Urteilskopf

125 IV 4

2. Auszug aus dem Urteil des Kassationshofes vom 11. Dezember 1998 i.S. S. gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich (Nichtigkeitsbeschwerde)
Regeste (de):
Art. 58 Abs. 4 StGB i.V.m. Abs. 1 lit. a StGB a.F.; Ersatz-Einziehung bei versuchter Hehlerei?

Wer irrtümlich davon ausgeht, dass die von ihm veräusserten Gegenstände aus einer strafbaren Vortat stammen, handelt objektiv rechtmässig. Einnahmen aus einem objektiv legalen Verkaufsgeschäft unterliegen nicht der Ersatz-Einziehung (E. 2).

Regeste (fr):
Art. 58 al. 4 CP en liaison avec l'al. 1 let. a CP (ancienne teneur); créance compensatrice en cas de tentative de recel?

Celui qui croit, par erreur, que les objets qu'il vend proviennent d'une infraction, agit objectivement de façon licite. Le produit d'une vente objectivement conforme à la légalité ne peut pas donner matière à une créance compensatrice (consid. 2).

Regesto (it):
Art. 58 cpv. 4 CP in relazione con il cpv. 1 lett. a CP (testo previgente); risarcimento in caso di tentativo di ricettazione?

Chi, per errore, ritiene che gli oggetti da lui venduti provengano da un reato, agisce obiettivamente in modo lecito. Il prodotto di una vendita obiettivamente lecita non può dar luogo a risarcimento (consid. 2).

Sachverhalt ab Seite 4

BGE 125 IV 4 S. 4

A.- S. wird vorgeworfen, zwischen Mai 1987 und Oktober 1993 als langjähriger leitender Angestellter der U. AG von einem Mitarbeiter der Firma, R., aufgefrischte gebrauchte Computerteile übernommen und sie an über 40 Geschäfte weiterverkauft zu haben, obschon er aufgrund der Umstände und seiner guten Kenntnisse der Computerbranche wusste oder annehmen musste, dass R. die gelieferten Waren unrechtmässig erlangt hatte. Von den Gesamteinnahmen in der Höhe von Fr. 986'412.40 gab S. 65% an R. weiter und behielt die restlichen 35% für sich. Gestützt auf das Geständnis von R., die an S. gelieferten Waren von seinem Arbeitgeber veruntreut zu haben, wurde R. am 5. Oktober 1993 in Holland wegen Veruntreuung

BGE 125 IV 4 S. 5

zu einer durch unbezahlte wohltätige Arbeit zu verbüssenden unbedingten Gefängnisstrafe von 6 Monaten sowie zu einer bedingten Gefängnisstrafe von 6 Monaten verurteilt.

B.- Das Bezirksgericht Horgen sprach S. am 11. Oktober 1995 der gewerbsmässigen Hehlerei und der mehrfachen Urkundenfälschung schuldig und verurteilte ihn zu einer Gefängnisstrafe von 2 3/4 Jahren. Zudem verpflichtete das Gericht S. zur Zahlung einer Ersatzforderung an den Staat in der Höhe von Fr. 275'458.–, unter dem Vorbehalt der Rückübertragung eingezogener Vermögenswerte auf den Täter, sofern dieser der Geschädigten eingezogene Vermögenswerte zuerkenne. Auf Berufung des Verurteilten hin sprach ihn das Obergericht des Kantons Zürich, II. Strafkammer, am 6. März 1997 der vollendeten, teilweise untauglich versuchten gewerbsmässigen Hehlerei sowie der mehrfachen Urkundenfälschung schuldig und verurteilte ihn zu einer bedingten Gefängnisstrafe von 18 Monaten. Im Übrigen bestätigte es den angefochtenen Entscheid. Den Schuldspruch der untauglich versuchten gewerbsmässigen Hehlerei begründete das Obergericht im Wesentlichen damit, dass in Bezug auf einen Teil der Warenlieferungen eine strafbare Vortat von R. nicht schlüssig nachgewiesen sei.
Die von S. dagegen erhobene kantonale Nichtigkeitsbeschwerde hiess das Kassationsgericht des Kantons Zürich am 28. Juni 1998 in Bezug auf die Verteilung der Verfahrenskosten teilweise gut; im Übrigen wies es die Beschwerde ab.

C.- S. führt eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, Ziffer 5 des angefochtenen Urteilsdispositivs (Einziehung) aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Das Obergericht des Kantons Zürich hat auf eine Stellungnahme zur Beschwerde verzichtet. Die Staatsanwaltschaft hat innert Frist keine Gegenbemerkungen eingereicht.

