

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

6B 1324/2018, 6B 22/2019

Urteil vom 22. März 2019

Strafrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Denys, Präsident,
Bundesrichter Rüedi,
nebenamtliche Bundesrichterin Lötscher,
Gerichtsschreiber Matt.

Verfahrensbeteiligte
6B 1324/2018
X._____, vertreten durch Rechtsanwalt
Dr. Rolf Schmid,
Beschwerdeführer,

und

6B 22/2019
Sammelstiftung BVG Y._____,
Beschwerdeführerin,

gegen

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

Gegenstand
6B 1324/2018
Gewerbmässiger Betrug und Widerruf; Willkür,

6B 22/2019
Schadenersatz,

Beschwerden gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Strafkammer, vom 1. November 2018.

Sachverhalt:

A.

Gemäss Anklage der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich bezog X._____ Invalidenrenten aus IVG, BVG, UVG, Ergänzungsleistungen nach ELG und weitere Zusatzleistungen, nachdem er gegenüber den verschiedenen Leistungserbringern unwahre Angaben gemacht hatte, die für diese weder erkennbar noch überprüfbar waren. Bei Kenntnis der von X._____ im Alltag nachgegangenen Aktivitäten wäre diesem laut Anklage nie eine Rente zugesprochen worden, da seine Erwerbsfähigkeit nicht in einem rentenbegründenden Ausmass eingeschränkt war. Nach der Anklage konnte er mit diesen Leistungen zulasten mehrerer Geschädigter (SVA Zürich, Sammelstiftung BVG Y._____, SUVA, Stadt B._____, Gemeinde C._____) einen namhaften Teil seiner Lebensunterhaltskosten bestreiten.

B.

Das Bezirksgericht Dietikon verurteilte X._____ mit Urteil vom 13. Dezember 2016 wegen gewerbmässigen Betrugs zu einer vollziehbaren Freiheitsstrafe von 29 Monaten als teilweise Zusatzstrafe zum Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 16. Februar 2007. Die Schadenersatzforderung der Sammelstiftung BVG Y._____ hiess es im Umfang von Fr. 47'776.60

zzgl. 5% Zins ab 1. Juli 2012 gut. Im Mehrbetrag (Zins vor 1. Juli 2012) verwies es die Geschädigte auf den ordentlichen Prozessweg.

C.

Am 1. November 2018 bestätigte das Obergericht des Kantons Zürich den Schuldspruch und erhöhte die Freiheitsstrafe auf 36 Monate, davon 24 Monate bedingt mit Probezeit von zwei Jahren. Auf die Schadenersatzforderung der Sammelstiftung BVG Y. _____ trat das Obergericht nicht ein.

D.

X. _____ und die Sammelstiftung BVG Y. _____ führen Beschwerde in Strafsachen. X. _____ beantragt die Aufhebung des Urteils des Obergerichts Zürichs und einen Freispruch vom Vorwurf des gewerbsmässigen Betrugs. Eventualiter sei die Sache zur neuen Entscheidung an das Obergericht zurückzuweisen. Er ersucht um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung im bundesgerichtlichen Verfahren.

Die Sammelstiftung BVG Y. _____ beantragt, Ziff. 1 des vorinstanzlichen Urteils sei aufzuheben. X. _____ sei zu verurteilen, ihr Schadenersatz von Fr. 47'776.60 zzgl. 5% Zins ab 1. Juli 2012 zu bezahlen. Eventualiter sei die Sache zur materiellen Beurteilung der Forderung an das Obergericht zurückzuweisen. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten von X. _____.

Erwägungen:

1.

Das Bundesgericht vereinigt mehrere Verfahren, wenn sie in einem engen sachlichen Zusammenhang stehen, namentlich wenn sie sich gegen denselben Entscheid richten und wenn sie die gleichen Parteien sowie ähnliche oder gleiche Rechtsfragen betreffen (Art. 71 BGG i.V.m. Art. 24 Abs. 2 lit. b BZP; BGE 133 IV 215 E. 1 S. 217; 126 V 283 E. 1 S. 285; 113 Ia 390 E. 1 S. 394). Dies ist vorliegend der Fall. Es rechtfertigt sich daher, die beiden Verfahren zu vereinigen und die Beschwerden in einem einzigen Entscheid zu behandeln.

