

BGer 6B_582/2014 vom 7. Januar 2015

Bundesgericht, 2015-01-07, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6B_582_2014

FR: TF 6B_582/2014 du 7 janvier 2015

IT: TF 6B_582/2014 del 7 gennaio 2015

Erwägungen

E. 1.1

Der Beschwerdeführer führt zusammenfassend aus, die Vorinstanz bejahe Vorsatz und Bereicherungsabsicht der Veruntreuung, indem sie willkürlich behauptete, es habe ihm bewusst sein müssen, dass seine Ansprüche, welche er nachträglich im Rahmen der Vergleichsverhandlungen mit den Erbinnen geltend machte (verrechnete), unter zivilrechtlichen Gesichtspunkten (teilweise) nicht berechtigt und damit unrechtmässig waren. Bei dieser Annahme stütze sie sich auf keinerlei Beweismittel, lasse sich von zivilrechtlichen Überlegungen leiten und beachte die Gegenindizien nicht, die das Gegenteil bewiesen. Insbesondere spreche der Streit mit den Erbinnen gegen einen Vorsatz, da er wusste, dass sie ihm genau auf die Finger schauten. Die Vorinstanz berücksichtige die entscheidende Zeugenaussage der Rechtsanwältin G._____ zu seinem fehlenden Unrechtsbewusstsein nicht. Sie hatte ausgesagt, sie habe nie den Eindruck gehabt, dass er sich Vermögenswerte aneigne in der Absicht, sich zu bereichern, oder ohne die Auffassung, dazu berechtigt zu sein. Er habe auch in Bezug auf die einzelnen angeblich unrechtmässigen Verwendungen keinen Vorsatz gehabt (Beschwerde Ziff. 15 f. sowie Ziff. 63 ff.).

E. 1.2

Die Vorinstanz hält fest, der Beschwerdeführer bestreite den Bezug der Geldbeträge von insgesamt Fr. 65'396.50 (oben Bst. C) zu Lasten des Nachlassvermögens nicht. Nach seiner Aussage handelte es sich um Akontozahlungen für seine vergangenen und künftigen Bemühungen als Willensvollstrecker, wovon er aber auch Rechnungen für die Erbegemeinschaft und die für die Erbsachen entstandenen Anwaltskosten bezahlte. Es sei darum gegangen, die Interessen der Erbinnen zu schützen. Wie die Vorinstanz weiter festhält, stellte sich der Beschwerdeführer durchgehend auf den Standpunkt, die getätigten Bezüge für die entsprechenden Zwecke seien sicher berechtigt gewesen (Urteil S. 8). Das ist ebenso der in der Beschwerde vertretene Standpunkt des Beschwerdeführers.

E. 1.3

Die Vorinstanz beurteilt die Verwendung der bezogenen Beträge in der folgenden Weise, wobei sie sich dem bezirksgerichtlichen Urteil anschliesst.

E. 1.3.1

Sie hält zunächst fest, dass die nicht eingeklagten Beträge der an Ämter bezahlten Rechnungen in der Höhe von Fr. 1'497.90 sowie die bezogene Kleinspesenpauschale von Fr. 1'290.60 kein strafbares Verhalten darstellen (Urteil S. 13 f.).

E. 1.3.2

Ein Steuerberatungshonorar von Fr. 3'500.-- betreffend das Ehepaar A._____ (bestehend aus einer Erbin und ihrem Ehemann) hatte nichts mit der Erbegemeinschaft

bzw. der Willensvollstreckung zu tun, was der Beschwerdeführer wusste. Er hatte das Ehepaar auf diese Tatsache aufmerksam gemacht (Urteil S. 15, 28).

E. 1.3.3

Aus den Geldbezügen leistete der Beschwerdeführer insgesamt Fr. 16'144.40 an seinen Rechtsanwalt Dr. F._____. Nach dessen Zeugenaussage ging es in diesem Mandat alleine darum, die Interessen des Beschwerdeführers gegen die Erbengemeinschaft zu wahren und einen Vergleich zu erreichen (Urteil S. 18 f.). Der Beschwerdeführer war nicht berechtigt, das Anwaltshonorar aus der Erbmasse zu begleichen (Urteil S. 21).

E. 1.3.4

Der Beschwerdeführer zahlte sich aus der Erbmasse ein Willensvollstreckerhonorar für geleistete 179,25 Stunden zu Fr. 240.-- im Betrage von Fr. 43'020.-- aus (gemäss provisorischer Zwischenabrechnung und dazu gehöriger Stundenliste). Wie die Analyse ergab (bezirksgerichtliches Urteil S. 30 ff.), waren darin Entschädigungen enthalten, die nichts mit der Willensvollstreckung zu tun hatten, im Eigeninteresse lagen oder bereits abgegolten waren (Urteil S. 21). Wie die Vorinstanz weiter ausführt, ist für einen Arbeitsaufwand von höchstens 73,2 Stunden nicht auszuschliessen, dass es sich um eigentliche Willensvollstreckertätigkeit handelte. Die übrigen 106,05 Stunden dienten nicht diesem Zweck (Urteil S. 22). Die frühere Tätigkeit als Vermögensverwalter und Steuerberater hatte mit der Willensvollstreckung nichts zu tun. Diese Rechenschaftsablegung war durch Honorarzahungen zu Lebzeiten des Erblassers bereits abgegolten. Die Tätigkeiten bei den Vergleichsverhandlungen mit den Erbinnen im Zusammenhang mit dem vom Beschwerdeführer beigezogenen Rechtsanwalt Dr. F._____, dem als Mediator fungierenden H._____ und dem Erbinnenvertreter Rechtsanwalt E._____ erfolgten zur Wahrung von Eigeninteressen (Urteil S. 23). Der Stundenansatz von Fr. 240.-- war aus strafrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden (Urteil S. 24 f.). Die Angemessenheit wie die nähere Prüfung des Arbeitsaufwands wurden einem (allfälligen) Zivilprozess überlassen (Urteil S. 22 und 25). Die Verrechnung von 73,2 Stunden zu Fr. 240.-- (zzgl. 7,6% damalige MWST), insgesamt Fr. 18'903.15, war strafrechtlich nicht vorwerfbar.

E. 1.3.5

Die Vorinstanz hält im Ergebnis fest, werde das Willensvollstreckerhonorar (Fr. 18'903.15) vom verwendeten Betrag von Fr. 62'608.-- subtrahiert, resultierten unrechtmässig bezogene bzw. verwendete Vermögenswerte (abgebuchte Beträge) von Fr. 43'704.85. Der Vermögensschaden sei gegeben (dazu Urteil S. 26 f.).

E. 1.4

In subjektiver Hinsicht führt die Vorinstanz aus, dem Beschwerdeführer als langjährigem Finanzberater, Steuerrechtsexperten und Treu-händer müsse bewusst gewesen sein, dass die Konten des Erblassers Teil der Erbmasse waren und somit nicht ihm, sondern der Erbengemeinschaft gehörten, dass er für Rechnungen an das Ehepaar A._____ nicht die Erbmasse belasten durfte, dass er sich für die Wahrung von Eigeninteressen und die in diesem Rahmen angefallenen Auslagen nicht zu Lasten der Erbmasse vergüten durfte und dass die Rechenschaftsablegung für frühere Aufträge als Vermögensverwalter und Steuerberater des Erblassers und dessen Familie bereits mit dem damals empfangenen Honorar abgegolten war (Urteil S. 27).

Aufgrund seiner fundierten Ausbildung, der grossen Erfahrung im Treuhandwesen und seiner langjährigen Revisorentätigkeit dürfe davon ausgegangen werden, dass er die massgebenden rechtlichen Vorschriften betreffend die Rechenschaftsablegung über die Geschäftsführung sowie hinsichtlich des Auslagenersatzes kannte. Selbst wenn es ihm an Kenntnis der Vorschriften über die Willensvollstreckung gemangelt haben sollte, sei es angesichts seiner Lebenserfahrung nicht anders vorstellbar, als dass er zumindest das Empfinden haben musste, Unrechtes zu tun (Urteil S. 28).

Die Vorinstanz hält weiter fest, dass die Erbinnen unmittelbar nach dem Ableben des Erblassers versuchten, den Beschwerdeführer von der Mandatsübernahme abzuhalten, die Vollmachten widerriefen, lückenlose Rechenschaft über seine Vermögensverwaltungstätigkeit ab 1995 verlangten und seine Absetzung als Willensvollstrecker betrieben. Auf den 25. Mai 2005 seien Vergleichsgespräche (beidseits mit Rechtsanwälten und unter Beizug eines Mediators) terminiert worden. Wenn der Beschwerdeführer vor diesem Hintergrund am 22. April und 9. Mai 2005 rund Fr. 61'000.-- ab einem Konto des Erblassers für seine bisherigen und zukünftigen Aufwendungen als Willensvollstrecker bezog, habe er fraglos nicht frei von Unrechtsbewusstsein gehandelt. Offensichtlich habe er sich mit diesen Barauszahlungen zulasten der Erbschaft wirtschaftlich besser stellen wollen (Urteil S. 29 und 30).

E. 2

Die Willensvollstreckung endete mit der Absetzung des Beschwerdeführers durch die Aufsichtsbehörde (HANS RAINER KÜNZLE, in: Berner Kommentar, Die Willensvollstrecker, 2011, S. 285). Die angeklagten Veruntreuungen fallen in die Mandatszeit, weshalb Rechte und Pflichten des Willensvollstreckers näher zu bestimmen sind.

E. 2.1

Der Willensvollstrecker hat gemäss Art. 518 Abs. 2 ZGB den Willen des Erblassers zu vertreten und gilt insbesondere als beauftragt, die Erbschaft zu verwalten, die Schulden des Erblassers zu bezahlen, die Vermächtnisse auszurichten und die Teilung nach den vom Erblasser getroffenen Anordnungen oder nach Vorschrift des Gesetzes auszuführen. Er verfügt über einen Ermessensspielraum hinsichtlich zweckmässiger Massnahmen zur Ausübung seines Amtes. Der grosse Spielraum des Ermessens ist auf die Verwaltung der Erbschaft beschränkt. Im Gegensatz zum Erblasser haben die einzelnen Erben kein Weisungsrecht. Ihnen gegenüber hat der Willensvollstrecker eine selbstständige Stellung (Urteil 5A_672/2013 vom 24. Februar 2014 E. 3.2 und 4.2).

E. 2.1.1

Das Bundesgericht legt sich (in Prozessen betreffend die Aufsicht über den Willensvollstrecker im Sinne von Art. 518 Abs. 1 i.V.m. Art. 595 Abs. 3 ZGB) bei der Überprüfung der Ermessensbetätigung des Willensvollstreckers Zurückhaltung auf. Es greift in seiner Rechtskontrolle (Art. 95 BGG) erst bei Rechtsfehlern ein, insbesondere wenn das Ermessen überschritten oder missbraucht wurde, d.h. wenn sich der Willensvollstrecker Ermessen anmass, wo ihm gar keines zukommt, wenn er sich auf Gesichtspunkte stützt, die keine Rolle spielen dürfen, oder wenn er rechtserhebliche Umstände ausser Acht lässt. Zu korrigieren sind auch Entscheide, die im Ergebnis stossend ungerecht sind. Pflichtverletzungen des Willensvollstreckers können zu seiner Absetzung führen, so wenn er finanzielle Mittel aus dem Nachlass eigenmächtig seinem eigenen Konto

gutschreibt, "Mischgeschäfte" tätig oder sein Privatvermögen nicht klar vom Nachlass abgrenzt (dazu etwa Urteile 5A_794/2011 vom 16. Februar 2012 E. 3.2 f. und 5A_395/2010 vom 22. Oktober 2010 E. 3.12). Es hilft dem Willensvollstrecker nicht, sich für ein derartiges Verhalten auf sein besonderes Vertrauensverhältnis zum Erblasser zu berufen (vgl. zitiertes Urteil 5A_794/2011 E. 6.2).

E. 2.1.2

Der Willensvollstrecker hat gemäss Art. 518 Abs. 2 ZGB "die Schulden des Erblassers zu bezahlen". Die Schuldentilgung umfasst Erbschaftsschulden und Erbgangsschulden, aber auch die laufend aus der Verwaltung entstehenden Verbindlichkeiten. Zu den Erbgangsschulden zählt namentlich auch das Willensvollstreckerhonorar. Der Willensvollstrecker ist befugt, das Honorar gestützt auf Zwischenabrechnungen über seine Tätigkeit als Vorschuss direkt dem Nachlass zu belasten oder erst nach Abschluss seiner Tätigkeit in der Teilungsrechnung unter den Passiven aufzuführen und vom zu teilenden Nachlass vorweg in Abzug zu bringen (Urteil 5A_672/2013 vom 24. Februar 2014 E. 6.1).

E. 2.1.3

Eine Vorgehensweise ist folglich an sich nicht zu beanstanden, in welcher der Willensvollstrecker seine "angemessene Vergütung" (Art. 517 Abs. 3 ZGB ; vgl. BGE 129 I 330 E. 3.2) in der Teilungsrechnung unter den Passiven aufführt und vom zu teilenden Nachlass vorweg in Abzug bringt, er sich also das Honorar ab dem Nachlasskonto überweisen lässt. Bestreiten die Erben die Höhe des Honorars, steht ihnen ein Rückerstattungsanspruch zur gesamten Hand zu (Urteil 5A_881/2012 vom 26. April 2013, Sachverhalt Bst. Ac sowie E. 5.1 und 5.2). Daraus ergibt sich, dass eine Honorarbestreitung oder die Klärung von materiellrechtlichen Fragen über den Bestand einer umstrittenen Forderung auf dem Zivilweg zu erfolgen haben (vgl. Urteil 5A_395/2010 vom 22. Oktober 2010 E. 3.8). Der Willensvollstrecker hat als Vertrauensperson des Erblassers dessen Willen und Interessen persönlich durchzusetzen. Er tritt selbstständig und in eigenem Namen auf. Seine Prozessführungsbefugnis oder Prozessstandschaft (dazu ausführlich BGE 129 V 113 E. 4.2; 116 II 131 E. 3a) ist umfassend und exklusiv (vgl. Urteil 5A_82/2014 vom 2. Mai 2014 betreffend Grundbuch; KARRER/VOGT/LEU, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 4. Aufl. 2011, NN. 14 ff. zu Art. 518 ZGB). Er muss sich unter Umständen gegen die Erben durchsetzen (KÜNZLE, a.a.O., N. 31 Vorbemerkungen zu Art. 517-518 ZGB).

E. 2.1.4

Schliesslich kann darauf hingewiesen werden, dass Prozesskosten in Nachlassstreitigkeiten, d.h. in Aktiv- und Passivprozessen, die der Willensvollstrecker zu Gunsten oder zu Lasten des Nachlasses führt, zu Lasten des Nachlasses gehen. Bei Streitigkeiten um die wirtschaftlichen und finanziellen Interessen des Willensvollstreckers gehen die Prozesskosten jedoch zu seinen Lasten, soweit sie ihm auferlegt werden (BGE 129 V 113 E. 4.3; Urteil 5A_495/2010 vom 10. Januar 2011 E. 3.2), beispielsweise im Absetzungsverfahren.

E. 2.2

Die Vorinstanz geht zutreffend davon aus (Urteil S. 11), dass das Erbe von D.A._____ inklusive der Bankkonten bzw. der darauf bestehenden Guthaben (Buchgeld) dem Beschwerdeführer im Sinne von Art. 138 StGB anvertraut war (vgl. Urteil 6B_472/2011 vom 14. Mai 2012 E. 15.3.1) und er die alleinige Verfügungsmacht über die Konten hatte

(oben E. 2.1). Die dem Willensvollstrecker zur Erfüllung seiner Aufgaben gemäss Art. 518 Abs. 2 ZGB eingeräumte Handlungsmacht schliesst in ihrem Bereich eigenes Handeln der Erben aus, soweit er zur Wahrnehmung einzelner ihm zustehender Verwaltungsbefugnisse nicht einem Dritten eine Vollmacht erteilt hat (Urteil 5A_672/2013 vom 24. Februar 2014 E. 6.3.3).

E. 2.3

Der Beschwerdeführer war von Beruf Treuhänder und führte eine eigene Firma mit den Spezialitäten Finanzberatung, Steuerrechtspraxis, Treuhandbüro (Urteil S. 27, 35). Seit dem 13. Januar 2005 war er als Willensvollstrecker eingesetzt. Zu Recht ordnet die Vorinstanz den Beschwerdeführer als berufsmässigen Vermögensverwalter im Sinne von Art. 138 Ziff. 2 StGB ein (vgl. Urteil 6B_415/2010 vom 1. September 2010 E. 4.3.1) und prüft die Sache insoweit unter dem Gesichtspunkt der Veruntreuung gemäss Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB. Nach dieser Norm wird bestraft, wer ihm anvertraute Vermögenswerte unrechtmässig in seinem oder eines anderen Nutzen verwendet, beispielsweise Gelder von verwalteten Konten bezieht, "um weiterhin 'standesgemäss' wohnen zu können" (Urteil 6S.398/2004 vom 3. Februar 2005 E. 2.4). Rechtliche Verfügungsmacht und Werterhaltungspflicht (BGE 133 IV 21 E. 6.2) sind beim Willensvollstrecker gegeben.

