

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB210481-O/U/hb

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. Spiess, Präsident, die Oberrichterinnen
lic. iur. Bertschi und lic. iur. Ohnjec sowie Gerichtsschreiber
MLaw Pandya

Urteil vom 12. April 2022

in Sachen

A._____,

Beschuldigter und Berufungskläger

verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **Misswirtschaft**

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 10. Abteilung - Einzelgericht, vom 8. April 2021 (GB200058)

Anklage:

Der Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich - Sihl vom 28. Juli 2020 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 9).

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte ist schuldig der Misswirtschaft im Sinne von Art. 165 Ziff. 1 Abs. 1 StGB.
2. Der Beschuldigte wird bestraft einer Geldstrafe von 180 Tagessätzen zu Fr. 200.– sowie mit einer Busse von Fr. 7'200.–.
3. Bezahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 36 Tagen.
4. Der Vollzug der Geldstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 4 Jahre festgesetzt. Die Busse ist zu bezahlen.
5. Die Entscheidunggebühr wird angesetzt auf:
Fr. 1'200.–; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 800.– Gebühr für das Vorverfahren
Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
6. Die Kosten werden dem Beschuldigten auferlegt.

Berufungsanträge:

- a) Der Verteidigung des Beschuldigten:
(Urk. 32 S. 2 und Urk. 41 S. 1)
 1. Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 8. April 2021 aufzuheben und der Beschuldigte vollumfänglich freizusprechen.
 2. Von einer Bestrafung des Beschuldigten sei abzusehen.

3. Der Beschuldigte sei, insbesondere für die erbetene Verteidigung, angemessen zu entschädigen und die Kosten des Verfahrens seien auf die Staatskasse zu nehmen.
- b) Der Vertreter der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich:
(Urk. 35)
- Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

Erwägungen:

I. Prozessgeschichte und Verfahrensgegenstand

1. Der Beschuldigte A. _____ wurde mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 10. Abteilung - Einzelgericht, vom 8. April 2021 der Misswirtschaft im Sinne von Art. 165 Ziff. 1 Abs. 1 StGB schuldig gesprochen. Er wurde mit einer Geldstrafe von 180 Tagessätzen zu Fr. 200.– sowie mit einer Busse von Fr. 7'200.– bestraft. Für die Nichtbezahlung der Busse wurde eine Ersatzfreiheitsstrafe von 36 Tagen festgelegt. Der Vollzug der Geldstrafe wurde aufgeschoben und die Probezeit auf 4 Jahre festgesetzt (Urk. 30 S. 32 f.). Gegen dieses Urteil liess der Beschuldigte Berufung anmelden (Urk. 26).
2. Der Beschuldigte reichte innert Frist die Berufungserklärung ein (Urk. 29/2 und Urk. 32). Er beantragt die Aufhebung des Urteils und einen vollumfänglichen Freispruch. Er sei für die erbetene Verteidigung angemessen zu entschädigen und die Kosten des Verfahrens seien auf die Staatskasse zu nehmen (Urk. 32 S. 2). Die Staatsanwaltschaft verzichtete auf eine Anschlussberufung (Urk. 35). Mit Eingabe vom 15. November 2021 reichte der Beschuldigte das Datenerfassungsblatt ein (siehe Urk. 38/1 und Urk. 38/2).

3. Zur Berufungsverhandlung erschien der Beschuldigte persönlich mit seiner erbetenen Verteidigung (Prot. II S. 3). Beweisanträge wurden keine gestellt. Das Verfahren ist spruchreif.

II. Prozessuales

1. Anklagegrundsatz

1.1. Die Verteidigung macht eine Verletzung des Anklagegrundsatzes geltend. Es genüge mit Hinblick auf Art. 9 StPO und 325 StPO sowie Art. 6 Abs. 3 lit. a EMRK nicht, wenn es die Staatsanwaltschaft im Strafbefehl unterlasse, in nachvollziehbarer Weise darzulegen, worin genau das (eventual-) vorsätzliche Verhalten des Beschuldigten bestanden haben solle. Wann und wo die erste Betreibung, deren Zustellungszeitpunkt von der Staatsanwaltschaft als ausschlaggebendes Datum für die Festsetzung des Besorgniszeitpunkts angesehen werde, dem Beschuldigten zugestellt worden sein solle, lasse sich an keiner Stelle im Strafbefehl finden. Es genüge eben nicht, dass dem Beschuldigten nebulös der Vorwurf gemacht bzw. unterstellt werde, er habe "irgendwann" Kenntnis von der Betreibung erhalten. Es müsse aus der Anklage hervorgehen, wann er genauer Kenntnis erhalten habe und ob überhaupt eine solche Betreibung jemals an ihn zugestellt worden sei. Dies wäre in nachvollziehbarer Weise darzulegen und entsprechend durch die Staatsanwaltschaft in der Folge auch zu beweisen gewesen. Die Zustellung der Betreibung an den Beschuldigten, geschweige denn eine entsprechende Kenntnisnahme, werde von der Staatsanwaltschaft gar nicht erst behauptet. Man finde in den Akten keinen Nachweis, dass die Betreibung je irgendjemandem zugestellt worden sei, bzw. welche Person einen allfällig zugestellten Zahlungsbe- fehl entgegengenommen hätte. Schliesslich sei aus der Anklageschrift nicht ersichtlich, inwiefern eine persönliche Zurechenbarkeit und persönliches Verschulden gegeben seien (Urk. 22/1 S. 4).

1.2. Die Vorinstanz hält fest, dass dem Beschuldigten zusammengefasst vorge- worfen werde, als einziger Verwaltungsrat der B._____ AG trotz bestehender Be- sorgnis einer Überschuldung der Gesellschaft keine Zwischenbilanz erstellt bzw. diese nicht beim Konkursrichter "deponiert" und somit eine weitere Verschlechte-

rung der Vermögenslage der Gesellschaft und daraus resultierend eine Konkursverschleppung herbeigeführt zu haben, was der Beschuldigte für ernsthaft möglich gehalten bzw. in Kauf genommen habe. Damit umschreibe der Strafbefehl den Vorwurf in objektiver und subjektiver Hinsicht, weiter nenne er die gebotenen Handlungen unter Verweis auf die entsprechenden gesellschaftsrechtlichen Normen. Für den Beschuldigten sei eindeutig erkennbar, dass es um eine das Geschäftsjahr 2016 betreffende Verletzung seiner Pflichten als Verwaltungsrat gehe, welche eine Verschlimmerung der Vermögenslage sowie eine Konkursverschleppung zur Folge gehabt habe. Bei einschlägigen Sachverhalten im Zusammenhang mit Art. 165 StGB gehe es in der Regel weniger um ein einzelnes Verhalten, als vielmehr um ein allgemein pflichtwidriges Globalverhalten. Eine Aufteilung von Einzelhandlungen, welche eine Verschlimmerung der Vermögenslage herbeiführten, wäre daher systemwidrig (Urk. 30 S. 6 m.w.H. auf OFK StGB-DONATSCH, 20. Aufl., N 2 zu Art. 165 StGB und BGE 123 IV 193, S. 195). Im Zusammenhang mit Art. 165 StGB werde dem Anklagegrundsatz demnach Genüge getan, wenn die Handlungen in zeitlicher und örtlicher Hinsicht lediglich approximativ umschrieben würden. Der Strafbefehl genüge diesen Anforderungen. Wann die entsprechenden Forderungen in Betreuung gesetzt worden seien bzw. wann genau der Beschuldigte Kenntnis der besagten Zahlungsbefehle erhalten habe, sei schon nur deshalb von nachrangiger Bedeutung, als dass vorliegend im Hinblick auf die Vermögenslage der Gesellschaft primär der Zeitpunkt der Entstehung der Forderung bzw. deren Fälligkeit interessiere. Die Staatsanwaltschaft sei ihrer Pflicht nicht nachgekommen, den Zeitpunkt, in welchem Besorgnis einer Überschuldung bestanden haben solle, zu nennen, zumal sie festgehalten habe, dass dies "spätestens" am 13. Juli 2016 der Fall gewesen sein müsse (Urk. 30 S. 6). Anlässlich der Berufungsverhandlung ergänzte die Verteidigung, dass im vorinstanzlichen Urteil die angebliche arge Nachlässigkeit des Beschuldigten anders konstruiert werde als aufgrund der Betreibungen bzw. ein gemäss Anklageschrift massgebliches Besorgnisdatum. Mithin seien die Tatumstände, welche gemäss Anklageschrift strafbegründend seien, im Urteil nicht berücksichtigt, was umgekehrt heisse, dass die erstinstanzliche Verurteilung auf Tatumständen fusse, welche in der Anklageschrift nicht rechtsgenügend umschrieben seien (Urk. 41 S. 4).

1.3. Gemäss Art. 9 Abs. 1 StPO kann eine Straftat nur dann gerichtlich beurteilt werden, wenn die Staatsanwaltschaft gegen eine bestimmte Person wegen eines genau umschriebenen Sachverhalts beim zuständigen Gericht Anklage erhoben hat. Dieser sogenannte Anklagegrundsatz dient insbesondere dazu, das Thema des Strafprozesses einzugrenzen. Ferner soll sich der erhobene Vorwurf im Verlauf des Prozesses nicht beliebig ändern können. Zudem soll der Beschuldigte wissen, was ihm vorgeworfen wird, damit er sich verteidigen kann (BSK StPO-NIGGLI/HEIMGARTNER, 2. Aufl., N 18 ff. zu Art. 9 StPO). Im Zusammenhang mit dem Tatbestand von Art. 165 Ziff. 1 StGB ist hervorzuheben, dass es sich um eine Generalklausel handelt. Sie knüpft nicht an ein unzulässiges Verhalten an, sondern an prinzipiell erlaubte Arten des Wirtschaftens, die vom Täter allerdings in einer Art betrieben werden, dass er seine Vermögenslage dadurch zumindest verschlimmert. Die Variante in Ziff. 1 ist offen formuliert, was seitens der Lehre durchaus im Hinblick auf das Legalitätsprinzip kritisiert wird (BSK StGB-HAGENSTEIN, 4. Aufl., N 9 zu Art. 165 StGB). Die Vorinstanz wies bereits zutreffend darauf hin, dass es auf das pflichtwidrige Globalverhalten ankommt (Urk. 30 S. 6 m.w.H.).

1.4. Das Bundesgericht bejahte die Verletzung des Anklagegrundsatzes in einem Fall, bei welchem aus der Anklageschrift weder die Bankrotthandlungen ersichtlich waren, mit denen die Überschuldung herbeigeführt oder verschlimmert oder die Zahlungsunfähigkeit herbeigeführt worden sein sollte, noch die hinreichende Umschreibung der Organstellung des Beschuldigten festgehalten wurde. Allein der Hinweis auf eine stille Teilhaberschaft von 50 % genüge nicht ohne Hinweise auf getroffene Entscheide, die Organen vorbehalten waren oder auf die Mitbestimmung der eigentlichen Geschäftsführung in organtypischer Weise (BSK StGB-HAGENSTEIN, 4. Aufl., N 4 zu Art. 165 StGB m.w.H. auf BGer-Urteil 6B_492/2012 vom 22. Februar 2013 E. 3.5.). Vorliegend war der Beschuldigte im Tatzeitraum einziges Mitglied des Verwaltungsrats mit Einzelunterschrift, was unbestritten blieb. Vorliegend wird der Beschuldigte dagegen mit konkreten Vorwürfen konfrontiert, welche genügend spezifisch sind, um sich dagegen verteidigen zu können. Welche Handlungen bzw. Unterlassungen seinerseits Gegenstand des Strafprozesses bilden, geht aus der Anklage klar hervor. Dem Beschuldigten

wird vorgeworfen, er habe spätestens am 13. Juni 2016 als zwei Betreibungen der Ausgleichskasse Zug über Fr. 43'669.35 sowie über Fr. 4'858.20 eingingen Kenntnis davon gehabt, dass Schulden nicht mehr beglichen werden konnten und dass begründete Besorgnis der Überschuldung der B._____ AG bestand. Als einziges Mitglied des Verwaltungsrats wäre er verpflichtet gewesen, eine Zwischenbilanz zu erstellen, diese durch einen zugelassenen Revisor prüfen zu lassen, bzw. die Bilanz beim Konkursrichter zu deponieren. Diesen Pflichten sei er nicht nachgekommen und habe die gebotenen Kontrollen bzw. Anzeigen unterlassen. Dadurch habe er eine Verschleppung des Konkurses bewirkt und eine Verschlimmerung der Vermögenslage der C._____ AG. Im Zeitraum vom 8. Juli 2016 bis 22. März 2017 seien 21 weitere Betreibungen über insgesamt Fr. 178'940.30 erfolgt, welche Forderungen betrafen, welche aus der von der vom Beschuldigten zu vertretenen Zeit herrührten und ihm bekannt gewesen seien (namentlich Forderungen /Rechnungen der AHV-Ausgleichskasse Zug, der Steuerverwaltung Zug, der eidgenössischen Steuerverwaltung etc.). Dass der Beschuldigte begründete Besorgnis der Überschuldung hatte bzw. haben musste, wird somit einerseits mit der Kenntnis der am 13. Juni 2016 in Betreibung gesetzten Forderungen der Ausgleichskasse Zug wie auch mit der Kenntnis vom Bestand von Forderungen/Rechnungen der Steuerverwaltung Zug und der eidgenössischen Steuerverwaltung betreffend die von ihm zu verantwortende Zeit begründet. Betreffend die Höhe der offenen Steuerforderungen, welche in der Zeit entstanden, in der der Beschuldigte einziger Verwaltungsrat der Gesellschaft war, sind der Anklage keine Angaben zu entnehmen, auch nicht bezüglich der Frage, zu welchem Zeitpunkt die Steuerforderungen fällig wurden und der Beschuldigte Kenntnis davon hatte, dass diese Forderungen fällig und unbezahlt waren. Vom Anklageprinzip gedeckt ist einzig der Vorwurf, dem Beschuldigten sei am 13. Juni 2016 bekannt gewesen, dass neben den in Betreibung gesetzten Forderungen der Ausgleichskasse Zug im Betrage von Fr. 48'527.55 Steuerforderungen offen waren. In diesem Umfang ist das Anklageprinzip gewahrt.

Wenn die Verteidigung geltend macht, es fehlten Beweismittel, gestützt auf welche die Kenntnis des Beschuldigten über die Betreibungen erstellt werden könne,

berührt dies die Frage der Sachverhaltserstellung und die Beweislage, tangiert dagegen nicht den Anklagegrundsatz.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Anklageprinzip nicht verletzt ist.

2. Untersuchungsmaxime

2.1. Weiter macht die Verteidigung geltend, dass dem Untersuchungsgrundsatz nicht Genüge getan worden sei. Gemäss diesem Grundsatz seien Straftaten sorgfältig und so umfänglich wie möglich von den Strafverfolgungsbehörden zu untersuchen und abzuklären. Die Staatsanwaltschaft hat auch Umständen, welche geeignet sind, einen Beschuldigten zu entlasten, genauso nachzugehen, wie belastenden Tatumständen. Entlastenden Umständen sei die Staatsanwaltschaft nicht einmal ansatzweise nachgegangen. Dazu hätte das genaue Studieren der Betreibungsakten gehört. Sie sei jedoch auch nicht einmal den belastenden Tatumständen nachgegangen, sondern lediglich der äusserst mageren Faktenlage (Urk. 22/1 S. 5). An der Berufungsverhandlung erklärte die Verteidigung weiter, dass der Zeuge L. _____ die Darstellung der Ereignisse des Beschuldigten bestätigte, dass zum Zeitpunkt der Übernahme keine Überschuldung der Firma bekannt gewesen sei bzw. dass dieser die Firma habe übernehmen wollen, da er es geschafft habe, für eine Neuausrichtung einen reichen ... [Staatsangehöriger von D. _____] als Investor zu gewinnen. Es wäre angezeigt gewesen, über diese Vorgänge mehr zu erfahren. Entscheidend sei auch, dass es die Untersuchungsbehörden unterlassen hätten, bei den Betreibungsämtern genügend Unterlagen erhältlich zu machen bzw. sich die Mühe gemacht zu haben, eine Zwischenbilanz für den Zeitpunkt des Austrittes des Beschuldigten aus der Gesellschaft zu erstellen. Nur so könne in objektiver Hinsicht festgestellt werden, wie es finanziell in demjenigen Moment gestanden habe, welcher hier interessiere, nämlich in den Wochen bis zum Austritt des Beschuldigten (Urk. 41 S. 3).

2.2. Die Vorinstanz erwog, dass dem insofern beizupflichten sei, als sich in den Akten keinerlei Hinweise auf eine durch das Betreibungsamt der Stadt Zug erfolgte Zustellung des Gegenstand der Anklage bildenden Zahlungsbefehls entnehmen lasse. Dies sei jedoch unerheblich, da dieser Umstand nicht konstitutiv für

den Bestand sowie die Kenntnis der Forderung sei bzw. kaum Einfluss auf die Finanzlage der entsprechenden Gesellschaft habe (Urk. 30 S. 7). Weiter gehe aus den Akten hervor, dass die finanziellen Verhältnisse der B._____ AG im relevanten Zeitraum umfassend abgeklärt und die relevanten Buchhaltungsunterlagen zu den Akten erhoben worden seien. Schliesslich stehe fest, dass der Beschuldigte anlässlich einer von der Staatsanwaltschaft an die Kantonspolizei gültig delegierten Einvernahme detailliert und mit den erforderlichen Belehrungen befragt worden sei (Urk. 30 S. 7 f.).

2.3. Für die Grundlagen zum Untersuchungsgrundsatz im Sinne von Art. 6 Abs. 1 StGB kann auf das vorinstanzliche Urteil verwiesen werden (Urk. 30 S. 7). Welchen – belastenden oder entlastenden – Umständen die Staatsanwaltschaft nicht nachgegangen sein soll, erläutert die Verteidigung nicht. Der Vorwurf, sie habe die Betreibungsakten nicht studiert, wird isoliert erhoben. Inwiefern sich in diesen Akten entsprechende Anhaltspunkte entnehmen liessen, die auf eine Entlastung des Beschuldigten hindeuten würden, legt sie nicht dar. Dass der Beschuldigte bspw. bereits Handlungen in die Wege leitete, zu denen er aufgrund seiner Pflichten als Verwaltungsrat gehalten gewesen wäre oder Vorkehrungen gegen Liquiditätsprobleme getroffen habe, machten weder er noch seine Verteidigung geltend. Es bestehen folglich keine Anzeichen, dass die Untersuchungsbehörden vorweg nur belastende Beweismittel erhoben. Den Einwänden des Beschuldigten bzw. seiner Verteidigung im Hinblick auf den Untersuchungsgrundsatz ist somit nicht zu folgen.

3. Verbot der doppelten Strafverfolgung

3.1. Die Verteidigung moniert, dass derselbe Sachverhalt schon durch die Staatsanwaltschaft Zug im Hinblick auf den Tatbestand der Unterlassung der Buchführung und Widerhandlung gegen das AHVG untersucht worden sei. Es wäre an der dortigen Staatsanwaltschaft gewesen, den Auffangtatbestand von Art. 165 StGB zu untersuchen und allenfalls zur Anwendung zu bringen. Sie habe aber darauf verzichtet und das dortige Verfahren habe mit einer Einstellung geendet. Das Verfahren sei eingestellt worden, weil bereits damals festgestellt worden sei, dass der fehlende Zugriff auf die benötigten Buchhaltungsunterlagen zum

fraglichen Zeitpunkt nicht dem Beschuldigten habe zum Vorwurf gemacht werden können, weshalb es folglich bereits an der Erfüllung des objektiven Merkmals der Verschleierung des Vermögensstandes gefehlt habe. Das Prinzip "ne bis in idem" sei verletzt, wenn die Staatsanwaltschaft im Kanton Zürich sich bemüssigt gefühlt habe, gesondert einen Strafbefehl auszusprechen (Urk. 22/1 S. 5). Im Rahmen der Berufungsverhandlung machte die Verteidigung weiter geltend, dass die Staatsanwaltschaft Zug eine Einstellungsverfügung in Bezug auf den Tatbestand der Unterlassung der Buchführung erlassen habe. Dies heisse nicht, dass die untersuchten Lebenssachverhalte nicht auch zu einer Untersuchung wegen Misswirtschaft hätten führen können. Aus der Einstellungsverfügung lasse sich nichts anderes herauslesen. Die Zürcher Strafverfolgungsbehörden hätten sich halt die Mühe machen müssen, genauer nachzuforschen, um wirklich zu verstehen, welchen Sachverhalt die Staatsanwaltschaft Zug genau untersucht habe (Urk. 41 S. 2).

3.2. Die Vorinstanz hielt fest, dass die Untersuchung der Staatsanwaltschaft Zug zum Gegenstand hatte, dass durch den Beschuldigten keine Lohn- bzw. Buchhaltungsunterlagen eingeholt werden konnten und der Verdacht einer Verletzung der Buchführungs- und Lohnaufzeichnungspflicht im Raum gestanden habe. In rechtlicher Hinsicht hätten die Straftatbestände von Art. 88 AHVG und Art. 166 StGB im Zentrum gestanden. Eine Verletzung der Pflicht zur Führung und Aufbewahrung von Geschäftsbüchern sei jedoch weder in rechtlicher noch in tatsächlicher Hinsicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung und Anklage der Staatsanwaltschaft des Kantons Zug gewesen. Die eingestellte Strafuntersuchung stelle daher kein Verfahrenshindernis im Sinne von Art. 11 Abs. 1 StPO dar.

3.3. Die einschlägige Rechtsprechung zum Verbot der doppelten Strafverfolgung und der Täter- sowie Tatidentität wurden von der Vorinstanz zutreffend dargelegt (Urk. 30 S. 9). Ferner ist den Erwägungen der Vorinstanz darin zu folgen, dass die Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft des Kantons Zug vom 4. April 2019 (Urk. 22/2) sich einzig auf den Vorwurf der Unterlassung der Buchführung und der Widerhandlung gegen des AHVG bezog. Weder betreffend den Sachverhalt noch die rechtliche Subsumption liegt Identität zum vorliegend zu beurteilen-

den Vorwurf der Misswirtschaft vor. Vielmehr liegen, was den eigentlichen Lebenssachverhalt und die anwendbaren Normen betrifft, deutliche Unterschiede vor. Während vorliegend die Vernachlässigung der Pflichten des Verwaltungsrats im Zusammenhang mit der Überschuldung der B._____ AG und die anschließende Umfirmierung mit Sitzverlegung sowie Umschreibung auf E._____ Verfahrensgegenstand bilden, ging es im Verfahren der Staatsanwaltschaft des Kantons Zug um die fehlende Verfügbarkeit von buchhalterischen Unterlagen. Die Vorwürfe bzw. die vorgehaltenen Tatbestände beziehen sich auf verschiedene, nicht miteinander verbundene Handlungen bzw. Unterlassungen des Beschuldigten. Es stehen sich zwei unterschiedliche Vorgänge gegenüber, die lediglich in Bezug auf einzelne Merkmale Gemeinsamkeiten aufweisen (Täter; Unternehmen und Stellung als Verwaltungsrat). Mangels Tatidentität verfängt der Einwand einer Missachtung des Verbots doppelter Strafverfolgung nicht.

III. Sachverhalt

1. Anklagevorwurf und Standpunkt des Beschuldigten

1.1. Gemäss Strafbefehl bzw. Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 28. Juli 2020 sei der Beschuldigte seit dem 17. Juni 2013 einziges Mitglied des Verwaltungsrats mit Einzelunterschrift der B._____ AG mit Hauptsitz in F._____ und später Filialen in G._____, H._____, Zürich, J._____ und K._____ gewesen. Am tt.mm.2016 sei der Hauptsitz nach Zürich verlegt worden. Es sei eine Namensänderung zu C._____ AG vorgenommen worden. Die B._____ AG sei aus dem Handelsregister des Kantons Zug gelöscht und die Gesellschaft C._____ AG sei im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen geworden. Mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 23. März 2017 sei über die C._____ AG der Konkurs eröffnet worden. Spätestens als am 13. Juni 2016 zwei Betreibungen der Ausgleichskasse Zug über Fr. 43'669.35 sowie über Fr. 4'858.20 eingegangen seien (Besorgnisdatum) und die Schulden nicht mehr hätten beglichen werden können, habe der Beschuldigte gewusst, dass die B._____ AG in einer finanziellen Krise stecke und dass somit eine begründete Besorgnis der Überschuldung bestanden habe. Trotzdem habe es der Beschuldigte unterlassen, gemäss Art. 725 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 716a Abs. 1 Ziff. 7 OR vorzugehen, d.h. eine Zwi-

schenbilanz zu erstellen und diese durch einen zugelassenen Revisor prüfen zu lassen bzw. die Bilanz beim Konkursrichter zu deponieren. Stattdessen habe er am tt.mm.2016 die oben erwähnte Sitz- und Namensänderung vornehmen lassen und die Firma gleichentags auf E._____ umgeschrieben. Diese arge Nachlässigkeit des Beschuldigten, der die gebotenen Kontrollen bzw. Anzeigen unterlassen habe, habe eine Verschleppung des Konkurses bewirkt, was aufgrund der laufenden Kosten zu einer Verschlimmerung der Vermögenslage der C._____ AG geführt habe, zumal zumindest der Zinsenlauf erst zu einem späteren Zeitpunkt gemäss Art. 209 SchKG bzw. Art. 211a SchKG gestoppt habe. Im Zeitraum vom 8. Juli 2016 bis zum 22. März 2017 seien denn auch insgesamt 21 weitere Betreibungen über total Fr. 178'940.30 erfolgt, welche überwiegend aus der vom Beschuldigten zu verantwortenden Zeit hergerührt hätten und ihm bekannt gewesen seien. Da die C._____ AG keine Geschäftstätigkeit entfaltet habe, habe es keine Einnahmen gegeben, welche die Verzugszinsen und allfällige weitere Ausgaben hätten ausgleichen können. Der Beschuldigte habe es zumindest für ernsthaft möglich gehalten, bzw. in Kauf genommen, dass seine arge Nachlässigkeit eine Konkursverschleppung zur Folge gehabt habe und sich die Vermögenslage der Gesellschaft weiter verschlimmere (Urk. 9).

1.2. Der Beschuldigte liess im Wesentlichen vorbringen, dass keine Beweise für die erhobenen Vorwürfe vorlägen. Da keine entsprechenden Akten vorhanden seien, könnten die gegen ihn erhobenen Vorwürfe nicht bewiesen werden (Urk. 22/2 S. 8). Die Staatsanwaltschaft hätte sich zumindest durch Einsicht in die betreffende Zustellungsbestätigung bzw. in den Beleg der Zeichnung der Entgegennahme des Zahlungsbefehls mehr Klarheit verschaffen können. Nicht einmal die Bilanz sei eingefordert worden. Solche Versäumnisse dürften aber nicht zum Nachteil eines Beschuldigten gereichen, sodass auch hier aus schon rein formellen Gründen ein Freispruch zu erfolgen hätte, ohne den Grundsatz in dubio pro reo zu bemüssigen. Niemand habe die Betreibung je erhalten (vgl. Urk. 2/3). Gemäss Telefonat mit dem Betreibungsamt Zürich und dessen Auskunft sei der Zahlungsbefehl nie zugestellt worden. Die reine Aufführung des nach Ansicht der Staatsanwaltschaft ausschlaggebenden Besorfnisdatums im Strafbefehl vermöge nicht den Nachweis zu ersetzen, dass eine solche Besorfnis für den Beschuldig-

ten zum betreffenden Zeitpunkt auch wirklich bestanden habe. Nicht nur liege kein Betreibungsbegehren bzw. kein Zahlungsbefehl vom 13. Juni 2016 in den Akten, sondern die Staatsanwaltschaft behauptete ja nicht einmal, dass eine Zustellung des Zahlungsbefehls an den Beschuldigten erfolgt sei bzw. dieser davon Kenntnis genommen habe. Ferner sei das Datum der ersten Betreibung ohnehin keinesfalls geeignet, letztgültig festzulegen, dass zu diesem Zeitpunkt eine begründete Besorgnis einer Überschuldung im Sinne von Art. 725 Abs. 2 OR bestanden haben müsse (Urk. 22/1 S. 6). Dem Beschuldigten seien am 13. Juni 2016 keine Betreibungen zugestellt worden, weshalb er keine Kenntnis der Betreibungen gehabt habe. Eine Inkaufnahme bzw. grobe Fahrlässigkeit, könne ihm nicht nachgewiesen werden (Urk. 22/1 S. 9). Der Beschuldigte habe im Interesse der Weiterführung des Unternehmens gehandelt, als er dieses an L. _____ übertragen habe. Dass eine Weiterführung bzw. Geschäftstätigkeit nie geplant gewesen sei, werde von der Staatsanwaltschaft ohne Begründung behauptet (Urk. 22/1 S. 9). Es hätte für den Beschuldigten auch null Sinn gemacht, Betreibungen der SVA einfach zu ignorieren, da für solche Ausstände schliesslich eine Art persönliche Kausalhaftung für Organe bestehe (Urk. 2/1 S. 10). Anlässlich der Berufungsverhandlung ergänzte die Verteidigung weiter, dass sich eine objektiv zum Zeitpunkt des Austritts aus dem Verwaltungsrat bestehende Besorgnislage mit den in den Akten befindlichen Unterlagen nicht nachweisen lasse. Die von der Vorinstanz in den Raum gestellte Behauptung, dass davon auszugehen sei, dass die Ausgleichskasse Zug vor Einleitung einer Betreibung jeweils zumindest eine Mahnung versende, sei ein Verzweiflungsargument, da keine Beweise hierfür vorlägen. Diese Mutmassung finde keinerlei Abstützung in den Akten und erst recht bleibe unbewiesen, dass der Beschuldigte eine solche Mahnung je zu Gesicht bekommen hätte (Urk. 41 S. 6 ff.).

2. Beweismittel

2.1. Bezüglich der Grundlagen der Beweiswürdigung, den Beweisregeln und der Verwertbarkeit der Beweismittel kann auf die zutreffenden vorinstanzlichen Erwägungen verwiesen werden (Urk. 30 S. 13; Art. 82 Abs. 4 StPO). Die Vorderrichterin stellte hauptsächlich auf die Aussagen des Beschuldigten anlässlich seiner po-

lizeilichen Einvernahme und die im Rahmen des polizeilichen Ermittlungsverfahrens erhältlich gemachten Akten ab. Sie liess die Frage der Verwertbarkeit der Aussagen von L._____ offen, da sie für die Erstellung des Sachverhalts nicht darauf abstützte. Im gegen L._____ geführten Verfahren wurden dem Beschuldigten die für eine Konfrontation erforderlichen Teilnahmerechte nicht gewährt. Nachfolgend ist zu prüfen, ob und mit welchen Beweismitteln der Sachverhalt gemäss Anklage erstellt werden kann.

2.2. Der Beschuldigte selbst dürfte als direkt vom Strafverfahren Betroffener ein legitimes Interesse daran haben, die Ereignisse in einem für ihn vorteilhaften Licht darzustellen. Es sind jedoch keine Anhaltspunkte auszumachen, die von vornherein gegen seine Glaubwürdigkeit sprechen. Eine viel wichtigere Bedeutung kommt der Glaubhaftigkeit seiner Aussagen zu.

2.3. Anlässlich der polizeilichen Einvernahme vom 2. Juni 2020 gab der Beschuldigte an, dass der Eintrag im Handelsregister des Kantons Zug stimme, wonach er einziger Verwaltungsrat der B._____ AG gewesen sei. Das Büro sei in K._____ gewesen. Er bestritt auch nicht, dass der Sitz der Gesellschaft an die M._____ -strasse ... in ... Zürich verlegt und eine Namensänderung zu C._____ AG vorgenommen worden sei. Das genaue Datum, tt.mm.2016, wisse er jedoch nicht auswendig (Urk. 3 S. 2). Auf die Frage, ob sonst noch jemand in der Gesellschaft insbesondere als Geschäftsführer tätig gewesen sei, als er im Verwaltungsrat für diese Firma tätig gewesen sei, erklärte der Beschuldigte, dass er alles geführt habe bis zum "C'._____". Diese Gesellschaft sei ja dann nicht mehr mit ihm gewesen. Er sei in jeder Filiale präsent gewesen. Das Büro sei aber in K._____ gewesen. Es sei alles zentral vom Server in F._____ aus gesteuert worden. Es treffe zu, dass er vom tt. Juni 2013 bis tt.mm.2016 als Verwaltungsrat der B._____ AG tätig gewesen sei. Er sei allein im Besitz der Namensaktien im Wert von Fr. 100'000.– gewesen. Nach seinem Austritt am tt.mm.2016 hätten zwei Personen die Gesellschaft übernommen: N._____ und einen Monat später L._____. Sie hätten verschiedene Filialen gehabt. Sie seien sehr gross gewesen. Langsam aber sicher seien sie immer mehr in den "Seich" gekommen. Er habe als alleiniger Inhaber an alle Orte "seckeln" müssen. Dann habe er die Firma ver-

kaufen wollen, damit er sich regional auf Zürich konzentrieren könne. Dann seien N._____ und L._____ zu ihm gekommen. Beide seien Angestellte bei ihm gewesen. L._____ habe ihm gesagt, dass er interessiert sei, die Firma zu übernehmen. Er habe das Konzept, sich mit den Sitz- und Gartenmöbeln mit einem Investor von D._____ selbständig zu machen. L._____ habe ihm dann seinen Businessplan gezeigt. Der habe damals den Vorteil gehabt, dass zu dieser Zeit Garten- und Sitzmöbel in der Schweiz am "boomen" gewesen seien. Wenn er es mit der Marke "C'._____" mache, habe er bereits eine gute "Brand". L._____ habe dann gesagt, dass er es mit N._____ machen möchte, so dass er eine Unterstützung habe. L._____ sei die treibende Kraft gewesen. N._____ sei ja nur der Handwerker gewesen. N._____ sollte 10 Prozent der Aktien halten, L._____ 40 Prozent und die restlichen 50 Prozent seien für die ... Investoren [aus dem Staat D._____] mit einem Vorkaufsrecht bestimmt gewesen, sobald die beiden das Geld von diesen bekommen hätten. Dann sei die Firma von ihm an N._____ und L._____ überschrieben worden. Zuerst habe auf dem Papier N._____ die Firma alleine gehabt und kurz darauf habe dann L._____ alleine die Firma gehabt (Urk. 3 S. 4). N._____ habe von ihm kein Geld erhalten, als er die Gesellschaft gemäss Eintrag im Handelsregister als Verwaltungsrat alleine per tt.mm.2016 übernommen habe. Er habe ihm auch nichts bezahlt (Urk. 3 S. 4 f.). Die Firmenübergabe sei durch einen Notar beglaubigt worden. Er habe das alleine im Notariat gemacht. Er sei sich zu 80 Prozent sicher. Er habe das zusammen mit dem N._____ gemacht, irgendwo im Aargau. Den Ablauf beim Notar könne er nicht mehr schildern, er könne sich nicht mehr daran erinnern. N._____ sei nur kurz alleiniger Verwaltungsrat gewesen, weil die D._____ nachher nicht mehr hätten bezahlen wollen, weil der Vertrag nicht in deren Interessen gemacht worden sei. N._____ habe das "Business" zusammen mit L._____ machen wollen und sei nicht nur als fiktives Organ vorgeschoben gewesen. Die Gesellschaft habe per tt.mm.2016 keine offene Beteiligungen oder Verlustscheine gehabt. Er wisse nichts von Beteiligungen in der Höhe von Fr. 53'695.30 am tt.mm.2016. An Konkursandrohungen zu dieser Zeit könne er sich ebenfalls nicht erinnern (Urk. 3 S. 6). Zu seiner Zeit als Verwaltungsrat habe er eine Vollmacht für das Bankkonto der Gesellschaft bei der O._____ gehabt (Urk. 3 S. 8). Die Firma habe keine Zahlungsschwierigkeiten ge-

habt. Es habe sich immer wieder getragen. Natürlich hätten sie Kreditoren gehabt. Auf Vorhalt der Betreibungsregisterauszüge vom 25. September 2019 gab der Beschuldigte an, er sei am Abzahlen der Betreibungen des Betreibungsamtes Zug. Mit den anderen Betreibungen habe er nichts zu tun. Am tt.mm.2016 habe er die Firma mit Kreditoren und Debitoren weitergegeben. An diese Betreibungen der Ausgleichskasse Zug könne er sich nicht erinnern. Es sei ihm auch bewusst, dass man bei Schulden der AHV solidarisch hafte. Er habe die Firma verkauft. Es sei ja geplant gewesen, dass die Jungs die Firma mit den Investoren aus D._____ weiterführen würden. Zu den Betreibungen sei es gekommen, weil L._____ vom D._____ das Geld nicht bekommen habe. Es seien Betreibungen wegen Mieten und von der Steuerverwaltung gewesen. Es sei ihm nicht bewusst gewesen, dass er damals Betreibungen gehabt habe. Er leiste Rückzahlungen in Raten (Urk. 3 S. 9). Da sie immer Umsatz gehabt hätten, sei es für ihn nie die Frage gewesen, dass sie überschuldet gewesen seien (Urk. 3 S. 11).

2.4. Gegenüber der Vorinstanz bestätigte der Beschuldigte seine bei der Polizei gemachten Aussagen. Er bestätigte insbesondere seine Funktion als Verwaltungsrat. Die Aktien hätten ihm gehört. Nachdem die Gesellschaft ins Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen und die vorherige Firma aus dem Handelsregister des Kantons Zürich gelöscht worden sei, sei er zur P._____ Group gegangen. Es sei alles zu viel geworden. Deshalb habe er verkaufen müssen. Nebenbei habe er noch ein anderes Unternehmen gehabt, das am Wachsen gewesen sei. Er habe sich auf eine Gesellschaft konzentrieren müssen. Er habe keine Aktiven aus der früheren Gesellschaft mitgenommen und sie als Ganzes verkauft. Von den Betreibungen der Ausgleichskasse Zug gegen die B._____ AG habe er nichts gewusst. Am 13. Juni 2016, als die Betreibung erfolgt sei, sei er "gegen aussen" noch im Amt gewesen, gegen innen jedoch nicht. Sie hätten die Gesellschaft bereits verkauft, auch wenn er noch als einziger Verwaltungsrat im Handelsregister eingetragen gewesen sei. Er habe keine Betreibung bekommen. Er wisse nicht, ob er sie nicht abgeholt habe, aber er habe die Zahlungsbefehle gar nicht bekommen (Prot. I S. 9 f.). Auf die Frage, warum der Zustellungsversuch der Betreibungen gescheitert sei, gab er an, hiervon nichts zu wissen. Er habe aber den Überblick über die Finanzen gehabt. Sie machten ja die Abschlüsse, u.a. als

die Gesellschaft verkauft worden sei. Mit dem Vorwurf der Verschlimmerung der Vermögenslage und der Verschleppung des Konkurses konfrontiert, bekräftigte der Beschuldigte, dass von seiner Seite her alles für den Verkauf vorbereitet worden sei (Prot. I S. 11 f.).

2.5. Der Beschuldigte bestreitet nicht, Verwaltungsrat im besagten Zeitraum gewesen zu sein. Seine Differenzierung bezüglich "gegen aussen" aber nicht "gegen innen" ist insoweit irrelevant, als er während seiner gesamten Amtszeit gehalten war, seinen gesellschaftsrechtlichen Pflichten bis zur Wahl des neuen Verwaltungsrats nachzukommen. Die Verlust der Aktionärseigenschaft stellt ohnehin nicht automatisch einen Beendigungsgrund für das Mandat des Verwaltungsrats dar (BSK OR-WERNLI/RIZZI, 6. Aufl., N 11c zu Art. 710 OR). Der Verkauf bzw. die Umschreibung und Sitzverlegung des Unternehmens, mithin der äussere Ablauf der im Anklagesachverhalt geschilderten Handlungen zur Firmenübergabe, wird seitens des Beschuldigten nicht bestritten. Gemäss seiner Schilderung ging es jedoch darum, dass seine bisherigen Angestellten, E._____ und L._____, die Gesellschaft unter neuem Namen und mit neuem Geschäftsplan, inkl. neuer Investoren, weiterführen wollten. Dafür spricht grundsätzlich auch, dass sie tatsächlich als Verwaltungsratsmitglieder im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen wurden (Urk. 2/2). Der Beschuldigte macht jedoch geltend, dass er von den Betreibungen keine Kenntnis gehabt habe und es keinen Grund zur Besorgnis betreffend eine Überschuldung gegeben habe, als er noch Verwaltungsrat gewesen sei. Dies ist aufgrund der übrigen Beweise zu überprüfen.

2.6. Es ist aktenkundig, dass die fraglichen Zahlungsbefehle dem Beschuldigten nie zugestellt wurden (Urk. 2/3). Daraus kann jedoch nicht automatisch geschlossen werden, dass der Beschuldigte keinen Grund zur Besorgnis um die finanzielle Lage der Gesellschaft gehabt hätte. Eine Überschuldung liegt dann vor, wenn das Fremdkapital weder zu Fortführungs- noch zu Veräusserungswerten durch die Aktiven gedeckt ist. Anlass zu einer begründeten Besorgnis besteht namentlich bei andauernden Verlustausweisen in den Zwischenabschlüssen (sog. cashdrain), bei fortlaufender Verschlechterung der Liquiditätsposition sowie bei Anzeichen für vergrösserten Abschreibungs- und Rückstellungsbedarf (KuKo OR-SUNARIC, N 6

