

Obergericht des Kantons Zürich

III. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: UE210242-O/U/MUL

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Flury, Präsident, die Oberrichterinnen lic. iur.
C. Gerwig und lic. iur. K. Eichenberger sowie Gerichtsschreiberin
Dr. iur. C. Schoder

Beschluss vom 26. September 2022

in Sachen

A. _____,

Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____,

gegen

1. **B.** _____,

2. **C.** _____,

3. **Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat,**

Beschwerdegegner

1 amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____,

2 verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. Z. _____,

betreffend **Einstellung**

Beschwerde gegen die Einstellungsverfügungen der Staatsanwaltschaft Zürich - Limmat vom 2. August 2021, C-4/2018/10005343

Erwägungen:

I.

1. A._____ erstattete am 6. Februar 2018 gegen B._____ und C._____ Strafanzeige wegen des Verdachts auf Veruntreuung (Art. 138 StGB), Betrug (Art. 146 StGB), ungetreue Geschäftsbesorgung (Art. 158 StGB), betrügerischen Konkurs (Art. 163 StGB), Gläubigerschädigung durch Vermögensverminderung (Art. 164 StGB), Misswirtschaft (Art. 165 StGB), Unterlassen der Buchführung (Art. 166 StGB), Bevorzugung eines Gläubigers (Art. 167 StGB), Urkundenfälschung (Art. 251 StGB) sowie ordnungswidrige Führung der Geschäftsbücher (Art. 325 StGB). Bei den Beschuldigten handelt es sich um die ehemaligen Verwaltungsräte der D._____ SA, deren Kerngeschäft der Betrieb des Restaurants und Clubs "E._____" an der F._____ -strasse ... in ... Zürich war. Der Anzeigersteller gewährte der D._____ SA mehrere Darlehen in der Gesamthöhe von CHF 3.5 Mio. Als Sicherheit erwarb er sämtliche Aktien an der D._____ SA.

In der Strafanzeige warf der Anzeigersteller den Beschuldigten vor, die D._____ SA in der Folge systematisch ausgehöhlt und das Restaurant und den Club "E._____" zu einem zu tiefen Preis auf sich selbst bzw. eine ihnen nahe stehende Gesellschaft, die G._____ SA, übertragen zu haben. Dabei seien praktisch alle Aktiven und relevanten Verträge, namentlich der Mietvertrag für die Lokalität, auf die Beschuldigten oder die G._____ SA übertragen worden, während die dazu gehörigen Schulden bei der D._____ SA verblieben seien. Der Anzeigersteller sei betreffend die Übertragung der "E._____" bewusst im Unklaren gelassen worden. Schliesslich seien die Beschuldigten aus dem Verwaltungsrat zurückgetreten. Auf diese Weise hätten sie die D._____ SA als leere Hülle völlig überschuldet zurückgelassen und den Anzeigersteller als Investor und Alleinaktionär geprellt (vgl. Urk. 3/5 S. 4).

2. Die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat stellte die Strafverfahren gegen die Beschuldigten mit Verfügung betreffend B._____ vom 2. August 2021

- (Urk. 6) und mit Verfügung betreffend C._____ vom 2. August 2021 (Urk. 7) ein, da - abgesehen vom Vorwurf der Misswirtschaft, der separat erledigt werde - kein Straftatbestand erfüllt worden sei (Urk. 6 S. 20; Urk. 7 S. 20).
3. A._____ (fortan Beschwerdeführer) liess gegen die Einstellungsverfügung betreffend B._____ (fortan Beschwerdegegner 1) und die Einstellungsverfügung betreffend C._____ (fortan Beschwerdegegner 2) bei der hiesigen Kammer Beschwerde erheben und beantragen, die angefochtenen Verfügungen seien aufzuheben und die Staatsanwaltschaft sei anzuweisen, die Strafuntersuchungen unverzüglich weiterzuführen; alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. MWST) zulasten der Staatskasse (Urk. 2 S. 2).
 4. Dem Beschwerdeführer wurde aufgegeben, innert Frist eine Prozesskaution von CHF 5'000.-- zu bezahlen (Urk. 8). Diese ging rechtzeitig bei der Gerichtskasse ein (Urk. 13).
 5. In der Folge liess der Beschwerdeführer der Kammer mitteilen, dass er zwischenzeitlich Zivilklage gegen die Beschwerdegegner erhoben habe. Die adhäsionsweise erhobene Zivilklage werde zurückgezogen. Die Konstituierung als Strafläger bleibe aber aufrechterhalten. Soweit sich die Beschwerde gegen Ziffer 2 der Einstellungsverfügungen richte, werde diese gegenstandslos. Im Übrigen werde an der Beschwerde festgehalten (Urk. 11).
 6. Die Staatsanwaltschaft verzichtete auf eine Stellungnahme zur Beschwerde (Urk. 27). Der Beschwerdegegner 1 liess die Abweisung der Beschwerde beantragen (Urk. 30 S. 8). Der Beschwerdegegner 2 schloss ebenfalls auf Beschwerdeabweisung (Urk. 32 S. 9). Der Beschwerdeführer replizierte unter Aufrechterhaltung seiner Anträge (Urk. 38). Die Staatsanwaltschaft verzichtete auf eine Duplik (Urk. 45). Der Beschwerdegegner 2 reichte eine Duplik ein (Urk. 51). Der Beschwerdegegner 1 duplizierte ebenfalls (Urk. 54). Der Beschwerdeführer legte eine Triplik ins Recht (Urk. 62).

Im Hinblick auf den Verfahrensausgang wurde auf die Einholung einer weiteren Stellungnahme der Beschwerdegegner 1 und 2 sowie der Staatsanwaltschaft verzichtet.

7. Die Akten des Vorverfahrens (Urk. 66) wurden antragsgemäss beigezogen.

II.

1. Die vorliegende Beschwerdeschrift richtet sich gegen zwei Einstellungsverfügungen, welche je einen der beiden Beschwerdegegner betreffen. Da die Verfügungen in demselben Verfahren ergingen und beide Beschwerdegegner mit denselben zur Anzeige gebrachten Vorwürfen belastet werden, ergibt dies Sinn. Es besteht kein Grund, je separate Beschwerdeschriften zu verlangen.

2.

- 2.1 Gegen Verfügungen der Staatsanwaltschaften ist die strafprozessuale Beschwerde zulässig (Art. 393 Abs. 1 lit. a StPO). Bei den beiden Einstellungsverfügungen handelt es sich somit um zulässige Anfechtungsobjekte.

2.2

- 2.2.1 Jede Partei, die ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung eines Entscheids hat, kann ein Rechtsmittel ergreifen (Art. 382 Abs. 1 StPO). Dabei muss es sich um ein eigenes und unmittelbares Interesse handeln; ein bloss mittelbares Interesse genügt nicht (BGE 145 IV 161 E. 3.1; NIKLAUS SCHMID/DANIEL JOSITSCH, Praxiskommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 3. Aufl. 2018, Art. 382 N. 1 f.).

Partei ist namentlich die Privatklägerschaft (Art. 104 Abs. 1 lit. b StPO). Als solche gilt die geschädigte Person, die im Sinne von Art. 118 StPO erklärt, sich am Strafverfahren als Straf- oder Zivilklägerin zu beteiligen, wobei der Strafantrag dieser Erklärung gleichgestellt ist. Als "geschädigt" gilt die Person, die durch die Straftat in ihren Rechten unmittelbar verletzt worden ist

(Art. 115 Abs. 1 StPO). Unmittelbar verletzt und damit in eigenen Rechten betroffen ist, wer Träger des durch die verletzte Strafnorm geschützten oder zumindest mitgeschützten Rechtsguts ist (BGE 145 IV 491 E. 2.3; 141 IV 454 E. 2.3.1).

Bei Vermögensdelikten zum Nachteil einer juristischen Person ist der einzelne Gesellschafter nicht unmittelbar in eigenen Rechten betroffen und somit nicht beschwerdelegitimiert. Eine Ausnahme besteht bei einer aufgelösten und liquidierten juristischen Person, wenn die beschwerdeführende Person Begünstigte aus der Liquidation ist (ANDREAS J. KELLER, in: Zürcher Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 3. Aufl. 2020, Art. 393 N. 34a, mit Hinweisen auf die Rechtsprechung).

2.2.2 Der Beschwerdeführer beschränkte sich vorliegend auf die Anfechtung der Einstellungsverfügungen betreffend ungetreue Geschäftsbesorgung (Art. 158 StGB) zum Nachteil der D._____ AG in Liq. und betreffend Gläubigerbevorzugung (Art. 167 StGB) zu seinem eigenen Nachteil als Gläubiger der D._____ AG in Liq.

Als Gläubiger der in Konkurs gefallenen Gesellschaft ist der Beschwerdeführer Träger des von Art. 167 StGB geschützten Rechtsguts und daher ohne Weiteres beschwerdelegitimiert.

Im Zeitpunkt der Auflösung der D._____ AG war der Beschwerdeführer deren Alleinaktionär (Urk. 3/5 S. 5 N. 12). Als solcher stand ihm ein allfälliger Überschuss aus der Liquidation der Gesellschaft zu (vgl. Art. 745 Abs. 1 OR). Somit ist er auch legitimiert, die Einstellungsverfügungen betreffend Vermögensstraftaten zum Nachteil der liquidierten Gesellschaft anzufechten.

2.3 Die übrigen Voraussetzungen des Sachentscheids sind ebenfalls erfüllt und geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Auf die Beschwerde ist somit einzutreten.

3. Angefochten sind zwei Einstellungsverfügungen. Die Staatsanwaltschaft verfügt gemäss Art. 319 Abs. 1 StPO u.a. die Einstellung des Verfahrens, wenn

kein Tatverdacht erhärtet ist, der eine Anklage rechtfertigt (lit. a), wenn kein Straftatbestand erfüllt ist (lit. b) oder wenn Rechtfertigungsgründe einen Straftatbestand unanwendbar machen (lit. c). Der Entscheid über die Einstellung eines Verfahrens hat sich nach dem Grundsatz "im Zweifel für die Anklageerhebung (in dubio pro duriore) zu richten. Danach darf eine Einstellung grundsätzlich nur bei klarer Straflosigkeit oder offensichtlich fehlenden Prozessvor-aussetzungen angeordnet werden. Bei zweifelhafter Beweis- oder Rechtslage hat nicht die Staatsanwaltschaft über die Stichhaltigkeit des strafrechtlichen Vorwurfs zu entscheiden, sondern das zur materiellen Beurteilung zuständige Gericht. Der Grundsatz, dass im Zweifel nicht eingestellt werden darf, ist auch bei der Überprüfung von Einstellungsverfügungen zu beachten (BGE 146 IV 68 E. 2.1; 143 IV 241 E. 2.2.1; 138 IV 186 E. 4.1; 138 IV 86 E. 4.1).

4.

4.1 Die Staatsanwaltschaft vertrat betreffend den Vorwurf der ungetreuen Geschäftsbesorgung den Standpunkt, die Beschwerdegegner 1 und 2 seien nicht verpflichtet gewesen, den von Anfang an defizitären Geschäftsbetrieb des Clubs "E._____" weiterzuführen. Insbesondere seien sie nicht verpflichtet gewesen, den Mietvertrag für die Clublokalität zu verlängern. Der Club habe nie eine Rendite abgeworfen und die D.____ AG sei überschuldet gewesen (Urk. 6 S. 16-17; Urk. 7 S. 6-17).

Das Inventar habe gemäss einer Schätzung der I.____ Inventar AG, einem Partnerunternehmen der J.____, einen Wert von CHF 97'565.-- gehabt. Der zwischen der D.____ AG und der G.____ SA vereinbarte Kaufpreis von CHF 500'000.-- habe die im Clublokal vorgenommenen Umbauten, die Einrichtungen, das Mobiliar, die Ausrüstung und das Kleinmaterial (inkl. das Getränke- und Spirituosenlager) sowie sämtliche Domainnamen und sämtliche Markenrechte umfasst (Urk. 6 S. 17; Urk. 7 S. 17).

Gemäss einem vom Beschwerdeführer in Auftrag gegebenen Privatgutachten der K.____ AG habe die D.____ AG in den Bilanzen einen Goodwill

von CHF 1'080'000.-- ausgewiesen, welcher Betrag dem Schlüsselgeld entsprochen habe, das die D._____ AG bei Übernahme der Clublokalität im Jahr 2014 bezahlt habe. Die Verlängerungsoption im Mietvertrag hätte die D._____ AG berechtigt, die Lokalität zu den gleichen Konditionen bis Ende Juni 2026 zu nutzen. Auf dieser Basis sei die Gutachterin zum Schluss gekommen, dass der Wert der Lokalität per Ende Juni 2016 - bei einem Ertrag von CHF 3.8 Mio. - mindestens CHF 2'583'000.-- betragen habe (Urk. 6 S. 18). Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers sei indessen nicht dies, sondern die Tatsache entscheidend, dass die D._____ AG mit Auslaufen des Mietvertrags per 30. Juni 2016 keinen Anspruch mehr auf die Räumlichkeiten gehabt habe. Ein wirtschaftlicher Wert des Mietvertrags sei nicht geeignet, darzulegen oder gar zu beweisen, dass die Beschwerdegegner es unterlassen hätten, für eine geordnete Abwicklung und Realisierung des dem Mietvertrag innewohnenden Werts zugunsten der D._____ SA besorgt zu sein. Ein solcher Wert wäre dem Eigentümer der Liegenschaft zuzurechnen gewesen und hätte von den Beschwerdegegnern nicht realisiert werden können (Urk. 6 S. 18-19; Urk. 7 S. 18-19).

- 4.2 Der Beschwerdeführer warf den Beschwerdegegnern im Wesentlichen vor, die Interessen der D._____ AG nicht ausreichend vertreten zu haben. Sie seien zwar nicht verpflichtet gewesen, den Club "E._____" weiterzuführen. Jedoch seien sie nach wie vor verpflichtet gewesen, die Interessen der D._____ AG zu vertreten. Stattdessen hätten sie für ein unzureichendes Entgelt einen neuen Mietvertrag für die Clublokalität zugunsten der ihnen nahe stehenden G._____ SA abgeschlossen, den Club "E._____" auf Rechnung der G._____ SA weitergeführt und ihn, den Beschwerdeführer, dabei übergeben (Urk. 2 S. 10).

Nach Ansicht des Beschwerdeführers wären die Beschwerdegegner aufgrund ihrer Vermögensfürsorgepflicht gehalten gewesen, den Club zunächst weiterzuführen, um ihn anschliessend zu einem angemessenen Preis auf einen Dritten zu übertragen. Gemäss dem Bewertungsgutachten hätten die Beschwerdegegner für die dem Mietvertrag innewohnenden Werte (Schlüs-

selgeld, Investitionen in Umbauten, die Domainnamen, die Marke "E._____", Getränke- und Spirituosenlager) ein Entgelt in der Höhe von CHF 2'583'000.-- realisieren können. Fakt sei aber, dass für die Übernahme des Mietvertrags kein gesondertes Entgelt an die D.____ AG geleistet worden sei. Angesichts des tatsächlich geleisteten Kaufpreises von CHF 500'000.-- sei offensichtlich, dass die Beschwerdegegner entgegen den Interessen der D.____ AG gehandelt hätten (Urk. 2 S. 11; Urk. 38 S. 5; Urk. 62 S. 5 f.).

In der Replik wiederholte der Beschwerdeführer seinen im Vorverfahren gestellten Antrag, es sei ein Sachverständigengutachten einzuholen, wenn das Privatgutachten der K.____ AG als unzureichend erachtet werde (Urk. 38 S. 6).

Weiter hielt der Beschwerdeführer dafür, der Schädigungsvorsatz der Beschwerdegegner lasse sich daran erkennen, dass die Hälfte des von der G.____ SA bezahlten Kaufpreises sogleich an die L.____ SA abgeführt worden sei, um eigene Verluste des Beschwerdegegners 2 auszugleichen (Urk. 38 S. 7).

- 4.3 Die Beschwerdegegner liessen in ihren (weitgehend gleichlautenden) Eingaben im Wesentlichen einwenden, es hätte nicht im Interesse der D.____ AG gelegen, den defizitären Geschäftsbetrieb des Clubs "E._____" weiterzuführen und den Mietvertrag zu verlängern. Im Gegenteil wäre es pflichtwidrig gewesen, den Mietvertrag angesichts der fehlenden Liquidität zu verlängern, obschon man gewusst habe, dass der Mietzins nicht weiter hätte bezahlt werden können. Mit der Übernahme des Mietvertrags durch die G.____ SA sei die D.____ AG zudem davor bewahrt worden, das Mietobjekt auf Rohbau zurückzubauen, was Aufwendungen von rund CHF 150'000.-- bedeutet hätte (Urk. 30 S. 4; Urk. 32 S. 5; Urk. 51 S. 4; Urk. 54 S. 3).

Angesichts der Tatsache, dass der Club "E._____" nie eine Rendite abgeworfen habe, erscheine die Annahme des Beschwerdeführers ohnehin ab-

wegig, dass ein Wert in der Höhe von CHF 2.5 Mio. hätte realisiert werden können (Urk. 30 S. 4; Urk. 32 S. 5).

Hervorzuheben sei überdies, dass die Beschwerdegegner bis im Juni 2016 Geldbeträge auf das Konto der D._____ AG getätigt hätten, obschon sie nicht mehr deren Aktionäre gewesen seien und selber ebenfalls beträchtliche Investitionen in die Gesellschaft gesteckt und entsprechende Verluste erlitten hätten. Dies zeige, dass die Beschwerdegegner keinen Schädigungsvorsatz gehabt hätten (Urk. 30 S. 5; Urk. 32 S. 6)

- 4.4 Nach dem Treubruchtatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung im Sinne von Art. 158 Ziff. 1 StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren oder Geldstrafe bestraft, wer auf Grund des Gesetzes, eines behördlichen Auftrages oder eines Rechtsgeschäfts damit betraut ist, das Vermögen eines andern zu verwalten oder eine solche Vermögensverwaltung zu beaufsichtigen, und dabei unter Verletzung seiner Pflichten bewirkt oder zulässt, dass der andere am Vermögen geschädigt wird (Abs. 1). Handelt der Täter in der Absicht, sich oder einen andern unrechtmässig zu bereichern, so kann auf Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu 5 Jahren erkannt werden (Abs. 3).

Als Täter kommt nur in Betracht, wer Geschäftsführereigenschaft hat, d.h. wer in tatsächlich oder formell selbstständiger und verantwortlicher Stellung im Interesse eines anderen für einen nicht unerheblichen Vermögenskomplex zu sorgen hat. Der Tatbestand ist namentlich anwendbar auf selbstständige Geschäftsführer sowie auf operationell leitende Organe von juristischen Personen bzw. Kapitalgesellschaften (BGE 142 IV 346 E. 3.2; 129 IV 124 E. 3.1; STEPHAN SCHLEGEL, in: Handkommentar zum Schweizerischen Strafgesetzbuch, 4. Aufl. 2020, Art. 158 N. 2).

Der Tatbestand setzt einen auch die Treuepflichtverletzung kausal verursachten Vermögensschaden voraus. Ein solcher kann in einer tatsächlichen Schädigung durch Verminderung der Aktiven, Vermehrung der Passiven, Nicht-Verminderung der Passiven oder Nicht-Vermehrung der Aktiven liegen. Ein Schaden liegt auch bereits vor, wenn das Vermögen in einem Mas-

se gefährdet wird, dass es in seinem wirtschaftlichen Wert vermindert ist (BGE 142 IV 346 E. 3.2; 129 IV 124 E. 3.1).

Die im Gesetz nicht näher umschriebene Tathandlung der ungetreuen Geschäftsbesorgung ergibt sich aus dem Grundverhältnis zwischen Geschäftsführer und Geschäftsherrn. Sie besteht in der Verletzung von Pflichten, die dem Täter in seiner Stellung als Geschäftsführer zum Schutz des Geschäftsherrn obliegen. Geschäftliche Dispositionen, die sich im Rahmen einer ordnungsgemässen Geschäftsführung halten, sind nicht tatbestandsmässig, selbst wenn sie zu einem Verlust führen. Strafbar ist nur das Eingehen von Risiken, die ein umsichtiger Geschäftsführer in derselben Situation nicht eingehen würde (BGE 142 IV 346 E. 3.2).

Subjektiv ist Vorsatz erforderlich. Dieser muss sich auf die Pflichtwidrigkeit des Handelns oder Unterlassens, die Vermögensschädigung und den Kausalzusammenhang zwischen dem pflichtwidrigen Verhalten und dem Schaden beziehen. Eventualvorsatz genügt. Der qualifizierte Treubruchtatbestand gemäss Art. 158 Ziff. 1 Abs. 3 StGB setzt zudem die Absicht unrechtmässiger Bereicherung voraus. Eventualabsicht genügt (BGE 142 IV 346 E. 3.2).

- 4.5 Nach Art. 717 OR müssen die Mitglieder des Verwaltungsrats sowie Dritte, die mit der Geschäftsführung befasst sind, ihre Aufgaben mit aller Sorgfalt erfüllen und die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen wahren (Abs. 1). Sie haben die Aktionäre unter gleichen Voraussetzungen gleich zu behandeln (Abs. 2).

Die gesetzlich normierte Treuepflicht verlangt, dass die Mitglieder des Verwaltungsrats ihr Verhalten am Gesellschaftsinteresse ausrichten. Für die Sorgfalt, die der Verwaltungsrat bei der Führung der Geschäfte der Gesellschaft aufzuwenden hat, gilt ein objektiver Massstab. Die Verwaltungsratsmitglieder haben so zu handeln, wie es von einer ordnungsgemäss handelnden Person in einer vergleichbaren Situation erwartet werden kann. Das Eingehen vertretbarer Risiken ist nicht sorgfaltswidrig, da der Verwaltungsrat

im Rahmen des Gesellschaftsinteresses zu einem unternehmerischen Handeln verpflichtet ist. Die Beurteilung der angewendeten Sorgfalt erfolgt aus einer ex-ante-Betrachtung (BGE 139 III 24 E. 3.2; ADRIAN PLÜSS/DOMINIQUE FACINCANI-KUNZ, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl. 2016, Art. 717 N. 2).

Die Gerichte auferlegen sich bei der nachträglichen Beurteilung von Geschäftsentscheiden Zurückhaltung, wenn diese in einem einwandfreien, auf einer angemessenen Informationsbasis beruhenden und von Interessenkonflikten freien Entscheidungsprozess zustande gekommen sind. Unter diesen Voraussetzungen wird jeweils nur geprüft, ob die Geschäftsentscheide vertretbar erscheinen (sog. *Business Judgment Rule*). Die innere Begründung dieser Praxis ergibt sich daraus, dass sich die Gerichte nicht anmassen, eigentliche unternehmerische Entscheide im Nachhinein besser beurteilen zu können als die damals im konkreten Geschäft tätigen verantwortlichen Personen (BGE 145 III 351, nicht publ. E. 3.1; 139 III 24 E. 3.2).

- 4.6 Die D._____ AG wurde im Jahr 2014 gegründet. Das Kerngeschäft der Unternehmung war die Führung des Clubs "E._____". Sowohl der Beschwerdeführer als auch die beiden Beschwerdegegner tätigten namhafte Investitionen in den Betrieb. Der Beschwerdeführer sass von März bis November 2015 im Verwaltungsrat der D._____ AG. Danach übten nur noch die Beschwerdegegner die Funktion als Verwaltungsräte aus. In dieser Funktion hatten sie Geschäftsführerstellung im Sinne von Art. 158 StGB.

Der Club "E._____" warf unbestrittenermassen von Anfang an keine Rendite ab. Aus diesem Grund entschieden die Beschwerdegegner, den Clubbetrieb einzustellen. Sie verkauften das Inventar, die Markenrechte und die Domainnamen zu einem Preis von CHF 500'000.-- an die G._____ SA, liessen den auf die D._____ AG lautenden Mietvertrag für die Clublokalität auslaufen und traten aus dem Verwaltungsrat der D._____ AG zurück, was schliesslich zur Auflösung und Liquidation der Gesellschaft führte.

Der Verkauf des Inventars und der Rechte am Club an eine nahe stehende Unternehmung zwecks Weiterführung des Clubbetriebs erscheint an sich heikel. Die Beschwerdegegner begaben sich dadurch in einen Interessenkonflikt, der zum Nachteil der D._____ AG resp. des Beschwerdeführers als Alleinaktionär hätte ausgehen können. Indessen machte der Beschwerdeführer nicht in erster Linie geltend, das Inventar und die Rechte seien unter ihrem Wert verkauft worden. Vielmehr beanstandete er, dass die Beschwerdegegner den "Wert des Mietvertrags" für die Clublokalität resp. für die luxuriösen Umbauten nicht realisiert hätten.

Dabei liess der Beschwerdeführer ausser Acht, dass der Mietvertrag der D._____ AG für die Clublokalität nicht auf die G._____ SA übertragen wurde, sondern per Ende Juni 2016 auslief und erst dann mit der G._____ SA abgeschlossen wurde. Der Mietvertrag konnte der D._____ AG deshalb ab Ende Juni 2016 nicht mehr als Wert zugerechnet werden. Allfällige wertvermehrende Investitionen in das Mietobjekt wären gegenüber dem Vermieter geltend zu machen gewesen (vgl. Art. 260a OR). Der Beschwerdeführer machte indessen nicht geltend, die Beschwerdegegner hätten es pflichtwidrig unterlassen, beim Vermieter eine Entschädigung für wertvermehrende Investitionen zu verlangen. Damit wäre er auch nicht erfolgreich gewesen, bestand doch im Gegenteil eine Rückbauverpflichtung (Urk. 66/5/8/3).

Gemäss dem Mietvertrag hätten die Beschwerdegegner die Option gehabt, den Mietvertrag um weitere fünf Jahre zu verlängern (Beilage 26 zur Strafanzeige, Urk. 66/1/26). Der Entscheid, den Clubbetrieb einzustellen und den Mietvertrag für die Clublokalität auslaufen zu lassen, erschien angesichts der fehlenden Rendite aber als geboten. Wie die Beschwerdegegner zu Recht geltend machten (Urk. 30 S. 4, Urk. 32 S. 4), wäre es unvernünftig und pflichtwidrig gewesen, eine Verlängerung des Mietvertrags um fünf Jahre anzustreben im Wissen darum, dass der Mietzins zukünftig nicht mehr hätte beglichen werden können. Ob die Beschwerdegegner innert nützlicher Frist einen Nachmieter hätten finden können, der bereit gewesen wäre, sie zumindest für einen Teil der Investitionen zu entschädigen, erscheint frag-

lich. Jedenfalls vermag der Beschwerdeführer das Vorgehen der Beschwerdegegner mit diesem Argument nicht als pflichtwidrig hinzustellen. Schliesslich rechnete auch der Beschwerdeführer mit dem Konkurs über die D._____ AG. Dies zeigte sich unter anderem daran, dass er die Mitarbeiter des Clubs "E._____" in einen seiner weiteren Gastro-Betriebe übernahm, um sie, wie er sagte, vor der Entlassung resp. der Arbeitslosigkeit zu bewahren (Urk. 38 S. 7).

Bei dieser Sachlage sind die von den Beschwerdegegnern getroffenen Geschäftsentscheide nicht als pflichtwidrig im Sinne von Art. 717 Abs. 1 OR in Verbindung mit Art. 158 StGB zu qualifizieren. Die Einholung eines Sachverständigengutachtens zum "Wert" des Mietvertrags ist nicht erforderlich. Weiterungen hinsichtlich des subjektiven Tatbestands der ungetreuen Geschäftsbesorgung erübrigen sich ebenfalls. Die Beschwerde erweist sich betreffend den Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung als unbegründet.

5.

5.1 Die Staatsanwaltschaft hielt im Zusammenhang mit dem Vorwurf der Gläubigerbevorzugung fest, den Kontounterlagen des Zeitraums vom 21. Februar 2014 bis 31. Dezember 2015 könne entnommen werden, dass der Beschwerdeführer CHF 4'266'668.--, der Beschwerdegegner 1 CHF 1'300'333.-- und der Beschwerdegegner 2 CHF 1'483'759.-- zugunsten der D._____ AG eingezahlt hätten. Dem Beschwerdeführer seien am 25. März 2015 CHF 667'518.50 zurückgezahlt worden. Dem Beschwerdegegner 1 seien am 15. April 2015 CHF 30'000.-- und am 28. Dezember 2015 CHF 12'659.-- zurückgezahlt worden (Urk. 6 S. 14; Urk. 7 S. 14).

Gestützt auf die Auswertung der Bankunterlagen der D._____ AG kam die Staatsanwaltschaft zum Schluss, es gebe keine Hinweise darauf, dass nicht bestehende Forderungen beglichen oder Zahlungen getätigt worden wären, die dem Betrieb des Clubs "E._____" durch die G._____ SA gedient hätten. Insbesondere treffe der in der Strafanzeige erhobene Vorwurf nicht zu, dass

- sich die Beschwerdegegner ihre Darlehen trotz mangelnder Fälligkeit zurückbezahlt und sich damit begünstigt hätten. Es bestehe somit kein Verdacht auf eine strafbare Handlung, insbesondere kein Verdacht auf eine strafrechtlich relevante Gläubigerbevorzugung (Urk. 6 S. 14 f.; Urk. 7 S. 14 f.).
- 5.2 Der Beschwerdeführer liess vorbringen, die Staatsanwaltschaft lasse die Zahlungen der D._____ AG an die L._____ SA und eine Direktzahlung an den Beschwerdegegner 2 ausser Betracht. Obschon sich die Beschwerdegegner 1 und 2 der Überschuldung der D._____ AG bewusst gewesen seien, hätten sie Zahlungen an den Beschwerdegegner 2 und an die ihm nahe stehende Weinhandlung getätigt. Selbst wenn die Forderungen an die L._____ SA fällig gewesen sein sollten, so seien doch CHF 239'622.80 an den übrigen Gläubigern vorbeigeschleust und die L._____ SA unberechtigtweise gegenüber den anderen Gläubigern bevorzugt behandelt worden. Dasselbe gelte für die Zahlung in der Höhe von CF 11'258.-- an den Beschwerdegegner 2 (Urk. 2 S. 11-12; Urk. 62 S. 10). Zudem bestehe der Verdacht, dass selektiv weitere Gläubiger befriedigt worden seien (Urk. 38 S. 8).
- 5.3 Die Beschwerdegegner 1 und 2 liessen einwenden, die beglichenen Forderungen der L._____ SA und des Beschwerdegegners 2 seien fällig gewesen. Die Begleichung fälliger Forderungen sei rechtmässig, sofern es nicht zu einer krassen Ungleichbehandlung einzelner Gläubiger komme. Anhand der Bankunterlagen der D._____ AG werde ersichtlich, dass aus dem operativen Geschäft der "E._____" laufend Forderungen, insbesondere Lohnforderungen, beglichen worden seien. Von einer Bevorzugung einzelner Gläubiger könne vor diesem Hintergrund nicht die Rede sein (Urk. 30 S. 6-7; Urk. 32 S. 8-9; Urk. 51 S. 8; Urk. 54 S. 4).
- 5.4 Der Schuldner, der im Bewusstsein seiner Zahlungsunfähigkeit und in der Absicht, einzelne seiner Gläubiger zum Nachteil anderer zu bevorzugen, darauf abzielende Handlungen vornimmt, insbesondere nicht verfallene Schulden bezahlt, eine verfallene Schuld anders als durch übliche Zahlungsmittel tilgt, eine Schuld aus eigenen Mitteln sicherstellt, ohne dass er dazu ver-

pflichtet war, wird, wenn über ihn der Konkurs eröffnet oder gegen ihn ein Verlustschein ausgestellt worden ist, mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft (Bevorzugung eines Gläubigers, Art. 167 StGB).

Art. 167 StGB gehört zu den sog. Insolvenzstraftaten. Der Straftatbestand kommt nur zur Anwendung, wenn über den Beschuldigten der Konkurs eröffnet oder gegen ihn ein Verlustschein ausgestellt worden ist. Die Konkursöffnung oder das Vorliegen eines Verlustscheins stellt eine objektive Strafbarkeitsbedingung dar. Diese braucht vom Vorsatz des Täters nicht erfasst zu sein (DIETER GESSLER/CHARLOTTE SCHODER, in: Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, 2. Aufl. 2021, § 16 N. 17).

Der objektive Tatbestand von Art. 167 StGB umfasst zwei Elemente: Der Schuldner muss zahlungsunfähig sein, und er muss eine Handlung begehen, die einzelne Gläubiger zum Nachteil der anderen bevorzugt.

- 5.5 Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung sind nicht dasselbe. Ein Unternehmen ist überschuldet, wenn die Aktiven nicht ausreichen, um die Schulden zu bezahlen. Dagegen besteht die Zahlungsunfähigkeit in einer nicht nur vorübergehenden Unfähigkeit, die fälligen und die in naher Zukunft fällig werdenden Geldschulden zu begleichen (vgl. GESSLER/SCHODER, a.a.O., § 16 N. 21 ff. und § 16 N. 94 f.).

Die Zahlungsunfähigkeit des Unternehmens muss bereits im Zeitpunkt der Vornahme der strafbaren Handlung gegeben sein. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut von Art. 167 StGB, wonach ein Handeln des Schuldners "im Bewusstsein seiner Zahlungsunfähigkeit" vorausgesetzt wird.

- 5.6 Entgegen der Marginale "Bevorzugung eines Gläubigers" wird das Unternehmen auch bei Eintritt seiner Zahlungsunfähigkeit nicht verpflichtet, alle Gläubiger gleich zu behandeln. Nur die qualifizierte Ungleichbehandlungen von Gläubigern soll bestraft werden. Die strafbare Handlung wird anhand von drei im Gesetz aufgeführten Beispielen konkretisiert. Das erste Beispiel betrifft den Schuldner, der eine Schuld aus eigenen Mitteln sicherstellt, ohne

dazu verpflichtet zu sein. Die beiden anderen Beispiele der Bezahlung einer nicht verfallenen Schuld oder einer verfallenen Schuld anders als durch übliche Zahlungsmittel lassen ohne Weiteres den Umkehrschluss zu, dass das Bezahlen einer fälligen Schuld durch übliche Zahlungsmittel nicht strafbar ist, auch wenn dadurch ein Gläubiger bevorzugt und die anderen Gläubiger benachteiligt werden (BGE 117 IV 23 E. 4b).

Eine Ausnahme besteht nach der Rechtsprechung zu Art. 167 StGB nur dann, wenn die Befriedigung eines einzelnen Gläubigers nach ihrem Unrechtsgehalt den in Art. 167 StGB genannten Regelbeispielen gleichwertig ist, sie gerade auf die Bevorzugung einzelner Gläubiger zum Nachteil der andern abzielt und sich in ihr die eindeutige Bevorzugungsabsicht des Täters deutlich manifestiert (BGE 117 IV 23 E. 4b; BGer, Urteil 6B_915/2015 vom 2.6.16 E. 2.2.2). Das Bundesgericht erachtete diese Voraussetzungen in einem Fall als gegeben, in dem der Beschuldigte als Organ einer faktisch in Liquidation befindlichen Aktiengesellschaft deren Einrichtungsgegenstände veräusserte und den Verkaufserlös entsprechend einem vorgefassten Entschluss ausschliesslich zur vollumfänglichen Tilgung einer längst verfallenen Darlehensschuld der Gesellschaft verwendete (BGE 117 IV 23 E. 4).

- 5.7 Bei der Beurteilung, ob eine unzulässige Gläubigerbevorzugung zugunsten des Beschwerdegegners 2 vorlag, sind die konkreten Umstände zu betrachten.

Vorliegend ist unbestritten, dass sowohl der Beschwerdeführer als auch die beiden Beschwerdegegner namhafte Investitionen in den Aufbau und den Betrieb des Clubs "E._____" getätigt hatten und demnach offene Darlehensforderungen gegen die D.____ AG hatten. Ebenfalls ist unbestritten, dass der Verkaufserlös aus dem Verkauf des Inventars, der Markenrechte und der Domainnamen in der Höhe von CHF 500'000.-- nicht einem einzigen Gläubiger zugutekam, sondern auf mehrere Gläubiger verteilt wurde. Darin unterscheidet sich der vorliegende Fall wesentlich vom Sachverhalt in BGE 117 IV 23, den der Beschwerdeführer vergleichsweise heranzog. Schliesslich ist unbestritten, dass die Forderungen der L.____ SA und die Darle-

hensforderung des Beschwerdegegners 2 im Zeitpunkt ihrer Begleichung fällig waren. Bei dieser Sachlage kann nicht von einer verpönten Gläubigerbevorzugung im Sinne von Art. 167 StGB ausgegangen werden.

Hinzu kommt, dass dem Beschwerdeführer und dem Beschwerdegegner 1 bereits in einem früheren Zeitpunkt ein Teil ihrer Investitionen in den Clubbetrieb zurückgezahlt worden waren. Der Beschwerdeführer erhielt am 25. März 2015 CHF 667'518.50, der Beschwerdegegner 1 am 15. April 2015 CHF 30'000.-- und am 28. Dezember 2015 CHF 12'659.--. Vor diesem Hintergrund erscheint die Begleichung einer Forderung für die Lieferung von Sachwerten (Wein) und die Rückzahlung eines Teils der vom Beschwerdegegner 2 getätigten Investitionen im Umfang von CHF 11'258.-- nicht als aussergewöhnlich oder übertrieben und stellt demnach keine unzulässige Gläubigerbevorzugung zum Nachteil des Beschwerdeführers dar.

6. Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen. Ausgangsgemäss hat der Beschwerdeführer die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu tragen (Art. 428 Abs. 1 StPO). Diese sind unter Berücksichtigung der Bedeutung und Schwierigkeit des Falls sowie des Zeitaufwands für das Gericht auf CHF 2'500.-- festzusetzen und aus der geleisteten Prozesskaution zu beziehen. Der Rest der Kaution ist dem Beschwerdeführer unter Vorbehalt des staatlichen Verrechnungsrechts zurückzuerstatten.

Die Entschädigungen an die Beschwerdegegner 1 und 2 sind auf die Gerichtskasse zu nehmen (vgl. BGE 147 IV 47 E. 4.2.6). Der Beschwerdegegner 2 legte eine Honorarnote über den Betrag von CHF 4'784.-- (inkl. MWST) ins Recht (Urk. 60). Dieser Betrag erscheint zu hoch, da der vorliegende Fall weder sachverhaltlich noch rechtlich besondere Schwierigkeiten bereitete. Entsprechend ist die Honorarnote des Verteidigers des Beschwerdegegners 2 angemessen zu kürzen und die Entschädigung auf CHF 3'500.-- (inkl. MWST) festzusetzen. Derselbe Betrag ist auch dem Beschwerdegegner 1 zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr für das Beschwerdeverfahren wird auf CHF 2'500.-- festgesetzt, dem Beschwerdeführer auferlegt und aus der geleisteten Prozesskaution bezogen. Der Rest der Kautions wird dem Beschwerdeführer zurückerstattet. Das staatliche Verrechnungsrecht bleibt vorbehalten.
3. Dem amtlich verteidigten Beschwerdegegner 1 wird eine Entschädigung von CHF 3'500.-- zugesprochen.
4. Dem Beschwerdegegner 2 wird eine Entschädigung von CHF 3'500.-- zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an:
 - den Rechtsvertreter des Beschwerdeführers, zweifach, für sich und zuhanden des Beschwerdeführers (per Gerichtsurkunde);
 - den amtlichen Verteidiger des Beschwerdegegners 1, zweifach, für sich und zuhanden des Beschwerdegegners 1 (per Gerichtsurkunde);
 - den Verteidiger des Beschwerdegegners 2, zweifach, für sich und zuhanden des Beschwerdegegners 2 (per Gerichtsurkunde);
 - die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat (gegen Empfangsbestätigung);sowie nach Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. nach Erledigung allfälliger Rechtsmittel an:
 - an die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat, unter Rücksendung der beigezogenen Akten (Urk. 66);
 - die Zentrale Inkassostelle der Gerichte.
6. Rechtsmittel
Gegen diesen Entscheid kann **Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden. Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, vom Empfang 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 Beschwer-

devoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

Gegen Ziffer 3 dieses Entscheides kann innert **10 Tagen** ab Zustellung bei der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts, Viale Stefano Franscini 7, 6500 Bellinzona, schriftlich und begründet **Beschwerde** geführt werden (Art. 135 Abs. 3 bzw. Art. 138 Abs. 1 i.V.m. Art. 384 lit. b und Art. 396 Abs. 1 StPO sowie Art. 37 Abs. 1 StBOG).

Hinweis: Eingaben müssen spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben werden.

Zürich, 26. September 2022

Obergericht des Kantons Zürich
III. Strafkammer

Präsident:

Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Flury

Dr. iur. C. Schoder