Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6S.96/2003 /pai

Urteil vom 4. August 2003
Kassationshof

Besetzung
Bundesrichter Schneider, Präsident,
Bundesrichter Wiprächtiger, Karlen,
Gerichtsschreiberin Arquint Hill.

Parteien
X._____,
Beschwerdeführer, vertreten durch Fürsprecher Jürg Wernli, Länggass-Strasse 7, Postfach 7161, 3001 Bern,

gegen

Y._____ AG (vormals Z._____ AG),
Beschwerdegegnerin, vertreten durch Fürsprecher Martin Sterchi, Schmiedenplatz 5, Postfach 333, 3000 Bern 7,
Staatsanwaltschaft des Kantons Freiburg, Zaehringenstrasse 1, 1700 Freiburg.

Gegenstand
Veruntreuung (Art. 138 Ziff. 1 StGB),

Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Urteil des Kantonsgerichts Freiburg, Strafappellationshof, vom 6. Februar 2003.

Sachverhalt:
A.
Die Z._____ AG war eine im Handelsregister eingetragene Aktiengesellschaft mit Sitz in Bern. Ihr Aktienkapital betrug Fr. 100'000.–, eingeteilt in 100 Namenaktien im Nominalwert von je Fr. 1'000.–. Die beiden Aktienzertifikate vom 20. Februar 1991 lauteten auf X._____. Mitte der Neunzigerjahre - der Aktienabtretungsvertrag datiert vom 27. Januar 1994, ist aber offensichtlich rückdatiert worden - erwarb M. R._____ sämtliche Aktien der Gesellschaft von X._____. Dieser blieb bis zum 10. Oktober 1998 einzelzeichnungsberechtigter Verwaltungsrat und Geschäftsführer der Z._____ AG.

Am 10. Februar 1994 kaufte die Z._____ AG zwei Liegenschaften in den Gemeinden B._____ und D._____ im Kanton Bern. Diese bildeten den wirtschaftlichen Hauptwert der Gesellschaft. Das Wohnhaus in B._____ war mit neun Schuldbriefen belastet. Drei Schuldbriefe über je Fr. 100'000.– im 7. bis 9. Rang wurden der Z._____ AG beim Liegenschaftserwerb unbeschwert herausgegeben, da die darin verbrieften Forderungen vollständig bezahlt waren.
Die Firma S._____ AG, deren Geschäftsführer X._____ war, verwaltete die beiden Liegenschaften der Z._____ AG bis zum 31. Oktober 1998.

Am 25. September 1995 vereinbarten J. R._____, Sohn der Alleinaktionärin der Z._____ AG, und X._____, dass die drei Schuldbriefe der Z._____ AG als Absicherung eines von X._____ an J. R._____ gewährten Darlehens dienen sollten. In der schriftlichen Vereinbarung wurde festgehalten, dass J. R._____ das Darlehen vor dem 31. Dezember 1997 zurückzuzahlen habe, andernfalls eine Verwertung der drei Schuldbriefe ab 1. Januar 1998 in Frage komme. Die Schuldbriefe befanden sich aufgrund X._____'s

Funktion als Verwaltungsrat bzw. Treuhänder der Z._____ AG bereits in seinem Besitz; eine Urkundenübertragung fand deshalb nicht statt.

Am 15. Januar 1996 übergab X._____ der C._____ SA in Genf (nachfolgend "C._____ SA") die drei Schuldbriefe zur Sicherstellung eines an ihn gewährten Darlehens in der Höhe von Fr. 200'000.–. Am 31. Juli 1998 liess er sie an die C._____ SA zedieren. Am 3. August 1998 wurde die C._____ SA als Grundpfandgläubigerin im Grundbuch eingetragen.
Die Z._____ AG reichte am 5. Februar 1999 Strafanzeige gegen X._____ wegen Veruntreuung und ungetreuer Geschäftsführung ein.
X._____ machte im Zuge der Strafuntersuchung im Wesentlichen geltend, der wirtschaftliche Eigentümer der Z._____ AG sei J. R._____. Dieser habe sich in der Vereinbarung vom 25. September 1995 dazu bereit erklärt, ihm die drei Schuldbriefe zur Darlehensabsicherung zu übergeben. Gestützt darauf habe er - X._____ - angenommen, über die drei Schuldbriefe verfügen zu können. Zu einer rechtsgültigen Verpfändung der Schuldbriefe sei es erst im Jahre 1998 gekommen. Er habe sich somit rechtmässig verhalten. In subjektiver Hinsicht habe er ohne Vorsatz gehandelt; er habe sich weder bereichern noch jemandem schaden wollen.
B.
Das Kantonsgericht Freiburg verurteilte X._____ am 6. Februar 2003 in zweiter Instanz wegen Veruntreuung, begangen am 15. Januar 1996, zu einer Gefängnisstrafe von 30 Tagen - als Zusatzstrafe zu einer früheren Verurteilung vom 20. August 1999 wegen Erschleichens einer Falschbeurkundung und Verstosses gegen die Steuergesetzgebung - unter Gewährung des bedingten Strafvollzugs bei einer Probezeit von zwei Jahren sowie zu einer Busse von Fr. 1'000.–.
C.
X._____ führt eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, das Urteil des Kantonsgerichts aufzuheben und die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Das Kantonsgericht und die Staatsanwaltschaft verzichten auf Gegenbemerkungen. Die Y._____ AG (vormals Z._____ AG) schliesst auf Abweisung der Beschwerde.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
Nach Art. 138 Ziff. 1 Abs. 1 StGB macht sich der Veruntreuung schuldig, wer sich eine ihm anvertraute fremde bewegliche Sache aneignet, um sich oder einen andern damit unrechtmässig zu bereichern. Der Beschwerdeführer wendet ein, er habe weder den objektiven noch den subjektiven Veruntreuungstatbestand erfüllt.
1.1 Die Vorinstanz hält zum objektiven Tatbestand im Wesentlichen fest: Da der Beschwerdeführer die Z._____ AG treuhänderisch verwaltet habe, hätte er die Vermögenswerte der Gesellschaft nicht zu seinem Nutzen verwenden und für persönliche Verpflichtungen verpfänden dürfen. Auch wenn der Treuhandvertrag nicht im Einzelnen nachgewiesen sei, müsse doch davon ausgegangen werden, dass sich der Beschwerdeführer zumindest stillschweigend zur Erhaltung fremden Eigentums verpflichtet habe. Eine Verpfändung der Schuldbriefe lasse sich im Übrigen auch nicht mit den Rückgabe- und Werterhaltungspflichten des Treuhänders vereinbaren. Ausserdem stehe auch der klare Wortlaut der Vereinbarung zwischen dem Beschwerdeführer und J. R._____ vom 25. September 1995 einer Verwendung der drei Schuldbriefe entgegen. Auch wenn sich nicht klären lasse, wer in diesem Zeitpunkt an den Vermögenswerten der Gesellschaft berechtigt gewesen sei, hätte der Beschwerdeführer nicht über die drei Schuldbriefe verfügen dürfen. Dem Beschwerdeführer bleibe somit der Vorwurf nicht erspart, sich die drei Schuldbriefe am 15. Januar 1996 angeeignet zu haben.
1.2 Es ist unbestritten, dass die drei Schuldbriefe dem Beschwerdeführer aufgrund des Treuhandvertrages zwischen ihm und der Z._____ AG als fremde, bewegliche Sachen anvertraut waren. Streitig ist indessen, ob die Vorinstanz das Tatbestandsmerkmal der Aneignung zu Recht bejaht hat. Der Beschwerdeführer wendet in diesem Zusammenhang ein, die Tathandlung der Aneignung scheide aus, weil mit der Übergabe der Schuldbriefe an die C._____ SA keine Eigentumsübertragung bzw. keine Verpfändung stattgefunden habe. Dies ergebe sich aus einer sachenrechtlichen Würdigung der Vorgänge vom 15. Januar 1996. Da es sich vorliegend um Namensschuldbriefe handle, hätte es zu deren Verpfändung eines Indossaments bedurft. Ein solches sei aber nicht angebracht worden. Im Übrigen habe er die Schuldbriefe lediglich im Sinne einer Sicherungsmassnahme

bei der C._____ SA hinterlegt. Es wäre ihm daher jederzeit möglich gewesen, sie zurückzufordern und dem Berechtigten zur Verfügung zu halten.
1.3 Beim Veruntreuungstatbestand nach Art. 138 Ziff. 1 Abs. 1 StGB besteht die Tathandlung in der Aneignung. Diese setzt voraus, dass der Täter einerseits den Willen auf dauernde Enteignung des bisherigen Eigentümers und anderseits den Willen auf mindestens vorübergehende Zueignung der Sache an sich selbst, d.h. auf Verwendung der Sache zu seinen eigenen Zwecken, hat. Dabei genügt es nicht, dass der Täter den Aneignungswillen hat, er muss ihn vielmehr auch betätigen; denn strafbar ist niemals der Wille als solcher, sondern immer nur ein bestimmt geartetes Verhalten (BGE 121 IV 23 E. 1c; 118 IV 148 E. 2b).
1.4 Der Beschwerdeführer hat die drei Schuldbriefe der Z._____ AG zur Sicherstellung eines von der C._____ SA an ihn gewährten Darlehens benutzt. Dass er die Schuldbriefe insoweit für seine eigenen Zwecke verwendet und damit eine Quasi-Eigentümer-Position eingenommen hat, ist offensichtlich. Mit Recht bestreitet der Beschwerdeführer daher nicht, sich die Schuldbriefe zumindest vorübergehend zugeeignet zu haben.

Hingegen steht im Streit, ob der Beschwerdeführer die Z._____ AG als bisherige Eigentümerin der Schuldbriefe dauernd enteignet hat. Für die Beantwortung dieser Frage kommt es entscheidend auf den Willen des Täters an, zumal rein objektiv - ausser etwa bei Zerstörung oder Verbrauch einer Sache - nicht feststellbar ist, ob die Enteignung eine dauernde ist, solange es der rechtmässigen Eigentümerin möglich bleibt, die Sache wiederzuerlangen.

Ob der Beschwerdeführer vorliegend den Willen gehabt und manifestiert hat, die Schuldbriefe der Z._____ AG dauernd zu entziehen, lässt sich dem angefochtenen Urteil nicht entnehmen, zumal die Vorinstanz die Unterscheidung zwischen der positiven Seite der vorübergehenden Zueignung und der negativen Seite der dauernden Enteignung nicht getroffen hat. Sie hat sich damit begnügt, die Tathandlung der Aneignung allein gestützt auf die (vermeintlich rechtsgültige) Verpfändung der Schuldbriefe durch den Beschwerdeführer an die C._____ SA in allgemeiner Weise zu bejahen (angefochtener Entscheid, S. 5 f., lit. c). Die Frage, ob das Rechtsgeschäft der Verpfändung gültig zustande gekommen ist oder nicht, ist vorliegend jedoch ohne Bedeutung. Für das Element des auf dauernde Enteignung gerichteten Willens ist vielmehr entscheidend, ob der Täter - im Zeitpunkt seines Handelns - davon ausgeht und sich in der Lage glaubt, die Sache (rechtzeitig) wieder "einlösen" und an den rechtmässigen Eigentümer zurückgeben zu können. Die Vorinstanz hat diese Frage nicht abgeklärt, obwohl der Beschwerdeführer in dieser Hinsicht eingewendet hat, es wäre ihm jederzeit möglich gewesen, die Schuldbriefe von der C._____ SA zurückzufordern und dem
Berechtigten zur Verfügung zu halten. Mangels hinreichender tatsächlicher Feststellungen ist es dem Kassationshof deshalb nicht möglich, die Gesetzesanwendung nachzuprüfen. Der angefochtene Entscheid ist daher in Anwendung von Art. 277 BStP aufzuheben; in ihrem neuen Entscheid wird die Vorinstanz die fehlenden tatsächlichen Feststellungen zur Enteignung bzw. zum Enteignungswillen des Beschwerdeführers zu treffen haben.
1.5 Der Beschwerdeführer bestreitet jede Absicht unrechtmässiger Bereicherung. Im Einzelnen macht er geltend, er habe durch die (blosse) Weitergabe der Schuldbriefe an die C._____ SA keine wirtschaftliche Besserstellung erfahren. Da er J. R._____ für den wirtschaftlich berechtigten Aktionär der Z._____ AG gehalten habe, sei er von der Verrechenbarkeit seiner Forderung aus Darlehensgewährung an den Vorgenannten ausgegangen.
1.6 Art. 138 Ziff. 1 Abs. 1 StGB enthält - neben dem Vorsatz - als besonderes subjektives Tatbestandsmerkmal die Bereicherungsabsicht. Unter Bereicherung versteht man irgendeine wirtschaftliche Besserstellung des Täters. In der Regel ist mit der Aneignung auch eine Bereicherung verbunden (BGE 114 IV 133 E. 2b). Die Absicht, sich unrechtmässig zu bereichern, kann jedoch entfallen, wenn sich der Täter im Zeitpunkt des tatbestandsmässigen Handelns auf Verrechnung berufen will und davon überzeugt ist, dass seine eigene Forderung verrechnet werden dürfe (BGE 105 IV 29 E. 3a). Was die Absicht unrechtmässiger Bereicherung in diesem Fall ausschliesst, ist nicht das objektive Bestehen einer Forderung. Es kommt daher nicht darauf an, ob und wann ein Täter eine allfällige Verrechnungserklärung abgegeben hat, und ob eine solche Erklärung objektiv zulässig war oder nicht. Entscheidend ist einzig seine Absicht im Moment der Aneignung. Beim Entscheid über diese Absicht geht es um eine Beweisfrage (Peter Noll, Der Einfluss von Kompensation und Retention bei den Delikten gegen das Eigentum, ZStrR 71/1956, S. 165 f.).
1.7 Die Vorinstanz hat sich nicht ausdrücklich über die Absicht des Beschwerdeführers ausgesprochen. Zwar

