Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6S.117/2004 /pai

Urteil vom 4. November 2004
Kassationshof

Besetzung
Bundesrichter Schneider, Präsident,
Bundesrichter Wiprächtiger, Kolly, Karlen, Zünd,
Gerichtsschreiber Boog.

Parteien
X._____,
Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwältin Barbara Hug,

gegen

Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Postfach, 8023 Zürich.

Gegenstand
Unrechtmässige Verwendung von Vermögenswerten
(Art. 141bis StGB),

Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Strafkammer, vom 10. Dezember 2003.

Sachverhalt:

A.
Das Bezirksgericht Zürich erklärte X._____ mit Urteil vom 3. September 2003 der unrechtmässigen Verwendung von Vermögenswerten gemäss Art. 141bis StGB schuldig und verurteilte ihn zu 8 Monaten Gefängnis, mit bedingtem Strafvollzug unter Auferlegung einer Probezeit von 2 Jahren. Ferner verpflichtete es ihn, der geschädigten Bank Fr. 189'718.30 Schadenersatz, zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 3. April 2002, sowie Fr. 1'000.– Umtriebsentschädigung zu bezahlen. Auf Berufung des Beurteilten hin erklärte das Obergericht des Kantons Zürich X._____ am 10. Dezember 2003 der mehrfachen Verwendung von Vermögenswerten gemäss Art. 141bis StGB schuldig; hinsichtlich des Strafpunktes bestätigte es das erstinstanzliche Urteil. Im Weiteren nahm es davon Vormerk, dass der Beurteilte die Schadenersatzforderung der geschädigten Bank anerkannt hat.

B.
X._____ führt eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde, mit der er beantragt, das angefochtene Urteil sei aufzuheben.

C.
Das Obergericht des Kantons Zürich hat auf Stellungnahme, die Staatsanwaltschaft auf Vernehmlassung verzichtet.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.
Nach den für den Kassationshof verbindlichen tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz (Art. 277bis Abs.

1 BStP) überwies die A._____ Bank Ltd. in Trinidad und Tobago im Herbst/Winter 2001/2002 an die B._____ AG in Zürich (nachfolgend: die geschädigte Bank) zwei Geldbeträge in der Höhe von USD 49'985.– bzw. 100'095.– mit dem Auftrag, diese "X._____, 188" gutzuschreiben. Da die mit der Angelegenheit befassten Angestellten der geschädigten Bank die Zahlungen keinem Konto zuordnen konnten, forschten sie bankintern nach einem Kunden dieses Namens. Dabei stiessen sie auf den Beschwerdeführer, der über ein Konto verfügte, in dessen Nummer die Ziffern 188 enthalten waren. Daraufhin fragte eine Sachbearbeiterin der zuständigen Abteilung diesen in beiden Fällen telefonisch an, ob er einen grösseren Geldbetrag erwarte, was er jeweils wahrheitswidrig bejahte. In der Folge wurde dem Beschwerdeführer am 19. September 2001 und am 15. Januar 2002 ein Gesamtbetrag von umgerechnet Fr. 243'741.20 gutgeschrieben. In Wirklichkeit waren die Geldüberweisungen für einen Angestellten der Bank gleichen Namens zuhanden eines von jenem betreuten Kunden bestimmt gewesen. Die geschädigte Bank bemerkte den Irrtum erst, als jener Angestellte die Zahlungseingänge vermisste und der Sache nachging. Auf dem Konto des Beschwerdeführers konnte die geschädigte Bank nur noch einen Betrag von Fr. 54'022.60 sicherstellen. Den grössten Teil des Geldes hatte der Beschwerdeführer in mehreren Malen abgehoben und für eigene Bedürfnisse verbraucht. Zu einer Rückzahlung des Betrages war er nicht in der Lage.

2.
2.1 Der Beschwerdeführer wendet sich gegen den Schuldspruch wegen mehrfacher unrechtmässiger Verwendung von Vermögenswerten gemäss Art. 141bis StGB. Er macht geltend, eine Mitarbeiterin der geschädigten Bank habe ihn vor beiden Überweisungen telefonisch angefragt, ob er einen höheren Betrag aus Übersee erwarte. Diese Frage habe er beide Male bejaht. Er habe die Bankangestellte nicht in einem bereits bestehenden Irrtum bestätigt, sondern habe durch seine falsche Auskunft die irrtümliche Überweisung durch die Bank erst verursacht oder initiiert. Die Gutschrift sei daher mit seinem Willen erfolgt. Die Geldbeträge seien ihm mithin nicht "ohne seinen Willen zugekommen".

