

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}

6B_362/2013

Urteil vom 10. Dezember 2013

Strafrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Mathys, Präsident,
Bundesrichter Schneider, Denys,
Gerichtsschreiberin Unsel.

Verfahrensbeteiligte
X._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Heinz-Peter Kühnis,
Beschwerdeführer,

gegen

1. Staatsanwaltschaft des Kantons St. Gallen, Schützengasse 1, 9001 St. Gallen,
2. A._____, Genossenschaft,
3. B._____, Genossenschaft,
Beschwerdegegnerinnen 2 und 3 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Bruno Geiger,
Beschwerdegegnerinnen.

Gegenstand
Mehrfache Veruntreuung,

Beschwerde gegen den Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen, Strafkammer, vom 13. Dezember 2012.

Sachverhalt:

A.

X._____ ist Inhaber eines seit dem Jahre 1992 im Handelsregister eingetragenen Einzelunternehmens mit dem Zweck des Betriebs einer Käserei, der Schweinemast sowie des Handels. Das Kreisgericht Gaster-See gewährte ihm im September 2006 die Nachlassstundung. Seit April 2009 ist er zudem einziges Verwaltungsratsmitglied der im Oktober 2006 gegründeten C._____ AG.

Die Statuten der A._____ Genossenschaft (nachfolgend Privatklägerin 1) und von deren Vorgängerorganisationen verpflichten bzw. verpflichteten die Mitglieder zur Leistung milchmengenabhängiger Verbandsbeiträge, in welchen auch die Beiträge an den nationalen Dachverband B._____ Genossenschaft (nachfolgend Privatklägerin 2), den D._____ -Verband und ab dem Jahre 2006 die E._____ AG enthalten sind bzw. waren. X._____ bezahlte seinen Milchlieferanten für die Milchforderung jeweils ein um die Verbandsbeiträge reduziertes Milchgeld, leitete die vom Milchgeld abgezogenen Beträge gemäss der Anklage in der Zeit von Mai 2003 bis Mai 2009 mit verschiedenen Unterbrüchen jedoch nicht wie vereinbart oder nur mit Verspätung an die Privatklägerinnen weiter.

B.

B.a. Das Kreisgericht Gaster-See verurteilte X._____ am 29. September 2011 wegen mehrfacher Veruntreuung zu einer bedingten Freiheitsstrafe von 15 Monaten und zu einer Busse von Fr. 3'000.--.

B.b. Das Kantonsgericht St. Gallen sprach X._____ am 13. Dezember 2012 in teilweiser

Gutheissung seiner Berufung hinsichtlich des Zeitraums Mai 2009 vom Vorwurf der Veruntreuung frei. Bezüglich des Zeitraums Mai 2003-Juni 2004, Oktober 2004-September 2005 und Juli-September 2006 erklärte es ihn der mehrfachen Veruntreuung (Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB) schuldig und auferlegte ihm eine bedingte Freiheitsstrafe von 12 Monaten.

C.

X. _____ führt Beschwerde in Strafsachen mit den Anträgen, den Entscheid vom 13. Dezember 2012 aufzuheben und ihn von Schuld und Strafe freizusprechen. Eventualiter sei die Angelegenheit zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

D.

Die Staatsanwaltschaft stellt Antrag auf Abweisung der Beschwerde. Das Kantonsgericht verzichtete auf eine Stellungnahme. Die Privatklägerinnen liessen sich nicht vernehmen.

Erwägungen:

1.

1.1. Der Beschwerdeführer wendet sich gegen die rechtliche Qualifikation als Veruntreuung. Er macht geltend, die vom Milchgeld abgezogenen Beträge seien ihm nicht anvertraut gewesen.

1.2. Die Vorinstanz erwägt, der Beschwerdeführer sei gestützt auf eine mit den Milchverbänden zumindest konkludent getroffene Vereinbarung berechtigt und verpflichtet gewesen, vom Milchgeld an seine Milchlieferanten die von diesen geschuldeten statutarischen Verbandsbeiträge abzuziehen (Urteil E. 1i S. 14; E. 2c S. 16). Als Inkassobevollmächtigter der Milchverbände habe er deren Forderungen gegenüber den Milchproduzenten (Verbandsbeiträge) mit eigenen Verbindlichkeiten gegen eben diesen Milchproduzenten verrechnen können. Wirtschaftlich betrachtet habe dabei keine Rolle gespielt, ob die Milchlieferanten ihre Verpflichtungen gegenüber den Milchverbänden durch effektive Zahlung an den inkassobevollmächtigten Beschwerdeführer getilgt oder aber von diesem ein um den entsprechenden Betrag reduziertes Milchgeld erhalten hätten. Im einen wie im anderen Fall habe es sich um Vermögenswerte gehandelt, die nicht dem Beschwerdeführer, sondern einem Dritten zugestanden hätten (Urteil E. 2c S. 16). Die Milchverbände hätten dem Beschwerdeführer ihre Vermögenswerte in Form von Forderungen anvertraut. Da es sich hierbei um die künftigen, an den Beschwerdeführer zu leistenden Verbandsbeiträge gehandelt habe, habe seitens der Milchverbände die

Erwartung an diesen bestanden, dass er ihnen die Beträge nach ihrer Geltendmachung weiterleiten würde. Aufgrund des bestehenden Vertrauensverhältnisses zwischen den Parteien und des Umstands, dass der Beschwerdeführer von den Milchverbänden als Inkassobevollmächtigter eingesetzt worden sei, sei nicht von einer blossen vertraglichen Ablieferungspflicht auszugehen. Vielmehr habe von Beginn an eine besondere Werterhaltungspflicht vorgelegen. Nach Verrechnung mit den Forderungen der Milchproduzenten aus den Milchlieferungen habe das Vermögen des Beschwerdeführers um die Verbandsbeiträge zugenommen. Daran ändere nichts, dass der Vorgang ein rein buchhalterischer gewesen sei. Über diesen wirtschaftlich fremden Wert habe der Beschwerdeführer erst verfügen können, weil er von den Privatklägerinnen zum Einzug der Verbandsbeiträge verpflichtet bzw. zu ihrer Verrechnung mit den eigenen Forderungen der Milchlieferanten ermächtigt worden sei. Die Vermögenswerte seien ihm mithin im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB anvertraut gewesen (Urteil E. 2d/bb S. 17 f.). Er habe die ihm anvertrauten Vermögenswerte unrechtmässig verwendet, da er die Gelder offensichtlich für andere Zwecke ausgegeben habe, andernfalls ihm im September 2006 nicht eine Nachlassstundung hätte gewährt werden müssen (Urteil E. 2e S. 18).

1.3.

1.3.1. Den Tatbestand der Veruntreuung nach Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB erfüllt, wer ihm anvertraute Vermögenswerte unrechtmässig in seinem oder eines anderen Nutzen verwendet. 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 133 IV 21 E. 6.1.1). Als anvertraut gilt, 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. 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, 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. 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. Massgeblich ist, ob dem Täter die Verfügungsmacht über den Vermögenswert von einem anderen bewusst und freiwillig übertragen wird (zum Ganzen BGE 133 IV 21 E. 6.2 mit Hinweisen). Eine Geldsumme kann dem Täter auch von der Person anvertraut worden sein, für welche er diese in Empfang nahm (BGE 118 IV 239 E. 2b). Die anvertrauten Vermögenswerte können ihm materiell nicht nur vom Treugeber, sondern auch von einer Drittperson übergeben worden sein. Dies ist der Fall, wenn ein Inkassogehilfe eine Geldsumme im Namen des Auftraggebers einnimmt (vgl. BGE 118 IV 239 E. 2a; 118 IV 32 E. 2a mit Hinweisen; Niggli/Riedo, in: Basler Kommentar, Strafrecht II, 3. Aufl. 2013, N. 49 zu Art. 138 StGB; Trechsel/Cramer, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2. Aufl. 2013, N. 13 zu Art. 138 StGB).

1.3.2. Die Vorinstanz und die Staatsanwaltschaft stützten sich auf BGE 94 IV 137. Das Bundesgericht hatte in diesem Entscheid das Verhalten eines Arbeitgebers zu beurteilen, der einer vertraglichen Verpflichtung, einen Teil des Arbeitslohns zwecks Abzahlung des Kaufpreises für einen Autokauf an einen Dritten weiterzuleiten, nicht im vollen Umfang nachkam. Es entschied, das Tatbestandsmerkmal des Anvertrautseins setze nicht die Übergabe der Sache voraus. Der Arbeitgeber, der Lohnabzüge nicht bestimmungsgemäss im Interesse des Arbeitnehmers verwende, mache sich der Veruntreuung schuldig.

Dieser Entscheid ist im Schrifttum auf Kritik gestossen. Die Lehre geht davon aus, Lohnabzüge seien dem Arbeitgeber nicht anvertraut, da das Anvertrauen eine vorgängige Übertragung des Vermögenswerts an den Täter voraussetze (Niggli/Riedo, a.a.O., N. 62 und 93 zu Art. 138 StGB; Marcel Alexander Niggli, in: Basler Kommentar, Strafrecht II, 3. Aufl. 2013, N. 5 zu Art. 159 StGB; Andreas Donatsch, Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen, 10. Aufl. 2013, S. 141; Stratenwerth/Jenny/Bommer, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I, 7. Aufl. 2010, § 13 N. 56; Jörg Rehberg, Zum objektiven Tatbestand der Veruntreuung nach StrGB Art. 140 Ziff. 1 Abs. 2, ZStrR 92/1976, S. 41 ff.; Hans Schultz, Die strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1968, ZBJV 105/1969, S. 402 ff.; Peter Noll, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I, 1983, S. 154; Stefan Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 1989, N. 14 zu aArt. 140 StGB; Cassani/Roth, Die Veruntreuung, SJK Nr. 953, 1986, S. 14). Zur Begründung wird namentlich darauf hingewiesen, dass nicht jede Nichterfüllung einer Forderung als Veruntreuung strafbar sein soll. Um die blosser Verletzung einer gesetzlichen oder vertraglichen Ablieferungspflicht von der

Veruntreuung abgrenzen zu können, müsse für Letztere verlangt werden, dass die entsprechenden Vermögenswerte dem Täter zunächst von einem anderen übertragen worden seien (Stratenwerth/Jenny/Bommer, a.a.O., S. 313 f.; Schultz, a.a.O., S. 404; Noll, a.a.O., S. 153). Werde auf die Auszahlung einer Schuld verzichtet, damit ein Teil des Geschuldeten nicht dem Gläubiger, sondern einer Drittperson zugewendet werde, sei das Unterlassen dieser Zuwendung eine schlichte Nichterfüllung einer Forderung (Schultz, a.a.O., S. 404). Betont wird auch, dass dem Arbeitgeber die Gelder, mit denen er die Lohnforderung der Arbeitnehmer begleicht, nicht fremd sind. Aus Sicht des Arbeitgebers handle es sich beim Dritten um eine Zahlstelle, an welche er seine eigenen Leistungen für die Dienste des Arbeitnehmers vereinbarungsgemäss teilweise zu erbringen habe. Die ihm zur Verfügung stehenden Lohn Gelder würden ihm dazu dienen, sich von seinen eigenen Verbindlichkeiten zu befreien, unabhängig davon, ob sie dem Arbeitnehmer selber oder in dessen Auftrag und zu dessen Gunsten einem Dritten ausgerichtet werden sollen (Rehberg, a.a.O., S. 49). Kritisiert wird zudem, dass sich der Schuldner gestützt auf BGE 94 IV 137 namentlich auch der Veruntreuung strafbar

machen würde, wenn er nicht über die nötigen Mittel verfügt, um den ganzen Betrag zu begleichen, und deshalb die Zahlung an den Dritten unterlässt (Schultz, a.a.O., S. 404; Rehberg, a.a.O., S. 47 f.; siehe zu dieser Problematik auch BGE 117 IV 78 E. 2a und b).

Angesichts dieser Kritik und in der Auffassung, die Verletzung der Pflicht zur Weiterleitung von

Lohnabzügen müsse unter Strafe gestellt werden, beschloss der Gesetzgeber, den Tatbestand des Missbrauchs von Lohnabzügen (Art. 159 StGB) in das Gesetz aufzunehmen (Botschaft vom 24. April 1991 über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes, BBl 1991 1051 f.). Art. 159 StGB ist jedoch als Sonderdelikt ausgestaltet, d.h. als Täter kommt nur ein Arbeitgeber infrage (BBl 1991 1052). Gemäss der bundesrätlichen Botschaft hätte eine Minderheit von Vernehmlassern auf diese Einschränkung verzichten wollen. Der Bundesrat hielt sie jedoch für notwendig, da es nicht darum gehen könne, den Anwendungsbereich der Bestimmung auf jegliche Rechtsbeziehungen zwischen zwei Vertragspartnern auszudehnen, von denen sich der eine gegenüber dem anderen verpflichte, eine Geldsumme zugunsten eines Dritten zurückzubehalten (BBl 1991 1052). Der Gesetzgeber schloss sich in dieser Hinsicht folglich der Kritik der Lehre an.

1.4.

1.4.1. Gemäss Art. 120 Abs. 1 OR setzt die Verrechnung die Gegenseitigkeit der zu verrechnenden Gegenforderung voraus. Die Gläubiger- und die Schuldnerstellungen zweier Obligationen müssen sich derart auf zwei Personen verteilen, dass jede der beiden gleichzeitig Gläubiger der einen und Schuldner der andern ist (BGE 132 III 342 E. 4.3). Dem Beschwerdeführer wurden die Forderungen der Milchverbände nicht abgetreten. Eine Inkassoabtretung hätte in schriftlicher Form ergehen müssen (Art. 165 Abs. 1 OR). Da die Milchverbände Gläubiger der Verbandsbeiträge blieben, war eine Verrechnung im Sinne von Art. 120 OR nicht bzw. nur mit Zustimmung aller Beteiligten, insbesondere aber der Milchlieferanten zulässig. Dabei handelt es sich nicht mehr um eine Verrechnung im eigentlichen Sinne, sondern um eine Tilgung durch Vereinbarung (Urteil 4C.374/2001 vom 6. September 2002 E. 2.2; VIKTOR AEPLI, Zürcher Kommentar, 1991, N. 206 Vorbemerkungen zu Art. 120-126 OR; N. 33 zu Art. 120 OR). Das Kreisgericht, auf dessen Ausführungen die Vorinstanz grundsätzlich verweist (Urteil E. 2d/bb E. 17), nimmt daher zu Recht an, der Beschwerdeführer habe auch mit den Milchproduzenten zumindest konkludent eine Vereinbarung abgeschlossen (Urteil Kreisgericht S. 11

f.). Die konkludente Vereinbarung zwischen den drei Vertragsparteien bedeutete nichts anderes, als dass der Beschwerdeführer mit dem Einverständnis der Milchlieferanten einen Teil des Milchpreises nicht an diese, sondern die Milchverbände ausbezahlen musste. Ihm wurde weder von den Milchproduzenten noch von den Milchverbänden ein Vermögenswert übergeben. Durch die Vereinbarung mit den Milchproduzenten und den Milchverbänden verpflichtete er sich nur, seine Schuld aus der Milchlieferung durch Zahlung an Dritte zu begleichen. Damit fehlt es an einem anvertrauten Vermögenswert. Insoweit war die Kritik der Lehre an der bundesgerichtlichen Rechtsprechung BGE 94 IV 137 begründet. Diese Sichtweise entspricht auch dem Willen des Gesetzgebers, der den Tatbestand von Art. 159 StGB bewusst als Sonderdelikt ausgestaltete und zivilrechtlich vorwerfbares Verhalten der vorliegend zu beurteilenden Art nicht unter Strafe stellen wollte.

Zum gleichen Ergebnis, wenn auch mit einer anderen Begründung, gelangte das Bundesgericht bereits in BGE 99 IV 206. Es entschied damals, der Arbeitgeber, der gestützt auf eine Lohnpfändung einen Lohnabzug vornehme, die gepfändete Lohnquote aber nicht an das Betreibungsamt weiterleite, begehe keine Veruntreuung. Es erwog namentlich, weder der Arbeitnehmer noch das Betreibungsamt oder die Gläubiger hätten dem Arbeitgeber etwas anvertraut (E. 1). Die Lehre weist zutreffend darauf hin, dass das Bundesgericht in seiner späteren Rechtsprechung von der mit BGE 94 IV 137 begründeten Praxis wieder abrückte (vgl. Stratenwerth/Jenny/Bommer, a.a.O., § 13 N. 56, § 19 N. 30; Niggli/Riedo, a.a.O., N. 93 zu Art. 138 StGB).

1.4.2. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz kann vorliegend im Übrigen auch nicht von einem Vertrauensverhältnis gesprochen werden. Die Privatklägerinnen wussten, welche Beträge der Beschwerdeführer ihnen wann schuldete, oder sie hätten solches durch Nachfrage bei den Milchproduzenten einfach in Erfahrung bringen können. Bei Zahlungsschwierigkeiten oder anderweitigen Zahlungsverzögerungen des Beschwerdeführers hätten sie von der konkludenten Vereinbarung zurücktreten und ihre Forderungen künftig direkt bei den Milchproduzenten einziehen können.

1.5. Der Beschwerdeführer ist vom Vorwurf der Veruntreuung freizusprechen, da ihm weder von den Privatklägerinnen noch von den Milchproduzenten Vermögenswerte im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB anvertraut wurden. Seine Rüge ist begründet. Damit braucht auf seine weiteren Einwände nicht mehr eingegangen zu werden.

2.

Die Beschwerde ist gutzuheissen. Der Kanton St. Gallen hat dem Beschwerdeführer für das bundesgerichtliche Verfahren eine angemessene Parteientschädigung auszurichten (Art. 68 Abs. 2 BGG). Es werden keine Kosten erhoben (Art. 66 Abs. 4 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird gutgeheissen. Das Urteil des Kantonsgerichts St. Gallen vom 13. Dezember 2012 wird aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2.
Es werden keine Kosten erhoben.
3.
Der Kanton St. Gallen hat den Beschwerdeführer für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 3'000.-- zu entschädigen.
4.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Kantonsgericht St. Gallen, Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 10. Dezember 2013

Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Mathys

Die Gerichtsschreiberin: Unseld