Urteilskopf

116 IV 134

25. Auszug aus dem Urteil des Kassationshofes vom 2. März 1990 i.S. X. gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Solothurn (Nichtigkeitsbeschwerde)

Regeste (de):

Art. 141 StGB.

Die Anwendung dieser Bestimmung ist nicht auf die Aneignung körperlicher Sachen beschränkt. Der Unterschlagung macht sich auch schuldig, wer in der Absicht unrechtmässiger Bereicherung über ein Guthaben verfügt, das, wie er weiss, seinem Konto irrtümlich gutgeschrieben wurde (Bestätigung von BGE 87 IV 115).

Regeste (fr):

Art. 141 CP.

L'application de cette disposition n'est pas réservée à des cas où il existe une appropriation d'objets corporels. Se rend également coupable d'appropriation celui qui, dans un dessein d'enrichissement illégitime, dispose d'un avoir dont il sait qu'il a été crédité par erreur sur son compte (confirmation de l'arrêt cité aux ATF 87 IV 115).

Regesto (it):

Art. 141 CP.

L'applicazione di tale disposizione non è riservata ai casi in cui sia data un'appropriazione di cose concrete. Si rende colpevole di appropriazione anche chi, per procacciarsi un ingiusto profitto, dispone di un avere che sa essere statop accreditato per errore sul suo conto (conferma di DTF 87 IV 115).

Sachverhalt ab Seite 135

BGE 116 IV 134 S. 135

A.- Am 18. Februar 1987 überwies die Firma A. den Betrag von Fr. 222'988.55 irrtümlich auf das Postcheckkonto von X. anstatt auf das Postcheckkonto von Y. X. merkte nach Eingang der Gutschriftsanzeige sofort, dass die Zahlung nicht für ihn bestimmt sein konnte. Dennoch liess er am 24. Februar 1987 durch seine Ehefrau auf dem Postamt Kriegstetten den Betrag von Fr. 17'000.-- abheben. Am 26. Februar und am 2. März 1987 hob er dann selber auf dem Postamt Solothurn-Stadt weitere Fr. 65'000.-- bzw. Fr. 140'000.-- ab. Die Firma A. bemerkte ihren Irrtum, als sie am 24. April 1987 von Y. für den ausstehenden Betrag gemahnt wurde. Sie nahm mit X. Kontakt auf. Dieser gab zu verstehen, er habe wohl bemerkt, dass die Überweisung auf sein Postcheckkonto auf einem Irrtum beruhe. Er weigerte sich aber, den ihm überwiesenen Betrag zurückzuerstatten. Im Laufe der folgenden Strafuntersuchung konnten Fr. 170'000.-- sichergestellt werden. Den Rest des Geldes hat X. seinen Angaben zufolge verbraucht.

B.- Das Amtsgericht von Bucheggberg-Kriegstetten sprach X. am 18. August 1987 der wiederholten Unterschlagung schuldig und verurteilte ihn zu einer Gefängnisstrafe von 4 Monaten, unter Gewährung des bedingten Strafvollzugs bei einer Probezeit von 3 Jahren. Das Obergericht des Kantons Solothurn wies die vom Verurteilten erhobene Appellation am 18. Januar 1989 ab, bestätigte den erstinstanzlichen Entscheid im Schuld- und im Strafpunkt und stellte fest, dass X. die Forderung von Fr. 52'988.55, zuzüglich 5% Zins seit 1. Mai 1987, gegenüber der Firma A. anerkannt hat.

C.- Der Verurteilte führt eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, der Entscheid des Obergerichts des Kantons Solothurn vom 18. Januar 1989 sei mit Ausnahme der Ziffer betreffend die Feststellung der Anerkennung der Zivilforderung aufzuheben und die Sache zu seiner Freisprechung

