

# **BGer 6B\_1103/2017 vom 7. August 2018**

Bundesgericht, 2018-08-07, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_6B\\_1103\\_2017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6B_1103_2017)

FR: TF 6B\_1103/2017 du 7 août 2018

IT: TF 6B\_1103/2017 del 7 agosto 2018

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Der Beschwerdeführer wendet sich gegen die Schuldsprüche wegen Misswirtschaft und Unterlassung der Buchführung im Zusammenhang mit der B.\_\_\_\_\_ AG; demzufolge ist zunächst auf die Frage einzugehen, ob diese Tatbestände in objektiver Hinsicht erfüllt sind.

#### **E. 1.1**

Den Tatbestand der Misswirtschaft sieht die Vorinstanz sowohl in der Form der ungenügenden Kapitalausstattung als auch in derjenigen der argen Nachlässigkeit in der Berufsausübung als erfüllt an. Der Beschwerdeführer soll dieses Delikt als faktisches Organ der mittlerweile konkursiten B.\_\_\_\_\_ AG begangen haben. Die Vorinstanz erwägt unter anderem, dass die Gründung der B.\_\_\_\_\_ AG am 31. Oktober 2007 mit einer Sacheinlage bestehend aus einer Million Inhaberaktien der C.\_\_\_\_\_ AG mit einem angeblichen Wert von Fr. 2.5 Millionen erfolgt sei. Am 26. Juni 2008 sei über die C.\_\_\_\_\_ AG der Konkurs eröffnet worden, womit das gesamte Aktienkapital der B.\_\_\_\_\_ AG auf einen Schlag vernichtet worden sei. Andere Aktiven habe die B.\_\_\_\_\_ AG nicht gehabt oder seien nicht ersichtlich gewesen; eine Buchführung sei nie erfolgt. Mit dem Konkurs der C.\_\_\_\_\_ AG sei die B.\_\_\_\_\_ AG zu einer kapitallosen Firmenhülle geworden. Anstatt eine Neulibrierung vorzunehmen, habe der Beschwerdeführer mit der Firmenhülle der B.\_\_\_\_\_ AG weitergewirtschaftet und im Mai 2009 die konkursite Schreinerei "D.\_\_\_\_\_" von E.\_\_\_\_\_ übernommen. Bereits im November 2009 seien die ersten Betreibungen im Zusammenhang mit der Schreinerei gegen die B.\_\_\_\_\_ AG eingegangen; ab 2010 seien monatlich neue Betreibungen eingetroffen. Obwohl der Beschwerdeführer über die schlechte Vermögenslage stets umfassend informiert gewesen sei, habe er in Missachtung von Art. 725 Abs. 2 OR weder Sanierungsmassnahmen eingeleitet noch den Richter benachrichtigt. Bis zur Konkurseröffnung am 22. Februar 2012 habe die Gesellschaft Schulden in der Höhe von gut Fr. 300'000.-- geäuft. Den Tatbestand der Misswirtschaft habe der Beschwerdeführer in der Form der ungenügenden Kapitalausstattung erfüllt, indem er die B.\_\_\_\_\_ AG nach dem Konkurs der C.\_\_\_\_\_ AG ohne Neulibrierung fortgeführt habe. In der Variante der argen Nachlässigkeit in der Berufsausübung habe er sich der Misswirtschaft mit der Konkursverschleppung ab spätestens Frühjahr 2010 schuldig gemacht (Urteil, S. 17 ff.).

Die Ersatzforderung begründet die Vorinstanz damit, dass der Beschwerdeführer mit der Weiterführung der kapitallosen Firmenhülle der B.\_\_\_\_\_ AG einen unrechtmässigen Vermögensvorteil von mindestens Fr. 50'000.-- erlangt habe, indem er keine Neulibrierung vorgenommen habe und bei einer solchen das Aktienkapital zu einem Anteil von mindestens Fr. 50'000.-- in bar hätte geleistet werden müssen.

### **E. 1.2.1**

Nach Art. 165 Ziff. 1 StGB macht sich der Schuldner strafbar, der durch Misswirtschaft, namentlich durch ungenügende Kapitalausstattung, unverhältnismässigen Aufwand, gewagte Spekulationen, leichtsinniges Gewähren oder Benützen von Kredit, Verschleiern von Vermögenswerten oder arge Nachlässigkeit in der Berufsausübung oder Vermögensverwaltung, seine Überschuldung herbeiführt oder verschlimmert, seine Zahlungsunfähigkeit herbeiführt oder im Bewusstsein seiner Zahlungsunfähigkeit seine Vermögenslage verschlimmert, wenn über ihn der Konkurs eröffnet oder gegen ihn ein Verlustschein ausgestellt worden ist.