E. 2.4

Wie dargestellt, hatte der Beschwerdeführer als Willensvollstrecker "die Schulden des Erblassers zu bezahlen". Dazu zählen auch die laufend aus der Verwaltung entstehenden Verbindlichkeiten, namentlich auch sein Willensvollstreckerhonorar. Er war befugt, das Honorar direkt dem Nachlass zu belasten. Sein grosses Ermessen war jedoch auf die Verwaltung der Erbschaft beschränkt. Er konnte somit grundsätzlich Gelder ab den Konten beziehen, durfte sie aber nicht "unrechtmässig in seinem oder eines anderen Nutzen verwenden" (Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB).

E. 2.5

Das Bundesgericht hat somit die Strafsache auch unter Berücksichtigung vorfrageweise zu prüfender aufsichts- und zivilrechtlicher Fragen zu beurteilen, insbesondere ob der Beschwerdeführer noch im Rahmen seines grossen Ermessens als Willensvollstrecker handelte bzw. ob und inwiefern er sich zu seinem Vorgehen berechtigt wähnte oder wähnen durfte. Dabei auferlegt sich das Bundesgericht als Strafrechtliche Abteilung bei der Überprüfung der Ermessensbetätigung des Willensvollstreckers die gleiche Zurückhaltung wie seine Zivilrechtliche Abteilung im Aufsichtsverfahren (oben E. 2.1.1). Die Beschwerde richtet sich im Wesentlichen gegen die vorinstanzliche Bejahung des subjektiven Tatbestands.

E. 2.6

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 (BGE 133 IV 21 E. 6.1.1). Subjektiv ist Vorsatz und Handeln in unrechtmässiger Bereicherungsabsicht erforderlich. Letztere ist anzunehmen, wenn der Täter 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. 6.1.2). "Il y a emploi illicite d'une valeur patrimoniale confiée lorsque l'auteur l'utilise contrairement aux instructions reçues, en s'écartant de la destination fixée" (BGE 129 IV 257 E. 2.2.1).

E. 2.6.1

Nach der Vorinstanz stellen die an Ämter bezahlten Rechnungen sowie die Kleinspesenpauschale kein strafbares Verhalten dar (oben E. 1.3.1). Sie verneint damit einen tatbestandlichen Vorsatz.

E. 2.6.2

Weiter verwendete der Beschwerdeführer das bezogene Geld zur Begleichung eines Steuerberatungshonorars (oben E. 1.3.2). In einem Schreiben an das Ehepaar warf der Beschwerdeführer die Frage auf, wann versteht Rechtsanwalt E. _____, dass ich diese "Angelegenheiten nicht vermischen kann", nämlich mit der Willensvollstreckung (bezirksgerichtliches Urteil S. 24). Aus dieser Briefstelle schliesst die Vorinstanz mit dem Bezirksgericht, dass sich der Beschwerdeführer bewusst gewesen war, dass die Steuersache nichts mit der Willensvollstreckung zu tun hatte. Es ergibt sich aber zudem, dass der Erbenanwalt - nach dem Verständnis des Beschwerdeführers - eine solche "Vermischung" betrieb. Soviel ist klar, dass die Honorarforderung für sich betrachtet nicht gemäss Art. 120 OR verrechnet werden konnte (vgl. BGE 132 III 342 E. 4.3). Im Übrigen begründet aber eine abstrakt unzulässige Verrechnung noch nicht den Vorsatz auf Veruntreuung (BGE 105 IV 29 E. 3; 81 IV 25 E. 2). Darauf ist zurückzukommen (unten E. 3).

E. 2.6.3

Ferner bezahlte der Beschwerdeführer aus den Geldbezügen das Honorar seines Rechtsvertreters Dr. F. _____ bei den Vergleichsverhandlungen (vgl. oben E. 1.3.4). Nach der Vorinstanz ging es dabei alleine um Interessen des Beschwerdeführers (oben E. 1.3.3). Der Beschwerdeführer machte dagegen geltend, der Beizug eines Rechtsanwalts sei aus seiner Sicht notwendig geworden und ihm auch von der Bank I. _____ (vgl. unten E. 3) empfohlen worden. Die Erbgemeinschaft sei anwaltlich vertreten gewesen, und auch die Banken, bei denen Schwarzgeldkonten waren, "spielten nicht mehr vollständig mit". Es sei darum gegangen, die Interessen der Erbeninnen zu schützen (delegierte polizeiliche Einvernahme vom 2. Dezember 2008, act. HD 5/3 S. 4 und 5).

Rechtsanwalt Dr. F. _____ verneinte die Frage, ob er "irgendwelche Tätigkeiten in Zusammenhang mit der effektiven Willensvollstreckung" des Beschwerdeführers gemacht hatte, und erklärte, "Ich versuchte eine Lösung mit [Rechtsanwalt] E. _____ hinzubringen, eine Vergleichsvereinbarung auszuhandeln, aber dass ich irgendwo gesagt hätte, als Willensvollstrecker müsse er dies oder das machen oder auf jenes schauen, nein, das war ja nicht mein Job" (bezirksgerichtliches Urteil S. 26 f.). Entgegen der Vorinstanz ergibt sich aus dieser Befragung lediglich, dass Rechtsanwalt Dr. F. _____ den Beschwerdeführer nicht in der "effektiven" Willensvollstreckung vertrat oder beriet. Seine Erklärung belegt entgegen der vorinstanzlichen Beweisannahme nicht, dass die Vergleichsverhandlungen in der Vorstellung des Beschwerdeführers nichts mit dem Willensvollstreckermandat zu tun hatten. Darauf kommt es strafrechtlich an.

