Urteilskopf

99 IV 201

46. Urteil des Kassationshofes vom 6. September 1973 i.S. Müller gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Uri.
Regeste (de):
Aufstellen eines Spielautomaten in einer Wirtschaft.

1. Stillschweigender Abschluss eines Aufstellvertrages (Erw. 2 a).

2. Art. 140 Ziff. 1 Abs. 2 StGB. Veruntreuung des Gewinnanteils des Inhabers des Aufstellplatzes durch den Aufsteller? (verneint) (Erw. 2 b).

Regeste (fr):
Installation d'une machine à sous dans une auberge.

1. Conclusion tacite d'un contrat portant sur cette installation (consid. 2 a).

2. Art. 140 ch. 1 al. 2 CP. Abus de confiance portant sur la part des gains revenant au possesseur du local et commis par l'installateur? (question résolue par la négative; consid. 2 b).

Regesto (it):
Collocazione di apparecchi da giuoco in un ristorante.

1. Conclusione tacita di un contratto concernente una siffatta collocazione (consid. 2 a).

Art. 140 num. 1 cpv. 2 CP. Sottrazione indebita, da parte del proprietario dell'apparecchio, della quota di guadagno spettante al possessore del locale? (questione risolta negativamente; consid. 2 b).

Sachverhalt ab Seite 201

BGE 99 IV 201 S. 201

A.- Josef Gottlieb Müller vertreibt Automaten. Im Frühjahr 1970 stellte er im Restaurant Ochsen in Altdorf einen Geldspielautomaten, Marke "Go-N-Stop", auf. Obschon die Wirtin

BGE 99 IV 201 S. 202

Lilly Herger die Unterzeichnung eines schriftlichen Vertrages abgelehnt hatte, beliess Müller den Automaten über die Probezeit eines Monats hinaus bis Ende Juni 1971 im genannten Restaurant. Während dieser Zeit leerte er erstmals nach zwei Monaten und in der Folge noch weitere vier Male die Kasse des Spielautomaten und überliess jeweils 50% ihres Inhalts der Wirtin. Am 25. Juni 1971 entfernte Müller den Automaten, ohne

die Kasse zu leeren und der Wirtin wie früher 50% des Kasseninhalts zu überlassen.

B.- Am 3. Oktober 1972 sprach das Landgericht Uri Müller der Veruntreuung nach Art. 140 Ziff. 1 Abs. 2 StGB schuldig, hielt ihm jedoch Rechtsirrtum zugute (Art. 20 StGB) und nahm deswegen von einer Strafe Umgang. Auf Berufung Müllers und Anschlussberufung der Staatsanwaltschaft Uri bestätigte das Obergericht dieses Kantons den erstinstanzlichen Schuldspruch, verneinte jedoch einen Rechtsirrtum und verurteilte Müller zu einer bedingt aufgeschobenen Gefängnisstrafe von 14 Tagen.

C.- Müller führt Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, das Urteil des Obergerichtes sei aufzuheben und die Sache zu seiner Freisprechung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Staatsanwaltschaft des Kantons Uri hat sich mit dem Antrag auf Abweisung der Beschwerde vernehmen lassen.

Erwägungen

Der Kassationshof zieht in Erwägung:

1. Nach Art. 140 Ziff. 1 Abs. 2 StGB macht sich der Veruntreuung schuldig, wer anvertrautes Gut, namentlich Geld, unrechtmässig in seinem oder eines andern Nutzen verwendet. Anvertraut ist dem Täter das Gut, wenn er es nicht im eigenen Interesse empfängt, sondern im Interesse eines andern mit der Verpflichtung, es in bestimmter Weise zu verwenden, insbesondere um es zu verwahren, zu verwalten oder abzuliefern. Beruht diese Verpflichtung auf Parteiwillen, so muss dieser ausdrücklich oder stillschweigend geäusserte Wille beidseitig gegeben sein (BGE 80 IV 152).

2. Im vorliegenden Fall hat die Vorinstanz festgestellt, dass der Beschwerdeführer mit der Wirtin wohl einen schriftlichen Vertrag über den Geldspielautomaten habe abschliessen wollen. Tatsächlich aber sei es wegen der Weigerung der Wirtsleute nicht zur Unterzeichnung dieses Vertrags gekommen. Müller habe aber trotzdem den Apparat über die Probefrist eines Monats

hinaus im "Ochsen" belassen mit der Zusicherung eines 50%igen Gewinnanteils. Er habe denn auch nach der ersten Leerung noch weitere vier Male die Kasse des Automaten geleert und den Wirtsleuten jeweils die Hälfte der Einnahmen ausbezahlt. Damit habe er konkludent seinem Willen Ausdruck verliehen, in ein nicht schriftlich verurkundetes Vertragsverhältnis einzutreten. Bei diesem Vertrag habe die Leistung der Wirtin im Belassen des Automaten in ihrem Gasthaus, diejenige des Beschwerdeführers in der Auszahlung des Gewinnanteils bestanden. Es lasse sich daher "wohl" mit guten Gründen annehmen, dass Müller das Geld im Ausmass des Gewinnanteils für die Wirtsleute entgegengenommen habe und diesen gegenüber zur Ablieferung verpflichtet gewesen sei. Müller sei zu diesen in einem Vertrauensverhältnis gestanden, das er durch das Nichtauszahlen des Gewinnanteils bei Wegnahme des Automaten gebrochen habe. Demgegenüber stellt sich Müller auf den Standpunkt, dass keine rechtsverbindliche vertragliche Abmachung bestanden habe, sondern bloss ein Versprechen auf Zusehen hin, das abhängig gewesen sei vom Zustandekommen eines schriftlichen Vertrags. Ein Vertrauensverhältnis zwischen ihm und der Wirtin habe aufgrund einer so vagen und unsicheren Abmachung nicht entstehen können. Vor allem aber bleibe offen, weshalb ein Teil der Einnahmen wirtschaftlich zum Vermögen der Wirtin gehört habe. Auch habe das Obergericht ausser acht gelassen, dass die Wirtin den Beschwerdeführer zum Abholen des Apparats aufgefordert und damit ihren Rücktritt von einem allfälligen Vertrag erklärt habe. Von einem Vertrauensverhältnis könne deshalb keine Rede sein. a) Die Frage, ob durch das verbindlich festgestellte Verhalten des Beschwerdeführers und der Wirtin stillschweigend ein Vertrag abgeschlossen worden

sei, ist eine zivilrechtliche Vorfrage, die vom Kassationshof zu entscheiden ist. Sie ist mit dem Obergericht zu bejahen. Nachdem nämlich die Wirtin schon bei Aufstellen des Automaten durch den Beschwerdeführer und dann wieder nach Ablauf der Probefrist sich geweigert hatte, den ihr vorgelegten Vertragstext zu unterzeichnen, und überdies ihr Ehemann sich Müller gegenüber in gleichem Sinne geäussert hatte, weil bereits mit einer anderen Firma eine Abmachung bestehe, konnte der Beschwerdeführer nicht ernsthaft mit der Unterzeichnung des Vertrags rechnen. Dennoch hat er den Automaten mehr als ein Jahr lang im "Ochsen" belassen und

den Wirtsleuten bei den wiederholten Leerungen der Kasse die Hälfte der Einnahmen ausbezahlt. Anderseits hat auch die Wirtin diesen Zustand geduldet und sich mit einer solchen Geschäftsabwicklung während jener Zeit stillschweigend einverstanden erklärt. Aus diesem beidseitigen Verhalten hat die Vorinstanz mit Fug geschlossen, dass zwischen den Parteien stillschweigend ein Vertrag geschlossen worden sei, demzufolge sich die Wirtin verpflichtete, den Platz für das Aufstellen des Automaten in ihrem Gasthaus zur Verfügung zu stellen, während der Beschwerdeführer dafür 50% der Einnahmen aus dem Automaten auszuzahlen hatte.
b) Damit ist freilich noch nicht gesagt, dass diese Einnahmen im Ausmass des geschuldeten Gewinnanteils dem Beschwerdeführer im Sinne von Art. 140 Ziff. 1 Abs. 2 StGB anvertraut gewesen sind. Vereinbarungen, welche der Aufsteller von Münzautomaten mit dem Inhaber eines Aufstellplatzes schliesst, werden in Fachkreisen als Aufstellverträge bezeichnet. Sie weisen rechtlich im wesentlichen Züge eines Mietgeschäftes aus, zu denen jedoch über eine blosse Raummiete hinausgehende vertragliche Verpflichtungen der Parteien hinzutreten können. Diesfalls erscheinen sie als gemischte Verträge, die neben mietrechtlichen Merkmalen namentlich solche gesellschaftsrechtlicher Art umfassen (BÜRKE, Der Warenautomat im schweizerischen Recht, Diss. St. Gallen 1967, S. 2, 15, 23). Ob in concreto eine blosse Platzmiete gegeben ist oder nicht, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab. In der vorliegenden Sache steht nach dem angefochtenen Urteil einzig fest, dass sich die Wirtin stillschweigend zum "Belassen" des Spielautomaten in ihrem Gasthaus herbeigelassen hatte, während der Beschwerdeführer dafür 50% der jeweiligen Einnahmen aus dem Apparat an sie auszahlen musste. Andere beidseitige Verpflichtungen hat die Vorinstanz nicht festgestellt und sind auch nicht belegt. Tatsächlich hatte sich die Wirtin stets geweigert, einen schriftlichen Vertrag mit einer eingehenderen Regelung ihrer Beziehungen zum Beschwerdeführer zu unterzeichnen. Das lässt den Schluss zu, dass sie ihre Verpflichtungen Müller gegenüber auf ein Minimum beschränken wollte und vorwiegend bloss an einem Entgelt für das Zurverfügungstellen eines Aufstellplatzes interessiert war. Ist dem aber so, dann konnte sie ihrerseits vom Beschwerdeführer auch nur eine ihrer eigenen Leistung entsprechende Gegenleistung

im Sinne einer Instandhaltung des Spielautomaten und der Bezahlung eines Entgelts für den Abstellplatz voraussetzen. Bei dieser Rechtslage aber drängt sich die Annahme einer blossen Platzmiete auf (BÜRKE, op.cit. S. 15 unten/16 oben). Inwiefern nun durch diese ein Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien begründet worden sein sollte, aufgrund dessen dem Beschwerdeführer die Hälfte der Einnahmen aus dem Automaten im Interesse der Wirtin bloss überlassen gewesen wäre mit der Verpflichtung, sie an diese abzuliefern, ist nicht ersichtlich und hat auch das Obergericht nicht darzutun vermocht. Zwar ist bei Mieten beweglicher Sachen ein Anvertrauen des Mietobjektes denkbar und naheliegend. Der Spielautomat und sein Inhalt bildeten jedoch im vorliegenden Fall nicht den Mietgegenstand. Vermietet wurde ein Abstellplatz, für dessen Benutzung Müller ein Entgelt in Höhe von 50% der Einnahmen aus dem Spielautomaten zu entrichten bereit war. Diese Einnahmen aber bildeten zusammen mit dem Prozentsatz bloss die Bemessungsgrundlage für die jeweils zu entrichtende Platzmiete.

Sie gehörten wirtschaftlich nicht zum Vermögen der Wirtin. Das Recht auf den Erlös aus dem Automaten steht nämlich dem Aufsteller zu (BÜRKE, op.cit. S. 5, 7 und 8), sofern nicht die gesellschaftsrechtliche Komponente des Vertragsverhältnisses derart stark in den Vordergrund rückt, dass von einer eigentlichen Umsatzbeteiligung gesprochen werden kann. Davon kann jedoch im vorliegenden Fall nach dem Gesagten nicht die Rede sein. Hatte aber der Beschwerdeführer die von den Spielern in den Automaten eingeworfenen Einsätze in eigenem Interesse erhalten, so kann nicht gesagt werden, sie seien ihm im Ausmass von 50% anvertraut gewesen, damit er sie in diesem Umfang an die Wirtin abliefere. Seine Verpflichtung zur Bezahlung des Entgelts ging über den Rahmen einer bloss schuldrechtlichen Pflicht zur Vertragserfüllung nicht hinaus und schloss keine Treuepflicht im Sinne des Art. 140 Ziff. 1 Abs. 2 StGB in sich. Fehlt es demnach am Tatbestandselement des Anvertrautseins, so wurde Müller zu Unrecht wegen Veruntreuung bestraft. Das angefochtene Urteil ist daher aufzuheben und die Sache zur Freisprechung des Beschwerdeführers an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Dispositiv

Demnach erkennt der Kassationshof:
Die Nichtigkeitsbeschwerde wird gutgeheissen, das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache zur Freisprechung des Beschwerdeführers an die Vorinstanz zurückgewiesen.