

Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6S.373/2003 /pai

Urteil vom 27. Januar 2005
Kassationshof

Besetzung
Bundesrichter Schneider, Präsident,
Bundesrichter Wiprächtiger, Zünd,
Gerichtsschreiber Näf.

Parteien
X. _____ (geb. Y. _____),
Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Christian Widmer,

gegen

Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Postfach, 8023 Zürich.

Gegenstand
Veruntreuung (Art. 138 StGB),

Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Strafkammer, vom 11. Juli 2003.

Sachverhalt:

A.
Das Obergericht des Kantons Zürich verurteilte X. _____ am 11. Juli 2003 wegen mehrfacher Veruntreuung (Art. 138 Ziff. 1 Abs. 1 StGB) und wegen mehrfacher Geldwäscherei (Art. 305bis Ziff. 1 StGB) zu einer bedingt vollziehbaren Gefängnisstrafe von 16 Monaten, unter Anrechnung von 45 Tagen Untersuchungshaft. Es verpflichtete ihn, dem Geschädigten A. _____ Fr. 1'100'000.-- zuzüglich 5 % Zins seit 21. August 1999 als Schadenersatz zu bezahlen.

B.
X. _____ führt eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, der Entscheid des Obergerichts sei in Bezug auf die Verurteilung wegen mehrfacher Veruntreuung in einem Punkt aufzuheben und die Sache daher zur Festsetzung eines niedrigeren Strafmasses an die Vorinstanz zurückzuweisen.

C.
Das Obergericht hat auf eine Stellungnahme zur eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde verzichtet.

D.
Das Kassationsgericht des Kantons Zürich wies am 5. August 2004 die von X. _____ erhobene kantonale Nichtigkeitsbeschwerde ab, soweit es darauf eintrat.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.
1.1 Der Beschwerdeführer trat ca. im März 1999 an seinen Anlageberater und Vermögensverwalter A. _____ heran und erzählte ihm, dass er einen gewissen B. _____ in der Administration Inguschetiens kenne, der ein Vermögen von ca. Fr. 80'000'000.-- verwalte und bereit sei, gegen Zahlung von Fr. 1'500'000.-- die Verwaltung dieses Vermögens auf andere Personen zu übertragen. Der Beschwerdeführer gab weiter an, er wolle selber Fr. 300'000.-- beisteuern. A. _____ müsste somit noch Fr. 1'200'000.-- aufreiben und könnte sich damit das lukrative Mandat sichern. Einige Wochen später teilte der Beschwerdeführer A. _____ mit, dass er B. _____ Fr. 300'000.-- übergeben habe. A. _____ war am Vermögensverwaltungsauftrag interessiert. Er beschaffte sich daher durch Aufnahme von zwei kurzfristigen Darlehen von seinen Freunden C. _____ (Fr. 400'000.--) und D. _____ (Fr. 800'000.--) den Betrag von Fr. 1'200'000.-- in bar und übergab das Geld im Juli 1999 dem Beschwerdeführer. Dieser verwendete das Geld nicht zum vereinbarten Zweck, was auch gar nicht möglich gewesen wäre, da seine Darstellung betreffend die Übertragung eines lukrativen Vermögensverwaltungsauftrags durch einen Administrator aus Inguschetien frei erfunden war. Der

Beschwerdeführer wollte nach seinem Plan einen Teil des Geldes für spekulative Geschäfte einsetzen, um mit den daraus erhofften Gewinnen die Verluste wettzumachen, die er infolge von Spekulationsgeschäften seines Anlageberaters A. _____ erlitten hatte. Über den Bargeldbetrag von Fr. 1'200'000.-- wurde unter anderem wie folgt verfügt. Der Beschwerdeführer händigte Fr. 50'000.-- seiner (damaligen) Ehefrau aus, welche den Betrag auf ihr Sparkonto überwies. Fr. 90'000.-- verwendete er für Zahlungen betreffend sein Ferienhaus-Projekt in Italien. Fr. 60'000.-- überwies er auf ein ihm gehörendes Bankkonto, und Fr. 140'000.-- überwies er auf ein neu eröffnetes Bankkonto, welches auf den Namen seiner Ehefrau lautete. Der Restbetrag war zunächst in Safes bei verschiedenen Banken deponiert. Die Ehefrau des Beschwerdeführers entnahm daraus im November 1999 Fr. 354'000.-- und zahlte den Betrag auf ein neu eröffnetes Bankkonto ein. Der Beschwerdeführer seinerseits entnahm im November 1999 den Safes unter anderem den Barbetrag von Fr. 457'000.-- und deponierte diesen im Keller des Hauses seiner Freundin. Noch vor seiner Verhaftung gab der Beschwerdeführer A. _____ Fr. 100'000.-- in bar zurück.

1.2 Die Vorinstanz hat den Beschwerdeführer in diesem Punkt in Bestätigung des erstinstanzlichen Entscheids vom Vorwurf des Betrugs (Art. 146 Abs. 1 StGB) mangels Arglist freigesprochen (angefochtener Entscheid S. 412 f.), ihn aber wegen Veruntreuung im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 1 StGB verurteilt (angefochtener Entscheid S. 401 ff.).

1.3 Der Beschwerdeführer macht geltend, er habe den objektiven Tatbestand der Veruntreuung nicht erfüllt, da keine Werterhaltungspflicht bestanden habe. Jedenfalls habe er den subjektiven Tatbestand nicht erfüllt, weil er ersatzbereit gewesen sei.

2.

Wer sich eine ihm anvertraute fremde bewegliche Sache aneignet, um sich oder einen andern damit unrechtmässig zu bereichern, beziehungsweise wer ihm anvertraute Vermögenswerte unrechtmässig in seinem oder eines anderen Nutzen verwendet, wird gemäss Art. 138 Ziff. 1 StGB wegen Veruntreuung mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder mit Gefängnis bestraft.

2.1 Die Vorinstanz stellt in tatsächlicher Hinsicht fest, A. _____ habe dem Beschwerdeführer den Barbetrag von Fr. 1'200'000.-- einzig und allein in der Absicht gegeben, dass dieser das Geld für die Ablösung eines Vermögensverwaltungsmandats einsetze (angefochtenes Urteil S. 404). Sie wirft dem Beschwerdeführer vor, dass er das Geld nicht vereinbarungsgemäss zur Erlangung des Vermögensverwaltungsauftrags für A. _____, sondern für eigene Bedürfnisse verwendet habe (angefochtenes Urteil S. 401/402). Die Vorinstanz fasst unter Hinweis auf BGE 120 IV 117 und BGE 124 IV 9 die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Frage der Veruntreuung durch zweckwidrige Verwendung von Darlehen zusammen (angefochtenes Urteil 402 f.). Die diesbezüglichen Grundsätze seien auf den vorliegenden Fall analog anwendbar, auch wenn es sich dabei nicht um ein eigentliches Darlehen handle und die genaue rechtliche Qualifikation der Geldhingabe offen bleiben könne (angefochtenes Urteil S. 403/404). A. _____ habe das Geld dem Beschwerdeführer mit einem klaren Auftrag über dessen Verwendung ausgehändigt. Daher sei die Verfügungsmacht (recte: Verfügungsbefugnis) des Beschwerdeführers beschränkt gewesen. A. _____ habe das Geld in seinem eigenen Interesse

hingegen, habe er sich damit doch den Gewinn bringenden Vermögensverwaltungsauftrag verschaffen wollen. Unter diesen Umständen sei der Beschwerdeführer verpflichtet gewesen, für den Werterhalt des Geldes so lange besorgt zu sein, bis es weisungsgemäss und zweckbestimmt hätte eingesetzt werden können. Indem der Beschwerdeführer stattdessen das Geld im eigenen Interesse verwendet habe beziehungsweise es für seine persönlichen Zwecke habe verwenden wollen, habe er es sich angeeignet und sich dadurch unrechtmässig zulasten von A. _____ zumindest vorübergehend bereichert (angefochtenes Urteil S. 404 f.).

2.2 Anvertraut im Sinne von Art. 138 StGB ist nach der Rechtsprechung, was jemand mit der Verpflichtung empfängt, es in bestimmter Weise im Interesse eines andern zu verwenden, insbesondere es zu verwahren, zu verwalten oder abzuliefern (BGE 80 IV 53, 55; 120 IV 117 E. 2b; 106 IV 257 E. 1, je mit Hinweisen). Nach einer anderen Umschreibung gilt als anvertraut, was mit rechtlich beschränkter Verfügungsbefugnis überlassen wird, ohne dass eine unmittelbare Kontrolle der Verwendung möglich oder üblich ist (Hans Schultz, ZBJV 98/1962 S. 112; Stefan Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 2. Aufl. 1997, Art. 138 N. 4, mit Hinweisen). Gemäss einer neueren Umschreibung ist anvertraut, was jemand mit der besonderen Verpflichtung empfängt, es dem Treugeber zurückzugeben oder es für diesen an einen Dritten weiterzuleiten, wobei der Treugeber seine Verfügungsmacht über das Anvertraute aufgibt (Marcel Alexander Niggli/Christof Riedo, Basler Kommentar, StGB II, 2003, Art. 138 N. 41).

Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt. Der Beschwerdeführer hat das Bargeld in der Höhe von Fr. 1'200'000.-- von A. _____ mit der Verpflichtung empfangen, diesen Vermögenswert einer bestimmten Drittperson zukommen zu lassen, und zwar gleichsam als Entgelt für den Vermögensverwaltungsauftrag, welchen A. _____ im eigenen Interesse von diesem Dritten unter

Vermittlung des Beschwerdeführers erlangen wollte. Das Geld war damit dem Beschwerdeführer von A. _____ anvertraut worden. Ein Vermögenswert ist dem Täter auch im Sinne von Art. 138 StGB anvertraut, wenn dieser sich die Verfügungsmöglichkeit durch eine vorangegangene - nicht arglistige - Täuschung erschlichen hat und sich die Täuschung gerade darauf bezieht, dass der Getäuschte dem Täter den Vermögenswert anvertraut hat (BGE 117 IV 429 E. 3c.).

2.3 Der Beschwerdeführer hat das ihm von A. _____ übergebene Geld nicht an den Dritten weitergeleitet, was auch gar nicht möglich gewesen wäre, da dieser nicht existierte. Er hat es vielmehr zu einem kleinen Teil für sich verbraucht und es im Übrigen einerseits an verschiedenen Orten in bar deponiert und andererseits auf mehrere Bankkonten überwiesen, über welche er und/oder seine Ehefrau verfügen konnten. Er wollte mit dem Betrag von Fr. 1'200'000.-- teilweise spekulative Anlagen tätigen und die Fr. 1'200'000.-- nur dann an A. _____ zurückzahlen, wenn er mit den spekulativen Anlagen einen Gewinn von ungefähr Fr. 400'000.-- erzielt hätte (siehe dazu den Beschluss des Kassationsgerichts des Kantons Zürich vom 5. August 2004, E. III/4b S. 35 und E. 4e S. 37). Die Vorinstanz scheint anzunehmen, dass der Beschwerdeführer sich durch sein Verhalten den Bargeldbetrag von Fr. 1'200'000.-- im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 1 StGB "angeeignet" habe (siehe angefochtenes Urteil S. 404/405). Ob dem Beschwerdeführer Aneignung anvertrauter fremder beweglicher Sachen im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 1 StGB oder aber, entsprechend der Ergänzungsanklage vom 14. Januar 2002, unrechtmässige Verwendung von anvertrauten Vermögenswerten im Sinne

von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB vorzuwerfen ist, kann dahingestellt bleiben. Der Beschwerdeführer bestreitet nicht, dass die inkriminierten Verfügungen über das Bargeld als Tathandlungen im Sinne des Veruntreuungstatbestands anzusehen sind.

2.4 Die vereinbarte Weiterleitung des dem Beschwerdeführer anvertrauten Vermögenswerts an den Dritten zwecks Beschaffung des Vermögensverwaltungsauftrags für A. _____ war nicht möglich, da dieser Dritte nicht existierte, sondern vom Beschwerdeführer zur Täuschung A. _____s erfunden worden war. Der Beschwerdeführer war daher verpflichtet, das Geld A. _____ zurückzugeben. Indem er dies unterliess und stattdessen das Geld anderweitig verwendete, erfüllte er den objektiven Tatbestand der Veruntreuung. Sein Einwand, es habe entgegen der Auffassung der Vorinstanz keine Werterhaltungspflicht bestanden, ist unbegründet.

3.

3.1 Der Tatbestand der Veruntreuung setzt subjektiv neben dem Vorsatz die Absicht des Täters voraus, sich oder einen andern unrechtmässig zu bereichern. An der Absicht unrechtmässiger Bereicherung kann es in gewissen Konstellationen fehlen, wenn der Beschuldigte ersatzbereit, d.h. zum Ersatz fähig und gewillt ist (siehe dazu BGE 74 IV 27 E. 2 und E. 3b; 118 IV 27 E. 3; Niggli/Riedo, a.a.O., Art. 138 N. 109 ff.; kritisch Gilbert Kolly, Veruntreuung und sog. Ersatzbereitschaft, ZStrR 114/1996 S. 221 ff., 229 f.).

3.2 Die Vorinstanz hält fest, auf Ersatzbereitschaft könne sich nur berufen, wer fähig sei, dem Berechtigten den Wert der Sache zu ersetzen, und zwar jederzeit vom Moment des tatbestandsmässigen Handelns an. Diese Voraussetzung sei beim Beschwerdeführer nicht erfüllt gewesen, habe er doch bereits einen Teil des Geldes in sein Ferienhaus investiert und eine gewisse Summe seiner Ehefrau zukommen lassen. Zudem habe er mit dem Geld spekulieren wollen, um frühere Verluste, die ihm von A. _____ verursacht worden seien, wieder auszugleichen. Während des geplanten Geldeinsatzes wäre er aber nicht in der Lage gewesen, das Geld jederzeit A. _____ zurückzugeben (angefochtenes Urteil S. 408). Die Vorinstanz hält im Weiteren unter Hinweis auf den erstinstanzlichen Entscheid fest, der Beschwerdeführer habe gar nicht die Pflicht eines Darlehensnehmers auf sich genommen und sei nicht verpflichtet gewesen, A. _____ den erhaltenen Betrag von Fr. 1'200'000.-- zurückzuzahlen. Vielmehr sei er verpflichtet gewesen, dieses Geld an einen Dritten weiterzuleiten und damit A. _____ den Vermögensverwaltungsauftrag zu verschaffen. Seine Ersatzbereitschaft hätte sich somit nicht auf die Rückzahlung des Betrags von Fr. 1'200'000.-- bezogen, sondern auf

die Verschaffung des Vermögensverwaltungsmandats an A. _____, wozu der Beschwerdeführer aber gar nicht in der Lage gewesen sei, weil diesbezüglich alles eine erfundene Geschichte gewesen sei (angefochtenes Urteil S. 408 f.).

3.3 Der Beschwerdeführer wendet ein, er habe im Zeitpunkt seiner Verhaftung zusammen mit seiner Ehefrau über liquide Mittel in einem Fr. 1'100'000.-- übersteigenden Betrag verfügt und sei daher ersatzfähig gewesen. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz müsse die Ersatzbereitschaft nicht jederzeit, sondern einzig im Zeitpunkt des vereinbarten Rückgabetermins vorhanden sein. Im vorliegenden Fall sei aber weder ein klarer Rückzahlungstermin noch ein genauer Termin für die Beschaffung des Vermögensverwaltungsauftrags vereinbart worden. Er habe unstreitig die Absicht gehabt, A. _____ das Geld nach einer gewissen Zeit zurückzuzahlen. Er sei somit zum Ersatz fähig und gewillt gewesen, weshalb die Ersatzbereitschaft gegeben und damit die Absicht unrechtmässiger Bereicherung zu verneinen sei.

3.4 Die vereinbarte Weiterleitung des dem Beschwerdeführer anvertrauten Geldes an den Dritten zwecks Beschaffung des Vermögensverwaltungsauftrags für A. _____ war unmöglich, da dieser Dritte nicht existierte, sondern vom Beschwerdeführer zur Täuschung A. _____s erfunden worden war. Der Beschwerdeführer war daher von Anbeginn an verpflichtet, das Geld A. _____ zurückzugeben. Er behielt es stattdessen und wollte es vor allem für Spekulationsgeschäfte verwenden. Er hätte das Geld nach seinem Plan zurückgezahlt, nachdem er einen Gewinn von ungefähr Fr. 400'000.-- erzielt hätte. Der Beschwerdeführer war somit offensichtlich nicht gewillt, das Geld jederzeit zurückzuerstatten. Selbst wenn er dazu jederzeit fähig gewesen sein sollte, fehlte demnach die Ersatzbereitschaft. Daher kann dahingestellt bleiben, ob diese in einer Konstellation der vorliegenden Art überhaupt rechtlich relevant sein könnte. Der Beschwerdeführer handelte mithin in der Absicht unrechtmässiger Bereicherung.

4.

Die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde ist somit abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Der Beschwerdeführer hat daher die Kosten des bundesgerichtlichen Verfahrens zu tragen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Die Gerichtsgebühr von Fr. 2'000.-- wird dem Beschwerdeführer auferlegt.

3.

Dieses Urteil wird dem Beschwerdeführer, der Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich und dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 27. Januar 2005

Im Namen des Kassationshofes
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: