Urteilskopf

139 IV 209

29. Auszug aus dem Urteil der Strafrechtlichen Abteilung i.S. X. gegen Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich (Beschwerde in Strafsachen) 6B_491/2012 vom 18. April 2013

Regeste (de):
Einziehung (Art. 70 Abs. 1 StGB) und staatliche Ersatzforderung (Art. 71 Abs. 1 StGB) im Falle eines Vergleichs.

Ein Vergleich steht der Einziehung nicht entgegen. Einzuziehen ist der durch die strafbare Handlung erlangte Vermögenswert unter Abzug der geleisteten Rückzahlung. Ist der Vermögenswert nicht mehr vorhanden, muss auf eine staatliche Ersatzforderung erkannt werden (E. 5).

Regeste (fr):
Confiscation (art. 70 al. 1 CP) et créance compensatrice de l'Etat (art. 71 al. 1 CP) en cas de transaction.

Une transaction ne s'oppose pas à la confiscation. Doit être confisquée la valeur patrimoniale qui est le résultat d'une infraction, dont à déduire le remboursement effectué. Lorsque la valeur patrimoniale n'est plus disponible, son remplacement par une créance compensatrice de l'Etat doit être ordonné (consid. 5).

Regesto (it):
Confisca (art. 70 cpv. 1 CP) e risarcimento in favore dello Stato (art. 71 cpv. 1 CP) in caso di transazione.

Una transazione non osta alla confisca. Soggiacciono alla confisca i valori patrimoniali ottenuti con il reato, deduzione fatta del rimborso effettuato. Ove i valori patrimoniali non siano più reperibili, dev'essere ordinato un risarcimento in favore dello Stato (consid. 5).

Sachverhalt ab Seite 210

A. Die II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich sprach X. mit Urteil vom 21. Mai 2012 zweitinstanzlich in einigen Anklagepunkten der qualifizierten ungetreuen Geschäftsbesorgung im Sinne von Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 und Abs. 3 StGB schuldig und bestrafte ihn mit einer Freiheitsstrafe von 22 Monaten, bedingt vollziehbar bei einer Probezeit von 2 Jahren. In den übrigen Anklagepunkten sprach sie ihn frei. Sie verpflichtete ihn, dem Staat als Ersatz für nicht mehr vorhandenen, widerrechtlich erlangten Vermögensvorteil Fr. 391'200.- zu bezahlen.

B. X. führt Beschwerde in Strafsachen mit den Anträgen, das Urteil der II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich sei aufzuheben, er sei freizusprechen und der Einziehungsantrag der Staatsanwaltschaft sei abzuweisen. Eventualiter sei das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zu seiner Freisprechung und zur Abweisung des Einziehungsantrags der Staatsanwaltschaft an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

5.

5.1 Die Vorinstanz verpflichtete den Beschwerdeführer, dem Staat als Ersatz für nicht mehr vorhandenen, widerrechtlich erlangten Vermögensvorteil Fr. 391'200.- zu bezahlen. Der Beschwerdeführer macht geltend, eine staatliche Ersatzforderung falle auch bei Bestätigung seiner Verurteilung ausser Betracht, da er und die vier weiteren Konzernleitungsmitglieder sich in einem mit der A. am 1. Dezember 2005 vor dem Handelsgericht des Kantons Zürich abgeschlossenen Vergleich per Saldo aller Ansprüche zur Zahlung von insgesamt Fr. 350'000.- verpflichtet und diese Zahlung auch geleistet haben.

5.2

5.2.1 Der Beschwerdeführer bringt wie im kantonalen Verfahren vor, dass bei Delikten gegen Individualinteressen der Einziehungsanspruch des Staates untergehe, wenn der rechtmässige Zustand gegenüber dem Geschädigten wiederhergestellt worden sei. Wenn der Geschädigte

im Rahmen eines vor einem Gericht abgeschlossenen Vergleichs auf Schadenersatz beziehungsweise Restitution verzichte, falle der Einziehungsanspruch des Staates dahin. Der Vergleich sei ein im Zivilprozess anerkanntes Instrument der Streiterledigung. Mit dem Vergleich werde der rechtmässige Zustand wiederhergestellt. Unerheblich sei, in welchem Verhältnis die Vergleichssumme zum Schaden beziehungsweise zur Schadenersatzforderung stehe. Einem Vergleich hafte regelmässig an, dass er unter teilweiser Aufgabe einer ursprünglich eingenommenen Rechtsposition abgeschlossen werde. Vorbehalten sei allein der Fall, dass der Vergleich zur Umgehung der Einziehung abgeschlossen werde. Dies treffe vorliegend nicht zu.

5.2.2 Die Vorinstanz erwägt, es lasse sich durchaus die Auffassung vertreten, dass im Interesse der Einheit der Materie mit den zivilrechtlichen Ansprüchen des Geschädigten auch die einziehungsrechtlichen Ansprüche des Staates untergehen, wenn bei Straftaten gegen Individualinteressen der Anspruchsberechtigte in Kenntnis seiner deliktischen Schädigung ausdrücklich auf Schadenersatz beziehungsweise Restitution verzichte. Denn der Staat solle nicht gleichsam stellvertretend auf einen Vermögenswert greifen, auf welchen der primär Berechtigte willentlich verzichtet habe. Die einziehungsrechtlichen Ansprüche des Staates seien indessen so lange zu bejahen, als nicht durch Aushändigung an den Geschädigten der rechtmässige Zustand vollständig wiederhergestellt worden sei. Nach der Auffassung der Vorinstanz steht der am 1. Dezember 2005 vor dem Handelsgericht des Kantons Zürich abgeschlossene Vergleich einer Einziehung nicht entgegen, zumal die Vergleichssumme nur rund 10 % der Schadenersatzforderung respektive 17 % des Deliktsbetrags ausmacht und zudem im Zeitpunkt des Vergleichs das Ausmass des deliktischen Verhaltens und des dadurch verursachten Schadens noch nicht feststanden.

5.3 Das Gericht verfügt die Einziehung von Vermögenswerten, die durch eine Straftat erlangt worden sind, sofern sie nicht dem Verletzten zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes ausgehändigt werden (Art. 70 Abs. 1 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). Die Einziehung und

die staatliche Ersatzforderung beruhen auf dem Gedanken, dass sich strafbares Verhalten nicht lohnen darf (BGE 129

IV 305 E. 4.2.5; BGE 117 IV 107 E. 2a; je mit Hinweisen). Die Einziehung des durch die Straftat erlangten Vermögenswerts kommt nur in Betracht, sofern er nicht dem Verletzten zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes ausgehändigt wird. Die Aushändigung an den Verletzten gemäss Art. 70 Abs. 1 in fine StGB hat somit Vorrang vor der Einziehung (BGE 129 IV 322 E. 2.2.4 mit Hinweisen). Die Einziehung ist eine strafrechtliche sachliche Massnahme. Sie ist zwingend anzuordnen, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind. Die Einziehung steht auch bei Delikten gegen den Einzelnen nicht zur Disposition des durch die Straftat Geschädigten. Sie knüpft nicht an die rechtswidrige schädigende Handlung, sondern an die Straftat an. Verzichtet der Geschädigte beispielsweise im Rahmen eines Vergleichs gänzlich oder teilweise auf Schadenersatz beziehungsweise Restitution, so bleibt die schädigende Handlung gleichwohl eine Straftat und ist der dadurch erlangte Vermögenswert einzuziehen. Ein Vergleich steht der Einziehung nicht entgegen (anderer Auffassung NIKLAUS SCHMID, in: Kommentar Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, Bd. I, 2. Aufl. 2007, N. 67 Fn. 379 und N. 99 zu Art. 70-72 StGB; wohl auch FLORIAN BAUMANN, in: Basler Kommentar, Strafrecht, Bd. I, 2. Aufl. 2007, N. 35 zu Art. 70/71 StGB). Dabei ist es unerheblich, in welchem Verhältnis die Vergleichssumme zum Schaden respektive zum Vermögensvorteil steht. Die Ansicht, dass ein Vergleich der Einziehung nicht entgegensteht, wird auch von der - wohl herrschenden - Lehre in Deutschland vertreten (SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, N. 23, 27 zu § 73 D-StGB; THOMAS FISCHER, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 60. Aufl. 2013, N. 23 zu § 73 D-StGB; vgl. auch Urteil des BGH vom 11. Mai 2006, in: Neue Zeitschrift für Strafrecht [NStZ]2006 S. 621 ff.; Urteil des OLG München vom 19. April 2004, in: NStZ 2004 S. 443 f.). Die Ausschlussklausel im Sinne von Art. 70 Abs. 1 in fine StGB kann nicht als ein Privileg des Täters beziehungsweise des Einziehungsbetroffenen verstanden werden. Der Schutzzweck von Art. 70 Abs. 1 in fine StGB, wonach der durch die strafbare Handlung erlangte Vermögenswert dem Geschädigten in einem einfachen Verfahren ausgehändigt wird, der Täter aber nicht zweimal zahlen soll, kann den Abschöpfungszweck von Art. 70 Abs. 1 StGB, wonach sich strafbares Verhalten nicht lohnen darf, nicht aushebeln. Der Geschädigte kann zwar darüber entscheiden, was er vom Täter oder vom Dritten, der von der Tat profitierte, herausverlangen will. Er kann aber nicht darüber

entscheiden, was der Täter oder der Dritte durch die Tat erlangt hat und behalten darf. Nach der Rechtsprechung ist der durch ein Antragsdelikt erlangte Vermögenswert auch einzuziehen, wenn ein gültiger Strafantrag fehlt. Denn es ist nicht ersichtlich, weshalb sich in diesem Fall ein tatbestandsmässiges und rechtswidriges Verhalten doch lohnen darf (BGE 129 IV 305 E. 4.2). Daraus folgt a fortiori, dass ein Vergleich der Einziehung nicht entgegensteht. Durch den Vergleich wird zwar zwischen den Parteien der rechtmässige Zustand wiederhergestellt. Dies bedeutet aber nur, dass eine Aushändigung des durch die Straftat erlangten Vermögenswerts an den Verletzten im Sinne von Art. 70 Abs. 1 in fine StGB zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes nicht mehr zu erfolgen hat. Daraus folgt nicht, dass die Einziehung ausser Betracht fällt. Vielmehr muss der durch die Straftat erlangte Vermögenswert eingezogen werden, sofern und soweit er aus irgendwelchen Gründen nicht gemäss Art. 70 Abs. 1 in fine StGB dem Verletzten zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes ausgehändigt wird. Bei der Bestimmung der Einziehungssumme respektive der staatlichen Ersatzforderung ist allerdings zur Vermeidung einer Doppelbelastung des Einziehungsbetroffenen (siehe dazu BGE 117

IV 107 E. 2a) die Summe abzuziehen, welche der Einziehungsbetroffene in Erfüllung des Vergleichs bezahlt hat.

5.4 Die Vorinstanz ordnet in Bestätigung des erstinstanzlichen Entscheids die Einziehung respektive eine staatliche Ersatzforderung nur in Bezug auf die Vermögenswerte an, welche der Beschwerdeführer dadurch erlangte, dass er am 25. April 2000 von der A. 45'000 B.-Aktien zu dem von ihm als Kaufpreis festgesetzten Nennwert von Fr. 10.- anstatt zum NAV von Fr. 20.76 erwarb. Von diesem Vermögenswert zieht die Vorinstanz den Betrag von Fr. 93'000.- ab, zu dessen Zahlung sich der Beschwerdeführer durch den Vergleich vom 1. Dezember 2005 mit der A. anteilsmässig verpflichtet und welchen er tatsächlich bezahlt hat. Daraus resultiert eine staatliche Ersatzforderung in der Höhe von Fr. 391'200.-. Es ist unerheblich, ob die Vergleichssumme von Fr. 350'000.- entsprechend den Feststellungen der Vorinstanz nur rund 17 % des Deliktsbetrags ausmacht oder ob das Verhältnis zwischen der Vergleichssumme und dem Deliktsbetrag, wie der Beschwerdeführer behauptet, unter Berücksichtigung von Gegenansprüchen in Tat und Wahrheit grösser ist. Einzuziehen ist der durch die strafbare Handlung erlangte

Vermögenswert unter Abzug bereits erfolgter Rückzahlungen. Die Vorinstanz weist zwar darauf hin, dass die Vergleichssumme von Fr. 350'000.- lediglich 10 % der ursprünglichen Schadenersatzforderung der A. respektive 17 % des Deliktsbetrags ausmacht. Sie begründet die Einziehung beziehungsweise die staatliche Ersatzforderung aber entgegen der Meinung des Beschwerdeführers nicht damit, dass ein Missverhältnis zwischen der Vergleichssumme und der ursprünglichen Schadenersatzforderung respektive dem Deliktsbetrag bestehe. Die Vorinstanz hält unmissverständlich fest, dass einziehungsrechtliche Ansprüche des Staates so lange zu bejahen sind, "als nicht durch Aushändigung an den Geschädigten der rechtmässige Zustand wiederhergestellt ist, und zwar vollständig". Daraus ergibt sich, dass die Vorinstanz eine Einziehung respektive staatliche Ersatzforderung auch angeordnet hätte, wenn die Vergleichssumme beispielsweise 70 % der ursprünglichen Schadenersatzforderung betragen hätte.