

# **BGer 6B\_621/2019 vom 3. Dezember 2019**

Bundesgericht, 2019-12-03, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_6B\\_621\\_2019](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6B_621_2019)

FR: TF 6B\_621/2019 du 3 décembre 2019

IT: TF 6B\_621/2019 del 3 dicembre 2019

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Der Beschwerdeführer rügt bezüglich der Fahrzeuge der Marke Lamborghini und Ferrari, es sei mit dem Beschwerdegegner 2 ein fester Preis vereinbart worden und die Käufer seien dem Beschwerdegegner 2 nicht bekannt gegeben worden. Es sei daher von einem Selbsteintritt im Sinne von Art. 436 f. OR auszugehen, womit ein normaler Kaufvertrag vorliege. Der Kaufpreis sei dem Käufer nicht anvertraut, weshalb er sich nicht der Veruntreuung strafbar gemacht habe.

#### **E. 1.2.1**

Den Tatbestand der Veruntreuung im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB erfüllt, wer ihm anvertraute Vermögenswerte unrechtmässig in seinem oder eines anderen Nutzen verwendet.

#### **E. 1.2.2**

Die tatbestandsmässige Handlung besteht bei der Veruntreuung von Vermögenswerten im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB 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 S. 27 mit Hinweis). Als anvertraut gilt, was jemand mit der Verpflichtung empfängt, es in bestimmter Weise im Interesse des Treugebers zu verwenden, insbesondere es zu verwahren, zu verwalten oder einem anderen abzuliefern ( BGE 143 IV 297 E. 1.3 S. 300; 133 IV 21 E. 6.2 S. 27 mit Hinweis). Dabei genügt, dass der Täter ohne Mitwirkung des Treugebers über die Werte verfügen kann, ihm mithin Zugriff auf das fremde Vermögen eingeräumt worden ist. Der Tatbestand von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB erfasst Fälle, in denen - anders als bei der Veruntreuung von Sachen gemäss Abs. 1 derselben Bestimmung - zivilrechtlich die Fremdheit der anvertrauten Werte nicht gegeben oder zumindest zweifelhaft ist. Voraussetzung ist aber, dass der Fall mit der Veruntreuung von Sachen vergleichbar ist. In den Fällen, in denen Abs. 2 zur Anwendung kommt, erwirbt der Treuhänder an den erhaltenen Werten Eigentum. Er erlangt daher nicht nur eine tatsächliche, sondern auch eine rechtliche Verfügungsmacht. Die ins Eigentum des Treuhänders übergegangenen Werte sind jedoch bestimmt, wieder an den Berechtigten zurückzufliessen. In diesem Sinne sind sie wirtschaftlich fremd. Der Treuhänder ist deshalb verpflichtet, dem Treugeber den Wert des Empfangenen ständig zu erhalten (zum Ganzen: BGE 133 IV 21 E. 6.2 S. 27 f. mit Hinweisen). Die Treuepflicht des Täters im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 StGB kann auf einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Abmachung beruhen. Für die Werterhaltungspflicht genügt auch die Begründung eines faktischen oder tatsächlichen Vertrauensverhältnisses ( BGE 143 IV 297 E. 1.4 S. 301; 133 IV 21 E. 6.2 S. 28).

#### **E. 1.2.3**

In subjektiver Hinsicht erfordert der Tatbestand der Veruntreuung Vorsatz und ein Handeln in unrechtmässiger Bereicherungsabsicht. Nach der Rechtsprechung bereichert sich bei der Veruntreuung von Vermögenswerten unrechtmässig, wer 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 S. 27 mit Hinweisen).

### **E. 1.3.1**

Verkaufskommissionär ist, wer gegen eine Kommissionsgebühr (Provision) in eigenem Namen für Rechnung eines anderen (des Kommittenten) den Verkauf von beweglichen Sachen oder Wertpapieren zu besorgen übernimmt (sog. Verkaufskommission; Art. 425 Abs. 1 OR ). Für das Kommissionsverhältnis kommen die Vorschriften über den Auftrag zur Anwendung, soweit nicht die Bestimmungen von Art. 425 ff. OR über die Kommission etwas anderes enthalten (vgl. Art. 425 Abs. 2 OR ). Der Verkaufskommissionär ist mangels anderweitiger Abrede verpflichtet, den aus dem Verkauf erlangten Vermögenswert sofort an den Kommittenten weiterzuleiten. Der vom Käufer bezahlte Verkaufserlös ist dem Verkaufskommissionär daher im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB anvertraut ( BGE 92 IV 174 E. 1 S. 176; Urteil 6B\_1035/2016 vom 10. November 2016 E. 2.2 und 3.2 mit Hinweisen).

### **E. 1.3.2**

Bei Kommissionen zum Verkauf von Waren, Wechseln und anderen Wertpapieren, die einen Börsen- oder Marktpreis haben, ist der Kommissionär, wenn der Kommittent nicht etwas anderes bestimmt hat, befugt, das Gut, das er zu verkaufen beauftragt ist, als Käufer für sich zu behalten (vgl. Art. 436 Abs. 1 OR ). In diesen Fällen ist der Kommissionär verpflichtet, den zur Zeit der Ausführung des Auftrages geltenden Börsen- oder Marktpreis in Rechnung zu bringen und kann sowohl die gewöhnliche Provision als die bei Kommissionsgeschäften sonst regelmässig vorkommenden Unkosten berechnen ( Art. 436 Abs. 2 OR ). Im Übrigen ist das Geschäft als Kaufvertrag zu behandeln ( Art. 436 Abs. 3 OR ). Meldet der Kommissionär in den Fällen, wo der Eintritt als Eigenhändler zugestanden ist, die Ausführung des Auftrages, ohne eine andere Person als Käufer namhaft zu machen, so ist anzunehmen, dass er selbst die Verpflichtung eines Käufers auf sich genommen habe (vgl. Art. 437 OR ). Die Vermutung von Art. 437 OR ist widerlegbar ( BGE 138 III 781 E. 3.5.3 S. 784).

### **E. 1.3.3**

Die Zulässigkeit des Selbsteintritts ist nach Rechtsprechung und Lehre an strenge Voraussetzungen gebunden, deren Verletzung ihn ungültig machen oder gar als Unredlichkeit im Sinne von Art. 433 OR zum Verlust des Provisionsanspruchs führen kann. Der Ausschluss des Selbsteintritts ist immer dann zu vermuten, wenn ein Selbsteintritt in einer dem Kommissionär erkennbaren Weise den Interessen des Kommittenten widerspricht (Urteil 4C.108/1994 vom 24. August 1994 E. 2b/aa mit Hinweis auf BGE 71 IV 124 ; LENZ/VON PLANTA, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. Aufl. 2015, N. 4 zu Art. 436 OR ). Der Kommissionär darf daher nur dann selber als Käufer eintreten, wenn er fähig und auch willens ist, den Kaufpreis zu bezahlen ( BGE 71 IV 125 ). Der Ausschluss des Selbsteintritts ist zu vermuten, wenn die Solvenz des Kommissionärs für eine ordnungsgemässe Abwicklung des Geschäfts keine Gewähr bietet (Urteil 4C.108/1994 vom 24. August 1994 E. 2b/aa; LENZ/VON PLANTA, a.a.O., N. 4 zu Art. 436 OR ).

In der Lehre wird die Auffassung vertreten, das Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs gehe mit dem Abschluss des Drittgeschäfts unter. Wäre dem nicht so, könnte der Kommissionär je nach Marktpreisentwicklung den Selbsteintritt erklären bzw. darauf verzichten und so die guten Geschäfte für sich behalten, die schlechten jedoch an den Kommittenten weitergeben. Wie es sich damit verhält, liess das Bundesgericht in BGE 138 III 781 offen, da im beurteilten Fall nicht die Preisgestaltung strittig war (BGE, a.a.O., E. 3.5.2 f. S. 783).

#### **E. 1.4**

Der Beschwerdeführer beruft sich zu Unrecht auf Art. 436 f. OR, obschon erstellt ist, dass er die Fahrzeuge an Dritte verkaufte, von welchen er auch den Kaufpreis einkassierte. Die Vermutung von Art. 437 OR - soweit diese Bestimmung vorliegend überhaupt zur Anwendung gelangt - hat daher als widerlegt zu gelten. Im Übrigen wäre ein Selbsteintritt des Beschwerdeführers im Sinne von Art. 436 f. OR nach der Rechtsprechung auch unzulässig gewesen, da der Beschwerdeführer den Kaufpreis für den Lamborghini und den Ferrari nicht bzw. nicht vollständig bezahlte. Mit dem von ihm behaupteten unechten Selbsteintritt will sich der Beschwerdeführer von der Pflicht zur Weiterleitung des Verkaufserlöses befreien, ohne jedoch selber den Käuferpflichten nachzukommen. Unter diesen Umständen kann der Beschwerdeführer nach der Rechtsprechung nicht als Käufer betrachtet werden.

Der Beschwerdeführer musste nicht mit eigenen Mitteln für den Kaufpreis aufkommen, sondern er erhielt diesen von den Drittkäufern effektiv ausbezahlt. Der Erlös aus dem Verkauf der Fahrzeuge war dem Beschwerdeführer anvertraut, weil er ihn mit der vertraglichen Verpflichtung erhielt, ihn an den Beschwerdegegner 2 weiterzuleiten. Da er dies nicht tat und die Gelder teils für eigene Zwecke verwendete, sprach ihn die Vorinstanz zu Recht der Veruntreuung im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB schuldig.

#### **E. 1.5**

Im Übrigen lässt die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid offen, ob der Beschwerdegegner 2 und der Beschwerdeführer tatsächlich einen festen Kaufpreis vereinbarten. Sie erwägt dazu, Letzterer hätte "zumindest" den vereinbarten Mindestpreis abliefern müssen. Entsprechend verweist sie den Beschwerdegegner 2 für die genaue Feststellung seines Schadenersatzanspruchs denn auch auf den Zivilweg (vgl. angefochtenes Urteil S. 83 f.). Entgegen der Kritik des Beschwerdeführers stellt die Vorinstanz damit nicht fest, es sei ein fixer Kaufpreis vereinbart worden. Sie erachtet die Frage für die strafrechtliche Beurteilung vielmehr als irrelevant, da sich der Beschwerdeführer auch strafbar gemacht hätte, wenn zu seinen Gunsten davon auszugehen wäre, dass er nur den vereinbarten Mindestpreis abliefern musste (angefochtenes Urteil S. 84). Der Beschwerdeführer setzt sich damit zu Unrecht nicht auseinander.

#### **E. 2.1**

Bezüglich der Corvette 1 rügt der Beschwerdeführer, der vereinbarte Betrag von Fr. 30'000.-- sei bezahlt worden. Die Vorinstanz begründe nicht, weshalb die am 22. Mai 2013 überwiesenen Fr. 30'000.-- an den damals ausstehenden Betrag von Fr. 91'136.-- für die Verkäufe der Fahrzeuge Ferrari und Lamborghini anzurechnen seien. Er selber habe in seiner Einvernahme bestätigt, dass die am 22. Mai 2013 bezahlten Fr. 30'000.-- für die Corvette 1 bezahlt worden seien. Die Argumentation der Vorinstanz führe faktisch zu einer Strafbarkeit auf "Kontokorrentbasis". Solange ein grosser Betrag aus einem Geschäft noch

offen sei, seien auch alle späteren Geschäfte strafbar, selbst wenn die Erträge daraus vertragskonform weitergeleitet worden seien. Dies überzeuge nicht.

### **E. 2.2**

Die Vorinstanz erwägt bezüglich der Corvette 1 u.a., der ursprüngliche Kommissionsvertrag sei am 26. Dezember 2012 widerrufen worden, weshalb der Beschwerdeführer nicht berechtigt gewesen sei, die Corvette 1 zu verkaufen (angefochtenes Urteil S. 66 unten). Zu dessen Gunsten müsse allerdings ein Wiederaufleben resp. ein Widerruf des Widerrufs des Kommissionsvertrages angenommen werden, weil sich der Beschwerdegegner 2 in der E-Mail vom 31. Mai 2013 ausdrücklich für den Verkauf des Ferraris und der Corvette bedankt habe, entsprechend in der E-Mail vom 6. Juli 2013 die Information betreffend Kaufpreis und Überweisung angemahnt habe und in der E-Mail vom 25. Juli 2013 für die "Billigung des Verkaufs" der zweiten Corvette die Bekanntgabe des exakten Preises verlangt habe. Zugunsten des Beschwerdeführers sei daher davon auszugehen, dass er vom Verkaufserlös der Corvette 1 im Betrag von Fr. 42'000.--, den er in zwei Tranchen (Fr. 27'000.-- am 5. April 2013 in bar und Fr. 15'000.-- am gleichen Tag durch Banküberweisung) erhalten habe, dem Beschwerdegegner 2 wenigstens den ursprünglich vereinbarten Mindestpreis von Fr. 30'000.-- hätte überweisen müssen. Aus der tabellarischen Übersicht (Urteil S. 59) ergebe sich indessen, dass die vom Beschwerdeführer am 22. Mai 2013 überwiesenen Fr. 30'000.-- an den ausstehenden Betrag von Fr. 91'136.-- aus den Verkäufen des Ferraris und des Lamborghinis anzurechnen seien. Der Beschwerdeführer sei mithin der Verpflichtung aus dem (allenfalls nachträglich gebilligten) Kommissionsverkauf zur Herausgabe des Mindestverkaufspreises an den Beschwerdegegner 2 nicht nachgekommen (angefochtenes Urteil S. 67).

### **E. 2.3**

Die Feststellung des Sachverhalts kann vor Bundesgericht nur gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann ( Art. 97 Abs. 1 BGG ; vgl. auch Art. 105 Abs. 1 und 2 BGG ). Offensichtlich unrichtig ist die Sachverhaltsfeststellung, wenn sie willkürlich ist ( Art. 9 BV ; BGE 143 IV 500 E. 1.1 S. 503, 241 E. 2.3.1 S. 244). Willkür liegt nach ständiger Rechtsprechung nur vor, wenn die vorinstanzliche Beweiswürdigung schlechterdings unhaltbar ist, d.h. wenn die Behörde in ihrem Entscheid von Tatsachen ausgeht, die mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch stehen oder auf einem offenkundigen Fehler beruhen. Dass eine andere Lösung ebenfalls möglich erscheint, genügt nicht ( BGE 143 IV 241 E. 2.3.1 S. 244; 141 IV 369 E. 6.3 S. 375; je mit Hinweisen). Die Willkür rüge muss in der Beschwerde anhand des angefochtenen Entscheids explizit vorgebracht und substantiiert begründet werden ( Art. 106 Abs. 2 BGG ; BGE 143 IV 500 E. 1.1 S. 503). Auf eine rein appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid tritt das Bundesgericht nicht ein ( BGE 145 I 26 E. 1.3 S. 30; 145 IV 154 E. 1.1 S. 156; 143 IV 347 E. 4.4 S. 354 f.; je mit Hinweisen).

### **E. 2.4**

Die Vorinstanz geht davon aus, bei den vom Beschwerdeführer am 22. Mai 2013 an den Beschwerdegegner 2 überwiesenen Fr. 30'000.-- handle es sich nicht um die Weiterleitung des Erlöses aus dem Verkauf der Corvette 1, sondern die Zahlung sei zur Begleichung der noch ausstehenden Beträge von Fr. 41'136.-- und Fr. 50'000.-- für die früheren Verkäufe der

Fahrzeuge Lamborghini und Ferrari erfolgt. Sie stellt diesbezüglich zudem fest, die Überweisung der Fr. 30'000.-- passe zur Hinhaltenaktik des Beschwerdeführers. Dieser habe gegenüber dem Beschwerdegegner 2 nicht deklariert, aus welchem Verkauf der überwiesene Betrag stamme, womit er weiter für Verwirrung gesorgt habe (angefochtenes Urteil S. 75). Der Beschwerdeführer zeigt nicht auf, dass und weshalb die Vorinstanz damit in Willkür verfallen sein könnte oder sonstwie gegen Bundesrecht verstossen haben soll. Er behauptet insbesondere nicht, er habe im Zeitpunkt der Zahlung eine Erklärung im Sinne von Art. 86 Abs. 1 OR abgegeben, wonach er mit den Fr. 30'000.-- die Schuld aus dem Verkauf der Corvette 1 tilgen will. Er setzt sich auch mit Art. 87 Abs. 1 OR nicht auseinander, wonach eine Zahlung bei mehreren Schulden gegenüber demselben Gläubiger mangels anderer Anrechnungskriterien auf die früher verfallene Schuld anzurechnen ist. Zutreffend ist zwar, dass unerheblich wäre, ob der Beschwerdeführer eine Erklärung im Sinne von Art. 86 Abs. 1 OR abgab, wenn dieser dem Beschwerdegegner 2 den Verkauf der Corvette 1 ordnungsgemäss angezeigt ( Art. 426 Abs. 1 OR ) und den Verkaufserlös direkt weitergeleitet hätte. Dies zeigt der Beschwerdeführer indes nicht auf. Der Beschwerdeführer erhielt Fr. 27'000.-- für den Verkauf der Corvette 1 bereits am 5. April 2013 in bar und weitere Fr. 15'000.-- gleichentags durch Banküberweisung, die Zahlung von Fr. 30'000.-- nahm er jedoch erst am 22. Mai 2013 vor. Damit mangelt es auch an einem engen zeitlichen Konnex zwischen dem Erhalt des Kaufpreises von Fr. 42'000.-- für die Corvette 1 und der Zahlung des Beschwerdeführers über Fr. 30'000.--. Angesichts der Zeitspanne von fast sieben Wochen kann auf jeden Fall nicht gesagt werden, der Beschwerdeführer habe den Verkaufserlös entsprechend seinen Pflichten (vgl. oben E. 1.3.1) sofort weitergeleitet. Von einer vertragskonformen Weiterleitung des Verkaufserlöses kann keine Rede sein. Der Einwand des Beschwerdeführers ist auch deshalb nicht zu hören.

Selbst wenn die am 22. Mai 2013 überwiesenen Fr. 30'000.-- als Zahlung für die Corvette 1 zu betrachten wäre, würde dies im Übrigen weder am Schuldspruch wegen mehrfacher Veruntreuung noch an der Höhe des von der Vorinstanz festgestellten Schadens etwas ändern, welcher letztlich für die Strafzumessung relevant war.

Der angefochtene Entscheid verstösst auch in diesem Punkt nicht gegen Bundesrecht.

### **E. 3.1**

Hinsichtlich der Corvette 2 macht der Beschwerdeführer geltend, es sei von einem Wiederaufleben des Kommissionsvertrags zwischen dem Beschwerdegegner 2 und der C.\_\_\_\_\_ GmbH auszugehen. Er selber habe für die Kommissionärin C.\_\_\_\_\_ GmbH gehandelt. Da diese das Fahrzeug selber erworben habe, sei von einem Selbsteintritt im Sinne von Art. 436 OR auszugehen. Damit gelange normales Kaufvertragsrecht zur Anwendung, weshalb ihm der Kaufpreis nicht anvertraut worden sei.

### **E. 3.2**

Die Vorinstanz stellt fest, der Beschwerdeführer habe für die Corvette 2 von der C.\_\_\_\_\_ GmbH als Käuferin am 23. Mai 2013 Fr. 19'000.-- und am 31. Mai 2013 Fr. 24'000.-- erhalten. Davon habe er dem Beschwerdegegner 2 nur Fr. 26'000.-- überwiesen, obschon ein Mindestpreis von Fr. 30'000.-- vereinbart gewesen sei (vgl. angefochtene Urteil S. 67). Der Beschwerdeführer bestreitet dies nicht.

Die Gelder, welche der Beschwerdeführer von der C.\_\_\_\_\_ GmbH für die Corvette 2 ausbezahlt erhielt, waren diesem zumindest im Betrag von Fr. 30'000.-- anvertraut, weil er

sie in diesem Umfang entsprechend seinen vertraglichen Verpflichtungen an den Beschwerdegegner 2 weiterleiten musste. Indem er dies nicht tat, machte er sich der Veruntreuung strafbar.

### **E. 3.3**

Die Vorinstanz geht anders als der Beschwerdeführer gerade nicht von einem Selbsteintritt der C.\_\_\_\_\_ GmbH aus, d.h. von einem Wiederaufleben des früheren Kommissionsvertrags zwischen der C.\_\_\_\_\_ GmbH als Kommissionärin und dem Beschwerdegegner 2 als Kommittenten. Sie weist zutreffend darauf hin, dass die C.\_\_\_\_\_ GmbH ansonsten den Kaufpreis nicht an den Beschwerdeführer, sondern direkt an den Beschwerdegegner 2 hätte überweisen müssen (angefochtenes Urteil S. 67). Auch wenn der Kaufvertrag für die Corvette 2 wie vom Beschwerdeführer behauptet - wofür es allerdings keine Anhaltspunkte gibt - direkt zwischen dem Beschwerdegegner 2 und der C.\_\_\_\_\_ GmbH abgeschlossen worden wäre, bliebe es dabei, dass der unbestrittenermassen an den Beschwerdeführer bezahlte Kaufpreis diesem zumindest im Umfang des vereinbarten Mindestpreises von Fr. 30'000.-- anvertraut war, da er die Gelder insoweit nicht zur eigenen Verwendung erhielt, sondern mit der Verpflichtung, sie an den Beschwerdegegner 2 weiterzuleiten. Die Rüge des Beschwerdeführer ist auch deshalb unbegründet.

### **E. 4**

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat der Beschwerdeführer die Gerichtskosten zu tragen ( Art. 66 Abs. 1 BGG ).

Dem Beschwerdegegner 2 ist keine Parteientschädigung zuzusprechen, da er im bundesgerichtlichen Verfahren keine Auslagen hatte.

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