Aus der Botschaft des Bundesrates ist zu entnehmen, dass eine Gründung mit völlig unzureichenden Mitteln notwendig ist, damit eine ungenügende Kapitalausstattung im Sinne von Art. 165 Ziff. 1 StGB angenommen werden kann (Botschaft vom 24. April 1991 über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes [Strafbare Handlungen gegen das Vermögen und Urkundenfälschung], BBl 1991 II 969, 1064). Auch in der Lehre wird die Anwendung dieser Strafnorm auf Fälle von Gründungen mit unzureichender Kapitalisierung beschränkt (NADINE HAGENSTEIN, in: Basler Kommentar, Strafrecht II, 3. Aufl. 2013, N. 13 zu Art. 165 StGB ; BERNARD CORBOZ, Les infractions en droit suisse, Vol. I, 3. Aufl. 2010, S. 522). Teilweise werden auch Kapitalerhöhungen mit unzureichenden Mitteln als tatbestandsmässig angesehen (STEFAN TRECHSEL/MARCEL OGG, in: Trechsel/Pieth, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 3. Aufl. 2018, N. 5 zu Art. 165 StGB ). Als Beispiele werden Schwindelgründungen, erhebliche Überbewertungen von Sacheinlagen sowie der Erwerb von Aktienmäteln ohne anschliessende Sanierung genannt (NADINE HAGENSTEIN, a.a.O., N. 13 zu Art. 165 StGB ; PETER HERREN, Die Misswirtschaft gemäss Art. 165 StGB , 2006, S. 67 ff.). In all diesen Fällen steht das Aktienkapital der neu gegründeten Gesellschaft von vornherein nicht effektiv zur Verfügung; dies gilt auch im Fall des Erwerbs eines Aktienmantels, zumal dieser Vorgang - zumindest unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten - einer Neugründung gleichkommt. Nicht erfasst sind hingegen von der Tatbestandsvariante der ungenügenden Kapitalausstattung Fälle, in welchen das Aktienkapital erst zu einem späteren Zeitpunkt einen Verlust erleidet, ohne dass dies die Folge einer ungenügenden Kapitalisierung zum Gründungszeitpunkt ist. Dem ist zuzustimmen, zumal bei einer bereits bestehenden Gesellschaft ausschliesslich die Kapitalschutzbestimmungen der Art. 725 und 725a OR zur Anwendung kommen. Durch eine Konkursverschleppung kann - soweit die weiteren Voraussetzungen erfüllt sind - der Tatbestand der Misswirtschaft in der Form der argen Nachlässigkeit in der Berufsausübung erfüllt sein (Urteil 6B\_492/2009 vom 18. Januar 2010 E. 2.2 mit Hinweisen).

### **E. 1.2.2**

Dem Beschwerdeführer wird vorgeworfen, er habe keine Neuliberierung vorgenommen, nachdem das einzige Aktivum der B. \_\_\_\_\_ AG wegen des Konkurses der C. \_\_\_\_\_ AG wertlos geworden ist, nicht aber, dass er die Gesellschaft mit einer ungenügenden Kapitalbasis gegründet habe. Für eine Verurteilung wegen Misswirtschaft in der Tatbestandsvariante der ungenügenden Kapitalausstattung besteht bereits aus diesem Grund kein Raum. Der Schuldspruch verstösst aber auch deshalb gegen Bundesrecht, weil bei einer Aktiengesellschaft keine Nachschusspflicht und damit auch keine Pflicht zur erneuten Liberierung bereits liberierter Aktien besteht. Auf diese unzutreffende Auffassung stützt sich auch die Verpflichtung zur Zahlung einer Ersatzforderung in der Höhe von Fr.

50'000.--. Sie verstösst gegen Bundesrecht und ist aufzuheben.

### **E. 1.3.1**

Dass der Tatbestand der Misswirtschaft in der Variante der argen Nachlässigkeit in der Berufsausübung auch durch Konkursverschleppung erfüllt werden kann, stellt der Beschwerdeführer nicht in Abrede. Er bestreitet hingegen, faktisches Organ der B.\_\_\_\_\_ AG gewesen zu sein. Diese Rüge bezieht sich auch auf den Tatbestand der Unterlassung der Buchführung im Zusammenhang mit der B.\_\_\_\_\_ AG.

Die Vorinstanz erwägt hierzu im Wesentlichen, der Beschwerdeführer habe seine Tochter, F.\_\_\_\_\_, als Verwaltungsrätin der B.\_\_\_\_\_ AG im Handelsregister eintragen lassen. F.\_\_\_\_\_ sei als Strohfrau eingesetzt worden und habe von den Belangen der Gesellschaft kaum Kenntnis gehabt. Entgegen der Darstellung des Beschwerdeführers könne auch nicht E.\_\_\_\_\_ als der eigentliche Geschäftsführer der B.\_\_\_\_\_ AG angesehen werden. Die Vorinstanz berücksichtigt dabei insbesondere, dass die B.\_\_\_\_\_ AG bereits bestanden habe, als sie den Betrieb der konkursiten Schreinerei "D.\_\_\_\_\_ " von E.\_\_\_\_\_ übernommen habe. Auch nach diesem Zeitpunkt habe der Beschwerdeführer Bau- und Immobilientätigkeiten in Eigenregie über die B.\_\_\_\_\_ AG abgewickelt. Ebenso habe der Beschwerdeführer für den Schreinereibetrieb zahlreiche Handlungen selber vorgenommen. So habe er den Mietvertrag für die Räumlichkeiten der Schreinerei unterschrieben und Rechtsvorschlag gegen den Zahlungsbefehl der G.\_\_\_\_\_ AG erhoben. Gleichzeitig sei er für die Ausstellung der Lohnausweise für die Angestellten der Schreinerei zuständig gewesen. Als F.\_\_\_\_\_ zum Konkurs der B.\_\_\_\_\_ AG vom Konkursamt befragt worden sei, habe der Beschwerdeführer sie begleitet und die Fragen des Konkursbeamten mehrheitlich selber beantwortet. E.\_\_\_\_\_ sei am Konkursverfahren der B.\_\_\_\_\_ AG zu keiner Zeit involviert gewesen. Weiter habe der Beschwerdeführer angegeben, seine Bau- und Immobilientätigkeiten mit Erlaubnis der angeblichen Aktionäre H.\_\_\_\_\_, I.\_\_\_\_\_ und J.\_\_\_\_\_ vorgenommen zu haben. Anders als vom Beschwerdeführer vorgebracht sei E.\_\_\_\_\_ daher nicht Alleinaktionär der B.\_\_\_\_\_ AG gewesen. Obwohl E.\_\_\_\_\_ als operativer Leiter der Schreinerei eine grosse Selbstständigkeit genossen habe, sei die eigentliche treibende und insbesondere wirtschaftlich bestimmende Kraft der B.\_\_\_\_\_ AG stets der Beschwerdeführer gewesen. Letzterer habe die Gesellschaft faktisch verwaltet und geleitet.

Der Beschwerdeführer rügt im Wesentlichen, dass gewählte und im Handelsregister eingetragene Verwaltungsrätin seine Tochter F.\_\_\_\_\_ gewesen sei. Ab Frühjahr 2009 sei die einzige operative Tätigkeit der B.\_\_\_\_\_ AG die von E.\_\_\_\_\_ geführte Schreinerei gewesen. F.\_\_\_\_\_ habe bestätigt, dass E.\_\_\_\_\_ für die administrativen Belange der Schreinerei zuständig gewesen sei. E.\_\_\_\_\_ habe selber ausgesagt, vom Beschwerdeführer in fachlicher Hinsicht keine Anweisungen und betreffend die Betriebsführung nur Anmerkungen erhalten zu haben. Weiter bringt der Beschwerdeführer vor, dass sämtliche gegen die B.\_\_\_\_\_ AG gerichteten Betreibungen im Zusammenhang mit dem Betrieb der Schreinerei stehen würden. Für die Bankkonten der Gesellschaften seien einzig F.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ zeichnungsberechtigt gewesen. Dass er teilweise Korrespondenz und beispielsweise den Mietvertrag für die Geschäftsräumlichkeiten der Schreinerei unterzeichnet habe, mache ihn nicht zum faktischen Geschäftsführer. Den Mietvertrag habe er bloss im Auftrag von E.\_\_\_\_\_ unterschrieben. Überdies würde es keinen Sinn machen, dass er für die B.\_\_\_\_\_ AG Entscheidungen treffe, die nur den Betrieb der Schreinerei betreffen. Die von der Vorinstanz ins Feld geführte Provisionen

seien weder in der Anklageschrift erwähnt noch Prozessthema. Es habe sich dabei auch nicht um Passiven der B.\_\_\_\_\_ AG gehandelt, welche zur Überschuldung oder Verschlimmerung der Vermögenslage geführt hätten. Schliesslich würden weder seine Investitionen in die Gesellschaft noch seine Äusserungen in Bezug auf Anweisungen der Aktionäre ein Indiz für eine faktische Organschaft darstellen (Beschwerde, S. 6 - 11).

