Urteilskopf

115 IV 207

45. Urteil des Kassationshofes vom 7. Juli 1989 i.S. K. gegen L. und Staatsanwaltschaft des Kantons Thurgau (Nichtigkeitsbeschwerde)
Regeste (de):
Art. 143 und 181 StGB. Sachentziehung und Nötigung im Rahmen vertraglicher Beziehungen. Art. 895 Abs. 1 ZGB (bürgerliches Retentionsrecht).

1. Die Verweigerung der Rückgabe einer beweglichen Sache entgegen einer vertraglichen Pflicht stellt keine Entziehung im Sinne von Art. 143 StGB dar (E. 1; Bestätigung der Rechtsprechung).

2. Androhung eines Nachteils durch Drohung mit einem Unterlassen, wo eine vertragliche Pflicht zum Handeln besteht. Erheblichkeit des Nachteils bei Verweigerung der Rückgabe von Wärmepumpen kurz vor Beginn der Heizperiode (E. 2a).

3. Das bürgerliche Retentionsrecht gemäss Art. 895 Abs. 1 ZGB geht mit der Lieferung der Sache, an welcher bis dahin ein Retentionsrecht bestand, unter und lebt auch bei späterer Rücknahme der Sache nicht wieder auf (E. 2b/bb).

4. Rechtswidrigkeit der Nötigung auf Grund der Zweck/Mittel-Relation des eingesetzten Nötigungsmittels. Wer die Reinstallation von Wärmepumpen kurz vor Beginn der Heizperiode ohne Retentionsrecht verweigert und überdies für den Fall, dass einem Zahlungsvorschlag kurzfristig nicht zugestimmt wird, eine wesentliche Verlängerung der Lieferfrist androht, handelt sittenwidrig (E. 2b/cc).

Regeste (fr):
Art. 143 et 181 CP. Soustraction sans dessein d'enrichissement et contrainte dans le cadre de relations contractuelles. Art. 895 al. 1 CC (droit de rétention).

1. Le refus de restituer une chose mobilière en violation d'un devoir contractuel ne constitue pas une soustraction sans dessein d'enrichissement au sens de l'art. 143 CP (consid. 1; confirmation de jurisprudence).

2. Menace de causer un préjudice en s'abstenant de procéder à un acte qui constitue une obligation contractuelle. Importance du préjudice résultant du refus de restituer des pompes à chaleur, peu avant la période de chauffage (consid. 2a).

3. Le droit de rétention prévu par le droit civil à l'art. 895 CC cesse d'exister dès la livraison de la chose sur laquelle il portait jusque-là et ne reprend pas vigueur au cas où la chose est reprise par la suite (consid. 2b/bb).

4. Illicéité de la contrainte en raison du manque de proportionnalité du moyen utilisé. Agit d'une manière contraire aux moeurs celui qui refuse de réinstaller des pompes à chaleur peu avant la période de chauffage, sans pouvoir invoquer un droit de rétention et qui, pour le cas où un acompte n'interviendrait pas à brève échéance, menace en outre de prolonger d'une manière importante le délai de livraison (consid. 2b/cc).

Regesto (it):
Art. 143 e 181 CP. Sottrazione di cose senza fine di lucro e coazione nel quadro di rapporti contrattuali. Art. 895 cpv. 1 CC (diritto di ritenzione).

1. Il rifiuto di restituire una cosa mobile in violazione di un obbligo contrattuale non costituisce una sottra-

zione senza fine di lucro ai sensi dell'art. 143 CP (consid. 1; conferma della giurisprudenza).

2. Minaccia di omettere un atto costitutivo di un obbligo contrattuale quale minaccia di grave danno. Rilevanza del danno risultante dal rifiuto di restituire pompe di calore poco prima dell'inizio del periodo di riscaldamento (consid. 2a).

3. Il diritto di ritenzione previsto dal diritto civile nell'art. 895 cpv. 1 CC si estingue al momento della consegna della cosa a cui si riferiva e non risorge laddove la cosa sia in seguito ripresa (consid. 2b/bb).

4. Illiceità della coazione in base alla sproporzione del mezzo utilizzato. Agisce in modo contrario ai buoni costumi chi rifiuta di reinstallare pompe di calore poco prima del periodo di riscaldamento, senza poter invocare un diritto di ritenzione, e minaccia, per il caso che non sia versato a breve scadenza un pagamento parziale proposto, di prolungare in modo considerevole il termine di consegna (consid. 2b/cc).

Sachverhalt ab Seite 209

BGE 115 IV 207 S. 209

A.- Auf Grund eines Vertrages vom 22. August 1985 hatte K. dem L. eine Wärmepumpenheizungsanlage geliefert. Nachdem die installierten vier Wärmepumpen die vorgesehene Heizleistung angeblich nicht erbringen konnten, forderte L. die Lieferfirma auf, die Anlage zu überprüfen. Im Anschluss an eine Besichtigung der Anlage vom 4. Juni 1987 baute K. die Wärmepumpen aus, um Messungen auf dem firmeneigenen Prüfstand vornehmen zu können. Am 17. August 1987 forderte L. den K. auf, die Wärmepumpen innert 10 Tagen zu reinstallieren. Am 25. September 1987 antwortete ihm K., eine Rückgabe der Wärmepumpen komme nur in Frage, wenn L. die noch offenen Installationskosten von Fr. 51'553.50 begleiche. Er verlangte sofortige Bezahlung der Hälfte der Forderung und Sicherstellung für die andere Hälfte zuzüglich Fr. 5'000.– durch eine vollwertige Bankgarantie und schloss mit folgenden Bemerkungen: "Wir erwarten bis zum 29.9.1987 17.00 Uhr Ihren Entscheid. Sollten Sie sich bis dahin für unseren Vorschlag entschieden haben, dauert unsere Lieferfrist ca. 20 Tage. Andernfalls benötigen wir 6 bis 8 Wochen." In der Folge gab er die Wärmepumpen mit einem Gesamtwert von rund Fr. 40'000.– nicht zurück.

B.- Das Bezirksgericht Diessenhofen verurteilte K. am 18. Oktober 1988 wegen Sachentziehung und vollendeten Versuchs der Nötigung (Art. 143 und 181 i.V.m. Art. 22 StGB) zu fünf Tagen Gefängnis bedingt. Am 14. März 1989 bestätigte das Obergericht des Kantons Thurgau den erstinstanzlichen Schuldspruch, sprach indessen lediglich eine Busse von Fr. 600.– aus.

C.- Mit eidgenössischer Nichtigkeitsbeschwerde beantragt der Gebüsste, das obergerichtliche Urteil sei aufzuheben und die Sache zur Freisprechung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. a) Sachentziehung gemäss Art. 143 StGB begeht, wer ohne Bereicherungsabsicht eine bewegliche Sache dem Berechtigten entzieht und ihn dadurch schädigt. Der Tatbestand hat die Funktion eines Auffangtatbestandes zu den Aneignungsdelikten Diebstahl, Veruntreuung (in der Form von Art. 140 Ziff. 1 Abs. 1 StGB) und

Unterschlagung. Dabei geht es, was die gegenwärtige Fassung vom Wortlaut her allerdings nicht deutlich zum Ausdruck bringt, einerseits um die Erfassung von Aneignungen ohne (rechtswidrige) Bereicherungsabsicht, sofern diese zu einer

BGE 115 IV 207 S. 210

Schädigung geführt haben, und andererseits um den Schutz gewisser Positionen wie etwa des Besitzers gegen schädigende Entziehungen. In der von der Expertenkommission vorgeschlagenen Neufassung (Vorentwurf Art. 141; wiedergegeben bei JACHEN CURDIN BONORAND, Die Sachentziehung, Diss. Zürich 1987, S. A-5), wo diese Bereiche in zwei verschiedenen Absätzen geregelt werden, wird dies wesentlich klarer (vgl. auch Bericht zum Vorentwurf S. 12). b) Vorliegend wird dem Beschwerdeführer nicht eine Aneignung ohne Bereicherungsabsicht, sondern eine eigentliche Sachentziehung vorgeworfen. Er hat die Pumpen bis zur Bezahlung der Lieferungsrestanz zurückbehalten und (jedenfalls einstweilen) nicht behalten wollen, um wie ein Eigentümer über sie zu verfügen. Für die Erfüllung dieser Tatbestandalternative sind kumulativ Entziehung und Schädigung erforderlich. aa) Entziehen bedeutet insbesondere Wegnehmen. Allerdings wird teilweise angenommen, dass darüber hinaus auch das Vorenthalten ein Entziehen im Sinne von Art. 143 StGB darstellen könne (NOLL, Schweizerisches Strafrecht, BT, S. 168). Dabei ist allerdings zu präzisieren, dass unter Vorenthalten nicht jede Verletzung einer Rückgabepflicht verstanden werden darf, weil andernfalls etwa jede verspätete Rückgabe eines beweglichen Mietgegenstandes erfasst würde (so schon deutlich BGE 72 IV 62; NOLL, a.a.O.; STRATENWERTH, BT I, S. 225; vgl. JACHEN CURDIN BONORAND, a.a.O., S. 39 und 46 ff.), was mit dem Gedanken der Subsidiarität des Strafrechtes nicht zu vereinbaren wäre. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz gilt dies, wie bereits aus BGE 72 IV 62 ersichtlich, auch dann, wenn dem Eigentümer eine Sache vorenthalten wird, was gerade bei der Verletzung von Rückgabepflichten die Regel sein dürfte. Deshalb ist die Entziehung in der Form des Vorenthaltens einzuschränken auf Fälle, wo es der Täter dem Opfer verunmöglicht, eine Sache wiederzuerlangen (vgl. etwa den Sachverhalt von BGE 99 IV 155 : Wegwerfen der Handtasche, die das Opfer im Auto zurückgelassen hat; BGE 72 IV 62 : Edelstein, der in den tiefen See geworfen wird), oder die Wiedererlangung zumindest erheblich verzögert oder erschwert, etwa wenn Gegenstände in den Räumen des Berechtigten so versteckt werden, dass sie nur mit Mühe wieder aufgefunden werden können (vgl. etwa den Sachverhalt von BGE 104 IV 156). Es geht mit anderen Worten um Fälle der dauernden Enteignung ohne gleichzeitige Zueignung und der "vorübergehenden

BGE 115 IV 207 S. 211

Enteignung" (vgl. BONORAND, a.a.O., S. 40; BGE 96 IV 21).
Der Beschwerdeführer hat vorliegend die Wärmepumpen im Rahmen der vertraglichen Beziehungen mit dem Beschwerdegegner und mit dessen Einverständnis mitgenommen. Seine Weigerung, sie zurückzugeben, verstiess also gegen seine - unter dem Vorbehalt des von ihm behaupteten Retentionsrechtes bestehende - vertragliche Rückgabepflicht. Die Verletzung einer solchen vertraglichen Pflicht fällt aber nach dem Gesagten nicht unter die Sachentziehung. Für solche Fälle besteht auch - unter dem Gesichtspunkt des Vermögensschutzes - kein Bedürfnis für eine strafrechtliche Sanktion; vielmehr genügen hier die zivilrechtlichen Rechtsschutzmöglichkeiten (vgl. BGE 112 IV 34 für den insoweit vergleichbaren Sachverhalt des Verbleibens im Mietobjekt nach Ablauf der Mietdauer). bb) Nach dem Gesagten ist das Tatbestandsmerkmal der Entziehung in der vorliegenden Konstellation nicht gegeben, weshalb der Beschwerdeführer zu Unrecht wegen Sachentziehung verurteilt wurde. Auf die Frage eines allfälligen Retentionsrechts und der über die Entziehung hinaus erforderlichen Schädigung muss unter diesen Umständen im Rahmen von Art. 143 StGB nicht eingegangen werden.

2. Wegen Nötigung gemäss Art. 181 StGB macht sich strafbar, wer einen anderen durch Gewalt oder Androhung ernstlicher Nachteile oder durch andere Beschränkung seiner Handlungsfreiheit nötigt, etwas zu tun, zu unterlassen oder zu dulden. a) Zu prüfen ist vorliegend, ob die Androhung ernstlicher Nachteile zu bejahen ist. Der Beschwerdeführer drohte dem Beschwerdegegner, die Wärmepumpen so lange nicht zurückzugeben, wie dieser die behauptete noch offene Forderung nicht bezahlt habe. Er drohte ihm also nicht mit einem aktiven Tun, sondern mit einem Unterlassen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes ist diese Unterscheidung unerheblich (BGE 105 IV 122 E. 2b; BGE 96 IV 61 E. 2), während die Literatur zu dieser Frage teilweise eine differenziertere Haltung einnimmt (vgl. STRATENWERTH, BT I, S. 95; NOLL, BT, S. 71; SCHUBARTH, Kommentar Art. 181 N. 23 ff.; MARTINO IMPERATORI, Das Unrecht der Nötigung, Diss. Zürich 1987, S. 81 ff.). Die Frage braucht hier nicht weiter verfolgt zu werden, weil der Beschwerdeführer, falls man ihm kein Retentionsrecht zubilligt, zur Rückgabe der Wärmepumpen verpflichtet war, also eine Rechtspflicht zum Handeln bestand.

Beruft er sich jedoch zutreffend auf ein Retentionsrecht, dann wäre sein Verhalten jedenfalls nicht rechtswidrig. Auch das Erfordernis des erheblichen Nachteils ist zu bejahen, da die Androhung, die Wärmepumpen nicht zurückzugeben, kurz vor Beginn der Heizperiode erfolgte und der Beschwerdegegner deshalb vor die Wahl gestellt war, entweder den geforderten Betrag umgehend zu bezahlen oder weiterhin auf die notwendige Wärmequelle zu verzichten bzw. sich mit erheblichen Kosten eine Ersatzwärmequelle zu beschaffen. Denn eine Möglichkeit, kurzfristig auf dem Zivilweg Remedur zu schaffen, was die Ernstlichkeit des angedrohten Nachteils ausschliessen könnte (vgl. SCHUBARTH, Art. 181 N. 37), bestand hier offensichtlich nicht.
b) Entscheidend ist somit, ob das Vorgehen des Beschwerdeführers als rechtswidrig zu betrachten ist. Die Rechtswidrigkeit entfiele auf jeden Fall, wenn er aufgrund eines Retentionsrechtes zur Zurückbehaltung der Wärmepumpen berechtigt war. aa) Die Vorinstanz hat (allerdings im Zusammenhang mit der von ihr erörterten Widerrechtlichkeit der Sachentziehung) ein Retentionsrecht des Beschwerdeführers verneint. Zur Begründung führte sie an, soweit ihm ursprünglich für die Kaufpreisrestforderung ein Retentionsrecht zugestanden sein sollte, wäre dies mit der Lieferung der Pumpen an den Beschwerdegegner untergegangen; mit der späteren Rücknahme der Pumpen zu Prüfzwecken und gegebenenfalls zur Vornahme von Reparaturarbeiten sei ein neues Retentionsrecht in bezug auf die alte Kaufpreisrestanz nicht entstanden; einzig bei Nichtbegleichung einer allenfalls daraus entstehenden neuen Forderung hätte sich ein neuer Retentionsanspruch ergeben können; die Voraussetzung des kaufmännischen Retentionsrechtes sei nicht gegeben, da der Beschwerdegegner nicht Kaufmann sei. Der Beschwerdeführer versucht nicht, diese Begründung in Frage zu stellen. Er macht einzig geltend, die Verknüpfung des hier gewählten Zwangsmittels sei weder rechtsmissbräuchlich noch sittenwidrig, weil ein direkter Zusammenhang zwischen der Weigerung, die Wärmepumpen herauszugeben, und der Bezahlung des restlichen Werklohnes bestand. bb) Die Frage, ob der Beschwerdeführer gestützt auf ein Retentionsrecht berechtigt war, die Wärmepumpen zurückzubehalten, ist von Amtes wegen zu prüfen. Gemäss Art. 895 Abs. 1 ZGB kann der Gläubiger bewegliche Sachen, die sich mit Willen des Schuldners in seinem Besitz befinden,

bis zur Befriedigung für seine Forderung zurückbehalten, wenn die Forderung fällig ist und ihrer Natur nach mit dem Gegenstand der Retention im Zusammenhang steht. Gemäss Abs. 2 besteht dieser Zusammenhang unter Kaufleuten, sobald sowohl Besitz wie auch Forderung aus ihrem geschäftlichen Verkehr herrühren. Diese Bestimmung ist jedoch vorliegend nicht anwendbar, weil nach der verbindlichen Feststellung der Vorinstanz

die Voraussetzungen des sogenannten kaufmännischen Retentionsrechts nicht gegeben sind. Das engere, sogenannte bürgerliche Retentionsrecht setzt einen Zusammenhang zwischen der Forderung und dem Retentionsobjekt voraus. Ein solcher Zusammenhang kann hier nicht von vorneherein verneint werden, denn die vom Beschwerdeführer geltend gemachte Forderung geht auf die Lieferung und Installation der Wärmepumpen zurück, welche sich im Zeitpunkt der ihm vorgeworfenen Nötigungshandlung wieder in seinem Besitz befanden, und die Rücknahme der Wärmepumpen erfolgte offensichtlich aufgrund einer vertraglichen Verpflichtung zur Überprüfung und gegebenenfalls Nachbesserung von etwaigen Mängeln. Wie weit in einer derartigen Konstellation die vom Gesetz geforderte Konnexität bejaht werden darf, ist unter Rückgriff auf das Prinzip von Treu und Glauben zu beantworten. Die Zurückbehaltung ist dann, aber auch nur dann zulässig, wenn es Treu und Glauben widersprechen würde, den Gläubiger zur Rückgabe der Sache an den Eigentümer zu verpflichten, wo er eine mit der gleichen Sache im Zusammenhang stehende Gegenforderung hat (OFTINGER/BÄR, Art. 895 ZGB N. 83). Vorliegend hatte der Beschwerdeführer ein Retentionsrecht an den Wärmepumpen jedenfalls in bezug auf Forderungen, die ihm aus etwaigen Reparaturarbeiten entstanden waren. Solche hat er jedoch nicht geltend gemacht. In bezug auf seine frühere Forderung hatte er ursprünglich ebenfalls ein Retentionsrecht, welches jedoch, wie die Vorinstanz zu Recht festhält, mit der Lieferung der Wärmepumpen an den Beschwerdegegner L. untergegangen ist. Dass bei späterer Rücknahme der Sache ein solches Retentionsrecht wieder auflebe, wird im allgemeinen abgelehnt (OFTINGER/BÄR, Art. 895 ZGB N. 104a und 179). In der Tat wäre es schwer einsichtig, dass ein Lieferant, der für eine Forderung von über Fr. 50'000.– keine Pfandsicherung mehr hat, von neuem in den Genuss einer solchen gelangen soll, bloss weil er die gelieferte Sache für Kontrollzwecke zu sich zurücknimmt. Die damit verbundene Privilegierung des Gläubigers gegenüber andern

Gläubigern wäre jedenfalls schwer begründbar. Die neue Inbesitznahme des Gegenstandes lässt deshalb ein Retentionsrecht nur für neue Forderungen, nicht aber für frühere entstehen (OFTINGER/ BÄR, Art. 895 ZGB N. 104a). Der Beschwerdeführer kann sich somit zur Rechtfertigung nicht auf ein Retentionsrecht berufen. cc) Mit der Verneinung der Voraussetzungen eines besonderen Rechtfertigungsgrundes, wie hier eines Retentionsrechtes aus Art. 895 ZGB, ist jedoch die Frage der Rechtswidrigkeit nicht endgültig beantwortet, da die Erfüllung der Tatbestandsmerkmale von Art. 181 StGB die Rechtswidrigkeit noch nicht indiziert. Vielmehr ist eine besondere, über die üblichen Rechtfertigungsgründe hinaus vorzunehmende Rechtswidrigkeitsprüfung erforderlich (vgl. BGE 69 IV 172). Die Rechtswidrigkeit der Nötigung ist nur dann zu bejahen, wenn entweder der Zweck der Nötigung oder das eingesetzte Nötigungsmittel bereits rechtswidrig war, oder aber dann, wenn Zweck und Mittel der Nötigung zwar als rechtmässig erscheinen, aber ihre Verknüpfung als rechtswidrig oder sittenwidrig anzusehen ist (SCHUBARTH, Kommentar Art. 181 N. 55 ff. mit Nachweisen). Der Beschwerdeführer bezweckte die Bezahlung einer (behaupteten) ausstehenden Schuld. Der Zweck der von ihm begangenen Nötigung erscheint deshalb nicht als rechtswidrig. Ob das eingesetzte Nötigungsmittel als rechtswidrig anzusehen ist, kann dann offenbleiben, wenn jedenfalls die Zweck/Mittel-Relation als rechtswidrig erscheint. Hier kommt dem Umstand, dass sich der Beschwerdeführer nicht auf ein Retentionsrecht berufen kann, Indizwirkung zu, da auch das Retentionsrecht nur im Rahmen einer gewissen, hier nicht gegebenen Konnexität zu bejahen ist. Allerdings wird man nicht schon aus dem Fehlen eines Retentionsrechtes auf die Rechtswidrigkeit des Vorgehens schliessen dürfen; sonst ergäbe sich aus der vertraglichen Pflicht des Beschwerdeführers, die Wärmepumpen zurückzugeben, von vorneherein die Rechtswidrigkeit der nötigenden Handlung, ohne dass die für Art. 181 StGB erforderliche zusätzliche Rechtswidrigkeitsprüfung stattgefunden hätte. Erschwerend ins Gewicht fällt vorliegend, dass der Beschwerdeführer die Situation des Beschwerdegegners kurz vor Beginn der Heizperiode ausnützen wollte. Er nahm die Wärmepumpen im Laufe des Sommers zurück, um Messungen auf dem firmeneigenen Prüfstand vorzunehmen, und verweigerte dann (ohne Retentionsrecht) die Reinstallierung kurz vor Beginn der Heizperiode bis zur Bezahlung einer behaupteten Forderung. Überdies drohte er L. für den Fall, dass er nicht

kurzfristig seinem Zahlungsvorschlag zustimme, eine wesentliche Verlängerung der Lieferfrist an. Damit nützte er die Situation seines Vertragspartners in einer Art aus, die als sittenwidrig bezeichnet werden muss. Die Vorinstanz hat den Beschwerdeführer deshalb zu Recht wegen versuchter Nötigung verurteilt.