



Geschäfts-Nr. UN020070/U/gk [A](#)

III. Strafkammer

Mitwirkend: die Obergerichter Dr. Martin, Vorsitzender, lic.iur. P. Marti und Dr. Hug-Beeli sowie die juristische Sekretärin lic.iur. I. Vourtsis

Beschluss vom 18. Februar 2003

in Sachen

1. **C. AG,**

2. **S. K.,**

Beschwerdeführer

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. T.S.

gegen

1. **StAZ,**

2. **Die verantwortlichen Organe der A. AG,**

3. **A. H.,**

4. **S. S.,**

5. **M. S.,**

Beschwerdegegner

2, 3, 4, 5 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. M. W.

betreffend **Einstellung der Untersuchung**

Nichtigkeitsbeschwerde gegen eine Verfügung des Einzelrichters in Strafsachen des Bezirkes Zürich vom 3. Mai 2002, GR010128

Das Gericht zieht in Betracht:

I.

1. Mit Verfügung vom 30. Oktober 2001 stellte die Bezirksanwaltschaft Zürich, Hauptabteilung 1, die Untersuchung gegen die verantwortlichen Organe der A. AG, A.H., S.S. und M.S. betreffend Veruntreuung etc. ein (Urk. 5). Die Geschädigten C. AG und S.K. liessen gegen die Einstellungsverfügung Rekurs erheben, welchen der Einzelrichter in Strafsachen des Bezirkes Zürich mit Verfügung vom 3. Mai 2002 abwies (Urk. 4).
2. C. AG und S.K. liessen dagegen Nichtigkeitsbeschwerde erheben und beantragen (Urk. 1 S. 2):

"1. Es sei die Verfügung des Einzelrichters für Strafsachen am Bezirksgericht Zürich vom 3. Mai 2002 (Prozess-Nr. GR010128) aufzuheben und es sei in Aufhebung der Einstellungsverfügung der Bezirksanwaltschaft Zürich, Hauptabteilung 1 vom 30. Oktober 2001 die Sache an die Bezirksanwaltschaft Zürich zurückzuweisen, zwecks Durchführung der Strafuntersuchung und Anklageerhebung.

2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge für alle Instanzen zu Lasten der Beschwerdegegner."

Die Vorinstanz (Urk. 8) und die Staatsanwaltschaft (Urk. 10) verzichteten in der Folge auf Vernehmlassung. Die Beschwerdegegner 2-5 liessen sich nach mehrmaliger Fristerstreckung am 29. Oktober 2002 vernehmen (Urk. 13).

II.

1. a) Mit Eingabe vom 7. Februar 2000 reichte S.K. im eigenen Namen und im Namen der C. AG gegen A.H., S.S., M.S. und die Fa. A.AG resp. deren verantwortliche Organe wegen Verdachts auf ungetreue Geschäftsführung, Diebstahl, Verletzung des Urheberrechts, Verstoss gegen das UWG, Veruntreuung etc. bei der Bezirksanwaltschaft eine Strafanzeige ein (Urk. 6/14/1).

Dieser Strafanzeige ging folgender Sachverhalt voraus: Am 29. Juli 1996 gründete S.K. zusammen mit A.H. und S.S. die C., wobei die C.D. AG 60% des Aktienkapitals, S.S. 37,5% und A.H. 2,5% zeichneten. S.K. übernahm später das vorher von C.D. AG gehaltene Aktienkapital (vgl. Urk. 6/14/1 S. 2). Alle drei waren Mitglieder des Verwaltungsrates und mit Kollektivunterschrift zu zweien zeichnungsberechtigt. Die C. war in den Räumen der C.D. AG als Untermieterin eingemietet, wobei diese auch Mobiliar zur Verfügung stellte. Die C. kaufte überdies bei der C.D. AG zwecks Ausübung ihrer Geschäftstätigkeit eine ganze Reihe von Computern und Zubehör ein (Urk. 6/14/1 S. 3).

b) Zur Anzeige brachte S.K. folgende Sachverhalte (Urk. 6/14/1 S. 3 - 6): Am frühen Morgen des 7. Februar 2000 habe er feststellen müssen, dass die Räumlichkeiten der C. AG am Vortag (Sonntag) vollständig geräumt worden seien. Es habe sich in diesen Räumen nur noch das von der C.D. AG zur Verfügung gestellte Mobiliar sowie ein einziger PC, welcher S.S. persönlich gehört habe, befunden. Sämtliche übrigen Einrichtungsgegenstände, namentlich die Racks mit den Servern, 7-8 Personal Computer, Computerzubehör und selbst die Kaffeemaschine seien verschwunden gewesen. Aus einem Email vom 7. Februar 2000 gehe hervor, dass M.S. und A.H. per 31. Januar 2000 aus der Firma ausgeschieden seien und sie sich entschieden hätten, eine eigene Firma zu gründen. S.K. als Verwaltungsratspräsident habe von diesen Kündigungen des Arbeitsverhältnisses vorgängig keine Kenntnis erhalten. Aus einem Handelsregisterauszug gehe die Gründung einer neuen Aktiengesellschaft unter dem Namen A. AG hervor, mit A.H. als