an die Vorinstanz zurückzuweisen.
BGE 116 IV 134 S. 136

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Wer eine fremde, bewegliche Sache, die ihm durch Naturgewalt, Irrtum, Zufall oder sonst ohne seinen Willen zugekommen ist, oder ein fremdes Tier, das in seinen Gewahrsam geraten ist, sich aneignet, um sich oder einen andern unrechtmässig zu bereichern, wird gemäss Art. 141 StGB auf Antrag wegen Unterschlagung mit Gefängnis oder mit Busse bestraft. a) Gemäss BGE 87 IV 115 ff. macht sich der Unterschlagung auch schuldig, wer in Bereicherungsabsicht über ein Bankguthaben verfügt, das, wie er weiss, seinem Konto irrtümlich gutgeschrieben wurde. Nach den Ausführungen in diesem Entscheid ist das Strafrecht vom Zivilrecht unabhängig und steht es ihm frei, zivilrechtlichen Begriffen, etwa dem Begriff der Sache, einen abweichenden Inhalt zu geben, der dem strafrechtlichen Bedürfnis, auf die wirtschaftlichen Gegebenheiten abzustellen, gerechter wird (S. 117). Den Begriff Sache im Unterschlagungstatbestand in einem die veränderten wirtschaftlichen Verhältnisse berücksichtigenden weiteren Sinn aufzufassen, als ihn der historische Gesetzgeber, der vom zivilrechtlichen Sachbegriff ausging, verstanden hat, steht Art. 1 StGB - wonach strafbar nur ist, wer eine Tat begeht, die das Gesetz ausdrücklich mit Strafe bedroht - nicht entgegen. Diese Bestimmung lässt jede Auslegung zu, die dem wahren Sinn des Gesetzes entspricht, wie er sich aus den dem Gesetz innewohnenden Wertungen und seinem Zweckgedanken logisch ergibt (S. 118, mit Verweisungen). Art. 1 StGB verbietet bloss, über den dem Gesetz bei richtiger Auslegung zukommenden Sinn hinauszugehen, also neue Straftatbestände zu schaffen oder bestehende derart zu erweitern, dass die Auslegung durch den Sinn des Gesetzes nicht mehr gedeckt wird (S. 118, mit Hinweisen). Art. 141 StGB will vor allem die rechtswidrige Aneignung (zu viel) gezahlten Geldes bei Kauf, Lohnzahlung, Geldwechsel usw. treffen. Eine ebenso typische Unterschlagungshandlung liegt aber vor, wenn die irrtümliche Zahlung im Giroverkehr erfolgt und der Empfänger sie bösgläubig nicht zurückerstattet (S. 119). Dass der Inhaber des Kontos, auf dem das Guthaben gutgeschrieben wird, zivilrechtlich nicht in den Besitz des Geldes gelangt, sondern nur eine Forderung erwirbt, ist nicht entscheidend (S. 119). Die unrechtmässige Verwendung irrtümlich geleisteter Girozahlungen nicht unter Art. 141 StGB zu subsumieren, wäre mit Sinn und Zweck des Gesetzes um so weniger vereinbar, als der bargeldlose Zahlungsverkehr, nicht
BGE 116 IV 134 S. 137

nur gesamthaft, sondern auch bezüglich der Höhe der im einzelnen überwiesenen Beträge, im modernen Wirtschaftsleben eine bedeutende und immer grössere Rolle spielt (S. 120). b) BGE 87 IV 115 hat bei einzelnen Autoren Zustimmung gefunden (SCHULTZ, ZBJV 99/1963 S. 52 f.; PERRIN, ZStrR 78/1962 S. 136 f.; wohl auch GERMANN, ZStrR 78/1962 S. 410 ff.), wird aber von der heute herrschenden Lehre abgelehnt (STRATENWERTH, BT I, 3. Aufl., § 8 N 4, S. 172; SCHWANDER, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Nr. 533a, 548b; REHBERG, Strafrecht III, 4. Aufl., S. 65; NOLL, BT, S. 147; SCHUBARTH, Die Systematik der Aneignungsdelikte, Diss. Basel 1968, S. 18 ff., SCHUBARTH, Reformbedürftigkeit der Vorschriften über die Aneignungsdelikte? ZStrR 88/1972 S. 282 ff., 293 ff.; TRECHSEL, Kurzkommentar, N 2 vor Art. 137 StGB). Nach dieser herrschenden Lehre liegt dem Unterschlagungstatbestand im Sinne von Art. 141 StGB nach der Systematik des Gesetzes und auch nach dem Willen des historischen Gesetzgebers der zivilrechtliche Sachbegriff (Art. 713 ZGB) zugrunde und verstösst die Subsumtion der - an sich strafwürdigen - "Unterschlagung von Forderungen", die auch eine Umdeutung des Fremdheits- und des Aneignungsbegriffs notwendig macht, gegen Art. 1 StGB. Auch verschiedene kantonale Instanzen sind der vom Bundesgericht in BGE 87 IV 115 vertretenen Auffassung nicht gefolgt (vgl. insbesondere SJZ 84/1988 S. 122 f. [Obergericht Zürich]; ferner PKG 1988 S. 138 Nr. 35 [Kantonsgericht Graubünden]; Einstellungsbeschluss der Staatsanwaltschaft Basel-Stadt vom 7. Dezember 1987 i.S. H.). c) Das Bundesgericht hat in BGE 103 IV 87 ff., der eine angebliche Veruntreuung einer Grundpfandverschreibung betraf, festgehalten, dass das Strafgesetzbuch "den Begriff der Sache, den es bei den Aneignungsdelikten (Art. 137-141), andern Vermögensdelikten (Art. 143-145, 147) und bei den Betreibungs- und Konkursdelikten im Tatbestand des Verstrickungsbruchs (Art. 169 StGB) verwendet", nicht näher umschreibt (S. 89). Es hat ausgeführt, dass "nach der in der Literatur und Rechtsprechung vorherrschenden und vom Kassationshof in BGE 81 IV 158 bei der Auslegung des Hehlereitatbestandes (Art. 144) übernommenen Auffassung ... darunter nur körperliche Gegenstände zu verstehen (sind), nicht auch Forderungen, soweit diese nicht in einem Wertpapier verkörpert sind. Sowohl der herkömmliche Wortsinn wie die Ansicht des historischen Gesetzgebers beruhen auf dem Sachbegriff, wie ihn das Zivilrecht (Art. 713 ZGB) geprägt hat" (S. 89).

BGE 116 IV 134 S. 138

SCHULTZ wirft in der Besprechung dieses Urteils in ZBJV 114/1978 S. 469 f. die Frage auf, ob damit der vielumstrittene BGE 87 IV 115 preisgegeben worden sei. STRATENWERTH hält unter Berufung auf BGE 103 IV 89 sowie BGE 100 IV 31 ff. (betreffend Hehlerei in bezug auf ein Zertifikat über Namenaktien) dafür, dass das Bundesgericht mit diesen Entscheiden zu dem auf körperliche Gegenstände beschränkten Sachbegriff zurückgekehrt sei (op. cit., S. 172). Dieser Meinung ist offenbar auch das Zürcher Obergericht (SJZ 84/1988 S. 123). Es ist nicht auszumachen, welche Bedeutung der Kassationshof der zitierten Erwägung in BGE 103 IV 89 beimass. Es ist indessen höchst unwahrscheinlich, dass durch diesen Entscheid, der eine Veruntreuung betraf, die in BGE 87 IV 115 vertretene Auffassung betreffend den Sachbegriff bei der Unterschlagung aufgegeben werden sollte. Dagegen spricht insbesondere, dass BGE 103 IV 89 sich mit BGE 87 IV 115 überhaupt nicht auseinandersetzt und ihn nicht einmal erwähnt. Hinzu kommt, dass die zitierte Erwägung in BGE 103 IV 89 schon insoweit ungenau ist, als neben "Art. 137-141" unter anderem auch Art. 169 StGB (Verstrickungsbruch) aufgeführt wird, bei dem jedoch unbestrittenermassen nicht nur Sachen im zivilrechtlichen Sinne Tatobjekt sein können (vgl. TRECHSEL, Kurzkommentar, N 3 zu Art. 169 StGB).
2. Der Kassationshof hält im wesentlichen aus den in BGE 87 IV 115 dargelegten Gründen, die vorstehend zusammenfassend wiedergegeben worden sind, daran fest, dass den Tatbestand der Unterschlagung im Sinne von Art. 141 StGB auch erfüllt, wer in Bereicherungsabsicht über ein Bankguthaben verfügt, das, wie er weiss, seinem Konto irrtümlich gutgeschrieben wurde. a) Die Abgrenzung zwischen zulässiger Auslegung einer Strafbestimmung zu Ungunsten des Beschuldigten und unzulässiger Schaffung neuer Straftatbestände durch Analogieschlüsse (vgl. BGE 103 IV 129, BGE 95 IV 72 E. 3a mit Hinweisen) ist schwierig. Der Kassationshof hat es etwa in BGE 110 IV 21, BGE 111 IV 135 und BGE 112 IV 80 abgelehnt, die Verwendung von durch Checkkarte garantierten Eurochecks bzw. von Kreditkarten ohne Deckung als Betrug zu qualifizieren, da in diesen Fällen unter anderem das Tatbestandsmerkmal des Irrtums nicht erfüllt ist und auf dieses Merkmal bei Art. 148 StGB nicht kurzerhand verzichtet werden kann; er hat dabei in BGE 112 IV 82 E. 2d ausdrücklich festgehalten, es sei Sache des Gesetzgebers, den Check- und Kreditkartenmissbrauch allenfalls allgemein unter Strafe zu stellen. Der

BGE 116 IV 134 S. 139

Kassationshof hat anderseits in BGE 111 IV 119 erkannt, dass die mittels eines Computers auf magnetischen Datenträgern gespeicherten Daten Schriften oder Zeichen im Sinne der Urkundendefinition (Art. 110 Ziff. 5 StGB) sind, obwohl sie nur mit einem technischen Hilfsmittel gelesen werden können. Das Bestreben, ein strafwürdiges Verhalten tatsächlich auch zu bestrafen, darf nicht mit dem Sinn und Zweck einer bestimmten Strafnorm vermengt bzw. gleichgesetzt werden (vgl. SCHUBARTH, Reformbedürftigkeit ..., ZStrR 88/1972 S. 295). Anderseits ist nicht zu übersehen, dass sich die Frage, ob ein bestimmtes Verhalten unter einen - auslegungsfähigen - Straftatbestand des geltenden Gesetzes fällt, eben gerade dann stellt, wenn das Verhalten als strafwürdig erscheint (siehe etwa STRATENWERTH, AT I, § 4 N 38). Im Rahmen der Auslegung ist auch der Analogieschluss, wie der Umkehrschluss, als Auslegungsmethode zulässig (WAIBLINGER, Die Bedeutung des Grundsatzes "nullum crimen sine lege" ..., ZBJV 91bis/1955 S. 212 ff., 254 ff.). b) Das Strafgesetzbuch definiert den Begriff der Sache nicht und verweist auch nicht ausdrücklich etwa auf den zivilrechtlichen Sachbegriff. Es ist dem Richter unbenommen, den Begriff der Sache in einem bestimmten Straftatbestand anders zu definieren als er im Zivilrecht definiert ist. Es ist ihm auch nicht verwehrt, den Begriff der Sache in einem bestimmten Straftatbestand anders auszulegen als in einem andern Straftatbestand. Massgebend ist nach dem Gesagten der wahre Sinn einer Bestimmung, wie er sich aus den ihr innewohnenden Wertungen und ihrem Zweck ergibt. aa) Die Unterschlagung ist im Abschnitt "Strafbare Handlungen gegen das Eigentum" geregelt. Es mag insoweit der Systematik des Gesetzes widersprechen, auch die - nicht in einem Wertpapier verkörperte - Forderung als Sache im Sinne von Art. 141 StGB zu qualifizieren; denn an einer Forderung kann, da sie keine Sache im zivilrechtlichen Sinne ist, kein Eigentum bestehen. Allerdings ist nicht zu übersehen, dass etwa auch der Tatbestand der Sachentziehung (Art. 143 StGB) und der Tatbestand der Veruntreuung und des Entzugs von Pfandsachen und Retentionsgegenständen (Art. 147 StGB) im Abschnitt "Strafbare Handlungen gegen das Eigentum" enthalten sind, obschon sie sich keineswegs (nur) gegen das Eigentum richten und auch vom Eigentümer selber erfüllt werden können. bb) In Art. 140 Ziff. 1 StGB wird neben der Aneignung einer anvertrauten fremden, beweglichen Sache (Abs. 1) die unrechtmässige
BGE 116 IV 134 S. 140

Verwendung anvertrauten Gutes, namentlich von Geld (Abs. 2), ausdrücklich mit Strafe bedroht. Dies legt auf den ersten Blick die Auffassung nahe, dass die unrechtmässige Verwendung eines dem Täter durch Irrtum oder sonst ohne seinen Willen zugekommenen Gutes nicht unter Art. 141 StGB subsumiert werden kann, da es in Art. 141 StGB an einer dem Abs. 2 von Art. 140 Ziff. 1 StGB entsprechenden Bestimmung fehlt. Dieser Umkehrschluss ist indessen nicht zwingend. Gemäss dem französischen und dem italienischen Gesetzestext von Art. 140 Ziff. 1 Abs. 2 StGB ist Tatobjekt die "chose fongible", die "cosa fungibile". Nach dem Willen des historischen Gesetzgebers sollte damit unter anderem auch derjenige bestraft werden können, welcher im Zeitpunkt der Tathandlung aufgrund einer - nur bei vertretbaren Sachen, namentlich Geld, möglichen - Vermischung bereits das zivilrechtliche Eigentum an der ihm anvertrauten Sache erworben hatte (vgl. BGE 90 IV 192 /193, BGE 103 IV 88). Art. 140 Ziff. 1 Abs. 2 StGB stimmt mit Art. 85 Ziff. 1 Abs. 3 VE 1908 überein. Damit sollten die Fälle erfasst werden, in denen jemand eine Geldsumme, die er für einen andern eingenommen hat, behält (so Art. 71 Abs. 2 VE 1894), indem er etwa als Verkaufskommissionär dem Kommittenten nicht den diesem geschuldeten Betrag abliefert, d.h. die Forderung des Kommittenten nicht erfüllt. Die Strafbarkeit sollte nicht von der Frage des Eigentumserwerbs nach den zivilrechtlichen Regeln (Vermischung, indirekte Stellvertretung) abhängen (STOOSS, Vorentwurf mit Motiven, 1894, S. 163 f.; STOOSS, Bericht über den Vorentwurf nach den Beschlüssen der Expertenkommission, 1901, S. 13; ZÜRCHER, Erläuterungen zum Vorentwurf vom April 1908, 1914, S. 147 f.). Mit dem Begriff "Gut" im deutschen Gesetzestext sollte nach den überzeugenden Ausführungen von LOUIS BAUDRAZ (L'objet de l'abus de confiance, Thèse Lausanne 1948, S. 41 ff.) die schwierige Situation überbrückt werden, dass in den beschriebenen Fällen, etwa der Inkassozession oder der Verkaufskommission, das anvertraute Objekt nicht mit dem Tatobjekt identisch ist, die beiden Objekte sich vielmehr lediglich wertmässig entsprechen. Aus den Materialien geht nicht hervor, dass der historische Gesetzgeber auch an die unrechtmässige Verwendung anvertrauter Forderungen dachte und mit dem erstmals im Vorentwurf von 1908 verwendeten Begriff "Gut" im deutschen Text gerade auch diesen Sachverhalt erfassen wollte.
BGE 116 IV 134 S. 141

Die Gesetzesmaterialien lassen nicht erkennen, aus welchen Gründen der historische Gesetzgeber beim Tatbestand der Unterschlagung im Sinne von Art. 141 StGB nicht eine dem Art. 140 Ziff. 1 Abs. 2 StGB in etwa entsprechende Tatbestandsvariante geschaffen hat. Wie im angefochtenen Urteil unter Berufung auf GERMANN (Zum Tatbestand der Unterschlagung, ZStrR 78/1962 S. 418/9) zutreffend ausgeführt wird, liegt nach den dem Gesetz zugrunde liegenden Wertungen und Zweckgedanken die Qualifikation der Veruntreuung im Sinne von Art. 140 StGB gegenüber der Unterschlagung gemäss Art. 141 StGB weder im Objekt der Handlung noch im geschützten Rechtsgut, sondern ausschliesslich im besonderen Vertrauensverhältnis, das bei der Unterschlagung nicht vorliegt. In den Materialien deutet nichts auf eine gegenteilige Auffassung des historischen Gesetzgebers hin. Dieser hat allem Anschein nach nicht bedacht, dass das aus dem zivilrechtlichen Eigentumserwerb durch Vermischung sich ergebende Problem, welches er unter anderem lösen wollte, auch in Fällen bestehen kann, in denen dem Täter nichts anvertraut wurde, sondern diesem durch Irrtum oder sonst ohne seinen Willen etwa Geld zukam. Der historische Gesetzgeber hat nicht der Möglichkeit Rechnung getragen, dass auch derjenige, welchem eine vertretbare Sache, etwa Geld, durch Irrtum oder sonst ohne seinen Willen zugekommen ist, daran im Zeitpunkt, in dem er den Irrtum bemerkt, schon durch Vermischung zivilrechtliches Eigentum erworben haben konnte (vgl. dazu WALTER ZINGG, Das Problem der Unterschlagung vertretbarer Sachen im schweizerischen Recht, Diss. Zürich 1937, S. 134 ff.). Wenn aber die unrechtmässige Verwendung einer anvertrauten Forderung nach der heute herrschenden Lehre und Rechtsprechung (BGE 109 IV 27) den Tatbestand von Art. 140 Ziff. 1 Abs. 2 StGB erfüllen kann, obschon die romanischen Gesetzestexte ("chose fongible", "cosa fungibile"), welche das Bundesgericht unter Berufung auf die Gesetzesmaterialien zunächst als massgebend erachtete (BGE 90 IV 193 mit Hinweisen, BGE 103 IV 88 E. 1), dagegen sprechen und zudem zumindest zweifelhaft ist, ob der historische Gesetzgeber an diesen Sachverhalt dachte und gerade auch ihn mit dem Begriff "Gut" im deutschen Gesetzestext erfassen wollte, dann müssen Forderungen nach der inneren Logik von Art. 140 und 141 StGB und den diesen beiden Bestimmungen zugrunde liegenden Wertungen und Zweckgedanken bei objektiv-zeitgemässer Auslegung von Art. 141 StGB auch Gegenstand der
BGE 116 IV 134 S. 142

Unterschlagung sein können und daher vom Sachbegriff im Sinne von Art. 141 StGB erfasst werden.
c) Im Vorentwurf der Expertenkommission für die Änderung des Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes betreffend die strafbaren Handlungen gegen das Vermögen und die Urkundenfälschung wird der Tatbestand der Veruntreuung (Art. 138 VE) im deutschen und im französischen Text gleich umschrieben wie in Art. 140 StGB. Die Tatbestände der Unterschlagung

und der Fundunterschlagung werden in Abs. 2 von Art. 137 VE ("Unrechtmässige Aneignung") geregelt; Tatobjekt ist die fremde, bewegliche Sache. Die Expertenkommission hat darauf verzichtet, die Unterschlagung von Forderungen ausdrücklich unter Strafe zu stellen bzw. beim Tatbestand der Unterschlagung eine dem heute geltenden Art. 140 Ziff. 1 Abs. 2 StGB in etwa entsprechende Tatbestandsvariante, die in Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 VE beibehalten wird, zu schaffen. Im Bericht des EJPD zum Vorentwurf wird dazu unter anderem auf die "Möglichkeit" hingewiesen, "dass die Rechtsprechung den Sachbegriff im Sinne vom revidierten Artikel 137 wie in BGE 87 (1961) IV 115 trotz der an diesem Urteil erhobenen Kritik ... auf Überweisungen im bargeldlosen Zahlungsverkehr ausdehnt" (S. 7 unten). Dieses Vorgehen vermag nicht zu befriedigen. Wenn der Gesetzgeber der Auffassung ist, dass die Unterschlagung von Forderungen, etwa begangen durch die unrechtmässige Verwendung eines Bankguthabens, welches dem Täter irrtümlich gutgeschrieben wurde, strafbar ist, dann sollte er im Rahmen der Revision des Vermögensstrafrechts einen diesbezüglichen klaren und eindeutigen Tatbestand schaffen. Dies ist unter anderem auch deshalb wünschenswert, weil, je nach den Umständen des konkreten Falles, Unsicherheiten in bezug auf den Zeitpunkt der Deliktsvollendung sowie hinsichtlich der relevanten Tathandlungen bestehen können, so etwa in Fällen, in denen durch die irrtümliche Überweisung auf ein Konto dessen Negativsaldo ausgeglichen bzw. eine Kreditlimite wieder unterschritten wird etc.