### **E. 1.3.2**

Nach Art. 29 lit. d StGB wird eine besondere Pflicht, deren Verletzung die Strafbarkeit begründet oder erhöht, und die nur der juristischen Person, der Gesellschaft oder der Einzelfirma obliegt, einer natürlichen Person zugerechnet, wenn diese ohne Organ, Mitglied eines Organs, Gesellschafter oder Mitarbeiter zu sein, als tatsächlicher Leiter handelt. Ob aufgrund der konkreten Umstände eine solche tatsächliche Leitung der Gesellschaft vorliegt, ist eine Tatfrage.

Die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz kann vor Bundesgericht nur gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann ( Art. 97 Abs. 1 BGG ). Offensichtlich unrichtig ist die Sachverhaltsfeststellung, wenn sie willkürlich ist ( BGE 143 IV 241 E. 2.3.1). Willkür liegt vor, wenn der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist oder mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht. Dass eine andere Lösung oder Würdigung ebenfalls vertretbar oder gar zutreffender erscheint, genügt für die Annahme von Willkür nicht ( BGE 141 IV 305 E. 1.2). Eine entsprechende Rüge muss explizit vorgebracht und substantiiert begründet werden ( Art. 106 Abs. 2 BGG ). Auf eine rein appellatorische Kritik am angefochtenen Urteil tritt das Bundesgericht nicht ein ( BGE 142 III 364 E. 2.4).

In Bezug auf seine Stellung in der B.\_\_\_\_\_ AG stellt der Beschwerdeführer der Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz einzig seine Sicht der Dinge gegenüber, womit sich seine Vorbringen in unzulässiger, appellatorischer Kritik erschöpfen.

Die Angabe von Beweismitteln gehört gemäss Art. 325 Abs. 1 StPO nicht zum Inhalt der Anklageschrift. Die Vorinstanz wertete den Bezug von Provisionen einzig als Indiz im Rahmen ihrer Beweiswürdigung, womit die Rüge, dass dieser Umstand in der Anklageschrift nicht erwähnt worden sei, unbegründet ist. Ob diese Provisionen zur Überschuldung oder Verschlimmerung der Vermögenslage geführt haben, ist bei der Frage, ob der Beschwerdeführer als tatsächlicher Leiter der Gesellschaft eine rechtzeitige Überschuldungsanzeige unterliess, belanglos. Ebenso irrelevant ist in dieser Hinsicht, in welchem Zusammenhang die Schulden entstanden sind. Die Vorbringen des Beschwerdeführer zu seiner faktischen Organschaft erweisen sich als unbegründet, soweit darauf eingetreten werden kann.

### **E. 1.3.3**

Der Beschwerdeführer rügt, er habe nicht gewusst, dass die Schreinerei Schulden generierte. Aus Betreibungen alleine könne nicht auf eine Überschuldung geschlossen werden, zumal auch ein Liquiditätsproblem vorliegen könnte. Obwohl der Beschwerdeführer dies im Zusammenhang mit der Strafzumessung vorbringt, betrifft die Rüge den subjektiven Tatbestand.

Was der Täter wusste, wollte oder in Kauf nahm, betrifft sogenannte innere Tatsachen, die vor Bundesgericht nur im Rahmen von Art. 97 Abs. 1 BGG gerügt werden können ( BGE

137 IV 1 E. 4.2.3). Der Beschwerdeführer legt nicht dar, inwiefern die vorinstanzlichen Feststellungen zu seinem Wissen willkürlich sein sollen, womit auf die Rüge nicht einzutreten ist.

#### **E. 1.4**

Zusammengefasst sind die Tatbestände der Misswirtschaft in der Variante der argen Nachlässigkeit der Berufsausübung, nicht aber in derjenigen der ungenügenden Kapitalausstattung, und der Unterlassung der Buchführung hinsichtlich der B. \_\_\_\_\_ AG erfüllt.

#### **E. 2.1**

Der Beschwerdeführer wendet sich gegen den Schuldspruch wegen Unterlassung der Buchführung im Zusammenhang mit der K. \_\_\_\_\_ AG. Er rügt, dass das einzige Aktivum der Gesellschaft ein Einfamilienhaus gewesen sei. Dem Polizeirapport sei zu entnehmen, dass sämtliche Forderungen gegen die Gesellschaft entstanden seien, bevor er als Verwaltungsrat eingesetzt worden sei. Die einzige Aktivität der K. \_\_\_\_\_ AG während seiner Zeit als Verwaltungsrat habe darin bestanden, die Liegenschaft zu halten. In dieser Zeit seien keine weiteren Verbindlichkeiten entstanden, sodass eigentlich gar kein Vorgang hätte verbucht werden müssen. Der Beschwerdeführer rügt weiter, dass sich beim Tatbestand von Art. 166 StGB der Vorsatz auf die Verschleierung der Vermögenslage beziehen müsse. Zumal er gewusst habe, dass nach seiner Einsetzung als Verwaltungsrat keine weiteren Verbindlichkeiten entstanden seien, könne ihm kein Vorsatz in Bezug auf die Verschleierung der Vermögenslage vorgeworfen werden. Ein vorsätzliches Unterlassen der Buchführung sei auch deshalb ausgeschlossen, weil er über die vorherigen Buchhaltungsunterlagen nicht verfügt habe.

#### **E. 2.2**

Die Argumentation des Beschwerdeführers fusst auf der angeblichen Tatsache, dass nach seiner Einsetzung als Verwaltungsrat der K. \_\_\_\_\_ AG keine weiteren Verbindlichkeiten entstanden seien. Der Beschwerdeführer weicht damit in unzulässiger Weise von der willkürfreien und damit verbindlichen ( Art. 105 Abs. 1 BGG ) Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz ab. Diese stellt fest, dass der Beschwerdeführer vom 28. Januar 2011 bis zum 14. August 2012 einziger Verwaltungsrat der K. \_\_\_\_\_ AG war. Am 23. Februar 2011 sei der Sitz der Gesellschaft von L. \_\_\_\_\_ nach M. \_\_\_\_\_ verlegt worden. Am neuen Sitz habe die Gemeinde M. \_\_\_\_\_ die K. \_\_\_\_\_ AG zwischen dem 1. Juli 2011 und dem 18. Juni 2012 mehrfach betrieben. Aufgrund der fehlenden Buchführung sei nicht nachvollziehbar, weshalb diese Forderungen am neuen Sitz der K. \_\_\_\_\_ AG entstanden seien (Urteil, S. 26). Davon, dass nach Eintritt des Beschwerdeführers in den Verwaltungsrat keine neuen Verbindlichkeiten entstanden seien, kann daher keine Rede sein. Daran ändert der Polizeirapport vom 6. Juni 2013 nichts. Die dort enthaltene Feststellung, wonach sämtliche Forderungen vor dem Eintritt des Beschwerdeführers in den Verwaltungsrat entstanden seien, bezieht sich einzig auf die drei grössten gegen die K. \_\_\_\_\_ AG gerichteten Beteiligungen. Es handelt sich mithin nur um die Forderungen der N. \_\_\_\_\_ SA, der O. \_\_\_\_\_ AG und der P. \_\_\_\_\_ AG, nicht aber um diejenigen der Gemeinde M. \_\_\_\_\_.

Die Vorinstanz qualifizierte den Einwand des Beschwerdeführers, er habe keinen Zugriff auf die vorherigen Buchhaltungsunterlagen gehabt, als Schutzbehauptung (Urteil, S. 26 f.). Der Beschwerdeführer legt nicht dar, inwiefern diese Schlussfolgerung willkürlich sein soll.

Die Rügen des Beschwerdeführers hinsichtlich des Schuldspruchs wegen Unterlassung der Buchführung im Zusammenhang mit der K. \_\_\_\_\_ AG erweisen sich als unbegründet, soweit darauf überhaupt eingetreten werden kann.

### **E. 3.1**

Entgegen der Auffassung der Vorinstanz hat sich der Beschwerdeführer nicht der Misswirtschaft in der Tatvariante der ungenügenden Kapitalausstattung schuldig gemacht. Als rechtsfehlerhaft erweist sich auch die Ersatzforderung zulasten des Beschwerdeführers. Die Beschwerde ist daher teilweise gutzuheissen und die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Es erübrigt sich, auf die Rügen hinsichtlich der Strafzumessung, des Berufsverbots und der Einziehung zur Deckung der Verfahrenskosten einzugehen. Das Gesuch um aufschiebende Wirkung wird mit dem Entscheid in der Sache gegenstandslos.

### **E. 3.2**

Der Beschwerdeführer trägt die Kosten des Verfahrens im Umfang seines Unterliegens ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Soweit er obsiegt, hat er Anspruch auf eine angemessene Parteientschädigung ( Art. 68 Abs. 2 BGG ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.