

S. 10 / Nr. 4 Strafgesetzbuch (d)

BGE 77 IV 10

4. Urteil des Kassationshofes vom 26. Januar 1951 i. S. Morosoli gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich.

Regeste:

Art. 140 Ziff. 1 Abs. 2 StGB. Wer anvertrautes Gut, das er dem Berechtigten jederzeit zur Verfügung zu halten hat, im eigenen oder eines andern Nutzen verwendet, ohne jederzeit fähig und gewillt zu sein, es zu ersetzen, veruntreut es.

Art. 140 ch. 1 al. 2 CP. Commet un abus de confiance celui qui emploie à son profit ou au profit d'un tiers, se mettant ainsi volontairement dans l'impossibilité de la remplacer en tout temps, la chose fongible qui lui a été confiée à charge de la tenir en tout temps à la disposition de l'ayant droit.

Art. 140 cifra 1 cp. 2 CP. Commette appropriazione indebita chi impiega a profitto proprio o di un terzo la cosa affidatagli con l'impegno di tenerla in ogni tempo a disposizione dell'avente diritto, mettendosi così volontariamente nell'impossibilità di restituirla in ogni tempo.

A. - Die Verkäuferin Martha Morosoli entnahm der ihr anvertrauten Ladenkasse ihres Arbeitgebers Brunner, deren Bestand sie, wie sie wusste, diesem jederzeit zur Verfügung zu halten hatte, am 16. November 1949 ohne

Seite: 11

Erlaubnis Fr. 150.-, um damit im eigenen Nutzen Stoff zu kaufen und andere Auslagen zu decken. Sie will die Absicht gehabt haben, am Zahltag, den 23. November 1949, einen gleichen Betrag in die Kasse zurückzulegen. Am 21. November 1949 bemerkte Brunner, dass Fr. 150.- fehlten. Er stellte Martha Morosoli zur Rede und erhielt von ihr sofort Fr. 25.25 zurück, die sie von dem der Kasse entnommenen Betrage noch besass. Die verbrauchten Fr. 124.75 ersetzte sie am 22. November 1949, und zwar Fr. 74.75 aus eigenem Gelde und Fr. 50.- aus Geld, das ihr Ehemann ihr zu diesem Zwecke zur Verfügung stellte.

B. - Das Obergericht des Kantons Zürich erklärte Martha Morosoli am 1. September 1950 der Veruntreuung nach Art. 140 Ziff. 1 StGB schuldig und verurteilte sie zu einer bedingt vollziehbaren Gefängnisstrafe von drei Tagen. Als veruntreut bezeichnete es in Übereinstimmung mit der Anklage den Betrag von Fr. 124.75, fügte jedoch bei, dass richtigerweise wegen Veruntreuung von Fr. 150.- hätte Anklage erhoben werden sollen. Martha Morosoli habe die Veruntreuung schon dadurch begangen, dass sie einen Betrag ohne Wissen des Geschäftsinhabers der Kasse entnommen und ihn für ihre persönlichen Zwecke verwendet habe, im Bewusstsein, dass sie dazu nicht berechtigt war, weil ihr Arbeitgeber jederzeit über die in der Kasse liegenden Gelder verfügen können wollte, was die Angeklagte gewusst habe. Die Frage der Ersatzbereitschaft brauche nicht geprüft zu werden, da Martha Morosoli in keinem Zeitpunkt berechtigt gewesen sei, sich Geld aus der Kasse anzueignen.

C. - Martha Morosoli führt Nichtigkeitsbeschwerde nach Art. 268 ff. BStP mit den Anträgen, das Urteil sei aufzuheben und die Beschwerdeführerin freizusprechen, eventuell die Sache zur Neubeurteilung an das Obergericht zurückzuweisen.

Die Beschwerdeführerin wendet sich gegen die Auffassung des Obergerichts, dass die Frage der Ersatzbereitschaft sich nicht stelle. Das Obergericht habe zwei

Seite: 12

verschiedene Tatbestände der Veruntreuung konstruiert, nämlich einen solchen, bei dem das anvertraute Gut erst in einem bestimmten Zeitpunkt zurückzuerstatten sei, und einen zweiten, bei dem der Empfänger es ständig zur Verfügung des Berechtigten zu halten habe. Art. 140 StGB mache aber diesen Unterschied nicht. Das Obergericht gehe über den Willen des Gesetzes hinaus, zwei verschiedene Tatbestände zu schaffen, die dieses nach seinem klaren Wortlaut gleich behandelt haben wollte. Es sei willkürlich, ein und denselben Täter bei ein und demselben subjektiven Tatbestand und bei Anwendung des gleichen Artikels einmal zu verurteilen und das andere Mal freizusprechen, bloss weil der objektive Tatbestand etwas ändere.

D. Die Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich beantragt, die Nichtigkeitsbeschwerde sei abzuweisen. Der Kassationshof zieht in Erwägung:

1.- Nach Art. 140 Ziff. 1 Abs. 2 StGB macht sich strafbar, wer anvertrautes Gut, namentlich Geld, unrechtmässig in seine In oder eines andern Nutzen verwendet. Obwohl diese Bestimmung, im Gegensatz zu Art. 140 Ziff. 1 Abs. 1, nicht ausdrücklich sagt, dass der Täter in der Absicht unrecht mässiger Bereicherung gehandelt haben müsse, verlangt die Rechtsprechung des Bundesgerichts dieses Merkmal auch hier (BGE 74 IV 30).

Die Absicht unrecht mässiger Bereicherung besteht nicht, wenn der Täter im Augenblick, wo er das anvertraute Gut in seinem oder eines andern Nutzen verwendet, bereit und auch fähig ist, es zu ersetzen. Aber nicht jede Ersatzbereitschaft und Ersatzfähigkeit genügt. Sie müssen der Verpflichtung angepasst sein, die der Täter mit der Übernahme des anvertrauten Gutes eingegangen ist. Hat er das anvertraute Gut dem Berechtigten jederzeit zur Verfügung zu halten, so bereichert er sich unrecht mässig, wenn er es in seinem oder eines andern Nutzen verwendet, ohne fähig und gewillt zu sein, es jederzeit sofort zu ersetzen. Kann oder will er es in einem solchen Falle erst später einmal

Seite: 13

ersetzen, so hat er die Absicht, sich oder den Dritten, in dessen Nutzen er es verwendet, für die Zwischenzeit zu bereichern. Diese vorübergehende Bereicherung genügt, und sie ist auch unrechtmässig, weil der Täter das Gut jederzeit zur Verfügung halten muss. Nur wenn das nicht der Fall ist, die Abrechnung und Rückgabe vielmehr erst in einem bestimmten Zeitpunkt nach Empfang zu erfolgen hat, schliessen die Fähigkeit und der Wille, es in diesem Zeitpunkt zu ersetzen, die Absicht unrecht mässiger Bereicherung aus, kann also der Täter, ohne sich der Veruntreuung schuldig zu machen, ohne Bereitschaft und Fähigkeit sofortigen Ersatzes über das Gut in seinem oder eines andern Nutzen verfügen. Es ist nicht einzusehen, wieso diese Unterscheidung zwischen Fällen, in denen der Täter das anvertraute Gut dem Berechtigten jederzeit zur Verfügung zu halten hat, und den Fällen, in denen er das vereinbarungsgemäss erst später zu tun braucht, nicht zulässig sein sollte., Der Verschiedenheit der objektiven Tatbestände entspricht auch ein Unterschied nach der subjektiven Seite. Wer anvertrautes Gut, das er jederzeit zur Verfügung zu halten hat, ohne den Willen und die Fähigkeit jederzeitiger Ersatzleistung in seinem oder eines andern Nutzen verbraucht, tut subjektiv nicht das gleiche wie jemand, der zwar auch nicht jederzeit, aber doch auf den Zeitpunkt vertragsgemässer Abrechnung ersatzbereit und ersatzfähig ist.

2.- Nach der verbindlichen Feststellung des Obergerichts war die Beschwerdeführerin verpflichtet, den Inhalt der ihr anvertrauten Ladenkasse ihrem Arbeitgeber jederzeit zur Verfügung zu halten, und wusste sie das auch. Andererseits steht fest, dass sie weder gewillt noch fähig war, die der Kasse entnommenen Fr. 150.- jederzeit zu ersetzen. Nach ihren eigenen Aussagen wollte sie den Betrag erst am 23. November 1949, also eine volle Woche nach der Wegnahme, ersetzen. Sie hat denn auch die nicht verbrauchten Fr. 25.25 nicht sofort zurückgelegt, sondern erst nach der Entdeckung ihrer Tat abgeliefert. Ebensowenig

Seite: 14

war sie fähig, dem Arbeitgeber das weggenommene Geld jederzeit voll zu ersetzen, musste sie doch die Hilfe ihres Ehemannes in Anspruch nehmen, um ihren Arbeitgeber am 22. November 1949 schadlos zu halten. Sie ist zu Recht wegen Veruntreuung bestraft worden.

Dennach erkennt der Kassationshof:

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen