Urteilskopf

98 IV 29

6. Auszug aus dem Urteil des Kassationshofes vom 25. Februar 1972 i.S. X. gegen Generalprokurator des Kantons Bern.
Regeste (de):
Art. 140 Ziff. 1 Abs. 2 StGB.

Zum Begriff des "Verwendens".

Regeste (fr):
Art. 140 ch. 1 al. 2 CP.

Notion de l'"emploi".

Regesto (it):
Art. 140 num. 1 cpv. 2 CP.

Nozione di "impiego".

Sachverhalt ab Seite 29

BGE 98 IV 29 S. 29

A.- Der mehrfach vorbestrafte X. gründete im Jahre 1960 die Immobiliengesellschaft Trewa AG. Er war einziger Geschäftsführer und zeitweise einziger Verwaltungsrat. Am 30. Juli 1969 wurde über die Gesellschaft der Konkurs eröffnet. Im Februar 1963 beabsichtigte X., durch die Trewa AG in Crémines eine Liegenschaft zu kaufen. Da ihm das Geld fehlte, wandte er sich an Karl Lehmann, der in Bern ein Treuhandbüro

BGE 98 IV 29 S. 30

betreibt. Am 22. März 1963 erwarben die Trewa AG und Lehmann als Miteigentümer die Liegenschaft. Am gleichen Tag vereinbarten die Miteigentümer, sie wollten die erworbene Liegenschaft rasch und gewinnbringend wieder veräussern; die Verwaltung sei durch die Trewa AG zu führen und für den gesamten Zahlungsverkehr werde bei der Schweizerischen Volksbank in Moutier (im folgenden SVB genannt), ein Bankkonto eröffnet, über das die Vertragsparteien nur gemeinsam verfügen könnten. Die Trewa AG verpflichtete sich, Lehmann laufend über alle Korrespondenzen in Kenntnis zu setzen und ihm periodisch Abrechnungen zuzustellen.
Mit der Liegenschaft hatten die Miteigentümer ein Ladeninventar übernommen. Sie verkauften es am 17. April 1964 für Fr. 21'187.50 an William Billieux. 1966 schuldete dieser immer noch eine Kaufpreisrestanz von rund Fr. 6'400.–. Durch Überweisungen auf das gemeinsame Konto bei der SVB wurde die Schuld auf rund Fr.

6'000.– herabgesetzt. Für diesen Betrag betrieb die Trewa AG den Billieux. Dieser erhob Rechtsvorschlag. Zur Vereinfachung des Verfahrens gegen Billieux trat Lehmann am 15. November 1966 seinen Anteil der Trewa AG ab unter der ausdrücklichen Bedingung, dass diese ihm seine Hälfte des Betreibungsergebnisses unverzüglich nach Eingang überweise. Namens der Trewa AG versprach dies X. mit Brief vom 17. November 1966; dieser erklärte weiter, den aus dem Geschäft resultierenden Betrag werde er wie üblich auf das Kollektiv-Konto bei der SVB einzahlen und Lehmann "auf alle Fälle auf dem Laufenden halten". Im Februar 1967 versprach X. dem Billieux, die Betreibung zurückzuziehen und die Zahlungsfrist zu verlängern, wenn Billieux sofort Fr. 3'000.– auf das Postcheckkonto der Trewa AG in Bern überweise. Billieux kam dieser Aufforderung am 18. Februar 1967 nach. X. leitete die Zahlung nicht an die SVB weiter und unterliess es, Lehmann vom Eingang der Abschlagszahlung zu unterrichten. Am 31. Juli und 14. August 1968 überwies Billieux Fr. 200.– bzw. Fr. 2'800.– an die SVB. X. telefonierte der Bank, es handle sich um einen Irrtum; das Geld sei für die Trewa AG bestimmt. Der Betrag sei auszubuchen und der Trewa AG zu überweisen. Die SVB kam dieser Aufforderung am 20. August 1968 nach. Lehmann erhielt nie etwas von diesen Fr. 6'000.– bzw. von

seinem Anteil von Fr. 3'000.–. Er blieb über die Zahlungen Billieux im Ungewissen; erst im Konkurs der Trewa AG erhielt er aus den Konkursakten davon Kenntnis.

B.- Das Strafamtsgericht Bern sprach X. mit Urteil vom 12./19. Januar 1971 der wiederholten Veruntreuung zum Nachteil des Karl Lehmann im Betrage von zusammen Fr. 3'000.– schuldig und verurteilte ihn zu 8 Monaten Gefängnis, abzüglich acht Tage Untersuchungshaft.

C.- Das Obergericht des Kantons Bern bestätigte mit Urteil vom 16. September 1971 den erstinstanzlichen Entscheid.

D.- X. führt Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, das Urteil vom 16. September 1971 sei aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung an das Obergericht zurückzuweisen. Er macht geltend, zufolge Verrechnung liege keine Veruntreuung vor. Überdies habe er die erste Zahlung von Fr. 3'000.– nicht im Sinne von Art. 140 Ziff. 1 Abs. 2 StGB "verwendet". Ausserdem sei er immer ersatzbereit und ersatzwillig gewesen. Schliesslich sei Art. 67 StGB zu Unrecht angewendet worden.

Erwägungen

Der Kassationshof zieht in Erwägung:

1. Einen ersten Fall der Veruntreuung sieht die Vorinstanz darin, dass der Beschwerdeführer den Billieux im Februar 1967 bewusst abmachungswidrig veranlasste, die Zahlung von Fr. 3'000.– statt wie üblich und vereinbart auf das Konto der SVB direkt auf das Postcheckkonto der Trewa AG einzubezahlen, Lehmann über die Zahlung nicht unterrichtete und den genannten Betrag der Trewa AG überliess. a) Der Beschwerdeführer bestreitet nicht, dass Lehmann ihm seinen Anteil an der Kaufpreisrestzahlung anvertraute, indem er der Trewa AG seinen Anspruch treuhänderisch zum Inkasso abtrat, unter der Bedingung, dass ihm der halbe Erlös unverzüglich überwiesen werde. b) Dagegen wendet der Beschwerdeführer ein, er sei nur verpflichtet gewesen, Lehmann das halbe Endergebnis der Betreibung zukommen zu lassen. Lehmann habe nicht verlangt, dass die eingehenden Zahlungen an die SVB gehen sollten. Dem Betreibungsbegehren habe Lehmann entnehmen

können, dass der Schuldner an die Trewa AG leisten werde. Nach den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz hat der Beschwerdeführer selbst durch seinen Antwortbrief vom 17. November 1966 die Vereinbarung betreffend Abtretung und

Inkasso des Anteils Lehmanns dahin verdeutlicht, dass eingehende Zahlungen dem Konto bei der SVB zuzuleiten seien und dass er Lehmann auf dem Laufenden halten werde. Entgegen diesen Abmachungen erwirkte der Beschwerdeführer von Billieux durch das Versprechen, die Betreibung werde eingestellt und die Zahlungsfrist verlängert, dass dieser den Betrag von Fr. 3'000.– am 18. Februar 1967 auf das Postcheckkonto der Trewa AG überweisen liess, statt auf das Konto der SVB. Dieser den Vereinbarungen zuwiderlaufenden Zahlungsweise hatte Lehmann nie zugestimmt, und der Beschwerdeführer hütete sich - wiederum entgegen den Vereinbarungen -, ihn über die Aufforderung an Billieux und die erfolgte Zahlung an die Trewa AG zu unterrichten. Der Beschwerdeführer erreichte dadurch, dass die Trewa AG allein über das Geld verfügen konnte, das dann für Lehmann in deren Konkurs verloren ging. Die Behauptung des Beschwerdeführers, er habe bis zum Abschluss des Inkassos frei über die Zahlung Billieux verfügen dürfen und sei nur verpflichtet gewesen, die Hälfte des gesamten Nettoergebnisses an Lehmann abzuliefern, steht in Widerspruch zu den tatsächlichen Annahmen der Vorinstanz. Diese hat festgestellt, beide Parteien, insbesondere auch der Beschwerdeführer selber, hätten die Vereinbarung anders verstanden. Lehmann habe gegenüber dem Beschwerdeführer und seiner Art der Geschäftsführung grösstes Misstrauen gehabt, was in Briefen an den letzteren deutlich zum Ausdruck gekommen sei. Der Beschwerdeführer habe deshalb genau gewusst, dass Lehmann nie damit einverstanden gewesen wäre, die Zahlung Billieux, allenfalls auch nur während kurzer Zeit, der Trewa AG zu überlassen. Diese Feststellungen sind für den Kassationshof verbindlich (Art. 277bis BStP); die gegenteilige Sachdarstellung des Beschwerdeführers ist unbeachtlich (Art. 273 Abs. 1 lit. b BStP). c) Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung von Art. 140 Ziff. 1 Abs. 2 StGB. Selbst wenn er unrechtmässig den ihm anvertrauten Anteil Lehmanns der Trewa AG statt dem gemeinsamen Konto habe zufliessen lassen, liege darin nach BGE 81 IV 27 und 233 entgegen der Auffassung der Vorinstanz noch keine unrechtmässige "Verwendung" anvertrauten Gutes. In BGE 81 IV 27 setzte sich das Bundesgericht mit den in Art. 140 Ziff. 1 StBG enthaltenen Ausdrücken des Aneignens (Abs. 1) und Verwendens (Abs. 2) auseinander. Zum Begriff

"Verwenden" führte es im Zusammenhang mit der Abgrenzung von der blossen Absicht des Täters, eine in sein Eigentum übergegangene Sache nicht zurückzugeben, aus, in der Abgabe einer Verrechnungserklärung sei noch kein Verwenden zu sehen. Der Rückgabepflichtige habe damit nur gezeigt, dass er sich fortan der Verpflichtung, die Sache auftragsgemäss zu verwenden oder sie zurückzugeben, enthoben betrachtet habe; er habe sich entschlossen, seine Verpflichtung auf Rückgabe oder Ablieferung nicht zu erfüllen. Von einer eigentlichen Aneignung könne in diesem Falle nicht die Rede sein, weil das Gut mit dem Anvertrautwerden in das Eigentum des Täters übergegangen sei und nur wirtschaftlich weiterhin einem andern gehört habe. Was den Begriff des "Aneignens" anbelangt, erklärte das Bundesgericht dagegen, wer einen solchen Willen in Bezug auf eine fremde Sache bekunde, eigne sie sich im Sinne von Abs. 1 an, auch wenn er objektiv in der Lage bleibe, sie jederzeit zurückzugeben. Diese Rechtsprechung wurde in BGE 81 IV 233 bestätigt. Zur Verdeutlichung führte das Bundesgericht ferner aus, mit Abs. 2 habe der Geltungsbereich von Art. 140 StGB erweitert und nicht jener von Abs. 1 dahin eingeschränkt werden sollen, dass jedesmal dann, wenn die fremde bewegliche Sache in "Gut, namentlich Geld" bestehe, statt des ersten der zweite Absatz anzuwenden wäre, d.h. nicht schon das

”Aneignen”, sondern nur das ”Verwenden” des Gutes Strafe nach sich ziehen solle. In ZStR 1956, S. 162 ff. hat NOLL zu dieser Rechtsprechung des Bundesgerichtes Stellung genommen. Er führt aus, die Auslegung von Abs. 1 und Abs. 2 und die ihr zugrunde gelegte Unterscheidung leuchteten nicht ein. Die Tatbestandshandlung bestehe sowohl in Abs. 1 wie in Abs. 2 im Aneignen anvertrauten Gutes. Das Gesetz spreche nur deshalb von unrechtmässiger Verwendung, weil Geld und andere vertretbare Sachen regelmässig schon durch Vermischung ins Eigentum des Täters übergingen. Es sei nicht einzusehen, weshalb derjenige, der den blossen Entschluss gefasst habe, eine anvertraute Sache nicht mehr zurückzugeben, schlechter behandelt werden soll als derjenige, der das gleiche mit anvertrautem Gut oder Geld tue. Unerheblich sei, dass eine Aneignung nach Abs. 2 nicht möglich sei, weil anvertrautes Gut oder Geld zivilrechtlich in der Regel schon von vornherein im Eigentum des Täters stehe. Aneignen heisse strafrechtlich nicht: Eigenes Eigentum begründen, sondern:

BGE 98 IV 29 S. 34

Anmassung und Ausübung von Eigentümerbefugnissen, die dem Täter nicht zukämen, obwohl er unter Umständen, wie bei anvertrautem Geld, zivilrechtlich schon Eigentümer sei (op. cit. S. 162). So eigne sich der Täter anvertrautes Gut oder Geld nach Abs. 2 nicht nur dadurch an, dass er es verbrauche, sondern auch dadurch, dass er z.B. Inkassi verheimliche, Auslagen vortäusche oder Geld von einem fremden Konto auf das eigene verlege (op. cit. S. 164). NOLL erachtet damit den Tatbestand der Veruntreuung gemäss Abs. 1 und Abs. 2 ungeachtet der Frage, wer Eigentümer der Sache ist, dann als gegeben, wenn sich der Täter wirtschaftlich gesehen Eigentümerbefugnisse anmasst, sei es, dass er seine Befugnisse, die ihm mit der treuweisen Übergabe der Sache oder des Gutes ausdrücklich oder stillschweigend übertragen werden, überschreitet, oder aber dass er Treu und Glauben oder besonderen Abreden der Parteien zuwiderhandelt. Noll spricht daher auch dort von Aneignung, wo der Täter bereits zivilrechtlicher Eigentümer ist, womit er ausdrückt, dass dieser gemäss Abs. 2 anvertrautes Gut bereits dann im Sinne des Gesetzes verwendet, wenn er seine Absicht zur unrechtmässigen Anmassung von Eigentümerbefugnissen offenkundig werden lässt. Im gleichen Sinne hat das Bundesgericht im Fall Vetter (unveröffentlichtes Urteil vom 20. September 1960) entschieden. Es bestätigte das Urteil des kantonalen Gerichtes, welches einen Vertreter nach Abs. 2 verurteilte, weil dieser seiner Arbeitgeberin bei der Auseinandersetzung anlässlich der Beendigung des Anstellungsverhältnisses das Inkasso einer Kaufpreisforderung verheimlicht und den entsprechenden Betrag der Firma vorenthalten hatte. Das Bundesgericht stellte nicht darauf ab, ob er das Geld für sich verbraucht oder in anderer Weise verwendet hatte. Auch im Fall Marti (unveröffentlichtes Urteil vom 26. November 1965) ging das Bundesgericht von dieser wirtschaftlichen Betrachtungsweise aus; so erklärte es: ”Hinsichtlich der Verwendung des Geldes bemängelt die Beschwerde, das vorinstanzliche Urteil enthalte nur die Feststellung, der Angeschuldigte habe hierüber keine Auskunft gegeben. Dieses Schweigen erfülle aber für sich allein das Tatbestandsmerkmal der Verwendung noch nicht. Das ist richtig; doch ergibt sich die Erfüllung dieses Merkmals von selbst aus der Tatsache, dass der Angeschuldigte die Geldsumme wie ein Eigentümer für sich behielt. Das ist Verwendung im eigenen Nutzen gemäss

BGE 98 IV 29 S. 35

Art. 140 Ziff. 1 Abs. 2 StGB. Einer weiteren Feststellung darüber, wie er das Geld anlegte oder ausgab, bedarf es nicht”. Diese Rechtsprechung wurde in BGE 94 IV 138 bestätigt; es besteht kein Anlass, hievon abzugehen. Indem der Beschwerdeführer den Lehmann über die Zahlung des Billieux von Fr. 3’000.– nicht unterrichtete und sie abmachungswidrig der TREWA AG überliess, hat er die genannte Summe im oben beschriebenen Sinne verwendet. d) Im übrigen hat der Beschwerdeführer nach den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz das anvertraute Gut zum Nutzen der TREWA AG verbraucht. Für die Beschwerde wäre also auch dann nichts

gewonnen, wenn von dem Begriff des Verwendens auszugehen wäre, wie ihn der Beschwerdeführer selber verstanden haben will.