

BGE 148 IV 170

Bundesgericht (BGE), 2022-04-07, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_BGE_148_IV_170

FR: ATF 148 IV 170

IT: DTF 148 IV 170

Regeste

Regeste a Art. 115 Abs. 1 StPO; Begriff des Geschädigten. Geschädigtenstellung bei Vermögensdelikten (E. 3.3.1 und 3.3.2), Konkursdelikten (E. 3.4.1) und Urkundendelikten (E. 3.5.1; je Bestätigung der Rechtsprechung).

Regeste b Art. 163-167 StGB; Art. 731b Abs. 1bis Ziff. 3 OR; Objektive Strafbarkeitsbedingung bei Konkursdelikten; Konkursliquidation infolge Organisationsmangels. Die Anordnung einer Konkursliquidation gestützt auf Art. 731b Abs. 1bis Ziff. 3 OR erfüllt für sich allein und unabhängig von einer allfälligen Überschuldung die objektive Strafbarkeitsbedingung der Konkursöffnung gemäss den Art. 163-167 StGB nicht (E. 3.4.8); eine allfällige Berücksichtigung des neuen Abs. 4 von Art. 731b OR entfällt vorliegend, da er im Zeitpunkt der Auflösung und Liquidation der Gesellschaft noch nicht in Kraft war (E. 3.4.9).

Regeste a Art. 115 al. 1 CPP; notion de lésé. Position du lésé en cas d'infractions contre le patrimoine (consid. 3.3.1 et 3.3.2), d'infractions en matière de faillite (consid. 3.4.1) et de faux dans les titres (consid. 3.5.1; confirmation de la jurisprudence).

Regeste b Art. 163-167 CP; art. 731b al. 1bis ch. 3 CO; condition objective de punissabilité en cas d'infractions en matière de faillite; liquidation selon les dispositions applicables à la faillite suite à une carence dans l'organisation de la société. Le fait d'ordonner la liquidation selon les dispositions applicables à la faillite fondée sur l'art. 731b al. 1bis ch. 3 CO ne remplit pas en soi et indépendamment d'un éventuel surendettement la condition objective de punissabilité de l'ouverture de la faillite selon les art. 163-167 CP (consid. 3.4.8); une prise en compte du nouvel al. 4 de l'art. 731b CO n'est pas envisageable en l'espèce, car il n'était pas encore en vigueur au moment de la dissolution et de la liquidation de la société (consid. 3.4.9).

Regesto a Art. 115 cpv. 1 CPP; nozione di danneggiato. Posizione di danneggiato in caso di reati patrimoniali (consid. 3.3.1 e 3.3.2), reati nel fallimento (consid. 3.4.1) e di falsità in atti (consid. 3.5.1; conferma della giurisprudenza).

Regesto b Art. 163-167 CP; art. 731b cpv. 1bis n. 3 CO; condizione oggettiva di punibilità in caso di reati nel fallimento; liquidazione in via di fallimento a seguito di lacune nell'organizzazione. La liquidazione in via di fallimento ordinata sulla base dell'art. 731b cpv. 1bis n. 3 CO non adempie, di per sé e indipendentemente da un eventuale indebitamento eccessivo, la condizione oggettiva di punibilità della dichiarazione di fallimento secondo gli art. 163-167 CP (consid. 3.4.8). Poiché non ancora in vigore al momento dello scioglimento e della liquidazione della società, il nuovo cpv. 4 dell'art. 731b CO non può nella fattispecie essere preso in considerazione (consid. 3.4.9).

Erwägungen

E. 2

Soweit die Beschwerdeführerinnen eine Geschädigtenstellung behaupten, beschränken sie sich in der Beschwerde auf das "Bauprojekt U.", in dessen Zusammenhang sie dem Beschwerdegegner 2 in seiner Funktion als (einzigem) Verwaltungsrat der H.H. AG namentlich Veruntreuung, ungetreue Geschäftsbesorgung, betrügerischen Konkurs, Gläubigerschädigung durch Vermögensverminderung, Misswirtschaft, Unterlassung der Buchführung, Bevorzugung eines Gläubigers, Urkundenfälschung sowie Erschleichung einer falschen Beurkundung vorwerfen. Wie sie hierzu geltend machen, habe im Rahmen dieses Bauprojekts in der italienischen Gemeinde U. ein Grundstück gekauft, entwickelt und hernach gewinnbringend veräussert werden sollen. Für die Projektabwicklung sei die H.H. AG im Zentrum gestanden, welche zu 34 % der H.I. GmbH (mit dem Beschwerdegegner 2 als einzigem Gesellschafter und Geschäftsführer), zu 33 % der F.J. SA (bzw. deren Muttergesellschaft F.F. GmbH & Co. KG) und zu 33 % der Beschwerdeführerin 1 gehört habe. Zum Zweck des Grundstückserwerbs habe die H.H. AG eine Tochtergesellschaft namens K. SRL mit dem Beschwerdegegner 2 als einzigem Verwaltungsrat gegründet. Um das Projekt zu finanzieren, seien der H.H. AG mehrere Darlehen durch die F.J. SA, die Beschwerdeführerin 2 (teils im Innenverhältnis über die Beschwerdeführerin 3) sowie die E.E. AG (einer weiteren Tochtergesellschaft der F.F. GmbH & Co. KG) zur Verfügung gestellt worden. Insbesondere seien vom 1. September 2010 bis 20. April 2011 EUR 1'650'000.- je zur Hälfte von der F.J. SA (über die F.F. GmbH & Co. KG) und der Beschwerdeführerin 2 (im Betrag von EUR 400'000.- über die BGE 148 IV 170 S. 173 Beschwerdeführerin 3 finanziert) an die H.H. AG geflossen, welche in Absprache mit dem Beschwerdegegner 2 direkt für die Kaufpreiszahlung des Grundstücks verwendet worden seien. In der Folge seien indes keine sichtbaren Schritte in der Projektentwicklung erfolgt. Ohne die Aktionäre vorgängig zu informieren, habe sich der Beschwerdegegner 2 sodann im Oktober 2018 aus dem Handelsregister als Verwaltungsrat der H.H. AG austragen lassen. Für die Beschwerdeführerinnen sei erst danach ersichtlich geworden, dass der Beschwerdegegner 2 am 13. September 2018 die Tochtergesellschaft K. SRL (einschliesslich des fraglichen Grundstücks) zum Wert von EUR 1.- an die H.L. AG verkauft habe, obwohl in der Bilanz 2017 der H.H. AG die Beteiligung der K. SRL mit Fr. 2'929'960.35 bewertet worden sei, wobei das fragliche Grundstück gemäss ihrer Schätzung für mindestens EUR 4'450'000.- hätte verkauft werden können. Die H.L. AG befinde sich im Eigentum der Stiftung M., deren Stifter und Erstbegünstigter wiederum der Beschwerdegegner 2 sei. Schliesslich würden konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Beschwerdegegner 2 die den Beschwerdeführerinnen vorenthaltene Bilanz 2017 der H.H. AG "frisirt" habe, um das Grundstück "unentgeltlich" an die von ihm beherrschte H.L. AG übertragen zu lassen und den daraus resultierenden Gewinn für sich alleine zu haben bzw. damit die Aktionäre und Gläubiger der Gesellschaft zu schädigen. In Bezug auf die geltend gemachten Vermögensdelikte bringen die Beschwerdeführerinnen vor, dass sie dadurch sowohl als Aktionärin (die Beschwerdeführerin 1) als auch als Gläubigerinnen (die Beschwerdeführerinnen 2 und 3) unmittelbar geschädigt worden seien, nachdem über die H.H. AG der Konkurs eröffnet worden sei. Auch wenn die Konkursöffnung aufgrund eines Organisationsmangels erfolgt sei, sei der Verkauf der K. SRL einer faktischen Liquidation der H.H. AG gleichgekommen, zumal das fragliche Grundstück deren einziges Aktivum dargestellt habe. Das Verhalten des Beschwerdegegners 2 erfülle zudem mehrere Konkursdelikte, weshalb sie (die Beschwerdeführerinnen) als Gläubigerinnen der in Konkurs gefallenen H.H. AG auch unter diesen Titeln unmittelbar in ihrer Rechtsstellung

betroffen seien. Für die objektive Strafbarkeitsbedingung der Konkursöffnung im Sinne der Art. 163 ff. StGB genüge es, wenn wie vorliegend die Gesellschaft überschuldet gewesen bzw. faktisch liquidiert worden sei und die Konkursöffnung infolge eines Organisationsmangels gemäss Art. 731b Abs. 1 bis Ziff. 3 OR die BGE 148 IV 170 S. 174 ordentliche Konkursöffnung durch die Gläubiger bloss vorweggenommen habe. Hinsichtlich der behaupteten Urkundendelikte bringen die Beschwerdeführerinnen vor, dass die fragliche Bilanz der H.H. AG dem Notar im Rahmen der Beurkundung des Kaufvertrags, mit welchem das Grundstück an die H.L. AG veräussert worden sei, vorgelegt worden und Bestandteil dessen gewesen sei. Somit bestehe ein kausaler Zusammenhang zwischen der Bilanzfälschung, dem Abschluss des Kaufvertrags und der Schädigung der Beschwerdeführerinnen. Für die Beschwerdeführerin 1 bestehe der Schaden darin, dass sie in verschiedenen ihr zustehenden Aktionärsrechten, namentlich Vermögens-, Informations- und Stimmrechten, beschnitten worden sei. Weiter wäre sie am Gewinn beteiligt gewesen, welcher durch einen ordentlichen Verkauf oder die Realisierung des Projekts entstanden wäre. Durch die Urkundendelikte und die daraus resultierende Liquidation der H.H. AG seien auch die Beschwerdeführerinnen 2 und 3 insofern geschädigt worden, als deren Darlehen nicht mehr hätten zurückbezahlt werden können. Die Handlungen des Beschwerdegegners 2 seien darauf ausgerichtet gewesen, sich der Beschwerdeführerinnen als Teilhaberinnen bzw. Gläubigerinnen zu entledigen.

E. 3.1

Die Vorinstanz verneinte, dass die Beschwerdeführerinnen durch das angezeigte Verhalten des Beschwerdegegners 2 direkt geschädigt worden seien. Sie erwo, soweit die Beschwerdeführerinnen dem Beschwerdegegner 2 Vermögensdelikte vorwerfen würden, würde einzig die H.H. AG als unmittelbar Geschädigte in Frage kommen. Hinsichtlich der angeblichen Konkursdelikte scheidet eine Beschwerdelegitimation aufgrund der mangelnden objektiven Strafbarkeitsbedingung gemäss den Art. 163 ff. StGB aus, da die Auflösung einer Gesellschaft nach Art. 731b Abs. 1 bis Ziff. 3 OR keine rechtsgenügende Konkursöffnung darstelle. Schliesslich sei weder ersichtlich noch hinreichend konkret dargetan, inwiefern die Beschwerdeführerinnen durch die geltend gemachte Urkundenfälschung in ihren "privaten Geschäftsinteressen" verletzt worden seien. Selbst wenn die fragliche Bilanz zum Verkauf des Grundstücks verwendet worden sei, hätte dies einzig die H.H. AG unmittelbar geschädigt.

E. 3.2

Die Beschwerdelegitimation im kantonalen Verfahren ist in Art. 382 Abs. 1 StPO normiert. Gemäss dieser Bestimmung kann jede Partei, die ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung eines Entscheids hat, ein Rechtsmittel ergreifen. BGE 148 IV 170 S. 175 Partei ist namentlich die Privatklägerschaft (Art. 104 Abs. 1 lit. b StPO). Als Privatklägerschaft gilt die geschädigte Person, die gegenüber einer Strafverfolgungsbehörde spätestens bis zum Abschluss des Vorverfahrens ausdrücklich erklärt, sich am Strafverfahren als Straf- oder Zivilklägerin zu beteiligen (Art. 118 Abs. 1 und 3 StPO). Geschädigt ist, wer durch die Straftat in seinen Rechten unmittelbar verletzt worden ist (Art. 115 Abs. 1 StPO). In seinen Rechten unmittelbar verletzt ist, wer Träger des durch die verletzte Strafnorm geschützten oder zumindest mitgeschützten Rechtsguts ist. Bei Strafnormen, die nicht primär Individualrechtsgüter schützen, gelten praxisgemäss nur diejenigen Personen als Geschädigte, die durch die darin umschriebenen Tatbestände in ihren Rechten beeinträchtigt werden, sofern diese Beeinträchtigung unmittelbare Folge der

tatbestandsmässigen Handlung ist (BGE 140 IV 155 E. 3.2; BGE 139 IV 78 E. 3.3.3; BGE 138 IV 258 E. 2.2 f.; je mit Hinweisen). Im Allgemeinen genügt es, wenn das von der geschädigten Person angerufene Individualrechtsgut durch den verletzten Straftatbestand auch nur nachrangig oder als Nebenzweck geschützt wird, selbst wenn der Tatbestand in erster Linie dem Schutz von kollektiven Rechtsgütern dient. Werden indes durch Delikte, die (nur) öffentliche Interessen verletzen, private Interessen bloss mittelbar beeinträchtigt, ist der Betroffene nicht Geschädigter im Sinne des Strafprozessrechts (BGE 141 IV 454 E. 2.3.1; BGE 140 IV 155 E. 3.2; BGE 138 IV 258 E. 2.3; je mit Hinweisen).

E. 3.3.1

Die angezeigten Delikte der Veruntreuung von Vermögenswerten (Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB) und der ungetreuen Geschäftsbesorgung (Art. 158 StGB) schützen den Wert des Vermögens als Ganzes. Wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, gilt bei Straftaten gegen das Vermögen der Träger des geschädigten Vermögens als geschädigte Person. Bei Vermögensdelikten zum Nachteil einer Aktiengesellschaft sind weder die Aktionäre noch die Gesellschaftsgläubiger unmittelbar verletzt (BGE 141 IV 380 E. 2.3.3; BGE 140 IV 155 E. 3.3.1; Urteil 6B_734/2018 vom 13. Dezember 2018 E. 3; je mit Hinweisen).

E. 3.3.2

Die Beschwerdeführerinnen übersehen, dass die Aktionäre und Gläubiger einer Gesellschaft in Bezug auf ein Vermögensdelikt zum Nachteil der Gesellschaft bloss mittelbar betroffen sind, selbst wenn dasselbe (strafbare) Verhalten - ex post betrachtet - zugleich den Tatbestand eines Konkursdelikts erfüllt. Fällt die geschädigte BGE 148 IV 170 S. 176 Gesellschaft in Konkurs bzw. wird sie nach den Vorschriften über den Konkurs liquidiert, gilt die Konkursmasse als ihre Rechtsnachfolgerin (vgl. Art. 121 Abs. 2 StPO i.V.m. Art. 197 SchKG ; vgl. auch Urteil 6B_557/2010 vom 9. März 2011 E. 7.2 mit Hinweisen). Die Geschädigtenstellung hinsichtlich eines allfälligen Konkursdelikts ist von einem Vermögensdelikt gesondert zu betrachten: Beim Konkursdelikt wird nicht (mehr) das Vermögen der Gesellschaft direkt geschädigt, sondern jenes der Gläubiger des Gemeinschuldners (vgl. E. 3.4.1). Die Beschwerdeführerin 1 als Aktionärin und die Beschwerdeführerinnen 2 und 3 als mutmassliche Gläubigerinnen der mittlerweile konkursliquidierten H.H. AG sind hinsichtlich der Vorwürfe der Veruntreuung und der ungetreuen Geschäftsbesorgung zu deren Nachteil mithin nicht als Geschädigte im Sinne von Art. 115 Abs. 1 StPO anzusehen.

E. 3.4.1

Geschütztes Rechtsgut der Konkursdelikte gemäss Art. 163 ff. StGB ist das Vermögen der Gläubiger des Gemeinschuldners (BGE 140 IV 155 E. 3.3.2 mit Hinweis; Urteil 6B_1208/2019 vom 29. April 2020 E. 2.3.1). Als geschädigte Personen gemäss Art. 115 Abs. 1 StPO gelten infolgedessen die einzelnen Gläubiger (Urteil 6B_252/2013 vom 14. Mai 2013 E. 2.2). Die Aktionäre sind durch Konkursdelikte nur indirekt betroffen, es sei denn, sie haben gleichzeitig Gläubigerstellung (Urteil 6B_252/2013 vom 14. Mai 2013 E. 2.3; vgl. zum Ganzen auch MAZZUCHELLI/POSTIZZI, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 60 zu Art. 115 StPO).

E. 3.4.2

Der Beschwerdeführerin 1 geht bereits mangels Gläubigereigenschaft die Geschädigtenstellung ab. Auch wenn den Beschwerdeführerinnen 2 und 3 als mutmassliche Gläubigerinnen bei einem Konkursdelikt grundsätzlich Geschädigtenstellung zukommen

würde, setzen die von den Beschwerdeführerinnen geltend gemachten Konkursdelikte gemäss Art. 163-167 StGB als objektive Strafbarkeitsbedingung voraus, dass ein Konkurs eröffnet oder ein Verlustschein ausgestellt wurde (BGE 144 IV 52 E. 7.3; BGE 131 IV 56 E. 1.3; BGE 126 IV 5 E. 2; BGE 104 IV 77 E. 3c; BGE 103 IV 227 E. 1d; BGE 102 IV 172 E. 3; BGE 101 IV 20 E. 2a; BGE 89 IV 77 E. I.1; BGE 84 IV 15 ; BGE 81 IV 29 E. 1). Wie die Vorinstanz festgestellt hat, wurde die H.H. AG mit Entscheid des St. Gallischen Handelsgerichts vom 18. Februar 2020 gemäss Art. 731b Abs. 1 bis Ziff. 3 OR aufgelöst und ihre Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs angeordnet. Mangels Aktiven wurde BGE 148 IV 170 S. 177 das Konkursverfahren am 1. September 2020 eingestellt. Weder erfolgte eine richterliche Konkursöffnung im Sinne von Art. 171 und Art. 190 ff. SchKG noch wurde letztlich ein Konkursverfahren durchgeführt, weshalb auch keine Verlustscheine vorliegen.

E. 3.4.3

Vorliegend ist umstritten, ob die infolge des Auflösungsentscheids nach Art. 731b Abs. 1 bis Ziff. 3 OR eingeleitete Konkursliquidation der H.H. AG die objektive Strafbarkeitsbedingung der Konkursöffnung gemäss den Art. 163 ff. StGB überhaupt erfüllte. Seit dem 1. Januar 2008 sieht die Bestimmung von Art. 731b OR (zunächst noch unter Abs. 1 Ziff. 3, seit dem 1. November 2019 unter Abs. 1 bis Ziff. 3; vgl. AS 2019 3161 ff.) vor, dass das Gericht namentlich die Gesellschaft auflösen und ihre Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs anordnen kann, wenn der Gesellschaft eines der vorgeschriebenen Organe fehlt oder eines dieser Organe nicht rechtmässig zusammengesetzt ist. Ob eine solche Liquidation den Anforderungen an die objektive Strafbarkeitsbedingung der genannten Konkursdelikte genügt, wurde bisher vom Bundesgericht nicht explizit entschieden. Im Schrifttum wurde die Frage - zumindest bis zur Einführung des neuen Abs. 4 von Art. 731b OR (vgl. dazu E. 3.4.5) - überwiegend verneint (vgl. TRECHSEL/OGG, in: Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, Trechsel/Pieth [Hrsg.], 4. Aufl. 2021, N. 11 zu Art. 163 StGB mit Hinweis auf ein Urteil des Kantonsgerichts Zug vom 20. April 2010 E. 6.3, Gerichts- und Verwaltungspraxis des Kantons Zug [GVP] 2010 268 ff.; ANDREAS DONATSCH, Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen, 11. Aufl. 2018, S. 355; GESSLER/SCHODER, in: Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, Hand- und Studienbuch, Ackermann [Hrsg.], 2. Aufl. 2021, § 16 Rz. 20 und 88a; DAMIAN K. GRAF, Konkursreiterei: Phänomen - rechtliche Einordnung - Bekämpfung, BLSchK 2019 S. 3; ders. , Gesellschaftsorgane zwischen Aktienrecht und Strafrecht, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit - Ungetreue Geschäftsbesorgung - Misswirtschaft, 2017, Rz. 187; FRANCO LORANDI, Konkursverfahren über Handelsgesellschaften ohne Konkursöffnung - Gedanken zu Art. 731b OR , AJP 2008 S. 1394 [nachfolgend: AJP]; LUSTENBERGER/WOODTLI, Umsetzung der Motion Hess "Missbrauch des Konkursverfahrens verhindern", Eine Analyse der im Vorentwurf vorgeschlagenen Massnahmen, in: Sein und Schein von Gesetzgebung, Erwartungen - Auswirkungen - Kritik, Canapa/Landolt/Müller[Hrsg.], 2018, S. 202 ff.; DANIEL NUSSBAUMER, Mit neuen Methoden gegen Konkursverschleppung - wie sich Strafverfolger, BGE 148 IV 170 S. 178 Handelsregister-, Betreibungs- sowie Notariats- und Konkursbeamte im Kampf gegen Misswirtschaft gegenseitig unterstützen können, BLSchK 2016 S. 134 f.; DENISE JAGMETTI, Zahlungen an Dienstleister bei Insolvenzgefahr, Pauliana und Konkursdelikte, 2019, S. 270; MARCEL SCHÖNBÄCHLER, Die Organisationsklage nach Art. 731b OR , Organisationsmängel und deren Rechtsfolgen sowie verfahrens- und kolisionsrechtliche Aspekte, 2013, S. 298 ff.; OLIVER KÄLIN, Konkursreiterei und Misswirtschaft,

Strafrechtliche Gefahren für Treuhänder, EXPERT FOCUS 2019 S. 498 f.). Begründet wurde dies namentlich mit dem strafrechtlichen Legalitätsprinzip, aufgrund dessen die richterliche Anordnung der Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs nicht einer formellen Konkurseröffnung oder der Genehmigung eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung gleichgesetzt werden könne. Dabei wurde u.a. betont, dass es sich bei den Straftatbeständen nach Art. 163-167 StGB durchgehend um Insolvenzdelikte handle, wohingegen Art. 731b OR weder eine Überschuldung noch eine formelle Insolvenz voraussetze (vgl. LORANDI, AJP, a.a.O., S. 1394; SCHÖNBÄCHLER, a.a.O., S. 298 ff.; LUSTENBERGER/WOODTLI, a.a.O., S. 202 f.). Nach zwei Minderheitsmeinungen sollte die objektive Strafbarkeitsbedingung auch im Fall einer Konkursliquidation im Sinne von Art. 731b Abs. 1 bis Ziff. 3 OR eintreten. MEIER zufolge sei irrelevant, dass der Konkurs hierbei ohne vorgängige Betreuung eröffnet werde und weder eine Überschuldung noch eine formelle Insolvenz vorliegen würden. So gälte die objektive Strafbarkeitsbedingung der Konkurseröffnung beispielsweise auch dann als eingetreten, wenn der Konkurs aufgrund einer betrügerischen Handlung zum Nachteil eines Gläubigers oder aufgrund einer Zahlungseinstellung eröffnet worden sei. Auch in diesen beiden Fällen sei vorgängig keine Betreuung eingeleitet worden und habe auch keine formelle Insolvenz vorgelegen (vgl. URS MEIER, Strafrechtliche Risiken in Sanierungssituationen, Konkursverschleppung und Gläubigerbevorzugung, 2015, S. 78 f.). JÖRG vertritt die Auffassung, dass bei gleichzeitigem Vorliegen eines Organisationsmangels und eines materiellen Konkursgrundes (wie z.B. die Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft) die Liquidation gestützt auf Art. 731b Abs. 1 bis Ziff. 3 OR nicht nur eine Konkurseröffnung im Sinne des SchKG mit sich bringen müsse, sondern auch strafrechtliche Folgen nach sich ziehen könne, zumal der Eintritt der objektiven Strafbarkeitsbedingung tatsächlich möglich sei (vgl. FLORIAN S. JÖRG, Richterliche Entscheide bei Organisationsmängeln, BGE 148 IV 170 S. 179 in: Entwicklungen im Gesellschaftsrecht X, Kunz/Arter/Jörg [Hrsg.], 2015, S. 295 ff.).

E. 3.4.4

Art. 731b OR, der wie erwähnt am 1. Januar 2008 in Kraft getreten ist, wurde im Rahmen einer Revision des GmbH-Rechts geschaffen. Mit der Einführung dieser Bestimmung wollte der Gesetzgeber eine einheitliche Ordnung für die Behebung und Sanktionierung organisatorischer Mängel innerhalb einer Gesellschaft schaffen, nachdem sich die bisherigen rechtlichen Grundlagen in diesem Bereich als unzulänglich erwiesen haben (BGE 138 III 407 E. 2.2, BGE 138 III 294 E. 3.1.2; BGE 136 III 369 E. 11.4.1 mit Verweis auf die Botschaft vom 19. Dezember 2001 zur Revision des Obligationenrechts [GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht], BBl 2002 3148 ff., insb. 3231 f.). Durch die zwangsweise Liquidation sollte der Mangel der bisherigen Regelung überwunden werden, dass Gesellschaften, die durch das Gericht aufgelöst wurden, ihre Geschäftstätigkeit ungehindert fortsetzten (BBl 2002 3232). Aufgrund der unterschiedlichen Handhabung des bisherigen Rechts durch die kantonalen Gerichte war zudem strittig, ob eine solche Auflösung einer Gesellschaft durch Konkurseröffnung zu erfolgen hat oder nicht (vgl. Urteil 5A_235/2007 vom 14. November 2007 E. 4.1 mit Hinweisen auf die damalige kantonale Praxis und Literatur). Das Bundesgericht hielt dann noch vor Inkrafttreten des Art. 731b OR fest, dass der Gesetzgeber mit dieser OR-Teilrevision auf eine Erweiterung der Konkursgründe im SchKG verzichtet und damit zum Ausdruck gebracht hat, dass er diese nicht ergänzen wollte, selbst wenn nach neuem Recht die Liquidation der Gesellschaft nach der

Auflösungsverfügung gemäss den Vorschriften über den Konkurs erfolgen kann (Urteil 5A_235/2007 vom 14. November 2007 E. 4.3). In BGE 141 III 43 stellte es weiter klar, dass die Durchführung des Konkursverfahrens diesfalls nicht auf einem Konkurs, sondern auf einer richterlichen, definitiven Auflösungsentscheidung beruht, mithin keine Konkursöffnung durch ein Konkursgericht stattfindet (E. 2.3.2), wobei die Konkursliquidation auch dann nach den Vorschriften über den Konkurs zur Anwendung gelangen soll, wenn die Gesellschaft nicht überschuldet ist (E. 2.5.3 mit Hinweis auf die Botschaft, BBl 2002 3232). Insofern ist auch davon auszugehen, dass der Gesetzgeber eine nachträgliche Widerrufbarkeit des Auflösungsentscheids gestützt auf Art. 731b Abs. 1 bis Ziff. 3 OR stillschweigend ausgeschlossen hat, womit kein Raum für eine analoge Anwendung von Art. 195 SchKG besteht (E. 2.5.3 ff. mit Hinweisen). BGE 148 IV 170 S. 180 Auch in der Literatur zum neu geschaffenen Art. 731b OR wurde betont, dass die Regelung gemäss Abs. 1 (heute Abs. 1 bis) Ziff. 3 bewusst keinen neuen Konkursgrund darstelle (LORANDI, AJP, a.a.O., S. 1382; BÜRGE/GUT, Richterliche Behebung von Organisationsmängeln der AG und der GmbH, Normgehalt und verfahrensrechtliche Aspekte von Art. 731b OR, SJZ 105/2009 S. 160). In allen übrigen gesetzlichen Fällen, wo eine Gesellschaft nach konkursrechtlichen Prinzipien liquidiert werde, gehe eine Konkursöffnung des Gerichts nach dem SchKG voraus (mit Ausnahme des Bankenkurses gemäss Art. 33 ff. des Bundesgesetzes vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen [Bankengesetz, BankG; SR 952.0], wobei dort die Anordnung der Liquidation die Wirkungen einer Konkursöffnung habe; dazu E. 3.4.7). Bei Art. 731b Abs. 1 (heute Abs. 1 bis) Ziff. 3 OR fehle es an einem Konkursgrund gemäss SchKG und an einer Konkursöffnung: Die Bestimmung führe zu einem Konkursverfahren ohne Konkursöffnung und ohne "klassischen" (materiellen) Konkursgrund (LORANDI, AJP, a.a.O., S. 1381 f.; ders., Konkursverfahren über Handelsgesellschaften zufolge Organisationsmangel[Art. 731bOR], BISchK 2012 S. 43; BÜRGE/GUT, a.a.O., S. 160; CHAUDET/CHERPILLOD/LANDROVE, Droit suisse des affaires, 3. Aufl. 2010, Rz. 797; BERGER/RÜETSCHI/ZIHLER, Die Behebung von Organisationsmängeln - handelsregisterrechtliche und zivilprozessuale Aspekte, Zeitschrift zur Rechtsetzung und Praxis in Gesellschafts- und Handelsregisterrecht [Reprax] 2012 S.20). Der Verweis auf das Konkursrecht umfasse lediglich die Modalitäten des Auflösungsverfahrens (BERGER/RÜETSCHI/ZIHLER, a.a.O., S. 20). Die Regelung führe namentlich dazu, dass eine Gesellschaft ohne Konkursbetreibung und ohne bzw. unabhängig einer Überschuldung, einer Illiquidität oder einer Zahlungseinstellung nach konkursrechtlichen Regeln liquidiert werde. Auslöser für die Auflösung der Gesellschaft sei einzig die Verletzung gesellschaftsrechtlicher Bestimmungen (LORANDI, AJP, a.a.O., S. 1382; ders., Organisationsmängel von Gesellschaften mit tückischen Folgen, Kleine Ursache mit grosser Wirkung, Der Schweizer Treuhänder 2009 S. 90; ferner RETO SANWALD, in: Kurzkomentar zum neuen GmbH-Recht, Nussbaum/Sanwald/Scheidegger[Hrsg.], 2007, N. 7 zu Art. 819 OR ; LUKAS GLANZMANN, Die kleine Aktienrechtsrevision, ZBGR 88/2007 S. 82; ders., Die kleine Aktienrechtsrevision unter Berücksichtigung der Revision der HRegV, in: Entwicklungen im Gesellschaftsrecht III, Kunz/Jörg/Arter[Hrsg.], 2008, S. 17; BARTHOLD/JÖRG, Kleine BGE 148 IV 170 S. 181 Aktienrechtsrevision, Revision des Aktienrechts im Schatten der GmbH-Revision, Der Schweizer Treuhänder 2006 S. 496; ADRIAN KÜNZLER, Liquidation einer Gesellschaft nach den Vorschriften über den Konkurs - Bezugspunkte zwischen den Bereichen Überschuldung und Organisationsmangel, Reprax 2009 S. 9; NICOLAS DUC, Innovations en droit des sociétés

anonymes, Révision du droit de la Sàrl, Der Schweizer Treuhänder 2002 S. 464; PIERRE-ALAIN RECORDON, Les premiers pas de l'article 731b CO, SZW 2010 S. 5). Im Ergebnis sei von der Anordnung einer Gesellschaftsauflösung auszugehen, die jedoch insbesondere aus Gründen der Rechtssicherheit und des Gläubigerschutzes nach den Regeln des Konkurses zu erfolgen habe. Die Liquidation nach dem Verfahren über den Konkurs erscheine zumindest insoweit als sachgerecht und angemessen, als mit diesem Verfahren auf positivierte Liquidationsnormen zurückgegriffen werden könne. Ziel des Gesetzgebers sei es gewesen, mit Mängeln organisatorischer Art behafteten Gesellschaften die Existenzberechtigung zu entziehen. Als Mittel dazu diene die richterliche Auflösung, während die Liquidation eine Konsequenz derselben darstelle (BÜRGE/GUT, a.a.O., S. 160). Schliesslich geht auch die jüngere Literatur zu Art. 731b OR davon aus, dass es sich bei der Auflösung einer Gesellschaft nach Abs. 1 (heute Abs. 1 bis) Ziff. 3 nicht um eine Konkurseröffnung handle und die Vorschriften des SchKG über den Konkurs sinngemäss anzuwenden seien, und zwar unabhängig davon, ob die Gesellschaft überschuldet sei (vgl. BOHRER/KUMMER, in: Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 698-726 und 731b OR, Die Aktiengesellschaft, Generalversammlung und Verwaltungsrat, Mängel in der Organisation, Handschin[Hrsg.],3. Aufl. 2018, N. 52 und 70 zu Art. 731b OR ; WATTER/PAMER-WIESER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht, Bd. II, 5. Aufl. 2016, N. 24 zu Art. 731b OR ; PASCAL MÜLLER, in: OR, Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, Kren Kostkiewicz und andere[Hrsg.],3. Aufl. 2016, N. 8 zu Art. 731b OR ; ders., in: Aktienrecht, Kommentar, Wibmer [Hrsg.],2016, N. 11 zu Art. 731b OR ; differenzierend PETER/CAVADINI, in: Commentaire romand, Code des obligations, Bd. II, 2. Aufl. 2017, N. 23 f. zu Art. 731b OR mit Hinweis auf Art. 743 Abs. 2 OR für den Fall der Überschuldung). Art. 731b OR schaffe keinen neuen Konkursgrund (BOHRER/KUMMER, a.a.O., N. 70 zu Art. 731b OR ; a.M. MÜLLER/NIETLISPACH/MARGRAF, in: Personengesellschaften und Aktiengesellschaft, Vergütungsverordnung, Roberto/Trüb [Hrsg.],3. Aufl. 2016, N. 12 ff. zu Art. 731b OR, wonach BGE 148 IV 170 S. 182 bereits vor Inkrafttreten des Art. 731b OR kantonale Gerichte von Amtes wegen den Konkurs über eine Gesellschaft eröffnet hätten, wenn diese den Kostenvorschuss für eine vom Gericht eingesetzte Revisionsstelle nicht habe leisten können).

E. 3.4.5

13 Jahre nach ihrem Inkrafttreten wurde die Bestimmung von Art. 731b OR im Rahmen einer Revision zur Modernisierung des Handelsregisterrechts mit einem neuen Abs. 4 ergänzt (in Kraft seit dem 1. Januar 2021, vgl. AS 2020 957 ff.). Dieser bestimmt, dass die zur Liquidation der Gesellschaft nach den Vorschriften über den Konkurs eingesetzten Liquidatoren nunmehr das Gericht zu benachrichtigen haben, sobald sie eine Überschuldung der Gesellschaft feststellen; das Gericht eröffnet sodann den Konkurs. Wie der parlamentarischen Beratung zu dieser Teilrevision zu entnehmen ist, geht diese Ergänzung von Art. 731b OR auf einen einstimmigen Antrag der vorberatenden Kommission des Ständerats zurück. Deren Kommissionssprecher führte dazu im Ständerat Folgendes aus: "Ziel ist, bestimmte und diffuse Missbräuche der Gesellschaftsrechte zu vermeiden. Die Kommission hat eine Lücke festgestellt. Falls die Liquidatoren, deren Aufgaben auf den Vorschriften über den Konkurs beruhen, eine Überschuldung feststellen, benachrichtigen sie den Richter so, dass die Eröffnung des Konkurses ausgesprochen werden kann. Nur ein Konkurs erlaubt effektiv die Anwendung der strafrechtlichen Artikel der Konkurs- und Betreibungsdelikte. Prozesse und Verurteilungen sind in diesem Bereich

mehr als selten, obwohl die Missbräuche klar existieren" (vgl. das Votum Ständerat Abate, Protokoll der ständerätlichen Beratung zur Änderung des Obligationenrechts [Handelsregisterrecht], Herbstsession 2016, AB 2016 S 755). Im daran anschliessenden Votum hielt Bundesrätin Sommaruga fest, dass die Eröffnung des Konkurses eine Voraussetzung sei, um bestimmte strafbare Handlungen zu verfolgen. Die gleichen Handlungen blieben aber straffrei, wenn sie nicht im Konkurs, sondern in einem Verfahren wegen Mängeln in der Organisation begangen würden. Deshalb unterstütze sie das Anliegen der Kommission (wobei sie sich vorbehalte, im Zweitrat eine entsprechende Änderung im Strafgesetzbuch vorzuschlagen, weil das Anliegen dort "wahrscheinlich" am richtigen Ort aufgehoben sei; vgl. das Protokoll der ständerätlichen Beratung zur Änderung des Obligationenrechts [Handelsregisterrecht], Herbstsession 2016, AB 2016 S 755). Im Rahmen der Schlussabstimmung vom 17. März 2017 wurde der neue Abs. 4 von Art. 731b OR von beiden Räten BGE 148 IV 170 S. 183 angenommen (vgl. BBl 2017 2433 ff.), ohne dass seither - wie vom Bundesrat alternativ angeregt - die Art. 163 ff. StGB geändert worden wären. Noch vor Inkrafttreten des neuen Abs. 4 wurde in der Botschaft zur nachfolgenden rechtsgebietsübergreifenden Revision im Zusammenhang mit der Bekämpfung des Konkursmissbrauchs wiederholt, dass es beim Organisationsmängelverfahren nach der bisherigen Regelung von Art. 731b OR nicht zu einer Konkursöffnung komme, selbst wenn die Gesellschaft überschuldet sei. Werde kein Konkurs eröffnet, würden strafrechtliche Verurteilungen wegen Konkursdelikten an der objektiven Strafbarkeitsbedingung der Konkursöffnung scheitern. Mit dem neuen Abs. 4 von Art. 731b OR, welcher bereits als Teil diverser Massnahmen gegen die Bekämpfung des Konkursmissbrauches ausgearbeitet worden sei, müssten die zur Liquidation der Gesellschaft eingesetzten Liquidatoren dem Gericht eine Überschuldung anzeigen, woraufhin dieses den Konkurs eröffne (vgl. Botschaft vom 26. Juni 2019 zum Bundesgesetz über die Bekämpfung des missbräuchlichen Konkurses [Änderung, des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs, des Obligationenrechts, des Strafgesetzbuches, des Militärstrafgesetzes und des Strafregistergesetzes], BBl 2019 5209 f.).

E. 3.4.6

Die Art. 163-167 StGB stehen systematisch im zweiten Titel (Strafbare Handlungen gegen das Vermögen) bei den Konkurs- und Betreibungsverbrechen oder -vergehen. Der Schutzbereich dieser Delikte ist enger umschrieben als derjenige bei anderen Vermögensdelikten; die Normen befassen sich in erster Linie mit dem Anspruch der Gläubiger, in der Zwangsvollstreckung auf das Vermögen des Schuldners zu greifen und sich daraus zu befriedigen. Die Bestimmungen über die Konkurs- und Betreibungsdelikte dienen dem Schutz des Zwangsvollstreckungsrechts, an dessen Ordnung sie unmittelbar anschliessen und aus der heraus sie auch verstanden werden müssen. Sie bezwecken zudem den Schutz der Gläubiger eines Schuldners, dem der Vermögensverfall droht oder der in Vermögensverfall geraten ist. Sie erscheinen damit als strafrechtliche Ergänzung des SchKG (BGE 134 III 52 E. 1.3.1 mit Hinweisen; Urteile 6B_441/2014 vom 28. Oktober 2015 E. 4.3; 6B_396/2014 vom 28. Oktober 2015 E. 3.1; vgl. auch BGE 144 IV 52 E. 7.5). Die Konkursöffnung stellt gemäss den Art. 163-167 StGB eine objektive Strafbarkeitsbedingung dar, welche vom Vorsatz des Täters nicht erfasst zu werden braucht; die Frage, ob sie erfüllt ist, ist unabhängig vom Verschulden, allein nach objektiven BGE 148 IV 170 S. 184 Gesichtspunkten zu entscheiden (BGE 109 Ib 317 E. 11c/aa; BGE 84 IV 15 ; Urteil 1A.38/2005 vom 18. Mai 2005 E. 2.6). Die Konkursöffnung dokumentiert in erster Linie einen bestimmten Grad der Gefährdung der

Gläubigerinteressen, weil erst durch sie die Beeinträchtigung der Zugriffsrechte der Gläubiger auf das Schuldnervermögen manifestiert wird. Erst unter dieser Voraussetzung entsteht ein hinreichendes Bedürfnis, die Bankrotthandlungen strafrechtlich zu ahnden (PETER ALBRECHT, Die notwendige Teilnahme bei den Konkurs- und Betreibungsdelikten, in: *Wirtschaft und Strafrecht*, Festschrift für Niklaus Schmid zum 65. Geburtstag, Ackermann/Donatsch/Rehberg [Hrsg.], 2001, S. 358; PETER HERREN, Die Misswirtschaft gemäss Art. 165 StGB, 2006, S. 130 f. mit weiteren Hinweisen).

E. 3.4.7

Wie das Bundesgericht in jüngerer Vergangenheit festgehalten hat, genügt die Konkursöffnung gestützt auf Art. 33 BankG als objektive Strafbarkeitsbedingung im Sinne von Art. 165 StGB. Das BankG unterscheidet zunächst die aufsichtsrechtliche (Art. 23 quinquies BankG) und die konkursrechtliche Liquidation (Art. 33 ff. BankG). Die aufsichtsrechtliche Liquidation erfolgt (vorbehältlich von Massnahmen nach dem elften Abschnitt des BankG), wenn die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA) einer Bank die Bewilligung zum Geschäftsbetrieb entzogen hat oder einer Gesellschaft, die unbewilligt einer bewilligungspflichtigen Tätigkeit nachgegangen ist, die nachträgliche Erteilung der erforderlichen Bewilligung verweigert. Die konkursrechtliche Liquidation ist demgegenüber eine der in Art. 25 BankG vorgesehenen Massnahmen bei Insolvenzgefahr. Die aufsichtsrechtliche Liquidation erfolgt unter der Aufsicht der FINMA, aber grundsätzlich nach den gesellschaftsrechtlichen Regeln. Dahingegen ist die konkursrechtliche Liquidation unter Vorbehalt der weiteren Bestimmungen des BankG und der abweichenden Verfügungen sowie Anordnungen der FINMA nach den Art. 221-270 SchKG durchzuführen (Art. 34 Abs. 2 und 3 BankG). Die konkursrechtliche Liquidation hat schliesslich die Wirkungen einer Konkursöffnung nach den Art. 197-220 SchKG (Art. 34 Abs. 1 BankG). Erweist sich also das betroffene Unternehmen als überschuldet oder dauernd zahlungsunfähig, ist über den unbewilligt auftretenden Finanzintermediär analog den Art. 33 ff. BankG der Bankenkurs zu eröffnen und durchzuführen. Wenn die FINMA eine unterstellungspflichtige und unbewilligte Tätigkeit feststellt und die aufsichtsrechtliche Liquidation verfügt, so kann sie sofort oder auch erst nachträglich ein Konkursverfahren eröffnen, sobald sich BGE 148 IV 170 S. 185 genügend Anhaltspunkte für eine Überschuldung ergeben. Insgesamt deckt sich die konkursrechtliche Liquidation nach Art. 33 ff. BankG hinsichtlich Voraussetzungen, Ablauf und Wirkungen weitestgehend mit dem Konkursverfahren gemäss SchKG. Ist eine Bank überschuldet und eine Sanierung aufgrund ihrer organisatorischen und finanziellen Verhältnisse aussichtslos, kann es daher nicht darauf ankommen, wenn die FINMA durch den Bankenkurs einem durch die Gläubiger eingeleiteten Konkurs auf dem Weg des SchKG bloss zuvorkommt (zum Ganzen: BGE 144 IV 52 E. 7.5 mit Hinweisen; vgl. auch Urteil 6B_1340/2017 vom 24. September 2018 E. 1.2 in Bezug auf Art. 166 StGB).

E. 3.4.8

Aus dieser Rechtsprechung zu Art. 33 BankG können die Beschwerdeführerinnen nichts zu ihren Gunsten ableiten. Die konkursrechtliche Liquidation gemäss Art. 33 ff. BankG ist mit der altrechtlichen Regelung der Konkursliquidation gemäss Art. 731b OR gerade nicht vergleichbar. Unter dem Titel des zwölften Abschnitts des BankG "Konkursliquidation insolventer Banken (Bankenkurs)" setzt Erstere zwingend Insolvenzgefahr voraus (vgl. Art. 25 Abs. 1 lit. c BankG). Besteht keine Aussicht auf Sanierung oder ist diese gescheitert, muss die Konkursliquidation angeordnet werden, wobei dieser von Gesetzes

wegen "die Wirkungen einer Konkursöffnung nach den Art. 197-220 SchKG " zukommen (vgl. Art. 33 f. BankG). Die Eröffnung des Konkurses über eine Bank im Sinne des BankG bleibt nach finanzmarktgesetzlichen Spezialregeln zwar der FINMA vorbehalten (vgl. Art. 173b SchKG i.V.m. Art. 33 ff. BankG ; vgl. auch Urteil 2C_352/2016 vom 9. Dezember 2016 E. 1.2.1 und 4.2). Die Anordnung der Liquidation einer insolventen Bank hat indes das gleiche Ziel und dieselbe rechtliche Wirkung wie die richterliche Eröffnung des Konkurses bei Nichtbanken nach SchKG (vgl. die Botschaft vom 20. November 2002 zur Änderung des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen, BBl 2002 8091). Demgegenüber bestimmt Art. 731b OR , dass das Gericht bei einem Organisationsmangel - als ultima ratio - eine Gesellschaft endgültig auflösen und deren Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs anordnen kann (Abs. 1 bis Ziff. 3). Während der Bankenkonkurs nach Art. 33 BankG nur bei Insolvenzgefahr erfolgen kann, unterscheidet sich die Anordnung der Konkursliquidation gemäss Art. 731b Abs. 1 bis Ziff. 3 OR bereits in ihren Voraussetzungen vom Konkursverfahren gemäss SchKG, knüpft sie doch an einen gesellschaftsrechtlichen Auflösungsentscheid und keinen materiellen BGE 148 IV 170 S. 186 Konkursgrund an. Der Gesetzgeber hatte mit Art. 731b Abs. 1 (heute Abs. 1 bis) Ziff. 3 OR weder die Grundlage für eine formelle Konkursöffnung im Sinne von Art. 192 SchKG noch einen neuen Konkursgrund geschaffen; vielmehr zielte er mit der sinngemässen Anwendung der Vorschriften über den Konkurs darauf ab, dass mit einem Organisationsmangel behafteten Gesellschaften unabhängig einer allfälligen Insolvenz zwangsweise die Existenzberechtigung entzogen wird. Zweckbestimmung von Art. 731b OR ist die Einhaltung und Durchsetzung zwingender gesetzlicher Vorgaben hinsichtlich der Organisation einer Gesellschaft, die im öffentlichen Interesse aufgestellt worden sind. Auch wenn die (Behebung und) Sanktionierung von Organisationsmängeln die Interessen verschiedener Anspruchsgruppen, namentlich von Aktionären und Gläubigern, berühren kann, steht sie in erster Linie im Interesse eines funktionierenden Rechtsverkehrs (BGE 138 III 294 E. 3.1.2 f. mit Hinweisen). Die Auflösung einer Gesellschaft infolge eines Organisationsmangels muss verhältnismässig sein, was eine Abwägung aller auf dem Spiel stehenden Interessen am Fortbestand bzw. der Auflösung der Gesellschaft voraussetzt (BGE 138 III 294 E. 3.1.6; BGE 136 III 278 E. 2.2.2; BGE 126 III 266 E. 1c; BGE 105 II 114 E. 7; je mit Hinweisen). Ob für die vermögensrechtlichen Ansprüche der Gläubiger eine allfällige Gefährdung besteht, ist für die Anordnung der Konkursliquidation allein nicht massgebend. Primäres Ziel des Bankenkonkursverfahrens ist es dahingegen, den Gläubigern in möglichst kurzer Zeit eine möglichst hohe Dividende zu entrichten, was sich denn auch mit dem von den Konkursdelikten geschützten Anspruch der Gläubiger auf Befriedigung aus dem verbleibenden Vermögen des Schuldners deckt (BGE 144 IV 52 E. 7.5 mit Hinweisen). Die ursprüngliche Konzeption des Organisationsmängelverfahrens gemäss Art. 731b OR verzichtete auf eine (nachträgliche) Konkursöffnung auch für den Fall, dass die zu liquidierende Gesellschaft überschuldet ist. Während Art. 743 Abs. 2 OR bereits bestimmt hatte, dass die zur Liquidation einer aufgelösten Gesellschaft - d.h. ausserhalb eines Konkursverfahrens - eingesetzten Liquidatoren das Gericht im Falle einer Überschuldung zu benachrichtigen haben, woraufhin dieses die Konkursöffnung ausspricht, sah Art. 731b OR gerade nicht vor, dass die Liquidatoren bei Überschuldung den Konkursrichter (doch noch) zu benachrichtigen hätten. Der Gesetzgeber hat erst mit dem neuen Abs. 4 die Grundlage dafür geschaffen, dass die zur Liquidation der Gesellschaft BGE 148 IV 170 S. 187 nach den Vorschriften über den Konkurs eingesetzten Liquidatoren das Gericht zu benachrichtigen haben, sobald sie eine Überschuldung

feststellen, woraufhin dieses den Konkurs zu eröffnen hat. Wie auch aus den neueren Materialien erhellt, konnte damit die gesetzliche Grundlage von (heute) Art. 731b Abs. 1 bis Ziff. 3 OR allein nicht genügen, um die notwendige objektive Strafbarkeitsbedingung der Konkurseröffnung gemäss den Art. 163 ff. StGB zu erfüllen. Dass eine überschuldete Gesellschaft, deren Auflösung durch einen Organisationsmangel im Sinne von Art. 731b Abs. 1 OR provoziert wurde, insofern nicht von der objektiven Strafbarkeitsbedingung der Konkurseröffnung im Sinne von Art. 192 SchKG erfasst wurde, war vom Gesetzgeber bei Schaffung des Art. 731b OR offensichtlich hingenommen worden.

E. 3.4.9

Wie erwähnt, wurde die H.H. AG am 18. Februar 2020 aufgelöst und hernach noch unter altem Recht gemäss Art. 731b Abs. 1 bis Ziff. 3 OR liquidiert, ohne dass über sie der Konkurs im eigentlichen, d.h. zwangsvollstreckungsrechtlichen Sinn eröffnet worden wäre. Das Konkursverfahren wurde schliesslich am 1. September 2020 eingestellt. Damit ist im Übrigen weder erstellt, dass die Gesellschaft tatsächlich überschuldet war, noch wurden Verlustscheine ausgestellt. Entsprechend scheidet eine Strafbarkeit des Beschwerdegegners 2 gemäss den Art. 163-167 StGB mangels objektiver Strafbarkeitsbedingung a priori aus. Eine allfällige Berücksichtigung des erst am 1. Januar 2021 in Kraft gesetzten Abs. 4 von Art. 731b OR erübrigt sich aufgrund des strafrechtlichen Legalitätsprinzips (vgl. Art. 2 Abs. 1 StGB ; BGE 129 IV 49 E. 5.1; BGE 117 IV 369 E. 4d; BGE 114 IV 1 E. 2a; 69 IV 60 E. b). Insofern entfällt auch hinsichtlich der angezeigten Konkursdelikte eine Geschädigtenstellung der Beschwerdeführerinnen 2 und 3.

E. 3.5.1

Die Tatbestände des Urkundenstrafrechts dienen dem Schutz von Sicherheit und Zuverlässigkeit des Rechtsverkehrs mit Urkunden. Sie schützen das besondere Vertrauen, welches von den Teilnehmern am Rechtsverkehr einer Urkunde als Beweismittel entgegengebracht wird (BGE 140 IV 155 E. 3.3.3; BGE 137 IV 167 E. 2.3.1 mit Hinweisen). Die Urkundendelikte schützen in erster Linie die Allgemeinheit. Private Interessen können nur dann unmittelbar verletzt sein, wenn sich das Delikt auf die Benachteiligung einer bestimmten Person richtet. Dies ist namentlich der Fall, wenn die Urkundenfälschung auf die Verfolgung eines weitergehenden, BGE 148 IV 170 S. 188 wirtschaftlichen Zwecks abzielt und insofern als blosser Vorbereitungshandlung eines schädigenden Vermögensdelikts erscheint (BGE 140 IV 155 E. 3.3.3; BGE 119 Ia 342 E. 2b; je mit Hinweisen). Dabei schützt der Tatbestand der Urkundenfälschung den Einzelnen davor, durch Scheinerklärungen oder qualifiziert unrichtige Erklärungen getäuscht und dadurch zu nachteiligen rechtserheblichen Dispositionen veranlasst zu werden (Urteile 6B_297/2018 vom 6. September 2018 E. 4.4.1; 6B_917/2015 vom 23. Februar 2016 E. 3.1 mit Hinweis).

E. 3.5.2

Wie die Vorinstanz treffend erwogen hat, wäre durch die angeblichen Urkundendelikte einzig die H.H. AG direkt geschädigt worden. Die von den Beschwerdeführerinnen (jeweils) geltend gemachten Benachteiligungen mögen mit der behaupteten Bilanzfälschung und dem Abschluss des Kaufvertrags in einem weiteren Zusammenhang stehen, indes würden sie allesamt bloss mittelbar auf die angebliche Bilanzfälschung und anschliessende Erschleichung des inhaltlich falsch beurkundeten Kaufvertrags zurückgehen. Damit gelten die Beschwerdeführerinnen auch hinsichtlich dieser Vorwürfe

nicht als Geschädigte im strafprozessualen Sinn.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.