zu Art. 725 OR). Darauf ist im Rahmen der rechtlichen Würdigung zurückzukommen. Die Vorinstanz weist zutreffend darauf hin, dass es sich bei Sozialversicherungsbeiträgen um wiederkehrende Leistungen handelt, welche in regelmässigen Abständen erhoben werden. Als – einziges – Verwaltungsratsmitglied ohne Delegation der Geschäftsführung musste der Beschuldigte mithin um das Anfallen dieser Art von Forderungen wissen. Dass der Betrag von Fr. 43'669.35 und Fr. 4'858.– offen war bzw. noch nicht bezahlt wurde, konnte ihm folglich nicht unbekannt sein. Es kann auch davon ausgegangen werden, dass die Gläubigerin (Ausgleichskasse Zug) nicht ohne vorgängige Mahnung die Betreuung einleitete. Aus den Auszügen aus dem Betreibungsregister in Urk. 2/3 geht ferner hervor, dass diverse Betreibungen nach dem von der Staatsanwaltschaft bezeichneten "Besorgnisdatum" erfolgten, die auf Forderungen beruhen, welche die Zeit betreffen, in welcher der Beschuldigte einziges Mitglied des Verwaltungsrats war. Das gilt betreffend die Forderung für die provisorische Mehrwertsteuer in der Höhe von Fr. 25'427.65 (Betreibungsnummer 1) betreffend die Zeit vom 1. April bis 30. Juni 2016, die Forderung für die Direkte Bundessteuer 2014 von Fr. 8'013.65 (Betreibungsnummer 2) und 2015 von Fr. 7'742.80 (Betreibungsnummer 3), die Staats- und Gemeindesteuern 2014 im Betrage von Fr. 1'556.85 (Betreibungsnummer 4), die Kantons- und Gemeindesteuern 2015 im Betrage von Fr. 997.05 (Betreibungsnummer 5) und die Gewinn- und Kapitalsteuer gemäss Rechnung vom 2. Juni 2016 im Betrage von Fr. 756.55 (Betreibungsnummer 6). Da es sich bei den erwähnten in Betreuung gesetzten Forderungen um wiederkehrende Steuerforderungen handelte, muss davon ausgegangen werden, dass der Beschuldigte vom Bestand solcher Forderungen Kenntnis hatte. Eine andere Frage ist, ob er erkennen musste, dass diese Forderungen mangels Liquidität bzw. infolge Überschuldung nicht bezahlt werden konnten. Wie die Vorinstanz zutreffend feststellte, ist die Erfolgsrechnung für den Zeitraum vom 1. Januar 2016 bis 31. Oktober 2016 bzw. die Bilanz per 31. Oktober 2016 weder unterzeichnet, noch weist sie Anzeichen einer Wirtschaftsprüfung auf. Deren Beweistauglichkeit zulasten des Beschuldigten ist daher zu verneinen. Insbesondere lassen sich daraus nicht zu seinen Lasten Hinweise auf begründete Besorgnis der Überschuldung ableiten. Darauf ist im Rahmen der rechtlichen Würdigung zurückzukommen. Dass der Be-

schuldigte sich passiv verhielt, wird im Übrigen weder von ihm noch der Verteidigung bestritten. Erstellt ist somit, dass der Beschuldigte am 13. Juni 2016 (Besorgnisdatum) Kenntnis von ausstehenden Forderungen der Ausgleichskasse Zug im Betrag von rund Fr. 48'500.-- hatte, bzw. haben musste. Ferner ist unter dem Aspekt der Wahrung des Anklageprinzips festzuhalten, dass dem Anklagevorwurf nicht zu entnehmen ist, welche Steuerforderungen, die erst nach dem Besorgnisdatum vom 13. Juni 2016 in Betreuung gesetzt wurden, bereits vor diesem Datum fällig waren, deren Bezahlung abgemahnt wurde und von deren Fälligkeit der Beschuldigte Kenntnis hatte, bzw. haben musste. Demzufolge ist der Sachverhalt insoweit erstellt, dass der Beschuldigte am 13. Juni 2016 Kenntnis von den ausstehenden Forderungen der Ausgleichskasse Zug im Betrage von rund Fr. 48'500.-- hatte und dass noch Steuerforderungen bestanden.

III. Rechtliche Würdigung

1. Die Staatsanwaltschaft würdigte das Verhalten des Beschuldigten als Misswirtschaft im Sinne von Art. 165 Ziff. 1 Abs. 1 StGB. Der Vorderrichter folgte dieser Würdigung und sprach den Beschuldigten entsprechend schuldig.
2. Gemäss Art. 165 Ziff. 1 StGB wird der Schuldner, der in anderer Weise als nach Artikel 164 StGB, durch Misswirtschaft, namentlich durch ungenügende Kapitalausstattung, unverhältnismässigen Aufwand, gewagte Spekulationen, leichtsinniges Gewähren oder Benützen von Kredit, Verschleudern 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, mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft, wenn über ihn der Konkurs eröffnet oder gegen ihn ein Verlustschein ausgestellt worden ist. Es handelt sich somit um ein echtes Sonderdelikt. Die Schuldner-eigenschaft kann in Abhängigkeit von ihrer Funktion einer natürlichen Person gestützt auf Art. 29 StGB zugerechnet werden (BSK StGB-HAGENSTEIN, 4. Aufl., N 4 zu Art. 165 StGB). Da der Beschuldigte einziges Mitglied des Verwaltungsrats war, kann ihm die Schuldner-eigenschaft gestützt auf Art. 29 lit. a StGB ohne Weiteres zugeordnet werden.

3. Die Staatsanwaltschaft macht im Hinblick auf den objektiven Tatbestand geltend, der Beschuldigte habe trotz begründeter Besorgnis der Überschuldung unterlassen, gemäss Art. 725 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 716a Abs. 1 Ziff. 7 OR vorzugehen, d.h. eine Zwischenbilanz zu erstellen und diese durch einen zugelassenen Revisor prüfen zu lassen bzw. die Bilanz beim Konkursrichter zu deponieren. Dem Beschuldigten wird damit vorgeworfen, im Sinne von Art. 165 Ziff. 1 Abs. 1 StGB in der Berufsausübung arg nachlässig gehandelt zu haben. Die Vorinstanz hat in diesem Zusammenhang bereits dargelegt, dass es sich bei der Unterlassung der Überschuldungsanzeige gemäss Art. 725 Abs. 2 OR um eine nachlässige Berufsausübung des Verwaltungsrats handelt (Urk. 30 S. 23 mit Verweis auf BSK StGB-HAGENSTEIN, 4. Aufl., N 33 zu Art. 165 StGB; BGE 144 IV 52 E. 7.3. sowie BGer-Urteil 6B_1047/2015 vom 28. April 2016 E. 4.3. und BGer-Urteil 6B_242/2015 vom 6. Oktober 2015 E.1.3.1.). Sie wies zudem zutreffend darauf hin, dass die Anzeigepflicht bei begründeten und konkreten Aussichten auf eine kurzfristig realisierbare Sanierung der Gesellschaft aufgeschoben werden kann (Urk. 30 S. 23 m.w.H. auf BGer-Urteil 6B_448/2018 vom 9. Januar 2019 E. 3.4.; BGE 132 III 564 E. 5.1.). Begründete Besorgnis einer Überschuldung besteht immer, wenn die Jahresbilanz oder eine Zwischenbilanz zu Fortführungswerten eine Überschuldung ausweist. Aber auch andauernde Verlustausweise ("cash drain") in den Zwischenabschlüssen, ausserordentliche Ereignisse während des Geschäftsjahres, welche zu einem grösseren Abschreibungs- oder Rückstellungsbedarf führen sowie Liquiditätsschwierigkeiten können Anlass zu einer begründeten Besorgnis einer Überschuldung geben. Anlass, eine begründete Überschuldung anzunehmen, kann auch bestehen, falls die Fortführung der Unternehmung nicht mehr gewährleistet ist, womit eine Bilanzierung zu Fortführungswerten nicht mehr gerechtfertigt ist und eine Umstellung auf Veräusserungswerte erforderlich wird. Ebenfalls kann Illiquidität eine Besorgnis einer Überschuldung begründen (KuKo OR-SUNARIC, N 10 zu Art. 725 OR m.w.H.). Festzuhalten ist zudem, dass nicht jede Nachlässigkeit, die sich ex post als Fehlentscheidung herausstellt, von diesem Tatbestand erfasst ist, vielmehr bedarf es der Verletzung einer elementaren Sorgfaltspflicht, eines krassen wirtschaftlichen Fehlverhaltens (BGE 144 IV 54).

Gemäss dem erstellten Sachverhalt hatte der Beschuldigte am 13. Juni 2016 Kenntnis von den offenen Schulden gegenüber der Ausgleichskasse Zug im Betrage von rund Fr. 48'500.-- und zudem, dass Steuerforderungen bestanden. Dass allein aufgrund der Existenz von Schulden gegenüber der Ausgleichskasse Zug in diesem Betrag begründete Besorgnis einer Überschuldung bestand, kann losgelöst von der Analyse der damaligen wirtschaftlichen Situation der Gesellschaft nicht erstellt werden, zumal der Anklage keinerlei Angaben betreffend die Liquidität der B._____ AG im massgeblichen Zeitpunkt, deren Situation bezüglich Aktiven und Passiven oder deren Ertragslage entnommen werden können. Der Beschuldigte machte geltend, er habe die Betreibungen nicht erhalten. Von seiner Seite aus sei alles in Ordnung gewesen, sonst hätte er die Gesellschaft nicht verkaufen können. Vor dem Verkauf hätten sie Abschlüsse gemacht. Die Bilanzen seien gemacht worden und dem Käufer übergeben worden mit den Kreditoren und Debitoren (Prot. I S. 11 f. und Prot. II S. 10). Die Verteidigung moniert zu Recht, dass die Untersuchungsbehörde diesem Vorbringen des Beschuldigten nicht nachging und nicht (jedenfalls nicht aktenkundig) versuchte die entsprechenden Abschlüsse beim Käufer erhältlich zu machen, bzw. diesen dazu zu befragen (Urk. 22/1 S. 6). Zudem ist den bei den Akten liegenden Steuerunterlagen zu entnehmen, dass die B._____ AG für das Jahr 2015 einen steuerbaren Reingewinn von Fr. 106'357 und steuerbares Eigenkapital von Fr. 340'944 auswies (Urk. 2/6). Vor diesem Hintergrund, erweist sich der Umstand, dass die Gesellschaft im Juni 2016 für Fr. 48'500.-- betrieben wurde, für sich allein betrachtet nicht als geeignet, begründete Besorgnis einer Überschuldung zu erwecken. Neben den zwei Betreibungen vom 13. Juni 2016 werden in der Anklage keine Umstände aufgeführt, welche dem Beschuldigten Anlass für begründete Besorgnis der Überschuldung gegeben haben sollten. Betreibungen, die nach dem tt.mm.2016 bis zum tt.mm.2016 (Löschung der B._____ AG im Handelsregister) erfolgten, werden in der Anklage nicht spezifiziert und wurden dem Beschuldigten auch nicht detailliert vorgehalten. Auf pauschalen Vorhalt, dass die Gesellschaft bei seinem Austritt am tt.mm.2016 offene Betreibungen von Fr. 53'695.30 gehabt habe, erklärte er, davon wisse er nichts (Urk. 3 S. 6). Der Beschuldigte sagte konstant aus, die Gesellschaft habe keine Zahlungsschwierigkeiten gehabt, er habe

keine Hinweise für eine Überschuldung gehabt. Ohne Auseinandersetzung mit den in den Akten befindlichen Bilanzen und Erfolgsrechnungen 2014 und 2015 (Urk. 2/6) und ohne den Einwand des Beschuldigten widerlegen zu können, wonach Abschlüsse im Hinblick auf den Verkauf der Gesellschaft vorgenommen wurden, lässt sich nicht erstellen, dass im anklagerelevanten Zeitpunkt des 13. Juni 2016 begründete Besorgnis einer Überschuldung bestand. Entsprechend ist der objektive Tatbestand der argen Nachlässigkeit in der Berufsausübung im Sinne von Art. 165 Ziff.1 Abs. 1 StGB nicht erfüllt.

Entsprechend erübrigt sich die Prüfung des subjektiven Tatbestands und ist der Beschuldigte vom Vorwurf der Misswirtschaft im Sinne von Art. 165 StGB freizusprechen.

IV. Kostenfolgen

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Vorverfahrens und des Gerichtsverfahrens beider Instanzen auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 426 Abs. 1 StPO; Art. 428 Abs. 1 StPO).

Die Verteidigung machte für das erstinstanzliche Verfahren einen Aufwand von Fr. 10'823.95 geltend (Urk. 23). Für das Berufungsverfahren machte sie einen solchen von Fr. 6'907.11 geltend (Urk. 42). Insgesamt macht der Beschuldigte somit Verteidigungskosten von Fr. 17'731.– geltend. Dieser Aufwand erscheint angesichts des sehr überschaubaren Aktenumfangs und der engmaschig verlaufenen Untersuchung als zu hoch bemessen. Als Beweismittel lagen nur wenige Einvernahmeprotokolle und Betreibungs- sowie Handelsregisterauszüge im Recht. Komplexe Dokumentationen buchhalterischer Natur, die ein langwieriges Aktenstudium und zahlreiche Abklärungen durch den Verteidiger notwendig gemacht hätten, liegen keine in den Akten. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist es zulässig, für das Anwaltshonorar Pauschalen vorzusehen. Bei einer Honorarbemessung nach Pauschalbeträgen werden alle Bemühungen in ihrer Gesamtheit berücksichtigen und der effektive Zeitaufwand lediglich im Rahmen des Tarifrahmens berücksichtigt. Für die Führung eines Strafprozesses in erster Instanz beträgt die Grundgebühr bei einzelrichterlicher Kompetenz in der

Regel Fr. 600.– bis Fr. 8'000.– (§ 17 Abs. 1 lit. a AnwGebV) und wird die Grundgebühr im Berufungsverfahren grundsätzlich nach den für die Vorinstanz geltenden Regeln bemessen (§ 18 Abs. 1 AnwGebV). Unter Berücksichtigung der Schwierigkeit des Falles, des Aktenumfangs und des angemessenen Zeitaufwandes erscheint die Festlegung des Honorars innerhalb des erwähnten Rahmens auf Fr. 14'000.– für das Verfahren beider Instanzen als angemessen. Dementsprechend ist dem Beschuldigten für seine Verteidigung im gesamten Verfahren eine Entschädigung von Fr. 14'000.– zu zusprechen (Art. 429 Abs. 1 lit a StPO und Art. 436 Abs. 1 StPO).

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A. _____ ist der Misswirtschaft im Sinne von Art. 165 Ziff. 1 Abs. 1 StGB nicht schuldig und wird freigesprochen.
2. Die Kosten des Vorverfahrens und des Gerichtsverfahrens beider Instanzen werden auf die Gerichtskasse genommen.
3. Dem Beschuldigten wird für das gesamte Verfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 14'000.– aus der Gerichtskasse zugesprochen.
4. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
 - die Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben)
 - die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihlsowie in vollständiger Ausfertigung an
 - die Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
 - die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihlund nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an
 - die Vorinstanz
 - an die Koordinationsstelle VOSTRA/DNA zur Entfernung der Daten

- die Kantonspolizei Zürich, KDM-ZD, mit separatem Schreiben (§ 54a Abs. 1 PolG).

5. Rechtsmittel:

Gegen diesen Entscheid kann **bundesrechtliche Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, vom Empfang der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen.

Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Strafkammer

Zürich, 12. April 2022

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter lic. iur. Spiess

MLaw Pandya