

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



---

Geschäfts-Nr.: SB220258-O/U/jv

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. S. Volken, Präsident, lic. iur. C. Maira,  
die Oberrichterin lic. iur. S. Fuchs sowie die Gerichtsschreiberin  
MLaw N. Hunziker

## Urteil vom 15. Mai 2023

in Sachen

**A.**\_\_\_\_\_,

Beschuldigter und I. Berufungskläger

verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_,

gegen

**B.**\_\_\_\_\_ **Schweiz AG,**

Privatklägerin und II. Berufungsklägerin

vertreten durch Fürsprecher lic. iur. Y.\_\_\_\_\_,

sowie

**Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl,**

vertreten durch Leitenden Staatsanwalt lic. iur. D. Kloiber,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **Betrug etc.**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichts Zürich,**

**2. Abteilung - Einzelgericht, vom 11. März 2022 (GG210379)**

**Anklage:**

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 2. Dezember 2021 (Urk. 14) ist diesem Urteil beigeheftet.

**Urteil der Vorinstanz:**

(Urk. 34 S. 30 ff.)

**"Es wird erkannt:**

1. Der Beschuldigte A.\_\_\_\_\_ ist schuldig der Misswirtschaft im Sinne von Art. 165 Ziff. 1 StGB.
2. Vom Vorwurf des mehrfachen Betrugs im Sinne von Art. 146 Abs. 1 StGB wird der Beschuldigte A.\_\_\_\_\_ freigesprochen.
3. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Geldstrafe von 180 Tagessätzen zu Fr. 220.– (entsprechend Fr. 39'600.–).
4. Der Vollzug der Geldstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt.
5. Die Privatklägerin (C.\_\_\_\_\_ Schweiz AG) wird mit ihrem Schadenersatzbegehren auf den Weg des Zivilprozesses verwiesen.
6. Die Gerichtsgebühr wird angesetzt auf:  
Fr. 2'400.–; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 2'100.– Gebühr für das Vorverfahren  
Fr. 40.– Zeugenentschädigung  
Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
7. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens werden dem Beschuldigten zur Hälfte auferlegt und zur Hälfte auf die Gerichtskasse genommen.
8. Dem Beschuldigten wird eine Prozessentschädigung von Fr. 4'100.– für anwaltliche Verteidigung aus der Gerichtskasse zugesprochen.

9. Der Beschuldigte wird verpflichtet, der Privatklägerin (C.\_\_\_\_\_ Schweiz AG) für das gesamte Verfahren eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 6'060.– zu bezahlen.
10. [Mitteilung]
11. [Rechtsmittel]."

**Berufungsanträge:**  
(Prot. II S. 4 ff.)

- a) Der Verteidigung des Beschuldigten:  
(Urk. 36 S. 2, Urk. 54 S. 1, Urk. 57 S. 1 f.)
  - "1. Es seien Dispositiv-Ziffern 1, 3, 4, 7 und 9 des Urteils vom 11. März 2022 aufzuheben.
  2. Es sei der Beschuldigte von Schuld und Strafe vollumfänglich freizusprechen.
  3. Die Kosten der Untersuchung sowie des erstinstanzlichen Gerichtsverfahrens seien vollumfänglich auf die Gerichtskasse zu nehmen, der Beschuldigte sei für das erstinstanzliche Verfahren mit CHF 9'075.15 zu entschädigen und der Privatklägerin sei keine Parteientschädigung zuzusprechen.
  4. Es seien die Kosten des Berufungsverfahrens auf die Gerichtskasse zu nehmen und der Beschuldigte sei für seine anwaltliche Kosten angemessen zu entschädigen (zzgl. MWSt)."

Anträge betreffend die Berufung der Privatklägerin:

- "1. Es sei die Berufung der Privatklägerin abzuweisen und der Beschuldigte sei vollumfänglich freizusprechen.
2. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen gemäss Urteil der Vorinstanz seien zu bestätigen.

3. Die Kosten des Berufungsverfahrens seien der Privatklägerin aufzuerlegen.
  4. Es sei die Privatklägerin zu verpflichten dem Beschuldigten eine Parteientschädigung in der Höhe von mindestens CHF 2'000.00 (zzgl. MWSt) auszurichten.
  5. Eventualiter sei der Beschuldigte milde zu bestrafen.
  6. Eventualiter seien die Zivilforderungen der Privatklägerin auf den Zivilweg zu verweisen.
  7. Eventualiter sei der Privatklägerin eine Parteientschädigung für das Verfahren vor der Vorinstanz von höchstens CHF 6'060.00 zuzusprechen."
- b) Der Rechtsvertretung der Privatklägerin:  
(Urk. 38 S. 2 f., Urk. 56 S. 2 f.)

"Sämtliche Anträge des Berufungsbeklagten seien abzuweisen.

1. Die Ziffern 1 und 9 des Urteils des Bezirksgerichtes Zürich, 2. Abteilung, vom 11. März 2020 mit der Geschäfts-Nr. GG210379 in Sachen A. \_\_\_\_\_ (Beschuldigter) seien vom Obergericht zu bestätigen.
2. Ad Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 2. Abteilung, vom 11. März 2022 (mit der Geschäfts-Nr. GG210379):  
  
In Gutheissung der Berufung seien die Ziffern 2, 3, 4, 5, 6, 7 und 8 des Dispositivs des Urteils des Bezirksgerichtes Zürich, 2. Abteilung, vom 11. März 2022 mit der Geschäfts-Nr. GG210379 in Sachen A. \_\_\_\_\_ (Beschuldigter) aufzuheben bzw. abzuändern und
3. der Beschuldigte sei schuldig zu sprechen
  - wegen *Misswirtschaft* gemäss Art. 165 Ziff. 1 StGB (Bestätigung der Ziffer 1 des Dispositivs des Urteils des Bezirksgerichtes Zürich, 2. Abteilung, vom 11. März 2022 vor erster Instanz, in Rechtskraft erwachsen)

und

- wegen mehrfachen Betruges gemäss Art. 146 Abs. 1 StGB

und im Sinne der Anklage der Staatsanwaltschaft zu bestrafen.

