

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

6B 1161/2017

Urteil vom 20. Juni 2018

Strafrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Denys, Präsident,
Bundesrichter Rüedi,
nebenamtliche Bundesrichterin Lötscher,
Gerichtsschreiber Weber.

Verfahrensbeteiligte
X._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Flurin Turnes,
Beschwerdeführer,

gegen

1. Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Florhofgasse 2, 8090 Zürich,
2. A._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Thomas Wüthrich,
Beschwerdegegner.

Gegenstand
Qualifizierte Veruntreuung; Willkür,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Strafkammer, vom 12. Juli 2017 (SB160468-O/U/hb-ag).

Sachverhalt:

A.
Die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat wirft X._____ vor, er habe als berufsmässiger Vermögensverwalter eine ihm anvertraute Summe von EUR 500'000.-- entgegen dem ihm bekannten Auftrag von A._____ (nachfolgend: Privatkläger) zweckentfremdet, ohne dabei ersatzfähig gewesen zu sein.

B.
Die Staatsanwaltschaft sprach X._____ mit Strafbefehl vom 26. September 2014 der qualifizierten Veruntreuung im Sinne von Art. 138 Ziff. 2 StGB schuldig. Sie bestrafte ihn mit einer bedingten Freiheitsstrafe von sechs Monaten bei einer Probezeit von zwei Jahren sowie einer Busse von Fr. 1000.--. Die Zivilklage des Privatklägers wurde auf den Zivilweg verwiesen.

Auf Einsprache von X._____ und des Privatklägers hin bestätigte das Bezirksgericht Zürich am 24. Juni 2016 den Schuldspruch und verurteilte X._____ zu einer bedingten Freiheitsstrafe von zwölf Monaten bei einer Probezeit von zwei Jahren. Die Zivilklage des Privatklägers verwies es auf den Zivilweg. Gegen dieses Urteil erhoben X._____ Berufung und der Privatkläger Anschlussberufung an das Obergericht des Kantons Zürich.

Das Obergericht bestätigte den Schuldspruch mit Urteil vom 12. Juli 2017 und bestrafte X._____ mit einer bedingten Geldstrafe von 360 Tagessätzen zu Fr. 50.-- bei einer Probezeit von zwei Jahren. Die Zivilklage des Privatklägers verwies es auf den Zivilweg.

C.
X._____ führt Beschwerde in Strafsachen. Er beantragt die Aufhebung des obergerichtlichen Entscheids rücksichtlich Dispositiv-Ziff. 1, 2, 5, 6 und 7 und einen Freispruch vom Vorwurf der

qualifizierten Veruntreuung. X. _____ ersucht um aufschiebende Wirkung sowie um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung.

Erwägungen:

1.

1.1. Die Vorinstanz geht von folgendem Sachverhalt aus:

Der Privatkläger überwies der vom Beschwerdeführer kontrollierten Y. _____ Holding AG am 12. September 2008 einen Betrag von EUR 500'000.-- mit der Verpflichtung, diesen in Anlagen der Z. _____ Ltd. London (Z. _____ -Anlagen) zu investieren. Der Beschwerdeführer investierte vom Geld des Privatklägers am 22. September 2008 EUR 340'000.-- und in dubio zugunsten des Beschwerdeführers zu einem späteren Zeitpunkt EUR 150'000.-- in Z. _____ -Anlagen. EUR 10'000.-- wurden nicht in Z. _____ -Anlagen investiert. Die Y. _____ Holding AG erhielt sodann am 17. Oktober 2008 EUR 240'000.-- von Z. _____ Ltd. London. Dieser Betrag ist als anfänglicher Gewinn aus der Investition des Privatklägers zu qualifizieren, woraus dem Privatkläger gemäss Vereinbarung 70 % (EUR 168'000.--) zugestanden hätten. Eine Auszahlung an den Privatkläger fand aber nicht statt. Es ist hinreichend erstellt, dass der nicht in Z. _____ -Anlagen investierte Betrag von EUR 10'000.-- sowie der von der Z. _____ Ltd. London erhaltene Betrag von EUR 240'000.--, wovon dem Privatkläger Fr. 168'000.-- zugestanden hätten, zweckentfremdet eingesetzt wurden. Im Juli und Oktober 2009 erhielt der Privatkläger von der Y. _____ Holding AG Auszüge der Z. _____ Ltd.

London, die ihm suggerierten, seine Investition sei auf EUR 684'728.22 resp. EUR 708'363.64 angestiegen.

Über die Y. _____ Holding AG wurde am 17. Dezember 2009 der Konkurs eröffnet und der Privatkläger erhielt vom Konkursamt Fr. 11'000.-- sowie vom Beschwerdeführer EUR 50'000.--.

Wiederum zugunsten des Beschwerdeführers ist davon auszugehen, dass abgesehen von den nicht investierten EUR 10'000.-- und dem nicht ausbezahlten Gewinnanteil von EUR 168'000.-- die übrigen Gelder des Privatklägers im Rahmen der bestimmungsgemässen Investition in die Z. _____ -Anlagen verlustig gingen.

In rechtlicher Hinsicht qualifiziert die Vorinstanz das Vorgehen des Beschwerdeführers als qualifizierte Veruntreuung von Vermögenswerten im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 i.V.m. Ziff. 2 StGB.

1.2. Der Beschwerdeführer rügt eine falsche Rechtsanwendung von Art. 14 ff. und Art. 138 StGB sowie eine willkürliche Sachverhaltsfeststellung.

2.

2.1. Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Die vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellung kann nur gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 BGG; vgl. auch Art. 105 Abs. 2 BGG). Offensichtlich unrichtig im Sinne von Art. 97 Abs. 1 BGG ist die Sachverhaltsfeststellung, wenn sie willkürlich ist (Urteil 6B 150/2017 vom 11. Januar 2018 E. 2, zur Publikation vorgesehen; BGE 141 IV 249 E. 1.3.1 S. 253 mit Hinweis). Willkür im Sinne von Art. 9 BV liegt nach ständiger Rechtsprechung nicht schon vor, wenn das angefochtene Urteil nicht mit der Darstellung des Beschwerdeführers übereinstimmt oder eine andere Lösung oder Würdigung vertretbar erscheint oder gar vorzuziehen wäre, sondern nur, wenn der angefochtene Entscheid auf einer schlechterdings unhaltbaren oder widersprüchlichen Beweiswürdigung beruht, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft; dabei ist erforderlich, dass der Entscheid nicht nur in der Begründung, sondern auch im Ergebnis willkürlich ist (BGE 141 IV 305 E. 1.2 S. 308 f.; 140 III 16 E. 2.1 S. 18 f.; 137 I 1 E. 2.4 S. 5; 136 I 316 E. 2.2.2 S. 318 f.; je mit Hinweisen).

2.2. Gemäss Art. 42 Abs. 2 BGG ist in der Beschwerdebegründung in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht verletzt, wobei für die Anfechtung des Sachverhalts qualifizierte Begründungsanforderungen gelten (vgl. Art. 97 Abs. 1 und Art. 106 Abs. 2 BGG). Die beschwerdeführende Partei hat mit ihrer Kritik an den als rechtsfehlerhaft erachteten Erwägungen der Vorinstanz anzusetzen. Sie kann sich nicht darauf beschränken, einen von den tatsächlichen

Feststellungen der Vorinstanz abweichenden Sachverhalt zu behaupten und die Rechtsstandpunkte, die sie im kantonalen Verfahren eingenommen hat, erneut zu bekräftigen (Urteil 6B 150/2017 vom 11. Januar 2018 E. 2, zur Publikation vorgesehen; BGE 140 III 115 E. 2 S. 116; Urteil 6B 3/2016 vom 28. Oktober 2016 E. 2.2; je mit Hinweisen). Auf ungenügend begründete Rügen oder bloss allgemein gehaltene appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid tritt das Bundesgericht nicht ein (Urteil 6B 150/2017 vom 11. Januar 2018 E. 2, zur Publikation vorgesehen; BGE 141 IV 249 E. 1.3.1 S. 253 mit Hinweis).

2.3.

2.3.1. Was der Beschwerdeführer gegen die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz einwendet, erschöpft sich weitgehend in einer blossen appellatorischen Kritik am angefochtenen Urteil, die für die Begründung einer willkürlichen Feststellung des Sachverhalts nicht genügt. Soweit die Beschwerde den Begründungsanforderungen genügt, ist sie jedenfalls unbegründet. Insbesondere vermag der Beschwerdeführer in keinem Punkt aufzuzeigen, inwiefern die Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz willkürlich wären. Er beschränkt sich im Wesentlichen darauf, seine eigene Sichtweise der Verhältnisse darzulegen. Dies genügt für die Begründung von Willkür nicht.

2.3.2. Der Beschwerdeführer wehrt sich gegen die vorinstanzliche Würdigung, er sei Vertragspartner des Privatklägers gewesen. Die Vorinstanz hält fest, dass keine Zweifel daran bestehen, dass der Beschwerdeführer hinsichtlich des Geschäfts mit dem Privatkläger firmenintern die alleinige Verantwortung trug. Diese Feststellung ist für das Bundesgericht verbindlich. Inwiefern die diesbezüglichen sorgfältigen Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz willkürlich sein sollen, ist nicht ersichtlich.

