

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6B_474/2012

Urteil vom 18. April 2013
Strafrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Mathys, Präsident,
Bundesrichter Denys, Oberholzer,
Gerichtsschreiber Näf.

Verfahrensbeteiligte
Z._____,
vertreten durch Rechtsanwalt
Dr. Marc Engler, Postfach 2121, 8022 Zürich,
Beschwerdeführer,

gegen

Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Florhofgasse 2, 8001 Zürich,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand
Ersatzforderung,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Strafkammer, vom 21. Mai 2012.

Sachverhalt:

A.
Die II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich verpflichtete Z._____ mit Urteil vom 21. Mai 2012 in Bestätigung des Entscheids des Bezirksgerichts Zürich, 9. Abteilung, vom 11. Oktober 2010, dem Staat als Ersatz für nicht mehr vorhandenen, widerrechtlich erlangten Vermögensvorteil Fr. 174'200.-- zu bezahlen.

B.
Z._____ führt Beschwerde in Strafsachen mit den Anträgen, das Urteil des Obergerichts aufzuheben und den Einziehungsantrag der Staatsanwaltschaft abzuweisen. Eventualiter sei das angefochtene Urteil, soweit ihn betreffend, aufzuheben und die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Erwägungen:

1.
1.1 Durch das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 11. Oktober 2010 und hernach durch das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 21. Mai 2012 wurde X._____ der ungetreuen Geschäftsbesorgung schuldig gesprochen. In diesen Entscheiden wurde der Beschwerdeführer als Einziehungsbetroffener verpflichtet, dem Staat als Ersatz für nicht mehr vorhandenen, widerrechtlich erlangten Vermögensvorteil Fr. 174'200.-- zu bezahlen. Die von X._____ gegen den Schuldspruch wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung erhobene Beschwerde in Strafsachen wies das Bundesgericht mit Urteil 6B_491/2012 vom 18. April 2013 ab, soweit es darauf eintrat. Damit liegt eine Anlasstat vor. X._____ machte sich der qualifizierten ungetreuen Geschäftsbesorgung in Bereicherungsabsicht (Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 und 3 StGB) zum Nachteil der A._____ unter anderem dadurch schuldig, dass er als deren Geschäftsführer am 25. April 2000 Aktien der Mitarbeiterbeteiligungsfirma B._____, welche der A._____ gehörten, pflichtwidrig zu einem zu tiefen Preis an den Beschwerdeführer und weitere Mitglieder der Konzernleitung der A._____

veräusserte. Der Beschwerdeführer konnte dank der von X. _____ begangenen Straftat 20'000 B. _____-Aktien zum Nennwert von Fr. 10.-- statt zum effektiven Wert von Fr. 20.76 erwerben, wodurch er einen unrechtmässigen Vermögensvorteil in der Höhe von Fr. 215'200.-- erlangte. Unter Berücksichtigung der vom Beschwerdeführer im Rahmen eines Vergleichs geleisteten Zahlung von Fr. 41'000.-- an die A. _____ setzt die Vorinstanz die Ersatzforderung auf Fr. 174'200.-- fest.

1.2 Der Beschwerdeführer macht geltend, bei Vermögensdelikten gegen Einzelne falle eine Einziehung respektive eine staatliche Ersatzforderung ausser Betracht, wenn mittels Vergleichs ein Schadensausgleich zwischen den Parteien erfolgt sei und der Vergleich nicht die Umgehung des staatlichen Einziehungsanspruchs bezwecke. Diese Auffassung stehe nicht im Widerspruch zum Grundsatz, dass sich strafbares Verhalten nicht lohnen darf. Wenn ein Schadensausgleich mittels gerichtlichen Vergleichs erfolge, sei eine Einziehung beziehungsweise staatliche Ersatzforderung ausgeschlossen und daher der genannte Grundsatz - unter Vorbehalt der Gesetzesumgehung - nicht anwendbar. Dies ergebe sich auch aus dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismässigkeit sowie daraus, dass das Strafrecht "ultima ratio" sei. Die Einziehung respektive staatliche Ersatzforderung falle entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht erst dann ausser Betracht, wenn der rechtmässige Zustand vollständig wiederhergestellt worden sei. Der Verzicht auf einen Teil der Ansprüche sei ein inhärentes Merkmal des (gerichtlichen) Vergleichs. Durch den Vergleich werde der rechtmässige Zustand wiederhergestellt, womit eine Einziehung respektive eine staatliche Ersatzforderung ausgeschlossen sei.

1.3 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 feststand (Urteil S. 111).

1.4 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; 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, Kommentar Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, Bd. I, 2. Aufl. 2007, Art. 70-72 StGB N. 67 Fn. 379, N. 99; wohl auch FLORIAN BAUMANN, Basler Kommentar, Strafrecht I, 2. Aufl. 2007, Art. 70/71 StGB N. 35). 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, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 73 D-StGB N. 23, 27; THOMAS FISCHER, Kommentar, 60. Aufl. 2013, § 73 D-StGB N. 23; vgl. auch BGH vom 11. Mai 2006 in NStZ 2006 S. 621 ff.; 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 zwischen dem Beschuldigten und dem Geschädigten 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.

1.5 Die weiteren Einwände des Beschwerdeführers gegen die staatliche Ersatzforderung sind ebenfalls unbegründet.

1.5.1 Es ist unerheblich, ob die Vergleichssumme von Fr. 350'000.-- entsprechend den Feststellungen der Vorinstanz nur rund 10 % der von der A._____ vor dem Handelsgericht eingeklagten Schadenersatzforderung respektive 17 % des Deliktsbetrags ausmacht oder ob sie, wie der Beschwerdeführer behauptet, unter Berücksichtigung von Gegenansprüchen 55 % der von der Vorinstanz festgesetzten Ersatzforderung beträgt. Gegenforderungen sind nicht verrechnungsweise zu berücksichtigen. Einzuziehen ist der durch die strafbare Handlung erlangte Vermögenswert unter Abzug bereits erfolgter Rückzahlungen. Ohne Bedeutung ist auch, ob die A._____ in ihrer Klage vom 31. Dezember 2004 gegen den Beschwerdeführer und weitere Konzernleitungsmitglieder vor dem Handelsgericht entsprechend den Feststellungen der Vorinstanz nur Schadenersatzansprüche wegen Verletzung innominatvertraglicher Pflichten, oder, wie der Beschwerdeführer vorbringt, auch deliktsrechtliche Ansprüche geltend machte und somit der Vergleich auch diese erfasst. Mangels rechtlicher Relevanz dieser Fragen erübrigen sich weitere Abklärungen. Die Vorinstanz weist zwar darauf hin, dass die Vergleichssumme von insgesamt Fr. 350'000.-- lediglich 10 % der ursprünglichen Schadenersatzforderung der A._____ respektive 17 % des Deliktsbetrags ausmacht. Sie begründet die Einziehung respektive 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" (Urteil S. 111). Daraus ergibt sich, dass die Vorinstanz eine Einziehung respektive staatliche Ersatzforderung auch angeordnet hätte, wenn die Vergleichssumme beispielsweise 70 % der ursprünglichen Schadenersatzforderung betragen hätte.

1.5.2 Es trifft zu, dass BGE 129 IV 305 Antragsdelikte gemäss dem UWG zum Gegenstand hat. Das UWG schützt nicht nur das Vermögen des Einzelnen, sondern grundsätzlich auch das öffentliche Interesse an einem lauterem Wettbewerb. Daher sind zum Strafantrag wegen unlauteren Wettbewerbs nicht nur die einzelnen Geschädigten, sondern auch Berufs- und Wirtschaftsverbände und Konsumentenschutzorganisationen sowie, unter gewissen Voraussetzungen, der Bund berechtigt (Art. 23 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 9 und 10 UWG). In dem in BGE 129 IV 305 beurteilten Fall hatte neben einzelnen Geschädigten gestützt auf Art. 23 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 10 Abs. 2 lit. c

UWG auch der Bund Strafantrag gestellt. Das Bundesgericht verwarf den Einwand, dass eine Einziehung respektive staatliche Ersatzforderung ausser Betracht fällt, soweit es an einem gültigen Strafantrag fehlt. Es erwog, dass sich strafbares, d.h. tatbestandsmässiges und rechtswidriges Verhalten auch dann nicht lohnen darf, wenn aus irgendeinem Grunde der erforderliche gültige Strafantrag fehlt. Für das Bundesgericht war nicht von Bedeutung, dass das UWG nicht nur das Vermögen des Einzelnen, sondern auch das öffentliche Interesse an einem lauterem Wettbewerb schützt. Die Erkenntnis, dass der durch ein Antragsdelikt erlangte Vermögenswert auch bei Fehlen eines gültigen Strafantrags einzuziehen ist, gilt, wie in BGE 129 IV 305 E. 4.2.6 klargelegt wird, unabhängig davon, aus welchen Gründen im konkreten Einzelfall ein gültiger Strafantrag fehlt und/oder eine bestimmte Straftat nur auf Antrag verfolgt wird. Sie gilt mithin auch dann, wenn die geschädigte Person in Kenntnis der Sach- und Rechtslage auf den Strafantrag deshalb verzichtet, weil sie an einer strafrechtlichen Verfolgung des Täters nicht interessiert ist.

2.

Die Beschwerde ist abzuweisen. Der Beschwerdeführer hat die bundesgerichtlichen Kosten zu tragen (Art. 66 Abs. 1 Satz 1 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 4'000.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

3.

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

Lausanne, 18. April 2013

Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Mathys

Der Gerichtsschreiber: Näf