4. Es sei die Privatklägerin weiterhin als geschädigte Person am Strafverfahren gegen den Beschuldigten zu beteiligen, insbesondere sei sie am laufenden Verfahren zu beteiligen und es sei ihr das Urteil mit der ausführlichen Begründung zuzustellen.
5. Der Beschuldigte sei zu verpflichten, der Privatklägerin den Betrag von Fr. 41'494.30 (Fr. 15'953.35 + Fr. 25'540.95; vormals ohne Treffnis des Konkursamtes Fr. 43'740.95) zuzüglich Zins von 5 Prozent seit dem 16. Januar 2019 (Datum der Konkureröffnung) zu bezahlen.
6. Der Beschuldigte sei zu verpflichten, der Privatklägerin eine Parteientschädigung (inklusive gesetzliche Mehrwertsteuer à 7.7 Prozent) à Fr. 6'060.00 gemäss Ziffer 9 des Dispositivs des Urteils des Bezirksgerichtes Zürich vom 11. März 2022 vor erster Instanz sowie eine Parteientschädigung (inklusive gesetzliche Mehrwertsteuer à 7.7 Prozent) à Fr. 7'466.30 vor zweiter Instanz zu bezahlen.
7. Der Beschuldigte sei zu verpflichten, die vollen Verfahrenskosten bis und mit Instanz vor Obergericht zu tragen, in jedem Falle seien die Verfahrenskosten nicht der Privatklägerin aufzuerlegen."

c) Der Staatsanwaltschaft:

(Urk. 42; schriftlich)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils

## **Erwägungen:**

### **I. Verfahrensgang / Prozessuales**

1.1. Zum Prozessverlauf bis zum erstinstanzlichen Urteil kann auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 34 S. 4 E. I.1.). Gegen das eingangs wiedergegebene Urteil vom 11. März 2022 (Urk. 27) meldeten die Privatklägerin und der Beschuldigte innert Frist Berufung an (Urk. 28 und 29). Nach Zustellung des begründeten Urteils am 5. Mai 2022 (Urk. 33/1-3) erfolgten innert Frist die Berufungserklärungen (Urk. 36 und 38). Die Staatsanwaltschaft und der Beschuldigte verzichteten in der Folge nach entsprechender Fristansetzung auf eine Anschlussberufung, die Privatklägerin liess sich nicht vernehmen (Urk. 42 und 43).

1.2. Zur Berufungsverhandlung vom 15. Mai 2023 erschienen der Beschuldigte in Begleitung seiner Verteidigung, Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_, sowie die Vertretung der Privatklägerin, Fürsprecher lic. iur. Y.\_\_\_\_\_, in Begleitung von Hans Peter Fritschi für die Privatklägerin (Prot. II S. 4). Vorfragen und Beweisanträge waren keine zu behandeln. Das Verfahren ist spruchreif.

2. Das vorinstanzliche Urteil blieb hinsichtlich der Dispositiv-Ziffer 6 (Kostenfestsetzung) unangefochten (Prot. II S. 8) und erwuchs entsprechend in Rechtskraft, wovon vorab mit Beschluss Vormerk zu nehmen ist. Im übrigen Umfang steht das Urteil zur Disposition. Das Verschlechterungsverbot (Art. 391 Abs. 2 StPO) gilt nicht.

3. Soweit für die tatsächliche und rechtliche Würdigung des eingeklagten Sachverhaltes auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen wird, so erfolgt dies in Anwendung von Art. 82 Abs. 4 StPO, auch ohne dass dies jeweils explizit Erwähnung findet. Im Übrigen ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass sich die urteilende Instanz nicht mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzen und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegen muss. Das Berufungsgericht kann sich auf die für seinen Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte

beschränken (BGE 146 IV 297 E. 2.2.7; 143 III 65 E. 5.2; 141 IV 249 E. 1.3.1; Urteil des Bundesgerichts 6B\_1403/2019 vom 10. Juni 2020 E. 2.5 mit Hinweisen).

## **II. Schuldpunkt**

### **1. Anklagevorwurf**

Die Staatsanwaltschaft wirft dem Beschuldigten zusammengefasst vor, dass er seinen gesetzlichen Pflichten als einziger Geschäftsführer der D.\_\_\_\_\_ GmbH im Sinne von Art. 810 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 725 Abs. 2 OR nicht nachgekommen sei, indem er ab spätestens Ende 2017 trotz begründeter Besorgnis einer Überschuldung mit der D.\_\_\_\_\_ GmbH bis zur Konkurseröffnung am 16. Januar 2019 weitergearbeitet habe, ohne die vom Gesetz vorgeschriebenen Massnahmen zu ergreifen. Dadurch seien weitere Kosten aufgelaufen, was zu einer Verschlimmerung der Vermögenslage der Gesellschaft geführt habe. Die Staatsanwaltschaft würdigt dieses Verhalten als Misswirtschaft im Sinne von Art. 165 Ziff. 1 StGB.