2.2 Die Vorinstanz nimmt an, für die Bestimmung von Art. 141bis StGB sei charakteristisch, dass der Täter den Irrtum eines anderen ausnütze. Dies habe der Beschwerdeführer getan, indem er die Frage, ob er eine grössere Zahlung erwarte, bejaht habe. Die Wendung "ohne seinen Willen" im Tatbestand der unrechtmässigen Verwendung von Vermögenswerten sei so zu verstehen, dass der Täter nicht der Auslöser der Fehlüberweisung gewesen sein dürfe. Die Bestimmung erfasse über den deutschen Wortlaut hinaus auch diejenigen Fälle, in denen die Vermögenswerte dem Täter zwar mit seinem Willen, aber ohne seine Veranlassung zugekommen seien. Dies sei hier der Fall. Das Verhalten des Beschwerdeführers sei für die Überweisung der geschädigten Bank nur insofern ursächlich gewesen, als er die Angestellte nicht von ihrem Irrtum abgebracht habe.

3.
Gemäss Art. 141bis StGB wird, auf Antrag, mit Gefängnis oder mit Busse bestraft, wer Vermögenswerte, die ihm ohne seinen Willen zugekommen sind, unrechtmässig in seinem oder eines andern Nutzen verwendet.
3.1
3.1.1 Die Bestimmung von Art. 141bis StGB ist mit Revision des Vermögensstrafrechtes vom 17. Juni 1994, in Kraft seit dem 1. Januar 1995, geschaffen worden. Sie wurde ohne Vorarbeiten der Expertenkommission aufgrund einer Anregung des Bundesgerichts in den Entwurf des Bundesrates aufgenommen (BGE 116 IV 134 E. 2c S. 142; vgl. Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 24. April 1991, BBl 1991 II 1007). Art. 141bis StGB geht zurück auf die dem Fall Nehmad (BGE 87 IV 115) zugrunde liegende und sich in BGE 116 IV 134 erneut stellende Schwierigkeit, dass sich die Unterschlagung von Forderungen nach Wortlaut und Systematik des alten Rechts vom Tatbestand der Unterschlagung (Art. 141 aStGB) nur unter Ausdehnung des Sachbegriffs auf Forderungen erfassen liess (BGE 126 IV 161 E. 3a; 123 IV 125 E. 2a).

Die vom Bundesgericht in seiner bisherigen Rechtsprechung nach Art. 141 aStGB (BGE 121 IV 258; 116 IV 134; 87 IV 115) als auch unter der Herrschaft von Art. 141bis StGB (BGE 126 IV 209) beurteilten Fälle betreffen im Wesentlichen die Überweisung von Geldbeträgen, die aufgrund eines Versehens des Auftraggebers bzw. der Bank auf ein falsches Konto erfolgte und über welche der Empfänger unrechtmässig verfügte ("Forderungs- oder Buchgeldunterschlagung").
3.1.2 Der Tatbestand der unrechtmässigen Verwendung von Vermögenswerten schränkt die Strafbarkeit auf

diejenigen Fälle ein, in denen die Vermögenswerte dem Empfänger "ohne seinen Willen zugekommen" sind (tombées en son pouvoir indépendamment de sa volonté; venuti in suo possesso in modo indipendente dalla sua volontà). Die Bestimmung ist - anders als Art. 137 StGB in Bezug auf Sachen - kein Grundtatbestand. Sie kommt daher nicht als Auffangtatbestand zur Anwendung, wenn etwa Betrug mangels arglistiger Täuschung ausscheidet oder der Täter ihm übertragene Vermögenswerte unrechtmässig verwendet, die nicht als anvertraut gelten können (vgl. Marcel Alexander Niggli, Basler Kommentar, Strafgesetzbuch II, Art. 138 N 131; ders., AJP 1998, S. 120; Felix Bommer, Grenzen des strafrechtlichen Vermögensschutzes bei rechts- und sittenwidrigen Geschäften, Diss. Bern 1996, S. 252 ff.; a.M. Gunther Arzt, Vom Bargeld zum Buchgeld als Schutzobjekt im neuen Vermögensstrafrecht, recht 1995, S. 140).

Die Formulierung des Tatbestandes, welche die Strafbarkeit an das Erfordernis knüpft, dass die Vermögenswerte dem Täter ohne seinen Willen zugekommen sind, erscheint, wie in der Lehre mit Recht eingewendet wird, als unzureichend. Denn im Vordergrund steht hier in der Regel weniger der Wille des Täters als der Wille desjenigen, der die Überweisung veranlasst hat (vgl. Niggli, Basler Kommentar, Art. 141bis N 12; Stefan Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 2. Aufl. Zürich 1997, Art. 141bis N 3; Arzt, a.a.O., S. 136; Karl-Ludwig Kunz, Grundstrukturen des neuen Vermögens- und Urkundenstrafrechts, ZBJV 132/1996, S. 194). Nach der Rechtsprechung ist dieses Erfordernis, wie ausgeführt, in den typischen Fällen einer versehentlichen Fehlüberweisung erfüllt, d.h. bei der Gutschrift eines Geldbetrages, der für das Konto eines anderen Berechtigten bestimmt war (BGE 126 IV 209). Dasselbe gilt aber auch bei einer irrtümlich geleisteten Doppelzahlung auf das richtige Konto, wenn der Überweisende also unter dem Einfluss eines Irrtums über seine Leistungspflicht eine bereits beglichene Geldschuld ein zweites Mal bezahlt (BGE 126 IV 161 E. 3c mit Hinweisen). Demgegenüber sind nach der Rechtsprechung dem Täter die Vermögenswerte
nicht ohne seinen Willen zugekommen, wenn dieser die irrtümliche Gutschrift durch Täuschung der Verantwortlichen selber veranlasst oder zu ihr beigetragen hat (BGE 123 IV 125 E. 2b; vgl. auch Niggli, Basler Kommentar, Art. 141bis N 15). Entscheidender Gesichtspunkt soll sein, dass der Täter von der irrtümlichen Gutschrift überrascht wurde, dass sie ohne sein Zutun erfolgt ist und er darauf keinen Rechtsanspruch hat (BGE 126 IV 161 E. 3c; 123 IV 125 E. 2b; ferner Niggli, Basler Kommentar, Art. 141bis N 16, vgl. auch Art. 137 N 52).

3.2 Im zu beurteilenden Fall wurden nach den Feststellungen der Vorinstanz der geschädigten Bank von einer anderen Bank zwei grössere Beträge zugunsten einer Drittperson überwiesen. Die Angestellten der geschädigten Bank vermuteten aufgrund ihrer Nachforschungen, beim Anweisungsempfänger handle es sich um den Beschwerdeführer, der den gleichen Namen trug und in dessen Kontonummer die auf der Anweisung aufgeführte dreistellige Zahl enthalten war. Deshalb fragte die zuständige Mitarbeiterin beim Beschwerdeführer nach, ob er die Überweisung eines grösseren Geldbetrages erwarte. Wie der Beschwerdeführer zu Recht ausführt, wurde die Bankangestellte erst durch seine falsche Antwort auf diese Frage dazu veranlasst, die Falschbuchung vorzunehmen. Der Beschwerdeführer hat aufgrund der beiden Telefonanrufe gewusst, dass ihm die betreffenden Geldbeträge gutgeschrieben werden. Die Überweisungen erfolgten also mit seinem Willen. Auf diese Konstellation ist Art. 141bis StGB nicht zugeschnitten. Die Bestimmung deckt lediglich die Fälle ab, in denen der Täter bei der Überweisung nicht in irgendeiner Form involviert ist und von ihr erst nachträglich erfährt, die irrtümliche Gutschrift für ihn mithin überraschend erfolgt (BGE 126 IV 161 E. 3c S.
164). Dass das Gesetz denjenigen, der die Fehlüberweisung durch eine Täuschung veranlasst, sofern Arglist ausscheidet, straflos lässt, während es denjenigen, dem das Geld ohne sein Zutun irrtümlich überwiesen wird, zur Verantwortung zieht, wenn er es nachträglich unrechtmässig verbraucht, mag als unbefriedigend erscheinen. Doch können Ungereimtheiten der gesetzlichen Regelung nicht dazu führen, dass die Strafbestimmung gegen ihren klaren Wortlaut ausgelegt wird.

Der Schuldspruch der mehrfachen unrechtmässigen Verwendung von Vermögenswerten verletzt daher Bundesrecht. Die Beschwerde erweist sich als begründet.

4.
Aus diesen Gründen ist die Beschwerde gutzuheissen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Kosten zu erheben und ist dem Beschwerdeführer eine angemessene Entschädigung auszurichten (Art. 278 Abs. 2 und

3 BStP).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde wird gutgeheissen, der Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich vom 10. Dezember 2003 aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2.
Es werden keine Kosten erhoben.

3.
Dem Beschwerdeführer wird für das bundesgerichtliche Verfahren eine Entschädigung von Fr. 3'000.– aus der Bundesgerichtskasse ausgerichtet.

4.
Dieses Urteil wird dem Beschwerdeführer, der Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich und dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 4. November 2004
Im Namen des Kassationshofes
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: