

# ZH\_OBERGERICHT UE110006 vom 16. November 2011

ZH Obergericht, 2011-11-16, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_UE110006](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_UE110006)

FR: ZH\_OBERGERICHT UE110006 du 16 novembre 2011

IT: ZH\_OBERGERICHT UE110006 del 16 novembre 2011

## Erwägungen

### E. 7

Rechtliches und Folgerungen

#### E. 7.1

Gemäss Art. 309 Abs. 1 StPO verfügt die Staatsanwaltschaft die Eröffnung einer Untersuchung, wenn sich aus den Informationen und Berichten der Polizei,

- 10 - aus der Strafanzeige oder aus ihren eigenen Feststellungen ein hinreichender Tatverdacht ergibt, wenn sie Zwangsmassnahmen anordnet sowie wenn sie von der Polizei über schwere Straftaten oder andere schwer wiegende Ereignisse informiert wurde. Gelangt sie hingegen zum Schluss, dass die fraglichen Straftatbestände oder die Prozessvoraussetzungen eindeutig nicht erfüllt sind, Verfahrenshindernisse bestehen oder gemäss Art. 8 StPO aus Opportunitätsgründen auf eine Strafverfolgung zu verzichten ist, verfügt sie die Nichtanhandnahme (Art. 310 Abs. 1 StPO). Der Zweck der Untersuchung besteht nach Art. 308 Abs. 1 StPO darin, den Sachverhalt so weit zu ermitteln, dass das Vorverfahren entweder mit einem Strafbefehl, einer Anklage oder einer Einstellung abgeschlossen werden kann. Bei der Verfolgung dieses Zwecks steht der Staatsanwaltschaft ein gewisser Ermessensspielraum zu. Dies bedeutet unter anderem, dass die Staatsanwaltschaft nicht jeglicher Spur und jedem Hinweis nachzugehen hat, auch wenn sich eine beschuldigte Person oder ein Geschädigter solches vorstellt. Die Staatsanwaltschaft darf dann die Untersuchung - z.B. aufgrund einer Anzeige - nicht anhand nehmen, wenn mit Sicherheit feststeht, dass der zur Beurteilung vorliegende Sachverhalt unter keinen Straftatbestand fällt oder wenn mit anderen Worten eine Anzeige zum Vornherein aussichtslos ist, weil offensichtlich keine Straftatbestände oder Prozessvoraussetzungen erfüllt sind. Ebenso ist keine Untersuchung anhand zu nehmen, wenn Prozesshindernisse wie z.B. Verjährung gegeben sind. Eine Nichtanhandnahmeverfügung darf jedoch nicht ergehen, wenn es bloss zweifelhaft ist, ob ein Straftatbestand vorliegt (vgl. zum Ganzen: Niklaus Schmid, Handbuch des schweiz. Strafprozessrechts, Zürich/St. Gallen 2009, N 1231; Niklaus Schmid, StPO Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2009, Art. 309 N 3 f., Art. 310 N 1 ff.; Nathan Landshut, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar zur StPO, Zürich 2010, Art. 309 N 11-14, N 19-23, Art. 310 N 2 ff.; sowie auch Niklaus Schmid, in: Donatsch/Schmid, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, Zürich 1999, N 4 ff. zu § 38 alt StPO/ZH).

#### E. 7.2

Betrug

##### E. 7.2.1

Des Betruges im Sinne von Art. 146 Abs. 1 StGB macht sich strafbar, wer in der Absicht, sich oder einen andern unrechtmässig zu bereichern, jemanden

- 11 - durch Vorspiegelung oder Unterdrückung von Tatsachen arglistig irreführt oder ihn in einem Irrtum arglistig bestärkt und so den Irrenden zu einem Verhalten bestimmt, wodurch dieser sich selbst oder einen andern am Vermögen schädigt. Arglist liegt nach der Rechtsprechung vor, wenn der Täter sich zur Täuschung besonderer Machenschaften (Lügengebäude) bedient, oder wenn er bloss falsche Angaben macht, deren Überprüfung jedoch dem Getäuschten nicht oder nur mit besonderer Mühe möglich oder nicht zumutbar ist, und schliesslich dann, wenn der Täter den Getäuschten von einer möglichen Überprüfung abhält oder wenn er nach den Umständen voraussieht, dass jener die Überprüfung unterlassen wird, weil ein besonderes Vertrauensverhältnis besteht (statt Vieler: Arzt, Basler Kommentar, Strafrecht II, Basel 2007, Art. 146 N 56). Unabhängig von den vorstehend angeführten Varianten ist Arglist ausgeschlossen, wenn das Opfer die angesichts der konkreten Umstände und seiner persönlichen Verhältnisse angemessenen, grundlegendsten Vorsichtsmassregeln nicht beachtet (Opfermitverantwortung) (vgl. dazu BGE 122 IV 205; Pra. 91 (2002) Nr. 60 E.3a; Do-natsch/Flachsmann/Hug/Weder, Kommentar Schweizerisches Strafgesetzbuch, Zürich 2010, Art. 146 N 14).

### **E. 7.2.2**

Das Handelsgericht führte in seiner Begründung des Urteils vom 11. Januar 2010 aus, die Klägerin [die Beschwerdeführerin] habe zu Recht die Vertragsaufhebung wegen Grundlagenirrtums erklärt und die Beklagte [C.\_\_\_\_\_ GmbH] sei aus diesem Grund zu verpflichten, die bereits geleistete Zahlung über Fr. 85'000.– zurückzuerstatten. Von einer absichtlichen Täuschung der Klägerin [der Beschwerdeführerin] sei jedoch nicht auszugehen, da selbst der Vertreter der Beklagten [Beschwerdegegner 1, Urk. 7/5 S. 3], welcher das Schreiben der Baupolizei D.\_\_\_\_\_ übergeben habe, davon ausgegangen sei, der Betrieb sei vollständig bewilligt (Urk. 7/5 S. 13).

### **E. 7.2.3**

Der Beschwerdeführer präsentierte der Beschwerdeführerin vor Unterzeichnung des Kaufvertrages ein Schreiben vom 12. Oktober 2007, in welchem das Bauamt D.\_\_\_\_\_ die Zulässigkeit des Erotikstudios in der Industriezone bestätigte und zudem ausführte, um eine Baubewilligung gemäss § 309 lit. b PBG sei jedoch nie nachgesucht worden. Eine solche sei auch nie erteilt worden (Urteil

- 12 - des Handelsgerichts, Urk. 7/5 S. 2 f.). Dass sie dieses Schreiben vom 12. Oktober 2007 nicht bereits vor der Vertragsunterzeichnung erhalten hätte, liess die Beschwerdeführerin nicht geltend machen. Es darf daher davon ausgegangen werden, dass ihr bei Vertragsunterzeichnung bekannt war, dass nie eine Baubewilligung gemäss § 309 lit. b PBG erteilt worden war. Die Beschwerdeführerin hätte sich beim Bauamt D.\_\_\_\_\_ problemlos erkundigen können, ob eine Baubewilligung notwendig sei. Dies wäre ihr auch zumutbar gewesen. Hinweise, dass der Beschwerdegegner 1 die Beschwerdeführerin von einer Erkundigung beim Bauamt abgehalten hätte oder dass aufgrund eines Vertrauensverhältnisses absehbar war, dass sie keine solche vornehmen würde, sind nicht ersichtlich. Ebenso bestehen keine Hinweise auf besondere Machenschaften. Eine entsprechende Erkundigung beim Bauamt hätte die Beschwerdeführerin auch unter dem Aspekt der Opfermitverantwortung vornehmen müssen. Nach dem Ausgeführten darf davon ausgegangen werden, dass das Tatbestandsmerkmal der Arglist nicht erfüllt ist. Damit

ist festzuhalten, dass es an ausreichenden Hinweisen auf die Erfüllung des Tatbestandes des Betruges im Sinne von Art. 146 StGB fehlt.

### **E. 7.3**

Veruntreuung

#### **E. 7.3.1**

Den Tatbestand der Veruntreuung erfüllt u.a., wer ihm anvertraute Vermögenswerte (Sachen oder Forderungen) unrechtmässig in seinem oder eines andern Nutzen verwendet; mithin wer Vermögenswerte, die nicht fremd sind, weil sie rechtlich, nicht aber wirtschaftlich in seinem Eigentum stehen, und worüber er mit Willen des Berechtigten die Herrschaft ausübt, pflichtwidrig im eigenen Nutzen verwendet (Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB; Trechsel/Cramer, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, Trechsel et al. [Hrsg.], Zürich/St. Gallen 2008, Art. 138 N 1 ff., insbes. N 10 ff.). Die Staatsanwaltschaft verneint vorliegend die Erfüllung des Kriteriums der anvertrauten Vermögenswerte. Dem ist zu folgen: Was jemand für sich eingenommen hat, ist nicht anvertraut, wenn der Betreffende nicht als Zahlungs- oder Inkassohilfe als direkter oder indirekter Stellvertreter handelt (BGE 118 IV 241 f.; Trechsel/Cramer, a.a.O., Art. 138 N 13). Aus gegenseitigen Zuwendungen aus synallagmatischen Verträgen entstehen nur Ansprüche auf Gegenleistungen,

- 13 - nicht aber auf Werterhaltung (BGE 133 IV 30). Wie die Staatsanwaltschaft zutreffend ausführte, erhielt der Beschwerdegegner 1 als Geschäftsführer der C.\_\_\_\_\_ GmbH das Geld aufgrund des Kaufvertrages im eigenen Interesse der C.\_\_\_\_\_ GmbH. Die C.\_\_\_\_\_ GmbH war somit in rechtlicher Hinsicht in keiner Weise verpflichtet, dieses Geld im Sinne der Beschwerdeführerin zu verwenden. Eine solche Verpflichtung konnte sich auch nicht nachträglich nach dem Vertragsrücktritt der Beschwerdeführerin ergeben, war das Geld doch bereits zuvor ohne eine entsprechende Verpflichtung bezahlt worden. Irrelevant ist, ob der Beschwerdeführerin ein Bereicherungsanspruch in der Höhe des bezahlten Betrages zustand, vermöchte ein solcher nichts daran zu ändern, dass der Beschwerdegegner 1 das Geld für die C.\_\_\_\_\_ GmbH in deren Interesse eingenommen hatte. Damit fehlt es an ausreichenden Hinweisen auf die Erfüllung des Tatbestandes der Veruntreuung nach Art. 138 StGB.

### **E. 7.4**

Ungetreue Geschäftsbesorgung

#### **E. 7.4.1**

Wer aufgrund des Gesetzes, eines behördlichen Auftrages oder eines Rechtsgeschäfts 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 Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft (Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 StGB). Handelt der Täter in der Absicht, sich oder einen andern unrechtmässig zu bereichern, so kann auf Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu fünf Jahren erkannt werden (Art. 158 Ziff. 1 Abs. 3 StGB). Der Tatbestand des sogenannten "Treubruchs" nach Art. 158 Ziff. 1 StGB kennt vier Voraussetzungen, nämlich die Eigenschaft als "Geschäftsführer" (wer in tatsächlich und formell selbständiger und verantwortlicher Stellung im Interesse eines andern für einen Vermögenskomplex zu sorgen hat), die Verletzung der damit zusammenhängenden Pflicht, ein daraus

resultierender Vermögensschaden sowie Vorsatz hinsichtlich dieser Elemente (BGE 120 IV 192; vgl. dazu statt Vieler: Niggli, Basler Kommentar, Strafrecht II, Basel 2007, Art. 158 N 9 und N 11).

- 14 - Wer in der Absicht, sich oder einen andern unrechtmässig zu bereichern, die ihm durch das Gesetz, einen behördlichen Auftrag oder ein Rechtsgeschäft eingeräumte Ermächtigung, jemanden zu vertreten, missbraucht und dadurch den Vertretenen am Vermögen schädigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft (Art. 158 Ziff. 2 StGB). Den sog. "Missbrauchstatbestand" kann jedermann erfüllen, der aufgrund des Gesetzes, eines behördlichen Auftrags oder eines Rechtsgeschäfts die Ermächtigung zur Vertretung eines anderen innehat, wenn auch nur zur Besorgung eines einzelnen Geschäfts (vgl. dazu statt Vieler: Donatsch, Strafrecht III, Zürich 2008, § 30.2.11, S. 283).

#### **E. 7.4.2**

Es ist nicht ersichtlich, inwiefern der Beschwerdegegner 1 im Interesse der Beschwerdeführerin in Bezug auf die Kaufpreiszahlung von Fr. 85'000.– in tatsächlicher und formell selbständiger und verantwortlicher Stellung für einen Vermögenskomplex zu sorgen gehabt hätte. Ebenso ist nicht ersichtlich, inwiefern der Beschwerdegegner 1 die Ermächtigung zur Vertretung der Beschwerdeführerin innehaben sollte. Wie bereits unter dem Tatbestand der Veruntreuung ausgeführt hatte der Beschwerdegegner 1 als Geschäftsführer die Kaufpreiszahlung für die C.\_\_\_\_\_ GmbH im eigenen Interesse der C.\_\_\_\_\_ GmbH entgegen genommen. Die C.\_\_\_\_\_ GmbH bzw. der Beschwerdegegner 1 waren somit in rechtlicher Hinsicht in keiner Weise verpflichtet, dieses Geld im Interesse der Beschwerdeführerin zu verwalten bzw. sie zu vertreten. Damit fehlt es an ausreichenden Hinweisen auf die Erfüllung des Tatbestandes ungetreuen Geschäftsbesorgung in der Form des Treubruchs als auch des Missbrauchstatbestandes im Sinne von Art. 158 StGB.

#### **E. 7.5**

Betrügerischer Konkurs und Pfändungsbetrug, Ungehorsam des Schuldners im Betreibungs- und Konkursverfahren und weitere Konkursdelikte

##### **E. 7.5.1**

Der Schuldner, der zum Schaden der Gläubiger sein Vermögen zum Scheine vermindert, namentlich Vermögenswerte beiseite schafft oder verheimlicht, Schulden vortäuscht, vorgetäuschte Forderungen anerkennt oder deren Geltendmachung veranlasst, wird, wenn über ihn der Konkurs eröffnet oder gegen ihn ein Verlustschein ausgestellt worden ist, mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft (Art. 163 Ziff. 1 StGB). Unter den gleichen Voraussetzun-

- 15 - gen wird der Dritte, der zum Schaden der Gläubiger eine solche Handlung vornimmt, mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft (Art. 163 Ziff. 2 StGB).

##### **E. 7.5.2**

Mit Busse wird bestraft: 1. [...]; 2. der Schuldner, der seine Vermögensgegenstände, auch wenn sie sich nicht in seinem Gewahrsam befinden, sowie seine Forderungen und Rechte gegenüber Dritten nicht so weit angibt, als dies zu einer genügenden Pfändung oder zum Vollzug eines Arrestes nötig ist (Art. 91 Abs. 1 Ziff. 2 und 275 SchKG); 3. der Schuldner,

der seine Vermögensgegenstände, auch wenn sie sich nicht in seinem Gewahrsam befinden, sowie seine Forderungen und Rechte gegenüber Dritten bei Aufnahme eines Güterverzeichnisses nicht vollständig angibt (Art. 163 Abs. 2, 345 Abs. 1 SchKG); 4. der Schuldner, der dem Konkursamt nicht alle seine Vermögensgegenstände angibt und zur Verfügung stellt (Art. 222 Abs. 1 SchKG); 5. [...] (Art. 323 StGB).

### **E. 7.5.3**

Die Beschwerdeführerin liess geltend machen, der Beschwerdegegner 1 habe anlässlich seiner protokollarischen Befragung vom 25. August 2010 [im Konkursverfahren] auf Frage 8 angegeben, die Konkursitin [C.\_\_\_\_\_ GmbH] habe kein Gewerbe betrieben, was wohl nicht zutreffend sein dürfte, wenn sie doch vorher einen erotischen Dienstleistungsbetrieb geführt habe und mehrwertsteuerpflichtig gewesen sei. Im Weiteren habe der Beschwerdegegner 1 auf Frage 19 angegeben, der Verkauf sei nicht zustande gekommen und für den Verkauf seien Umbaukosten entstanden, zudem seien ein Geschäftsausfall und Mietzinskosten angefallen. Diese Aussage sei unzutreffend, zumal für den Verkauf an die Beschwerdeführerin keine Umbauarbeiten hätten vorgenommen werden müssen, da eben gerade vereinbart worden sei, mit Umbauarbeiten zuzuwarten (vgl. Mail vom 11. Dezember 2007) und der Club in der Folge an eine Drittperson verkauft worden sei (Urk. 7/1 S. 2).

### **E. 7.5.4**

Bei der Frage, ob die Konkursitin [C.\_\_\_\_\_ GmbH] ein Gewerbe betrieben habe (Urk. 7/7 S. 7), geht es nicht um Vermögenswerte im Sinne von Art. 163 StGB bzw. Vermögensgegenstände im Sinne von Art. 323 StGB, sondern um einen juristischen Fachbegriff (kaufmännisches Gewerbe im Sinne von Art. 934 OR). Die Frage wurde denn auch im Zusammenhang mit dem Handels-

- 16 - registereintrag gestellt (Urk. 7/7 S. 7), welcher für nach kaufmännischer Art geführte Gewerbe obligatorisch ist (Art. 934 OR).

### **E. 7.5.5**

Daraus, dass der Beschwerdegegner 1 im Jahr 2007 Fr. 85'000.– für die C.\_\_\_\_\_ GmbH erhalten hat, der Dienstleistungsbetrieb und gemäss Ausführungen der Beschwerdeführerin verkauft wurde und der Beschwerdegegner 1 beim Konkursamt angab, die C.\_\_\_\_\_ GmbH habe kein Vermögen (vgl. Urk. 2 S. 4; Urk. 7/7 S. 10 ff.), ergibt sich kein genügender Anfangsverdacht auf ein Konkursdelikt: Die Bezahlung von Fr. 85'000.– fand bereits im Jahr 2007 statt (vgl. Urk. 7/1 S. 1). Der Konkurs über die C.\_\_\_\_\_ GmbH wurde erst am 18. August 2010 eröffnet (Urk. 7/6). Zwischen Geldübergabe und Konkurseröffnung liegen demnach rund drei Jahre. Allein daraus, dass das Geld nicht mehr vorhanden ist, darf nicht auf ein Konkursdelikt geschlossen werden und weitere Tatsachen, die auf ein Konkursdelikt hinweisen würden, lässt die Beschwerdeführerin nicht geltend machen und ergeben sich auch nicht aus den Akten. Dasselbe gilt auch bezüglich der Aussage des Beschwerdegegners 1, im Zusammenhang mit dem Verkauf des Erotikclubs im Jahr 2007 seien Umbaukosten sowie Geschäftsausfall entstanden und Mietzinskosten angefallen sowie betreffend den Zeitpunkt der Rückgabe der Räume an den Vermieter. Zudem handelt es sich dabei nicht um Vermögenswerte im Sinne von Art. 163 StGB bzw. Vermögensgegenstände im Sinne von Art. 323 StGB. Lediglich der Vollständigkeit halber ist anzumerken, dass die C.\_\_\_\_\_ GmbH erst mit Urteil vom 11. Januar 2010 verpflichtet wurde, der Beschwerdeführerin Fr. 85'000.– zuzüglich Zins seit dem 19. Februar 2008 zu bezahlen (Urk. 7/5 S. 19). Demnach stand die Zahlungspflicht erst

rund sieben Monate vor der Konkurseröffnung am 18. August 2010 (Urk. 7/6) fest.

#### **E. 7.5.6**

Da der Kaufvertrag über den Erotikclub vom tt. November 2007 mit der erfolgreichen Geltendmachung von Willensmängeln durch die Beschwerdeführerin dahingefallen ist (Urteil des Handelsgerichtes, Urk. 7/5 S. 13), ist die Aussage des Beschwerdegegners 1 beim Konkursamt, der Verkauf des Erotikclubs sei nicht zustande gekommen (Urk. 7/7 S. 9), nicht unzutreffend. Damit fehlt es an ausreichenden Hinweisen auf die Erfüllung von Konkursdelikten, insbesondere der Tatbestände von Art. 163 und Art. 323 StGB.

- 17 -

#### **E. 7.6**

Im Vorwurf der Beschwerdeführerin, der Beschwerdegegner 1 habe sie gehalten resp. die Sache hinausgezögert, bis schliesslich der Konkurs über die C.\_\_\_\_\_ GmbH habe eröffnet werden müssen (Urk. 7/1 S. 2), ist kein strafrechtlich relevantes Handeln ersichtlich.

#### **E. 7.7**

Insgesamt hat die Staatsanwaltschaft zu Recht keine Strafuntersuchung an- hand genommen, kann nach der vorliegenden Sachlage nicht von einem An- fangsverdacht, d.h. einem hinreichenden und auf konkreten Tatsachen beruhenden Verdacht, dass eine strafbare Handlung verübt worden ist, ausgegangen werden. Nach dem Gesagten erweist sich die Beschwerde als unbegründet und ist abzuweisen. III. Kosten- und Entschädigungsfolgen Ausgangsgemäss hat die mit ihrer Beschwerde unterliegende Beschwerdeführerin die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu bezahlen (Art. 428 Abs. 1 StPO). Die Gerichtsgebühr ist auf Fr. 1'000.- festzusetzen. Dem Beschwerdegegner 1 ist mangels erheblicher Umtriebe keine Prozessent- schädigung zu entrichten. Es wird beschlossen:

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