Weiter warf die Staatsanwaltschaft dem Beschuldigten vor Vorinstanz mehrfachen Betrug im Sinne von Art. 146 Abs. 1 StGB vor. Zusammengefasst habe er für die D.\_\_\_\_\_ GmbH ein zweckgebundenes Darlehen (Anschaffung eines I.\_\_\_\_\_ Klimawärmeturms) sowie diverse Warenlieferungen von der Privatklägerin erwirkt, indem er sie durch Verschweigen der Finanzkrise der D.\_\_\_\_\_ GmbH über deren Fähigkeit bzw. Willen zur Rückzahlung des Darlehens und Bezahlung der Waren getäuscht habe. Wegen des aufgrund der mehrjährigen Geschäftsbeziehung zur D.\_\_\_\_\_ GmbH bestehenden Vertrauensverhältnisses sei die Privatklägerin davon ausgegangen, dass das Darlehen zurückbezahlt und die Waren bezahlt würden, was der Beschuldigte vorausgesehen habe. Aufgrund dieses Irrtums habe die Privatklägerin das Darlehen geleistet und Waren geliefert. Die Waren seien abzüglich eines Betrages von Fr. 2'000.– unbezahlt geblieben und das Darlehen nicht zurückbezahlt worden, in welchem Umfang die Privatklägerin sich durch Vornahme der entsprechenden Waren- und Darlehensleistungen geschädigt habe. Zudem habe der Beschuldigte mit dem zweckgebundenen

Darlehen zweckwidrig eine Wärmethke gekauft und Rechnungen von Drittpersonen beglichen (Urk. 14 S. 2 ff.).

## 2. Grundsätze der Beweiswürdigung, Beweismittel und Glaubwürdigkeit

2.1. Das Gericht würdigt die Beweise frei nach seiner aus dem gesamten Verfahren gewonnenen Überzeugung (Art. 10 Abs. 2 StPO). Bestehen unüberwindliche Zweifel an der Erfüllung der tatsächlichen Voraussetzungen der angeklagten Tat, so geht das Gericht von der für die beschuldigte Person günstigeren Sachlage aus (Art. 10 Abs. 3 StPO).

2.2. Zu den wesentlichen Beweismittel ist auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz zu verweisen (Urk. 34 S. 7 E. II.4). Im Konkursverfahren steht dem Schuldner kein Schweigerecht zu, sondern er ist vielmehr zur Auskunft verpflichtet. Er kann sich daher in diesem Kontext nicht auf ein Aussageverweigerungsrecht berufen. Die im Verwaltungs- oder im Konkursverfahren gemachten Aussagen sind in einem parallelen Strafverfahren daher grundsätzlich bzw. sofern die Beweiserhebung nicht unter Beachtung des nemo tenetur-Grundsatzes erfolgt ist, nicht verwertbar (Urteil des BGer 6B\_843/2011 vom 23. August 2012, E. 2.4.2). Die vom Beschuldigten im Konkursverfahren gemachten Aussagen und Folgebeweise sind daher – entgegen der Ansicht der Privatklägerin – zu seinen Lasten nicht verwertbar. Die Vorinstanz hat mit zutreffender Begründung dargelegt, weshalb die weiteren Beweise vollständig verwertbar sind (Urk. 34 S. 7 E. II.4.), darauf kann verwiesen werden.

2.3. Zur Glaubwürdigkeit ist festzuhalten, dass die Parteirollen im Prozess gemäss einhelliger Lehre kein taugliches Kriterium für die Aussagenanalyse sind. So ist eine beschuldigte Person nicht weniger glaubwürdig, weil sie von der Staatsanwaltschaft beschuldigt wird (und somit ein Interesse hat, sich durch ihre Aussagen zu entlasten). Diese von der Vorinstanz vertretene Auffassung stammt aus der Zeit der Inquisition im Mittelalter und verstösst gegen die Unschuldsvermutung. Auch eine unschuldige Person hat genau dasselbe Interesse, sich zu entlasten, weshalb dieses Eigeninteresse nie ein



Unterscheidungsmerkmal von wahren und unwahren Aussagen ist. Zuzustimmen ist der Vorinstanz, wenn sie auf die persönlichen Beziehungen unter den Beteiligten hinweist (Urk. 34 S. 8 E. II.5.2.). Ergänzend ist festzuhalten, dass für die Sachverhaltserstellung in erster Linie die Glaubhaftigkeit der Aussagen und nicht die Glaubwürdigkeit der Befragten relevant ist.

### 3. Misswirtschaft

3.1. Die Vorinstanz gelangte bezüglich des Vorwurfs der Misswirtschaft zusammengefasst zum Schluss, spätestens Ende 2017 sei die D.\_\_\_\_\_ GmbH überschuldet gewesen und der Beschuldigte habe es pflichtwidrig unterlassen, eine Zwischenbilanz zu erstellen und diese einem Revisor vorzulegen bzw. den Richter zu benachrichtigen. Die vom Beschuldigten ergriffenen Sanierungsmassnahmen seien überdies zu wenig konkret und umsetzbar gewesen, so dass sich ein Herauszögern der Überschuldungsanzeige hätte rechtfertigen lassen. Durch diese unternehmerischen Entscheidungen sei das Verhältnis zwischen Aktiven und Passiven stetig zum Nachteil der Aktiven verschoben worden und dadurch sei eine Verschlimmerung der Überschuldung der Gesellschaft herbeigeführt worden. Insofern sei dem Beschuldigten arge Nachlässigkeit in der Berufsausübung vorzuwerfen. Der Beschuldigte habe zudem bezüglich der Bankrotthandlung und der Verschlimmerung der Überschuldung (eventual-)vorsätzlich gehandelt. Der Beschuldigte habe sich demnach der Misswirtschaft im Sinne von Art. 165 Ziff. 1 StGB schuldig gemacht (Urk. 34 S. 12 ff. E. 6.3.5.-6.7.).

3.2. Der Beschuldigte erklärte Berufung gegen diesen Entscheid und argumentiert zusammengefasst, der seit Jahren bestehende Rangrücktritt im Betrag von Fr. 400'000.– (langfristiges Darlehen des Beschuldigten), mit dem eine zu hohe Abschreibung habe korrigiert werden müssen, und auch die unterbliebene Umwandlung des Darlehens in Eigenkapital seien nicht das Problem gewesen, sondern die Baustelle F.\_\_\_\_\_. Die Sanierung bzw. Aufrechterhaltung der D.\_\_\_\_\_ GmbH sei zeitlich an der unvorhergesehenen Verzögerung der Eröffnung der F.\_\_\_\_\_ gescheitert. Das Nachfolgegeschäft (E.\_\_\_\_\_) laufe heute – nach der Eröffnung der F.\_\_\_\_\_ – bestens. Die vom

Beschuldigten ergriffenen Sanierungsmassnahmen seien zudem genügend gewesen. Dies sei nicht nur die Einschätzung des Beschuldigten, sondern auch jene des qualifizierten Treuhänders G.\_\_\_\_\_ gewesen, der stets informiert gewesen sei und den Beschuldigten beraten habe. Auch die Zürcher Kantonalbank habe wöchentlich die Zahlen der Gesellschaft analysiert und die Sanierung überprüft sowie das Sanierungsprojekt mitgetragen. Es habe keine Betreibungen gegeben und bis September 2018 hätten alle Rechnungen bezahlt werden können. Von Ende 2017 bis zum Konkurs seien zudem keine weiteren Schulden angehäuft worden. Selbst wenn man objektiv zum Schluss kommen sollte, es seien keine genügenden Sanierungsmassnahmen ergriffen worden, so dass sich der Aufschub der Benachrichtigung des Richters nicht habe rechtfertigen lassen, sei der Beschuldigte aufgrund der Einschätzung des Treuhänders G.\_\_\_\_\_ und der Zürcher Kantonalbank subjektiv davon ausgegangen, dass die Zeit bis zur Eröffnung der F.\_\_\_\_\_ überbrückt werden könne, dies versucht werden dürfe und die Sanierung gelingen werde. Was er sich vorgestellt, was er geglaubt, was er als realistisch eingestuft habe, zeige sich auch daran, dass er aus seinem Privatvermögen monatlich Fr. 3'800.– eingeschossen habe. Dies habe er getan, ohne für die vielen Stunden, die er gearbeitet habe, einen Lohn zu beziehen. Der Beschuldigte sei folglich vom Vorwurf der Misswirtschaft freizusprechen (Urk. 54 S. 2 ff., Prot. II S. 8 ff.).

3.3. Zum äusseren Sachverhalt ist festzuhalten, dass der Beschuldigte im gesamten Tatzeitraum bis zur Konkurseröffnung am 16. Januar 2019 einziger Geschäftsführer der D.\_\_\_\_\_ GmbH war (Urk. 2/4, Urteil des Bezirksgerichts Zürich, Konkursgericht vom 16. Januar 2019, in den Konkursakten Ordner 1). Gemäss Jahresabschluss 2017 bestand betreffend die D.\_\_\_\_\_ GmbH am 31. Dezember 2017 begründete Besorgnis der Überschuldung. Das gesamte Eigenkapital und ein grosser Teil des Fremdkapitals waren durch die Aktiven nicht gedeckt. Es wurde ein Bilanzverlust von Fr. 435'995.66 ausgewiesen (Urk. 7/19). Entsprechend bestand für den Beschuldigten grundsätzlich die Pflicht, einen Zwischenabschluss zu Fortführungs- und Veräusserungswerten zu erstellen und der Revisionsstelle vorzulegen sowie anschliessend (gegebenenfalls) eine Überschuldungsanzeige zu machen und den Abschluss beim Gericht zu deponieren.

Von dieser Handlungspflicht war er nur befreit, sofern Gesellschaftsgläubiger im Ausmass der Unterdeckung im Rang hinter allen anderen Gesellschaftsgläubigern zurücktraten (Art. 810 Abs. 2 OR und aArt. 725 Abs. 2 OR, Art. 725b OR). Diese Pflichtbefreiung kommt indes nur unter bestimmten Voraussetzungen zum Tragen. Der Rangrücktritt ist kein Forderungsverzicht, so dass er die Überschuldung nicht beseitigt. Er kann Eigenkapitalzuführungen nicht ersetzen und ist keine Sanierungsmassnahme. Nach der Rechtsprechung ist er dazu da, eine Grundlage für die Durchführung der Sanierung zu schaffen. Ein Rangrücktritt muss deshalb in der Regel von geeigneten Restrukturierungs- und Sanierungsmassnahmen begleitet werden, aufgrund welcher konkrete Aussichten auf eine Sanierung bestehen. Soweit die beabsichtigten Sanierungsmassnahmen den Unternehmenszusammenbruch lediglich hinauszögern, darf mit der Benachrichtigung des Richters nicht zugewartet werden (Urteil des BGer 6B\_1279/2018 vom 26. März 2019, E. 2.2.1.; BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, § 11 N 237 f.).

3.4. Vorliegend lagen solche Rangrücktritte des Beschuldigten betreffend seine der D.\_\_\_\_\_ GmbH gewährten langfristigen Darlehen im Gesamtbetrag von Fr. 450'000.– vor. Sie überstiegen die Unterdeckung im Betrag von Fr. 435'995.66 (Urk. 7/19 S. 2, Urk. 2/21). Diese Rangrücktritte hätten jedoch durch geeignete Sanierungsmassnahmen flankiert werden müssen. Dies hatten auch der Beschuldigte, sein Treuhänder G.\_\_\_\_\_ sowie die Zürcher Kantonalbank erkannt, wurden doch mehrere Massnahmen ergriffen. Der Beschuldigte verkennt jedoch, dass es sich hierbei um keine geeigneten bzw. ausreichenden Restrukturierungs- und Sanierungsmassnahmen handelt. Wie die Privatklägerin korrekt geltend macht (Prot. II S. 17), hätte die Gesellschaft frischer Eigenmittel bedurft, was mit einer Kapitalerhöhung oder einer Umwandlung der langfristigen Darlehen des Beschuldigten in Eigenmittel hätte bewerkstelligt werden können und müssen. Eigenkapitalzuführungen sind indes keine aktenkundig. Budgets und Liquiditätspläne vermögen selbstredend keine Liquidität herzustellen. Die Erhöhung des Kontokorrentkredits bei der Zürcher Kantonalbank führte zur Erhöhung der Verbindlichkeiten und ist ebenfalls keine geeignete Sanierungsmassnahme. Der totale Personalaufwand wurde entgegen der Darstellung des Beschuldigten (Urk. 54

S. 3) bis Mitte 2018 (Hochrechnung auf das gesamte Jahr) nicht entscheidend reduziert (Urk. 26/1 S. 4 und Urk. 2/19 S. 4). Wie die Einschüsse des Beschuldigten aus seinem Privatvermögen bilanziert wurden, geht aus den Akten nicht hervor (vgl. insbesondere Urk. 26/1). Daraus können folglich keine Schlüsse zugunsten des Beschuldigten gezogen werden. Sortimentsumstellungen, vermehrte Werbebemühungen und die Einrichtung eines Heimlieferdiensts vermögen die Zuführung von Eigenkapital nicht zu ersetzen. Insgesamt waren deshalb die Rangrücktritte von keinen geeigneten Restrukturierungs- und Sanierungsmassnahmen begleitet, aufgrund welcher konkrete Aussichten auf eine Sanierung bestanden hätten.

3.5. Soweit der Beschuldigte das Problem einzig in der Baustelle F.\_\_\_\_\_ erblickt (Urk. 54 S. 4), kann ihm nicht gefolgt werden. Wie er selber vor Vorinstanz zu Protokoll gab, begannen die Baumassnahmen Ende 2017 und tangierten das Geschäft ab Frühjahr 2018 (Urk. 22 S. 11 f.). Die begründete Besorgnis der Überschuldung per Ende 2017 kann folglich nicht auf die Baustelle F.\_\_\_\_\_ zurückgeführt werden. Andere Gründe müssen folglich zur massiven Verschlechterung im Jahr 2017 gegenüber dem Vorjahr, in welchem ein Gewinn erzielt worden war (Urk. 2/19 S. 5), geführt haben.

3.6. Nach Abschluss des Konkursverfahrens verblieben ungedeckte Forderungen (insbesondere) aus den Jahren 2018 und 2019 im Gesamtbetrag von Fr. 127'944.88 (Urk. 24/20). Die mit Rangrücktritten versehenen Darlehensforderungen des Beschuldigten im Betrag von Fr. 450'000.- wurden im Konkurs nicht angemeldet (Urk. 24/20 f.). Hinweise, dass diese Darlehensforderungen vor der Konkurseröffnung getilgt worden wären, bestehen nicht. Zur Beurteilung, ob die Vermögenslage der Gesellschaft sich in den Jahren 2018 und 2019 verschlechterte, sind deshalb diese Darlehensforderungen zu den ungedeckten Forderungen hinzuzählen. Es resultieren ungedeckte Forderungen von Fr. 577'944.80. Ende 2017 wurde noch ein deutlich geringerer Bilanzverlust ausgewiesen. Damit hat sich die Vermögenslage in den Jahren 2018 und 2019 verschlechtert. Dies ist darauf zurückzuführen, dass der Beschuldigte nicht bereits Ende 2017 eine Überschuldungsanzeige machte und den Abschluss beim Gericht deponierte oder al-

ternativ der Gesellschaft frische Eigenmittel zuführte. Der äussere Sachverhalt ist im Sinne des Gesagten erstellt. Dem Ergebnis der Vorinstanz, wonach die objektiven Tatbestandsmerkmale der Misswirtschaft im Sinne von Art. 165 Ziff. 1 StGB erfüllt seien, ist zuzustimmen.

3.7. In subjektiver Hinsicht geht das Bundesgericht in seiner langjährigen Rechtsprechung davon aus, dass Vorsatz hinsichtlich der Bankrotthandlung erforderlich ist, in Bezug auf die Vermögenseinbusse aber grobe Fahrlässigkeit genügt (vgl. BGer Urteile 6B\_985/2016 vom 27. Februar 2017 E. 4.1.1; 6B\_199/2016 vom 8. Dezember 2016 E. 2.3.3; 6B\_54/2008 vom 9. Mai 2008 E. 7.3.3; je mit Hinweisen). Beim subjektiven Tatbestand geht es um einen inneren Vorgang, auf den anhand der eingehenden Würdigung des äusseren Verhaltens des Beschuldigten sowie allenfalls weiterer Umstände geschlossen werden kann. In diesem Bereich sind Tat- und Rechtsfragen sehr eng miteinander verbunden sind (vgl. BGE 130 IV 58 E. 8.5 S. 63; BGE 119 IV 242 E. 2c S. 248).

3.8. Der Beschuldigte führte konstant aus, er habe sehr eng mit seinem Buchhalter, dem Treuhänder G.\_\_\_\_\_, und der Zürcher Kantonalbank zusammengearbeitet (Urk. 22 S. 8). Man sei ständig miteinander in Kontakt gewesen. Er habe alle Massnahmen ergriffen die der Treuhänder G.\_\_\_\_\_ ihm gesagt habe (Urk. 5/2 S. 2). Sinngemäss gab er zu Protokoll, betreffend Rechtsfolgen der Rangrücktritte seiner Darlehenseinschüsse habe er persönlich keine Ahnung. Diesbezüglich habe er sich auf seinen Buchhalter verlassen (Urk. 22 S. 7 f.). Der Treuhänder G.\_\_\_\_\_ und er hätten sich gemeinsam die Zahlen angeschaut und die entsprechenden Massnahmen getroffen (Urk. 22 S. 10). Er, der Beschuldigte, habe sämtliche Entscheide nicht allein getroffen. Sie hätten fest daran geglaubt, dass sie weitermachen könnten. Deshalb hätten sie auch weitergemacht. Auch die Zürcher Kantonalbank habe bis zuletzt sehr stark an ihn geglaubt und deren damalige Vertreterin sei mehrmals ins Geschäft gekommen und habe sich die Situation angeschaut. Sie habe ihn ermuntert und gesagt, er dürfe weitermachen und die Zürcher Kantonalbank würde die Gesellschaft unterstützen. Die Zürcher Kantonalbank habe alles sehr genau geprüft. Sie hätten wöchentlich die Umsatzzahlen liefern müssen (Urk. 53 S. 5 f., Urk. 22 S. 13).

3.9. Der Treuhänder bestätigte die Aussagen des Beschuldigten in seiner Zeugeneinvernahme. Aus seinen Aussagen erhellt insbesondere, dass er die D.\_\_\_\_\_ GmbH sehr eng betreute, über deren finanzielle Situation ausreichend Bescheid wusste, den Beschuldigten beriet und in dessen Entscheide involviert war. Weiter geht aus seinen Aussagen hinreichend klar hervor, dass er fälschlicherweise davon überzeugt war, dass die langfristigen Darlehensforderungen des Beschuldigten aufgrund der Rangrücktritte buchhalterisch bei den Passiven nicht zu berücksichtigen und keine Sanierungsmassnahmen zu ergreifen waren sowie dass trotzdem Sanierungsmassnahmen eingeleitet wurden (Urk. 6/3 S. 4 ff.). Der Beschuldigte verliess sich auf den Fachmann G.\_\_\_\_\_, der ihn namentlich betreffend Rechtsfolgen der Rangrücktritte und Sanierungsmassnahmen offensichtlich falsch beriet. Dies zeigt sich namentlich auch daran, dass der Beschuldigte im Sommer 2018 noch Einschüsse aus seinem privaten Vermögen leistete (vgl. Kontoauszug der D.\_\_\_\_\_ GmbH vom 31. Juli 2018 S. 4, Beilage zu Urk. 6/3). Wie die Verteidigung zu Recht vorbrachte (Prot. II S. 8), ergeben diese Handlungen nur Sinn, wenn der Beschuldigte tatsächlich daran glaubte, dass er das Geschäft weiterführen dürfe und die Sanierung gelingen werde. Als das Geschäft 2018 definitiv bergab ging, legte schliesslich der Treuhänder G.\_\_\_\_\_ dem Beschuldigten Anfang 2019 den Konkurs nahe, woraufhin dieser das Gericht umgehend um Eröffnung des Konkurses durch Insolvenzerklärung ersuchte (vgl. Urteil des Bezirksgerichts Zürich, Konkursgericht vom 16. Januar 2019, in den Konkursakten Ordner 1). Der Beschuldigte verfügte als Geschäftsführer infolge von Aus-/Weiterbildungen und als einigermaßen erfahrener Geschäftsmann ein Grundverständnis betreffend Buchführung (Buchführungsgrundlagen, Urk. 22 S. 3). Darüber hinausgehende Detail-/Fachkenntnisse konnten von ihm nicht erwartet werden. Entsprechend hat er sich entgegen der Auffassung der Privatklägerin zu Recht an den erfahrenen Fachmann G.\_\_\_\_\_ gewandt, sich beraten lassen und auf die – wie gesehen unzutreffenden – Angaben des Treuhänders vertraut. Aus dem Gesagten folgt, dass der Beschuldigte seine Pflichten als Geschäftsführer nicht eventualvorsätzlich missachtet und betreffend die Bankrotthandlung folglich nicht mit Vorsatz gehandelt hat. Mangels Erfüllung

des subjektiven Tatbestandes ist der Beschuldigte somit vom Vorwurf der Misswirtschaft im Sinne von Art. 165 Ziff. 1 StGB freizusprechen.

#### 4. Mehrfacher Betrug

4.1. Die Vorinstanz gelangte bezüglich des Vorwurfs des mehrfachen Betrugs im Sinne von Art. 146 Abs. 1 StGB zum Schluss, es liege aufgrund einer Opfermitverantwortung der Privatklägerin keine Arglist vor, weshalb der Beschuldigte sich nicht des Betruges schuldig gemacht habe (Urk. 34 S. 20 ff. E. II.7.3.2.).

4.2. Die Privatklägerin erklärte Berufung gegen diesen Entscheid und argumentiert zusammengefasst, wer kurz vor dem Konkurs Waren bestelle und wisse, dass er diese Waren nie mehr bezahlen werde, täusche das Opfer arglistig über die Überschuldung. Eine lange Geschäftspartnerschaft habe zwischen der Privatklägerin und der Geschäftsführung der D.\_\_\_\_\_ GmbH ein Vertrauen geschaffen, das der Beschuldigte ausgenützt habe. Zudem habe der Beschuldigte seiner Gesellschaft, als ihm deren Überschuldung bereits längstens bekannt gewesen sei, ein zweckgebundenes Darlehen von der Privatklägerin geben lassen. Er habe dies ohne Rückzahlungswille entgegen genommen und das Geld dann für ganz andere, eigene Zwecke, als vertraglich zwischen den Parteien vereinbart, verwendet. Es sei unzutreffend, dass die Privatklägerin hätte vorgängig erkennen müssen, dass der Beschuldigte das Geld zweckfremd verbrauchen würde. Sie habe die grundlegendsten Vorsichtsmassnahmen beachtet (Urk. 56 S. 8 ff., Prot. II S. 12 ff.).