Präsident. Überdies seien dessen Ehefrau H.H. und M.S. im Handelsregister erwähnt. Am 7. Februar 2000 habe auf der Webseite der C. AG ein Link auf eine Website der A. AG geführt. Am 7. Januar 2000 habe S.S. bei der Firma Switch, welche die Domainnamen für die Schweiz verwalte, den Antrag gestellt, den Namen der C. AG als angebliche "Adressänderung" auf A. AG zu ändern und als Kontaktadresse nicht mehr S., sondern neu A.H. aufzuführen. Damit sei faktisch die Verfügungsmacht über den der C. AG gehörenden Domainnamen ungerechtfertigterweise auf die A. AG übertragen worden. Gegenüber dem Lieferanten Microsoft habe der Angeschuldigte S.S. in einem Email vom 25. Januar 2000 angegeben, die C. AG habe ihren Namen in A. AG geändert und um Übertragung des Support Vertrages gebeten. Das Dokument beweise, dass S. mit A.H. unter einer Decke stecke und mit ihm zusammenarbeite. Im Weiteren verwies S.K. auf aussergewöhnliche Vergütungen ab dem Geschäftskonto. Im Zeitraum Januar/Februar 2000 seien Ausgänge im Totalbetrag von Fr. 300'602.40 festzustellen, was praktisch der Hälfte des früheren Jahresumsatzes entspreche. Es bestehe daher der dringende Verdacht, dass die Angeschuldigten unberechtigterweise Überweisungen zu eigenen Gunsten vorgenommen hätten. Die Belege über die Empfänger der einzelnen Zahlungen würden derzeit eruiert und der Bezirksanwaltschaft so bald als möglich nachgereicht. Überdies falle auf, dass nach dem 19. Januar 2000 keine wesentlichen Zahlungseingänge mehr zu verzeichnen seien. Es bestehe daher auch der Verdacht, dass Kundenzahlungen, welche der C. AG zuständen, von A.H. auf ein Konto der A. AG umgeleitet worden sein könnten. Die Angeschuldigten S.S. und A.H. hätten als Verwaltungsräte der C. AG eine Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft (Art. 117 OR; recte: 717 OR). Indem sie zielgerichtet und planmässig Verträge und Kundenkontakte auf die neugegründete A. AG umgeleitet hätten, hätten sie sich der ungetreuen Geschäftsbesorgung nach Art. 158 StGB schuldig gemacht. S.S. scheine in diese Vorgänge involviert zu sein, da er andernfalls den Verwaltungspräsidenten und Hauptaktionär bei Eintreffen einer Kündigung von A.H. informiert hätte (Urk. 6/14/1 S. 7).

- c) Der Beschwerdeführer verlangte im Zusammenhang mit dieser Strafanzeige, dass aufgrund der akuten Kollusionsgefahr zwischen den Angeschuldigten mittels einer Hausdurchsuchung in den Räumen der A. AG so bald als möglich der derzeitige Zustand festzustellen sei und die vergänglichen Beweise zu erheben seien (Urk. 6/14/1 S. 6). Zudem beantragte er, bis zur Abklärung des Sachverhaltes und erster Einvernahmen seien die Hauptangeschuldigten in Untersuchungshaft zu nehmen (Urk. 6/14/1 S. 7).
- d) Mit Schreiben vom 16. Februar 2000 liess S.K. der Bezirksanwaltschaft Geschäftskontoauszüge einreichen sowie eine Inventarliste der am 6. Februar 2000 weggeräumten Gegenstände (Urk. 6/14/3). Am 22. Februar 2000 wurde S.K. durch die Kantonspolizei Zürich befragt (Urk. 6/14/5).
2. a) Mit Schreiben vom 5. März 2000 (Urk. 6/14/13) teilte der zuständige Bezirksanwalt dem Rechtsvertreter der Beschwerdeführer mit, nach eingehender Prüfung der nach und nach eingereichten Akten und nach einlässlicher polizeilicher Einvernahme mit dem Geschädigten sei er der Ansicht, dass vor dem Hintergrund der eingereichten Statuten der C. AG, des eingereichten Revisorenberichtes und im Hinblick auf mögliche Vorwürfe und Gegenanzeigen sowie eventuelle Schadenersatzforderungen gegen den Staat, die angesetzte Generalversammlung der C. AG vom 20. März 2000 abzuwarten sei, zumal die Angeschuldigten angeboten hätten, an dieser Versammlung dem Geschädigten zu den Vorgängen und Vorwürfen Red und Antwort zu stehen. Dies um so mehr, da sein Klient ausser Stande sei, die Hard- und Software der C. AG genau zu bezeichnen und es unterlassen habe, obwohl er ihm angeblich dazu geraten habe, ein genaues Inventar zu erstellen. Auch lägen der Untersuchungsbehörde noch keinerlei Verwaltungsratsprotokolle vor, die allenfalls eine strafbare Handlung belegten bzw. ausschliessen würden. Insbesondere lägen auch nach wie vor keine Arbeitsverträge mit den Angeschuldigten im Recht, die deren Kompetenzen erhellen würden. Angesichts des Umstandes, dass der Geschädigte in verschiedener Richtung tätig geworden sei und den Angeschuldigten zu verstehen gegeben habe, dass Beweise ermittelt werden sollen, liege kein Haftgrund im

Sinne des Gesetzes vor. Es sei dadurch die Chance der Überraschung durch den Geschädigten vergeben worden und es könne nicht mehr von angesagter Eile gesprochen werden. Er schlage deshalb vor, dass er, der Rechtsvertreter, nach gewalteter Generalversammlung der C. AG der Untersuchungsbehörde mitteile, welchen strafrechtlich relevanten Vorwurf er gegen die Beanzeigten aufrechterhalten und ob er allenfalls zivilrechtliche Schritte einleiten wolle. Seiner konkreten Stellungnahme nach dem 20. März sehe er gerne entgegen (Urk. 6/14/13).

b) Mit Schreiben vom 27. September 2000 teilte die Bezirksanwaltschaft dem Rechtsvertreter mit, er nehme Bezug auf seinen Brief vom 5. März 2000, der bis heute unbeantwortet geblieben sei. Dem Vernehmen nach solle er betreffend dem Generalversammlungsprotokoll im Streite liegen. Er - so der Bezirksanwalt - ersuche ihn deshalb, ihm den vorerwähnten Brief noch zu beantworten und mitzuteilen, bis wann mit den angeforderten Unterlagen zu rechnen sei; andernfalls sehe er sich gezwungen, das Verfahren einzustellen (Urk. 6/14/14).

c) Auch dieses Schreiben blieb unbeantwortet, so dass die Bezirksanwaltschaft am **31. Oktober 2001** die Untersuchung einstellte (Urk. 5 S. 4).

In dieser Verfügung wurde ausgeführt, weitere sinnvolle Ermittlungshandlungen fielen ausser Betracht, da nur die Geschädigten die geltend gemachten Vorwürfe (Veruntreuung von Computern, Kopieren der Homepage usw.) konkretisieren und substantiieren könnten. Trotz mehrmaliger Aufforderung durch die Untersuchungsbehörde und ungeachtet der Mitwirkungspflicht hätten es die Geschädigten unterlassen, die für die Weiterführung der Untersuchung unerlässlichen Angaben bekannt zu geben. Unter diesen Umständen könnten die geltend gemachten Tatbestände nicht rechtsgenügend erstellt werden, weshalb die Untersuchung androhungsgemäss einzustellen sei (Urk. 5 S. 4-5).

3. Der Einzelrichter führte in seiner Verfügung vom 3. Mai 2002 aus, das Schreiben des Bezirksanwaltes vom 5. März 2000 sei äusserst klar formu-

liert gewesen und lasse auch keinen Zweifel daran, welche Unterlagen die Untersuchungsbehörde für die Fortführung der Untersuchung benötigt habe. Zudem sei auch unmissverständlich darauf aufmerksam gemacht worden, dass die Rekurrenten nach durchgeführter Generalversammlung, welche ja - zumindest gemäss Briefwechsel zwischen S.K. und S.S. - eine Klärung diverser Fragen erwarten liesse, den Untersuchungsbehörden mitteilen sollten, welchen strafrechtlich relevanten Vorwurf sie gegen die Beanzeigten aufrecht erhalten und ob sie allenfalls zivilrechtliche Schritte einleiten wollten (Urk. 4 S. 8-9). Bezüglich der Verfügbarkeit der Unterlagen - so der Einzelrichter - sei zudem ergänzend auf das Übergabeprotokoll vom 24. März 2000 zu verweisen, in dem S.K. unterschrieben bestätigt habe, in den Besitz von Kundenordnern, Kundenmappen, allgemeinen Projektmappen, Buchhaltungsunterlagen etc. gekommen zu sein. Spätestens zu diesem Zeitpunkt habe er sich somit nicht mehr auf den Standpunkt stellen können, keine Ahnung zu haben, wo sich die von der Bezirksanwaltschaft benötigten Unterlagen befänden. Es sei in keiner Art und Weise einsichtig, warum er diese Akten nicht sofort an die Bezirksanwaltschaft weitergeleitet habe, zumal ihm diese erst drei Wochen vorher aufgelistet habe, welche Unterlagen ihr fehlten und dass sich ohne diese nicht feststellen liesse, ob eine strafrechtlich relevante Handlung vorliege (Urk. 4 S. 9). Somit sei zusammenfassend festzuhalten, dass die Rekurrenten trotz mehrmaliger Aufforderung durch die Bezirksanwaltschaft Zürich mehr als 1 1/2 Jahre hätten verstreichen lassen, bevor sie die geforderten Unterlagen ins Recht gereicht hätten und dies nicht etwa aus eigenem Antrieb, sondern vielmehr als Reaktion auf die Einstellungsverfügung vom 30. Oktober 2001. Ein solches Verhalten sei klar als rechtsmissbräuchlich zu bezeichnen. Die Rekurrenten seien ihrer Mitwirkungspflicht, die sie insofern treffe, als sie diejenigen Angaben zu machen hätten, die ihnen selbst möglich seien, nicht nachgekommen. Eine Weiterführung des Verfahrens sei für die Untersuchungsbehörde nicht möglich gewesen, da sich die geltend gemachten Tatbestände nicht erstellen liessen. Deshalb sei die Untersuchung bereits aus formellen Gründen zu Recht eingestellt worden. Anzumerken bleibe, dass daran auch ein - gemäss Anga-

ben der Rekursgegner 2-5 - bereits hängiger Zivilprozess nichts ändern könne, dürfe doch die Untersuchung, wenn sie aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen einzustellen sei, nicht nur aus dem Grund, Material für parallele Zivilverfahren zu liefern, fortgesetzt werden (Urk. 4 S. 10). In den weiteren Ausführungen begründete der Einzelrichter, weshalb der Rekurs auch aus materiellen Gründen abzuweisen sei (Urk. 4 S. 11-14).

4. Die Beschwerdeführer liessen u.a. geltend machen, die Geschädigten hätten keinerlei Zugriff auf irgendwelche Firmenunterlagen, weder Arbeitsverträge noch Buchhaltung oder Belege gehabt. Anlässlich der ominösen Generalversammlung sei zwar eine nichtssagende mündliche Auskunft erteilt worden, wobei sich dann aber herausgestellt habe, dass der protokollführende M.K., bis dorthin Revisionsstelle der Gesellschaft, von den Ausführungen zu den eigentlichen Vorgängen gar nichts protokolliert habe. Entsprechende Interventionen vom 13. April 2000 und 27. April 2000 seien ohne jeden Erfolg und ohne jede Antwort geblieben. Den Geschädigten sei es erst nach weiteren langwierigen Bemühungen gelungen, sich überhaupt in den Besitz der Firmenakten zu setzen. Hinsichtlich der Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben wurde ausgeführt, wenn es rechtlich erlaubt sei, in einem Rechtsmittel - konkret im Rekurs - neue Tatsachen vorzubringen, so könne die Wahrnehmung dieses Rechts jedenfalls nicht rechtsmissbräuchlich sein, wie die Vorinstanz annehme. Damit verstosse die Vorinstanz gegen prozessuale Vorschriften im Sinne von § 430 Ziff. 4 StPO (Urk. 1 S. 5). Vorliegend handle es sich weder um ein Privatstrafverfahren noch um einen Zivilprozess. Die Untersuchung sei durch den Bezirksanwalt zu führen (§ 25 StPO). Dieser habe den Tatbestand zu ermitteln, dass entweder Anklage erhoben oder das Verfahren eingestellt werden könne (§ 30 StPO). Insbesondere auf dem Gebiet der Officialdelikte könne es hierbei auf die Mitwirkung des Geschädigten nicht ankommen. Dem Bezirksanwalt wäre es absolut ein Leichtes gewesen, diejenigen Beweismittel auf dem Wege der Hausdurchsuchung zu erheben, welche die Geschädigten zuerst mühsam hätten beschaffen müssen. Das Verhalten der Bezirksanwaltschaft verletze

die strafprozessualen Grundsätze von §§ 25 und 30 StPO in krasser Art und Weise (Urk. 1 S. 4).

5. Die Beschwerdegegner 2-5 liessen u.a. ausführen, die Beschwerdeführer hätten - in vollem Wissen um die Konsequenzen - während mehr als 1 1/2 Jahren jegliche Mithilfe gegenüber den Ermittlungsbehörden verwehrt und würden nun die Gerichte mit der Begründung anrufen, die Ermittlungsbehörden hätten sich mittels den gesetzlichen Zwangsmitteln, wie Hausdurchsuchung etc. die notwendigen Unterlagen selbst beschaffen können. Ein solches Verhalten verstosse gegen das von allen Verfahrensbeteiligten zu beachtende Gebot von Treu und Glauben und verdiene keinen Rechtsschutz. Deshalb sei der Rekurs als rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren (Urk. 13 S. 7).
6. a) Nachfolgend ist zu klären, ob - wie die Beschwerdeführer ausführen - es klar rechtswidrig sei, die Durchführung der Untersuchung in einem Falle von klaren Anhaltspunkten für Offizialdelikte von erheblichem Ausmass von einer solchen Mitwirkung der Geschädigten abhängig zu machen resp. die Untersuchung nur mit der Begründung einer mangelnden Kooperation der Geschädigten einzustellen (Urk. 1 S. 7).

b) Aus dem Offizial- und Legalitätsprinzip folgt, dass grundsätzlich jede Strafanzeige an die Hand zu nehmen und zu erledigen bzw. bei fehlender eigener Zuständigkeit an die kompetente Behörde weiterzuleiten ist. Unklare und unvollständige Anzeigen können dem Anzeigeersteller zur Verdeutlichung und Ergänzung zurückgesandt werden (Donatsch/Schmid, Kommentar zur Zürcherischen Strafprozessordnung, N 11 zu § 20). Bevor der Bezirksanwalt eine eigentliche Untersuchung durchführt, hat er sich darüber zu vergewissern, ob die vorliegenden Akten (Strafanzeigen, Polizeirapporte etc.) genügend Anlass dazu geben, eine Untersuchung einzuleiten. Notwendig ist ein ausreichender Anfangsverdacht, der einen solchen Schritt rechtfertigt. Untersuchungsverfahren, die lediglich im Sinne des sogenannten Ausforschungsbeweises (Fishing expedition) der Begründung eines zunächst nicht konkretisierten Tatverdacht dienen, sind unzulässig (Do-

natsch/Schmid, a.a.O. N 6 zu § 25 StPO). Die Praxis hat in Wirtschaftssachen und dabei vorrangig bei Insiderverdacht ein sogenanntes Vorabklärungs-Verfahren entwickelt. Bei diesem Verfahren werden vor Eröffnung einer formellen Untersuchung Vorabklärungen darüber durchgeführt, ob ein zur Zeit noch ungenügender Tatverdacht dermassen erhärtet werden kann, dass Anlass zu einer eigentlichen Untersuchung besteht. Beim Vorabklärungs-Verfahren handelt es sich um ein formfreies, Zwangsmassnahmen und irgendwelche formelle, eigentliche Untersuchungshandlungen gegen bestimmte Personen ausschliessendes Ermittlungsverfahren. Dies bedeutet, dass keine formellen Einvernahmen von Angeschuldigten, Zeugen oder Amtspersonen durchgeführt werden können. Sind solche erforderlich, ist die Eröffnung eines ordentlichen Untersuchungsverfahrens notwendig (Donatsch/Schmid, a.a.O., N 14 zu § 25 StPO).

c) Im vorliegenden Fall wurde formell ein Strafverfahren eröffnet und S.K. wurde polizeilich zur Sache befragt. Das heisst, der Bezirksanwalt erachtete den Tatverdacht als für die Eröffnung eines Strafverfahrens genügend, ansonsten hätte er die Anzeige zur Ergänzung vorerst zurückweisen müssen. Gemäss § 31 StPO muss die Untersuchungsbehörde den entlastenden und belastenden Tatsachen nachgehen, jedoch setzt dies voraus, dass die Anzeige genügend Anhaltspunkte für ein strafrechtlich relevantes Verhalten enthält. Anstatt die Anzeige nicht an die Hand zu nehmen, bot der Bezirksanwalt dem Beschwerdeführer 2 an, diese zu ergänzen und darzulegen, welcher Sachverhalt nun der Anzeige zu Grunde gelegt werden soll.

d) Mit der Anzeige wurde ein Aushöhlen der C. AG durch die Verwaltungsräte A.H. und S.S. geltend gemacht. Zur Illustration wurde auf das nicht-mehrvorhandene Inventar (PCs, Kaffeemaschine) verwiesen, auf die Tatsache, dass sich im Januar/Februar die Ausgaben auf praktisch die Hälfte des Jahresumsatzes belaufen hätten, und aufgrund des Einnahmeschwundes nach dem 19. Januar 2000 die Umleitung von Verträgen und Kundenkontakten auf die A. AG vermutet werde. Das Interesse an diesen gezielten Handlungen der beiden Verwaltungsräte sollte in der damit bezweckten

Auflösung der C. AG liegen, was sich aus dem Link auf der Webseite, der Antragsstellung bei Switch auf Änderung des Domainnamens und der in diesem Zusammenhang gemachten Namensänderungsanzeige sowie der Bitte um Übertragung des Supportvertrages gegenüber der Microsoft zeige. Die Firmenauflösung selbst sei im Zusammenhang mit dem Ausscheiden der beiden Verwaltungsräte aus der Firma per 31. Januar 2000 und der Gründung einer neuen AG zu sehen.

Die Befragung von S.K. durch die Kantonspolizei Zürich am 22. Februar 2000 ergab, dass dieser über keine genaue Inventarliste über die Hard- und Software der C. AG verfügte (Urk. 6/14/5 S. 11). Die in Ergänzung zur Anzeige eingereichte Liste hatte er aus dem Kopf erstellt (Urk. 6/14/5 S. 12). Aufgrund der massiven Vorwürfe in der Strafanzeige und der noch fehlenden Unterlagen, welche die Vorwürfe konkretisieren sollten, lag es im Ermessen des Bezirksanwaltes, die bevorstehende Generalversammlung abzuwarten, zumal die Versammlung kurze Zeit nach der polizeilichen Befragung von S.K. stattfand. Eiliger Handlungsbedarf seitens der Bezirksanwaltschaft bestand in jenem Zeitpunkt nicht, da der Beschwerdeführer 2 die Konten bereits gesperrt hatte und sich weitere Massnahmen nicht aufdrängten. Der Bezirksanwalt nahm an, eine Ergänzung sei nach durchgeführter Generalversammlung möglich. Diese Annahme drängte sich auf, da die Angeschuldigten anlässlich der Generalversammlung die Fragen des Beschwerdeführers 2 betreffend ihrer getätigten Vorkehrungen beantworten wollten. Ausserdem fehlten noch nebst der ausstehenden Inventarliste die Verwaltungsratsprotokolle und, was ganz wichtig war, die Arbeitsverträge mit den beiden Verwaltungsräten.

Eine andere Frage ist, ob der Untersuchungsrichter beliebig lange zuwarten durfte oder ob er nicht von sich aus Untersuchungshandlungen hätte einleiten müssen.

e) Nach dem Oficialprinzip hat der Staat das Recht und die Pflicht, den staatlichen Strafanspruch von Amtes wegen durchzusetzen, mithin alle zur Kenntnis der staatlichen Strafverfolgungsorgane gelangenden Straftatbe-

stände unabhängig vom Willen der Geschädigten in den dafür vorgesehenen strafprozessualen Formen zu ahnden. Damit wird die Sicherung des Rechtsfriedens und der Gesellschaft schlechthin bezweckt (Schmid, Strafprozessrecht des Kantons Zürich, 3. Auflage, N 81 f.). Die Durchführung des Strafverfahrens soll mit Ausnahme des Antragsdeliktes nicht vom entsprechenden Willen des vom Delikt Betroffenen, also vor allem des Geschädigten, abhängen (Schmid, a.a.O., N 82). Der Strafanspruch steht jedoch auch bei den Antragsdelikten dem Staat zu, da der Strafantrag lediglich Prozessvoraussetzung ist. Das strafprozessuale Legalitätsprinzip besagt, dass es Pflicht der Strafverfolgungsbehörden (Polizei, Untersuchungsrichter, Staatsanwalt, Gerichte) ist, bei Vorliegen genügender Verdachtsgründe und der erforderlichen Prozessvoraussetzungen die ihnen bekannt gewordenen Straftaten zu verfolgen und die verantwortlichen Täter bei festgestellter Strafbarkeit einer Verurteilung zuzuführen (Schmid, a.a.O., N 95). Dem Legalitätsprinzip steht im Kanton Zürich ein beschränktes Opportunitätsprinzip gegenüber. So wird in § 39a StPO festgehalten, die Staatsanwaltschaft und die Bezirksanwaltschaft können auf die weitere Verfolgung einer Straftat verzichten und die Untersuchung einstellen, sofern nicht wesentliche Interessen der Strafverfolgung oder des Geschädigten entgegenstehen und wenn bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind.

Vorliegend durfte der Bezirksanwalt zwar darauf vertrauen, dass der Rechtsvertreter der Beschwerdeführer innert Frist die verlangten Beweismittel einreichen würde, da vor allem die Geschädigten die geltend gemachten Vorwürfe hätten konkretisieren und substantiieren können, jedoch führt die mangelnde Kooperation des Beschwerdeführers 2 nicht dazu, dass der Bezirksanwalt die Untersuchung einstellen durfte. Dem steht das vorerwähnte Offizial- und Legalitätsprinzip entgegen. Die Untersuchungsbehörde hatte in Erfüllung ihrer staatlichen Pflichten von sich aus die Untersuchung voranzutreiben. Auch wenn das Verhalten des Beschwerdeführers 2 nicht gerade kooperativ war, darf dies nicht der Grund für eine Einstellung der Untersuchung sein, jedenfalls dann, wenn es den Untersuchungsbehörden möglich ist, auch ohne Mithilfe eines Anzeigerstatters oder Geschädigten

sachdienliche Abklärungen zu treffen. Aber gerade allein aus diesem Grunde wurde die Untersuchung eingestellt (Urk. 5).

Ob eine Untersuchung einzustellen oder Anklage zu erheben sei, entscheidet die Anklagebehörde nach pflichtgemäsem Ermessen. Eine definitive Einstellung eines Strafverfahrens gemäss §§ 35 ff. StPO ist - abgesehen von vorliegend nicht gegebenen Voraussetzungen - dann angezeigt, wenn eine Straftat nicht vorliegt bzw. der Tatverdacht sich in der Untersuchung nicht derart verdichtete, dass mit einem verurteilenden Erkenntnis des Gerichts gerechnet werden kann. Ergeben die Ermittlungen eindeutig, dass der Angeschuldigte der ihm zur Last gelegten Tat nicht schuldig ist oder zumindest kein Schuldbeweis im Hauptverfahren zu erwarten ist, muss die Strafverfolgungsbehörde das Verfahren einstellen. Die Frage, ob eine Untersuchung einzustellen ist, kann sich somit erst stellen, wenn die Ermittlungen abgeschlossen worden sind, was vorliegend gerade zu verneinen ist.

f) Im Rekursentscheid wurde ausgeführt, die Geschädigten hätten den Grundsatz von Treu und Glauben missachtet, indem sie erst nach der Einstellung der Strafuntersuchung die verlangten Unterlagen dem Gericht zugestellt hatten. Der Vorderrichter beruft sich diesbezüglich zu Unrecht auf eine analoge Anwendung der von Schmid für die Wiederaufnahme von eingestellten Untersuchungen vertretenen Lehrmeinung. Im erwähnten Aufsatz von Schmid in ZStR 108 (1991) S. 265 wurde im Zusammenhang mit der Wiederaufnahme einer eingestellten Strafuntersuchung ausgeführt:

"Kann der Geschädigte - soweit er nach kantonalem Verfahrensrecht Parteirechte hat - die Wiederaufnahme unter Berufung auf Beweise, die zwar ihm, nicht aber der Untersuchungsbehörde bekannt waren, verlangen? M.E. ist hier die Frage zu prüfen, ob das Wiederaufnahmegesuch rechtsmissbräuchlich ist, wenn es nach den Umständen dem Geschädigten möglich und zumutbar gewesen wäre, die nicht der Untersuchungs- und Anklagebehörde gemeldeten Beweismittel im Untersuchungs- oder (falls möglich) im Rechtsmittelverfahren gegen die Nichtanhandnahme- oder Einstellungsverfügung geltend zu machen, m.a.W., ob das Zurückhalten des Beweismittels

bzw. der Tatsacheninformation als rechtsmissbräuchlich zu bezeichnen ist. Dies dürfte etwa dann zu bejahen sein, wenn der Geschädigte zur Nennung seiner Beweise ausdrücklich aufgefordert wurde oder er rechtskundig vertreten war."

Aus diesen Erwägungen geht deutlich hervor, dass der Autor voraussetzt, dass der Geschädigte vor dem Wiederaufnahmegesuch im Rechtsmittelverfahren gegen die Einstellung noch die Möglichkeit hatte, die ihm - aber nicht dem Untersuchungsrichter - bekannten Beweismittel einzureichen. Tut dies der Geschädigte in diesem Verfahrensstadium, sieht Schmid noch kein rechtsmissbräuchliches Verhalten. Im Übrigen können Verfahrensmängel im Rekursverfahren in der Regel noch geltend gemacht werden, ohne dass sich der davon Betroffene dem Vorwurf des rechtsmissbräuchlichen Verhaltens aussetzen muss (Schmid, a.a.O. N 250). Den Vorbringen der Beschwerdeführer im Rekursverfahren wurde deshalb zu Unrecht entgegengehalten, sie seien sei ja bereits vom Untersuchungsrichter zur Nennung von Beweismitteln ausdrücklich aufgefordert worden und ausserdem rechtskundig vertreten gewesen, weshalb ihr Handeln rechtsmissbräuchlich sei, auch wenn nicht zu verkennen ist, dass das Schweigen resp. Nichtstun des Beschwerdeführers im Untersuchungsstadium nicht verständlich ist, dies den Bezirksanwalt aber nicht davon hätte abhalten dürfen, die erforderlichen Informationen auf anderem Weg zu beschaffen.

Im Übrigen ist zum Grundsatz von Treu und Glauben folgendes zu bemerken: Es trifft zu, dass sich das Prinzip von Treu und Glauben sowie das Verbot des Rechtsmissbrauchs auch an die Geschädigten richtet und sich im Bereich des Strafverfahrens dieser Grundsatz von Treu und Glauben vorab im Verbot widersprüchlichen Verhalten (*venire contra factum proprium*) äussert. Wer auf die Wahrung eines Rechtes oder einen Standpunkt verzichtet, kann sich nicht nachher auf die Verweigerung bzw. Nichtbeachtung berufen und daraus etwas zu seinem Vorteil ableiten. Auf dem Umweg über diesen Grundsatz können aber dem Geschädigten nicht Pflichten auferlegt werden, die er gar nicht hat (vgl. Schmid, a.a.O., N 249). Die Pflicht der Untersu-

chungsbehörde, sich die notwendigen Unterlagen bei den Angeschuldigten zu beschaffen und diese zur Sache zu befragen, kann nicht an die Geschädigten delegiert werden. Selbst wenn sich die Beschwerdeführer rechtsmissbräuchlich Verhalten hätten, so könnte dies deshalb keine Konsequenzen für die Frage der Fortsetzung des Untersuchungsverfahrens haben.

g) Der Untersuchungsgrundsatz wurde somit klar verletzt (§ 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO). Im Vordergrund stand gegenüber den beiden Verwaltungsräten der Tatverdacht der ungetreuen Geschäftsbesorgung. Hiezu ist folgendes zu bemerken.

7. a) Das Ausscheiden zweier Verwaltungsräte aus einer Firma und deren Firmen-Neugründung in einem ähnlichen Fachbereich, ohne ein weiteres Verwaltungsratsmitglied darüber zu informieren, begründet für sich allein noch keinen Straftatbestand. Wird im Zusammenhang mit deren Ausscheiden aus der Firma Inventar beseitigt bzw. tritt eine grosse Vermögensverminderung durch Auszahlung von Gehältern an diese Verwaltungsräte bzw. durch einen Einnahmeneinbruch ein, stellt sich u.a. die Frage der ungetreuen Geschäftsbesorgung.

Fest stand im Zeitpunkt der Einstellung der Strafuntersuchung, dass S.S. und A.H. alle Dokumente der C. AG aus der Firma entfernt hatten. In einem von S.K. dem Polizeikommando mit Begleitschreiben vom 25. Februar 2000 eingereichten, von S. als Geschäftsführer und A.H. als VR-Präsident namens der C. AG an C.D. gerichteten Schreiben vom 24. Februar 2000 wurde nämlich ausgeführt, S.K. erstelle und unterschreibe Schreiben im Namen der C. AG, obwohl er gemäss HR-Auszug nur eine Kollektivunterschrift zu zweien besitze, er eigenmächtig als Aktionär im Namen der Geschäftsleitung und des Verwaltungsrates auftrete und Aktionen bei verschiedenen Stellen eingeleitet habe, ohne die Geschäftsleitung oder den VR-Präsidenten darüber zu informieren. Durch diese Aktionen würden Versäumnisse festgestellt, deren Verantwortung er zu tragen haben werde. Um sicherzustellen, dass keine weiteren nachteiligen Aktionen zu lasten der Unternehmung erfolgten, seien alle Dokumente der C. AG im Lager der C.D.

AG in S. eingelagert worden. Die Geschäftleitung sei aufgrund der geschilderten Vorkommnisse nicht mehr operationsfähig und werde die Geschäftstätigkeit per Ende Februar einstellen (Urk. 6/14/9 S. 2).

Ausserdem war dem Untersuchungsrichter bekannt, dass S.S. am 29. Februar 2000 den Büroschlüssel abgegeben hatte.

b) Der Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung gemäss Art. 158 Abs. 1 StGB lautet: Wer aufgrund des Gesetzes, eines behördlichen Auftrages oder eines Rechtsgeschäftes damit betraut ist, 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, wird mit Gefängnis bestraft. Art. 158 StGB wurde durch die Revision von 1994 zwar ausgebaut im Sinne einer Präzisierung von Art. 159 aStGB, jedoch hat die Praxis zu jenem Artikel zum grossen Teil ihre Bedeutung beibehalten (Trechsel, Kurzkomentar zum Strafgesetzbuch, N 1 zu Art. 158 StGB). Deshalb wird nachfolgend auch diese Praxis miteinbezogen.

Als Täter im Sinne von Art. 158 Abs. 1 StGB kommt u.a. der Geschäftsführer im Sinne von Art. 159 aStGB in Frage, d.h., wer in tatsächlich oder formell selbständiger und verantwortlicher Stellung im Interesse eines andern für einen nicht unerheblichen Vermögenskomplex zu sorgen hat (Trechsel, a.a.O., N 2 zu Art. 158 StGB). Als Geschäftsführer im Sinne dieser Umschreibung gilt auch die Verwaltung einer AG. Sie ist das Gesellschaftsorgan, dem unter Vorbehalt einer Kompetenzdelegation an Dritte von Gesetzes wegen als wesentliche Aufgabe die auf Erreichung des Gesellschaftszweckes gerichtete tatsächliche Führung der internen Geschäfte und die Vertretung der Gesellschaft nach aussen obliegen. In diesem Rahmen hat die Verwaltung auch für die **Erhaltung** des Gesellschaftsvermögens zu sorgen. Ergibt sich aus der Bilanz, dass die Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserve nicht mehr gedeckt ist, so stellt sich die Frage des Weiterbestandes der Aktiengesellschaft, und es hat die Verwaltung unverzüglich eine Generalversammlung einzuberufen (Art. 725 Abs. 1 OR), damit

die notwendigen Massnahmen zur Sicherung des noch vorhandenen Vermögens und zur Verbesserung der Lage ergriffen werden können. Die Gesellschaft lebt und wirkt durch ihre Organe, und diese sind eingesetzt, um den Gesellschaftszweck zu erreichen. Das aber ist nur möglich, wenn der Bestand der Gesellschaft selber gesichert ist. Da dieser jedoch entscheidend vom Bestand oder Verlust des Grundkapitals abhängt, obliegt der Verwaltung als dem geschäftsführenden Organ der Aktiengesellschaft auch die Fürsorge für die Erhaltung des Gesellschaftsvermögens. Derselbe Schluss ergibt sich auch aus der im Gesetz verankerten allgemeinen Sorgfalts- und Treuepflicht der Verwaltung (Art. 717 OR), die eine strenge Wahrung der Gesellschaftsinteressen verlangt (vgl. dazu BGE 97 IV 13-14).

Die Treuepflicht gebietet, dass die Mitglieder des Verwaltungsrates die Entstehung von direkten und brisanten Interessenskonflikten nach Möglichkeit vermeiden (Zürcher Kommentar V5b zu Art. 707-726, der Verwaltungsrat, Eric Homburger, N 898 zu Art. 717 OR). Das mit einem relevanten Interessenskonflikt "belastete" Rechtsgeschäft kann der Generalversammlung zur Genehmigung unterbreitet werden (Zürcher Kommentar, a.a.O. N 902 zu Art. 717 OR). Im Zusammenhang mit der Treuepflicht kann sich auch die Frage des Selbstkontrahierens stellen (vgl. dazu Zürcher Kommentar, a.a.O. N 908 f zu Art. 717 OR).

c) Wesentlich für die Strafuntersuchung war, wie sich die Vermögenswerte der alten Firma zusammensetzten. Dies ergab sich aus dem Revisionsbericht und der Bilanz, die noch vor der Generalversammlung dem Untersuchungsrichter einergereicht worden waren (Urk. 6/14/6). Aufgrund des Berichtes der Revisionsstelle (Urk. 6/11/6) und der eingereichten Kontoauszüge war auch bekannt, dass im Januar 2000 den beiden Verwaltungsräten A.H. und S.S. relativ hohe Summen ausbezahlt worden sind (Urk. 6/4/1). Im Bericht der Revisionsstelle betreffend Jahresrechnung per 31. Dezember 1999 der C. AG wurde u.a. folgende Ausführung gemacht (Urk. 6/14/11/6):

"Gemäss unserer Beurteilung entsprechen die Buchführung und die Jahresrechnung mit folgender Einschränkung Gesetz und Statuten:

Die Position Abgangs- und Ferienrückstellung enthält eine Rückstellung für Abgangsentschädigungen an zwei leitende Angestellte (Partner) der Gesellschaft. Die Rückstellung bemisst sich auf die vertragliche Minimalzahlung, ohne Bezug des Umsatzes. Unter Berücksichtigung der umsatzabhängigen Abgangsentschädigung läuft sich der effektiv geschuldete Betrag auf CHF 242'900. Zur Zeit ist unklar, ob die Differenz von CHF 76'238.- durch die Mitarbeiter eingefordert wird.

Wir empfehlen, die vorliegende Jahresrechnung trotz der vorstehenden Einschränkung zu genehmigen, da die Mitarbeiter aufgrund der finanziellen Situation der Gesellschaft grundsätzlich nicht auf einer Auszahlung des Restbetrages bestehen. Für den Fall, dass trotzdem die Auszahlung des Restbetrages durch einen oder beide ehemaligen Angestellten verlangt würde, müsste eine zusätzliche Rückstellung gebildet werden, welche zu einer Überschuldung der Gesellschaft führen könnte. Für diesen Fall machen wir den Verwaltungsrat auf die Vorschriften von Art. 725 Abs. 2 OR aufmerksam".

Aufgrund dieser Unterlagen wäre es Sache des Untersuchungsrichters gewesen, die beiden Verwaltungsräte H. und S. zur Sache zu befragen und insbesondere die Vorlegung ihrer Arbeitsverträge zu verlangen. Auch die Festsetzung der Entschädigungen für die Verwaltungsräte könnte allenfalls eine Pflichtverletzung, wie sie die ungetreue Geschäftsbesorgung verlangt, darstellen (vgl. Zürcher Kommentar, a.a.O., N 948 zu Art. 717 OR). Die Frage, wer die aktuellen Arbeitsverträge unterzeichnet hat, bzw. wann die Abgangsentschädigungen festgelegt worden waren, dürfte dabei von Bedeutung sein. Entgegen den vorinstanzlichen Erwägungen hat nämlich die Abänderung der Arbeitsverträge auch eine strafrechtliche Komponente, da die Arbeitsverträge Personen des Verwaltungsrates betrafen. Ob S.K. bezüglich der Abänderung der Arbeitsverträge in seiner Stellung als Verwaltungsrat eine Pflichtverletzung vorgeworfen werden kann, was ihm vom Vorderrichter unterstellt wird (Urk. 4 S. 11), ist für die Frage der Fortsetzung der Untersu-

chung nicht wesentlich. Allenfalls könnte dies für S.K. rechtliche Konsequenzen haben.

- d) Dem Vorderrichter ist beizupflichten, dass es vor allem um eine zivilrechtliche Auseinandersetzung geht, indem nach Einreichung der Anzeige von A.H. ein Kaufangebot gemacht wurde (Urk. 6/14/3), jedoch war aufgrund der Akten klar, dass durch die beiden Verwaltungsräte - anlässlich der Generalversammlung vom 31. Mai 1999 war A.H. zum VR-Präsidenten gewählt worden (Urk. 6/13/3) - eine Firmenauflösung unter Umgehung der Interessen von S.K. (Hauptaktionär) und der Firma selbst bezweckt war. Selbst wenn die Geschädigten die Strafanzeige allenfalls als Einschüchterung benutzt hatten, um eine Einigung auf zivilrechtlicher Basis zu erzwingen, kam die Bezirksanwaltschaft nicht umhin, die Untersuchung fortzusetzen, da aufgrund der vorhandenen Akten die beabsichtigte Firmenauflösung durch A.H. und S.S. und damit die Ausschaltung von S.K. feststand und genügend Anhaltspunkte für einen möglichen Verstoss gegen Art. 158 Abs. 1 StGB vorlagen. Ob eine vollständige Liste der veruntreuten Computern vorlag, war unter diesen Umständen nicht wesentlich. Ob der VW Golf Variant 2.0 und die Computer in Missachtung der Pflichten zur Erhaltung des Gesellschaftsvermögens verkauft worden sind, wird von der Bezirksanwaltschaft zu prüfen sein. Ebenso wird sich diese Frage hinsichtlich der Umschreibung des Microsoft-Support-Vertrages auf die von A.H. neu gegründete Firma stellen.
8. Der Untersuchungsgrundsatz (§ 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO) wurde somit vorliegend verletzt, weshalb die Beschwerde gutzuheissen ist. Der Rekursentscheid ist aufzuheben. Die Akten sind zur weiteren Veranlassung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

III.

Ausgangsgemäss sind die Kosten dieses Verfahrens gemäss Obsiegen und Unterliegen zu verteilen (§ 396a StPO). Die Beschwerdeführer obsiegen mit ihrem

Begehren in der Hauptsache. Da sich die Beschwerdegegner 2-5 vernehmen lassen und sie mit ihrem Begehren unterliegen, sind ihnen die Verfahrenskosten aufzuerlegen. Ferner haben sie den anwaltlich vertretenen Beschwerdeführern für das vorliegende Verfahren eine Entschädigung von Fr. 1'200.- (zuzüglich 7,6 % MWST Fr. 91.20) zu vergüten.

Demnach beschliesst das Gericht:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird die Verfügung des Einzelrichters in Strafsachen des Bezirkes Zürich vom 3. Mai 2002 aufgehoben.
2. Die Akten werden im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 1'000.- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. Schreibgebühren
Fr. Zustellgebühren
Fr. Telefon
4. Die Kosten werden den Beschwerdegegnern 2-5 auferlegt.
5. Die Beschwerdegegner 2-5 werden verpflichtet, den Beschwerdeführern für das Beschwerdeverfahren eine Entschädigung von Fr. 1'291.20 (inkl. 7,6 % MWST Fr. 91.20) zu bezahlen.
6. S.M.

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

III. Strafkammer

Die juristische Sekretärin:

lic.iur. I. Vourtsis