

# BGer 6B 285/2018 vom 17. Mai 2019

Bundesgericht, 2019-05-17, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_6B\\_285\\_2018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6B_285_2018)

FR: TF 6B 285/2018 du 17 mai 2019

IT: TF 6B 285/2018 del 17 maggio 2019

## Regeste

Leistung einer Ersatzforderung; Willkür etc. | Strafprozess

## Erwägungen

### E. 1

Der Beschwerdeführer rügt eine willkürliche Beweiswürdigung ( Art. 9 BV ) und die Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes ( Art. 6 StPO ). Die Vorinstanz sei ihrer Pflicht zur Abnahme relevanter Beweismittel und ihrer Begründungspflicht ( Art. 29 Abs. 2 BV ) nicht nachgekommen (Beschwerde S. 6 ff.).

### E. 1.1

Die vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellung kann nur gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann ( Art. 97 Abs. 1 BGG ; vgl. auch Art. 105 Abs. 1 und 2 BGG ). Offensichtlich unrichtig im Sinne von Art. 97 Abs. 1 BGG ist die Sachverhaltsfeststellung, wenn sie willkürlich ist ( BGE 143 IV 241 E. 2.3.1 S. 244 ; 143 I 310 E. 2.2 S. 313; je mit Hinweis; vgl. zum Begriff der Willkür BGE 143 IV 241 E. 2.3.1 S. 244; 141 III 564 E. 4.1 S. 566; je mit Hinweisen). Die Rüge der Verletzung von Grundrechten (einschliesslich Willkür bei der Sachverhaltsfeststellung) muss in der Beschwerde anhand des angefochtenen Entscheids präzise vorgebracht und substantiiert begründet werden, anderenfalls darauf nicht eingetreten wird ( Art. 106 Abs. 2 BGG ; BGE 142 III 364 E. 2.4 S. 368; 142 II 206 E. 2.5 S. 210 ; 142 I 135 E. 1.5 S. 144; je mit Hinweisen). Aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör fliesst die Pflicht der Behörde, ihren Entscheid zu begründen. Die Begründung muss so abgefasst sein, dass sich der Betroffene über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn gegebenenfalls sachgerecht anfechten kann. In diesem Sinne muss der Richter wenigstens kurz die Überlegungen nennen, von denen er sich leiten liess und auf welche er seinen Entscheid stützt ( BGE 143 III 65 E. 5.2 S. 70 f. mit Hinweisen).

### E. 1.2

Am 30. Juli 2003 ging auf das Konto der X.1 \_\_\_\_\_ AG eine Zahlung von Fr. 100'000.-- ein. Diese Zahlung stammte vorwiegend aus einer von P.X. \_\_\_\_\_ getätigten Überweisung von Fr. 191'692.--. Unbestritten ist, dass der einbezahlte Betrag von Fr. 100'000.-- legaler Herkunft war, auf dem Konto der X.1 \_\_\_\_\_ AG sich bereits deliktisch erlangtes Geld im Umfang von rund Fr. 1.5 Mio. befand und später weitere deliktische Vermögenswerte von ca. Fr. 3.5 Mio. eingingen. Unbestritten ist weiter, dass am 18. Februar 2004 vom Konto der X.1 \_\_\_\_\_ AG Fr. 100'000.-- auf das Konto der S. \_\_\_\_\_ Gesellschaft einbezahlt wurden. Die Vorinstanz erwägt, die Einzahlung vom 30. Juli 2003 sei in der Buchhaltung der X.1 \_\_\_\_\_ AG als Kundeneinlage der

Q.\_\_\_\_\_ AG erfasst worden. Am 15. April 2004 habe die X.1\_\_\_\_\_ AG von ihrem Konto Fr. 100'000.-- an die C.\_\_\_\_\_ AG überwiesen, was in der Buchhaltung als Teilrückzahlung an die Q.\_\_\_\_\_ AG verbucht worden sei. Nach den vorinstanzlichen Feststellungen habe die X.1\_\_\_\_\_ AG am 18. Februar 2004 von ihrem Konto Fr. 100'000.-- auf das Konto der S.\_\_\_\_\_ Gesellschaft überwiesen. Mit Blick auf die Buchhaltung der X.1\_\_\_\_\_ AG habe die X.1\_\_\_\_\_ AG damit der X.2\_\_\_\_\_ AG ein Darlehen gewährt. Dieses Geld sei krimineller Herkunft gewesen. Unter dem Titel "rechtliche Beurteilung" hält die Vorinstanz in tatsächlicher Hinsicht weiter fest, die X.1\_\_\_\_\_ AG habe am 18. Februar 2004 die Einmalprämie von Fr. 100'000.-- für die Lebensversicherung des Beschwerdeführers bei der S.\_\_\_\_\_ Gesellschaft bezahlt. Die Gewährung eines Darlehens am 30. Juli 2003 durch den Beschwerdeführer sei nicht erstellt, nachdem die Zahlung durch X.X.\_\_\_\_\_ und nicht durch den Beschwerdeführer erfolgt und als Kundenguthaben der Q.\_\_\_\_\_ AG verbucht worden sei. Deshalb könne der Abschluss einer Lebensversicherung zugunsten des Beschwerdeführers nicht anders als eine Schenkung von der X.1\_\_\_\_\_ AG respektive von X.X.\_\_\_\_\_ zugunsten des Beschwerdeführers gewertet werden (Entscheid S. 167 ff. und S. 82).

### **E. 1.3**

Der Beschwerdeführer führt aus, es sei im vorinstanzlichen Entscheid ungeklärt geblieben, woher die Einzahlung am 30. Juli 2003 von Fr. 100'000.-- auf das Konto der X.1\_\_\_\_\_ AG stamme. Die Argumentation der Vorinstanz sei beliebig und angepasst. Es sei offensichtlich, dass nicht von einer verlässlichen Entscheidungsgrundlage ausgegangen werden könne. Bei korrekter Beweiswürdigung müsste er als wirtschaftlich Berechtigter am Betrag von Fr. 100'000.-- bezeichnet werden. Die Überweisung vom 30. Juli 2003 stehe im Zusammenhang mit dem Kauf einer Liegenschaft. Am 9. April 2003 habe seine Mutter ihm und seinem Bruder eine Liegenschaft in U.\_\_\_\_\_ verkauft. Ab dem gemeinsamen Konto mit seinem Bruder sei am 10. Juli 2003 eine Zahlung von Fr. 100'000.-- an die S.\_\_\_\_\_ Gesellschaft für die Einzel-Lebensversicherungspolice von R.X.\_\_\_\_\_ und am 30. Juli 2003 eine Überweisung auf das Konto der X.1\_\_\_\_\_ AG erfolgt. Der vorinstanzliche Schluss, die am 30. Juli 2003 auf das Konto der X.1\_\_\_\_\_ AG einbezahlten Vermögenswerte gehörten X.X.\_\_\_\_\_, sei willkürlich. Deshalb könne die am 18. Februar 2004 von der X.1\_\_\_\_\_ AG an die S.\_\_\_\_\_ Gesellschaft geleistete Zahlung von Fr. 100'000.-- nicht als Schenkung an ihn (den Beschwerdeführer) und nicht als Deliktserlös bezeichnet werden. Die Schlussfolgerung einer Schenkung widerspreche zudem dem Wortlaut des Buchungstextes. Unabhängig von der Frage, wem der Betrag von Fr. 100'000.-- zugestanden habe, habe die Vorinstanz die Frage, ob es sich bei dem am 18. Februar 2004 überwiesenen Betrag um einen deliktischen Vermögenswert gehandelt habe, nicht schlüssig und bundesrechtswidrig beantwortet. Insbesondere sei X.X.\_\_\_\_\_ nie zu seinen Absichten im Zusammenhang mit der Überweisung vom 18. Februar 2004 befragt worden. Die Überweisung vom 30. Juli 2003 sei ein Darlehen an die X.1\_\_\_\_\_ AG. D.\_\_\_\_\_ hätte damit Devisenhandel betreiben müssen. Dieser Betrag sei parkiert worden und hätte an die S.\_\_\_\_\_ Gesellschaft überwiesen werden müssen, wenn seine (des Beschwerdeführers) Police erstellt gewesen wäre. Dieser Betrag sei vereinbarungsgemäss am 18. Februar 2004 an die S.\_\_\_\_\_ Gesellschaft weitergeleitet worden.

### **E. 1.4.1**

Das Gericht verfügt die Einziehung von Vermögenswerten, die durch eine Straftat erlangt worden sind oder dazu bestimmt waren, eine Straftat zu veranlassen oder zu belohnen, sofern sie nicht dem Verletzten zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes ausgehändigt werden ( Art. 70 Abs. 1 StGB ). Die Einziehung ist ausgeschlossen, wenn ein Dritter die Vermögenswerte in Unkenntnis der Einziehungsgründe erworben hat und soweit er für sie eine gleichwertige Gegenleistung erbracht hat oder die Einziehung ihm gegenüber sonst eine unverhältnismässige Härte darstellen würde ( Art. 70 Abs. 2 StGB ). E contrario folgt aus dieser Bestimmung, dass deliktisch erlangte Vermögenswerte grundsätzlich bei jedem Dritten eingezogen werden können, der diese in Kenntnis der Einziehungsgründe oder ohne gleichwertige Gegenleistung erwirbt (FLORIAN BAUMANN, in: Basler Kommentar, Strafrecht, Bd. I, 4. Aufl. 2019, N. 56 zu Art. 70/71 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 ). Das Gericht kann von einer Ersatzforderung ganz oder teilweise absehen, wenn diese voraussichtlich uneinbringlich wäre oder die Wiedereingliederung des Betroffenen ernstlich behindern würde ( Art. 71 Abs. 2 StGB ).

#### **E. 1.4.2**

Eingezogen werden können nach der Rechtsprechung neben den unmittelbar aus der Straftat stammenden Vermögenswerten auch die echten und unechten Surrogate, sofern die von den Original- zu den Ersatzwerten führenden Transaktionen identifiziert und dokumentiert werden können. Es ist mithin anhand einer "Papierspur" ("paper trail") nachzuweisen, dass die einzuziehenden Werte an Stelle der deliktisch erlangten Originalwerte getreten sind. Ist die Papierspur nicht rekonstruierbar, so ist auf eine Ersatzforderung in entsprechender Höhe zu erkennen ( BGE 126 I 97 E. 3c S. 105 ff.; Urteil 6B\_180/2016 vom 28. Oktober 2016 E. 4.4.1; je mit Hinweisen). Die Vermischung von deliktischem Bargeld mit nicht deliktischem Bargeld oder der Zufluss von deliktischen Vermögenswerten auf ein Konto mit nicht deliktischen Vermögenswerten (oder umgekehrt) wird in der Lehre etwa als "Vermischung" oder "Kontamination" bezeichnet. Radikallösungen, wonach eine solche Vermischung von deliktisch mit nicht deliktisch erlangten Vermögenswerten die Einziehung vollständig ausschliesst respektive die Einziehung des gesamten Vermögenswerts vermischter Herkunft erlaubt, werden abgelehnt (vgl. MARCEL SCHOLL, in: Kommentar Kriminelles Vermögen, Kriminelle Organisation: Einziehung, Kriminelle Organisation, Finanzierung des Terrorismus, Geldwäscherei, Bd. I, 2018, N. 243 f. zu Art. 70 StGB ; MARK PIETH, in: Basler Kommentar, Strafrecht, Bd. II, 4. Aufl. 2019, N. 35 zu Art. 305bis StGB ; ACKERMANN/ZEHNDER, in: Kommentar Kriminelles Vermögen, Kriminelle Organisation: Einziehung, Kriminelle Organisation, Finanzierung des Terrorismus, Geldwäscherei, Bd. II, 2018, N. 361 zu Art. 305bis StGB ; DELNON/HUBACHER, Geldwäscherei und Teilkontamination, ZStrR 134/2016 303 und 340). Diskutiert werden mehrere Zwischenlösungen (etwa die Anteils- oder Proportionalitätslösung, wonach die Wegnahme auf den deliktischen Anteil des vermischten Vermögenswerts beschränkt wird, vgl. Urteil 1B\_711/2012 vom 14. März 2013 E. 4.4.1; Lösungen mit Signifikanzkriterium, wonach der Deliktserlös das legale Vermögen ab einer bestimmten Schwelle vollständig kontaminiert; die Bodensatz-/Sockeltheorie, wonach erst Vermögenswerte eingezogen werden können, wenn die Verfügungen den legalen Anteil übersteigen und damit den "Bodensatz" respektive "Sockel" tangieren; die "Last in first out-Theorie", bei der bildlich gesprochen und im Gegensatz zur Bodensatz-/Sockeltheorie die Vermögenswerte strafbarer

Herkunft "oben aufschwimmen" und sämtliche Verfügungen über das Kontoguthaben bis zur Höhe der deliktisch erlangten Vermögenswerte einziehbar sind (vgl. SCHOLL, a.a.O., N. 238 ff. zu Art. 70 StGB ; FLORIAN BAUMANN, Deliktisches Vermögen, 1997, S. 219 ff.; DERSELBE, in: Basler Kommentar, Strafrecht, Bd. I, 4. Aufl. 2019 [Kommentar], N. 46 zu Art. 70/71 StGB; ACKERMANN/ZEHNDER, a.a.O., N. 361 ff. zu Art. 305bis StGB ; PIETH, a.a.O., N. 35 zu Art. 305bis StGB ; NIKLAUS SCHMID, in: Kommentar Einziehung, organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, Bd. I, 1998, N. 64 zu Art. 70-72 StGB ; eingehend DELNON/HUBACHER, a.a.O., 326 ff.).

### **E. 1.4.3**

Auch wenn sich der Dritte im Einziehungsverfahren nicht auf die Unschuldsvermutung berufen kann, hat der Staat sämtliche Voraussetzungen für eine Einziehung beim Dritten zu beweisen. Der Dritte, der behauptet, eine gleichwertige Gegenleistung im Sinne von Art. 70 Abs. 2 StGB erbracht zu haben, muss bei der Beweiserhebung in zumutbarer Weise mitwirken (Urteil 6B\_220/2018 vom 12. April 2018 E. 5 mit Hinweis; vgl. BAUMANN, Kommentar, a.a.O., N. 39 zu Art. 70/71 StGB; SCHMID, a.a.O., N. 96 zu Art. 59 StGB ; SCHOLL, a.a.O., N. 520 ff. zu Art. 70 StGB ).

### **E. 1.5**

Es kann dahingestellt bleiben, ob die Behauptung des Beschwerdeführers zum Konto Nr. xxx, wonach dieses auf ihn und seinen Bruder laute, ein unzulässiges Novum im Sinne von Art. 99 Abs. 1 BGG darstellt (Vernehmlassung der Vorinstanz S. 2). Nach den vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellungen erfolgte die Zahlung von Fr. 100'000.-- am 30. Juli 2003 von X.X.\_\_\_\_\_ und der Betrag wurde als Kundenguthaben der Q.\_\_\_\_\_ AG verbucht. Die Vorinstanz verweist dabei auf Auszüge des Kontos Nr. xxx und die Buchhaltung der X.1\_\_\_\_\_ AG (Entscheid S. 167 mit Verweis auf SD 81.04.057 ff., AA 40.03.066 und AA 40.03.098). Gestützt darauf und da der Beschwerdeführer seinen Standpunkt eines Darlehens respektive einer Gegenleistung im kantonalen Verfahren nicht näher konkretisierte, schliesst die Vorinstanz aus, dass diese Zahlung ein vom Beschwerdeführer an die X.1\_\_\_\_\_ AG gewährtes Darlehen darstellte (Entscheid S. 169). Was der Beschwerdeführer vorbringt (Beschwerde S. 7 ff.), vermag keine Willkür bei der Sachverhaltsfeststellung zu begründen. Dass die Vorinstanz ein Darlehen im beschriebenen Sinne ausschliesst, ist vertretbar und kann nicht als offensichtlich unhaltbar bezeichnet werden. Eine Verletzung der Begründungspflicht und des rechtlichen Gehörs liegt zudem nicht vor (vgl. betreffend die Anforderungen an die Entscheidungsmotivation BGE 143 III 65 E. 5.2 S. 70 f. mit Hinweisen). Im gleichen Zusammenhang rügt der Beschwerdeführer eine willkürliche Beweiswürdigung, da die Vorinstanz sich mit verschiedenen von ihm eingeführten Beweismitteln nicht auseinandergesetzt habe. Diese Ausführungen genügen nicht den Begründungsanforderungen, weshalb darauf nicht einzutreten ist ( Art. 42 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 2 BGG ). Der Beschwerdeführer zeigt nicht auf, von welchen Beweismitteln die Rede ist. Soweit er auf die Kontoauszüge des Kontos Nr. xxx Bezug nehmen sollte, hat die Vorinstanz diese in ihre Beweiswürdigung einfließen lassen (Entscheid S. 167). Insgesamt legt der Beschwerdeführer nicht dar, dass und inwiefern das vorinstanzliche Beweisergebnis in Bezug auf die Überweisung vom 30. Juli 2003 vom Konto Nr. xxx auf das Konto Nr. yyy der X.1\_\_\_\_\_ AG im Betrag von Fr. 100'000.-- schlechterdings nicht mehr vertretbar sein sollte. Ebenso wenig liegt eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes ( Art. 6 StPO ) vor.

### **E. 1.6**

Der Beschwerdeführer bringt vor, die vorinstanzlichen Erwägungen betreffend die Überweisung vom 18. Februar 2004 seien nicht schlüssig. Von welchem Ansatz die Vorinstanz ausgegangen sei, sei unklar (Beschwerde S. 11 ff.). Die Rüge erfolgt zu Recht. Wie die Vorinstanz zur Überzeugung gelangt, dass der ganze Betrag von Fr. 100'000.--, welcher auf das Konto der S. \_\_\_\_\_ Gesellschaft überwiesen wurde, krimineller Herkunft war, ist nicht ohne Weiteres nachvollziehbar. Diesbezüglich trägt der Staat die Beweislast. Zwar stellt die Vorinstanz fest, dass am 30. Juli 2003, als der Betrag von Fr. 100'000.-- legaler Herkunft auf das Konto der X.1 \_\_\_\_\_ AG einging, sich dort bereits deliktische Vermögenswerte im Umfang von Fr. 1'473'828.-- befanden, zwischen dem 31. Juli 2003 und 17. Februar 2004 weitere rund Fr. 3.5 Mio. aus deliktischer Tätigkeit eingingen und auch Gelder abflossen. Ihre Schlussfolgerung, dass "nur noch ein vernachlässigbar winziger Anteil des Geldes auf dem fraglichen Konto legalen Ursprungs" war, ist eine vage formulierte und in diesem Sinne interpretationsbedürftige Erwägung nicht nur in tatsächlicher Hinsicht. Ebenso fehlen nach der zutreffenden Kritik des Beschwerdeführers rechtliche Erwägungen der Vorinstanz zur Beurteilung der unbestrittenermassen stattgefundenen "Vermischung" respektive "Kontamination". Es bleibt unbeantwortet, welchen Lösungsweg die Vorinstanz einschlägt. Daran ändert nichts, wenn die Vorinstanz nun im Rahmen ihrer Vernehmlassung diese Thematik neu aufgreift (Vernehmlassung S. 8 f.). Soweit sie von einer vollständigen Einziehbarkeit des gesamten Vermögenswerts vermischter Herkunft ausgehen sollte, wird eine solche Radikallösung wie aufgezeigt von der Lehre mehrheitlich zu Recht verworfen. Zudem sind die vorinstanzlichen Erwägungen zur Überweisung des Betrages von Fr. 100'000.-- am 18. Februar 2004 vom Konto der X.1 \_\_\_\_\_ AG auf das Konto der S. \_\_\_\_\_ Gesellschaft widersprüchlich. So handelte es sich dabei einerseits um ein Darlehen von der X.1 \_\_\_\_\_ AG an die X.2 \_\_\_\_\_ AG. Andererseits stellte die Zahlung eine Schenkung von der X.1 \_\_\_\_\_ AG respektive von X.X. \_\_\_\_\_ an den Beschwerdeführer dar (Entscheid S. 82 und S. 168 f.). Diese Feststellungen eines Darlehens an die X.2 \_\_\_\_\_ AG und gleichzeitig einer Schenkung an den Beschwerdeführer sind unklar.

### **E. 1.7**

Nach Art. 112 Abs. 1 lit. b BGG müssen beim Bundesgericht anfechtbare Entscheide die massgebenden Gründe tatsächlicher und rechtlicher Art enthalten. Der vorinstanzliche Entscheid hat eindeutig aufzuzeigen, auf welchem festgestellten Sachverhalt und auf welchen rechtlichen Überlegungen er beruht ( BGE 141 IV 244 E. 1.2.1 S. 245 f. mit Hinweisen). Die Begründung ist insbesondere mangelhaft, wenn der angefochtene Entscheid jene tatsächlichen Feststellungen nicht trifft, die zur Überprüfung des eidgenössischen Rechts notwendig sind oder wenn die rechtliche Begründung des angefochtenen Entscheids so lückenhaft oder unvollständig ist, dass nicht geprüft werden kann, wie das eidgenössische Recht angewendet wurde. Die Begründung ist ferner mangelhaft, wenn einzelne Tatbestandsmerkmale, die für die Subsumtion unter eine gesetzliche Norm von Bedeutung sind, von der Vorinstanz nicht oder nicht genügend abgeklärt wurden ( BGE 119 IV 284 E. 5b S. 287 mit Hinweis).

### **E. 1.8**

Der angefochtene Entscheid genügt den Anforderungen von Art. 112 Abs. 1 lit. b BGG nicht. Die Vorinstanz legt nicht genügend dar, gestützt auf welche tatsächlichen Feststellungen und rechtlichen Überlegungen sie auf eine Ersatzforderung erkennt. Eine

Prüfung, ob die Vorinstanz Art. 70 f. StGB richtig anwendet, ist nicht möglich. Die Vorinstanz wird ihren Entscheid näher begründen müssen. Damit erübrigt es sich, auf die weiteren Rügen zur Parteientschädigung näher einzugehen.

## **E. 2**

Der Beschwerdeführer obsiegt teilweise, soweit er eine Verletzung der Begründungspflicht rügt (E. 1.6- 1.8). Deshalb und in Anwendung von Art. 112 Abs. 3 BGG ist der angefochtene Entscheid aufzuheben. Die Sache ist an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit diese einen Entscheid trifft, der den Anforderungen von Art. 112 Abs. 1 BGG genügt. Im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Der Beschwerdeführer wird nach Massgabe seines Unterliegens kostenpflichtig ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Ihm sind Gerichtskosten im Umfang von Fr. 1'500.-- aufzuerlegen. Der Kanton Basel-Landschaft hat keine Verfahrenskosten zu tragen ( Art. 66 Abs. 4 BGG ). Der Kanton Basel-Landschaft hat als teilweise unterliegende Partei dem Beschwerdeführer eine reduzierte Entschädigung von Fr. 1'500.-- zu bezahlen ( Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.