4.3. Für den Vorsatz der Täuschung ist namentlich erforderlich, dass der Täter die Bedeutung seiner falschen Angaben für die vom Geschädigten begehrte Vermögensdisposition erkennt (OFK/StGB-Donatsch, Art. 146 N 29). Der Beschuldigte ging subjektiv davon aus, dass er das Geschäft weiterführen dürfe und die Sanierung gelingen werde (vgl. dazu bereits vorne unter Ziff. II.3.8. f.). Vor diesem Hintergrund kann ihm keine bösgläubige Täuschung betreffend Fähigkeit bzw. Willen zur (Rück-)Zahlung vorgeworfen werden. Dies gilt umso mehr, weil die im Rahmen des Warenlieferungsvertrages laufend bezogenen Waren immerhin bis Oktober 2018 bezahlt wurden (Urk. 56 S. 19) und keine

Hinweise bestehen, dass in der jahrlangen Geschäftsbeziehung zwischen der Privatklägerin und der vom Beschuldigen geführten D.\_\_\_\_\_ GmbH früher jemals Rechnungen unbezahlt blieben. Eine vorsätzliche Täuschung ist folglich zu verneinen – ebenso die Bereicherungsabsicht.

4.4. Im Übrigen wäre auch die Arglist zu verneinen. Der Privatklägerin wären Nachforschungen über die (Rück-)Zahlungsfähigkeit möglich und zumutbar gewesen. So hätte sie die Entwicklungen der Warenbezüge der D.\_\_\_\_\_ GmbH prüfen und den Beschuldigten um Herausgabe von tauglichen Unterlagen ersuchen können. Dieser erklärte ihm unwiderlegbar, er hätte bei entsprechender Anfrage den Treuhänder mit der Herausgabe erlaubter Unterlagen beauftragt (Urk. 53 S. 11). H.\_\_\_\_\_ (Aussendienstmitarbeiter der Privatklägerin) war in den Vertragsabschluss involviert und in diesem Zusammenhang in den Geschäftsräumlichkeiten der D.\_\_\_\_\_ GmbH anwesend. Dabei hätte er sich einen Überblick über die örtlichen Verhältnisse (Baufortschritt F.\_\_\_\_\_, (Lauf-)Kundschaft etc.) verschaffen und entsprechende Fragen stellen können und müssen (Urk. 6/1 S. 3 f. und 6). Dies gilt umso mehr, als die Privatklägerin – wie die Vorinstanz zutreffend erwog – mit der Gewährung eines Darlehens einen Rollenwechsel vollzog. Sie wurde von der Lieferantin von Backwaren auch noch zur Darlehensgeberin. Das gewährte Darlehen im Betrag von Fr. 15'500.– (Urk. 2/7) war vergleichsweise gering. Ein finanziell gesundes Unternehmen müsste über liquide Mittel in diesem Umfang zwingend verfügen, weshalb die Privatklägerin in Hinblick auf die Zahlungsfähigkeit der D.\_\_\_\_\_ GmbH hätte Verdacht schöpfen müssen. Unter diesen Umständen konnte der Beschuldigte auch nicht voraussehen, dass die Privatklägerin von einer Überprüfung gänzlich absehen würde. Daran ändert die mehrjährige Geschäftsbeziehung ohne das Hinzukommen weiterer Anhaltspunkte nichts.

4.5. Gemäss Rechtsprechung kann eine die Strafbarkeit begründende Täuschung vorliegen, wenn der Täter über den Verwendungszweck der erhältlich zu machenden Vermögenswerte arglistig täuscht und sich der Geschädigte durch die Täuschung darüber im Irrtum befindet, dass nicht der beabsichtigte Zweck, für den er die Vermögenswerte hingibt, sondern ein anderer Zweck verwirklicht wird, für den er diese nicht hingegeben hätte (BGer Urteil 6B\_493/2014 vom



17. November 2015 E. 4.4.1. f.). Ein solcher Fall liegt hier nicht vor. Dass die Privatklägerin zur Gewährung des Darlehens nur unter der Bedingung bereit war, dass dieses ausschliesslich zur Finanzierung eines I.\_\_\_\_\_ Klimawärmeturms verwendet würde, lässt sich nicht ohne rechtserhebliche Zweifel erstellen. So lautet der Titel des Vertrages vom 9. Juli 2018 zwar "Spezialangebot Vorfinanzierung I.\_\_\_\_\_ Klimawärmeturm". Im nachfolgenden Vertragstext heisst es indes, dass das Darlehen für eine "von City definierte Infrastruktur" einzusetzen sei (Urk. 2/7 S. 1). Dies indiziert, dass die D.\_\_\_\_\_ GmbH nicht zwingend einen I.\_\_\_\_\_ Klimawärmeturm beschaffen musste, sondern das Darlehen auch in eine andere Infrastruktur investieren durfte, die dem Verkauf der Waren der Privatklägerin diene. J.\_\_\_\_\_ (Verkaufsleiter Schweiz der Privatklägerin) unterzeichnete den Vertrag und bestätigte als Zeuge, dass bei solchen Infrastruktur-Darlehen letztlich entscheidend sei, dass die Infrastruktur für Backwaren (gemeint Backwaren der Privatklägerin) sei. Bei der Infrastruktur könne es sich auch um eine Tiefkühlzelle, eine Theke oder einen Ofen handeln (Urk. 6/2 S. 5). Die diesbezüglichen konstanten und überzeugenden Ausführungen des Beschuldigten, wonach die beschaffte Infrastruktur (Wärmetheke, Grill, Hot Dog Maschine, Kochherde und Wärmelampen) nur dem Verkauf der Backwaren der Privatklägerin gedient habe (Urk. 53 S. 12 f., Urk. 22 S. 20 f., Urk. 5/2 S. 3 f.), lassen sich nicht widerlegen. Im Ergebnis lässt sich nicht zweifelsfrei erstellen, dass die Privatklägerin ihr Geld überhaupt nicht investiert hätte, wenn ihr der wahre Verwendungszweck des Darlehens bekannt gewesen wäre. Im Übrigen liesse sich angesichts des unklaren Vertrages auch nicht erstellen, dass der Beschuldige die Privatklägerin bösgläubig über den Verwendungszweck des Darlehens täuschte. Es lässt sich nicht erstellen, dass er im Wissen handelte, dass er das Darlehen nicht erhalten würde, wenn er eine andere dem Verkauf der Backwaren der Privatklägerin dienende Infrastruktur als den I.\_\_\_\_\_ Klimawärmeturm beschafft. Eine Bereicherungsabsicht liegt ebenfalls nicht vor. Auch diesbezüglich liegt somit kein strafbares Verhalten des Beschuldigten vor. Der Beschuldigte ist somit vom Vorwurf des mehrfachen Betrugs im Sinne von Art. 146 Abs. 1 StGB freizusprechen.

