Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6S.482/2002 /pai

Urteil vom 9. Januar 2004
Kassationshof

Besetzung
Bundesrichter Schneider, Präsident,
Bundesrichter Wiprächtiger, Kolly, Karlen,
Ersatzrichterin Pont Veuthey,
Gerichtsschreiber Borner.

Parteien
Bank A._____,
Beschwerdeführerin, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. René Schwarzmann,

gegen

Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Postfach, 8023 Zürich.

Gegenstand
Einziehung,

Nichtigkeitsbeschwerde gegen den Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich, III. Strafkammer, vom 28. Oktober 2002.

Sachverhalt:
A.
Das Bezirksgericht Zürich verurteilte C._____ am 20. November 2000 wegen gewerbsmässigen Betrugs und mehrfacher Urkundenfälschung zu drei Jahren Zuchthaus. Schuldspruch und Strafe erwuchsen in Rechtskraft.

Überdies ordnete das Bezirksgericht an: "Die mit Verfügung der Bezirksanwaltschaft Zürich, Büro D-2, vom 29. Mai 1998 bei der Bank A._____, Konto Nr. XY, gesperrten Vermögenswerte von Fr. 153'348.60 werden eingezogen. Die Bank A._____ wird ersucht, den Betrag nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils der Kasse des Bezirksgerichtes Zürich zu überweisen".

Gegen diese Verfügung rekurrierte die Bank A._____ beim Obergericht des Kantons Zürich, das den Rekurs am 28. Oktober 2002 abwies.
Eine kantonale Nichtigkeitsbeschwerde der Bank A._____ gegen diesen Entscheid wies das Kassationsgericht des Kantons Zürich am 16. September 2003 ab.
B.
Dem Beschluss des Obergerichts vom 28. Oktober 2002 liegt folgender Sachverhalt zu Grunde:

C._____ tätigte betrügerische Anlagegeschäfte, indem er Kundengelder grösstenteils für eigene private und geschäftliche Zwecke, teilweise über seine Firma S._____ AG, verwendete.

Seit Anfang 1997 stand die S._____ AG mit der Bank A._____ in Verhandlungen über den Kauf von Räumlichkeiten an einer Geschäftsstrasse in Zürich. Nachdem man sich über die wesentlichen Punkte geeinigt hatte, bezog die S._____ AG im September 1997 die Räumlichkeiten mit Einwilligung der Bank

A._____, Eigentümerin der Stockwerkeigentumsanteile. Da die Parteien von einem baldigen Abschluss des Kaufvertrags ausgingen, wurde kein Entgelt für die Benützung der bezogenen Räume vereinbart. Am 19. November 1997 überwies die S._____ AG auf Ersuchen der Bank A._____ Fr. 200'000.– als Anzahlung an den Kaufpreis auf ihr Konto Nr. XY. Das Geld war deliktischer Herkunft. Die S._____ AG benützte die Räumlichkeiten schliesslich während achtzehn Monaten, auch noch nachdem sie am 8. Dezember 1998 in Konkurs gefallen war. Der Kaufvertrag kam nicht zustande.

Nach Empfang der Beschlagnahmeverfügung vom 29. Mai 1998 machte die Bank A._____ bessere Rechte am beschlagnahmten Geld geltend. Sie erhob am 4. März 1999 beim Konkursamt verrechnungsweise eine Forderung aus der Überlassung der Geschäftsräume zum Gebrauch im Betrag von Fr. 153'348.60.
C.
Die Bank A._____ führt eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde und beantragt, der Beschluss des Obergerichtes vom 28. Oktober 2002 sei aufzuheben.

Das Obergericht hat auf Gegenbemerkungen verzichtet (act. 4).

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
Die Beschwerdeführerin macht geltend, es stehe überhaupt nicht fest, dass der eingezogene Betrag durch eine strafbare Handlung erlangt worden sei. Die gegenteilige Feststellung der Vorinstanz beruhe auf einem offensichtlichen Versehen im Sinne von Art. 277bis Abs. 1 BStP. Deshalb sei eine Einziehung unzulässig.
1.1 Der Kassationshof ist an die tatsächlichen Feststellungen der kantonalen Behörde gebunden. Offensichtlich auf Versehen beruhende Feststellungen berichtigt er allerdings von Amtes wegen oder auf Gesuch (Art. 277bis Abs. 1 BStP; BGE 118 IV 88 E. 2b).