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Beschwerdeführer beschränkt sich auf den Antrag, die Angelegenheit unter Aufhebung von Ziffer 5 des obergerichtlichen Urteilsdispositivs - in welcher er zur Zahlung einer Ersatzforderung von Fr. 275'458.– verpflichtet wurde - an die Vorinstanz zurückzuweisen. Über diesen Antrag darf das Bundesgericht nicht hinausgehen (Art. 277bis Abs. 1 Satz 1 BStP; vgl. auch BGE 123 IV

125). Im Übrigen ist seine Verurteilung wegen vollendeter, teilweise untauglich versuchter gewerbsmässiger Hehlerei im Lichte der von der Vorinstanz getroffenen tatsächlichen Feststellungen bundesrechtlich nicht zu beanstanden.

2. Der Beschwerdeführer bringt vor, selbst wenn untaugliche Versuche der Hehlerei strafbar wären, könne deren Kausalität für Vorteile im Sinne von Art. 58 StGB a.F. nicht gegeben sein. Es fehle an einer strafbaren Vortat als Anlasstat der Ausgleichs-Einziehung. Zudem habe die Absatzhehlerei keinen deliktischen Gewinn des Hehlers zur Folge. Das Erfordernis der Unrechtmässigkeit der von ihm erlangten Vermögensvorteile sei nicht erfüllt, weil er zivilrechtlich Anspruch auf den Verkaufserlös gehabt habe; damit sei eine Ersatzforderung des Staates ausgeschlossen. a) Die Vorinstanz ordnete eine Ersatz-Einziehung im Sinne von Art. 58 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 lit. a StGB a.F. an. aa) Gemäss Art. 58 Abs. 1 lit. a StGB a.F. verfügt der Richter ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit einer bestimmten Person die Einziehung von (...) Vermögenswerten, die durch eine strafbare Handlung hervorgebracht oder erlangt worden sind (...), soweit die Einziehung zur Beseitigung eines unrechtmässigen Vorteils oder Zustandes als geboten erscheint; sind (...) Vermögenswerte bei demjenigen, der

durch sie einen unrechtmässigen Vorteil erlangt hat und bei dem sie einzuziehen wären, nicht mehr vorhanden, so wird nach Art. 58 Abs. 4 StGB a.F. auf eine Ersatzforderung des Staates in der Höhe des unrechtmässigen Vorteils erkannt. Sinn und Zweck dieser Bestimmungen ist es, zu verhindern, dass der Täter im Genuss eines durch eine strafbare Handlung erlangten Vermögensvorteils bleibt; strafbares Verhalten soll sich nicht lohnen (BGE 119 IV 17 E. 2a S. 20 mit Hinweisen). Sind mehrere Täter an einer Transaktion beteiligt, so erfolgt die Einziehung anteilsmässig (BGE 119 IV 17 E. 2b S. 21 f.). bb) Einziehung ist nur im Zusammenhang mit einer strafbaren Handlung vorgesehen, welche mindestens tatbestandsmässig und rechtswidrig sein muss. Anlasstat einer Ersatz-Einziehung können sowohl die den rechtswidrigen Vorteil unmittelbar begründenden Delikte als auch Sekundärtaten wie Hehlerei und Geldwäscherei sein (zur vergleichbaren Regelung in Art. 59 StGB n.F. NIKLAUS SCHMID, StGB 59 § 2 N. 23 in: Schmid (Hrsg.), Kommentar Einziehung, organisiertes Verbrechen und Geldwäscherei, Bd. I, Zürich 1998). Ob es sich um ein Vorsatz- oder Fahrlässigkeitsdelikt handelt oder der Tatbestand als Verletzungs- oder Gefährdungsdelikt konzipiert ist,

BGE 125 IV 4 S. 7

spielt im Prinzip keine Rolle (STEFAN TRECHSEL, Kurzkommentar Strafgesetzbuch, 1. Aufl. Zürich 1989, Art. 58 N. 18). Was die Frage anbetrifft, bis zu welchem Stadium der Tatbestandsverwirklichung das Täterverhalten gelangt sein muss, damit die Ersatz-Einziehung von Vermögenswerten überhaupt greifen kann, sollen nach Schmid zwar unvollendeter oder vollendeter Versuch sowie Teilnahme genügen, doch seien zum Beispiel Fälle des untauglichen Versuchs auszuklammern, um den Anwendungsbereich der Massnahme nicht zu überdehnen (SCHMID, op.cit., § 2 N. 24 und Anm. 118, mit Hinweisen). Die Ersatz-Einziehung kommt überall dort in Betracht, wo jemand durch die einzuziehenden Gegenstände oder Vermögenswerte mindestens zugleich einen unrechtmässigen Vorteil erlangt hat (GÜNTER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II, Bern 1989, § 14 N. 70). Dabei ist unbeachtlich, ob der Vermögensvorteil rechtlich oder bloss tatsächlich, direkt oder indirekt durch die strafbare Handlung erlangt worden ist (STRATENWERTH, op.cit., § 14 N. 54; vgl. auch BGE 115 IV 175). Auf die Unrechtmässigkeit der Vorteile darf aber nicht schon aufgrund der Tatbegehung selbst geschlossen werden, sondern der Vorteil muss «in sich» unrechtmässig sein (JÜRG LUZIUS MÜLLER, Die Einziehung im schweizerischen Strafrecht (Art. 58 und 58bis), Diss. Basel 1993, S. 83 mit Hinweis auf STRATENWERTH). Dies ist beispielsweise dann nicht der Fall, wenn die fragliche Handlung objektiv nicht verboten ist (STRATENWERTH, op.cit., § 14 N. 24). b) Der Beschwerdeführer hat aus Geschäften, die von der Vorinstanz als vollendete, teilweise untauglich versuchte gewerbsmässige Hehlerei gewertet wurden, einen Gewinn in der Höhe von rund Fr. 340'000.– erzielt. Soweit der Erlös aus denjenigen Handlungen stammt, welche die Vorinstanz als vollendete gewerbsmässige Hehlerei qualifiziert hat, sind die Voraussetzungen zur Anordnung einer Ersatz-Einziehung unstreitig erfüllt. Fraglich ist einzig, ob dies auch für diejenigen Vermögenswerte gilt, die der Beschwerdeführer durch vollendet untauglich versuchte Hehlerei erlangt hat. Das ist aus den folgenden Gründen zu verneinen.
aa) Bei der hier zu prüfenden Einziehungsvariante ergibt sich aus der Formulierung, wonach die Gegenstände und Vermögenswerte durch eine strafbare Handlung hervorgebracht oder erlangt worden sein müssen, dass die Handlung - jedenfalls bei Delikten gegen das Vermögen - mindestens bis zum Versuchsstadium gediehen sein muss.

BGE 125 IV 4 S. 8

bb) Vorliegend hat der Beschwerdeführer von einem Arbeitskollegen Computerteile übernommen und weiterverkauft und dabei mindestens in Kauf genommen, dass sie durch eine strafbare Handlung erlangt worden waren; nachträglich stellte sich dann heraus, dass teilweise keine tatbestandsmässige und rechtswidrige Haupt-

tat vorlag. Soweit die Computer-Teile nicht nachweislich aus einer strafbaren Vortat stammten, war der Vertrag zwischen dem Beschwerdeführer und dem oder den Käufern objektiv nicht rechtswidrig und hatte der Beschwerdeführer zivilrechtlich Anspruch auf den Kaufpreis. Die fraglichen Veräusserungshandlungen erfüllten allein aufgrund der falschen Einschätzung des Beschwerdeführers den Straftatbestand der (untauglich versuchten) Hehlerei. Sein deliktischer Wille als solcher genügt bei den nicht durch ein Delikt gegen das Vermögen erlangten Tatobjekten indessen nicht, um den von Art. 58 Abs. 1 lit. a StGB a.F. vorausgesetzten Zusammenhang zwischen strafbarer Handlung und Vermögensvorteil zu begründen. Soweit die Einnahmen des Beschwerdeführers aus einem objektiv legalen Rechtsgeschäft stammten, waren diese Vermögenswerte nicht das Produkt einer strafbaren Handlung und mithin nicht «unrechtmässig» im Sinne von Art. 58 Abs. 1 lit. a und Abs. 4 StGB a.F. Im genannten Umfang besteht keine Grundlage für eine Einziehung und folglich für eine Ersatzforderung des Staates. c) Die Nichtigkeitsbeschwerde ist daher gutzuheissen, soweit darauf einzutreten ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Kosten aufzuerlegen und ist dem Beschwerdeführer eine angemessene Entschädigung aus der Bundesgerichtskasse auszurichten (Art. 278 Abs. 2 und 3 BStP). Bei der Neubeurteilung wird die Vorinstanz den Betrag der Vermögenswerte ausscheiden müssen, die aus objektiv legalen Rechtsgeschäften stammen und deshalb nicht der Einziehung unterliegen. Sollte die Feststellung der einzuziehenden Vermögenswerte mit einem unverhältnismässigen Aufwand verbunden sein, wäre auch eine Schätzung des Deliktserlöses zulässig, sofern feststeht, dass der geschätzte Betrag nicht höher ist als der tatsächlich erlangte unrechtmässige Vermögensvorteil.