### **III. Zivilansprüche**

Bei den von der Privatklägerin geltend gemachten Zivilforderungen handelt es sich um Forderungen aus einem Vertragsverhältnis zwischen ihr und der D. \_\_\_\_\_ GmbH. Sie verlangt ohne nähere Begründung eine Haftung des Beschuldigten (Urk. 56 S. 22). Da der Beschuldigte von sämtlichen Vorwürfen freizusprechen ist, ist das Schadenersatzbegehren der Privatklägerin abzuweisen.

### **IV. Kosten**

#### **1. Vorinstanzliches Verfahren**

Zufolge des vollumfänglichen Freispruchs sind die Kosten der Untersuchung und des erstinstanzlichen Gerichtsverfahrens vollumfänglich auf die Gerichtskasse zu nehmen. Dem Beschuldigten ist für die Untersuchung und das erstinstanzliche Gerichtsverfahren gemäss eingereichten Honorarnoten eine Parteientschädigung von Fr. 9'075.15 für anwaltliche Verteidigung aus der Gerichtskasse zuzusprechen (Urk. 26/2-3). Ausgangsgemäss ist der Privatklägerin keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

#### **2. Berufungsverfahren**

Die Privatklägerin unterliegt mit ihrer Berufung, während der Beschuldigte mit seiner Berufung obsiegt. Es rechtfertigt sich daher, die Kosten des Berufungsverfahrens der Privatklägerin zur Hälfte aufzuerlegen und im Übrigen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Gerichtsgebühr ist praxisgemäss auf Fr. 3'000.– festzusetzen. Nachdem der Beschuldigte erbeten verteidigt wird, hat er Anspruch auf eine Prozessentschädigung. Der Beschuldigte macht für anwaltliche Aufwendungen betreffend den Vorwurf der Misswirtschaft gesamthaft Fr. 3'366.85 geltend (Urk. 55). Dazu zu addieren sind fünf Stunden à Fr. 250.– für die Berufungsverhandlung und Wegzeit zzgl. Mehrwertsteuer. Zusätzlich sind geltend gemachten anwaltlichen Aufwendungen betreffend den Vorwurf des Betrugs zu berücksichtigen (sechs Stunden à Fr. 250.– zzgl. Mehrwertsteuer; Urk. 57 S. 5). Unter Berücksichtigung der Bedeutung und der tatsächlichen und rechtlichen Schwierigkeiten des Falls sowie der Verantwortung des Verteidigers erscheint es angemessen, dem

Beschuldigten für das Berufungsverfahren eine Prozessentschädigung von pauschal Fr. 6'000.– für anwaltliche Verteidigung zuzusprechen. Ausgangsgemäss ist die Privatklägerin zu verpflichten, die Hälfte der Prozessentschädigung (Fr. 3'000.–) an den Beschuldigten zu bezahlen und im Übrigen ist sie aus der Gerichtskasse zu entrichten. Ausgangsgemäss ist der Privatklägerin keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

**Es wird beschlossen:**

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 2. Abteilung - Einzelgericht, vom 11. März 2022 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist:

**"Es wird erkannt:**

1.-5. [...]

6. Die Gerichtsgebühr wird angesetzt auf:

Fr. 2'400.– ; die weiteren Kosten betragen:

Fr. 2'100.– Gebühr für das Vorverfahren

Fr. 40.– Zeugenentschädigung

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

7.-9. [...]

10. [Mitteilungen]

11. [Rechtsmittel]."

2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

**Es wird erkannt:**

1. Der Beschuldigte A.\_\_\_\_\_ ist nicht schuldig und wird vollumfänglich freigesprochen.
2. Das Schadenersatzbegehren der Privatklägerin wird abgewiesen.

3. Die Kosten der Untersuchung und des erstinstanzlichen Gerichtsverfahrens werden auf die Gerichtskasse genommen.
4. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr beträgt Fr. 3'000.–.
5. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden zur Hälfte der Privatklägerin auferlegt und im Übrigen auf die Gerichtskasse genommen.
6. Dem Beschuldigten wird für die Untersuchung und das erstinstanzliche Gerichtsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 9'075.15 für anwaltliche Verteidigung aus der Gerichtskasse zugesprochen.
7. Dem Beschuldigten wird für das Berufungsverfahren eine Prozessentschädigung von pauschal Fr. 6'000.– für anwaltliche Verteidigung zugesprochen. Die Privatklägerin wird verpflichtet, die Hälfte der Prozessentschädigung (Fr. 3'000.–) an den Beschuldigten zu bezahlen. Im Übrigen wird die Prozessentschädigung aus der Gerichtskasse entrichtet.
10. Schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
  - die Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
  - die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl
  - die Vertretung der Privatklägerin im Doppel für sich und die Privatklägerschaftsowie in vollständiger Ausfertigung an
  - die Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
  - die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl
  - die Vertretung der Privatklägerin im Doppel für sich und die Privatklägerschaftund nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an
  - die Vorinstanz
  - die Koordinationsstelle VOSTRA/DNA zur Entfernung der Daten gemäss Art. 32 Abs. 1 StReG mittels Kopie von Urk. 35
  - die Kasse des Obergerichts des Kantons Zürich, Zentrales Inkasso, gemäss Ziff. 6 und 7.

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

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, von der Zustellung 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  
I. Strafkammer

Zürich, 15. Mai 2023

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Volken

MLaw N. Hunziker