2.

2.1. Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Gemäss Art. 97 Abs. 1 BGG kann die Feststellung des Sachverhalts durch die Vorinstanz nur gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Verletzung von schweizerischem Recht im Sinne von Art. 95 BGG beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann. Offensichtlich unrichtig ist die Sachverhaltsfeststellung, wenn sie willkürlich im Sinne von Art. 9 BV ist (BGE 143 IV 241 E. 2.3.1; 143 I 310 E. 2.2; je mit Hinweis). Willkür liegt nach ständiger Rechtsprechung nur vor, wenn die vorinstanzliche Beweiswürdigung schlechterdings unhaltbar ist, d.h. wenn die Behörde in ihrem Entscheid von Tatsachen ausgeht, die mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch stehen oder auf einem offenkundigen Fehler beruhen. Dass eine andere Lösung ebenfalls möglich erscheint, genügt nicht (BGE 143 IV 241 E. 2.3.1 mit Hinweisen). Die Willkürüge muss in der Beschwerde explizit vorgebracht und substantiiert begründet werden (Art. 106 Abs. 2 BGG). Auf ungenügend begründete Rügen oder rein appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid tritt das Bundesgericht nicht ein (BGE 144 V 50 E. 4.2 S. 53; 142 III 364 E. 2.4 S. 368; je mit Hinweisen).

2.2. Der Beschwerdeführer rügt, die Vorinstanz habe eine Stellungnahme von Dr. A. _____ vom 25. November 2005 in willkürlicher Beweiswürdigung ausser Acht gelassen, obwohl oder gerade weil diese den Beschwerdeführer entlasten würde. Gemäss dieser Stellungnahme spreche das Vortäuschen eines Unfalls mit erheblicher krimineller Energie im Jahr 2003 durch den Beschwerdeführer nicht gegen die Diagnose einer vollen Arbeitsunfähigkeit. Der Beschwerdeführer zeige alle Gemütszustände zwischen Apathie und völligem «Ausrasten». Bei willkürfreier Beweiswürdigung müsse man zum Schluss kommen, dass sich die dokumentierten Aktivitäten des Beschwerdeführers mit der Einschätzung des Gutachters betreffend seiner Gemütszustände vereinbaren liessen.

2.3. Es liegt keine willkürliche Beweiswürdigung vor. Inwiefern die Einschätzungen des RAD-Arzt Dr. A. _____ vom 25. November 2005 zu einer relevanten Entlastung des Beschwerdeführers führen sollen, ist nicht ersichtlich. Der Arzt äusserte sich nur dazu, dass das Vortäuschen eines Unfalls im Jahr 2003 seine Diagnose der Arbeitsunfähigkeit nicht infrage stelle. Er äusserte sich nicht zur - vorliegend relevanten - Frage, inwiefern die Erkenntnisse aus den Observationen und

Sicherstellungen diese Diagnose infrage stellen könnten, weil die fraglichen Erkenntnisse zu diesem Zeitpunkt noch gar nicht vorlagen. Hierzu äussern sich die später erstellten Gutachten, auf die im vorinstanzlichen Urteil abgestellt wurde (Urteil, Seite 32 ff.). Zudem hat die Einschätzung der Gemütszustände des Beschwerdeführers durch Dr. A. _____ keinen Einfluss auf die zu erstellende Frage, ob der Beschwerdeführer gegenüber den Leistungserbringern unwahre Angaben gemacht hat, und ob diese für die Leistungserbringer weder erkennbar noch überprüfbar waren. Insofern ist nicht einmal ersichtlich, inwiefern das Abstellen auf die Einschätzung von Dr. A. _____ für das Beweisergebnis relevant sein soll. Die Vorbringen des Beschwerdeführers sind nicht geeignet, die sorgfältige Beweiswürdigung der Vorinstanz als willkürlich erscheinen zu lassen.

3.

3.1. Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung von Art. 146 StGB. Er bestreitet das Vorliegen einer arglistigen Täuschung. Die SUVA und die IV-Stelle Zürich hätten ihren Irrtum durch ein Minimum zumutbarer Vorsicht vermeiden können und seien deshalb strafrechtlich nicht zu schützen. Die diversen Ärzte und Gutachter sowie die auftraggebenden Leistungserbringer treffe eine Opfermitverantwortung, die die Arglist des Beschwerdeführers ausschliessen würden.

3.2. Gemäss Art. 146 Abs. 1 StGB macht sich des Betrugers schuldig, wer in der Absicht, sich oder einen andern unrechtmässig zu bereichern, jemanden durch Vorspiegelung oder Unterdrückung von Tatsachen arglistig irreführt oder in einem Irrtum arglistig bestärkt und so den Irrenden zu einem Verhalten bestimmt, wodurch dieser sich selbst oder einen andern am Vermögen schädigt.

Die Täuschung ist arglistig, wenn der Täter ein Lügengebäude errichtet oder sich besonderer Machenschaften bedient. Bei einfachen falschen Angaben wird Arglist bejaht, wenn deren Überprüfung nicht zumutbar oder nicht bzw. nur mit besonderer Mühe möglich ist und wenn der Täter das Opfer von der möglichen Überprüfung abhält oder nach den Umständen voraussieht, dass dieses die Überprüfung der Angaben aufgrund eines besonderen Vertrauensverhältnisses unterlassen werde. Das Merkmal ist nicht erfüllt, wenn das Täuschungsoffer den Irrtum mit einem Mindestmass an Aufmerksamkeit hätte vermeiden können. Der Tatbestand erfordert aber nicht, dass das Opfer die grösstmögliche Sorgfalt walten lässt und alle erdenklichen Vorkehrungen trifft, um den Irrtum zu vermeiden. Arglist scheidet nur bei Leichtfertigkeit des Opfers aus, welche das betrügerische Verhalten des Täters in den Hintergrund treten lässt (BGE 143 IV 302 E. 1 S. 303 ff.; 135 IV 76 E. 5.2; 128 IV 18 E. 3a; 126 IV 165 E. 2a; je mit Hinweisen). Die zum Ausschluss der Strafbarkeit des Täuschenden führende Opferverantwortung kann nur in Ausnahmefällen bejaht werden (BGE 135 IV 76 E. 5.2 S. 80 f. mit Hinweisen; Ursula Cassani, Der Begriff der arglistigen Täuschung als kriminalpolitische

Herausforderung, ZStrR 117/1999 S. 163).

3.3. Aufgabe der Ärzte bei der Feststellung der zumutbaren Arbeitsfähigkeit im Rahmen der Sozialversicherungen ist es, den Gesundheitszustand der versicherten Person zu beurteilen und dazu Stellung zu nehmen, in welchem Umfang und bezüglich welcher Tätigkeiten sie arbeitsunfähig ist (BGE 132 V 93 E. 4; präzisiert in BGE 140 V 193 E. 3.2; Urteile 6B 1219/2017 vom 4. Juni 2018 E. 2.2; 6B 1099/2016 vom 1. September 2017 E. 3.3.3). Die Rechtsprechung bejaht im Rahmen der Ausrichtung von Versicherungsleistungen besondere betrügerische Machenschaften, wenn dem Gutachter anlässlich der Exploration in einer eigentlichen Inszenierung Schmerzen und Beeinträchtigungen vorgespielt werden, die jedenfalls im vorgegebenen Ausmass nicht vorhanden sind. So hat das Bundesgericht etwa in Zusammenhang mit einem geltend gemachten Schleudertrauma Arglist wiederholt mit der Begründung bejaht, der Betroffene habe tatsächlich nicht bestehende Beschwerden vorgetäuscht (Urteile 6B 1219/2017 vom 4. Juni 2018 E. 2.2;; 6B 107/2016 vom 3. Februar 2017 E. 6.2.1; 6B 1029/2013 vom 24. Februar 2014 E. 2.4; je mit Hinweisen).

3.4. Der Beschwerdeführer täuschte über das Ausmass der Beschwerden und damit über den Umfang der Einschränkung in der Arbeitsfähigkeit sowie über seine erheblichen (privaten und geschäftlichen) Tätigkeiten. Er spielte den Ärzten jedenfalls im vorgegebenen Ausmass nicht vorhandene Schmerzen und Beeinträchtigungen vor und verheimlichte einen wesentlichen Teil seiner Aktivitäten.

3.5. Das Tatbestandsmerkmal der Arglist ist erfüllt. Bei der Feststellung des Grades der Arbeitsunfähigkeit sind Ärzte mangels organisch nachweisbarer pathologischer Befunde in hohem Masse auf die Befragung des Patienten zu seinen Beschwerden und Einschränkungen angewiesen (Urteile 6B 107/2016 vom 3. Februar 2017 E. 6.3; 6B 188/2007 vom 15. August 2007 E. 6.4). Die vom Beschwerdeführer vorgegebenen Beschwerden und Schmerzen waren nicht oder jedenfalls nur

mit einem unzumutbaren Aufwand überprüfbar. Das ergibt sich zwanglos aus den zahlreichen ärztlichen Stellungnahmen sowie insbesondere aus dem Umstand, dass erst ein anonymes Hinweis, privatdetektivische und polizeiliche Observationen sowie Sicherstellungen privater Fotos und Videos die wahre psychische und physische Verfassung und die Aktivitäten des Beschwerdeführers (Betreiben eines eigenen Clubs während einiger Monate, Tätigkeit als Türsteher in einem Club über 10 Jahre hinweg, aktive körperliche Mitarbeit beim Bau eines Hauses im Kosovo, Reisen in diverse Länder, mehrere 100 km Autofahren am Stück, regelmässiges Training im Fitnessstudio, regelmässiger Besuch von Restaurants, Bars und Clubs, ausgelassenes Tanzen an Feiern, etc.) zu Tage brachte.

3.6. Die jahrelange übertriebene Darstellung der Beschwerden und Beeinträchtigungen war für die Ärzte und die Versicherungen nicht ohne Weiteres durchschaubar. Dabei stellten die Ärzte und Leistungserbringer nicht einzig auf die Darstellung des Beschwerdeführers ab, sondern überprüften dessen Angaben insbesondere nach seiner Verurteilung wegen Betrugs im Jahr 2007 (Urteil 6B 275/2007 vom 2. November 2007) im Rahmen ihrer Möglichkeiten. Mit Blick auf die wiederholten Inszenierungen, Aggravationen und Lügen des Beschwerdeführers kann das Verhalten der Ärzte und Versicherungen nicht als leichtfertig bezeichnet werden. Daran ändert auch die vom Beschwerdeführer vorgebrachte Passage im Aktengutachten von Dr. Kopp vom 15. Februar 2012 nichts. Dr. Kopp weist darauf hin, dass schon früher aufgrund verschiedener Merkmale auf medizinische Unstimmigkeiten im Verhalten und in der Beschwerdepräsentation des Beschwerdeführers hätte geschlossen werden können, und dass insofern eine Mangelhaftigkeit früherer medizinischer Stellungnahmen vorliege. Diese Kritik ändert nichts daran, dass die Ärzte auf die Angaben des Beschwerdeführers angewiesen waren, und diese nicht oder nur mit einem unzumutbaren Aufwand überprüfbar waren. Eine Sozialversicherung ist nur dann zu einer näheren Überprüfung der Angaben der versicherten Person verpflichtet, wenn sich aus den eingereichten Unterlagen und vorhandenen Akten Anhaltspunkte ergeben, wonach diese unzutreffend wären (Urteil 6B 1222/2016 vom 5. April 2017 E. 6.2.3 mit Hinweis). Dass insbesondere die SVA Zürich bei Vorliegen solcher Anhaltspunkte jeweils nähere Überprüfungen vorgenommen hat, ist hinreichend erstellt und wird vom Beschwerdeführer nicht in Zweifel gezogen. Den befassten Ärzten und Leistungserbringern kann keine Leichtfertigkeit unterstellt werden. Vielmehr ist dem Beschwerdeführer Durchtriebenheit vorzuwerfen. Wenn er nach seinem jahrelangen täuschenden Verhalten den abklärenden Ärzten jetzt vorwirft, sie hätten sich «offensichtlich keine eingehenden Gedanken hinsichtlich des Wahrheitsgehalts [seiner] Angaben» gemacht, so mutet dieser Vorwurf angesichts der zahlreichen medizinischen Abklärungen, zu denen sein Verhalten Anlass gegeben hat, dreist an. Die zum Ausschluss der Strafbarkeit des Täuschenden führende Opferverantwortung kann nur in Ausnahmefällen bejaht werden. Ein solcher liegt hier nicht vor. Die Täuschung des Beschwerdeführers erweist sich als arglistig. Die Vorinstanz qualifiziert sein Handeln zu Recht als gewerbsmässigen Betrug im Sinne von Art. 146 Abs. 1 und 2 StGB.

4.

4.1. Die Beschwerdeführerin ist eine registrierte Vorsorgeeinrichtung. Sie macht adhäsionsweise einen Rückforderungsanspruch gegen den Beschwerdeführer geltend. Die Vorinstanz trat auf ihre Adhäsionsklage nicht ein, weil der Rückforderungsanspruch öffentlich-rechtlicher Natur und deshalb nicht adhäsionsfähig sei. Die Beschwerdeführerin stellt sich auf den Standpunkt, einen zivilrechtlichen Anspruch zu haben und rügt eine Verletzung der Bestimmungen über die Privatklägerschaft und die Adhäsionsklage (Art. 118 ff. StPO, insbesondere Art. 122 Abs. 1 und 3, Art. 123 sowie Art. 124 und Art. 126 StPO).

4.2. Zur Beschwerde in Strafsachen ist berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat; und ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids hat, insbesondere die Privatklägerschaft, wenn der angefochtene Entscheid sich auf die Beurteilung ihrer Zivilansprüche auswirken kann (Art. 81 Abs. 1 a und lit. b Ziff. 5 BGG). In ständiger Rechtsprechung tritt das Bundesgericht gestützt auf Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 5 BGG mangels Beschwerdelegitimation nicht auf eine Beschwerde in Strafsachen ein, wenn der Beschwerdeführer nicht einen zivilrechtlichen, sondern einen öffentlich-rechtlichen Anspruch mittels Adhäsionsklage geltend machen wollte (BGE 131 I 455 E. 1.2.4 S. 461; 128 IV 188 E. 2.2 f. S. 191 f. mit Hinweisen).

4.3. Die umstrittene Frage nach der Rechtsnatur des Rückforderungsanspruchs entscheidet vorliegend über Zulässigkeit und Begründetheit der Beschwerde. Es handelt sich um eine sogenannte doppelrelevante Tatsache. Doppelrelevante Tatsachen, die für die Zulässigkeit und die Begründetheit

eines Rechtsmittels ausschlaggebend sind, werden grundsätzlich nur im Rahmen der Begründetheit geprüft. Für die Zulässigkeit genügt, wenn sie schlüssig behauptet wurden (BGE 141 III 294 E. 5.1 f. mit Hinweisen). Die Beschwerdeführerin bringt schlüssig vor, einen Zivilanspruch gegen den Beschwerdeführer zu haben. Es ist deshalb auf die Beschwerde der Beschwerdeführerin einzutreten.

5.

5.1. Der Begriff des zivilrechtlichen Anspruchs gemäss Art. 122 Abs. 1 StPO ist gleich auszulegen wie der Begriff des Zivilanspruchs gemäss Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 5 BGG. Als Zivilansprüche im Sinne von Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 5 BGG und Art. 122 Abs. 1 StPO gelten solche, die ihren Grund im Zivilrecht haben und deshalb ordentlicherweise vor dem Zivilgericht durchgesetzt werden müssen. Öffentlich-rechtliche Ansprüche, auch solche aus Staatshaftung, können nicht adhäsionsweise im Strafprozess geltend gemacht werden und zählen nicht zu den Zivilansprüchen im Sinne von Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 5 BGG und Art. 122 Abs. 1 StPO (BGE 141 IV 380 E. 2.3.1 S. 384; 131 I 455 E. 1.2.4 S. 461; 128 IV 188 E. 2.2 f. S. 191 f.; Urteile 6B 232/2017 vom 17. März 2017 E. 2; 6B 1302/2016 vom 1. März 2017 E. 2 mit Hinweis).

5.2. Die Beschwerdeführerin stützt ihren Rückforderungsanspruch auf Art. 35a des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG; SR 831.40). Sie hebt hervor, dass sie als berufliche Vorsorgeeinrichtung dem Bundesgesetz vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) nicht unterstehe und ihr deshalb, anders als den anderen Leistungserbringern, nicht die Möglichkeit offenstehe, ihren Rückforderungsanspruch mittels Verfügung geltend zu machen. Sie müsse vielmehr den Klageweg nach Art. 73 BVG beschreiten, weshalb sie ihren Rückforderungsanspruch mittels Adhäsionsklage geltend machen dürfe. Nach der Rechtsprechung ist der Rechtsweg, auf dem ein Anspruch geltend zu machen ist, nicht entscheidend für die Adhäsionsfähigkeit eines Anspruchs. Nicht nur Zivilansprüche, die auf dem Zivilweg von einem Zivilgericht eingeklagt werden können, sind adhäsionsfähig (BGE 139 IV 310 E. 2 S. 313). Entscheidend ist somit nicht, auf welchem Prozessweg ein Anspruch geltend gemacht werden muss, sondern einzig, ob der betreffende Anspruch zivilrechtlicher Natur ist.

5.3. Die Beschwerdeführerin stützt sich zur Begründung der zivilrechtlichen Natur ihres Rückforderungsanspruchs auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu den Verjährungsfristen nach Art. 35a Abs. 2 BVG. Bei der relativen einjährigen und der absoluten fünfjährigen Frist zur Geltendmachung des Rückforderungsanspruchs handelt es sich um Verjährungsfristen im obligationenrechtlichen Sinne (BGE 142 V 20 E. 3.3 S. 25). Als solche können sie, im Unterschied zu Verwirklichungsfristen, unterbrochen werden (BGE 142 V 20 E. 2 S. 21 f.). Die Qualifikation der Fristen nach Art. 35a Abs. 2 BVG als obligationenrechtliche Verjährungsfristen trägt der von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Tatsache Rechnung, dass Vorsorgeeinrichtungen im Gegensatz zu den dem ATSG unterstehenden Leistungserbringern nicht hoheitlich Verfügungen erlassen dürfen. Diese Qualifikation hat aber keinen Einfluss auf die Frage der Rechtsnatur und der Adhäsionsfähigkeit des Anspruchs.

5.4. Es ist die Rechtsnatur des Rückforderungsanspruchs nach Art. 35a BVG zu klären. Art. 35a BVG fand erst mit der 1. BVG-Revision Eingang in das Gesetz (Botschaft vom 1. März 2000 zur 1. BVG-Revision, BBl 2000 2664 Ziff. 4.1, 2692). Vor Inkrafttreten von Art. 35a BVG im Jahr 2005 enthielt das BVG keine Rechtsgrundlage für die Rückforderung von zu Unrecht ausgerichteten Leistungen. Damals war umstritten, ob sich die Rückforderung nach sozialversicherungsrechtlichen oder privatrechtlichen Grundsätzen richtete (Hans-Ulrich Stauffer, Berufliche Vorsorge, 2. Aufl. 2012, S. 410 Rz. 1114). Die Rechtsprechung wandte sowohl im überobligatorischen als auch im obligatorischen Bereich die Bestimmungen über die ungerechtfertigte Bereicherung (Art. 62 ff. OR) auf die Rückforderung von zu Unrecht ausgerichteten Leistungen der beruflichen Vorsorge an (BGE 133 V 205 E. 3 S. 208; 128 V 50 E. 3a S. 52; 128 V 236 E. 2 S. 239 f.).

5.5. Die referierte Rechtsprechung ist aufgrund des Inkrafttretens von Art. 35a BVG im Geltungsbereich dieser Bestimmung überholt (vgl. zur eingeschränkten Weitergeltung Urteil 9C 108/2016 vom 29. März 2017 E. 3.3 f.; Bettina Kahil-Wolff, in: Handkommentar zum BVG und FZG, Schneider/Geiser/Gächter [Hrsg.], 2010, N. 17 ff. zu Art. 35a BVG). Die historische Grundlage von Art. 35a BVG liegt nicht im privatrechtlichen Bereicherungsrecht, wie dies die Beschwerdeführerin vorbringt, sondern im öffentlichen Recht. Der im Zuge der 1. BVG-Revision eingefügte, am 1. Januar 2005 in Kraft getretene Art. 35a BVG entspricht weitgehend dem auf Ende 2002 aufgehobenen aArt. 47 AHVG sowie dem seit Anfang 2003 geltenden Art. 25 Abs. 1 und 2 ATSG. Weil zur Zeit seiner

Botschaft vom 1. März 2000 zur Revision des BVG noch aArt. 47 AHVG in Kraft stand, bezog sich der Bundesrat auf diese damals die Rückerstattung in der Sozialversicherung prägende Bestimmung. Er hielt dazu fest, der vorgeschlagene neue Art. 35a BVG erlaube die Koordination mit der AHV (BBl 2000 2637 ff., 2692). Die gemäss Art. 25 ATSG für die Rückerstattung massgebenden Grundsätze sind ihrerseits ebenfalls aus aArt. 47 AHVG und der diesbezüglichen Rechtsprechung hervorgegangen (BGE 130 V

318 E. 5 S. 319 ff.). Entsprechend dem integralen Hinweis auf aArt. 47 AHVG in der Botschaft stimmte Art. 35a BVG in der Fassung gemäss Entwurf bis auf die notwendigen redaktionellen Anpassungen praktisch wortwörtlich mit dieser Bestimmung überein. Art. 35a BVG gab in der parlamentarischen Beratung zu keinen Diskussionen Anlass (AB 2002 N 547, S 1046). Art. 35a BVG regelt heute die Rückforderung von zu Unrecht bezogenen Leistungen für den obligatorischen und kraft Verweises in Art. 49 Abs. 2 Ziff. 4 BVG auch für den überobligatorischen Bereich der beruflichen Vorsorge.

5.6. Der spezifischen rechtlichen Konzeption der beruflichen Vorsorge, die sich erheblich von derjenigen der übrigen Sozialversicherungszweige unterscheidet, ist gebührende Beachtung zu schenken: Zum einen besteht bei Letzteren zwischen den Beteiligten ein autoritatives Verhältnis, welches den Versicherungsträger berechtigt und verpflichtet, über Leistungen ebenso wie - bei unrechtmässigem Bezug - über deren Rückerstattung zu verfügen (Art. 49 Abs. 1 ATSG; vgl. auch Art. 5 Abs. 1 VwVG und BGE 130 V 388 E. 2.3 S. 391). Demgegenüber ist es den Vorsorgeeinrichtungen verwehrt, Verfügungen im Rechtssinne zu erlassen (BGE 142 V 20 E. 3.2.1 S. 23; 140 V 154 E. 6.3.4 in fine S. 165; 115 V 224). Zum andern sind die in der Zweiten Säule relevanten Rechtsverhältnisse grundsätzlich rein anschluss- oder vorsorgevertraglicher Natur (vgl. Urteil 9C 108/2016 vom 29. März 2017 E. 3.3).

5.7. Die Rückforderung nach Art. 35a BVG wurde in der 1. BVG-Revision nach sozialversicherungsrechtlichen Grundsätzen ausformuliert (Hans-Ulrich Stauffer, a.a.O., S. 143 Rz. 416). Im Bereich der obligatorischen beruflichen Vorsorge sind auch unter Beachtung der besonderen rechtlichen Konzeption der beruflichen Vorsorge keine Gründe ersichtlich, die trotz der sozialversicherungsrechtlichen Ausgestaltung von Art. 35a BV eine zivilrechtliche Natur des Rückforderungsanspruchs indizieren würden. Das Rechtsverhältnis zwischen Vorsorgeeinrichtung und Destinatär untersteht im Bereich des Obligatoriums dem öffentlichen Recht (STAUFFER, a.a.O., S. 139 ff. Rz. 409 ff.; KASPAR SANER, Das Vorsorgeverhältnis in der obligatorischen und weitergehenden beruflichen Vorsorge, Zürich 2012, S. 13 ff. insb. S. 29 f.). Rechtliche Grundlagen für das Rechtsverhältnis bilden in Bezug auf das Obligatorium die Bestimmungen des BVG (vgl. Art. 5 Abs. 2 BVG; Urteil 9C 705/2017 vom 29. Oktober 2018 E. 2), d.h. solche des öffentlichen Rechts. Für die öffentlich-rechtliche Natur der Rückforderungsansprüche spricht schliesslich die Wahrnehmung öffentlicher Interessen durch die Normen des BVG, nämlich die Deckung typischer sozialer Risiken (Alter, Tod, Invalidität)

für eine grosse Bevölkerungsschicht auf einem angemessenen Niveau zu gewährleisten (vgl. KASPAR SANER, a.a.O., S. 9; sog. Interessentheorie; zu den von Lehre und Rechtsprechung entwickelten Methoden zur Abgrenzung von Privatrecht und öffentlichem Recht vgl. BGE 137 II 399 E. 1.1 S. 404 mit Hinweisen; Urteil 6B 132/2017 vom 24. Mai 2018 E. 1.3.3). Die Rückforderungsansprüche der registrierten Vorsorgeeinrichtungen nach Art. 35a BVG sind jedenfalls im hier zu beurteilenden obligatorischen Bereich als sozialversicherungsrechtlich und damit als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren. Ob es sich im überobligatorischen Bereich gleich verhält, ist vorliegend nicht zu entscheiden. Die Beschwerdeführerin kann ihren Rückforderungsanspruch nicht mittels Adhäsionsklage im Strafprozess geltend machen und der Nichteintretensentscheid der Vorinstanz ist nicht zu beanstanden.

6.

Nach dem Gesagten sind die Beschwerden abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Die Gerichtskosten sind den Beschwerdeführern aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 BGG). Das Gesuch des Beschwerdeführers um unentgeltliche Rechtspflege ist infolge Aussichtslosigkeit abzuweisen (Art. 64 Abs. 1 und 2 BGG). Seiner finanziellen Lage ist bei der Festsetzung der Gerichtskosten Rechnung zu tragen (Art. 65 Abs. 2 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Verfahren 6B 1324/2018 und 6B 22/2019 werden vereinigt.

2.

Die Beschwerden werden abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

3.

Das Gesuch des Beschwerdeführers um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen.

4.

Dem Beschwerdeführer werden Gerichtskosten in Höhe von Fr. 1200.-- auferlegt.

5.

Der Beschwerdeführerin werden Gerichtskosten in Höhe von Fr. 3000.-- auferlegt.

6.

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

Lausanne, 22. März 2019

Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Denys

Der Gerichtsschreiber: Matt