Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}

6B 1099/2014

Urteil vom 19. August 2015

Strafrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Denys, Präsident,
Bundesrichterin Jacquemoud-Rossari,
Bundesrichter Oberholzer, Rüedi,
Bundesrichterin Jametti,
Gerichtsschreiber Faga.

Verfahrensbeteiligte
1. Z._____,
2. M._____ AG,
beide vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Theo Krummenacher,
Beschwerdeführer,

gegen

Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Florhofgasse 2, 8090 Zürich,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand
Ersatzforderung und Beschlagnahme (mehrfaches Bestechen); willkürliche Beweiswürdigung,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Strafkammer, vom 22. August 2014.

Sachverhalt:

A.

Die N._____ AG war im Bereich des Devisenhandels Mandatsträgerin der BVK Personalvorsorge des Kantons Zürich (Versicherungskasse für das Staatspersonal, BVK). Sie wurde im Jahre 2000 von Z._____ gegründet. Dieser beteiligte X._____, Chef der Abteilung Asset Management der BVK, als Belohnung für die pflichtwidrige Berücksichtigung der N._____ AG bei der Mandatsvergabe mit 7 % an den von der N._____ AG im Rahmen ihrer Geschäftstätigkeit mit der BVK erwirtschafteten Bruttoerträgen. Z._____ übergab ab Januar 2005 bis zum 3. Mai 2010 X._____ insgesamt Fr. 863'000.–.

B.

Das Bezirksgericht Zürich sprach Z._____ am 26. November 2012 des Bestechens schuldig. Vom Vorwurf des mehrfachen Bestechens in der Anklageziffer II./19. (Golfferien in Irland, Marokko und Mallorca) sprach es ihn frei. Das Bezirksgericht verurteilte Z._____ zu einer teilbedingten Freiheitsstrafe von 2 ½ Jahren. Den zu vollziehenden Teil der Freiheitsstrafe legte es auf 12 Monate und die Probezeit auf 2 Jahre fest. Die

Zivilklage des Kantons Zürich als Privatkläger verwies es auf den Weg des Zivilprozesses. Z._____ und die M._____ AG (frühere N._____ AG) wurden solidarisch verpflichtet, dem Staat als Ersatz für nicht mehr vorhandene Vermögenswerte Fr. 1'500'000.– zu bezahlen. Das Bezirksgericht zog eine beschlagnahmte Barschaft von Fr. 56'000.– zur Kostendeckung heran. Die Beschlagnahme eines allfälligen Überschusses, weiterer Barschaften und die Sperre eines Kontos bei der Bank O._____ (im hälftigen Betrag) sowie eine Grundbuchsperre hielt es zwecks Sicherung der Ersatzforderung aufrecht.

Gegen dieses Urteil reichten Z._____, die Staatsanwaltschaft, der Kanton Zürich als Privatkläger sowie die M._____ AG Berufung ein. Das Obergericht des Kantons Zürich sprach Z._____ am 22. August 2014 des mehrfachen Bestechens schuldig. Es bestätigte die erstinstanzlich ausgefällte Freiheitsstrafe von 2 ½ Jahren und die zweijährige Probezeit, wobei es den zu vollziehenden Teil der Freiheitsstrafe auf 10 Monate festsetzte. Das Obergericht reduzierte die Ersatzforderung auf Fr. 1'160'000.–. Im Übrigen bestätigte es den erstinstanzlichen Entscheid.

C.

Z._____ und die M._____ AG führen Beschwerde in Strafsachen. Sie beantragen im Wesentlichen, das Urteil des Obergerichts sei betreffend die Ersatzforderung und die Beschlagnahme aufzuheben. Zudem ersuchen sie um aufschiebende Wirkung.

Erwägungen:

1.

1.1. Die Beschwerdeführer bestreiten die der Ersatzforderung zugrunde liegenden tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz. Sie rügen unter Hinweis auf Art. 9 BV eine willkürliche Beweiswürdigung und stellen sich auf den Standpunkt, es sei nicht bewiesen, dass die N._____ AG die durch die BVK-Mandate erzielten Erträge ohne die Bestechungszahlungen nicht hätte erwirtschaften können. Die Voraussetzungen für eine Einziehung respektive für eine Ersatzforderung seien nicht gegeben. Bei der BVK sei es üblich gewesen, ein erteiltes Mandat jeweils nach einem Jahr auf seine Wirksamkeit und Performance zu überprüfen. Die ab Ende Januar 2005 erfolgten Zahlungen an X._____ seien nicht kausal dafür gewesen, dass X._____ keine Vergleichsofferten eingeholt habe. Die N._____ AG habe ein marktkonformes Honorar erhalten und sei durch die P._____ AG laufend kontrolliert und beurteilt worden. Das Nichteinholen von Vergleichsofferten habe nicht dazu geführt, dass die N._____ AG beim Ausführen der BVK-Mandate bezüglich Kosten und Konditionen nicht mit Dritten verglichen worden sei. Gewichtige Indizien sprächen dafür, dass die N._____ AG die aus den BVK-Mandaten generierten Erträge auch erwirtschaftet hätte, wenn Z._____ (Beschwerdeführer 1) ab Ende Januar 2005 X._____ keine Geldzahlungen geleistet hätte. In diesem Fall hätte die BVK das Mandat nicht gekündigt. Die Beschwerdeführer verweisen in der Folge auf die im zweiten Halbjahr 2003 und im Jahre 2004 von der N._____ AG für die BVK erwirtschafteten Erträge. Der N._____ AG sei von der P._____ AG eine sehr gute Arbeit attestiert worden. Seitens der BVK sei eine Kündigung externer Mandate nur in Betracht gezogen worden, wenn die erwarteten Leistungen nicht erbracht worden seien. Zwischen den Erträgen der N._____ AG einerseits und den an X._____ ab Ende Januar 2005 geleisteten Zahlungen andererseits bestehe kein hinreichend enger, adäquater Kausalzusammenhang (Beschwerde S. 10 ff.).

1.2. Die vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellung kann nur gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 BGG; vgl. auch Art. 105 Abs. 1 und 2 BGG). Offensichtlich unrichtig im Sinne von Art. 97 Abs. 1 BGG ist die Sachverhaltsfeststellung, wenn sie willkürlich ist (BGE 139 II 404 E. 10.1 S. 445 mit Hinweisen; vgl. zum Begriff der Willkür BGE 139 III 334 E. 3.2.5 S. 339; 138 I 49 E. 7.1 S. 51; je mit Hinweisen).

Die Rüge der Verletzung von Grundrechten (einschliesslich Willkür bei der Sachverhaltsfeststellung) muss

in der Beschwerde anhand des angefochtenen Entscheids präzise vorgebracht und substanziiert begründet werden, anderenfalls darauf nicht eingetreten wird (Art. 106 Abs. 2 BGG; BGE 139 I 229 E. 2.2 S. 232; 138 I 225 E. 3.2 S. 228; 137 IV 1 E. 4.2.3 S. 5; 136 I 65 E. 1.3.1 S. 68; je mit Hinweisen).

1.3. Die Vorinstanz erwägt, es sei zu prüfen, ob zwischen der Anlasstat sowie den zur Einziehung zur Diskussion stehenden Vermögenswerten und Erträgen ein hinreichender Kausalzusammenhang bestehe. X._____ wäre verpflichtet gewesen, bei anderen Marktteilnehmern Offerten einzuholen, was die N._____ AG einem vermehrten Kostendruck ausgesetzt hätte. Aufgrund seiner Beteiligung an den Bruttoerträgen der N._____ AG sei X._____ dieser Pflicht nicht nachgekommen. Es sei offenkundig, dass die Erträge und Gewinne der N._____ AG im Deliktszeitraum bei korrektem Vergeben der BVK-Mandate weit weniger markant ausgefallen wären (Entscheid S. 64 ff.).

1.4. Nach den vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellungen erzielte die N._____ AG aus den BVK-Mandaten in der deliktsrelevanten Periode einen Bruttoertrag von Fr. 11'656'997.– bei einem entsprechenden Aufwand von Fr. 8'475'889.–. X._____ war mit 7 % am genannten Bruttoertrag beteiligt und unterliess es, weitere Offerten bei anderen Marktteilnehmern einzuholen. Die Vorinstanz gelangt in tatsächlicher Hinsicht zur Überzeugung, dass die N._____ AG die aus den BVK-Mandaten erzielten Einnahmen ohne die Bestechungszahlungen nicht im gleichen Umfang erwirtschaftet hätte. Vielmehr wären die fraglichen Erträge und Gewinne in diesem Fall wesentlich tiefer ausgefallen. Die Vorinstanz bejaht damit einen natürlichen Kausalzusammenhang zwischen den Bestechungszahlungen und den Einnahmen aus den BVK-Mandaten.

Was die Beschwerdeführer dagegen vorbringen, vermag keine Willkür bei der Sachverhaltsfeststellung aufzuzeigen. Die Vorinstanz befasst sich eingehend mit der durch X._____ missachteten Pflicht, vor der Mandatserteilung ein Auswahlverfahren mit potentiellen Geschäftspartnern durchzuführen (Entscheid S. 32 ff. und S. 43 f. mit Hinweis auf das erstinstanzliche Urteil S. 59 ff.). Selbst wenn die jährliche Überprüfung eines von der BVK erteilten Mandats üblich gewesen sein sollte, kann die vorinstanzliche Feststellung, wonach X._____ aufgrund der Bestechungszahlungen und des dadurch hervorgerufenen Interessenkonflikts von weiteren Offerten anderer Marktteilnehmer absah, nicht als unhaltbar bezeichnet werden. Ebenso wenig vermag etwa die bereits im kantonalen Verfahren vorgebrachte Argumentation, das Honorar der N._____ AG sei marktkonform ausgefallen, das vorinstanzliche Beweisergebnis zu erschüttern (vgl. dazu Entscheid S. 28 f.). Die Beschwerdeführer vertreten im Übrigen den Standpunkt, die N._____ AG hätte die aus den BVK-Mandaten generierten Erträge auch erwirtschaftet, wenn der Beschwerdeführer 1 ab Ende Januar 2005 X._____ keine Geldzahlungen geleistet hätte. In diesem Fall hätte die BVK das Mandat nicht
gekündigt. Damit stellen die Beschwerdeführer der Würdigung der Vorinstanz einzig ihre eigene Sicht der Dinge gegenüber. Die Vorinstanz stellt fest, dass die vereinbarte Ertragsbeteiligung auf mehrfaches Drängen von X._____erfolgte. Sie verweist diesbezüglich auf das Zugeständnis des Beschwerdeführers 1, wonach der Vorschlag einer Beteiligung von 7 % immer mit der Befürchtung im Zusammenhang stand, X._____ mache die Geschäfte sonst mit jemand anderem. Dieses Risiko habe er (der Beschwerdeführer 1) ausschliessen wollen. Die Vorinstanz bezeichnet diese Aussagen als glaubhaft (Entscheid S. 23). Sie verwirft zudem willkürfrei den Erklärungsversuch des Beschwerdeführers 1, wonach die Bestechungszahlungen keinerlei Wirkungen hatten und einzig aus privater Freundschaft ohne jegliche Gegenleistung erfolgten, und zitiert den Beschwerdeführer 1 wie folgt (Entscheid S. 27) : ¨[...]Ich ging immer davon aus, das Mandat erhält sich von allein aufrecht, wenn man einen guten Job macht. Aber darauf konnte ich mich nicht verlassen. Und die Zahlungen sind ja nicht freiwillig erfolgt, in dem Sinne. Sie geben ja niemandem Fr. 780'000.– freiwillig.¨

Dass und inwiefern das vorinstanzliche Beweisergebnis, wonach der Bruttoertrag von Fr. 11'656'997.– respektive der Gewinn von Fr. 3'181'108.– der N._____ AG ohne die Bestechungszahlungen von Fr. 863'000.– wesentlich kleiner ausgefallen wäre, schlechterdings nicht mehr vertretbar sein sollte, zeigen die Beschwerdeführer nicht auf, und solches ist auch nicht ersichtlich. Die Beschwerde erweist sich als unbegründet.

2.

2.1. Die Vorinstanz bejaht einen adäquaten Kausalzusammenhang zwischen der Anlasstat und den der Ein-

ziehung unterliegenden Vermögenswerten, während die Beschwerdeführer einen solchen Zusammenhang in Abrede stellen. Zur Bemessung der Ersatzforderung im Sinne von Art. 71 Abs. 1 StGB erwägt die Vorinstanz, die Ertragshöhe aus den BVK-Mandaten sei nicht nur von der korrumpierten Mandatserteilung, sondern auch von der erfolgreichen Arbeit der N._____ AG abhängig gewesen. Der mit den Mandaten erwirtschaftete Ertrag stelle aus diesem Grund einen bloss teilweise deliktischen Vermögenswert dar. Deshalb sei die Höhe der Ersatzforderung zu schätzen. Vom Bruttoertrag der N._____ AG aus den BVK-Mandaten für den Deliktszeitraum bis Mai 2010 von Fr. 11'656'997.– sei der entsprechende Aufwand in Abzug zu bringen. In Anlehnung an die erstinstanzlichen Erwägungen sei dieser Aufwand unter Berücksichtigung des Gesamtbruttoertrages und des Gesamtaufwands auf Fr. 8'475'889.– zu bemessen, was einen geschätzten Gewinn der N._____ AG mit den BVK-Mandaten von Fr. 3'181'108.– ergebe (Fr. 11'656'997.– ./. Fr. 8'475'889.–). Nach Abzug der Bestechungszahlungen von Fr. 863'000.– resultiere ein Nettogewinn der N._____ AG aus den BVK-Mandaten von Fr. 2'318'108.–. Der Nettogewinn wäre ohne die Beteiligungsvereinbarung, die Bestechungszahlungen und die gute Arbeitsleistung der N._____ AG nicht zu erzielen gewesen, weshalb es sich rechtfertige, die Ersatzforderung auf Fr. 1'160'000.– (mithin auf rund die Hälfte des Nettogewinns) festzulegen. Diese sei einbringlich (Entscheid S. 62 ff.).

2.2. Das Gericht verfügt die Einziehung von Vermögenswerten, die durch eine Straftat erlangt worden sind oder dazu bestimmt waren, eine Straftat zu veranlassen oder zu belohnen, sofern sie nicht dem Verletzten zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes ausgehändigt werden (Art. 70 Abs. 1 StGB). Lässt sich der Umfang der einzuziehenden Vermögenswerte nicht oder nur mit unverhältnismässigem Aufwand ermitteln, so kann das Gericht ihn schätzen (Art. 70 Abs. 5 StGB). Sind die der Einziehung unterliegenden Vermögenswerte nicht mehr vorhanden, so erkennt das Gericht auf eine Ersatzforderung des Staates in gleicher Höhe (Art. 71 Abs. 1 StGB). Das Gericht kann von einer Ersatzforderung ganz oder teilweise absehen, wenn diese voraussichtlich uneinbringlich wäre oder die Wiedereingliederung des Betroffenen ernstlich behindern würde (Art. 71 Abs. 2 StGB).

Die sogenannte Ausgleichseinziehung beruht vor allem auf dem grundlegenden sozialethischen Gedanken, dass sich strafbares Verhalten nicht lohnen darf (BGE 139 IV 209 E. 5.3 S. 211 f.; 137 IV 305 E. 3.1 S. 307; je mit Hinweisen). Das Bundesgericht hielt fest, es sei unbeachtlich, ob der Vermögensvorteil rechtlich oder bloss tatsächlich, direkt oder indirekt durch die strafbare Handlung erlangt worden sei (BGE 125 IV 4 E. 2a/bb S. 7 mit Hinweisen, ebenso 120 IV 365 E. 1d S. 367 und Urteil 1S.5/2005 vom 26. September 2005 E. 7.4). Das Erwerbseinkommen einer ausländischen Arbeitnehmerin respektive die Einnahmen einer Prostituierten ohne Aufenthalts- und Arbeitsbewilligung sind nicht einziehbar, weil die Lohnbeträge äus einem objektiv legalen Rechtsgeschäftstammen (BGE 137 IV 305 E. 3 S. 307 ff.; Urteil 6B 188/2011 vom 26. Oktober 2011 E. 2). Wo der Schutzgedanke der schwächeren Vertragspartei nicht zum Tragen kommt, steht einer Einziehung grundsätzlich nichts im Wege (BGE 137 IV 305 E. 3.5 S. 311 f.). Nach BGE 137 IV 79 können auch Vermögenswerte, die aus einem mittels Korruption abgeschlossenen Rechtsgeschäft erlangt wurden, Einziehungs- und damit Geldwäschereiobjekt sein, ohne dass sie notwendigerweise direkte und unmittelbare
Konsequenz der Korruption sind. Die aus einem auf Korruption beruhenden Rechtsgeschäft erhaltenen Vermögenswerte müssen in einem natürlichen und adäquaten Kausalzusammenhang mit der Straftat stehen. Nicht relevant war bei diesem Entscheid die objektive Legalität des mittels Korruption erlangten Rechtsgeschäftes. Die Einziehung erfasst auch Deliktserlös, dessen Erwerb jenseits der eigentlichen Tatbestandsformulierung liegt. Der Einziehbarkeit bloss mittelbar erworbener Vermögenswerte steht nichts Prinzipielles im Wege (Mark Pieth, Korruptionsgeldwäsche, in: Wirtschaft und Strafrecht, Festschrift für Niklaus Schmid [...], 2001, S. 449; Bernard Bertossa, Confiscation et corruption [...], SJ 131/2009, S. 378).

Besteht der Erfolg in der Beeinflussung eines Ermessensentscheids, bleibt nur eine sich an den gesamten Umständen orientierende Schätzung gemäss Art. 70 Abs. 5 StGB (vgl. FLORIAN BAUMANN, in: Basler Kommentar, Strafrecht, Bd. I, 3. Aufl. 2013, N. 42 und N. 73 zu Art. 70/71 StGB).

2.3. Die Vorinstanzen haben zu Recht eine Vermögenseinziehung im Sinne von Art. 70 StGB ausgeschlossen und auf eine Ersatzforderung nach Art. 71 StGB erkannt. Die N._____ AG erwirtschaftete gestützt auf die mittels Korruption abgeschlossenen Rechtsgeschäfte nach Abzug der Bestechungszahlungen (welche bei

der Ersatzforderung gegen X._____ berücksichtigt wurden, vgl. vorinstanzliches Urteil gegen X._____, Geschäfts-Nr. SB130239, S. 191 ff. und Urteilsdispositiv-Ziffer 10) einen Nettogewinn von (geschätzt) Fr. 2'318'108.–. Dieser fusst auf einem Umrechnungsschlüssel, den die Vorinstanz in Anlehnung an die erste Instanz übernimmt (E. 2.1 hievor). Die Schätzung ist vertretbar und wird von den Beschwerdeführern nicht kritisiert. Zu Gunsten der Beschwerdeführer stellen die Vorinstanzen auf das Nettoprinzip ab (vgl. dazu Urteile 6B 988/2014 vom 23. Juni 2015 E. 5.8, zur Publikation vorgesehen; 6P.236/2006 vom 23. März 2007 E. 11, nicht publ. in BGE 133 IV 112; 6B 728/2010 vom 1. März 2011 E. 4.5.3; 6B 56/2010 vom 29. Juni 2010 E. 3.2; Baumann, a.a.O., N. 34 f. zu Art. 70/71 StGB; Niklaus Schmid, in: Kommentar Einziehung, organisiertes Verbrechen und Geldwäscherei, Bd. I, 2. Aufl. 2007, Art. 70-72 N. 36c; Daniel Jositsch, Das Schweizerische Korruptionsstrafrecht: Art. 322ter bis Art. 322octies StGB, 2004, S. 426 f.).

Nicht zu beanstanden ist, dass die Vorinstanz betreffend die deliktisch erlangten Vermögenswerte nicht allein die Bestechungszahlungen berücksichtigt, sondern zu Gunsten der Beschwerdeführer ebenso die erfolgreiche Arbeit der N._____ AG und damit den Nettogewinn als bloss teilweise (hälftigen) deliktischen Vermögenswert qualifiziert. Die Vorinstanz reduziert die mit Urteil vom 26. November 2012 erhobene Ersatzforderung von Fr. 1'500'000.– auf Fr. 1'160'000.–. Dass diese voraussichtlich uneinbringlich wäre oder die Wiedereingliederung des Beschwerdeführers 1 ernstlich behindern würde, wird in der Beschwerde nicht behauptet und eine Ermessensverletzung ist nicht ersichtlich. Indem die Vorinstanz die Beschwerdeführer solidarisch verpflichtet, dem Staat Fr. 1'160'000.– zu bezahlen, verletzt sie kein Bundesrecht.

3.

Die Rechtsbegehren betreffend die Beschlagnahme sind abzuweisen, da sie mit dem Verzicht auf die Ersatzforderung begründet werden.

4.

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Die Beschwerdeführer werden ausgangsgemäss kostenpflichtig (Art. 66 Abs. 1 BGG). Das Gesuch um aufschiebende Wirkung wird gegenstandslos.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.
Die Gerichtskosten von Fr. 5'000.– werden den Beschwerdeführern je zur Hälfte und unter solidarischer Haftung auferlegt.

3.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 19. August 2015

Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Denys

Der Gerichtsschreiber: Faga