hat sie festgehalten, dass er Vermögenswerte der Gesellschaft zu seinem Nutzen verwendet habe (angefochtener Entscheid, S. 5, lit. c) und die Willensrichtung seiner Handlung durch Eigennutz geprägt gewesen sei (a.a.O., S. 7, lit. b). Eine weitergehende Auseinandersetzung zur Absicht findet sich im angefochtenen Urteil nicht. So hat die Vorinstanz namentlich die für die Frage der Bereicherungsabsicht bedeutsame Behauptung des Beschwerdeführers, er habe im Januar 1996 von einer Verrechnung mit den ausstehenden Darlehensforderungen gegen den wirtschaftlichen Eigentümer der Z._____ AG ausgehen dürfen, nicht geprüft. Dies fällt umso mehr auf, als gewisse Äusserungen der Vorinstanz die Vorbringen des Beschwerdeführers als nicht zum vornherein abwegig erscheinen lassen: so namentlich deren Feststellungen, es lasse sich nicht klären, wer in diesem Zeitpunkt an den Vermögenswerten der Z._____ AG berechtigt gewesen sei (angefochtener Entscheid, S. 5, lit. c), bzw. die Verhältnisse in Bezug auf die wirtschaftlich Berechtigten an der Z._____ AG seien unklar (a.a.O, S. 6, lit. c). Sind die wirtschaftlichen
Berechtigungsverhältnisse am Gesellschaftsvermögen - wie vorliegend - nämlich derart undurchsichtig, ist eine Verrechnungsmöglichkeit durchaus denkbar. Da es mangels tatsächlicher Feststellungen der Vorinstanz mithin nicht möglich ist, sich über die unrechtmässige Bereicherungsabsicht des Beschwerdeführers ein abschliessendes Bild zu machen, ist der angefochtene Entscheid auch unter diesem Gesichtspunkt gemäss Art. 277 BStP aufzuheben. Bei der Neubeurteilung wird die Vorinstanz zur Frage nach der Absicht des Beschwerdeführers im Zeitpunkt seines Handelns Stellung nehmen müssen. Dabei wird sie insbesondere zu ermitteln haben, ob und in welchem Umfange "gegenseitige" Forderungen zwischen dem Beschwerdeführer und J. R._____ bestanden haben, die - zumindest nach den Vorstellungen des Beschwerdeführers - einer Verrechnung zugänglich gewesen sind.
1.8 Der Beschwerdeführer macht einen Sachverhaltsirrtum gemäss Art. 19 StGB geltend. Diese Rüge muss vorliegend nicht behandelt werden, da das angefochtene Urteil aufgehoben wird und die Vorinstanz die fehlenden tatsächlichen Feststellungen zur Aneignungshandlung und zum Vorsatz ohnehin wird treffen müssen.
2.
Der Beschwerdeführer erhebt schliesslich die Versehensrüge gemäss Art. 277bis Abs. 1 BStP. Er macht geltend, die Vorinstanz habe versehentlich festgehalten, die Z._____ AG habe am 10. Februar 1994 von J. und A. R._____ zwei Miteigentumsanteile von je 1/10 an einem Wohnhaus in D._____ erworben (angefochtener Entscheid, S. 4). Aus dem bei den Akten liegenden Kaufvertrag gehe indes hervor, dass die Liegenschaft vor dem Verkauf zu je 50 % in deren Miteigentum gestanden habe. Dieses offensichtliche Versehen der Vorinstanz sei von Amtes wegen zu korrigieren.
2.1 Offensichtlich auf Versehen beruhende Feststellungen der Vorinstanz berichtigt der Kassationshof von Amtes wegen (Art. 277bis Abs. 1 Satz 3). Eine entsprechende Rüge ist jedoch bloss in sehr engen Grenzen und nur dann zulässig, wenn sie den nötigen Zusammenhang mit einer in der Nichtigkeitsbeschwerde aufgeworfenen Rechtsfrage aufweist (BGE 118 IV 88 E. 2b).
2.2 Die Rüge des Beschwerdeführers zielt auf die Berichtigung einer tatsächlichen Feststellung der Vorinstanz, die auf einem offensichtlichen Versehen beruht. Insoweit ist sein Vorbringen zulässig. Da jedoch ein Zusammenhang mit einer im Rahmen der Nichtigkeitsbeschwerde zu behandelnden Rechtsfrage weder ersichtlich ist noch dargetan wird, kann darauf nicht eingegangen werden.
3.
Bei diesem Ausgang des Verfahrens werden keine Kosten erhoben. Der Beschwerdeführer ist angemessen zu entschädigen; der Beschwerdegegner hat keine Entschädigung zu gut (Art. 278 Abs. 2 und 3 BStP).

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die Nichtigkeitsbeschwerde wird, soweit darauf einzutreten ist, gutgeheissen, das Urteil des Kantonsgerichts Freiburg vom 6. Februar 2003 aufgehoben und die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2.
Es werden keine Kosten erhoben.
3.
Dem Beschwerdeführer wird eine Entschädigung von Fr. 3'000.– aus der Bundesgerichtskasse ausgerichtet.
4.
Dieses Urteil wird den Parteien, der Staatsanwaltschaft des Kantons Freiburg und dem Kantonsgericht Frei-

burg, Strafappellationshof, schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 4. August 2003
Im Namen des Kassationshofes
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Die Gerichtsschreiberin: