie sie de lege ferenda auszulegen sind, da der Gesetzgeber diese im Zuge der Teilrevision des SchKG nicht angepasst (weil gar nicht daran gedacht) hat. Folgende Argumente sprechen dafür, diese weiterhin nur auf das Verbot des Selbstkontrahierens gemäss Art. 11 Abs. 1 revSchKG anzuwenden: Zum einen wäre andernfalls gar nicht klar, ob für die *ausseramtliche Konkursverwaltung* (Art. 241 SchKG), die *Sachwalterin* im Nachlassverfahren (Art. 295 Abs. 4 SchKG)

und die *Liquidatorin* im Nachlassliquidationsverfahren (Art. 320 Abs. 3 SchKG) die Anzeigepflicht gemäss Abs. 2 oder das Anzeigerecht gemäss Abs. 3 von Art. 11 revSchKG einschlägig sein soll. Zum andern beschränkt der Gesetzgeber, wie hiervor ausgeführt, die Regelung zur Strafanzeigeerstattung im SchKG ausdrücklich auf das Konkursverfahren. Eine Ausdehnung darüber hinaus auf das Nachlass(liquidations)verfahren war nicht beabsichtigt. Entsprechend ist ausserhalb des Konkursverfahrens (d.h. durch Betreibungsämter, Sachwalterinnen sowie Liquidatoren beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung) auch weiterhin das einschlägige *kantonale Recht* zu konsultieren, wenn die Erstattung einer Strafanzeige zur Diskussion steht.¹²

Betreffend die *ausseramtlichen*¹³ *Konkursverwaltungen* im Besonderen bedarf es allerdings auch ohne gesetzlichen Verweis auf Art. 11 Abs. 2 und 3 revSchKG der Klarstellung, welcher dieser Absätze auf die nicht amtlichen Konkursverwaltungen anwendbar sein soll, sind sie doch ebenfalls hoheitlich im Bereich des Konkursverfahrens beschäftigt. Obwohl sie keine Konkursbeamte sind, ist es aus Praktikabilitätsgründen meines Erachtens durchaus angezeigt, auch sie der Pflicht zur Strafanzeige gemäss Abs. 2 zu

Es macht einen wesentlichen Unterschied, ob jemand Adressatin der Strafanzeigepflicht gemäss Abs. 2 oder des Strafanzeigerechts gemäss Abs. 3 von Art. 11 revSchKG ist.

unterstellen: Wird ihnen ein Konkursverfahren zur Verwaltung übertragen, hat dies nicht selten gerade damit zu tun, dass es sich um einen komplexen Fall handelt, allenfalls sogar mit strafrechtlichem Hintergrund, für dessen Bewältigung die ausseramtliche Konkursverwaltung aufgrund ihrer Spezialisierung geeigneter ist als das Konkursamt. Entsprechend hat Erstere tendenziell auch vertieftere Fachkenntnisse, die es erlauben, dem gesetzgeberischen Willen der Bekämpfung von Straftaten besser zum Durchbruch zu verhelfen. Die ausseramtliche Konkursverwaltung ist nicht im Sinne von Abs. 3 *für* das Konkursamt tätig (wie bspw. eine Hilfsperson), sondern *an* dessen *statt*. Deshalb hat das Konkursamt hier auch nicht annähernd denselben Grad an Fall- und Aktenkenntnis. Diesfalls für die Strafanzeige-

¹⁰ BBl 2022 702. Diese gelten mangels Übergangsbestimmung unmittelbar ab dem 1.1.2025.

¹¹ RODRIGO RODRIGUEZ im ZZZ-Talk zum Bundesgesetz über die Bekämpfung des missbräuchlichen Konkurses, ZZZ 2023, 335 ff., 335.

¹² BALMER (FN 8), BLSchK 2024, 8 f.

¹³ Ebenso die durch das Konkursgericht direkt eingesetzten *ausserordentlichen* Konkursverwaltungen.

erstattung den Umweg über das Konkursamt vorzusehen, ist prozessökonomisch gesehen unsinnig. Zudem unterstehen die nicht amtlichen Konkursverwaltungen genauso der Staatshaftung wie die Konkursämter (Art. 5 Abs. 1 SchKG). Darüber hinaus wird bei der Anzeigepflicht der Strafbehörden der Beamtenbegriff ebenfalls insofern weit ausgelegt, als dort die Funktion der Verrichtungen massgebend ist. Tätigkeiten sind demnach amtlich, wenn sie in der Erfüllung öffentlicher Aufgaben bestehen.¹⁴

C. Relevanz der neuen Regelung für ihre Adressaten

Die brennende Frage im Zusammenhang mit der Teilrevision von Art. 11 SchKG für diejenigen, die im Bereich des SchKG tätig sind, ist, was diese für sie bedeutet. Die Antwort setzt zunächst einmal das Bewusstsein darüber voraus, dass auch SchKG-Beamte dem *Amtsgeheimnis* unterstehen. Wer dieses verletzt bzw. ein in amtlicher Tätigkeit wahrgenommenes Geheimnis offenbart, kann sich nach Art. 320 Ziff. 1 StGB strafbar machen. Auch die Erstattung einer Strafanzeige kann eine Geheimnisoffenbarung im Sinne der besagten Norm darstellen. Eine Strafanzeige ist jedoch dann gerechtfertigt und somit nicht strafbar, wenn die schriftliche Einwilligung dazu von der vorgesetzten (Aufsichts-)Behörde eingeholt wurde (Art. 320 Ziff. 2 StGB) oder ein Gesetz eine Strafanzeige *«gebietet oder erlaubt»* (Art. 14 StGB). Als Adressatin einer gesetzlichen Strafanzeigepflicht oder eines -rechts, wie es in den neuen Abs. 2 bzw. 3 von Art. 11 SchKG eingeführt wird, braucht man sich also künftig nicht mehr vom Amtsgeheimnis entbinden zu lassen.¹⁵ Die Beseitigung dieser formalen Hürde ist aber nur die eine Seite der Medaille. Während das *Anzeigerecht* den Entscheid zur Strafanzeigerstattung dem Ermessen der Person überlässt, die von einer Straftat Kenntnis erhält, besteht für *Anzeigepflichtige* nämlich kein Ermessensspielraum; sie *müssen* tätig werden.¹⁶ Der wissentliche Verzicht auf eine Strafanzeige kann diesfalls eine *Begünstigung resp. Entziehung der Strafverfolgung* gemäss Art. 305 StGB dar-

stellen, da man sich als Inhaberin einer Garantienstellung¹⁷ auch durch Unterlassen strafbar machen kann. Daneben drohen auch disziplinarische Massnahmen gemäss Art. 14 Abs. 2 SchKG.¹⁸ Vor diesem Hintergrund macht es einen wesentlichen Unterschied, ob jemand Adressatin der Strafanzeigepflicht gemäss Abs. 2 oder allenfalls des Strafanzeigerrechts gemäss Abs. 3 von Art. 11 revSchKG ist.

Konkursämter, die gemäss den einschlägigen kantonalen Vorschriften bisher höchstens eine Berechtigung zur Strafanzeigerstattung hatten, werden ihre gängige Praxis wahrscheinlich an die neue Rechtslage anpassen müssen. Das Problem dabei ist, dass der für eine Strafanzeige anfallende Zusatzaufwand auch auf irgendeine Weise von den verfügbaren finanziellen und personellen Ressourcen getragen werden können muss. Konsequenterweise müssten derartige Kosten als Konkursverwaltungskosten gelten und

Der für eine Strafanzeige anfallende Zusatzaufwand muss von den verfügbaren finanziellen und personellen Ressourcen getragen werden können. Konsequenterweise müssten derartige Kosten als Konkursverwaltungskosten gelten und damit aus der Konkursmasse vorab gedeckt werden können.

damit aus der Konkursmasse vorab gedeckt werden können. Wenn aber die Mittel dafür in der Konkursmasse gar nicht vorhanden sind, werden die Konkursämter durch die Strafanzeigepflicht faktisch dazu gezwungen, defizitär zu arbeiten. Fraglich ist zudem, wie weit dieser Aufwand gehen soll bzw. muss; brauchen Konkursämter ab dem nächsten Jahr schweizweit einen auf Konkursdelikte spezialisierten Konkursbuchhalter, wie ihn das Tessin eingeführt hat, oder müssen sich die Konkursbeamten etwa selbst weiterbilden, um komplexere Konkursdelikte überhaupt erkennen zu können? Beides ginge meines Erachtens klar zu weit; anzeigepflichtig kann nur das sein, was die Adressatin auf-

¹⁴ BSK StPO-HAGENSTEIN, Art. 302 N 10 und 28 f. m.H.a. Art. 110 Abs. 3 StGB, in: Marcel Alexander Niggli/Marianne Heer/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Schweizerische Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung, Basler Kommentar, 3. A., Basel 2023 (zit. BSK StPO-BEARBEITER/IN).

¹⁵ BALMER (FN 8), BLSchK 2024, 2 ff. und 7 f., RODRIGUEZ (FN 11), ZZZ 2023, 335, sowie BSK StPO-HAGENSTEIN (FN 14), Art. 302 N 35.

¹⁶ Siehe als illustratives Beispiel einer erfolglosen Berufung auf das Verhältnismässigkeitsprinzip in diesem Zusammenhang BGer, 7B.853/2023, E. 3.2., wo ein Polizist, der einen Mofafahrer bei der Verletzung diverser Verkehrsregeln beobachtet hatte, diesen nach dessen Anhaltung nicht weiter gemeldet hatte, sondern stattdessen laufen liess.

¹⁷ Vgl. hierzu BSK StGB II-DELNON/RÜDY, Art. 305 N 25, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Strafrecht II; Strafgesetzbuch, Jugendstrafgesetz, Basler Kommentar, 4. A., Basel 2019 (zit. BSK StGB II-BEARBEITER/IN), m.H.a. die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach *Meldepflichten* noch keine *Garantenpflichten* begründen, eine *Garantenpflicht* aber hat, wer mit entsprechenden Schutz- und Überwachungsaufgaben betraut ist bzw. eine besondere Pflicht zur Mitwirkung an der Strafrechtspflege hat, namentlich eine *Anzeigepflicht*.

¹⁸ BALMER (FN 8), BLSchK 2024, 13 f., sowie BSK StPO-HAGENSTEIN (FN 14), Art. 302 N 34.

grund ihres jeweiligen beruflichen Werdegangs sowie der individuellen Praxiserfahrung auch als (mögliche) Straftat effektiv selbst erkennen kann. Eine darüberhinausgehende Pflicht, sich vertieft nach strafbaren Handlungen auf die Suche zu machen, ergibt sich aus Art. 11 Abs. 2 revSchKG nicht.

D. Hintergrund der Differenzierung zwischen anzeigepflichtigen «Konkursbeamten» und einer anzeigeberechtigten «für das Konkursamt tätigen Person»

Mit der Unterscheidung zwischen Konkursbeamten, die gemäss Abs. 2 der Anzeigepflicht unterstehen, und einer für das Konkursamt tätigen Person, der mit Abs. 3 nur eine gesetzliche Berechtigung zur Strafanzeigeerstattung zukommt, soll verhindert werden, «dass sich für das Konkursamt tätige Personen rechtlich in Schwierigkeiten bringen, falls ihr Vorgesetzter, der eigentlich eine Pflicht zur Anzeige hätte, dies nicht tut und sie dann selbst tätig werden».¹⁹ Innerhalb des konkursamtlichen Aufgabenbereichs soll die Verantwortung also bei den eigentlichen Konkursbeamtinnen und -beamten liegen. Bleiben diese pflichtwidrig untätig, können berufsbedingte Mitwisser (freiwillig) trotzdem handeln, ohne sich einer Amtsgeheimnisverletzung strafbar zu machen. Vor Konsequenzen im Rahmen ihres Arbeits- oder Auftragsverhältnisses sind solche Whistleblower (Angestellte des Konkursamts, die keine Konkursbeamten sind, oder externe, durch das Konkursamt beigezogene Hilfspersonen²⁰) damit aber freilich nicht gefeit, wenn sich die Vorgesetzte bzw. Auftraggeberin ausdrücklich gegen eine Strafanzeige ausgesprochen hat.

E. Der sachliche Anwendungsbereich

Betreffend die Frage, was angezeigt werden darf bzw. muss, haben die Anzeigepflicht gemäss Abs. 2 und das Anzeigerecht gemäss Abs. 3 Folgendes gemeinsam: Zunächst einmal sind nur «von Amtes wegen zu verfolgende Straftaten» von den beiden Bestimmungen umfasst, sog. *Offizialdelikte* also, die keinen Strafantrag voraussetzen.²¹ Ausserdem

ist die Strafanzeigeerstattung weder hinsichtlich des möglichen Täterkreises begrenzt worden,²² noch wurde diese auf die Konkursdelikte gemäss Art. 163 ff. StGB²³, auf welche die Teilrevision des SchKG abzielt, begrenzt.

Während demgegenüber die Anzeigepflicht gemäss Abs. 2 nur bei «*Verbrechen und Vergehen*» gilt, die sich dadurch auszeichnen, dass sie mit Freiheitsstrafe von mehr als drei Jahren bzw. bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bedroht sind (Art. 10 StGB), besteht das Anzeigerecht gemäss Abs. 3 für sämtliche Offizialdelikte, somit auch für Übertretungen, d.h. Straftaten, die nur mit Busse bedroht sind (Art. 103 StGB).

F. «Konkrete Verdachtsmomente»

Was genau «*konkrete Verdachtsmomente*» sind, die eine Pflicht zur Strafanzeige gemäss Abs. 2 auslösen, wurde im Rahmen der Teilrevision nicht genauer umschrieben. «[N]ur, aber immerhin das Vorliegen erheblicher und konkreter Hinweise auf eine strafbare Handlung» vorauszusetzen, wie das Bundesgericht dies bei der Prüfung des hinreichenden Tatverdachts beim Entsiegelungsverfahren vorsieht,²⁴ ist meines Erachtens auch hier sachgerecht. Es braucht eine gewisse Wahrscheinlichkeit des Vorliegens einer Straftat, blosses Hörensagen oder ein Bauchgefühl reichen nicht aus. Es ist etwas Greifbares zu verlangen, mit dem ein Angeeschuldigter auch konfrontiert werden kann.

Ob die anzeigepflichtige Person bestimmte Umstände überhaupt als (mögliche) Straftat erkennt bzw. erkennen kann, wird demgegenüber massgeblich von deren individueller Aus-/Weiterbildung sowie deren einschlägiger Berufserfahrung abhängig sein (vgl. III.C.).

Was allerdings die *Unterlassung der Buchführung* gemäss Art. 166 StGB im Besonderen anbelangt, so verhält sich bereits diejenige Person tatbestandsmässig, die überhaupt keine Bücher führt.²⁵ Erhält die Konkursbeamtin trotz wiederholter Aufforderung und Hinweis auf die Auskunft- und Herausgabepflicht gemäss Art. 222 SchKG keinerlei Geschäftsunterlagen, dürfte daher ein konkreter Ver-

¹⁹ Antrag Rieder, AB 2021 S 359.

²⁰ Siehe hierzu BSK SchKG I-GASSER, Art. 5 N 22, in: Daniel Staehelin/Thomas Bauer/Franco Lorandi (Hrsg.), Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, Basler Kommentar, 3. A., Basel 2021 (zit. BSK SchKG I-BEARBEITER/IN).

²¹ Vgl. beispielhaft zum Straftatbestand der Misswirtschaft BSK StGB II-HAGENSTEIN (FN 17), Art. 165 N 102, wonach bei Vorliegen einer Konkursöffnung oder eines gerichtlichen Nachlassvertrages als objektive Strafbarkeitsbedingung die Strafverfolgung der Misswirtschaft von Amtes wegen erfolgt, während bei der Betreibung auf Pfändung die Strafverfol-

gung nur auf Antrag desjenigen Gläubigers erfolgt, der einen Verlustschein gegen die Schuldnerin erlangt hat.

²² So kommen nebst regulären und faktischen Organen der Konkursitin auch deren Gläubiger sowie irgendwelche Drittpersonen als Täter in Frage.

²³ Betrügerischer Konkurs gem. Art. 163 StGB, Gläubigerschädigung durch Vermögensverminderung gem. Art. 164 StGB, Misswirtschaft gem. Art. 165 StGB, Unterlassung der Buchführung gem. Art. 166 StGB, Bevorzugung eines Gläubigers gem. Art. 167 StGB, Bestechung bei Zwangsvollstreckung gem. Art. 168 StGB, Verfügung über mit Beschlagnahme belegte Vermögenswerte gem. Art. 169 StGB.

²⁴ BGer, 7B_172/2022, E. 3.3. f. in fine.

²⁵ BSK StGB II-HAGENSTEIN (FN 17), Art. 166 N 17.

dachtsmoment in der Regel ohne Weiteres zu bejahen sein. Die unterlassene Buchführung ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bedroht, es handelt sich um ein anzeigepflichtiges Vergehen. Da es im Berufsalltag der Konkursbeamten häufig vorkommt, dass gar keine oder keine den Buchführungspflichten²⁶ genügenden Unterlagen eingereicht werden, empfiehlt sich hier zur Zeitersparnis die Ausarbeitung einer standardisierten Strafanzeigevorlage besonders.

IV. Zivilansprüche im Strafverfahren

Anstatt Schadenersatzansprüche kostspielig im selbst angestregten Zivilprozess gegenüber der haftbaren Person geltend zu machen, besteht im Rahmen eines Strafverfahrens die Möglichkeit, diese Ansprüche mittels sog. *Adhäsionsklage* anzumelden. Das schont nicht nur das Portemonnaie der geschädigten Person, sondern reduziert auch insofern deren Beweislast, als die Strafbehörden den Sachverhalt rund um die vorgeworfene Straftat von Amtes wegen ermitteln, dieser also nicht durch die Zivilklägerin nachgewiesen werden muss. Sie kann sich vielmehr darauf beschränken, ihren Schaden und dessen Höhe zu belegen. Vorausgesetzt ist allerdings, dass der Anspruch «aus der Straftat» herührt (und nicht bspw. aus Vertrag oder öffentlichem Recht; Art. 122 Abs. 1 StPO).²⁷ Wurde im Zusammenhang mit der schädigenden Handlung noch kein Strafverfahren angehoben, kann die diesbezügliche Strafanzeige mit einer Adhäsionsklage bzw. der sog. *Konstituierung als Privatklägerin* im Zivilpunkt kombiniert werden.

Die neurechtliche Pflicht zur Strafanzeige der Konkursbeamten besteht allerdings unabhängig davon, ob der Konkursmasse durch die entdeckte widerrechtliche Handlung ein Schaden zugefügt wurde oder nicht. So schützen beispielsweise ausgerechnet die *Konkursdelikte gemäss Art. 163 ff. StGB* nur das Vermögen der Konkursgläubigerinnen, weshalb diese Geschädigte i.S.v. Art. 115 StPO sind und sich entsprechend am Strafverfahren adhäsionsweise beteiligen können. Die Konkursmasse ist durch die besagten Strafnormen hingegen nicht (direkt) geschützt, weshalb sie sich in diesen Fällen nicht als Privatklägerin im Zivilpunkt konstituieren kann. Mangels Schadenersatzanspruchs der Konkursmasse ist für diese aus einer Teilnahme am Strafverfahren hier (trotz neurechtlicher Pflicht zur Erstattung einer Strafanzeige) nichts zu holen. Aus dem gleichen

Grund erfolgt auch keine Abtretungsanfrage nach Art. 260 SchKG an die Konkursgläubiger, da es diesfalls eben gar keinen Anspruch bzw. keine Prozessführungsbefugnis abzutreten gibt.²⁸

Demgegenüber ist bei *Vermögensdelikten* wie zum Beispiel Betrug (Art. 146 StGB) oder ungetreuer Geschäftsbesorgung (Art. 158 StGB) zulasten einer inzwischen in Konkurs gefallenen Person die Konkursmasse Rechtsnachfolgerin der geschädigten Person (Art. 121 Abs. 2 StPO) und kann deshalb als Privatklägerin (handelnd durch die Konkursverwaltung) Zivilansprüche adhäsionsweise geltend machen.²⁹ Verzichtet die Konkursverwaltung in einem solchen Fall (mit Zustimmung der Mehrheit der Konkursgläubigerinnen) darauf, namens der Konkursmasse eine Adhäsionsklage zu führen (etwa aus Kostengründen oder aufgrund der zu erwartenden Verfahrensdauer), bleibt sie neurechtlich dennoch zur Strafanzeige verpflichtet sowie – aufgrund

Die neurechtliche Pflicht zur Strafanzeige der Konkursbeamten besteht unabhängig davon, ob der Konkursmasse durch die entdeckte widerrechtliche Handlung ein Schaden zugefügt wurde oder nicht.

der Geschädigteneigenschaft der Konkursmasse – ausserdem zur Abtretungsanfrage gemäss Art. 260 SchKG an die Konkursgläubiger. Da jedoch die *Geschädigtenstellung* gemäss Art. 115 StPO *unübertragbar* ist, können allfällige Abtretungsanfragen der Konkursgläubigerinnen den Schadenersatzanspruch nicht adhäsionsweise als Privatklägerinnen im Strafverfahren geltend machen, sondern müssen den Anspruch auf dem Zivilweg durchsetzen.³⁰ Dabei können sie sich nicht auf eine längere strafrechtliche Verjährungsfrist gemäss Art. 60 Abs. 2 OR berufen.³¹

Denkbar ist auch die Konstellation, dass ein Anspruch der Konkursmasse aus einem bestimmten Sachverhalt mit strafrechtlicher Relevanz bereits an einen oder mehrere Konkursgläubigerinnen gemäss Art. 260 SchKG abgetreten worden ist und die Konkursverwaltung erst später eine Teilnahme der Konkursmasse als Privatklägerin am Strafver-

²⁸ BSK StPO-MAZZUCHELLI/POSTIZZI (FN 14), Art. 115 N 60.

²⁹ BSK StPO-MAZZUCHELLI/POSTIZZI (FN 14), Art. 115 N 60a m.H.a. Art. 121 N 13 und dort wiederum unter Verweis auf Art. 197 SchKG.

³⁰ BSK StPO-MAZZUCHELLI/POSTIZZI (FN 14), Art. 115 N 26 sowie Art. 121 N 5.

³¹ BSK SchKG II-BACHOFNER (FN 20), Art. 260 N 75.

²⁶ Vgl. hierzu Art. 957 ff. OR.

²⁷ BSK StPO-DOLGE (FN 14), Art. 122 N 5 ff.

fahren (allenfalls unter anderem) betreffend den gleichen Sachverhalt beabsichtigt. Diesfalls kann die Abtretungsverfügung von der Konkursverwaltung nur widerrufen werden, sofern keine Abtretungsgläubigerin den Anspruch bei der zuständigen zivilen Instanz rechtshängig gemacht hat und die dafür angesetzte Frist bereits abgelaufen ist.³²

Gemäss Art. 73 StGB kann die durch ein Verbrechen oder Vergehen geschädigte Person vom Gericht verlangen, ihr gegen Abtretung ihrer im Urteil oder durch Vergleich festgesetzten Forderung auf Schadenersatz die vom Verurteilten bezahlte Geldstrafe oder Busse, eingezogene³³ Gegenstände und Vermögenswerte oder deren Nettoverwertungserlös, Ersatzforderungen³⁴ oder Friedensbürgschaftssummen³⁵ bis zur Höhe des Schadenersatzes zuzusprechen. Voraussetzung dafür ist, dass die Geschädigte den entsprechenden Teil ihrer Forderung an den Staat abtritt, der Schaden nicht durch eine Versicherung gedeckt ist und anzunehmen ist, dass der Täter den Schadenersatz nicht leisten wird. Vor diesem Hintergrund ist die Konstituierung der Konkursmasse als Privatklägerin im Strafverfahren (verbunden mit dem entsprechenden Antrag auf Einziehung oder Ersatzforderungsbeschlagnahme zur Verwendung zugunsten der Konkursmasse) insbesondere dann *empfehlenswert*, wenn der Konkursverwaltung wesentliche Vermögenswerte des Beschuldigten bzw. Angezeigten (oder aus der Straftat begünstigter Dritter) bekannt und für die Strafbehörden zur Beschlagnahme greifbar sind.

V. Fazit zur Teilrevision von Art. 11 SchKG

Aus rechtstaatlicher Sicht ist die schweizweite Vereinheitlichung der Vorschriften rund um die Strafanzeigeerstattung durch die Konkursämter äusserst begrüssenswert und hätte meines Erachtens gleichzeitig auch für die Betreibungsämter sowie für diverse weitere im Bereich des SchKG hoheitlich (und spezialisiert) tätige Personen eingeführt bzw. klar definiert werden dürfen, beginnt die widerrechtliche Schadensverursachung im Bereich des Insolvenzrechts doch bereits vor der Konkurseröffnung. Gerade die im Fokus der Teilrevision stehenden Straftaten vermögen der betroffenen Konkursmasse im Zuge einer Strafanzeige mangels Geschädigteneigenschaft ausserdem keine Aussicht auf eine Erhöhung der Aktiven durch Teilnahme am Strafverfahren als Privatklägerin zu beschieren. Dennoch *müssen* (auch) diese Straftatbestände, sofern es sich um ein Verbrechen oder Vergehen handelt, zwingend durch die Konkursbeamten angezeigt werden. Folglich ist mit erhöhtem Zeit- und Kostenaufwand zu rechnen, und zwar oftmals *ohne* dass dabei etwas für die Konkursmasse herauspringen könnte. Damit die gesetzgeberischen Bestrebungen zur Bekämpfung missbräuchlicher Konkurse nicht zum Rohrkrepierer werden, müssen den Konkursämtern (sowie den zuständigen Strafbehörden) entsprechend auch die dafür erforderlichen Ressourcen zur Verfügung gestellt werden. Mit anderen Worten heisst es jetzt: Wer A sagt, muss auch B sagen.

³² Vgl. hierzu BSK StPO-DOLGE (FN 14), Art. 122 N 15, wonach eine identische Klage über denselben Streitgegenstand nicht mehr vor einem anderen Gericht erhoben werden kann. Siehe in der Formularsammlung der Dienststelle Oberaufsicht SchKG gemäss Art. 2 Abs. 1 der Verordnung über die im Betreibungs- und Konkursverfahren zu verwendenden Formulare und Register sowie die Rechnungsführung vom 5. Juni 1996 (VFRR, SR 281.31) ausserdem das Formular 7 K betreffend Abtretung von Rechtsansprüchen der Masse gemäss Art. 260 SchKG, Ziffer 6, wonach sich die Konkursverwaltung die Annullierung der Abtretung vorbehält für den Fall, dass die gerichtliche Geltendmachung nicht binnen einer von ihr anzusetzenden Frist erfolgt; Internet: <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-98334.html> (Abruf 23.9.2024).

³³ Siehe Art. 70 StGB betreffend «*Einziehung von Vermögenswerten, die durch eine Straftat erlangt worden sind oder dazu bestimmt waren, eine Straftat zu veranlassen oder zu belohnen*».

³⁴ Siehe Art. 71 StGB zur Ersatzforderung des Staates für den Fall, dass die der Einziehung unterliegenden Vermögenswerte nicht mehr vorhanden sind.

³⁵ Vgl. Art. 66 StGB.