Urteilskopf

133 IV 21

3. Auszug aus dem Urteil des Kassationshofs i.S. X. gegen Staatsanwaltschaft sowie Kantonsgericht St. Gallen (Staatsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeitsbeschwerde) 6P.176/2006 / 6S.404/2006 vom 16. Februar 2007

Regeste (de):
Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 und Ziff. 2 StGB; qualifizierte Veruntreuung anvertrauter Vermögenswerte.

Täuschungsbedingte Gegenleistungen für die versprochene vertragliche Leistung aus vollkommen zweiseitigen Verträgen begründen keine Werterhaltungspflicht. Der Freispruch von der Anklage des Betruges in einem Fall schwindelhaften Verkaufs von angeblichen Bankgarantien erlaubt daher keine ersatzweise Verurteilung wegen Veruntreuung (E. 6 und 7).

Regeste (fr):
Art. 138 ch. 1 al. 2 et ch. 2 CP; abus de confiance qualifié portant sur des valeurs patrimoniales confiées.

Fondées sur une tromperie, des contre-prestations correspondant à la prestation contractuellement promise dans un contrat bilatéral parfait, n'imposent pas un devoir de conserver constamment la contre-valeur reçue. L'acquittement de l'accusation d'escroquerie, dans un cas de vente mensongère de prétendues garanties bancaires, ne permet donc pas de prononcer, en lieu et place de cette accusation, une condamnation pour abus de confiance (consid. 6 et 7).

Regesto (it):
Art. 138 n. 1 cpv. 2 e n. 2 CP; appropriazione indebita aggravata di valori patrimoniali affidati.

Le controprestazioni, indotte da inganno ma corrispondenti alla prestazione contrattuale promessa nell'ambito di un contratto bilaterale perfetto, non fondano l'obbligo di conservarne il controvalore. Di conseguenza, il proscioglimento dall'accusa di truffa in un caso di vendita fraudolenta di presunte garanzie bancarie non permette una condanna in via sostitutiva per appropriazione indebita (consid. 6 e 7).

Sachverhalt ab Seite 21

A.

A.a Das Bezirksgericht Werdenberg sprach X. mit Urteil vom 5. Juli 2001 des gewerbsmässigen Betruges schuldig und verurteilte ihn zu 3 Jahren Gefängnis. Ferner verurteilte es ihn zur Zahlung von DM 1'450'000.- Schadenersatz an die Geschädigten. Auf Berufung des Beurteilten hin erklärte das Kantonsgericht St. Gallen X. mit Entscheid vom 2. Juni 2004 der Gehilfenschaft zu gewerbsmässigem Betrug schuldig und verurteilte ihn zu 21 /2 Jahren Gefängnis.

Von der Anklage des gewerbsmässigen Betruges in einem Fall sprach es ihn frei. Die Zivilforderungen verwies es auf den Weg des Zivilprozesses.

A.b Eine gegen diesen Entscheid geführte eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde hiess das Bundesgericht mit Urteil vom 25. Februar 2005 gemäss Art. 277 BStP gut, hob das angefochtene Urteil auf und wies die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurück. Die gleichzeitig erhobene staatsrechtliche Beschwerde schrieb es als gegenstandslos am Geschäftsverzeichnis ab.

B. Das Kantonsgericht St. Gallen sprach daraufhin X. mit Urteil vom 2. Mai 2006 von der Anklage der Gehilfenschaft zu gewerbsmässigem Betrug frei. Hingegen erklärte es ihn nunmehr der qualifizierten Veruntreuung schuldig und verurteilte ihn zu 18 Monaten Gefängnis, mit bedingtem Strafvollzug bei einer Probezeit von 2 Jahren. In einem Fall sprach es ihn von der Anklage der qualifizierten Veruntreuung frei. Die Zivilforderungen gemäss Ziff. 5 des Urteils des Bezirksgerichts Werdenberg vom 5./6. Juli 2001 verwies es auf den Weg des Zivilprozesses.

C. X. führt erneut sowohl staatsrechtliche Beschwerde als auch eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde, mit denen er je beantragt, die Ziffern 2 und 4, soweit sich die Letztgenannte auf die Verfahrenskosten beziehe, sowie die Ziffern 5 und 6 des angefochtenen Urteils seien aufzuheben und die Angelegenheit sei zu seinem Freispruch von Schuld und Strafe bzw. zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:
I. Nichtigkeitsbeschwerde

4.

4.1 Dem zu beurteilenden Fall liegt folgender, für den Kassationshof verbindlich festgestellter Sachverhalt (Art. 277bis Abs. 1 BStP) zugrunde: Die deutschen Staatsangehörigen A., B. und C. boten in Zeitungsinseraten und persönlichen Werbeaktionen die Vermittlung von Bankgarantien (Zahlgarantien, letters of intent) in Millionenhöhe an, welche unter anderem zur Sicherstellung von Krediten, Finanzierungen von Immobilien, als Kapitaleinlagen usw. dienen sollten. Mit diesen Werbeaktionen sprachen sie in erster Linie Personen an, die Kreditbedarf hatten, jedoch in der Regel von deutschen Banken keine

Kredite erhielten. Circa im Sommer 1995 trat A. mit dem Beschwerdeführer, der damals Geschäftsführer der D. AG war, in Verbindung, um ihn für die treuhänderische Entgegennahme und Weiterleitung der Gebühren für die Vermittlung der Bankgarantien zu gewinnen. Mit der angebotenen Bankgarantie (Zahlgarantie) erklärte sich die Bank unwiderruflich und unbedingt bereit, dem Vertragspartner nach Ablauf von 5 Jahren und einem Tag (ge-

rechnet ab Datum der Garantieerklärung) ohne weitere Aufforderung einen Betrag von USD 49 Mio. zu zahlen. Die Garantien sollten durch die Firma E. Inc., welche die vom Beschwerdeführer geführte Treuhandgesellschaft im Juni 1995 an A. verkauft hatte, bzw. durch den seitens der E. Inc. beauftragten deutschen Rechtsanwalt C. gegen eine Gebühr von DM 200'000.- vermittelt werden. Die Verpflichtung bestand ohne Gegenleistung, namentlich ohne Leistung von Sicherheiten. Der von den Kunden zu bezahlende Betrag von DM 200'000.- floss nicht an die Bank, sondern ging an die Vermittler. Keiner der Kunden unterhielt zudem bei der entsprechenden Bank ein Konto oder ein Depot, auf welches diese im Falle der Inanspruchnahme hätte zurückgreifen können. Die Bank klärte auch die Bonität der Kunden nicht ab. Zur Erlangung einer solchen Zahlgarantie mussten die Kunden einen "Auftrag für die Vermittlung einer Bankgarantie" sowie einen "Treuhandauftrag" abschliessen. Die Verträge wurden neben den Kunden als Auftraggeber von der E. Inc. als Beauftragter sowie vom Beschwerdeführer unterzeichnet. Die Vermittlungsgebühr hatten die Kunden auf dem Konto der vom Beschwerdeführer geführten Treuhandgesellschaft zu hinterlegen. In der Folge unterzeichneten in der Zeit vom 21. September bis zum 23. November 1995 neun Kunden in den Räumlichkeiten der D. AG insgesamt 18 Verträge für die Vermittlung einer Bankgarantie, in der Regel von der Bank F. oder der G. Bank. Die Kunden überwiesen dabei Gebühren von insgesamt DM 3,6 Mio. auf das Konto der D. AG. Der Beschwerdeführer überwies jeweils DM 105'000.- pro Vertrag an Rechtsanwalt C. sowie einen Betrag von DM 20'000.- entsprechend dem vereinbarten Honorar an die E. Inc., über deren Konto er im Übrigen verfügungsberechtigt war. Den restlichen Betrag überwies er an die E. Inc., sobald er von Rechtsanwalt C. benachrichtigt worden war, dass die "unwiderrufliche Bereitschaftserklärung" der Bank bei ihm eingegangen sei. Pro abgeschlossenem

Vertrag erhielt der Beschwerdeführer eine Treuhandkommission von DM 14'000.-. Die in den einzelnen Fällen in Umlauf gebrachten Bankpapiere erwiesen sich in der Folge allesamt als plumpe Fälschungen. Die von den Kunden einbezahlten Beträge wurden von den Verantwortlichen für die Geschäftsabwicklung nicht zurückerstattet, wodurch die Anleger zu Schaden gekommen sind (vgl. Urteil des Bundesgerichts 6P.124/2004 vom 25. Februar 2005, E. 4/6.4.1).

4.2 Der Kassationshof gelangte in seinem Rückweisungsentscheid vom 25. Februar 2004 bei der Prüfung des Tatbestandsmerkmals der Arglist im Rahmen der Anklage wegen Betruges zum Schluss, es könne auch einem Laien in Finanzangelegenheiten nicht verborgen bleiben, dass ein Geschäft, in welchem sich eine Bank unwiderruflich und bedingungslos verpflichte, Kunden, welche bei ihr weder ein Konto noch ein Depot unterhielten, nach Ablauf von 5 Jahren und einem Tag einen Betrag von USD 49 Mio. auszuzahlen, vollkommen realitätsfremd sei und mit den Gegebenheiten des üblichen Wirtschaftsverkehrs nichts gemein habe. Den Geschädigten habe klar sein müssen, dass ein solcher Handel nicht existieren könne, zumal sie in ihrer Mehrheit jedenfalls nicht völlig branchenunkundig gewesen seien (E. 6.4.1). Da das Kantonsgericht St. Gallen indes in Bezug auf die Schutzbedürftigkeit der einzelnen Geschädigten keine umfassenden Feststellungen getroffen hatte, war der Kassationshof nicht in der Lage, abschliessend zu prüfen, ob das Merkmal der Arglist in den angeklagten Einzelfällen erfüllt war. Er wies daher den angefochtenen Entscheid zur weiteren Abklärung an das Kantonsgericht zurück (E. 6.4.3).

4.3 Die Vorinstanz gelangte anlässlich ihrer Beratung vom 9. Dezember 2005 zum Schluss, dass am Tatbestand des Betruges nicht mehr festgehalten werden könne. Den Parteien wurde das Ergebnis der Beratung zur Kenntnis gebracht und es wurde ihnen mitgeteilt, dass das Verhalten des Beschwerdeführers, wie es sich aus der Anklageschrift ergebe, nunmehr unter dem Gesichtspunkt der Veruntreuung geprüft werde.

5.

5.1

5.1.1 Die Vorinstanz nimmt in rechtlicher Hinsicht an, die von den Geschädigten überwiesenen Beträge von DM 200'000.- oder einem Vielfachen davon seien den Tätern anvertraut gewesen. Jene seien

BGE 133 IV 21 S. 25

durch ein Konglomerat von Täuschungshandlungen dazu bewogen worden, die Vermögenswerte auf das Konto der vom Beschwerdeführer geführten Treuhandgesellschaft einzuzahlen. Zu diesen Täuschungen hätten die verschiedenen Versprechungen und Ausführungen der Finanzverwalter aus Deutschland, die schriftlichen Verträge und nicht zuletzt auch das Verhalten des Beschwerdeführers sowie das Umfeld seiner Geschäftsräumlichkeiten gehört. Das Verhalten der Beteiligten habe dazu gedient, die Opfer dazu zu motivieren, ihnen die Vermögenswerte anzuvertrauen. Insbesondere die schriftlichen Verträge hätten dabei eine nicht existierende Sicherheit vorgespiegelt, indem zwei Treuhänder - der Beschwerdeführer und Rechtsanwalt C. - zwischen die Kunden und den sogenannten Supervisor geschaltet worden seien. Dabei sei unerheblich, dass der Beschwerdeführer selber nicht alle bzw. nur den kleineren Teil der Täuschungshandlungen vorgenommen habe. Wesentlich sei, dass die Opfer ihm den Betrag von DM 200'000.- aufgrund einer Täuschung übergeben hätten. Erfüllt seien auch die übrigen Tatbestandsmerkmale der Veruntreuung. Der Beschwerdeführer habe aufgrund des von ihm unterzeichneten Vermittlungsvertrages die Aufgabe gehabt, die anvertrauten Vermögenswerte im Sinne der vertraglichen Vereinbarung mit den Treugebern treuhänderisch zu verwalten. Zweck des mit den Opfern geschlossenen Vertrages sei die Hinterlegung eines Betrages von DM 200'000.- für die Beschaffung einer Bankgarantie gewesen. Dem Beschwerdeführer und den weiteren Tätern sei indes klar gewesen, dass dieses Ziel nicht zu erreichen gewesen sei. Der Beschwerdeführer sei Glied einer die Anleger täuschenden Tätergruppe gewesen, die gewillt gewesen sei, den obligatorischen Anspruch der Investoren zu vereiteln. Diese Vereitelungshandlung habe darin bestanden, dass er die ihm anvertrauten Beträge zwar dem Wortlaut der Verträge entsprechend verwendet habe, dies aber im Wissen darum, dass die Anleger bzw. Treugeber weder die versprochene Gegenleistung erhalten noch je wieder in den Genuss des investierten Geldes kommen würden. Eine Veruntreuungshandlung stelle auch der Umstand dar, dass der Beschwerdeführer für die E. Inc. und die D. AG das vertraglich vereinbarte Honorar von DM 20'000.- entgegengenommen habe, weil er wegen der Unrechtmässigkeit der abgeschlossenen Geschäfte keinen Anspruch auf Honorar habe erheben können. Dabei habe es ihm offensichtlich an der Ersatzfähigkeit und auch an der Bereitschaft zum Ersatz der unrechtmässig eingenommenen Beträge gefehlt.

BGE 133 IV 21 S. 26

5.1.2 In subjektiver Hinsicht nimmt die Vorinstanz an, der Beschwerdeführer habe gewusst, dass die Anleger über die wahre Natur des abgeschlossenen Geschäfts getäuscht worden seien. Er habe daher zumindest mit Eventualvorsatz gehandelt. In Bezug auf die unrechtmässige Bereicherung führt sie aus, das Handlungsziel des Beschwerdeführers habe in der Vereinnahmung des verabredeten Honorars bestanden. Die Unrechtmässigkeit der Bereicherung ergebe sich daraus, dass es sich beim ganzen Geschäft um eine täuschende Handlung der Täter gehandelt habe und der versprochene Erfolg des Geschäfts gar nicht zu erreichen gewesen sei. Der Vertrag sei daher von Beginn weg unmöglich gewesen bzw. mangels Konsens nicht zustande gekommen, womit das Honorar des Beschwerdeführers und die übrigen Gebühren gemäss Vertrag nicht geschuldet gewesen seien.

5.2 Der Beschwerdeführer macht geltend, der Schuldspruch der Veruntreuung verletze Bundesrecht. Ein aufgrund einer Täuschung übertragener Vermögenswert könne nicht als im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB

anvertraut gelten, so dass ein Schuldspruch wegen Veruntreuung von vornherein ausser Betracht falle. Wollte man im vorliegenden Fall die Vermögenswerte dennoch als anvertraut betrachten, verletze der Schuldspruch deshalb Bundesrecht, weil er auch nach der Auffassung der Vorinstanz die ihm überwiesenen Gelder dem Wortlaut der Verträge entsprechend verwendet habe. So habe er vertragsgemäss aus der Hinterlegungssumme von DM 200'000.- pro Vertrag die Kosten der E. Inc. in der Höhe von DM 20'000.-, welche mit dem Eintreffen der Hinterlegungssumme fällig geworden seien, ausbezahlt. Ausserdem habe er Rechtsanwalt C., welcher die Bereitschaftserklärungen beizubringen gehabt habe, jeweils den Betrag von DM 105'000.- zur Verfügung gestellt. Aufgrund der Verträge habe der Rechtsanwalt erst nach Eingang dieser Summe auf dem Anderkonto tätig werden müssen. Nach Vorliegen der Bereitschaftserklärungen habe er über die Restbeträge disponieren müssen. Die Geldüberweisungen seien den Kunden jeweils angezeigt worden. Dass die Haupttäter die Ansprüche der Geschädigten letztendlich nicht erfüllt hätten, treffe ihn nicht als Vorwurf.

6.

6.1

6.1.1 Gemäss Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB wird wegen Veruntreuung mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder mit Gefängnis bestraft, wer ihm anvertraute Vermögenswerte unrechtmässig in seinem oder

eines anderen Nutzen verwendet (Delikt gegen den Vermögenswert). Der qualifizierten Veruntreuung macht sich schuldig, wer die Tat u.a. als berufsmässiger Vermögensverwalter oder bei Ausübung eines Berufs begeht, zu der er durch eine Behörde ermächtigt ist. Die tatbestandsmässige Handlung besteht bei der Veruntreuung von Vermögenswerten in einem Verhalten, durch welches der Täter eindeutig seinen Willen bekundet, den obligatorischen Anspruch des Treugebers zu vereiteln (BGE 121 IV 23 E. 1c mit Hinweisen).

6.1.2 Der subjektive Tatbestand erfordert für beide Tatvarianten der Veruntreuung Vorsatz und ein Handeln in unrechtmässiger Bereicherungsabsicht. Nach der Rechtsprechung bereichert sich bei der Veruntreuung von Vermögenswerten unrechtmässig, wer die Vermögenswerte, die er dem Berechtigten jederzeit zur Verfügung zu halten hat, in seinem Nutzen verwendet, ohne fähig und gewillt zu sein, sie jederzeit sofort zu ersetzen (BGE 118 IV 27 E. 3a, BGE 118 IV 32 E. 2a S. 34).

6.2 Nach der Rechtsprechung gilt als anvertraut, was jemand mit der Verpflichtung empfängt, es in bestimmter Weise im Interesse des Treugebers zu verwenden, insbesondere es zu verwahren, zu verwalten oder einem anderen abzuliefern (BGE 120 IV 117 E. 2b). Dabei genügt nach der Rechtsprechung, dass der Täter ohne Mitwirkung des Treugebers über die Werte verfügen kann, ihm mithin Zugriff auf das fremde Vermögen eingeräumt worden ist (BGE 119 IV 127; BGE 117 IV 429 E. 3b/cc; BGE 109 IV 27 E. 3; kritisch hiezu MARCEL ALEXANDER NIGGLI/CHRISTOF RIEDO, Basler Kommentar, Strafgesetzbuch II, Art. 138 StGB N. 91; GÜNTER STRATENWERTH/GUIDO JENNY, Schweizerisches Strafrecht, Bes. Teil I, 6. Aufl., Bern 2003, § 13 N. 57; MARTIN SCHUBARTH, Kommentar zum Schweizerischen Strafrecht, Bes. Teil, 2. Bd., Art. 140 StGB N. 24/45; GUIDO JENNY, Aktuelle Fragen des Vermögens- und Urkundenstrafrechts, ZBJV 124/1988 S. 403 ff.; vgl. auch GUNTHER ARZT, Vom Bargeld zum Buchgeld als Schutzobjekt im neuen Vermögensstrafrecht, recht 13/1995 S. 137). Der Tatbestand von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB erfasst Fälle, in denen - anders als bei der Veruntreuung von Sachen gemäss Abs. 1 derselben Bestimmung - zivilrechtlich die Fremdheit der anvertrauten Werte nicht gegeben oder zumindest zweifelhaft ist. Voraussetzung ist aber, dass der Fall mit der Veruntreuung von Sachen vergleichbar ist. Abs. 2 soll nur jenes Unrecht erfassen, das mit dem in Abs.

1 umschriebenen strukturell gleichwertig ist. In den Fällen,

BGE 133 IV 21 S. 28

in denen Abs. 2 zur Anwendung kommt, erwirbt der Treuhänder an den erhaltenen Werten Eigentum. Er erlangt daher nicht nur eine tatsächliche, sondern auch eine rechtliche Verfügungsmacht. Die ins Eigentum des Treuhänders übergegangenen Werte sind jedoch bestimmt, wieder an den Berechtigten zurückzufliessen. In diesem Sinne sind sie wirtschaftlich fremd. Der Treuhänder ist deshalb verpflichtet, dem Treugeber den Wert des Empfangenen ständig zu erhalten. Nur wo diese besondere Werterhaltungspflicht besteht, befindet sich der Treuhänder in einer vergleichbaren Stellung mit demjenigen, der eine fremde bewegliche Sache empfangen und das Eigentum des Treugebers daran zu wahren hat (BGE 124 IV 9 E. 1a; BGE 120 IV 117 E. 2e; JENNY, a.a.O., S. 402 f.; vgl. auch JÖRG REHBERG, Aktuelle Fragen beim Veruntreuungstatbestand, ZStrR 98/1981 S. 363).
Die Werterhaltungspflicht, d.h. das Anvertrauen eines Vermögenswerts im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB, kann auf ausdrücklicher oder stillschweigender Abmachung beruhen (BGE 120 IV 117 E. 2b). Massgeblich ist, ob dem Täter die Verfügungsmacht über den Vermögenswert von einem anderen bewusst und freiwillig übertragen wird (STEFAN TRECHSEL, Schweizerisches Strafrecht, Kurzkommentar, Art. 138 StGB N. 8). Nach der Rechtsprechung genügt für die Werterhaltungspflicht die Begründung eines "faktischen" oder "tatsächlichen" Vertrauensverhältnisses (BGE 86 IV 160 E. 4a; BGE 92 IV 174 E. 2; kritisch NIGGLI/RIEDO, a.a.O., Art. 138 StGB N. 82/94; ferner STRATENWERTH/JENNY, a.a.O., § 13 N. 50 in Bezug auf gemäss Art. 20 OR nichtige Verträge; ebenso REHBERG/SCHMID/DONATSCH, Strafrecht III, 8. Aufl. 2003, S. 102; TRECHSEL, a.a.O., Art. 138 StGB N. 7; differenzierend SCHUBARTH, a.a.O., Art. 140 StGB N. 8). In der Lehre wird demgegenüber für das Anvertrautsein von Vermögenswerten verschiedentlich verlangt, dass die Begründung der Verfügungsmacht des Täters, d.h. das Grundgeschäft zwischen Treugeber und Treuhänder rechtlich gültig zustande kommt. Dem Täter soll nicht bloss tatsächliche Verfügungsmacht, sondern Verfügungsberechtigung eingeräumt werden. Nach dieser Auffassung genügt es namentlich nicht, wenn die Verfügungsmacht durch Täuschung erlangt wird (NIGGLI/ RIEDO, a.a.O., Art. 138 StGB N. 86 f./94; vgl. auch JENNY, a.a.O., S. 406 f. Fn. 30; anders FELIX BOMMER, Grenzen des strafrechtlichen Vermögensschutzes bei rechts- und sittenwidrigen Geschäften, Diss. Bern 1996, S. 240; ders., Zum Verhältnis von Betrug und Veruntreuung, Urteilsanmerkung, ZBJV 141/2005 S. 125 ff.; JÜRG-BEAT ACKERMANN, Wirtschaftsstrafrecht 2003-2005, Aktuelle

BGE 133 IV 21 S. 29

Rechtsprechung, Aktuelle Anwaltspraxis, Bern 2005, S. 661). In diesem Sinne hat das Bundesgericht in einem früheren Entscheid erkannt, ein Vermögenswert sei nicht anvertraut, wenn zur Erlangung der Verfügungsmöglichkeit eine Täuschung oder ein Gewahrsamsbruch notwendig war (BGE 111 IV 130 E. 1a). Bezieht sich die Täuschung indes gerade darauf, dass der Getäuschte dem Täter die Verfügungsmacht einräumt, ist die Sache bzw. der Vermögenswert nach der Rechtsprechung anvertraut (BGE 117 IV 429 E. 3c S. 436).

7. Die Vorinstanz geht davon aus, soweit aus prozessualen Gründen eine Verurteilung wegen Betruges ausscheide, gelange der Tatbestand der Veruntreuung zur Anwendung. Es könne nicht die Meinung des Gesetzgebers gewesen sein, denjenigen straflos zu lassen, der sich das Vertrauen erschlichen habe und der sich über seine wahren Absichten hinsichtlich der Verwendung der anvertrauten Sache oder des Vermögenswertes bereits bei Übergabe bzw. beim Vertragsschluss im Klaren gewesen sei. Dies setzt indes voraus, dass die durch Täuschung erlangten Vermögenswerte im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB anvertraut sind.

7.1 Im vorliegenden Fall ist dem unter dem Gesichtspunkt der Veruntreuung zu beurteilenden Sachverhalt ein Geschehen vorausgegangen, das als Betrug angeklagt war, mangels genügender Abklärung der Opfermitverantwortung im Rahmen der Arglist aber nicht als Betrug gemäss Art. 146 Abs. 1 StGB gewürdigt werden konnte. Zu prüfen ist somit zunächst, ob die Geldbeträge, welche die Geschädigten aufgrund der Täuschung über die Natur des Geschäfts überwiesen haben, dem Beschwerdeführer im Sinne des Veruntreuungstatbestandes anvertraut waren, d.h. ob ihn in Bezug auf diese Vermögenswerte eine Werterhaltungspflicht traf. Soweit dies zuträfe, wäre im Weiteren zu prüfen, ob der Beschwerdeführer die anvertrauten Vermögenswerte unrechtmässig verwendet, d.h. seinen Willen bekundet hat, die obligatorischen Ansprüche der Treugeber zu vereiteln.

7.2 Die Vorinstanz stellt für den Kassationshof verbindlich fest, dass die Geschädigten für die Erlangung der Zahlgarantie einen "Auftrag für die Vermittlung einer Bankgarantie" und einen "Treuhandauftrag" abschlossen und dass sie hiefür eine Vermittlungsgebühr in der Höhe von DM 200'000.- je Vertrag auf dem Konto der vom Beschwerdeführer geführten Treuhandgesellschaft zu hinterlegen hatten (vgl. E. 3.1).

Im "Auftrag für die Vermittlung einer Bankgarantie" beauftragten die Kunden die E. Inc., ihnen eine Bankgarantie einer italienischen Bank über USD 49 Mio. zu vermitteln und zu diesem Zweck in ihrem Namen mit einem deutschen Rechtsanwalt einen Treuhandvertrag zu schliessen. Für die Beschaffung der Garantie hatte der Auftraggeber einen Betrag von DM 200'000.- zu hinterlegen, welcher treuhänderisch durch die Treuhandgesellschaft des Beschwerdeführers verwaltet wurde. Nach dieser vertraglichen Regelung stellten die von den geschädigten Kunden übertragenen Vermögenswerte reine Vermittlungsgebühren, d.h. Gegenleistungen für die versprochene vertragliche Leistung dar (Urteil des Bundesgerichts 6P.124/2004 vom 25. Februar 2005, E. 6.4.1). Es handelte sich namentlich nicht um eine Einlage, die in fremdem Interesse in einer bestimmten Weise hätte investiert werden müssen. Die Gelder waren demnach nicht dazu bestimmt, später wieder - allenfalls mit einer bestimmten Rendite - an die Geschädigten zurückzufliessen. Diese waren mithin keine Investoren, sondern Kunden, die gegen eine Vermittlungsgebühr ein Bankpapier erwerben wollten. Im Übrigen wäre die Annahme einer Werterhaltungspflicht selbst dann fraglich, wenn die Vermögenswerte als Anlage in ein bestimmtes Projekt geflossen wären, da solche Investitionen in der Regel mit Risiken verbunden sind, die im Extremfall zu einem Totalverlust der angelegten Beträge führen können. Wie es sich damit im Einzelnen verhält, kann hier indes offenbleiben, da der Beschwerdeführer vertraglich jedenfalls nicht verpflichtet war, die ihm übertragenen Gelder in ein bestimmtes Projekt zu investieren. Er hat die Gelder als Gebühren, mithin als Gegenleistung für die von ihm bzw. den Mitbeteiligten vorgetäuschten Bemühungen für sich selbst bzw. für die Mitbeteiligten eingenommen (BGE 118 IV 239 E. 2b S. 241; vgl. auch NIGGLI/RIEDO, a.a.O., Art. 138 StGB N. 45). Aus gegenseitigen Zuwendungen aus synallagmatischen Verträgen entstehen denn auch nur Ansprüche auf Gegenleistungen, nicht aber auf Werterhaltung (REHBERG, a.a.O., S. 367). Die von den Kunden überwiesenen Vermögenswerte waren daher nicht anvertraut. Selbst wenn man hier nach den Rollen der Tatbeteiligten unterscheiden und annehmen wollte, der Beschwerdeführer habe die Gelder als Stellvertreter der Geschädigten entgegengenommen, ergäbe sich im Ergebnis nichts anderes, da er - wie er zu Recht einwendet und auch die Vorinstanz anerkennt - die Gelder dem Wortlaut der Verträge entsprechend weitergeleitet hat.

Im Grunde nimmt die Vorinstanz hier nur deshalb Veruntreuung an, weil der Beschwerdeführer und die übrigen Tatbeteiligten die Gelder, die ihnen aufgrund der nicht arglistigen Täuschungen überwiesen worden waren, für eine Gegenleistung entgegennahmen, die gar nicht erbracht werden konnte. Dabei geht es der Sache nach

aber nicht um die Verletzung eines Werterhaltungsanspruchs, sondern um die Verleitung zum Abschluss eines unmöglichen Vertrages und zur Erbringung der eigenen Leistung der Geschädigten, die nur unter dem Gesichtspunkt des Betruges von Bedeutung ist. Die strafrechtlich relevante Handlung erschöpft sich bei dieser Konstellation in der Motivierung zu einer schädigenden Vermögensverfügung. Auf die weitere Verwendung der Gelder kommt es nicht an. Fehlt es dabei an der Verwirklichung des Tatbestandsmerkmals der Arglist, kann daher nicht ersatzweise ein Schuldspruch wegen Veruntreuung eingreifen. Die Beschwerde erweist sich daher als begründet.