Die Versehensrüge hat einen sehr engen Anwendungsbereich; sie beschränkt sich auf Fälle reiner Unachtsamkeit. Sie darf nicht verwechselt werden mit der Rüge der willkürlichen Beweiswürdigung, die ausschliesslich mit der staatsrechtlichen Beschwerde vorgebracht werden kann. Sobald die kantonale Behörde eine Tatsache gestützt auf Beweiswürdigung festgestellt hat, kommt die Versehensrüge nicht mehr in Betracht (BGE 121 IV 104 E. 2b, 118 IV 88 E. 2b).
1.2 Die Vorinstanz hält fest, die Beschwerdeführerin habe die parallel zum Rekurs eingereichte Berufung zurückgezogen, worauf das Berufungsverfahren als erledigt abgeschrieben worden sei. Damit sei über das Ausmass der strafbaren Handlungen und den abzuschöpfenden Deliktserlös rechtskräftig entschieden. Sie beruft sich dabei auf den Beschluss der II. Strafkammer des Obergerichts vom 16. August 2001, wonach das Berufungsverfahren an die III. Strafkammer überwiesen und als dadurch erledigt abgeschrieben wurde.

Die Beschwerdeführerin wendet ein, sie habe die Berufung nicht zurückgezogen; deshalb sei über die entsprechenden Fragen auch noch nicht rechtskräftig entschieden. Damit spricht sie nicht ein Versehen bei der Feststellung des für die Anwendung des Bundesrechts massgebenden Sachverhalts an, sondern eine Frage des kantonalen Prozessrechts, nämlich jene der Bedeutung des Beschlusses vom 16. August 2001 und der sich daraus ergebenden Befassung der Vorinstanz. Diese Frage kann im Rahmen der Nichtigkeitsbeschwerde nicht aufgeworfen werden. Die Beschwerdeführerin hat denn auch eine entsprechende Rüge in der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde erhoben.
1.3 Die Vorinstanz vertritt die rechtliche Auffassung, sie könne im Rahmen eines Rekurses gegen eine akzessorische Einziehung nicht darüber befinden, ob der Erlös, der dem Verurteilten gemäss Entscheid des Bezirksgerichts aus strafbarer Handlung zukam, effektiv durch die Delikte erlangt worden ist, für deren Begehung der Verurteilte rechtskräftig verurteilt wurde. Deshalb trat sie auf den Einwand der Beschwerdeführerin, der Nachweis der deliktischen Herkunft der Fr. 200'000.– sei nicht erbracht, nur teilweise ein.

Die Beschwerdeführerin entgegnet, sie habe Anspruch darauf, auf dem Rechtsmittelweg überprüfen zu lassen, ob der möglicherweise der Einziehung unterliegende Vermögenswert tatsächlich durch eine strafbare Handlung erlangt wurde. Welcher Bundesrechtssatz einen solchen Anspruch gewähren soll, präzisiert sie allerdings nicht und ist auch nicht ersichtlich. Die Kognition der Vorinstanz folgt aus dem kantonalen Prozessrecht, dessen An-

wendung im Rahmen der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde nicht überprüft werden kann.
1.4 Die Vorinstanz hat die Frage der Herkunft des eingezogenen Geldes diskutiert und insbesondere aus dem Umstand, dass der Verurteilte nebst der deliktischen Tätigkeit keine weiteren wesentlichen beruflichen Aktivitäten entfaltete, aus denen er ein legales Einkommen auch nur zur Bestreitung des Lebensunterhalts hätte erzielen können, auf eine deliktische Herkunft geschlossen. Damit hat sie den Sachverhalt nach einer Würdigung der Beweise festgelegt. Eine Versehensrüge fällt damit nicht in Betracht. Im Übrigen hat das Kassationsgericht eine in diesem Zusammenhang erhobene Willkürrüge abgewiesen.
1.5 Ein offensichtliches Versehen im Sinn von Art. 277bis BStP liegt damit nicht vor. Es bleibt bei der Feststellung der Vorinstanz, dass die Fr. 200'000.–, die als Anzahlung auf den Kaufpreis geleistet und teilweise auf dem Konto der Beschwerdeführerin beschlagnahmt wurden, mittels einer Straftat erlangt worden waren. Damit ist der auf dem Konto liegende Betrag grundsätzlich gemäss Art. 59 Ziff. 1 Abs. 1 StGB einziehbar.
2.
Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung von Art. 59 Ziff. 1 Abs. 2 StGB. Danach ist eine Einziehung ausnahmsweise ausgeschlossen, wenn ein Dritter die Vermögenswerte in Unkenntnis der Einziehungsgründe erworben hat und soweit er für sie eine gleichwertige Gegenleistung erbracht hat oder die Einziehung ihm gegenüber sonst eine unverhältnismässige Härte darstellen würde.
2.1 Vermögenswerte, die aus einer Straftat stammen, werden grundsätzlich eingezogen, auch wenn sie von Drittpersonen erworben worden sind. Denn Delikte sollen sich nicht nur für den Täter, sondern auch für Dritte nicht lohnen. Die strikte Umsetzung dieses Grundsatzes kann aber mit der Eigentumsgarantie kollidieren; deshalb hat der Gesetzgeber Ausnahmen vorgesehen (Niklaus Schmid, Kommentar Einziehung - Organisiertes Verbrechen - Geldwäscherei, Bd. I, Zürich 1998, Art. 59 StGB, N 77).

Vorausgesetzt für das Absehen einer Einziehung bei Drittpersonen werden einerseits guter Glaube beim Erwerb (Unkenntnis der Einziehungsgründe) und anderseits gleichwertige Gegenleistung oder unverhältnismässige Härte für den Betroffenen. Beide Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein. Somit können auch beim Dritten, der eine Gegenleistung erbracht hat, Vermögenswerte eingezogen werden, sofern er nicht gutgläubig war. In diesem Fall geht das Gesetz weiter, als nach dem Grundsatz, dass sich strafbares Handeln nicht lohnen dürfe, nötig wäre. Es folgt hier der zivilrechtlichen Regelung, wonach vom Bösgläubigen jederzeit die Herausgabe der erworbenen Sache verlangt werden kann (Art. 936 ZGB; Florian Baumann, Deliktisches Vermögen, Dargestellt anhand der Ausgleichseinziehung, Diss. Zürich 1997, S. 30 und 38).
2.2 Der Wortlaut der Ausnahmeklausel von Art. 59 Ziff. 1 Abs. 2 StGB setzt (in allen drei Amtssprachen) den guten Glauben nur für den Erwerb des deliktischen Vermögens ausdrücklich voraus ("die Vermögenswerte in Unkenntnis der Einziehungsgründe erworben hat"), lässt dagegen offen, ob auch die Gegenleistung gutgläubig erfolgen muss ("soweit er für sie eine gleichwertige Gegenleistung erbracht hat"). Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin scheidet die Einziehung nur aus, wenn auch die Gegenleistung in gutem Glauben erbracht wird (ebenso Niklaus Schmid, a.a.O., Art. 59 StGB, N 90 in fine). Andernfalls könnte derjenige, der ohne Gegenleistung Deliktsgut erworben hat und daher mit einer Einziehung rechnen müsste, diese noch nachträglich durch eine Gegenleistung abwenden. Dies stünde aber dem Zweck des Art. 59 Ziff. 1 Abs. 2 StGB entgegen, wonach bei bösem Glauben die Einziehung auch bei Erbringung einer Gegenleistung möglich sein soll.
2.3 Nach den vorinstanzlichen Feststellungen nahm die Beschwerdeführerin die Anzahlung auf den Kaufpreis von Fr. 200'000.– in Unkenntnis der Einziehungsgründe in Empfang. Vor der Beschlagnahme dieses Betrags durch die Bezirksanwaltschaft am 29. Mai 1998 stellte sie offenbar nie Rechnung für die Benützung ihrer Räumlichkeiten durch die S._____ AG. Erst nach der Beschlagnahme machte sie ihre Gegenforderung aus faktischem Mietverhältnis geltend, indem sie nun die Verrechnung erklärte. Die Gegenleistung in Form der Verrechnung der Mietzinsansprüche erfolgte somit in Kenntnis der Einziehungsgründe. In dieser Situation ist aber die Einziehung gemäss Art. 59 Ziff. 1 Abs. 2 StGB nicht ausgeschlossen (E. 2.2 in fine).

Die Vorinstanz scheint demgegenüber als massgeblich anzusehen, dass die Beschwerdeführerin einen Teil ihres zur Verrechnung gebrachten Anspruchs vor der Beschlagnahmeverfügung erwarb, da sie ihre Räumlichkeiten der S._____ AG schon fast ein Jahr vor der Beschlagnahme zur Benützung überlassen hatte. Sie hatte jedoch - vor der Erklärung der Verrechnung - nie geltend gemacht, dass die Überlassung ihrer Räumlichkeiten als Gegenleistung für die Anzahlung an den Kaufpreis anzusehen sei, noch ergab sich dies aus den Umständen. Massgeblicher Zeitpunkt für die Gegenleistung ist daher die Erklärung der Verrechnung, d.h. der 4. März 1999.

Damals war die Beschwerdeführerin aber nicht mehr gutgläubig.
2.4 Fehlt es somit an der Gutgläubigkeit der Gegenleistung, hat die Vorinstanz die Einziehung des fraglichen Geldbetrags zu Recht bestätigt. Unter diesen Umständen kann die Frage der Entgeltlichkeit der Gebrauchsüberlassung offen bleiben. Die Beschwerde ist unbegründet.
3.
Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Ausgangsgemäss trägt die Beschwerdeführerin die Kosten des bundesgerichtlichen Verfahrens (Art. 278 Abs. 1 BStP).

Mit dem Entscheid in der Sache ist das Gesuch um aufschiebende Wirkung gegenstandslos.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 4'000.– wird der Beschwerdeführerin auferlegt.
3.
Dieses Urteil wird der Beschwerdeführerin, der Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich und dem Obergericht des Kantons Zürich, III. Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 9. Januar 2004
Im Namen des Kassationshofes
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: