Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6S.287/2003 /kra

Urteil vom 17. Oktober 2003
Kassationshof

Besetzung
Bundesrichter Schneider, Präsident,
Bundesrichter Wiprächtiger, Karlen,
Gerichtsschreiber Heimgartner.

Parteien
X._____,
Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt Dr.iur. Wilhelm Boner, Pelzgasse 15, 5001 Aarau,

gegen

Staatsanwaltschaft des Kantons Aargau, Frey-Herosé-Strasse 12, Wielandhaus, 5001 Aarau.

Gegenstand
Veruntreuung (Art. 138 Ziff. 2 StGB; Art. 140 Ziff. 2 aStGB),

Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau, 1. Strafkammer,
vom 28. Mai 2003.

Sachverhalt:
A.
X._____ war während Jahren Gesellschafter und Geschäftsführer der Kollektivgesellschaft X._____& Co. Deren Tätigkeit bestand in der Rechts- und Unternehmensberatung, der Liegenschafts- und Vermögensverwaltung sowie in der Liegenschaftsvermittlung. Im Rahmen der drei letztgenannten Geschäftszweige verwendete X._____ in der Zeit von 1987 bis 1993 ihm von Kunden zur Verwaltung überlassene beziehungsweise für Kunden von Dritten überwiesene Gelder im Betrag von insgesamt Fr. 1'153'899.– zur Deckung eigener Schulden.
B.
Das Bezirksgericht Lenzburg verurteilte X._____ am 3. Juli 2002 wegen mehrfacher qualifizierter Veruntreuung gemäss Art. 140 Ziff. 1 und 2 aStGB zu einer bedingt vollziehbaren Gefängnisstrafe von 16 Monaten. Das Obergericht des Kantons Aargau wies die gegen diese Verurteilung eingelegte Berufung - ausser in vorliegend nicht interessierenden Zivilpunkten - ab.
C.
X._____ führt eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, das Urteil des Obergerichts sei aufzuheben. Die Vorinstanz hat auf Gegenbemerkungen verzichtet.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
Die Nichtigkeitsbeschwerde kann nur damit begründet werden, dass der angefochtene Entscheid eidgenössisches Recht verletze (Art. 269 Abs. 1 BStP). Ausführungen, die sich gegen die tatsächlichen Feststellungen des Entscheids richten, sowie das Vorbringen neuer Tatsachen sind unzulässig (Art. 273 Abs. 1 lit. b BStP). Der Kassationshof ist im Verfahren der Nichtigkeitsbeschwerde an den von der kantonalen Behörde festgestellten Sachverhalt gebunden (Art. 277bis BStP). Auf die Beschwerde kann somit nicht eingetreten werden, soweit darin von einem abweichenden Sachverhalt ausgegangen wird.

Indem der Beschwerdeführer vorbringt, er sei praktisch ausschliesslich als Immobilienmakler, nebenbei als Unternehmensberater und teilweise in Erbteilungen tätig gewesen, wendet er sich gegen die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz. Auf die Beschwerde ist somit in diesem Punkt nicht einzutreten.
2.
Der Beschwerdeführer macht geltend, zu Unrecht wegen qualifizierter Veruntreuung gemäss Art. 140 Ziff. 2 aStGB verurteilt worden zu sein. Seine damalige Berufstätigkeit sei nicht als berufsmässige Vermögensverwaltung im Sinne dieser Bestimmung zu werten. Eine Verurteilung für allfällige unter den Grundtatbestand der Veruntreuung (Art. 140 Ziff. 1 aStGB) fallende Handlungen komme nicht in Betracht, weil diese Straftaten nach dem hier anwendbaren alten Recht längst verjährt wären.

Zur Hauptsache bringt der Beschwerdeführer vor, seine Berufstätigkeit habe nicht in der Verwaltung von Vermögen bestanden. Die Tätigkeit des Immobilienmaklers bestehe darin, einem Verkäufer einer Liegenschaft einen Käufer zu vermitteln. Aus der Tatsache, dass dadurch beträchtliche Geldbeträge von Kunden für einen gewissen Zeitraum auf den Konten der X._____& Co. gelegen haben, könne nicht der Schluss gezogen werden, dass er ein berufsmässiger Vermögensverwalter im Sinne des qualifizierten Tatbestands der Veruntreuung gewesen sei. Nach BGE 117 IV 20 liege bei einem Architekten, der nebenbei Liegenschaftsverwaltungen betreibe, keine berufsmässige Vermögensverwaltung vor. Erst wenn die Liegenschaftsverwaltung einen eigenständigen Erwerbszweig des Architekten bilde und einen beträchtlichen Umfang aufweise, liege allenfalls eine berufsmässige Vermögensverwaltung vor. Aus dem Umstand, dass die Bruttomietzins-Einnahmen aus der Liegenschaftsverwaltung nicht unbeträchtlich gewesen seien, könne nicht eine berufsmässige Vermögensverwaltung angenommen werden, da der Liegenschaftsertrag für die X._____& Co. unbedeutend gewesen sei. Ebenso wenig habe er einen Beruf ausgeübt, zu dem er im Sinne dieses Tatbestands durch eine Behörde ermächtigt worden sei. Seine kantonale Genehmigung als Geschäftsagent habe nicht den in Frage stehenden Tätigkeitsbereich betroffen. Zudem sei die Verordnung, auf welche sich diese Genehmigung stützte, vor über fünf Jahren infolge ihrer Bedeutungslosigkeit ersatzlos aufgehoben worden.
3.
Der Beschwerdeführer hat die ihm vorgeworfenen Taten vor Inkrafttreten des neuen Vermögensstrafrechts am 1. Januar 1995 begangen. Die Vorinstanz hat ihn in Anwendung des zur Zeit der inkriminierten Taten geltenden Rechts wegen qualifizierter Veruntreuung (Art. 140 Ziff. 2 aStGB) verurteilt, weil das neue Recht (Art. 138 Ziff. 2 StGB) nicht milder sei. Der Beschwerdeführer anerkennt ausdrücklich und mit Recht, dass im vorliegenden Fall das alte Recht zur Anwendung gelangt.
4.
4.1 Der qualifizierte Tatbestand der Veruntreuung mit einer Höchststrafe von zehn Jahren Zuchthaus ist unter anderem erfüllt, wenn der Täter die Tat als berufsmässiger Vermögensverwalter oder bei der Ausübung eines Berufes, Gewerbes oder Handelsgeschäfts begeht, zu dem er durch eine Behörde ermächtigt ist (Art. 140 Ziff. 2 aStGB, der bezüglich der Tatbestandsmerkmale Art. 138 Ziff. 2 StGB entspricht.). Berufsmässige Vermögensverwaltung ist nicht leichthin anzunehmen. Der qualifizierte Tatbestand soll nur Tätergruppen erfassen, die ein erhöhtes Vertrauen geniessen (BGE 117 IV 20 E. 1b). Nicht jede Person, die in Ausübung ihres Berufs Vermögen anvertraut erhält, kann somit als berufsmässiger Vermögensverwalter angesehen werden. Ein solcher ist nur, wer Vermögenswerte von Drittpersonen in deren Interesse und im Rahmen allfälliger Anweisungen selbstständig und berufsmässig verwaltet. Berufsmässig ist diese Tätigkeit, wenn sie einen bedeutenden Teil der Erwerbstätigkeit des Verwalters darstellt und einen erheblichen Umfang aufweist (BGE 117 IV 20 E. 1b; 100 IV 30). Der Beruf muss somit gerade in der Verwaltung von Vermögen bestehen, wobei diese nicht die Haupttätigkeit sein muss (BGE 100 IV 30; Stratenwerth/Jenny, Schweizerisches Strafrecht, Bes. Teil I, § 13 N. 64). Auch wer sich daneben noch in wesentlichem Umfang anders betätigt, kann ein berufsmässiger Vermögensverwalter sein (BGE 100 IV 30; Niggli/Riedo, Basler Kommentar II, Art. 138 N. 167). Wer Drittpersonen lediglich berät, ist hingegen kein Vermögensverwalter, weil er nicht selbstständig über deren Vermögenswerte verfügen kann (Urteil 6S.249/2002 vom 21. November 2002, E. 1.2).
4.2 Nach den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz verwaltete der Beschwerdeführer als Immobilienmakler die Kaufsummen, welche die Käufer an die von ihm beherrschte Kollektivgesellschaft X._____& Co. zuhanden der Verkäufer einbezahlten, über eine gewisse Zeitdauer. Auf den Konten der X._____& Co. befanden sich pro Jahr Beträge zwischen Fr. 40 Mio. und 100 Mio. bis zur Auszahlung an die Verkäufer. Des

Weiteren waren ihm im Rahmen der Liegenschaftsverwaltung, die er als einen Teilbereich seiner Geschäftstätigkeit anbot, die zuhanden seiner Kunden eingenommenen Mietzinserträge anvertraut. Diese namhaften Beträge zahlte er in der Regel quartalsweise an die Kunden aus. Ferner verwaltete er für einzelne natürliche und juristische Personen sowie als Willensvollstrecker Gelder, Wertschriften und Aktien und andere Kapitalanlagen über längere Zeiträume treuhänderisch. Er verzinste in der Regel sämtliche Geldbeträge, die sich auf den Konten der X._____& Co. befanden.

Die Tätigkeiten des Beschwerdeführers bestanden somit zu einem grossen Teil in der selbstständigen Verwaltung von Vermögenswerten Dritter. Diese wies zudem einen erheblichen Umsatz auf. Dass er daneben auch noch Unternehmensberatungen anbot, als Immobilienmakler mit der Zusammenführung von Käufern und Verkäufern und im Rahmen von Erbteilungen nicht nur mit der Verwaltung von Vermögen beschäftigt war, ist unerheblich. Bei dem vom Beschwerdeführer angeführten BGE 117 IV 20 ging es um die Verwaltung einer Liegenschaft durch einen hauptberuflichen Architekten. Im Unterschied zu jener nebenberuflichen Liegenschaftsverwaltung ist die Geschäftstätigkeit des Beschwerdeführers insgesamt betrachtet als berufliche Vermögensverwaltung zu werten. Die Qualifikation des Beschwerdeführers als berufsmässiger Vermögensverwalter im Sinne von Art. 140 Ziff. 2 aStGB ist unter diesen Umständen nicht zu beanstanden.

Es kann somit offen bleiben, ob der Beschwerdeführer auch im Sinne von Art. 140 Ziff. 2 aStGB einen Beruf ausgeübt hat, zu dem er durch eine Behörde ermächtigt worden ist.
5.
Aus diesen Gründen ist die Nichtigkeitsbeschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat der Beschwerdeführer die Kosten zu tragen (Art. 278 Abs. 1 BStP).

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 2000.– wird dem Beschwerdeführer auferlegt.
3.
Dieses Urteil wird dem Beschwerdeführer, der Staatsanwaltschaft des Kantons Aargau und dem Obergericht des Kantons Aargau, 1. Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 17. Oktober 2003
Im Namen des Kassationshofes
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: