

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6B_415/2011

Urteil vom 13. Oktober 2011
Strafrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Mathys, Präsident,
Bundesrichter Schneider,
Bundesrichterin Jacquemoud-Rossari,
Gerichtsschreiberin Koch.

Verfahrensbeteiligte
X._____,
Beschwerdeführer,

gegen

Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Florhofgasse 2, 8001 Zürich,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand
Mehrfache Gläubigerschädigung, mehrfache qualifizierte Veruntreuung; Strafzumessung,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Strafkammer, vom 14. April 2011.

Sachverhalt:

A.

Die Staatsanwaltschaft legt X._____ in der Anklageschrift vom 28. April 2009 zur Last, er habe als Rechtsanwalt Gelder von diversen Personen entgegengenommen, z.B. mit dem Auftrag, eine Gesellschaft zu gründen, Aktien und Liegenschaften zu kaufen oder das Kapital sicher und gewinnbringend anzulegen. Einen Teil dieser Mittel habe er für seine privaten Bedürfnisse zweckentfremdet. Weiter habe er vom 7. Januar bis am 5. Oktober 2004 unentgeltlich und im Wissen um den drohenden Vermögenszerfall Unterstützungszahlungen im Umfang von Fr. 94'647.- an Privatpersonen in die Ukraine und nach Russland geleistet. Am 8. Oktober 2004 wurde über X._____ der Konkurs eröffnet und am 13. Dezember 2004 mangels Aktiven eingestellt.

B.

Das Bezirksgericht Zürich verurteilte X._____ am 31. März 2010 wegen mehrfacher qualifizierter Veruntreuung, mehrfacher qualifizierter ungetreuer Geschäftsbesorgung, mehrfacher Gläubigerschädigung durch Vermögensverminderung und Widerhandlung gegen das Bundesgesetz über Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland zu einer Freiheitsstrafe von 33 Monaten. Es schob den Vollzug im Umfang von 21 Monaten auf. X._____ und die Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich erklärten Berufung bzw. Anschlussberufung. Das Obergericht des Kantons Zürich bestätigte am 14. April 2011 im Berufungsverfahren die erstinstanzlichen Schuldsprüche, soweit sie nicht in Rechtskraft erwachsen waren. Es bestrafte X._____ mit einer Freiheitsstrafe von dreieinhalb Jahren.

C.

Gegen dieses Urteil erhebt X._____ Beschwerde in Strafsachen. Er beantragt, er sei vom Vorwurf der mehrfachen Gläubigerschädigung durch Vermögensverminderung freizusprechen. Bezüglich der Nebendossiers 2 (geschädigtes Ehepaar A._____) und 3 (Geschädigter B._____) sei er nicht wegen qualifizierter, sondern wegen gewöhnlicher Veruntreuung zu verurteilen. Die Freiheitsstrafe sei auf maximal 14 Monate festzusetzen, und der Vollzug sei in vollem Umfang aufzuschieben. Eventualiter sei die Sache zur neuen Entscheidung an das Obergericht zurückzuweisen. Es sei ihm

die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren. Die Kosten des Beschwerde- und Berufungsverfahrens seien auf die Staatskasse zu nehmen.

Erwägungen:

1.

Nicht einzutreten ist auf die Ausführungen des Beschwerdeführers, soweit er den vorinstanzlichen Sachverhalt ergänzt bzw. abändert, ohne Willkür geltend zu machen oder zu begründen, so z.B. er habe dem Ehepaar A._____ für die Anlageberatung kein Honorar verrechnet (Beschwerde S. 3), und er habe bis zum Bewilligungsentscheid des Bezirksrates Zürich geglaubt, den Kauf der vier Eigentumswohnungen durch die C._____ GmbH realisieren zu können (Art. 106 Abs. 2 BGG; BGE 136 II 304 E. 2.4 und 2.5 S. 314 f. mit Hinweisen).

2.

2.1 Der Beschwerdeführer anerkennt die Verurteilung wegen Veruntreuung nach Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB. Er bestreitet jedoch den qualifizierten Tatbestand nach Art. 138 Ziff. 2 StGB in den Nebendossiers 2 und 3. Er habe die Taten nicht in seiner Eigenschaft als Rechtsanwalt oder im anwaltstypischen Tätigkeitsgebiet begangen. Hinsichtlich des Nebendossiers 2 macht er geltend, er habe im Rahmen eines Freundschaftsdienstes Anlagemöglichkeiten mit dem Ehepaar A._____ diskutiert und entsprechende Gelder entgegengenommen. Es habe sich um eine private Vermögensverwaltung gehandelt.

2.2 Der Veruntreuung nach Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 macht sich strafbar, wer ihm anvertraute Vermögenswerte unrechtmässig in seinem oder eines anderen Nutzen verwendet. Wer die Tat als Mitglied einer Behörde, als Beamter, Vormund, Beistand, berufsmässiger Vermögensverwalter oder bei Ausübung eines Berufes begeht, zu der er durch eine Behörde ermächtigt ist, unterliegt einer qualifizierten Strafdrohung (Art. 138 Ziff. 2 StGB).

Der qualifizierte Tatbestand von Art. 138 Ziff. 2 StGB soll Tätergruppen erfassen, die ein erhöhtes Vertrauen geniessen (BGE 120 IV 182 E. 1b S. 84 mit Hinweis zum gleichlautenden qualifizierten Tatbestand der Veruntreuung gemäss aArt. 140 Ziff. 2 StGB). Er ist allerdings nur erfüllt, wenn der Täter die Tat "bei Ausübung eines Berufes" begeht. Der Täter muss mithin die Vermögenswerte, die er veruntreut, im Rahmen seiner behördlich bewilligten beruflichen Tätigkeit anvertraut erhalten haben. Nicht erforderlich ist aber, dass die Einrichtungen - wie beim berufsmässigen Vermögensverwalter - zu einem wesentlichen Teil in der Verwaltung fremder Vermögenswerte bestehen und gerade dies eine behördliche Ermächtigung voraussetzt. Es genügt, dass die Entgegennahme fremder Vermögenswerte zur bestimmungsgemässen Verwendung für den Beruf nicht untypisch ist und der Täter aufgrund seines Berufs sowie der hierfür erforderlichen Bewilligung ein erhöhtes Vertrauen geniesst. Im Lichte dieser Erwägungen fällt der Anwalt unter den Anwendungsbereich von Art. 138 Ziff. 2 StGB. Die Ausübung des Anwaltsberufs bedarf der behördlichen Ermächtigung. Der Anwalt erfährt aufgrund der ihm erteilten Bewilligung in der Öffentlichkeit nicht nur in Bezug auf sein juristisches Fachwissen, sondern auch hinsichtlich seiner Seriosität ein erhöhtes Vertrauen. Die Entgegennahme fremder Vermögenswerte zum Zwecke einer bestimmungsgemässen Verwendung ist im Rahmen der anwaltlichen Tätigkeit nicht untypisch. Dem Rechtsanwalt werden oft Vermögenswerte anvertraut, deren Verwahrung wesentlicher Teil seines anwaltlichen Mandats darstellt. Er erhält Gelder von seinen Mandanten nicht nur als Honorar, sondern auch zur Begleichung von Gerichtskosten oder zur Erfüllung von Forderungen (CHRISTOF BERNHART, Die professionellen Standards des Rechtsanwalts, 2. Aufl. 2011, S. 251). Er hat seine Berufspflichten nach Art. 12 des Bundesgesetzes vom 23. Juni 2000 über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (BGFA; SR 935.61) auch bei der Verwaltung von Vermögen zu beachten (WALTER FELLMANN, in: Kommentar zum Anwaltsgesetz, 2. Aufl. 2011, N. 6 zu Art. 12 BGFA). Sofern er die Vermögensverwaltung im Zusammenhang mit einer anwaltstypischen Tätigkeit betreibt, fällt er unter den Anwendungsbereich von Art. 138 Ziff. 2 StGB (Urteil 6P.180/2006 vom 1. Februar 2007 E. 5.2 mit Hinweisen; KASPAR SCHILLER, Schweizerisches Anwaltsrecht, 2009, N. 345 und N. 352; vgl. zur Tätigkeit des Notars: MARCEL ALEXANDER NIGGLI/CHRISTOF RIEDO, in: Basler Kommentar Strafrecht II, 2. Aufl. 2007 N. 147 zu Art. 138 StGB).

2.3 Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers ist für die strafrechtliche Qualifikation seines Verhaltens die gesamte namens der Geschädigten ausgeübte Geschäftstätigkeit bedeutsam, und nicht bloss die Vermögensanlage selbst. Nach den verbindlichen vorinstanzlichen Feststellungen (Art. 105 Abs. 1 BGG) wickelte der Beschwerdeführer in seiner Eigenschaft als Rechtsanwalt für das Ehepaar A._____ den Verkauf einer Holzofenbäckerei ab. Er empfahl ihnen, den Verkaufserlös von 1.7 Mio. Franken rentabel anzulegen. Die Eheleute, welche mit dem Beschwerdeführer befreundet

waren, vertrauten ihm aufgrund seiner langjährigen Berufserfahrung als Anwalt und aufgrund früherer Geschäfte. Deshalb schlossen sie mit ihm im Juli 2002, acht Tage nach dem Verkauf der Bäckerei, und im August 2002 zwei Vermögensverwaltungsverträge über Fr. 250'000.-- und Fr. 400'000.-- ab. Der Beschwerdeführer verpflichtete sich, die Gelder möglichst sicher und gewinnbringend anzulegen. Die erste Tranche übergaben ihm die Geschädigten in bar, die Zweite überwiesen sie auf das Konto seiner Anwaltskanzlei. Die Vermögensverwaltungsverträge stellte der Beschwerdeführer auf dem Briefpapier seines Advokaturbüros aus und unterzeichnete mit "RA lic. iur. Executive MBA HSG X._____". Als Verwalter wurde das "Advokaturbüro X._____" eingesetzt (angefochtenes Urteil S. 9 ff. und S. 14 mit Verweis auf das erstinstanzliche Urteil S. 46 bis S. 54 und auf die Anklageschrift S. 4 f.). Aus dem Zusammenhang des Finanzgeschäfts mit dem Verkauf der Bäckerei, dem Auftreten des Beschwerdeführers als Rechtsanwalt und der Abwicklung der Transaktion über das Anwaltsbüro durfte die Vorinstanz folgern, der Beschwerdeführer habe in Ausübung seines Berufes gehandelt. Weshalb er sich gegenüber den Untersuchungsbehörden auf das Anwaltsmonopol berief, ist für die Beurteilung seiner Tätigkeit nicht entscheidend. Der Schuldspruch wegen qualifizierter Veruntreuung nach Art. 138 Ziff. 2 StGB im Nebendossier 2 ist bundesrechtskonform.

3.

3.1 Der Beschwerdeführer beanstandet die rechtliche Würdigung auch im Nebendossier 3. B._____ habe ihn aufgesucht, um Wohnungen zu kaufen. Er habe ihm verschiedene Objekte gezeigt. Schliesslich habe sich B._____ für vier Eigentumswohnungen aus einer Zwangsliquidation der D._____ AG entschieden. Er habe ihm vorgeschlagen über seine Holding die Tochtergesellschaft C._____ GmbH zu gründen, um die Vorschriften über den Grundstückerwerb durch Ausländer zu umgehen. Dieses Geschäft habe er als Geschäftsführer der C._____ GmbH und nicht als Rechtsanwalt abwickeln wollen. Die Gelder habe er nicht über sein Advokaturbüro entgegengenommen. Insgesamt fehle es am qualifizierten Tatbestand von 138 Ziff. 2 StGB.

3.2 Aus dem angefochtenen Urteil geht hervor, dass B._____ den Beschwerdeführer als Anwalt kennenlernte. Die von ihm ausgestellte Vollmacht für den Kauf von vier Wohnungen an der E._____strasse in Zürich ist als typische Anwaltsvollmacht abgefasst und lautet auf "Rechtsanwalt lic. iur. Executive MBA HSG X._____". Zum Kauf der Wohnungen gründete der Beschwerdeführer die C._____ GmbH. Diese Gesellschaft bezweckte, den Kauf unter Umgehung der Vorschriften über den Grundstückerwerb durch Ausländer zu vollziehen. Im Namen der C._____ GmbH schloss der Beschwerdeführer einen Kaufvertrag mit der D._____ AG über die vier Wohnungen. Ebenso leitete er beim Bezirksrat Zürich ein Bewilligungsverfahren hinsichtlich der "Lex Friedrich" ein.

3.3 Der Beschwerdeführer schlug B._____ unter Einsatz seiner Rechtskenntnisse eine Strategie vor, wie er als Ausländer möglichst einfach und formlos Grundeigentum in der Schweiz erwerben konnte. Diese juristische Beratung, die Gründung der GmbH und der Abschluss der Grundstückskaufverträge gehören zu den typischen Tätigkeiten eines Rechtsanwalts. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers beschränkten sich seine Handlungen nicht auf die Geschäftsführung der C._____ GmbH. Er wurde bereits vor deren Gründung als Rechtsanwalt aktiv und handelte kraft der ihm erteilten Anwaltsvollmacht. Die Verurteilung wegen qualifizierter Veruntreuung nach Art. 138 Ziff. 2 StGB verletzt kein Bundesrecht.

4.

4.1 Der Beschwerdeführer macht geltend, er habe im Jahr 2004, als er Unterstützungszahlungen nach Russland und in die Ukraine geleistet habe, nicht mit dem Privatkonkurs rechnen müssen. Mangels Vorsatzes scheide deshalb der Tatbestand der Gläubigerschädigung durch Vermögensverminderung nach Art. 164 Ziff. 1 StGB aus.

4.2 Der Schuldner, der zum Schaden der Gläubiger sein Vermögen vermindert, indem er Vermögenswerte unentgeltlich oder gegen eine Leistung mit offensichtlich geringerem Wert veräussert, macht sich strafbar, sofern über ihn der Konkurs eröffnet worden ist (Art. 164 Ziff. 1 Abs. 3 StGB).

Die Konkurseröffnung stellt eine objektive Strafbarkeitsbedingung dar (BGE 126 IV 5 E. 2c S. 10 mit Hinweis), welche vom Vorsatz nicht erfasst zu sein braucht (BGE 72 IV 17 S. 19 f., vgl. auch Urteil 1A.38/2005 vom 18. Mai 2005 E. 2.6). Hingegen ist hinsichtlich der Gläubigerschädigung zumindest Eventualvorsatz erforderlich. Insoweit muss der Täter im Bewusstsein des drohenden Vermögenszusammenbruchs handeln (vgl. BGE 74 IV 33 S. 37 f. zu aArt. 163 und aArt. 164 StGB).

4.3 Der Beschwerdeführer wies im Tatzeitraum, d.h. von Januar bis Oktober 2004, Betreibungen im Umfang von 1.3 Mio. und offene Verlustscheine von rund 1.7 Mio. Franken auf (angefochtenes Urteil S. 18 mit Verweis auf das erstinstanzliche Urteil S. 9 f., HD 32/1 S. 4, HD 32/14 S. 15 f. und den Betreibungsregisterauszug HD 1/9). Er räumte ein, dass sich der Konkurs, welcher am 26. August bzw. 8. Oktober 2004 eröffnet worden war, bereits seit Längerem abgezeichnet habe (HD 32/1 S. 4). Im erstinstanzlichen Verfahren anerkannte der Beschwerdeführer den Tatbestand der Gläubigerschädigung durch Vermögensverminderung nach Art. 164 Ziff. 1 StGB (Prot. I S. 15 f., HD 45 S. 9). Sein Einwand, er habe im Jahr 2004 nicht mit dem Konkurs bzw. dem Vermögensschaden der Gläubiger rechnen müssen, ist angesichts der dokumentierten erheblichen finanziellen Schwierigkeiten nicht stichhaltig.

5.

5.1 Der Beschwerdeführer rügt, der Tatbestand der Gläubigerschädigung durch Vermögensverminderung nach Art. 164 Ziff. 1 Abs. 3 StGB könne nur an eigenen Vermögenswerten begangen werden. Hingegen falle dieser Tatbestand für fremde, von Dritten anvertraute Mittel ausser Betracht. Die Veruntreuung nach Art. 138 StGB umfasse den Unrechtsgehalt von Art. 164 StGB.

5.2 Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung besteht kein sachlicher Grund für eine Straflosigkeit von Konkurs- und Betreibungsdelikten, die zum Nachteil von bereits durch ein vorangehendes Vermögensdelikt geschädigten Gläubigern begangen werden (vgl. zum Verhältnis zwischen Betrug und Gläubigerschädigung durch Vermögensverminderung BGE 105 IV 315 E. 3b S. 318).

5.3 Diese Rechtsprechung ist auch auf das Verhältnis der Veruntreuung nach Art. 138 Ziff. 2 StGB zur Gläubigerschädigung durch Vermögensverminderung nach Art. 164 Ziff. 1 Abs. 3 StGB anwendbar. Die deliktische Tätigkeit erschöpft sich nicht alleine im Treuebruch gegenüber den Eheleuten A._____ und B._____. Durch die unentgeltliche Veräusserung seiner Vermögenswerte entzog der Beschwerdeführer nicht nur den aus der Veruntreuung Geschädigten, sondern auch seinen weiteren Gläubigern Vermögenssubstrat, welches im Konkurs zur Deckung der Forderungen hätte verwendet werden können. Nebst dem Kreis der Geschädigten unterscheiden sich auch die Tathandlungen. Während sich der Beschwerdeführer bei der Veruntreuung fremde Vermögenswerte aneignete, entäusserte er sich im Rahmen des Konkursdeliktes seiner Aktiven. Erst durch die zweite Tat verunmöglichte er den Geschädigten A._____ und B._____ den Zugriff auf die veruntreuten Werte mittels Zwangsvollstreckung.

Nicht zu überzeugen vermag der Einwand, an "fremden" Geldern seien keine Konkursdelikte möglich. Derjenige, der fremdes Geld mit eigenem vermischt, wird dessen Eigentümer (BGE 136 III 247 E. 5 S. 252 mit Hinweisen). Vorausgesetzt ist, dass das fremde Geld nicht mehr individualisierbar ist. Art. 727 ZGB, der den originären Eigentumserwerb an Fahnis durch Verbindung und Vermischung regelt, ist auf die Vermengung von Geld nicht anwendbar (Urteil 6B_994/2010 vom 7. Juli 2011 E. 5.3.3.1). Weil der Beschwerdeführer durch die Vermischung Eigentümer der Kundengelder wurde (angefochtenes Urteil S. 16 ff., S. 20), verminderte er mit den Unterstützungszahlungen sein Privatvermögen. Die Verurteilung wegen Gläubigerschädigung durch Vermögensverminderung nach Art. 164 Ziff. 1 Abs. 3 StGB verletzt kein Bundesrecht.

6.

Nicht einzugehen ist auf die Rügen des Beschwerdeführers, soweit er eine Strafreduktion fordert (Beschwerde S. 5). Diese erhebt er nur für den Fall, dass ein Teil der vorinstanzlichen Schuldsprüche aufzuheben ist.

7.

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Der Beschwerdeführer wird ausgangsgemäss kostenpflichtig (Art. 66 Abs. 1 BGG). Er ersucht um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung. Das Gesuch ist abzuweisen, da die Beschwerde aussichtslos war (Art. 64 Abs. 1 BGG e contrario). Seinen angespannten finanziellen Verhältnissen ist mit reduzierten Gerichtskosten Rechnung zu tragen (Art. 65 Abs. 2 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen.

3.

Die Gerichtskosten von Fr. 1'600.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, I. Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 13. Oktober 2011

Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Mathys

Die Gerichtsschreiberin: Koch