

ZH_OBERGERICHT SB140131 vom 12. September 2014

ZH Obergericht, 2014-09-12, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB140131

FR: ZH_OBERGERICHT SB140131 du 12 septembre 2014

IT: ZH_OBERGERICHT SB140131 del 12 settembre 2014

Erwägungen

E. 1

Mit Urteil des Bezirksgerichts Andelfingen, Einzelgericht Strafsachen, vom 30. Oktober 2013 wurde der Beschuldigte des betrügerischen Konkurs und Pfändungsbetrugs im Sinne von Art. 163 Ziff. 1 StGB (im Zusammenhang mit der Vereinnahmung der Schlussrechnungen der Einfamilienhäuser C._____ und D._____ durch die E._____ GmbH), der mehrfachen Bevorzugung eines Gläubigers im Sinne von Art. 167 StGB (im Zusammenhang mit den Zahlungen an die F._____ AG und der Verrechnung des Kaufpreises für die Vorräte von Fr. 20'000.– mit Lohnguthaben des Beschuldigten) sowie der Misswirtschaft im Sinne von Art. 165 Ziff. 1 StGB schuldig gesprochen. Freigesprochen wurde der Beschuldigte von den Vorwürfen der mehrfachen Gläubigerschädigung durch Vermögensverminderung im Sinne von Art. 164 Ziff. 1 StGB (im Zusammenhang mit dem Verkauf der Vorräte an die E._____ GmbH für Fr. 20'000.–, der Abtretung der Forderung gegen G._____ an die Pensionskasse H._____ und dem Verkauf der Mobilien an die E._____ GmbH für Fr. 35'000.–), des Betrugs im Sinne von Art. 146 Abs. 1 StGB, der Veruntreuung im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 1 StGB sowie der Unterlassung der Buchführung im Sinne von Art. 166 StGB. Der Beschuldigte wurde bestraft mit einer Geldstrafe von 180 Tagessätzen zu Fr. 20.– (= Fr. 3'600.–) sowie mit einer Busse von Fr. 500.–, wobei der Vollzug der Geldstrafe aufgeschoben, die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt und die Ersatzfreiheitsstrafe für die schuldhafte Nichtbezahlung der Busse auf 5 Tage festgesetzt wurde. Die Privatklägerin A._____ AG wurde mit ihrem Schadenersatzbegehren sowie mit ihrer Parteientschädigung vollumfänglich auf den Weg des Zivilprozesses verwiesen, ebenso die Zivilklage des Konkursamtes I._____.

E. 2

Gegen dieses Urteil meldeten die Privatklägerin A._____ AG am 8. November 2013 und der Beschuldigte am 11. November 2013 Berufung an (Urk. 67 und 68). Mit Eingabe vom 2. April 2014 folgte die Berufungserklärung des Be-

- 8 - schuldigten (Urk. 73) und mit Eingabe vom 3. April 2014 jene der Privatklägerin (Urk. 74). Die Staatsanwaltschaft verzichtete auf Anschlussberufung und beantragte die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 79).

E. 2.1

Der Beschuldigte hat in der Untersuchung – wie die Vorinstanz zu Recht festgehalten hat (Urk. 72 S. 25) – die von den Sachbearbeitern der Kantonspolizei Zürich ermittelten Bilanzzahlen im Polizeirapport vom 18. November 2011 (Urk. HD 1 S. 20/21), welche in der Anklageschrift übernommen wurden (Abschnitt B), als zutreffend anerkannt (Urk. HD 20 S. 6). Demgemäss bestand im Geschäftsjahr 2004 eine Überschuldung von Fr. 18'762.79, im Geschäftsjahr 2005 eine Überschuldung von Fr. 17'749.63, im Geschäftsjahr

2006 eine Überschuldung von Fr. 8'162.61, im Geschäftsjahr 2007 eine Überschuldung von

- 20 - Fr. 139'799.55 sowie im Geschäftsjahr 2008 eine Überschuldung von Fr. 515'131.24. Die Zwischenbilanz per Mitte 2009 zeigt eine Überschuldung von Fr. 382'636.- (Urk. HD 2/3/2).

E. 2.1.1

Der Beschuldigte lässt hingegen vortragen, dass die K._____ GmbH die Schlussrechnungen vor Abschluss der letzten Fertigstellungsarbeiten gestellt habe und die Rechnung erst nach Ausführungen der Fertigstellungsarbeiten fällig geworden sei. Da diese Fertigstellungsarbeiten von der E._____ GmbH aufgeführt worden seien, habe die K._____ GmbH keinen Anspruch auf diese Vergütung gehabt. Mithin sei das Kapital der K._____ GmbH nicht geschmälert worden (Urk. HD 60 S. 6 f.). Sodann habe die E._____ GmbH bei beiden Einfamilienhäusern draufbezahlt. Für Arbeiten im Betrag von Fr. 81'750.- betreffend das Einfamilienhaus D._____ habe die E._____ GmbH Rechnung über Fr. 48'870.- (darin inbegriffen die Schlussrechnung D._____ von Fr. 19'600.-) gestellt; beim Einfamilienhaus C._____ seien für Arbeiten im Umfang von Fr. 30'2312.50 nur Rechnungen in der Höhe von Fr. 11'635.20 (darin inbegriffen die Schlussrechnung C._____ von Fr. 6'635.20) gestellt worden. Sodann habe die E._____ GmbH die Baugarantien gestellt (Urk. 60 S. 6 ff.).

E. 2.1.2

Eine Schädigung der K._____ GmbH durch die E._____ GmbH könne auch deshalb ausgeschlossen werden, weil in der Gesamtbetrachtung zu berücksichtigen sei, dass die E._____ GmbH auch die ausstehenden Löhne der K._____ GmbH in Höhe von Fr. 56'980.70 für Oktober 2009 und weitere Rechnungen in

- 11 - Höhe von Fr. 77'202.10 bezahlt habe. Diese Forderungen hätten sonst letztlich die Konkursmasse der K._____ GmbH belastet (Urk. 60 S. 3).

E. 2.2

Der Beschuldigte hält zusammengefasst dafür, dass die Überschuldung der K._____ GmbH gemäss den Jahresabschlüssen bis und mit Geschäftsjahr 2006 nur gering und auch 2007 noch nicht gravierend gewesen sei. Die Überschuldung sei jedenfalls nicht derart gravierend gewesen, dass "jeder verständige Mensch ohne weitere Abklärungen sofort gesehen hätte, dass die Aktiven die Schulden und die notwendigen Rückstellungen nicht zu decken vermögen". Auf die Benachrichtigung des Richters könne sodann verzichtet werden, so der Verteidiger unter Hinweis auf die Lehre, wenn konkrete Aussicht bestehe, die Überschuldung innert 60 Tagen zu beheben. Bis und mit Ende 2007 habe stets konkret die Aussicht bestanden, die Überschuldung zu beseitigen, insbesondere mittels Rangrücktritt oder Einschuss von neuem Kapital. Auch bei einer Benachrichtigung des Richters hätte dieser deshalb keineswegs den Konkurs eröffnet, sondern vielmehr aufgeschoben. Gemäss Ansicht des Verteidigers war die Gesellschaft per 31. Dezember 2008 definitiv überschuldet. Der diesbezügliche Bericht der Revisionsstelle datiert vom 16. September 2009. Am 16. Oktober 2009 sei dann die Benachrichtigung des Richters erfolgt (Urk. 60 S. 25).

E. 2.2.1

Dem Vorwurf betreffend Gläubigerbevorzugung mit Zahlungen an die F._____ AG im Umfang von Fr. 36'031.85 am 12. Oktober 2009 liegt ebenfalls der Kaufvertrag zwischen der K._____ GmbH als Verkäuferin und der E._____ GmbH als Käuferin vom 9. Oktober 2009 zugrunde. Der Beschuldigte als Organ der K._____ GmbH verkaufte damit das Anlagevermögen zum Preis von Fr. 35'000.– an die E._____ GmbH, welche sich verpflichtete, den Kaufpreis in bar zu bezahlen (Urk. HD 6/1). Entgegen dieser Abmachung beglich die E._____ GmbH am 12. Oktober 2009 die Forderung der Drittklassgläubigerin der K._____ GmbH, der F._____ AG. Die Vorinstanz hat diesen Vorgang ebenfalls als tatbestands- mässig nach Art. 167 StGB beurteilt (Urk. 78 S. 19–21).

E. 2.2.2

Wie bereits vor Vorinstanz liess der Beschuldigte vortragen, die For- derungen der F._____ AG seien fällig gewesen. Fällige Forderungen dürften vom Schuldner bezahlt werden. Vorliegend wäre es ohne Zweifel zulässig gewesen, wenn die E._____ GmbH die Fr. 35'000.– wie vertraglich vorgesehen an die K._____ GmbH bezahlt und diese damit die Rechnung der F._____ AG beglichen hätte (Urk. 60 S. 17). Sodann sei die Zahlung angesichts der drohenden Eintra- gung von Bauhandwerkerpfandrechten zu Lasten von drei Bauherren angezeigt gewesen. Der Beschuldigte habe die F._____ AG weder bevorzugen noch habe er in Kauf nehmen wollen, andere Gläubiger zu benachteiligen. Er habe sich wegen der drohenden Eintragung der Bauhandwerkerpfandrechte in einer Zwangs-

- 17 - lage befunden; er habe gehandelt, um Schaden für die Bauherren abzuwenden. Das Urteil bejahe sodann zu Unrecht den subjektiven Tatbestand (Urk. 73 S. 6; Urk. 60 S. 18).

E. 2.2.3

Dem Schuldner ist es im Zustand der Zahlungsunfähigkeit nicht mehr erlaubt, fällige Schulden durch unübliche Zahlungsmittel zu tilgen. Die Erfüllung einer fälligen Forderung durch Geldzahlung fällt somit nicht unter Art. 167 StGB und ist nicht strafbar, selbst dann nicht, wenn der Schuldner im Zeitpunkt der Geldzahlung davon Kenntnis hat, dass er überschuldet oder zahlungsunfähig ist. So kommt der Schuldner nur seinen obligatorischen Pflichten nach, was auch vollstreckungsrechtlich keine Weiterungen zeitigt, es sei denn, Art. 288 SchKG liege vor (BSK StGB-Brunner, 2. Aufl., Art. 167 N 19). Mit der Verteidigung ist davon auszugehen, dass der Umstand, dass die E._____ GmbH die Forderung der F._____ AG von über Fr. 35'000.– in ihrem Namen bezahlt hat, statt den Kaufpreis der K._____ GmbH zu überweisen, wel- che dann die Zahlung vorgenommen hätte, grundsätzlich kein unübliches Zah- lungsmittel indiziert. Somit ist vorliegend davon auszugehen, dass die Erfüllung der Forderung mittels Geldzahlung erfolgte. Allerdings kann der Beschuldigte da- raus keinen Vorteil für sich ableiten. Denn – wie die Vorinstanz zu Recht festge- halten hat (Urk. 72 S. 20) – liegt auch hier ein Fall vor, der unter die Norm von Art. 167 StGB fällt bzw. eine Anfechtung nach Art. 288 SchKG erlauben würde. Zur Begleichung der Forderung musste der Beschuldigte das Geschäftsmobiliar, das Werkzeug, die Baumaschinen, die Büromaschinen samt EDV sowie die teils ge- leasten Fahrzeuge zum Preis von Fr. 35'000.– verkaufen (Urk. HD 6/1). Dies ist gemäss Bundesgericht gleichwertig zu beurteilen, wie wenn eine verfallene Schuld durch unübliche Zahlungsmittel, nämlich durch die Hingabe der erwähnten Mobilien etc. an Zahlungs statt (i.c. der F._____ AG) getilgt würde. Entscheidend ist nämlich, dass die entsprechende Handlung nach ihrem Unrechtsgehalt den in den Art. 167 StGB genannten Regelbeispielen gleichwertig ist, sie gerade die Be- vorzugung einzelner Gläubiger zum Nachteil der

anderen bezweckt und sich in ihr die eindeutige Bevorzugungsabsicht des Täters objektiv deutlich manifestiert (BSK StGB-Hagenstein, 3. Aufl., Art. 167 N 18). Es liegt auch keine Verletzung

- 18 - des Anklageprinzips vor (Urk. 87 Ziff. 43), da es sich um eine von der Anklageschrift abweichende rechtliche Würdigung innerhalb des angeklagten Deliktes (Art. 167 StGB) handelt. Was der erneut von der Verteidigung vorgebrachte Einwand angeht, die E._____ GmbH habe die Gläubiger begünstigt und der Beschuldigte habe als deren Organ gehandelt, weshalb ihm nicht die Schuldneigenschaft gemäss Art. 29 StGB angerechnet werden könne, greift zu kurz. Zunächst ist auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz zu verweisen (Urk. 72 S. 20 f.). Zu ergänzen ist noch, dass der Beschuldigte als Organ der K._____ GmbH den Verkauf an die E._____ GmbH angeordnet hat (Urk. HD 6/1). Bei der Polizei erklärte er sodann, es sei kein unübliches Zahlungsmittel, wenn die K._____ GmbH anstatt Bargeld zu erhalten, ausgewiesene Kreditoren an die E._____ GmbH übergebe (Urk. HD 14 S. 18). Da der Beschuldigte sodann erklärermassen damit den Schaden für die K._____ abwenden wollte, belegt, dass er die Handlungen bei der E._____ GmbH vor allem im Interesse der K._____ GmbH veranlasst hat. Materiell handelte er damit als Organ der K._____ GmbH. In subjektiver Hinsicht wurde bereits vorstehend festgehalten, dass der Beschuldigte in Bezug auf seine Zahlungsunfähigkeit mit direktem Vorsatz gehandelt hat (vgl. vorstehend B.2.1.; Urk. 72 S. 19). Der Schuldner muss überdies in der Absicht handeln, die einen Gläubiger zum Nachteil der anderen zu bevorzugen, wobei hier Eventualabsicht reicht (BSK StGB-Hagenstein, 3. Aufl., Art. 167 N 41 ff.). Der Beschuldigte war sich mit der Bezahlung der Forderung der F._____ AG bewusst, dass durch seine Handlung zumindest die Möglichkeit geschaffen wird, einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer zu bevorzugen. Dass sich der Beschuldigte wegen der drohenden Eintragung der Bauhandwerkerpfandrechte in einer Zwangslage befunden haben will, um vermeintlichen Schaden abzuwenden, ändert daran nichts. Die Vorinstanz hat bereits darauf hingewiesen, dass der Beweggrund unerheblich ist (BSK StGB-Hagenstein, 3. Aufl., Art. 167 N 46).

E. 2.3

Die Vorinstanz hat den Standpunkt des Beschuldigten grundsätzlich zutreffend widerlegt und es kann, um Wiederholungen zu vermeiden, mit folgenden Ergänzungen, auf die entsprechenden Ausführungen verwiesen werden (Urk. 72 S. 25–30):

E. 2.3.1

Die Verteidigung wendete vor Vorinstanz und auch anlässlich der Berufungsverhandlung die Liquidität betreffend ein, die Forderungen des Beschuldigten (und seiner damaligen Ehepartnerin) als Gesellschafter gegenüber der K._____ GmbH (Konto ...) seien – materiell – nicht den kurzfristigen Verbindlichkeiten zuzuordnen, da sie diese Forderungen nicht geltend gemacht hätten. Unter Berücksichtigung dieser Korrektur ergebe sich, dass die kurzfristigen Verbindlichkeiten bis und mit Geschäftsjahr 2007 durch das Umlaufvermögen gedeckt gewesen seien (Urk. 60 Ziff. 84 f.; Urk. 73 Ziff. 28). Dem ist entgegenzuhalten, dass

- 21 - sich diese Aussagen anhand der Buchhaltungsunterlagen nicht erhärten lassen. Auch unter Abzug der Gesellschafterverbindlichkeiten laut Konto ... wird das Umlaufvermögen (UV) von den kurzfristigen Verbindlichkeiten (kV) übertroffen: im Jahr 2004 um Fr. 20'861.– (= Fr. 155'273.– [UV] - Fr. 176'134.– [kV]); im Jahr 2005 um Fr. 112'481.– (= Fr.

271'479.– [UV] - Fr. 158'998.– [kV]); im Jahr 2006 um Fr. 4'152.– (= Fr. 607'389.– [UV] - Fr. 611'541.– [kV]); und im Jahr 2007 um Fr. 46'948.– (= Fr. 309'996.– [UV] - Fr. 356'944.– [kV]). Im Jahr 2008 wurde das Umlaufvermögen von Fr. 398'785.– von den kurzfristigen Verbindlichkeiten von Fr. 826'018.– um Fr. 427'233.– übertroffen (Urk. HD 2/2 und 2/3, jeweilige Jahresabschlüsse). Keine Rolle spielt für die Liquiditätsbetrachtung das Abgrenzungsproblem betreffend Kapitalerhöhung von Fr. 120'000.– für das Jahr 2006, da es sich dabei – entgegen dem Polizeibericht (Urk. HD 1 S. 27) – um eine langfristige Verbindlichkeit handelt (weil spätere Umwandlung in Eigenkapital). Der Beschuldigte kämpfte somit während der ganzen Geschäftstätigkeit mit einer ungenügenden Liquidität.

E. 2.3.2

Sodann bringt die Verteidigung vor, dass die Überschuldung in den Geschäftsjahren 2004 bis und mit 2007 hätte verhindert werden können (Urk. 73 Ziff. 26). Diesem Argument kann, soweit nicht bereits durch die Vorinstanz widerlegt (Urk. 72 S. 27), nicht gefolgt werden. Der Verteidiger hat zwar in seinem Plädoyer minutiös für jedes Geschäftsjahr die Möglichkeiten aufgezeigt, wie sich die Überschuldung hätte beseitigen lassen können (Urk. 60 Ziff. 74 bis 77). Indessen hat der Beschuldigte als verantwortlicher Geschäftsführer – ausser mehrmaligen Darlehensgewährungen – keine weiteren Schritte unternommen, die sich angesichts der manifesten Überschuldungsanzeichen aufgedrängt hätten. Es ist deshalb müssig, im Nachhinein Sanierungsszenarien aufzuzeigen, die die Überschuldung zumindest bilanzmässig beseitigt hätten. Die Handlungsanweisung nach Art. 725 Abs. 2 OR, der dem Schutze der Fremdkapitalgeber bzw. Gesellschaftsgläubiger dient, wurde vom Beschuldigten mitnichten eingehalten. Wie der Richter im Falle der Benachrichtigung entschieden hätte, hat die Vorinstanz deshalb zu Recht nicht weiter thematisiert. Ebenso bleibt die Frage hypothetisch, ob nach Erstellen einer Zwischenbilanz und der Vorlage an einen zugelassenen Revisor von einer Benachrichtigung des Richters hätte abgesehen werden können.

- 22 - Der Beschuldigte hat trotz bestehender begründeter Besorgnis einer Überschuldung nicht rechtzeitig eine Zwischenbilanz erstellen lassen. Abgesehen davon wurden die vom Verteidiger erwähnten Möglichkeiten, wie Rangrücktritte (welche bekanntermassen die Überschuldung nicht reduzieren), Umwandlung der Gesellschafterverbindlichkeiten in Eigenkapital und Darlehensgewährung teilweise appliziert, ohne nachhaltige Remedur zu schaffen bzw. die Überschuldung zu beseitigen und das Liquiditätsproblem zu lösen.

E. 2.3.3

Die Verteidigung macht eine Verletzung des Anklageprinzips geltend, in dem die Anklage nicht angebe, wann die Massnahmen nach Art. 725 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 817 Abs. 1 aOR (bzw. ab dem Jahre 2008 Art. 820 OR) hätten ergriffen werden müssen (Urk. 60 Ziff. 88; Urk. 73 Ziff. 27). Die Anklage wirft dem Beschuldigten vor, dass sich die finanzielle Lage der K._____ GmbH seit der Gesellschaftsgründung während der Geschäftsführung durch den Beschuldigten massiv verschärft habe, ersichtlich anhand der Hinweise der jeweils zuständigen Treuhänder und Revisoren bzw. der Bilanzen. All dies sei dem Beschuldigten bekannt gewesen bzw. er habe zumindest billigend in Kauf genommen, indem er sich nicht gemäss den ihm als Geschäftsführer und Gesellschafter obliegenden Pflichten um entsprechende Informationen bemüht habe bzw. wenn er diese von den jeweiligen Treuhändern bekommen habe, diese ignoriert habe. Der Beschuldigte habe spätestens 2007 aufgrund von Betreibungen gegen die K._____ GmbH erkannt, dass diese in einer

latentem Finanzkrisen gesteckt habe und somit eine begründete Besorgnis einer Überschuldung bestanden habe. Die Jahresergebnisse 2006, 2007 und 2008 bis zur Konkurseröffnung am 16. November 2009 sowie die dem Beschuldigten bekannten Betreibungen in den Jahren 2006–2009 gemäss Betreibungsregister I. _____ hätten dieser Besorgnis zusätzliches Gewicht verliehen (Urk. 38 S. 8 unten/Seite 9 oben). Eine Verletzung des Anklageprinzips ist nicht ersichtlich. Der Zeitpunkt "spätestens 2007" ist zwar als Zeitangabe nicht sehr präzise, wobei die Anklage zugunsten des Beschuldigten so zu interpretieren ist, dass er spätestens Ende 2007 hätte erkennen müssen, dass eine begründete Besorgnis einer Überschuldung bestand. Entgegen der Verteidigung stellt sodann die Erwähnung des altrechtli-

- 23 - chen Artikel 817 Ziff. 1 OR in der Anklage, der bis Ende 2007 in Kraft war, keine Verletzung des Anklageprinzips dar. Dieser Artikel verweist auf die Vorschriften des Aktienrechts (Art. 725/725a); die Rechtslage ist auch mit dem ab 2008 geltenden Artikel 820 OR unverändert, wie die Vorinstanz zu Recht festgehalten hat (Urk. 72 S. 28).

E. 2.3.4

Eigenen Angaben zufolge wurde der Beschuldigte bereits von seinem damaligen Treuhänder R. _____ auf die Überschuldung im Jahre 2004 angesprochen (Urk. 58A S. 3). Ebenso hat die Treuhänderin S. _____ als Zeugin glaubhaft ausgesagt, sie habe den Beschuldigten am 3. November 2008 im Gespräch darauf hingewiesen, dass es die Aufgabe des Geschäftsführers sei, bei einer Überschuldung die Bilanz zu deponieren (Urk. 9 S. 9). Entgegen der Ansicht der Verteidigung (Urk. 60 Ziff. 82) legt die Treuhänderin kein widersprüchliches Verhalten an den Tag, wenn sie trotz dieser Erkenntnis das Revisionsmandat per 19. März 2009 übernommen hat, zumal sie sich mit dieser Aussage eher belastet, hätte sie ja umgehend nach Übernahme des Mandats den Richter benachrichtigen müssen. Zu beachten ist auch, dass sie den Beschuldigten seit langem kannte und ihn habe unterstützen wollen, weil sie ihm ein Stück Glauben geschenkt hätte, dass er die K. _____ GmbH retten könne. Sie hätte auch gewusst, dass die K. _____ GmbH Abzahlungsvereinbarungen mit den Sozialversicherungen erreicht hätte (Urk. HD 7/4 S. 1 und 5). Deshalb erscheint die Mandatsübernahme nicht ungewöhnlich. Indessen wird der Beschuldigte durch die Übernahme des Mandats trotz vorherigem Überschuldungshinweis nicht entlastet. Als Geschäftsführer obliegt ihm die Pflicht, auf diesen Hinweis entsprechend zu reagieren. Zu Recht hat deshalb die Vorinstanz die Versäumnisse des Beschuldigten als Geschäftsführer aufgeführt und ist zum Schluss gekommen, er hätte nach diesem Gespräch die Bilanz deponieren müssen, insbesondere auch vor dem Hintergrund, dass alle seine bisherigen Versuche, die K. _____ GmbH mit zusätzlichen finanziellen Mitteln zu retten, gescheitert waren. Es kann vollumfänglich auf die vorinstanzlichen Ausführungen verwiesen werden (Urk. 78 S. 28–30). 3. Insgesamt ist festzuhalten, dass der Beschuldigte den Tatbestand im Sinne von Art. 165 Ziff. 1 StGB in objektiver und subjektiver Hinsicht erfüllt hat.

- 24 - D. Zusammenfassung Schuldpunkt Der Beschuldigte ist somit der Misswirtschaft im Sinne von Art. 165 Ziff. 1 StGB sowie der mehrfachen Bevorzugung eines Gläubigers im Sinne von Art. 167 StGB schuldig zu sprechen. Hingegen ist er vom Vorwurf des betrügerischen Konkurses im Sinne von Art. 163 Ziff. 1 StGB freizusprechen. IV. Strafe und Vollzug 1. Zu den allgemeinen Grundsätzen der Strafzumessung sowie zur Tat- und Täterkomponente hat sich die Vorinstanz eingehend geäußert (Urk. 72 S. 37 f.). 2. Hat der Täter durch eine oder mehrere Handlungen die Voraussetzungen für mehrere gleichartige

Strafen erfüllt, so verurteilt ihn das Gericht zu der Strafe der schwersten Straftat und erhöht sie angemessen. Es darf jedoch das Höchstmass der angedrohten Strafe nicht um mehr als die Hälfte erhöhen und ist an das gesetzliche Höchstmass der Strafart gebunden (Art. 49 Abs. 1 StGB). Bei der Bildung der Gesamtstrafe nach Art. 49 Abs. 1 StGB hat der Richter in einem ersten Schritt den Strafrahmen für die schwerste Straftat zu bestimmen und alsdann die Einsatzstrafe für diese Tat, unter Einbezug aller strafe erhöhenden und strafmindernden Umstände, innerhalb dieses Strafrahmens festzusetzen. In einem zweiten Schritt hat er diese Einsatzstrafe unter Einbezug der anderen Straftaten in Anwendung des Asperationsprinzips angemessen zu einer Gesamtstrafe zu erhöhen, wobei er ebenfalls den jeweiligen Umständen Rechnung zu tragen hat (BGE 127 IV 101 E. 2b mit Hinweis; Urteil 6B_460/2010 vom 4. Februar 2011 E. 3.3.4 mit Hinweis, nicht publ. in: BGE 137 IV 57). Als schwerste Tat gilt grundsätzlich jene, die mit dem schärfsten Strafrahmen bedroht ist (BSK Strafrecht I- Ackermann, 3. Aufl., Basel 2013, Art. 49 N 116 mit weiteren Hinweisen). Vorliegend ist von Misswirtschaft als schwerste Tat auszugehen, die mit bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe oder Geldstrafe bestraft wird. Die vorliegend gegebene Deliktsmehrheit wirkt sich zudem grundsätzlich strafschärfend aus und ist jedenfalls im Rahmen der Strafzumessung strafe erhöhend

- 25 - zu berücksichtigen (Hug, in: Donatsch/Flachsmann/Hug/Weder, Schweizerisches Strafgesetzbuch, 19. Aufl., Zürich 2010, Art. 48a N 4). Der Strafrahmen beträgt demnach Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen. 3. Was die objektive Tatschwere angeht, so fällt ins Gewicht, dass wegen des Verhaltens des Beschuldigten eine massive Überschuldung der K. _____ GmbH entstanden ist. Hätte er bereits im Verlauf des Jahres 2008 bzw. spätestens im November 2008 die erforderlichen Massnahmen nach Art. 725 OR ergriffen, wäre die Überschuldung nicht auf über Fr. 500'000.- angestiegen. Nicht ausser Acht zu lassen ist indessen, dass selbst bei Einleitung der erforderlichen Massnahmen im November 2008 wohl schon ein Grossteil der Überschuldung entstanden war. Das objektive Tatverschulden wiegt deshalb noch leicht. In subjektiver Hinsicht ist zu beachten, dass der Beschuldigte mit seinem Verhalten in erster Linie grösseren Schaden abwenden und auch für die Weiterbildung seiner Arbeitnehmer sorgen wollte. Er hat sich dadurch auch selber finanziell geschadet, indem er mit doch erheblich eigenen Mitteln versuchte, das Geschäft über Wasser zu halten. Verschuldensmässig zu seinen Lasten ist zu gewichten, dass er über eine längere Zeit hinweg mehrere Warnsignale bewusst missachtet hat und auch dem Rat der jeweiligen Treuhänder nicht folgte. Das subjektive Tatverschulden, insbesondere die äusserst geringe kriminelle Energie des Beschuldigten, führt indessen zu einer Relativierung der objektiven Tatschwere. Sein Verschulden ist insgesamt als leicht zu werten. Die hypothetische Einsatzstrafe ist auf 70 Tage festzusetzen. Was die Täterkomponente angeht, so hat die Vorinstanz die persönlichen Verhältnisse zutreffend gewürdigt (Urk. 78 S. 39). Anlässlich der Berufungsverhandlung bestätigte er seine Angaben, insbesondere seine finanziellen Verhältnisse. Er arbeitet als Bauleiter bei der T. _____ AG und verdient monatlich Fr. 8'200.- netto zuzüglich 13. Monatslohn. Seine Wohnkosten belaufen sich auf

- 26 - Fr. 1'325.- pro Monat. Zudem muss er monatliche Unterhaltszahlungen für seine Ex-Frau und seine Kinder im Umfang von insgesamt Fr. 4'650.- bezahlen. Die Krankenkassenprämien betragen pro Monat Fr. 300.-. Seine Schulden bei der ZKB und der AHV belaufen sich auf über Fr. 200'000.- (Urk. 80; Prot. II S. 9 f.; Urk. 58A S. 28). Der Beschuldigte ist nicht vorbestraft (Urk. 86). Den objektiven Sachverhalt hat er eingestanden

und er hat sich, wie die Vorinstanz zutreffend festhielt, in der Untersuchung sehr kooperativ verhalten. Diesen Umständen ist leicht strafmindernde Rechnung zu tragen.

Straferhöhungsgründe sind keine ersichtlich. Insgesamt erweist sich eine Einsatzstrafe von 60 Tagen als angemessen. 5. Wie bereits erwähnt, ist in einem zweiten Schritt diese Einsatzstrafe unter Einbezug der anderen Straftaten in Anwendung des Asperationsprinzips angemessen zu einer Gesamtstrafe zu erhöhen, wobei ebenfalls den jeweiligen Umständen Rechnung zu tragen ist. Das Tatverschulden betreffend der Bevorzugung eines Gläubigers wiegt leicht. Der Beschuldigte hat zwar im Wissen um die prekäre finanzielle Situation Anlagevermögen veräussert, um einen Gläubiger (F. _____ AG) zu befriedigen. Sein Beweggrund war jedoch in erster Linie, die angedrohten Bauhandwerkerpfandrechte zu verhindern. Die Begleichung seiner eigenen aufgelaufenen Lohnansprüche im Betrag von Fr. 20'000.– mittels Veräusserung des Warenlagers zeugt hingegen von einem eigenen finanziellen Interesse, was leicht verschuldenserhöhend ins Gewicht fällt. Unter Berücksichtigung der Täterkomponente (vgl. vorstehend) erscheint eine hypothetische Einsatzstrafe von 30 Tagen als angemessen. Auszugehen ist von der Einsatzstrafe von 60 Tagen. Zu berücksichtigen ist sodann der Umstand, dass alle Delikte mit dem Konkurs der K. _____ GmbH zusammenhängen. Insgesamt erweist sich in Anwendung des Asperationsprinzips eine Strafe von 75 Tagen als gerechtfertigt.

- 27 - 6. Diese Strafe ist als Geldstrafe auszusprechen. Angesichts der finanziellen Verhältnisse erscheint ein Tagessatz von Fr. 30.– als angemessen. Der Vollzug ist aufzuschieben und die Probezeit auf 2 Jahre festzusetzen. Auf eine Verbindungsbusse ist zu verzichten, da keine zusätzliche Warnwirkung notwendig erscheint. V. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Ausgangsgemäss ist die erstinstanzliche Kostenaufgabe (Ziff. 9) zu bestätigen. 2. a) Die Privatklägerin beantragt, der Beschuldigte sei zu verpflichten, ihr eine Parteientschädigung für notwendige Aufwendungen im Strafverfahren von Fr. 7'516.05 zzgl. Spesen von 3 % und MwSt. von 7.6 % für die Jahre 2009–2010 resp. 8 % für die Jahre 2011–2013 zu bezahlen (Urk. 74 S. 2). b) Die Vorinstanz befand, dass der Beschuldigte vom Hauptantrag der Privatklägerin, d.h. vom Vorwurf des Betrugs freigesprochen worden sei, weshalb die Privatklägerin diesbezüglich mit ihrem Antrag unterliege. Den Akten sei sodann zu entnehmen, dass der Aufwand der Privatklägerin zu einem grossen Teil die Zivilforderungen betreffe und eine Abgrenzung zwischen Zivil- und Strafpunkt von der Privatklägerin nicht vorgenommen werden konnte. Aus diesen Gründen verwies die Vorinstanz die Entschädigungsforderungen der Privatklägerin auf den Zivilweg (Urk. 72 S. 43 f.). Die Privatklägerin bringt vor, ihre Aufwendungen hinsichtlich des Zivil- und Strafpunkts genügend unterschieden zu haben. Den weitaus grössten Teil der Aufwendungen habe sodann den Strafpunkt und nicht den Zivilpunkt betroffen. Sie habe entgegen der Ansicht der Vorinstanz keinen Hauptantrag auf Verurteilung des Beschuldigten wegen Betrugs gestellt, sondern sich der Anklage angeschlossen (Urk. 74 S. 9). c) Die Privatklägerschaft hat ihre Entschädigungsforderung bei der Strafbehörde zu beantragen, zu beziffern und zu belegen. Kommt sie dieser Pflicht

- 28 - nicht nach, so tritt die Strafbehörde auf den Antrag nicht ein (Art. 433 Abs. 2 StPO). Sie hat hierbei den Bestand und den Umfang des geltend gemachten Schadens wie aber auch die Ursächlichkeit des Strafverfahrens für diesen Schaden zu beweisen (Urteil des Bundesgerichts 6B_234/2013 vom 8. Juli 2013, E.

Mit seiner Berufungserklärung stellte der Beschuldigte die Beweisanteile, es seien J._____ als Zeuge und er selbst einzuvernehmen (Urk. 73 S. 7 f.).

E. 4

Die Berufung hat im Umfang der Anfechtung aufschiebende Wirkung (Art. 402 StPO). Die nicht von der Berufung erfassten Punkte erwachsen in Rechtskraft (Schmid, StPO Praxiskommentar, Art. 402 N 1; Art. 437 StPO). Vorliegend beantragt der Beschuldigte einen vollumfänglichen Freispruch (Urk. 73 S. 3). Die Privatklägerin A._____ AG beantragt in Aufhebung von Dispositivziffer 11 die Zusprechung einer Prozessentschädigung zulasten des Beschuldigten (Urk. 74 S. 2). Das vorinstanzliche Urteil ist somit bezüglich der Dispositivziffern 2 (Freispruch), 6 und 7 (Zivilforderungen) sowie 8 (Kostenaufstellung) in Rechtskraft erwachsen, was vorab mit Beschluss festzustellen ist. II. Prozessuales Dem Beweisangebot des Beschuldigten, wonach er an der Berufungsverhandlung nochmals einzuvernehmen sei, insbesondere dazu, wer – E._____ GmbH oder K._____ GmbH – die von der E._____ GmbH am 3. November 2009 in Rechnung gestellten und im Betrag von Fr. 6'635.20 und Fr. 19'600.– vereinbarten Arbeiten ausgeführt habe, ist ohne weiteres stattzugeben. Zur beantragten Zeugeneinvernahme von J._____ wird an entsprechender Stelle weiter unten Stellung genommen. III. Materielles 1. Im Berufungsverfahren wird dem Beschuldigten noch Folgendes zum Vorwurf gemacht: betrügerischer Konkurs und Pfändungsbetrug im Sinne von Art. 163 Ziff. 1 StGB im Zusammenhang mit der Vereinnahmung der Schlussrechnungen der Einfamilienhäuser C._____ und D._____ durch die E._____

- 9 - GmbH (nachfolgend unter A.); mehrfache Bevorzugung eines Gläubigers im Sinne von Art. 167 StGB im Zusammenhang mit den Zahlungen an die F._____ AG sowie der Verrechnung des Kaufpreises für die Vorräte von Fr. 20'000.– mit Lohn Guthaben des Beschuldigten (nachfolgend unter B.) sowie Misswirtschaft im Sinne von Art. 165 Ziff. 1 StGB (nachfolgend unter C.). 2. Unbestritten wurde über die K._____ GmbH mit Datum vom 16. November 2009 der Konkurs eröffnet und am 7. Januar 2010 mangels Aktiven eingestellt (Urk. HD 14 S. 3 ff.; 15 S. 2 f.; 17 S. 2). Damit ist die objektive Strafbarkeitsbedingung der Eröffnung des Konkurses bei allen drei Straftatbeständen nach Art. 163, 165 und 167 StGB erfüllt. 3. Ebenfalls unbestritten blieb die Eigenschaft des Beschuldigten als Geschäftsführer mit Einzelunterschrift und – zusammen mit seiner damaligen Ehefrau – als Gesellschafter der K._____ GmbH. A. Betrügerischer Konkurs und Pfändungsbetrug im Sinne von Art. 163 Ziff. 1 StGB 1. Dieses Delikt begeht der Schuldner, der zum Schaden der Gläubiger sein Vermögen zum Schein vermindert, namentlich Vermögenswerte beiseite schafft oder verheimlicht, Schulden vortäuscht, vorgetäuschte Forderungen anerkennt oder deren Geltendmachung veranlasst, wenn über ihn der Konkurs eröffnet oder gegen ihn ein Verlustschein ausgestellt worden ist. In tatsächlicher Hinsicht geht der Vorwurf dahin, dass der Beschuldigte am

E. 5

September 2009 als Nachfolge- bzw. Auffanggesellschaft der K._____ GmbH die E._____ GmbH im Handelsregister habe eintragen lassen und als deren alleiniger Geschäftsführer mit Einzelunterschrift geamtet habe. Der Beschuldigte habe einen schriftlichen Kaufvertrag vom 9. Oktober 2009 aufgesetzt bzw. aufsetzen lassen zwischen der K._____ GmbH als Verkäuferin und der E._____ GmbH als Käuferin, u.a. mit der Pflicht der Letzteren, die angefangenen Bauten fertig zu stellen und auch die Baugarantien gemäss SIA zur

Verfügung zu stellen. Der Beschuldigte bzw. die E._____ GmbH habe dann im Zusammenhang mit dem Ein-

- 10 - familienhaus C._____ (...-strasse in L._____) am 3. November 2009 als Ersatz für die Schlussrechnung der K._____ GmbH vom 16. August 2009 Rechnung an die Generalunternehmung M._____ AG gestellt und den Rechnungsbetrag von Fr. 6'635.20 vereinnahmt. Mit dem gleichen Vorgehen habe er bzw. die E._____ GmbH im Zusammenhang mit dem Einfamilienhaus D._____ (N._____ [Lage]) den Rechnungsbetrag von Fr. 19'600.– vereinnahmt. Deshalb sei im Betrag von Fr. 26'235.20 das Kapital der K._____ GmbH zum Nachteil der Gläubiger bzw. der Geschädigten Konkursamt I._____ bewusst und gewollt geschmälert worden (Urk. 38 S. 5 und 6).

E. 5.1

m.w.H.). Tritt die Behörde auf den Entschädigungsanspruch ein, wird darüber im Endentscheid befunden; er kann nicht auf den Zivilweg verwiesen werden (SCHMID, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 2. Aufl., Zürich/ St. Gallen 2013, N. 1831). Die Privatklägerin hat ihre Aufwendungen konkret ausgewiesen und zwischen den Aufwendungen im Zivilpunkt und denen im Strafpunkt differenziert. Formell hat sie zwar nicht zwischen einem Hauptantrag und Nebenansprüchen unterschieden, aus den erstinstanzlichen Plädoyernotizen der Privatklägerin erhellt jedoch, dass ihre Ausführungen insbesondere den eingeklagten Tatbestand des Betrugs in Sinne von Art. 146 StGB betrafen; darauf stützte sie auch ihre Zivilforderungen hauptsächlich ab (Urk. 59). Der Beschuldigte wurde von der Vorinstanz in vier von sieben Anklagepunkten freigesprochen, insbesondere auch vom Vorwurf des Betrugs nach Art. 146 StGB. Die Privatklägerin unterlag somit hinsichtlich des Schuldpunkts mehrheitlich, wobei sie vor allem mit ihrem Hauptantrag, der Schuldigsprechung des Beschuldigten bezüglich des Betrugs, nicht durchdrang. Der Privatklägerin ist für das Vorverfahren und das erstinstanzliche Verfahren keine Prozessentschädigung zuzusprechen. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz kann dieser Anspruch nicht auf den Zivilweg verwiesen werden. 3. Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Im Schuldpunkt obsiegt der Beschuldigte teilweise, ebenfalls im Strafpunkt hinsichtlich der Höhe der Geldstrafe und des Wegfalls der Verbindungsbusse. Es rechtfertigt sich daher, die Kosten des Berufungsverfahrens, ausgenommen die Kosten der amtlichen Verteidigung, zur Hälfte dem Beschuldigten aufzuerlegen und zur Hälfte auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung sind auf die

- 29 - Gerichtskasse zu nehmen. Vorbehalten bleibt die Rückforderung im Umfang der Hälfte gestützt auf Art. 135 Abs. 4 StPO. 4. Der Beschuldigte beantragte im Falle eines Freispruchs vor Vorinstanz eine Umtriebsentschädigung von Fr. 6'120.– (Urk. 60 N 123). Die Vorinstanz hat ohne Begründung keine solche zugesprochen. Der Beschuldigte wurde in fünf von sieben Anklagepunkten freigesprochen. Es rechtfertigt sich deshalb, für seine Umtriebe für das gesamte Verfahren eine reduzierte Entschädigung von Fr. 4'200.– zuzusprechen (Art. 426 Abs. 2 StPO). Das Verrechnungsrecht mit den Untersuchungs- und Gerichtskosten bleibt vorbehalten. 5. Die Privatklägerin unterliegt mit ihrem Antrag vollumfänglich, weshalb ihr für das Berufungsverfahren keine Prozessentschädigung zuzusprechen ist. Es wird beschlossen:

E. 9

Oktober 2009 den Kaufpreis für die Vorräte mit seinem Lohnguthaben von Fr. 20'000.– verrechnen lassen. Sodann habe er die Forderung einer ausgewählten Drittklassgläubigerin der K._____ GmbH, der F._____ AG, im Namen der E._____ GmbH im Gesamtbetrag von Fr. 36'031.85 beglichen. Der Beschuldigte ist, was den äusseren Sachverhalt angeht, geständig. Es ist deshalb vom diesbezüglichen Anklagesachverhalt (Urk. 38 S. 6 untere Hälfte, S. 7 obere Hälfte; S. 7 untere Hälfte, S. 8 obere Hälfte) auszugehen.

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