Urteilskopf

143 IV 179

25. Auszug aus dem Urteil der Strafrechtlichen Abteilung i.S. Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich gegen X. und Mitb. (Beschwerde in Strafsachen) 6B_1128/2016 vom 15. Februar 2017

Regeste (de):
Art. 391 Abs. 2 StPO; Verbot der reformatio in peius; Gehilfenschaft und Täterschaft.

Das Verschlechterungsverbot ist nicht verletzt, wenn ein Verhalten statt als Gehilfenschaft zu einem Verbrechen als Vergehen in Haupttäterschaft qualifiziert wird. Eine Verurteilung als (Mit-)Täter wiegt gegenüber einer Verurteilung als Gehilfe nur schwerer, soweit die Verurteilungen denselben Straftatbestand beziehungsweise dieselbe Deliktskategorie betreffen. Die Gehilfenschaft zu einem Verbrechen bleibt trotz Strafmilderung ein Verbrechen und wiegt daher schwerer als ein Vergehen in der Begehungsform als Haupttäter (E. 1.5).

Regeste (fr):
Art. 391 al. 2 CPP; interdiction de la reformatio in pejus; complicité et participation principale.

L'interdiction de la reformatio in pejus n'est pas violée lorsqu'une personne est condamnée en qualité d'auteur d'un délit plutôt que pour complicité d'un crime. Une condamnation en tant que (co-)auteur n'est plus grave qu'une condamnation en tant que complice que pour autant que les condamnations concernent la même infraction, respectivement la même catégorie d'infractions. La complicité à un crime reste, malgré la diminution de la peine, un crime et est en cela plus grave que la commission d'un délit en qualité d'auteur principal (consid. 1.5).

Regesto (it):
Art. 391 cpv. 2 CPP; divieto della reformatio in peius; complicità e reità.

Il divieto della reformatio in peius non è disatteso se un imputato è riconosciuto autore di un delitto anziché complice di un crimine. Una condanna per (cor-)reità è più grave di una condanna per complicità unicamente nella misura in cui le condanne concernono la medesima fattispecie penale, rispettivamente la medesima categoria di reato. La complicità in un crimine rimane, malgrado l'attenuazione della pena, un crimine ed è pertanto più grave rispetto a un delitto perpetrato in qualità di autore principale (consid. 1.5).

Sachverhalt ab Seite 180



A. Das Bezirksgericht Bülach, II. Abteilung, sprach X. am 15. Juli 2014 schuldig des Betruges im Sinne von Art. 146 Abs. 1 StGB (Anklagesachverhaltsabschnitt A); der qualifizierten ungetreuen Geschäftsbesorgung im Sinne von Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 und 3 StGB (Anklagesachverhaltsabschnitt D); der ungetreuen Geschäftsbesorgung im Sinne von Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 StGB (Anklagesachverhaltsabschnitt E) sowie der mehrfachen Urkundenfälschung im Sinne von Art. 251 Ziff. 1 Abs. 1 und 2 StGB (Anklagesachverhaltsabschnitte B, C und F). Es bestrafte ihn mit einer Freiheitsstrafe von 34 Monaten. Es ordnete an, dass der Vollzug der Freiheitsstrafe im Umfang von 22 Monaten unter Ansetzung einer Probezeit von zwei Jahren aufgeschoben und die

Freiheitsstrafe im Übrigen (12 Monate abzüglich 23 Tage erstandene Haft) vollzogen werde. Mit Urteil vom gleichen Tag sprach das Bezirksgericht Bülach Y. schuldig der Gehilfenschaft zu Betrug im Sinne von Art. 146 Abs. 1 StGB in Verbindung mit Art. 25 StGB (Anklagesachverhaltsabschnitt A) sowie der Gehilfenschaft zu qualifizierter ungetreuer Geschäftsbesorgung im Sinne von Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 und 3 StGB in Verbindung mit Art. 25 StGB (Anklagesachverhaltsabschnitt E). Es bestrafte ihn mit einer Geldstrafe von 360 Tagessätzen zu je Fr. 10.-, bedingt vollziehbar bei einer Probezeit von zwei Jahren.
Mit Urteil vom gleichen Tag sprach das Bezirksgericht Bülach Z. schuldig der Gehilfenschaft zu Betrug im Sinne von Art. 146 Abs. 1 StGB in Verbindung mit Art. 25 StGB (Anklagesachverhaltsabschnitt A); der Gehilfenschaft zu qualifizierter ungetreuer Geschäftsbesorgung im Sinne von Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 und 3 StGB in Verbindung mit Art. 25 StGB (Anklagesachverhaltsabschnitt E) sowie des Gebrauchs einer gefälschten Urkunde im Sinne von Art. 251 Ziff. 1 Abs. 1 und 3 StGB (Anklagesachverhaltsabschnitt F). Es bestrafte ihn mit einer Freiheitsstrafe von 18 Monaten, bedingt vollziehbar bei einer Probezeit von zwei Jahren. Gegen diese Entscheide erklärten die Verurteilten Berufung.
Das Obergericht des Kantons Zürich, I. Strafkammer, vereinigte die drei Berufungsverfahren.

B. Das Obergericht des Kantons Zürich, I. Strafkammer, sprach X. mit Urteil vom 28. Januar 2016 schuldig der passiven Privatbestechung im Sinne von Art. 4a Abs. 1 lit. b UWG in Verbindung mit Art. 23 UWG (Anklagesachverhaltsabschnitt A) sowie der qualifizierten ungetreuen Geschäftsbesorgung im Sinne von Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 und 3 StGB



(Anklagesachverhaltsabschnitte D und E). Vom Vorwurf der mehrfachen Urkundenfälschung im Sinne von Art. 251 Ziff. 1 Abs. 1 und 2 StGB (Anklagesachverhaltsabschnitte B, C und F) sprach es ihn frei. Es bestrafte ihn mit einer bedingt vollziehbaren Freiheitsstrafe von 22 Monaten unter Anrechnung von 23 Tagen Haft. Das Obergericht sprach Y. und Z. vollumfänglich frei.

C. Die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich erhebt Beschwerde in Strafsachen. Sie beantragt, X. sei auch der mehrfachen Urkundenfälschung im Sinne von Art. 251 Ziff. 1 Abs. 1 und 2 StGB (Anklagesachverhaltsabschnitte B, C und F) schuldig zu sprechen. Er sei mit einer Freiheitsstrafe von insgesamt 33 Monaten unter Anrechnung der Haft von 23 Tagen zu bestrafen, wobei der Vollzug der Freiheitsstrafe im Umfang von 22 Monaten bei einer Probezeit von zwei Jahren aufzuschieben und die Freiheitsstrafe im Übrigen (11 Monate abzüglich 23 Tage Haft) zu vollziehen sei. Y. sei der aktiven Privatbestechung im Sinne von Art. 4a Abs. 1 lit. a UWG in Verbindung mit Art. 23 UWG (Anklagesachverhaltsabschnitt A) schuldig zu sprechen und mit einer Geldstrafe von 180 Tagessätzen zu je Fr. 10.- zu bestrafen, bedingt vollziehbar bei einer Probezeit von zwei Jahren. Z. sei der aktiven Privatbestechung im Sinne von Art. 4a Abs. 1 lit. a UWG in Verbindung mit Art. 23 UWG (Anklagesachverhaltsabschnitt A) sowie der Urkundenfälschung im Sinne von Art. 251 Ziff. 1 Abs. 1 und 3 StGB (Anklagesachverhaltsabschnitt F) schuldig zu sprechen und mit einer Freiheitsstrafe von 15 Monaten zu bestrafen, bedingt vollziehbar bei einer Probezeit von zwei Jahren.

D. Das Obergericht des Kantons Zürich hat ebenso wie Y. und Z. auf eine Stellungnahme zur Beschwerde verzichtet. X. hat sich innert Frist nicht vernehmen lassen.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

1.

1.1 Den Beschwerdegegnern wird im Anklagesachverhaltsabschnitt A im Wesentlichen Folgendes vorgeworfen: Der Beschwerdegegner 1 habe in seiner Eigenschaft als Treasurer der A. AG und der B. AG der von ihm beauftragten externen Finanzberatungsfirma C. für die



Vermittlung einer Geldanlage der A. AG in Form einer sog. Credit Linked Note (CLN) im Nominalwert von 100 Mio. USD ein Honorar in der Höhe von 1,5 Mio. USD auszahlen beziehungsweise durch die A. AG auf das Konto der C. bei der D. Bank überweisen lassen. Im Gegenzug hätten die Beschwerdegegner 2 und 3 als Vertreter der C. dem Beschwerdegegner 1 einen Drittel dieses Honorars, d.h. USD 500'000.-, umgehend auf dessen persönliches Konto bei derselben Bank überwiesen. Diesen Geldfluss auf sein Privatkonto habe der Beschwerdegegner 1 verschwiegen, als er seinem Vorgesetzten die Honorarrechnung der C. über 1,5 Mio. USD zur Genehmigung unterbreitet und seiner Mitarbeiterin den entsprechenden von ihm namens der A. AG unterzeichneten Zahlungsauftrag zu der für die Zahlungsauslösung erforderlichen Zweitunterschrift vorgelegt habe. Von den ihm zugegangenen USD 500'000.- habe der Beschwerdegegner 1 USD 250'000.- für seine persönlichen Bedürfnisse und USD 250'000.- im Interesse eines Dritten verwendet. Durch dieses eingeklagte Verhalten gemäss Anklagesachverhaltsabschnitt A machten sich die Beschwerdegegner laut Anklage wie folgt schuldig: - der Beschwerdegegner 1: des Betrugs; eventualiter/subeventualiter der qualifizierten ungetreuen Geschäftsbesorgung zum Nachteil der A. AG; subsubeventualiter der qualifizierten ungetreuen Geschäftsbesorgung zum Nachteil der B. AG; subsubsubeventualiter der Widerhandlung gegen Art. 4a Abs. 1 lit. b UWG (SR 241); - die Beschwerdegegner 2 und 3: der Gehilfenschaft zu Betrug; eventualiter/subeventualiter der Gehilfenschaft zu qualifizierter ungetreuer Geschäftsbesorgung zum Nachteil der A. AG; subsubeventualiter der Gehilfenschaft zu qualifizierter ungetreuer Geschäftsbesorgung zum Nachteil der B. AG; subsubsubeventualiter der Widerhandlung gegen Art. 4a Abs. 1 lit. a UWG.

1.2 Die erste Instanz sprach im Anklagesachverhaltsabschnitt A die Beschwerdegegner wie folgt schuldig: - den Beschwerdegegner 1 des Betrugs im Sinne von Art. 146 Abs. 1 StGB; - die Beschwerdegegner 2 und 3 der Gehilfenschaft zu Betrug im Sinne von Art. 146 Abs. 1 StGB in Verbindung mit Art. 25 StGB. Die Vorinstanz erkannte im Anklagesachverhaltsabschnitt A Folgendes:



- sie sprach den Beschwerdegegner 1 der passiven Privatbestechung im Sinne von Art. 4a Abs. 1 lit. b UWG in Verbindung mit Art. 23 UWG schuldig; - sie sprach die Beschwerdegegner 2 und 3 frei.

1.3 Die Beschwerdeführerin beantragt in der Beschwerde in Strafsachen, im Anklagesachverhaltsabschnitt A seien die Beschwerdegegner 2 und 3 der aktiven Privatbestechung im Sinne von Art. 4a Abs. 1 lit. a UWG in Verbindung mit Art. 23 UWG schuldig zu sprechen.

1.4

1.4.1 Die Vorinstanz erkannte, dass im Anklagesachverhaltsabschnitt A der Beschwerdegegner 1 entgegen der Auffassung der ersten Instanz den Tatbestand des Betrugs nicht erfüllt habe, da es jedenfalls an einem Vermögensschaden fehle. Folglich fiel im Anklagesachverhaltsabschnitt A eine Verurteilung der Beschwerdegegner 2 und 3 wegen Gehilfenschaft zu Betrug ausser Betracht. Die Vorinstanz erwog, im Anklagesachverhaltsabschnitt A habe der Beschwerdegegner 1 aber durch die Entgegennahme der Provision von USD 500'000.-, die er gegenüber seinem Vorgesetzten verschwiegen habe, den Tatbestand der passiven Privatbestechung im Sinne von Art. 4a Abs. 1 lit. b UWG in Verbindung mit Art. 23 UWG erfüllt, wonach unter anderem unlauter handelt, wer als Arbeitnehmer für eine pflichtwidrige oder eine im Ermessen stehende Handlung oder Unterlassung für sich oder einen Dritten einen nicht gebührenden Vorteil annimmt.
Hingegen sprach die Vorinstanz die Beschwerdegegner 2 und 3 vom Vorwurf der aktiven Privatbestechung im Sinne von Art. 4a Abs. 1 lit. a UWG in Verbindung mit Art. 23 UWG frei, wonach unlauter unter anderem handelt, wer einem Arbeitnehmer für eine pflichtwidrige oder eine im Ermessen stehende Handlung oder Unterlassung zu dessen Gunsten oder zu Gunsten eines Dritten einen nicht gebührenden Vorteil gewährt. Sie begründet diesen Freispruch unter Hinweis auf das Verbot der reformatio in peius (Art. 391 Abs. 2 StPO). Gegenüber der erstinstanzlichen Verurteilung wegen Gehilfenschaft zu Betrug im Sinne von Art. 146 Abs. 1 StGB in Verbindung mit Art. 25 StGB würde nach der Auffassung der Vorinstanz eine Verurteilung wegen aktiver Privatbestechung im Sinne von Art. 4a Abs. 1 lit. a UWG in Verbindung mit Art. 23 UWG eine Verschlechterung darstellen, die unzulässig sei, da einzig die



Beschwerdegegner Berufung erhoben hätten. Zwar sei die Sanktionsandrohung bei der aktiven Privatbestechung (Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe; Antragsdelikt) milder als beim Betrug (Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe), so dass insofern keine Verschlechterung vorläge. Die Tatbegehungsform der Haupttäterschaft (die bei der aktiven Privatbestechung vorliegend zur Anwendung käme) wiege allerdings deutlich schwerer als diejenige der Gehilfenschaft (zu Betrug), die gemäss Art. 25 StGB in Verbindung mit Art. 48a StGB zu einer milderen Bestrafung führe, wobei auch ein Unterschreiten einer gesetzlichen Mindeststrafe beziehungsweise der Wechsel zu einer milderen Sanktionsart möglich sei.

1.4.2 Die Beschwerdeführerin macht geltend, im Wechsel vom Betrugsgehilfen zum Haupttäter einer aktiven Privatbestechung liege keine unzulässige Verschlechterung. Die Auffassung der Vorinstanz, dass die Tatbegehungsform der Hauptäterschaft - generell - schwerer wiege als diejenige der Gehilfenschaft, würde in der Konsequenz bedeuten, dass eine Übertretung eine schwerwiegendere rechtliche Qualifikation darstelle als die Gehilfenschaft zu einem Verbrechen, was nicht der Fall sei.

1.5

1.5.1 Das Strafgesetzbuch unterscheidet die Verbrechen von den Vergehen nach der Schwere der Strafen, mit der die Taten bedroht sind (Art. 10 Abs. 1 StGB). Verbrechen sind Taten, die mit Freiheitsstrafe von mehr als drei Jahren bedroht sind (Art. 10 Abs. 2 StGB). Vergehen sind Taten, die mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bedroht sind (Art. 10 Abs. 3 StGB). Betrug wird gemäss Art. 146 Abs. 1 StGB mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft. Die Mindeststrafe ist somit ein Tagessatz Geldstrafe, wobei der Tagessatz nach der Rechtsprechung mindestens 10 Franken betragen muss (siehe BGE 135 IV 180 E. 1.4; s.a. AS 2016 1249). Betrug ist ein Verbrechen (Art. 10 Abs. 2 StGB). Der Gehilfe wird milder bestraft (Art. 25 StGB). Die Strafmilderung ist obligatorisch. Sie bedeutet, dass bei Gehilfenschaft das Gericht nicht an die angedrohte Mindeststrafe gebunden ist und auch auf eine andere als die angedrohte Strafart, einschliesslich Busse, erkennen kann, aber an das gesetzliche Höchst- und Mindestmass der Strafart gebunden ist (Art.

48a StGB; siehe WIPRÄCHTIGER/KELLER, in: Basler Kommentar, Strafrecht, Bd. I, 3. Aufl. 2013, N. 1 zu Art. 48a StGB mit weiteren Hinweisen; SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, Strafen und Massnahmen, 8. Aufl. 2007, § 5 S. 77; a.A.



HANS MATHYS, Leitfaden Strafzumessung, 2016, S. 151 Rz. 343). Bei Gehilfenschaft zu Betrug im Sinne von Art. 146 Abs. 1 StGB in Verbindung mit Art. 25 StGB beträgt somit die Höchststrafe - unter Vorbehalt von Strafschärfungsgründen - fünf Jahre minus 1 Tag Freiheitsstrafe und die Mindeststrafe Busse von allenfalls 1 Franken. An der rechtlichen Qualifikation als Verbrechen ändert sich nichts. Aktive Privatbestechung gemäss Art. 4a Abs. 1 lit. a UWG in Verbindung mit Art. 23 UWG wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft. Sie ist ein Vergehen (Art. 10 Abs. 3 StGB).

1.5.2 In Anbetracht dessen wiegt das Vergehen der aktiven Privatbestechung weniger schwer als das Verbrechen der Gehilfenschaft zu Betrug, insbesondere weil bei der aktiven Privatbestechung eine Freiheitsstrafe von mehr als drei Jahren, die bei der Gehilfenschaft zu Betrug möglich ist, ausser Betracht fällt. Wird ein Verhalten statt als Gehilfenschaft zu einem Verbrechen als Vergehen in Haupttäterschaft qualifiziert, so erfolgt dadurch entgegen der Auffassung der Vorinstanz keine härtere, sondern im Gegenteil eine mildere rechtliche Qualifikation. Wohl wiegt eine Verurteilung als (Mit-)Täter schwerer als eine Verurteilung als Gehilfe (siehe BGE 139 IV 282 E. 2.5). Dies gilt aber nur, soweit die Verurteilungen denselben Straftatbestand beziehungsweise dieselbe Deliktskategorie betreffen. Die Gehilfenschaft zu einem Verbrechen bleibt trotz der obligatorischen Strafmilderung ein Verbrechen und wiegt daher schwerer als ein Vergehen in der Begehungsform als Haupttäter, was sich schon daraus ergibt, dass bei der Gehilfenschaft zu einem Verbrechen eine Freiheitsstrafe von über drei Jahren möglich bleibt. Dass bei der Gehilfenschaft zu Betrug die theoretisch mögliche Mindeststrafe allenfalls niedriger ist (allenfalls 1 Franken Busse anstatt 1 Tagessatz Geldstrafe von mindestens 10 Franken), ist unerheblich.

1.6 Der Freispruch der Beschwerdegegner 2 und 3 vom Vorwurf der aktiven Privatbestechung kann somit entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht damit begründet werden, dass eine entsprechende Verurteilung gegen das Verschlechterungsverbot verstiesse. Die Beschwerde ist daher in diesem Punkt gutzuheissen. Die Vorinstanz wird sich im neuen Verfahren mit den von ihr bis anhin noch nicht beurteilten Fragen befassen, ob sich die Beschwerdegegner 2 und 3 der aktiven Privatbestechung im Sinne von Art. 4a Abs. 1 lit. a UWG in Verbindung mit Art. 23 UWG schuldig gemacht haben und hiefür zu bestrafen sind. (...)