

BGE 99 IV 201

Bundesgericht (BGE), 1973-09-06, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_99 IV 201](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_99_IV_201)

FR: ATF 99 IV 201

IT: DTF 99 IV 201

Regeste

Regeste Aufstellen eines Spielautomaten in einer Wirtschaft. 1. Stillschweigender Abschluss eines Aufstellvertrages (Erw. 2 a). 2. Art. 140 Ziff. 1 Abs. 2 StGB. Veruntreuung des Gewinnanteils des Inhabers des Aufstellplatzes durch den Aufsteller? (verneint) (Erw. 2 b).

Erwägungen

E. 1

Nach Art. 140 Ziff. 1 Abs. 2 StGB macht sich der Veruntreuung schuldig, wer anvertrautes Gut, namentlich Geld, unrechtmässig in seinem oder eines andern Nutzen verwendet. Anvertraut ist dem Täter das Gut, wenn er es nicht im eigenen Interesse empfängt, sondern im Interesse eines andern mit der Verpflichtung, es in bestimmter Weise zu verwenden, insbesondere um es zu verwahren, zu verwalten oder abzuliefern. Beruht diese Verpflichtung auf Parteiwillen, so muss dieser ausdrücklich oder stillschweigend geäusserte Wille beidseitig gegeben sein (BGE 80 IV 152).

E. 2

Im vorliegenden Fall hat die Vorinstanz festgestellt, dass der Beschwerdeführer mit der Wirtin wohl einen schriftlichen Vertrag über den Geldspielautomaten habe abschliessen wollen. Tatsächlich aber sei es wegen der Weigerung der Wirtsleute nicht zur Unterzeichnung dieses Vertrags gekommen. Müller habe aber trotzdem den Apparat über die Probefrist eines Monats BGE 99 IV 201 S. 203 hinaus im "Ochsen" belassen mit der Zusicherung eines 50%igen Gewinnanteils. Er habe denn auch nach der ersten Leerung noch weitere vier Male die Kasse des Automaten geleert und den Wirtsleuten jeweils die Hälfte der Einnahmen ausbezahlt. Damit habe er konkludent seinem Willen Ausdruck verliehen, in ein nicht schriftlich verkündetes Vertragsverhältnis einzutreten. Bei diesem Vertrag habe die Leistung der Wirtin im Belassen des Automaten in ihrem Gasthaus, diejenige des Beschwerdeführers in der Auszahlung des Gewinnanteils bestanden. Es lasse sich daher "wohl" mit guten Gründen annehmen, dass Müller das Geld im Ausmass des Gewinnanteils für die Wirtsleute entgegengenommen habe und diesen gegenüber zur Ablieferung verpflichtet gewesen sei. Müller sei zu diesen in einem Vertrauensverhältnis gestanden, das er durch das Nichtauszahlen des Gewinnanteils bei Wegnahme des Automaten gebrochen habe. Demgegenüber stellt sich Müller auf den Standpunkt, dass keine rechtsverbindliche vertragliche Abmachung bestanden habe, sondern bloss ein Versprechen auf Zusehen hin, das abhängig gewesen sei vom Zustandekommen eines schriftlichen Vertrags. Ein Vertrauensverhältnis zwischen ihm und der Wirtin habe aufgrund einer so vagen und unsicheren Abmachung nicht entstehen können. Vor allem aber bleibe offen, weshalb ein Teil der Einnahmen wirtschaftlich zum Vermögen der Wirtin gehört habe. Auch habe das Obergericht ausser acht gelassen, dass die Wirtin den

Beschwerdeführer zum Abholen des Apparats aufgefordert und damit ihren Rücktritt von einem allfälligen Vertrag erklärt habe. Von einem Vertrauensverhältnis könne deshalb keine Rede sein. a) Die Frage, ob durch das verbindlich festgestellte Verhalten des Beschwerdeführers und der Wirtin stillschweigend ein Vertrag abgeschlossen worden sei, ist eine zivilrechtliche Vorfrage, die vom Kassationshof zu entscheiden ist. Sie ist mit dem Obergericht zu bejahen. Nachdem nämlich die Wirtin schon bei Aufstellen des Automaten durch den Beschwerdeführer und dann wieder nach Ablauf der Probefrist sich geweigert hatte, den ihr vorgelegten Vertragstext zu unterzeichnen, und überdies ihr Ehemann sich Müller gegenüber in gleichem Sinne geäußert hatte, weil bereits mit einer anderen Firma eine Abmachung bestehe, konnte der Beschwerdeführer nicht ernsthaft mit der Unterzeichnung des Vertrags rechnen. Dennoch hat er den Automaten mehr als ein Jahr lang im "Ochsen" belassen und BGE 99 IV 201 S. 204 den Wirtsleuten bei den wiederholten Leerungen der Kasse die Hälfte der Einnahmen ausbezahlt. Andererseits hat auch die Wirtin diesen Zustand geduldet und sich mit einer solchen Geschäftsabwicklung während jener Zeit stillschweigend einverstanden erklärt. Aus diesem beidseitigen Verhalten hat die Vorinstanz mit Fug geschlossen, dass zwischen den Parteien stillschweigend ein Vertrag geschlossen worden sei, demzufolge sich die Wirtin verpflichtete, den Platz für das Aufstellen des Automaten in ihrem Gasthaus zur Verfügung zu stellen, während der Beschwerdeführer dafür 50% der Einnahmen aus dem Automaten auszahlen hatte. b) Damit ist freilich noch nicht gesagt, dass diese Einnahmen im Ausmass des geschuldeten Gewinnanteils dem Beschwerdeführer im Sinne von Art. 140 Ziff. 1 Abs. 2 StGB anvertraut gewesen sind. Vereinbarungen, welche der Aufsteller von Münzautomaten mit dem Inhaber eines Aufstellplatzes schliesst, werden in Fachkreisen als Aufstellverträge bezeichnet. Sie weisen rechtlich im wesentlichen Züge eines Mietgeschäftes aus, zu denen jedoch über eine blossе Raummiete hinausgehende vertragliche Verpflichtungen der Parteien hinzutreten können. Diesfalls erscheinen sie als gemischte Verträge, die neben mietrechtlichen Merkmalen namentlich solche gesellschaftsrechtlicher Art umfassen (BÜRKE, Der Warenautomat im schweizerischen Recht, Diss. St. Gallen 1967, S. 2, 15, 23). Ob in concreto eine blossе Platzmiete gegeben ist oder nicht, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab. In der vorliegenden Sache steht nach dem angefochtenen Urteil einzig fest, dass sich die Wirtin stillschweigend zum "Belassen" des Spielautomaten in ihrem Gasthaus herbeigelassen hatte, während der Beschwerdeführer dafür 50% der jeweiligen Einnahmen aus dem Apparat an sie auszahlen musste. Andere beidseitige Verpflichtungen hat die Vorinstanz nicht festgestellt und sind auch nicht belegt. Tatsächlich hatte sich die Wirtin stets geweigert, einen schriftlichen Vertrag mit einer eingehenderen Regelung ihrer Beziehungen zum Beschwerdeführer zu unterzeichnen. Das lässt den Schluss zu, dass sie ihre Verpflichtungen Müller gegenüber auf ein Minimum beschränken wollte und vorwiegend bloss an einem Entgelt für das Zurverfügungstellen eines Aufstellplatzes interessiert war. Ist dem aber so, dann konnte sie ihrerseits vom Beschwerdeführer auch nur eine ihrer eigenen Leistung entsprechende Gegenleistung BGE 99 IV 201 S. 205 im Sinne einer Instandhaltung des Spielautomaten und der Bezahlung eines Entgelts für den Abstellplatz voraussetzen. Bei dieser Rechtslage aber drängt sich die Annahme einer blossen Platzmiete auf (BÜRKE, op.cit. S. 15 unten/16 oben). Inwiefern nun durch diese ein Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien begründet worden sein sollte, aufgrund dessen dem Beschwerdeführer die Hälfte der Einnahmen aus dem Automaten im Interesse der Wirtin bloss überlassen gewesen wäre mit der Verpflichtung, sie an diese abzuliefern, ist nicht ersichtlich und hat auch das Obergericht

nicht darzutun vermocht. Zwar ist bei Mieten beweglicher Sachen ein Anvertrauen des Mietobjektes denkbar und naheliegend. Der Spielautomat und sein Inhalt bildeten jedoch im vorliegenden Fall nicht den Mietgegenstand. Vermietet wurde ein Abstellplatz, für dessen Benutzung Müller ein Entgelt in Höhe von 50% der Einnahmen aus dem Spielautomaten zu entrichten bereit war. Diese Einnahmen aber bildeten zusammen mit dem Prozentsatz bloss die Bemessungsgrundlage für die jeweils zu entrichtende Platzmiete. Sie gehörten wirtschaftlich nicht zum Vermögen der Wirtin. Das Recht auf den Erlös aus dem Automaten steht nämlich dem Aufsteller zu (BÜRKE, op.cit. S. 5, 7 und 8), sofern nicht die gesellschaftsrechtliche Komponente des Vertragsverhältnisses derart stark in den Vordergrund rückt, dass von einer eigentlichen Umsatzbeteiligung gesprochen werden kann. Davon kann jedoch im vorliegenden Fall nach dem Gesagten nicht die Rede sein. Hatte aber der Beschwerdeführer die von den Spielern in den Automaten eingeworfenen Einsätze in eigenem Interesse erhalten, so kann nicht gesagt werden, sie seien ihm im Ausmass von 50% anvertraut gewesen, damit er sie in diesem Umfang an die Wirtin abliefern. Seine Verpflichtung zur Bezahlung des Entgelts ging über den Rahmen einer bloss schuldrechtlichen Pflicht zur Vertragserfüllung nicht hinaus und schloss keine Treuepflicht im Sinne des Art. 140 Ziff. 1 Abs. 2 StGB in sich. Fehlt es demnach am Tatbestandselement des Anvertrautseins, so wurde Müller zu Unrecht wegen Veruntreuung bestraft. Das angefochtene Urteil ist daher aufzuheben und die Sache zur Freisprechung des Beschwerdeführers an die Vorinstanz zurückzuweisen. Dispositiv Demnach erkennt der Kassationshof: Die Nichtigkeitsbeschwerde wird gutgeheissen, das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache zur Freisprechung des Beschwerdeführers an die Vorinstanz zurückgewiesen.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.