2.3.3. Weiter macht der Beschwerdeführer geltend, dass der Privatkläger den von der Z. _____ Ltd. London zurückerhaltene Betrag nicht als rückzahlungspflichtig erklärt, sondern eine Verlängerung des Engagements gewollt habe. Die unbestrittene Verlängerung des Engagements bezog sich gemäss den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz jedoch auf den ursprünglichen Einsatz von EUR 500'000.--, nicht aber auf den Gewinn in Höhe von EUR 240'000.--, wovon der Beschwerdeführer dem Privatkläger 70 % hätte auszahlen müssen, was er unterliess. Gegen diese Feststellung der Vorinstanz bringt der Beschwerdeführer keine substantiierte Willkürüge vor, weshalb sie für das Bundesgericht verbindlich ist.

3.

3.1. In rechtlicher Hinsicht rügt der Beschwerdeführer eine fehlerhafte Anwendung von Art. 14 ff. und Art. 138 StGB. Die Rüge des Beschwerdeführers, das vorinstanzliche Urteil verstosse gegen eine gehörige Anwendung von Art. 14 ff. StGB, entbehrt jeder Grundlage, weshalb auf sie nicht näher einzugehen ist.

3.2. Nach Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB macht sich strafbar, wer ihm anvertraute Vermögenswerte in seinem oder eines anderen Nutzen verwendet. Ist der Täter berufsmässiger Vermögensverwalter, beträgt die Strafe gemäss Art. 138 Ziff. 2 StGB Freiheitsstrafe bis zu 10 Jahren oder Geldstrafe. 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. Der subjektive Tatbestand erfordert Vorsatz und ein Handeln in Absicht unrechtmässiger Bereicherung. 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 133 IV 21 E. 6.1.1 und E. 6.1.2 S. 26 f. mit Hinweisen; Urteile 6B 609/2010 vom 28. Februar 2011 E. 3.3.1; 6B 595/2011 vom 16. März 2012 E. 4.2). Ist der Täter in einem solchen Fall fähig und gewillt, den Vermögenswert zu einem späteren Zeitpunkt zu ersetzen, dann beabsichtigt er eine vorübergehende Bereicherung, was zur Bestrafung genügt. Wer aber ihm anvertraute Vermögenswerte nicht jederzeit zur Verfügung des Berechtigten zu halten, sondern erst nach Ablauf einer bestimmten Frist bzw. zu einem bestimmten Zeitpunkt an den Berechtigten weiterzuleiten bzw. zurückzugeben hat, muss auf diesen Zeitpunkt hin und nicht auch schon in der Zwischenzeit ersatzfähig und ersatzwillig sein (BGE 118 IV 27 E. 3a S. 29 f. mit Hinweisen; Stratenwerth/Jenny/Bommer, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen, 7. Auflage 2010, § 13 N. 34; Oskar Germann, Das Verbrechen im neuen Strafrecht, 1942, S. 266). Ersatzbereitschaft liegt dann nicht vor, wenn der Täter trotz Ersatzwillens aufgrund seiner wirtschaftlichen Lage nicht überzeugt sein kann, rechtzeitig Ersatz leisten zu können

(Urteil 6S.835/1999 vom 5. April 2000 E. 1d/aa).

3.3. In Bezug auf die nicht investierten EUR 10'000.-- sind die rechtlichen Ausführungen der Vorinstanz zum objektiven Tatbestand nicht zu beanstanden. Die Vorinstanz setzt sich allerdings nicht damit auseinander, dass der nicht weitergegebene Gewinn in Höhe von EUR 168'000.-- dem Beschwerdeführer nicht vom Privatkläger anvertraut wurde, sondern stellt in dieser Hinsicht auf die ursprünglich übertragenen EUR 500'000.-- ab. Der eingegangene Gewinn (EUR 240'000.--) wurde der Y._____ Holding AG von der Z._____ Ltd. London übertragen. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung können dem Täter Vermögenswerte nicht nur vom Geschädigten, sondern auch von Dritten anvertraut werden (BGE 101 IV 162 E. 2a S. 163; 92 IV 174 E. 2 S. 176; 70 IV 71 S. 7). Auch ein erzielter Erlös kann als anvertrautes Gut oder anvertrauter Vermögenswert gelten, wenn der Beschwerdeführer ihn nur aufgrund des Vertrauensverhältnisses zwischen dem Treuhänder und dem Treugeber erlangen konnte (BGE 75 IV 11 E. 2 S. 14), wenn er mithin aus dem ursprünglich anvertrauten Gut oder Vermögenswert hervorgeht und vereinbarungsgemäss nicht zugunsten des Treuhänders zu verwenden war. Diesbezüglich stellt die Vorinstanz in tatsächlicher Hinsicht verbindlich fest, dass 70 % des eingegangenen Gewinns dem Privatkläger hätten ausbezahlt werden müssen, was der Beschwerdeführer in seiner Beschwerde nicht zu entkräften vermag. Es kann also auch im Hinblick auf die EUR 168'000.-- von einem anvertrauten Vermögenswert ausgegangen werden, den der Beschwerdeführer zweckentfremdet verwendete.

3.4.

3.4.1. Der Beschwerdeführer bestreitet das Vorliegen des subjektiven Tatbestands von Art. 138 StGB. Es habe nie ein Aneignungs- und Bereicherungswille bestanden und es sei zum relevanten Zeitpunkt Ersatzfähigkeit gegeben gewesen. Die Gesellschaft sei zum kritischen Zeitpunkt immer in der Lage gewesen, Verpflichtungen zu erfüllen und sie habe Aktiven gehabt, die höher gewesen seien als das Engagement des Privatklägers. Damit stellt er sich gegen die vorinstanzlichen Feststellungen, wonach das Fehlen von objektiver und subjektiver Ersatzfähigkeit vorliegend offensichtlich sei.

3.4.2. Was der Täter wusste, wollte und in Kauf nahm, betrifft innere Tatsachen und ist damit Tatfrage (BGE 141 IV 369 E. 6.3 S. 375; 137 IV 1 E. 4.2.3 S. 4). Gleiches gilt für die Bereicherungsabsicht (BGE 99 IV 6 E. 3 S. 8 mit Hinweis). Insbesondere ist auch die Frage, ob zum relevanten Zeitpunkt Ersatzbereitschaft vorlag, Tatfrage. Die Vorinstanz verneint die Ersatzbereitschaft des Beschwerdeführers mit einer nachvollziehbaren Begründung. Feststellungen zum Sachverhalt prüft das Bundesgericht nur unter dem Gesichtspunkt der Willkür (Art. 97 Abs. 1 BGG). Die Willkür rüge muss in der Beschwerde explizit vorgebracht und substantiiert begründet werden (Art. 106 Abs. 2 BGG). Auch hier beschränkt sich der Beschwerdeführer auf eine pauschale Willkür rüge und die Darstellung seiner eigenen Sichtweise, was zur Begründung von Willkür nicht ausreicht. Angesichts der Tatsache, dass der Beschwerdeführer die insgesamt EUR 178'000.-- zweckentfremdet verwendete, den Privatkläger nicht über den als Gewinn zurückerhaltenen Betrag informierte, sondern ihm vielmehr, jedenfalls im Juli und Oktober 2009, den Anschein vermittelte, sein ganzes Geld sei in Z._____ -Anlagen investiert und seine Investition zeige einen sehr guten Verlauf, während die schlechte finanzielle Situation der Y._____ Holding AG spätestens ab dem 6. Februar 2009 auch dem Beschwerdeführer bewusst war, und über die Y._____ Holding AG am 17. Dezember 2009 nach mehreren Konkursaufschüben der Konkurs eröffnet wurde, obwohl der Y._____ Holding AG und dem Beschwerdeführer bereits vor der Konkurseröffnung ausreichend Gelegenheit gegeben worden war, entsprechende Mittel erhältlich zu machen, durfte die Vorinstanz willkürfrei darauf schliessen, dass keine Ersatzbereitschaft des Beschwerdeführers vorlag. Insbesondere ist nicht nachvollziehbar, inwiefern es willkürlich sein sollte, auf konkursamtliche Feststellungen abzustellen, wie es der Beschwerdeführer vorbringt.

3.5. In Anbetracht der verbindlich festgestellten Tatumstände durfte die Vorinstanz davon ausgehen, dass der Beschwerdeführer als berufsmässiger Vermögensverwalter ihm anvertraute fremde Vermögenswerte in seinem oder eines anderen Nutzen verwendet und dabei vorsätzlich und in Absicht unrechtmässiger Bereicherung gehandelt hat.

4.

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Die Gerichtskosten sind ausgangsgemäss dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 BGG). Das Gesuch um

unentgeltliche Rechtspflege ist in Anwendung von Art. 64 BGG wegen Aussichtslosigkeit abzuweisen. Der finanziellen Lage des Beschwerdeführers ist mit reduzierten Gerichtskosten Rechnung zu tragen (Art. 65 Abs. 2 BGG). Dem Beschwerdegegner 2 ist keine Entschädigung zuzusprechen, da er im bundesgerichtlichen Verfahren nicht zur Einreichung einer Vernehmlassung eingeladen wurde. Mit dem Entscheid in der Sache wird das Gesuch um aufschiebende Wirkung gegenstandslos.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
2.
Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen.
3.
Die Gerichtskosten von Fr. 1'200.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
4.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 20. Juni 2018

Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Denys

Der Gerichtsschreiber: Weber