

## Konkurseröffnung als objektive Strafbarkeitsbedingung

*Die Konkurseröffnung ist sowohl beim Tatbestand der Misswirtschaft (Art. 165 Ziff. 1 StGB) als auch beim Tatbestand der Unterlassung der Buchführung (Art. 166 StGB) objektive Strafbarkeitsbedingung. Bei der Auflösung einer Gesellschaft nach Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR (gültig bis 31.12.2020) handelt es sich mangels Konkursgrund gemäss SchKG nicht um eine Konkurseröffnung im eigentlichen Sinn, sondern um einen richterlichen Auflösungsentscheid. Sie genügt nicht für die Strafbarkeit.*

Erwägungen:

### I.

1. Mit Strafbefehl vom 6. Dezember 2019 (Proz. Nr. ST.2019.389) sprach die Staatsanwaltschaft Appenzell I.Rh. A. der Misswirtschaft im Sinne von Art. 165 Ziff. 1 StGB schuldig und bestrafte ihn mit einer Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu je Fr. 125.00, bedingt aufgeschoben bei einer Probezeit von 3 Jahren, sowie mit einer Busse von Fr. 1'500.00, bei schuldhaftem Nichtbezahlen ersatzweise mit einer Freiheitsstrafe von 12 Tagen.
2. Am 30. Dezember 2019 erhob der Verteidiger von A. Einsprache gegen den Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Appenzell I.Rh. und beantragte, A. sei vom Vorwurf der Misswirtschaft im Sinne von Art. 165 Ziff. 1 StGB vollumfänglich freizusprechen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.
3. Am 30. Juni 2020 erhob die Staatsanwaltschaft Appenzell I.Rh. beim Bezirksgericht Appenzell I.Rh. gegen den Beschuldigten A. Anklage.
4. Das Bezirksgericht Appenzell I.Rh. erliess am 9. März 2021 folgendes Urteil B 15-2020:  
  
«1. A. wird vom Vorwurf der Misswirtschaft im Sinne von Art. 165 Ziff. 1 StGB und von der Unterlassung der Buchführung im Sinne von Art. 166 StGB freigesprochen.  
  
(...)»
5. Gegen dieses Urteil, welches am 9. März 2021 an die Parteien versandt wurde, meldete die Staatsanwaltschaft Appenzell I.Rh. gleichentags Berufung an.
6. Am 16. März 2021 wurde das begründete Urteil des Bezirksgerichts Appenzell I.Rh. versandt bzw. der Staatsanwaltschaft Appenzell I.Rh. gleichentags zugestellt. Dieses wurde im Wesentlichen dahingehend begründet, als dass eine in den zur Frage stehenden Tatbeständen der Misswirtschaft und der Unterlassung der Buchführung geforderte rechtskräftige Konkurseröffnung als objektive Strafbarkeitsbestimmung nicht gegeben sei, weshalb keine Strafbarkeit begründet werden könne und der Beschuldigte freizusprechen sei.
7. Die Staatsanwaltschaft Appenzell I.Rh. (nachfolgend Berufungsklägerin) reichte mit Eingabe vom 30. März 2021 Berufung ein.

8. Mit prozessleitender Verfügung vom 1. April 2021 wurde der Berufungsklägerin mitgeteilt, dass in Anwendung von Art. 406 Abs. 1 lit. a StPO die Berufung in einem schriftlichen Verfahren behandelt werde.

(...)

### III.

#### 1.

- 1.1. Vorliegend ist strittig, ob eine Konkurseröffnung als objektive Strafbarkeitsbedingung vorgelegen hat.
- 1.2. Die Konkurseröffnung ist sowohl beim Tatbestand nach Art. 165 Ziff. 1 StGB als auch beim Tatbestand nach Art. 166 StGB objektive Strafbarkeitsbedingung. Tritt diese nicht ein, so ist die Tat nicht begangen (vgl. Geiger, in: Graf [Hrsg.], StGB, Annotierter Kommentar, 2020, Art. 163 N 14, Art. 165 N 15, Art. 166 N 12).

Ordnet das Gericht die Liquidation aufgrund mangelhafter Organisation einer Gesellschaft nach Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR an, so erfolgt dies selbst dann nach den Vorschriften über den Konkurs, wenn die Gesellschaft nicht überschuldet ist. Als Grund für diese weitgehende Möglichkeit wird in der Botschaft angeführt, dass sich gezeigt habe, dass Gesellschaften, die durch richterlichen Beschluss aufgelöst wurden, manchmal ihre Geschäftstätigkeit fortgesetzt hätten. Selbst wenn aber grundsätzlich die Vorschriften des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts herangezogen werden, handelt es sich bei der Auflösung einer Gesellschaft nach Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR nicht um eine Konkurseröffnung im eigentlichen Sinn, sondern um einen richterlichen Auflösungsentscheid. Konkurseröffnung bedeutet gerichtliche Eröffnung des Konkurses gemäss SchKG. Eine Konkurseröffnung von Amtes wegen ist im SchKG grundsätzlich nicht vorgesehen, und die Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung ist abschliessend in Art. 190 bis Art. 193 SchKG geregelt. Die Anordnung der Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs, ohne dass eine Konkurseröffnung des Konkursrichters nach SchKG vorausgeht, ist ungewöhnlich und singulär. Im Fall von Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR fehlt es an einem Konkursgrund gemäss SchKG und an einer Konkurseröffnung. Der Gesetzgeber hat im Rahmen der Revision des Gesellschaftsrechts darauf verzichtet, die Konkursgründe im SchKG zu erweitern. Der Auflösungsentscheid nach Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR entspricht somit nur funktional einer Konkurseröffnung (vgl. BGE 141 III 43 E. 2.3.2; Watter/Pamer-Wieser, in: Honsell/Vogt/Watter [Hrsg.], Basler Kommentar Obligationenrecht II, 5. Auflage, 2016, Art. 731b N 24; Müller/Nietispach/Margraf, in: Roberto/Trüb [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft, 3. Auflage, 2016, Art. 731b N 12 f.; Lorandi, Konkursverfahren über Handelsgesellschaften ohne Konkurseröffnung – Gedanken zu Art. 731b OR, in: AJP 11/2008, S. 1381 f., 1386; Geiger, a.a.O., Art. 163 N 15).

Im Strafrecht gilt das strikte Legalitätsprinzip (nulla poena sine lege nach Art. 1 StGB). Aufgrund dessen kann die richterliche Anordnung der Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs bzw. handelsrechtliche Auflösung nach Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR nicht einer Konkurseröffnung gleichgesetzt werden und sie genügt mangels formeller Konkurseröffnung nicht für die Strafbarkeit. Diese Strafrechtslücke - eine illiquide oder überschuldete Gesellschaft kann kostenlos entsorgt werden, ohne dass strafrechtliche Konsequenzen drohen - wurde mit der am 1. Januar 2021 in Kraft getretenen neuen Regelung von Art. 731b Abs. 4 OR geschlossen, wonach die zur Liquidation

der Gesellschaft nach den Vorschriften über den Konkurs eingesetzten Liquidatoren, sobald sie eine Überschuldung feststellen, das Gericht zu benachrichtigen haben, welches dann den Konkurs eröffnet. Die Liquidation zufolge Organisationsmangel zieht jedoch weiterhin nicht automatisch die Konkurseröffnung nach sich (vgl. Graf, Konkursreiterei: Phänomen-rechtliche Einordnung-Bekämpfung, in: BISchKG 2019, Heft 1, S. 3; Geiger, a.a.O., Art. 163 N 15; Lorandi, a.a.O., S. 1394).

- 1.3. Einzig mit der Formulierung im Dispositiv «Über die B. GmbH wird am 22. März 2019 um 08:30 Uhr der Konkurs eröffnet» im Entscheid E 20-2019 des Präsidenten des Bezirksgerichts vom 22. März 2019 betreffend Mängel in der Organisation der Gesellschaft ist kein Konkurs nach SchKG eröffnet worden. Diese Formulierung ist wohl nicht präzise. Sie kann aber keinen neuen, gesetzlich nicht vorgesehenen, materiellen Konkurs nach SchKG schaffen, zumal der Konkursgrund nach SchKG fehlt. Daran ändert auch die nicht korrekte Rechtsmittelbelehrung im Entscheid (Beschwerde statt Berufung) nichts.
- 1.4. Die Berufungsklägerin verweist auf den Entscheid des Bundesgerichts BGE 144 IV 52, welches die Konkurseröffnung gestützt auf Art. 33 BankG als objektive Strafbarkeitsbedingung im Sinne von Art. 165 StGB erachtet habe. Diese bundesgerichtliche Argumentation sei ebenfalls auf die Auflösung wegen Organisationsmangel i.S.v. Art. 731b OR zutreffend, zumal vorliegend die B. GmbH nachweislich überschuldet gewesen sei. Dabei verkennt die Berufungsklägerin, dass Art. 34 Abs. 1 BankG ausdrücklich bestimmt, die Anordnung der Konkursliquidation insolventer Banken durch die FINMA (sog. Bankenkurs) habe die Wirkung einer Konkurseröffnung nach Art. 197 bis Art. 220 SchKG. Im Gegensatz dazu hat der Gesetzgeber wie oben ausgeführt verzichtet, die Konkursgründe im SchKG um die handelsrechtliche Liquidation nach Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR zu erweitern. Vielmehr ist bei einer angeordneten Liquidation zufolge Organisationsmängel einer Gesellschaft, bei welcher eine Überschuldung festgestellt wird, zusätzlich beim Konkursrichter die Konkurseröffnung zu beantragen.
- 1.5. Der Argumentation des Bezirksgerichts Appenzell I.Rh. ist somit beizupflichten. Entsprechend fehlt vorliegend die objektive Strafbarkeitsbedingung der Konkurseröffnung, womit der Beschuldigte weder wegen Misswirtschaft im Sinne von Art. 165 Ziff. 1 StGB noch wegen Unterlassung der Buchführung im Sinne von Art. 166 StGB bestraft werden darf.

(...)

3. Der Beschuldigte ist somit vollumfänglich freizusprechen und die Berufung abzuweisen.

Kantonsgericht Appenzell I.Rh., Entscheid K 2-2021  
vom 6. Juli 2021