Rechtsanwältin G. _____, die Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers im Aufsichtsverfahren vor dem Zürcher Obergericht (oben Bst. B), antwortete als Zeugin am 13. April 2012 auf die Frage, haben Sie den Beschwerdeführer "im Zusammenhang mit dem Nachlass von D.A. _____ vertreten?": "Das kann man so sagen. Es hatte zu tun damit." Sie führte aus, bei der Tätigkeit des Beschwerdeführers im Jahre 2005 (d.h. vor ihrer Mandatierung) sei es (auch) darum gegangen, an Informationen zu gelangen, die man brauche, um als Willensvollstrecker arbeiten zu können. Die Erbeninnen hätten alles daran

gesetzt, ihm diese Informationen vorzuenthalten (act. HD 6/9 S. 3 und 6 ff.).

Der Beschwerdeführer hatte als Willensvollstrecker den Willen des Erblassers durchzusetzen (KÜNZLE, a.a.O., S. 8). Dieser musste nicht mit jenem der Erbgemeinschaft oder einzelner Erbinen übereinstimmen. Welches der Wille des Erblassers war, wird im angefochtenen Urteil ebenso wenig thematisiert wie die Interessen der drei Erbinen. So ist offen, ob der Erblasser den Beschwerdeführer trotz bekannter oder voraussehbarer Interessenkollisionen einsetzte (vgl. KÜNZLE, a.a.O., S. 98 und 315). Die Erbinen bekämpften das Willensvollstreckermandat mit Aufforderungen zur Rechenschaftsablegung über seine frühere Tätigkeit für den Erblasser und vermischten damit zwei Rechtssachen. Der Beschwerdeführer musste in dieser Sache eine Einigung mit den Erbinen finden, wollte er sein Mandat ausführen können. Diesem Zweck dienten die Vergleichsverhandlungen. Wie die Gerichtspraxis zeigt, ist es eine häufige Erscheinung, dass Erben gegen den Willensvollstrecker vorgehen. Will dieser die ihm aufgetragenen Interessen des Erblassers durchsetzen, muss er sich auf die Auseinandersetzung einlassen. Es ist deshalb nachvollziehbar, wenn der Beschwerdeführer davon ausging, er vertrete nicht seine privaten Angelegenheiten, und die Aufwendungen dem Nachlass zuwies (oben E. 2.1.2 ff.). Dies ist die Rechtslage, soweit es um Ungültigkeitsklagen betreffend Bestand, Inhalt oder Umfang seiner Einsetzung oder Aufgabe geht. Obwohl es um die persönliche Stellung des Willensvollstreckers geht, prozessiert er nicht im eigenen Interesse, sondern zur Vollstreckung des erblasserischen Willens (BGE 129 V 113 E. 4.3; 116 II 131 E. 3a). Der Willensvollstrecker kann Fachleute und Hilfspersonen beiziehen (KÜNZLE, a.a.O., N. 63 zu Art. 517-518 ZGB).

E. 2.6.4

Schliesslich verrechnete der Beschwerdeführer ein Willensvollstreckerhonorar im Betrage von Fr. 43'020.--, was die Vorinstanz im Umfang von Fr. 18'903.15 als strafrechtlich nicht vorwerfbar wertete (oben E. 1.3.4).

Der Beschwerdeführer ist gegenüber den Erbinen auskunfts- und abrechnungspflichtig (ausführlich Urteil 4A_547/2009 vom 27. April 2010 E. 4). Er hat eine Schlussabrechnung zu erstellen. Der Anspruch der Erbinen ist zivilrechtlicher Natur. Das Bezirksgericht nahm im Aufsichtsverfahren an, dass der Beschwerdeführer seiner Rechenschaftspflicht nicht nachgekommen war (oben Bst. B). Auch die Vorinstanz kommt zu diesem Ergebnis. Sie nimmt sodann gleichsam an, der Beschwerdeführer habe teilweise mit strafbarem und teilweise mit nicht strafbarem Vorsatz die "Provisorische Zwischenabrechnung Willensvollstrecker-Honorar per 9.2.2006" (act. HD 5/4/1) erstellt, insofern sie berechnete und unberechtigte Honorar- und Aufwandforderungen feststellt. Der Beschwerdeführer wies auf den vorläufigen Charakter der Unterlagen hin. Deren Rechtsnatur ist nicht geklärt, so dass nicht ohne Weiteres auf dieser Grundlage ein Schuldspruch ergehen kann.

Die Zwischenabrechnung enthält auch Aufwendungen für die erwähnten Vergleichsverhandlungen. Es ist verständlich, wenn der Beschwerdeführer die von den Erbinen oder der Erbgemeinschaft geforderte Rechenschaftsablegung für Tätigkeiten zu Lebzeiten des Erblasser im damaligen Honorar nicht als inbegriffen betrachtete. Inbegriffen war die Rechenschaftsablegung gegenüber dem Erblasser nach dessen damaligen Bedingungen. Die Erbinen haben gegenüber dem Willensvollstrecker und dieser gegenüber den Erbinen eine Auskunftspflicht (KÜNZLE, a.a.O., S. 199 und 200). Davon zu unterscheiden ist die Rechenschaftspflicht für Tätigkeiten des Beschwerdeführers zu

Lebzeiten des Erblassers. Wie bereits das Bezirksgericht im Aufsichtsverfahren ausführte, ging die Rechenschaftspflicht (Art. 400 OR) mit dem Tod des Erblassers an die Erbeninnen über (Art. 560 ZGB). Wesentlich ist aber, dass die Erbengemeinschaft eine (erneute) Rechenschaft forderte und den entsprechenden Auftrag erteilte. Der Beschwerdeführer konnte daher durchaus annehmen, die Aufwendungen seien von der Erbengemeinschaft als Auftraggeberin zu honorieren (Art. 402 OR).

E. 2.7

Der Beschwerdeführer wirft der Vorinstanz vor, sie schliesse auf den Vorsatz und die Bereicherungsabsicht unter Missachtung sämtlicher Gegenindizien in willkürlicher Beweiswürdigung und Verletzung des rechtlichen Gehörs, im Wesentlichen einzig deshalb, weil sie ihm unterstelle, es habe ihm bewusst sein müssen, dass seine Ansprüche, welche er nachträglich insbesondere im Rahmen der Vergleichsverhandlungen mit den Erbeninnen geltend machte, unter zivilrechtlichen Gesichtspunkten teilweise nicht berechtigt und damit unrechtmässig waren. Dieses Vorgehen sei im Ansatz falsch. An einer Unrechtmässigkeit fehle es, wenn der Täter einen Anspruch auf Werte zu haben glaubt, über die er verfügt (Beschwerde Ziff. 28 f.). Die Vorinstanz behelfe sich mit blossen Annahmen (u.a. Beschwerde Ziff. 40).

Das Gericht darf vom Wissen des Täters (Art. 12 Abs. 2 StGB) auf den Willen als innere Tatsache schliessen, wenn sich dem Täter der Eintritt des Erfolgs als so wahrscheinlich aufdrängte, dass die Bereitschaft, ihn als Folge hinzunehmen, vernünftigerweise nur als Inkaufnahme des Erfolgs ausgelegt werden kann (BGE 137 IV 1 E. 4.2.3). Es lässt sich zunächst nicht ernsthaft behaupten, ein als Willensvollstrecker eingesetzter, erfahrener Treuhänder wisse nicht, dass er mandatsfremde Verpflichtungen nicht der Erbmasse belasten darf. Eine Verurteilung kann aber einzig gestützt auf den Nachweis der konkreten strafatbegründenden Umstände erfolgen.

Wie der Beschwerdeführer rügt, stellt die Vorinstanz in einer doch eher abstrakten Betrachtungsweise fest, was der Erbmasse belastet werden darf und was nicht. Das unter diesen Voraussetzungen nicht Belastbare wird unmittelbar als Veruntreuung qualifiziert. Wie ausgeführt, handelt es sich dabei keineswegs um klar auf der Hand liegende Rechtstatsachen. In subjektiver Hinsicht begründet die Vorinstanz den Schuldspruch damit, dass dem Beschwerdeführer als Treuhänder bewusst sein musste, dass die Konten des Erblassers Teil der Erbmasse waren (oben E. 1.4). Darüber dürfte der Beschwerdeführer indessen nicht im Unklaren gewesen sein. Vielmehr ging er davon aus, dass er seine Auseinandersetzungen mit und zu Gunsten der Erbengemeinschaft als Willensvollstrecker mandatsgemäss dem Nachlass belasten durfte (dazu auch unten E. 3).

E. 2.8

Dem Beschwerdeführer stand bei der Mandatsausübung ein grosses Ermessen zu. Er war grundsätzlich berechtigt, ab den Konten des Erblassers Geld zum Mandatszweck zu beziehen, und zwar auch zwecks eigener Vergütung (oben E. 2.1.3). Soweit er Geld für "künftige Bemühungen als Willensvollstrecker" (oben E. 1.2) bezog, lässt sich darin nicht bereits eine auf Veruntreuung zielende Willensbetätigung erblicken, da er gleichzeitig die Weiterführung des Mandats verteidigte und damit seinen Leistungswillen betätigte (vgl. Urteil 6B_663/2011 vom 2. Februar 2012 E. 2.3.2 und 2.5.1 betreffend Betrug). Er war nach den allgemeinen Grundsätzen rechenschaftspflichtig (Art. 400 Abs. 1 OR). Nicht jede verzögerte Vertragserfüllung begründet einen Vermögensschaden, auch nicht wenn sie

von vornherein feststand oder in Kauf genommen wurde und der Betreffende dennoch eine Vorauszahlung verlangte. Die Folgen von Leistungsstörungen regelt das Zivilrecht. Eine generelle strafrechtliche Erfassung von (eventualvorsätzlich in Kauf genommenen) Leistungsstörungen wäre nicht sachgerecht, da solche oftmals nicht mit Sicherheit ausgeschlossen werden können und damit eine übermässige Pönalisierung des Wirtschaftsverkehrs einherginge (Urteil 6B_663/2011 vom 2. Februar 2012 E. 2.3.2).

Es ist unschwer zu erkennen, dass sich der Rechtsstreit - jedenfalls vordergründig - um die Honorierung und den Auslagenersatz des Beschwerdeführers dreht. Es geht um einen reinen Abrechnungsprozess im Rahmen umstrittener Rechtspositionen, die erst in einem ordentlichen zivilrechtlichen Verfahren geklärt werden können. Es kann sich nicht darum handeln, reine Zivilrechtsstreitigkeiten mit Mitteln des Strafrechts auszutragen (MARK PIETH, Strafrecht, Besonderer Teil, 2014, S. 136). Bestreiten Erbinnen die Höhe des Honorars, steht ihnen ein Rückerstattungsanspruch zur gesamten Hand zu. Daraus ergibt sich, dass eine Honorarbestreitung oder die Klärung von materiellrechtlichen Fragen über den Bestand einer umstrittenen Forderung sowie diesbezügliche Meinungsverschiedenheiten auf dem Zivilweg zu erfolgen haben (oben E. 2.1.3; KÜNZLE, a.a.O., N. 451 zu Art. 517-518 ZGB). Vergütung und Spesenersatz sind im Streitfall durch den ordentlichen Richter festzulegen (KARRER/VOGT/LEU, a.a.O., N. 34 zu Art. 517 ZGB).

E. 3

Zu prüfen bleibt die an sich unzulässige Verrechnung des Steuerberatungshonorars (oben E. 2.6.2). Wegen dieses Sachverhalts wurde dem Beschwerdeführer eine Interessenkollision vor dem Bezirksgericht im Aufsichtsverfahren vorgeworfen. Gemäss den vorinstanzlichen Annahmen verrechnete der Beschwerdeführer trotz besseren Wissens in unzulässiger Weise, um sich zulasten der Erbschaft wirtschaftlich besser zu stellen (oben E. 1.4 am Ende).

E. 3.1

Nach dem Beschwerdeführer ist es hingegen nachvollziehbar, dass er davon ausgehen konnte, er dürfe das Konto für geleistete Dienste gegenüber dem Erblasser und der ganzen Familie belasten. Die Vorinstanz lasse diesen zentralen Aspekt bei der Beurteilung des Vorsatzes völlig ausser Acht (Beschwerde Ziff. 35 f.).

E. 3.2

Die Akontozahlungen von Fr. 25'824.-- und Fr. 35'350.-- (oben Bst. C) erfolgten vom so genannten "I. _____-Konto" (Provisorische Zwischenabrechnung, act. HD 5/4/1 S. 1). Der Beschwerdeführer bringt vor, wie sich aus den Kontounterlagen der Bank I. _____ ergebe, habe der Erblasser ihn (sowie seine Ehefrau) bevollmächtigt, über sämtliche Vermögenswerte und Guthaben (auf diesem Konto) nach freiem Ermessen zu verfügen. Diese Vollmacht habe nach dem Tode unverändert weiter bestanden, wie unter Hinweis auf Art. 35 OR auf der Vollmacht selbst explizit geregelt sei (Beschwerde Ziff. 33.2 mit Hinweis auf act. HD 5/2/28). Bei diesem Aktorium handelt es sich um ein von D.A. _____ unterzeichnetes Formular "Konto- und Depotöffnung" vom 6. September 2003, welches die Vereinbarung enthält: "Die Vollmacht bleibt im Falle des Todes oder der Handlungsunfähigkeit des Vollmachtgebers/der Vollmachtgeberin unverändert weiterbestehen (OR Art. 35)." Dem Kundenprofil des Kontobetreuers vom 8. September 2003 lässt sich entnehmen, der Beschwerdeführer sei "auch Willensvollstrecker. Er könne

seine Honorare für gel. Dienste (gilt f. ganze Familie!) jederzeit bar beziehen, daher auch die Vollmacht" (act. HD 5/10/4 S. 3 Ziff. 9; Beschwerde Ziff. 33.3).

Der Beschwerdeführer macht geltend, es habe sich um ein eigentliches Honorarkonto gehandelt. Er sei daher davon ausgegangen, er könne seine Honorare auch nach dem Tod des Erblassers noch direkt selber vom "I. _____-Konto" beziehen (Beschwerde Ziff. 34 mit Hinweis auf die staatsanwaltschaftlichen Befragungen vom 28. Oktober 2010 und 18. Juni 2012, act. HD 5/9 S. 6 f. und act. HD 5/22 S. 14 f.). Diesen Standpunkt vertrat er bereits in seiner Provisorischen Zwischenabrechnung (act. HD 5/4/1 S. 2). In letzterer Befragung erklärte er, dass Schuldanererkennungen betreffend das Steuerberatungshonorar "da waren [...] und andererseits auch der Zweck des Kontos für meine Honorarrechnungen für alle Familienmitglieder der Familie A. _____ war, diese Fr. 70'000.-- waren für meine Rechnungen gedacht" (act. HD 5/22 S. 14).

E. 3.3

D.A. _____ hatte somit vor seinem Ableben seinen Kundenbetreuer bei der Bank informiert, dass der Beschwerdeführer sein Willensvollstrecker ist und über das Konto auch nach seinem Tod nach freiem Ermessen für Dienste gegenüber ihm und der Familie verfügen kann. Entsprechend zahlte die Bank die Bezüge aus, denn solche Bankvollmachten gelten üblicherweise über den Tod hinaus, wobei die Bank allerdings die Interessen der Erbinnen wahren muss (ROGER ZÄCH/ADRIAN KÜNZLER, in: Berner Kommentar, Stellvertretung, 2. Aufl. 2014, NN. 51 und 63 zu Art. 35 OR ; KÜNZLE, a.a.O., S. 197).

Dabei handelte es sich um eine postmortale Vollmacht im Sinne von Art. 35 Abs. 1 OR (ZÄCH/KÜNZLER, a.a.O., N. 46 zu Art. 35 OR). Das ist hier nicht weiter zu vertiefen (auch nicht die a.a.O., N. 60, aufgeworfene Frage, ob die Interessenlage des Erblassers oder der Erbinnen zu befolgen ist). Denn jeder einzelnen Erbin (und dem Willensvollstrecker) steht ein Widerrufsrecht zu (a.a.O., NN. 49, 72 f., 75), und die Erbinnen widerriefen tatsächlich sämtliche Vollmachten (oben Bst. A sowie E. 1.4).

Eine postmortale Vollmacht kann grundsätzlich auch dem Willensvollstrecker erteilt werden, wobei dieser dennoch die Interessen der Erben zu wahren hat (ZÄCH/KÜNZLER, a.a.O., N. 56 zu Art. 35 OR). Bezüglich des "I. _____-Kontos" ging diese Vollmacht hinsichtlich der Bezugsberechtigung bedeutend weiter, als die Berechtigung, welche dem Beschwerdeführer in seiner Eigenschaft als Willensvollstrecker zukam. Als solcher hatte er nur Anspruch auf "angemessene Vergütung" (Art. 517 Abs. 3 ZGB). Bereits das Bezirksgericht im Aufsichtsverfahren wertete die Bezüge als unverhältnismässig (oben Bst. B). Diese Rechtsfragen waren für den Beschwerdeführer offenkundig nicht zu durchschauen. Er wähnte sich wie bis anhin berechtigt, sich nach eigenem Gutdünken vom "Honorar-Konto" zu vergüten.

Dagegen lässt sich infolge der Ernennung des Willensvollstreckers nicht annehmen, dass die Ehefrau des Erblassers nach dem Erbfall gestützt auf ihre postmortale Vollmacht über das "I. _____-Konto" oder über andere Nachlasskonten frei verfügen durfte (oben E. 2.2). Der Beschwerdeführer hielt in seiner "Provisorischen Zwischenabrechnung" (act. HD 5/4/1 S. 2) fest, dass die Akonto-Honorarrechnung von Rechtsanwalt E. _____ am 26. Januar 2005 ohne sein Einverständnis einem Konto des Erblassers belastet worden war. Es sei "komisch", dass die Bank ohne Einverständnis des Willensvollstreckers irgendwelche Zahlungen ausführte. Die Rechtslage war für die Beteiligten offenkundig nicht eindeutig.

Unter diesen Voraussetzungen ist die Folgerung der Vorinstanz nicht zwingend, dass der Beschwerdeführer sich noch zulasten der Erbschaft wirtschaftlich besser stellen wollte. Er durfte als Willensvollstrecker einer Erbin Vorschüsse auf Anrechnung an den Erbteil gewähren (KARRER/ VOGT/LEU, a.a.O., N. 46 zu Art. 518 ZGB). Er war sich des Mischgeschäfts bewusst und teilte dessen grundsätzliche Unzulässigkeit der Erbin mit. Weil sowohl eine definitive Abschlussrechnung wie ein Teilungsplan fehlen, kann dem Beschwerdeführer nicht ohne Weiteres strafrechtlich der Vorsatz unterstellt werden, der Betrag wäre nicht im Teilungsplan als Vorbezug auf den Nachlass der Erbin in Abzug gebracht worden.

E. 4

Nach verbreiteter Ansicht handelt es sich bei der Willensvollstreckung um ein privatrechtliches Institut sui generis, das aus sich selbst heraus ausgelegt (vgl. BGE 117 II 382) werden muss. Danach ist der Willensvollstrecker weder weisungsgebundener Vertreter noch Treuhänder des Erblassers oder der Erbinen, sondern hat eine objektive Aufgabe, die durch den rechtsgültigen Willen des Erblassers sowie die Rechtsordnung insgesamt bestimmt ist (KARRER/VOGT/LEU, a.a.O., N. 7 vor Art. 517/518 ZGB; KÜNZLE, a.a.O., S. 22 ff., 40 f.). Aus der gesetzlichen Formulierung "soweit der Erblasser nichts anderes verfügt" (Art. 518 Abs. 1 ZGB) lässt sich schliessen, dass Rechte und Pflichten des Willensvollstreckers weitgehend vom Erblasser bestimmt werden können. Er kann somit neben der Höhe auch die Modalitäten der Honorierung festlegen. Das ist im Streitfall durch Interpretation zu ermitteln (vgl. KARRER/VOGT/LEU, a.a.O., N. 28 zu Art. 517 ZGB und N. 8 zu Art. 518 ZGB).

Wie sich den erwähnten Urteilen und Akten entnehmen lässt, stellte sich der Beschwerdeführer durchgehend auf den Standpunkt, aufgrund der Vollmacht des Erblassers und dessen Bestimmung zu seinem Willensvollstrecker zu den Akontobezügen zwecks Ausübung des Mandats berechtigt gewesen zu sein. "Er fühlte sich berufen, als ehemaliger Vertrauter von Herrn A._____ oder auch teilweise der Familie A._____, Ordnung in die Sache zu bringen, er ist dafür aber auf zu viel Widerstand gestossen" (Rechtsanwältin G._____ als Zeugin am 13. April 2012, act. HD 6/9 S. 8). In einer "persönlichen Bemerkung" fügte sie an, dass sie nie den "Eindruck hatte, dass er sich Vermögenswerte des Nachlasses oder auch vorher des Erblassers aneignete, in der Absicht sich zu bereichern oder ohne der Ansicht zu sein, dazu berechtigt zu sein" (a.a.O., S. 6). Sie erklärte weiter, man könne "ihm vielleicht vorwerfen, dass er etwas überfordert war mit der Geschichte, vielleicht etwas naiv war, aber dass er absichtlich Gelder veruntreut hat, das übersteigt meine Vorstellungskraft" (a.a.O., S. 9).

Angesichts der tatsächlichen Umstände und der Vorstellungen des Beschwerdeführers lässt sich diese Einschätzung seiner Rechtsanwältin im Aufsichtsverfahren nicht einfach als advokatorische Interessenwahrung relativieren. Die normative Zuschreibung des Vorsatzes durch die Vorinstanz (vgl. oben E. 1.4 sowie E. 2.7) lässt sich nicht aufrecht halten. Auch das Bezirksgericht hielt im Aufsichtsverfahren fest, und das Obergericht bestätigte diesen "Eindruck", dass der Beschwerdeführer sich der Pflichtwidrigkeit seines Tuns über weite Strecken nicht bewusst und mit der Willensvollstreckung überfordert war (oben Bst. B). Im Strafverfahren werden keine anderen Gesichtspunkte aufgeführt. Diese weisen auf Pflichtverletzungen hin, die allenfalls strafrechtlich unter den Begriff der Fahrlässigkeit subsumiert werden könnten (Art. 12 Abs. 3 StGB). Eine Verurteilung wegen Veruntreuung erfordert Vorsatz; eine aus pflichtwidriger Unvorsichtigkeit begangene

Veruntreuung ist nicht strafbar.

E. 5

Auf die Rüge ist nicht mehr einzutreten, die Vorinstanz habe, um den Vorsatz zu bejahen, einen Rechtsirrtum statt richtigerweise den Sachverhaltsirrtum geprüft (vgl. dazu BGE 129 IV 238 E. 3 sowie Urteil 6B_64/2014 vom 26. Juni 2014 E. 2.3.2 und E. 3).

E. 6

Die Beschwerde ist gutzuheissen, soweit darauf eingetreten werden kann, das Urteil aufzuheben und die Sache zur Freisprechung des Beschwerdeführers von der Anklage der mehrfachen qualifizierten Veruntreuung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Es sind keine Gerichtskosten aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 4 BGG). Der Kanton Zürich hat dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung auszurichten (Art. 68 Abs. 2 BGG).

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