

SK-Nr. 2009 422

Urteil der 2. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern,

unter Mitwirkung von Oberrichterin Bratschi (Präsidentin), Obergerichtssuppleant Gfeller und Oberrichter Cavin sowie Kammerschreiberin Alemayehu

vom 26. November 2010

in der Strafsache gegen

A.

Angeschuldigter/Appellant

wegen Betrugs, evt. Veruntreuung

Regeste:

Konflikte zwischen den Ersatzansprüchen der Geschädigten und den Rechten Dritter, deren Erwerb nach Art. 59 Ziff. 1 Abs. 2 aStGB geschützt ist, sind nach den einschlägigen Bestimmungen des Sachenrechts zu lösen. Daraus folgt, dass die beiden Banken, welche mit Abschluss eines Lombardkredits ein dingliches Pfandrecht erworben hatten, in ihrem Erwerb zu schützen sind und ihr Ersatzanspruch an den beschlagnahmten Vermögenswerten gemäss Art. 59 Ziff. 1 Abs. 2 aStGB Vorrang hat gegenüber den Restitutionsansprüchen der Geschädigten gemäss Art. 59 Ziff. 1 Abs. 1 Satz 2 aStGB. Der Bundesgerichtsentscheid 6B_344/2007 ist nicht einschlägig, da die Bank in diesem Fall nicht gutgläubige Dritterwerberin sondern selbst Geschädigte war.

Auszug aus den Erwägungen:

[...]

VI. VERFÜGUNGEN

[...]

B. Einziehung bzw. Restitution an Geschädigte und/oder Dritterwerber (Art. 59 aStGB)

1. Die X. Bank gewährte dem Angeschuldigten am 9. Oktober 1989 ein Darlehen. Das Darlehen wurde von ihm dazu verwendet, Wertschriften (im Wesentlichen Aktien) zu kaufen. Diese Aktien wurden sodann in einem resp. zwei Depot/s hinterlegt, die gleichzeitig zur Absicherung des gewährten Kredits verpfändet wurden (Depot Nr. 1 bzw. Depot Nr. 2, lautend auf A.). Beim Darlehen handelte es sich somit um einen so genannten Lombardkredit, also um einen durch Wertschriften pfandgesicherten Kredit.

Ein solches Pfanddepot besteht ebenfalls bei der Y. Bank (Pfanddepot Nr. 3, lautend auf A. und seine Ehefrau). Herr und Frau A. führten bei der Z. Bank zwei Wertschriftendepots mit zwei Lombardkrediten. Im Februar 2001 erteilten Herr und Frau A. der Y. Bank den Auftrag, der Z. Bank die Kreditvaluta zu bezahlen (pag. 1267/1269). Die Zahlung von Fr. 353'724.00 erfolgte zu Lasten eines neuen Kredits bei der Y. Bank (pag. 1763). Gegenüber der Z. Bank erfolgte die Zahlung unter der Bedingung, dass die Depotwerte an die Y. Bank ausgeliefert würden. Im Juli 2001 wurde sodann ein Kreditvertrag mit der Y. Bank abgeschlossen.

Im Rahmen der gegen A. geführten Voruntersuchung wurden mit Verfügungen der zuständigen Untersuchungsrichterin vom 30. August 2005 bzw. 22. Mai 2007 diese obgenannten Depots gesperrt. Diese Sperrungen wurden sodann im Rahmen der erstinstanzlichen Beurteilung - mittlerweile rechtskräftig - aufgehoben (vgl. Ziff. 6 der erstinstanzlichen Urteilsformel). Zudem wies die Vorinstanz die beiden Banken an, die sich auf den bei ihnen liegenden Depots befindlichen Titel zu liquidieren, um mit dem daraus resultierenden Erlös die Deliktsbeträge zu decken. Erst ein allfälliger Überschuss sei zur Deckung der

pfandgesicherten Kredite zu verwenden (vgl. Ziff. 7 bis 11 der erstinstanzlichen Urteilsformel).

Gegen diese Verfügungen, wonach den Geschädigten Vorrang vor den Banken zur Deckung ihrer Beträge zu geben ist, erklärten sowohl die X. Bank als auch die Y. Bank die Appellation. Nachstehend ist somit noch über die Liquidation der Depots sowie die Mittelverteilung zu befinden.

2. Mit der Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches vom 13. Dezember 2002, in Kraft seit 1. Januar 2007 (AS 2006 S. 3459), sind die Bestimmungen über die Einziehung neu geordnet worden. Der hier zu beurteilende Einziehungsvorgang ereignete sich vor dem Inkrafttreten des revidierten Rechts. Die Beurteilung ist somit in Anwendung von Art. 2 StGB nach altem Recht vorzunehmen (vgl. BGE 6B_344/2007 vom 1. Juli 2008, E. 3.1).

Als rechtliche Grundlage dient Art. 59 aStGB:

„1. Der Richter verfügt die Einziehung von Vermögenswerten, die durch eine strafbare Handlung erlangt worden sind oder dazu bestimmt worden waren, eine strafbare Handlung zu veranlassen oder zu belohnen, sofern sie nicht dem Verletzten zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes ausgehändigt werden.

Die Einziehung ist ausgeschlossen, wenn ein Dritter die Vermögenswerte in Unkenntnis der Einziehungsgründe erworben hat und soweit er für diese eine gleichwerte Gegenleistung erbracht hat oder die Einziehung ihm gegenüber sonst eine unverhältnismässige Härte darstellen würde.“

Eine Einziehung der Vermögenswerte nach Art. 59 aStGB ist somit nur möglich, wenn sie dem Verletzten nicht zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes ausgehändigt werden oder wenn nicht ein Dritter solche Werte in Unkenntnis der Einziehungsgründe erworben habe und für sie eine gleichwertige Gegenleistung erbracht hat. Damit ist die Einziehung subsidiär zum Rückerstattungsanspruch der Verletzten oder dem Anspruch Dritter.

3. Einziehungsobjekt bilden vorliegend somit die Vermögenswerte der obgenannten Depots bei der X. Bank und der Y. Bank, soweit diese *„durch eine Straftat erlangt worden sind“*, d.h. deliktischer Herkunft sind.

Sowohl Fürsprecher F. namens der X. Bank als auch Fürsprecher K. namens der Y. Bank machten geltend, es sei schon aus zeitlichen Gründen ausgeschlossen, dass es sich bei den auf dem Depot hinterlegten Wertschriften um Deliktserlös handle (vgl. dazu den schriftlichen Parteivortrag von Fürsprecher F. vom 9. November 2010, S. 6 f. [pag. 3542 f.]; sowie den schriftlichen Parteivortrag von Fürsprecher K. vom 16. November 2010, S. 7 [pag. 3567]).

Dem ist entgegen zu halten, dass auch Einzahlungen auf die Konti der X. Bank und der Y. Bank (bzw. der Z. Bank), welche von den vorliegend Geschädigten vor Februar 2002 getätigt wurden, im Rahmen der Prüfung, ob sich Deliktserlös auf den genannten Depots befinden, zu berücksichtigen sind. Dies kann anhand eines konkreten Beispiels aufgezeigt werden: Wie bereits ausgeführt, überwies der Geschädigte B. gestützt auf die Vereinbarung vom 20. Oktober 1999 eine erste Zahlung in der Höhe von Fr. 10'000.00 auf das Konto der Z. Bank (pag. 347). Mit Vereinbarung vom 1. Mai 2001 reinvestierte der Geschädigte B. die ihm vom Angeschuldigten geschuldeten Fr. 10'000.00. Dieser Geldbetrag bildet das (unechte) Surrogat der ursprünglich von ihm einbezahlten Fr. 10'000.00. Gleich verhält es sich sodann mit der Reinvestition gestützt auf die dritte Vereinbarung vom 1. September 2002. Durch diese in betrügerischer Art und Weise vom Angeschuldigten erhältlich gemachte Reinvestition, welche sich auf dem Konto der Y. Bank (als Nachfolgedepot der Z. Bank) befindet bzw. mit Hilfe welcher der Angeschuldigte Wertschriften deliktisch finanzieren konnte, reduzierte sich im Endeffekt die Schuld des Angeschuldigten gegenüber der Y. Bank.

Gleich verhält es sich mit den übrigen, von den vorliegend Geschädigten, nachweisbar auf das Konto der X. Bank und der Y. Bank (bzw. der Z. Bank) einbezahlten Beträgen. Damit ist für die folgenden Beträge der Nachweis erbracht, dass sie deliktischer Herkunft sind (unechte Surrogate) und sich auf einem Konto der X. Bank oder der Y. Bank befinden:

Geschädigter B.	Fr.	10'000.--	Z. Bank/Y. Bank	(pag. 364)
<u>Geschädigte C.</u>	<u>Fr.</u>	<u>20'000.--</u>	<u>Z. Bank/Y. Bank</u>	<u>(pag. 1765)</u>
Total	Fr.	30.000.--		

Geschädigte D.	Fr.	20'000.--	X. Bank	(pag. 692)
Geschädigter E.	Fr.	55'200.--	X. Bank	(pag. 697, 707, 1445)

Geschädigte F.	Fr.	30'000.--	X. Bank	(pag. 696, 729)
Geschädigter G.	Fr.	25'000.--	X. Bank	(pag. 709)
Total	Fr.	130'200.--		

4. Soweit bezüglich der noch bei der X. Bank und der Y. Bank vorhandenen Vermögenswerte ein Deliktsskonnex nachgewiesen werden kann, ist eine Rückerstattung des deliktischen Mittelzuflusses an die Geschädigten im Sinne von Art. 59 Ziff. 1 Abs. 1 Satz 2 aStGB somit grundsätzlich möglich. Es ist jedoch unbestritten, dass sowohl die X. Bank als auch die Y. Bank als gutgläubige Dritterwerber, welche gleichwertige Gegenleistungen erbrachten haben, im Sinne von Art. 59 Ziff. 1 Abs. 2 aStGB gelten. Damit kollidieren die Restitutionsansprüche der Geschädigten mit jenen eines gutgläubigen, von der Einziehung geschützten Dritterwerbers (vgl. dazu SCHMID, Kommentar – Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, Band I, N 72 zu Art. 59 aStGB).

Die Vorinstanz gelangte in ihren Erwägungen zum Schluss, dass der Anspruch der strafrechtlich Geschädigten dem Anspruch der Banken vorgehe. Dabei ging sie davon aus, dass die kreditgewährenden Banken nicht direkt, sondern nur indirekt geschädigt worden seien. Der strafrechtlich Geschädigte werde hinsichtlich der beschlagnahmten Werte, die auf eine Straftat zu seinem Nachteil zurückzuführen seien, gegenüber den andern Gläubigern bevorzugt (vgl. dazu die erstinstanzlichen Erw., S. 67 f. [pag. 2960 f.]). Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden, dies aus den folgenden Gründen:

Konflikte zwischen den Ersatzansprüchen des Geschädigten und den Rechten Dritter, deren Erwerb nach Ziff. 1 Abs. 2 von Art. 59 aStGB geschützt ist, sind nach den einschlägigen Bestimmungen des Sachenrechts zu lösen (vgl. TRECHSEL, Schweizerisches Strafgesetzbuch - Kurzkommentar, 2. neubearbeitete Auflage, N 9 zu Art. 59 aStGB; sowie SCHMID, a.a.O., N 72 zu Art. 59 aStGB). Der Richter ist somit grundsätzlich an die Eigentumsvermutung gemäss Art. 930 ZGB gebunden. Ausserdem lautet Art. 933 ZGB dahingehend, dass derjenige, welcher eine bewegliche Sache in gutem Glauben zu Eigentum oder zu einem beschränktem dinglichen Recht übertragen erhält, in seinem Erwerbe auch dann zu schützen ist, wenn sie dem Veräusserer ohne jede Ermächtigung zur Übertragung anvertraut worden ist. Demgegenüber steht dem

Besitzer, welchem eine bewegliche Sache wider seinen Willen abhanden gekommen ist, während fünf Jahren ein Rückforderungsrecht zu (Art. 934 Abs. 1 ZGB). Auf den vorliegenden Fall angewendet bedeutet dies, dass nachstehend zunächst die Frage zu klären ist, ob die Geschädigten dem Angeschuldigten das Geld anvertraut hatten oder ihnen dieses gegen deren Willen abhanden gekommen ist.

Nach der vorherrschenden Auffassung ist die Sache einem Betrüger im Sinne von Art. 933 ZGB anvertraut (vgl. BGE 121 IV 26, mit Hinweisen auf STARK, Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Der Besitz, 2. Aufl. 1984, N 29 zu Art. 933 ZGB). Hat ein Irrtum, eine Täuschung oder eine Drohung das Vertrauen des Besitzers in den Vertrauensmann mitbegründet oder sonst mitgewirkt, so ist der Vertrag zwar über das Anvertrauen der Sache evtl. wegen Willensmangels anfechtbar. Aber auch bei wegen eines Willensmangels anfechtbarem Vertrag über das Anvertrauen wird der gutgläubige Erwerber vom Nichtberechtigten Eigentümer. Der Erwerber soll sich auf die Publizitätswirkung des Besitzes verlassen können (vgl. dazu STARK/ERNST, BSK ZGB II, 3. Aufl., N 19 f. zu Art. 933 ZGB). Selbst wenn man aber davon ausginge, dass die Vermögenswerte nicht anvertraut gewesen waren, sondern abhanden gekommen sind, können Geld und Inhaberpapiere, auch wenn sie dem Besitzer gegen dessen Willen abhanden gekommen sind, dem gutgläubigen Empfänger nicht abgefordert werden (Art. 935 ZGB).

Daraus erhellt, dass sowohl die X. Bank als auch die Y. Bank, welche mit Abschluss des Lombarkredits ein dingliches Pfandrecht erworben haben, in ihrem Erwerb geschützt werden müssen und ihr Ersatzanspruch an den beschlagnahmten Vermögenswerten gemäss Art. 59 Ziff. 1 Abs. 2 aStGB - entgegen der Auffassung der Vorinstanz - Vorrang hat vor dem Restitutionsanspruch der Geschädigten gemäss Art. 59 Ziff. 1 Abs. 1 Satz 2 aStGB. Die Vorinstanz stützt ihre gegenteilige Auffassung im Übrigen auf einen Bundesgerichtsentscheid BGE 6B_344/2007 vom 1. Juli 2008, welcher nicht einschlägig ist. Im erwähnten Entscheid war die Bank selbst Geschädigte, welche Anspruch auf Restitution ihres Schadens im Sinne von Art. 59 Ziff. 1 Abs. 1 Satz 2 aStGB geltend machte. Ein gutgläubiger Dritterwerb wurde indes verneint, weil der dortige Dritte die Vermögenswerte nicht gestützt auf ein Rechtsgeschäft erworben und keine Gegenleistung erbracht hatte.

Im Gegensatz dazu handelt es sich im vorliegenden Fall bei der X. Bank und der Y. Bank aber um gutgläubige Dritterwerber, welche nicht indirekt geschädigt worden sind, sondern ein dingliches Pfandrecht an den beschlagnahmten Vermögenswerten innehaben und diese Gegenleistungen erbracht haben. Aus den Ausführungen des Bundesgerichts im von der Vorinstanz aufgeführten Entscheid lässt sich somit nicht ableiten, dass die Herausgabe an die Geschädigten bei Kollision der Ansprüche dem gutgläubigen Dritterwerb vorgeht.

5. Gestützt auf das eben Ausgeführte bleiben die sich auf den bei der X. Bank und der Y. Bank liegenden Depots

X. Bank

Y. Bank

Depot Nr. 1

Pfanddepot Nr. 3

Depot Nr. 2

befindlichen Titel nach Rechtskraft des Urteil sichergestellt (Art. 59 aStGB). Die X. Bank sowie die Y. Bank werden angewiesen, die vorgenannten Depots nach Rechtskraft des Urteils bis spätestens am 15. Dezember 2010 zu liquidieren, um mit dem daraus resultierenden Erlös (nach Abzug der entstehenden Gebühren) vorab ihre pfandgesicherten Kredite zu decken (Art. 59 Ziff. 1 Abs. 2 aStGB). Im Urteilsauszug vom 26. November 2010 wurde in diesem Zusammenhang fälschlicherweise Art. 59 Ziff. 2 aStGB aufgeführt. Dabei handelt es sich um einen offensichtlichen Verschied, welcher nunmehr berichtigt wird (vgl. Ziffer D. 3. Abs. 2 sowie Ziffer D. 4. Abs. 2 der nachstehenden Urteilsformel).

Ein allfälliger Überschuss nach Deckung ihrer pfandgesicherten Forderungen haben die X. Bank sowie die Y. Bank umgehend und unaufgefordert auf das PC-Konto Nr. 30-750952-3 der Obergerichtskanzlei des Kantons Bern, Strafkammern, zu überweisen. Ein von der X. Bank überwiesener Überschuss wird sodann in Anwendung von Art. 59 Ziff. 1 Abs. 1 Satz 2 aStGB bis zum Betrag von maximal Fr. 130'200.00, da lediglich dieser Betrag nachweislich deliktischer Herkunft ist (vgl. Erw. VI. B. 3. oben), zu Handen der Geschädigten D., E., F. und G. verwendet. Analog dazu wird ein von der Y. Bank überwiesener Überschuss bis zum Betrag von maximal Fr. 30'000.00 (vgl. Erw. VI. B. 3. oben) zu Handen der beiden Geschädigten B. und C. verwendet. In diesem Zusammenhang wurde im Urteilsauszug vom 26. November 2010

fälschlicherweise Art. 59 Ziff. 1 Abs. 2 aStGB aufgeführt. Auch dabei handelt es sich um einen offensichtlichen Verschieb, welcher nunmehr berichtigt wird (vgl. Ziffer D. 3. Abs. 3 sowie D. 4. Abs. 3 der nachstehenden Urteilsformel).

Die X. Bank und die Y. Bank haben der 2. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern überdies über die Liquidation der Depots, den gesamthaft erzielten Erlös und die vorgängige Deckung ihrer pfandgesicherten Forderungen Bericht zu erstatten.

Verbleibt nach Deckung der vorgenannten Beträge ein allfälliger Überschuss, so bleibt dieser zwecks Ausübung des Retentionsrechts des Kantons sichergestellt (Art. 117 EG ZGB). Ein allfälliger Restbetrag nach Deckung der Staatskosten ist dem Angeschuldigten auszuhändigen. Dazu bleibt - wie bereits im Rahmen der Ausführungen zur Retention der Edelsteine bzw. des Bargeldbetrages ausgeführt (vgl. Erw. VI. A oben) - anzumerken, dass die Ausfällung einer Ersatzforderung bereits aufgrund des zu beachtenden Verschlechterungsverbots ausgeschlossen ist.