

GR_GERICHTE SB 2003 1 vom 28. Juli 2004

GR Gerichte, 2004-07-28, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_SB 2003 1](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_SB_2003_1)

FR: GR_GERICHTE SB 2003 1 du 28 juillet 2004

IT: GR_GERICHTE SB 2003 1 del 28 luglio 2004

Regeste

Veruntreuung | Vermögen

Erwägungen

E. 17

Dezember 2002, in Sachen gegen A., betreffend Veruntreuung, hat sich ergeben:

2 A. A. wurde am 11. Mai 1922 in AC. GR geboren und wuchs als einziges Kind bei seinen Eltern in AD. in geordneten Verhältnissen auf. Nach dem Besuch der Primar- und Kantonsschule immatrikulierte er sich an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern, wo er sein Studium mit dem Lizentiat abschloss. Nach Graubünden zurückgekehrt, erwarb er das Anwalts- und Notariatspatent und eröffnete in AB. eine Anwaltspraxis, die er 1957 nach AF. verlegte. Im gleichen Jahr übernahm er die Generalagentur einer Lebensversicherungsgesellschaft. Als Folge einer strafrechtlichen Verurteilung wurde ihm im Jahre 1984 das Anwaltspatent entzogen; das Notariatspatent deponierte er selbst beim JPSD. Die Tätigkeit in seinem Rechtsberatungsbüro in AF. hat er mittlerweile eingestellt und von den vormals bestehenden fünf Verwaltungsratsmandaten ist bis heute nur mehr eines übrig geblieben. Daneben bezieht A. eine AHV-Rente. Seine Schulden schätzt er auf insgesamt ca. 1.5 Mio. Franken. Gemäss Auszug des Betreibungsamtes AG. vom 13. Juli 2001 ergingen gegen A. von Mai 2000 bis Februar 2001 dreizehn Beteiligungen im Gesamtbetrag von Fr. 150'899.--. Im Beteiligungsregister figuriert er mit 42 offenen Verlustscheinen im Betrag von Fr. 3'039'450.25. A. ist seit 1953 mit B. geborene B. verheiratet. Aus dieser Verbindung gingen fünf Kinder hervor. Im Schweizerischen Zentralstrafregister ist A. mit zwei Eintragungen verzeichnet. Am 1. Februar 1984 verurteilte ihn das Kreisgericht AF. wegen fortgesetzter Urkundenfälschung sowie fortgesetzter ungetreuer Geschäftsführung zu einer bedingten Gefängnisstrafe von 18 Monaten, wobei ihm der bedingte Strafvollzug unter Ansetzung einer Probezeit von drei Jahren gewährt wurde. Nachdem ihn das Kreisgericht AF. in seinem Urteil vom 8. September 1994 vom Vorwurf der ungetreuen Geschäftsführung frei gesprochen hatte, verurteilte ihn der Kantonsgerichtsausschuss nach erhobener Berufung durch die Staatsanwaltschaft Graubünden am

E. 19

fungskläger hat die Gelegenheit erhalten, sich zum erwähnten Gutachten detailliert zu äussern. Er hat von dieser Möglichkeit am 22. Juni 2004 denn auch Gebrauch gemacht. Es stellen sich im jetzigen Zeitpunkt grundsätzlich dieselben Fragen wie anlässlich der Berufungsverhandlung vom 5. März 2003. Rechtsfragen oder Fragen zum Berufungskläger, die nicht aus den Akten oder aus der Berufungsverhandlung vom 5. März 2003 beantwortet werden könnten, haben sich keine ergeben. Unter diesen Umständen aber wurde dem

Anspruch des Berufungsklägers auf ein faires Verfahren mit der öffentlichen Berufungsverhandlung vom 5. März 2003 sowie der Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme zum psychiatrischen Gutachten der Klinik St. Pirminsberg Genüge getan. Sollten der Berufungskläger oder sein Rechtsvertreter die ihnen gegebenen Möglichkeiten, sich eingehend zu äussern, ihrer Ansicht nach nicht in genügendem Masse wahr genommen haben, so haben sie dies selbst zu vertreten. Darin wäre kein Grund zu erblicken, erneut eine Berufungsverhandlung durchzuführen, zumal eine Berufungsverhandlung nicht dazu da ist, allfällige Versäumnisse des Berufungsklägers oder seines Rechtsvertreters nachzuholen. 2. Der Berufungskläger beantragt in seiner Stellungnahme vom 22. Juni 2004 zum psychiatrischen Gutachten der Klinik St. Pirminsberg vom 24. Mai 2004 die Einholung eines weiteren psychiatrischen Gutachtens über seine Zurechnungsfähigkeit und Massnahmebedürftigkeit. Diesem Antrag kann nicht entsprochen werden. Das Gutachten der Klinik St. Pirminsberg ist in sich schlüssig und überzeugend. Der Gutachter hat alle relevanten Fakten miteinbezogen. Die vom Berufungskläger geltend gemachten Einwände sind nicht geeignet, die Überzeugungskraft des Gutachtens zu erschüttern. Ebenso wenig können triftige Gründe geltend gemacht werden, die für ein Abweichen in Fallfragen sprechen würden. Im einzelnen ist zu den Einwänden des Berufungsklägers folgendes festzuhalten: Der Berufungskläger führt aus, er habe immer beteuert, er habe niemanden schädigen und niemanden bereichern wollen. Diesbezüglich ist zu sagen, dass es vorliegend nicht darauf ankommt, ob jemand zu Schaden gekommen ist. Der Eintritt eines Schadens ist keine Voraussetzung für eine Veruntreuung. Im weiteren ist die Behauptung des Berufungsklägers, er habe niemanden bereichern wollen, als Schutzbehauptung zu qualifizieren. Der Berufungskläger hat gemäss den Ausführungen seines Verteidigers in der Berufungsschrift gehandelt, um der Zinszahlungspflicht zu entgehen (Berufung, act. 01, S. 5). Es ist offensichtlich und für den Berufungskläger, der Anwalt und Notar und im Zeitpunkt der Tat noch immer in der Rechtsberatung tätig gewesen ist, ohne Zweifel leicht zu erkennen, dass er durch sein Verhalten wirtschaftlich besser gestellt - also bereichert - worden ist, indem ihm das Geld, das er für die

E. 20

der Staatsanwaltschaft Graubünden, S. 2). Aus der Tatsache, dass bis anhin kein Geld zurückgeflossen ist, kann daher mitnichten auf einen tiefen Intelligenzquotienten geschlossen werden. Zudem hat der Gutachter mit überzeugenden Argumenten dargelegt, dass der Verdacht bestehe, der Berufungskläger habe während des IQ-Tests simuliert oder aggraviert, weshalb auf das Resultat des Tests nicht abgestellt werden dürfe (psychiatrisches Gutachten der Klinik St. Pirminsberg, act. 29, S. 9 f., S. 15 Mitte). Der Gutachter war aufgrund seiner Ausbildung und seiner Berufserfahrung ohne Zweifel in der Lage zu erkennen, ob der Berufungskläger tatsächlich über einen tiefen Intelligenzquotienten verfügt oder nicht. Insbesondere die Ausführungen des Gutachters, dass der Berufungskläger bei einem dermassen tiefen Intelligenzquotienten, wie ihn der Test ergeben habe, nicht in der Lage wäre, sein Leben selbständig zu meistern (vgl. psychiatrisches Gutachten Klinik St. Pirminsberg, act. 29, S. 15 Mitte), zeigen deutlich auf, dass die Annahme einer Simulation beziehungsweise Aggravation gerechtfertigt ist, denn der Berufungskläger ist offensichtlich sehr wohl in der Lage, alleine zurecht zu kommen. Auch dem Gericht erschien der Berufungskläger anlässlich der mündlichen Berufungsverhandlung vom 5. März 2003 als allseits orientiert und durchaus intelligent. Der Berufungskläger selbst nimmt für sich im Übrigen in Anspruch, hyperintelligent zu sei.

Weiter macht der Verteidiger geltend, wenn man die behauptete Intelligenz des Berufungsklägers dem Einfluss des Herrn P. gegenüber stelle, ebenso der Abhängigkeit gegenüber der Chirurgenfamilie C. in Griechenland und schliesslich dem

E. 21

Bemühen, den Schein gegenüber der Familie zu wahren, dann müsse die Frage intensiv diskutiert werden, was in der Steuerung obsiegt habe. Dem Gutachter waren die Verbindungen des Berufungsklägers zu Herrn P. und nach Griechenland bekannt, der Berufungskläger hat sie offensichtlich ausführlich dargelegt (vgl. psychiatrisches Gutachten Klinik St. Pirminsberg, act. 29, S. 6 f.). In Kenntnis dieser Verbindungen kommt der Gutachter zum Schluss, somatische Vorerkrankungen, psychiatrische Krankheiten oder Suchterkrankungen, die die Entscheidungsfähigkeit hätten beeinflussen können, seien nicht bekannt; die vom Berufungskläger genannte Abhängigkeit von Herrn P. bleibe bei einer allgemeinen Behauptung, ein Krankheitswert sei nicht ersichtlich (psychiatrisches Gutachten Klinik St. Pirminsberg, act. 29, S. 13 Mitte). Der Gutachter hat sich somit auch mit dieser vom Verteidiger aufgeworfenen Frage auseinandergesetzt, einen Einfluss auf die Steuerungsfähigkeit des Berufungsklägers aber implizit verneint. Der Verteidiger wirft dem Gutachter im weiteren vor, dieser gehe nicht auf die vor der Vorinstanz gemachten Ausführungen zu seinem Mandanten ein, es finde keine Auseinandersetzung damit statt, dass der Berufungskläger eventuell täuschen könnte, dass er sich einfach sehr gut verkaufe. Es trifft zu, dass sich der Gutachter nicht explizit mit den Ausführungen des Verteidigers über seinen Mandanten, die er anlässlich der Hauptverhandlung vor der Vorinstanz gemacht hat, auseinandersetzt. Jedoch wird aus dem gesamten Gutachten deutlich, dass der Gutachter aufgrund seiner eigenen Explorationsgespräche mit dem Berufungskläger, aufgrund von Gesprächen mit dem Hausarzt und der Familie des Berufungsklägers sowie aufgrund der zur Verfügung gestellten Akten - und damit in Kenntnis der Ausführungen des Verteidigers vor der Vorinstanz - als Fachperson zu einer anderen Einschätzung des Berufungsklägers gelangt als der Verteidiger. Implizit hat er damit die Ausführungen des Verteidigers verworfen. Dem Gutachter ist im weiteren auch nicht entgangen, dass sich der Berufungskläger in letzter Zeit mehreren kleineren Eingriffen hat unterziehen müssen. Der Gutachter hat diese Eingriffe, die zugrunde liegenden Erkrankungen, die Medikamente, welche der Berufungskläger laut seinem Hausarzt zu sich nehmen muss, und auch den allgemeinen Gesundheitszustand des Berufungsklägers in seine Überlegungen miteinbezogen, jedoch als ohne Einfluss auf die kognitiven Fähigkeiten des Berufungsklägers erkannt (vgl. psychiatrisches Gutachten Klinik St. Pirminsberg, act. 29, S. 11, S. 16: „Die von Dr. K. genannten körperlichen Diagnosen hatten im fraglichen Zeitraum keinen nachvollziehbaren oder nachweisbaren erheblichen Einfluss auf kognitive Prozesse.“). Aus der Tatsache, dass sich der Berufungskläger noch im Dezember 2002 im Auftrag seines Sohnes nach Griechenland begeben hat, um an der Gründung einer AG mitzuwirken, leitet der Gutachter im weiteren lediglich ab, dass im damaligen Zeitpunkt offensichtlich weder für die Familie noch für die Nota-

E. 22

rin, welche die Gründung der AG vollzog, grössere kognitive Auffälligkeiten bekannt oder erkennbar gewesen seien, was wiederum gegen eine dementielle Entwicklung jenseits eines normalen Alterungsprozesses spreche (psychiatrisches Gutachten Klinik St. Pirminsberg, act. 29, S. 15 oben und S. 18 unten). Weiter beanstandet der Verteidiger, dass die Akten der Familie Q., wovon es in der psychiatrischen Klinik AF. ganze Berge gebe, vom Gutachter

nicht beigezogen worden seien. Der Berufungskläger hat gegenüber dem Gutachter erklärt, dass er sich seine Schwierigkeiten im Leben auf dem Boden einer Familienhaltung zu erhöhtem Geschäftsrisiko erkläre, seiner Familie fehle die „Bremse der Angst“. Der Gutachter hat diesbezüglich festgehalten, dass sich die Frage stelle, welche Erkrankungen vorliegen könnten, die nicht offensichtlich seien und das vernunftgemässe Handeln eines Menschen stark beeinflussten. Nach 60 - 70 Jahren erfolgreichen Lebens könnten dies nur erworbene, nicht angeborene Erkrankungen sein. Weiter führt der Gutachter aus, die vom Exploranden angeführte erhöhte Risikobereitschaft habe nicht den Grad einer Erkrankung nach ICD-10. Der Berufungskläger habe einerseits lange Zeit seines Lebens erfolgreich und ohne mit dem Gesetz in Konflikt zu geraten gelebt, andererseits sei er schon zweimal wegen ähnlicher Delikte vorbestraft. Dass dies plötzlich mit einer Krankheit in Verbindung stehen solle, sei beim derzeitigen Kenntnisstand als unwahrscheinlich anzusehen (psychiatrisches Gutachten Klinik St. Pirminsberg, act. 29, S. 13 unten und S. 15). Damit aber verwarf der Gutachter aus nachvollziehbaren Gründen die These, ererbte psychische Beeinträchtigungen hätten auf die Steuerungsfähigkeit des Berufungsklägers in rechtlich relevantem Mass eingewirkt. Ein Beizug der behaupteten Akten der Familie Q. war unter diesen Umständen von vornherein nicht notwendig. Auch der Umstand, dass der Berufungskläger trotz geltend gemachter Hyperintelligenz nicht doktriert oder dass er nicht auf die Kritik seiner Frau gehört hat, belegt offensichtlich nicht, dass er in seiner Steuerungsfähigkeit beeinträchtigt war, gibt es doch unzählige Gründe, warum jemand - trotz allenfalls vorhandener Möglichkeit - nicht doktriert oder Kritik nicht aufnimmt beziehungsweise verwirft. Bezüglich einer detaillierten körperlichen und labortechnischen Untersuchung hat der Gutachter festgehalten, dass darauf angesichts der Fragestellung (Tatzeitpunkt 1997) und der dauernden ärztlichen Betreuung durch den Hausarzt sowie der Operationen während des Explorationszeitraumes verzichtet worden sei, dass aber im Falle einer unbedingt ausgesprochenen Freiheitsstrafe aus Gründen der medizinischen Absicherung eine erweiterte laborchemische Demenzdiagnostik durchgeführt werden sollte (psychiatrisches Gutachten Klinik St. Pirminsberg, act. 29, S. 12). Der Verteidiger beanstandet das Absehen von weiteren Untersuchungen, da im Falle der Annahme einer vollen Zurechnungsfähigkeit eine aufgrund der Akten auch für den Gutachter erkennbar unbedingt aus-

E. 23

gesprochene Gefängnisstrafe kaum zu umgehen sein dürfte. Eine körperliche und labortechnische Untersuchung könnte sich augenscheinlich nur zum gegenwärtigen Gesundheitszustand des Berufungsklägers äussern. Vorliegend geht es jedoch um die Frage der Zurechnungsfähigkeit des Berufungsklägers im Zeitpunkt der Tat und nicht um die Frage einer allfälligen Hafterstehungsfähigkeit. Der Gutachter hat in Kenntnis der Krankheitsgeschichte des Berufungsklägers aufgrund dezidierter und nachvollziehbarer Überlegungen ausgeschlossen, dass der Berufungskläger im Tatzeitpunkt an körperlichen Beschwerden litt, die Einfluss auf seine Zurechnungsfähigkeit haben konnten. Insbesondere hat der Gutachter das Vorliegen einer Demenz verneint, da sich im heutigen Zeitpunkt keine Demenz diagnostizieren lasse und eine bestehende Demenz sich nicht zurückbilde, sondern unaufhaltsam voranschreite. Unter diesen Umständen aber durfte der Gutachter auf weitere körperliche und labortechnische Untersuchungen verzichten. Sein Hinweis, dass im Falle einer unbedingt ausgesprochenen Strafe zur medizinischen Absicherung eine erweiterte laborchemische Demenzdiagnostik durchgeführt werden sollte, ist im übrigen ohne Zweifel im Hinblick auf die Hafterstehungsfähigkeit des

Berufungsklägers erfolgt. Die Frage der Hafterstehungsfähigkeit ist jedoch nicht im vorliegenden Verfahren zu klären, weshalb der Gutachter auch nicht gehalten war, Untersuchungen in diese Richtung durchzuführen. Weiter hat der Gutachter die Frage der Demenz entgegen der Auffassung des Berufungsklägers nicht einfach verneint, weil der Berufungskläger im Dezember 2002 nach Griechenland geflogen ist, um stellvertretend für seinen Sohn an der Gründung einer AG teilzunehmen. Der Gutachter kommt vielmehr aufgrund einer vertieften Auseinandersetzung mit dem Wesen der Demenz und den beim Berufungskläger offensichtlich fehlenden Hinweisen auf eine solche zum Schluss, dass keine Demenz vorliege. Die Reise nach Athen dient dabei lediglich als ein signifikantes Beispiel, das die Schlussfolgerung anschaulich unterstreicht. Im Zusammenhag mit Gutachten gilt es allgemein festzuhalten, dass es im pflichtgemässen Ermessen liegt, Sachverständige beizuziehen, welche aufgrund ihrer besonderen beruflichen oder privaten Kenntnisse zur Beurteilung der jeweiligen Fachfragen geeignet erscheinen. Der Sachverständige ist Entscheidungsgehilfe des Richters, dessen Wissen er durch besondere Erfahrungs- und Wissenssätze aus seinem Gebiet ergänzt (BGE 118 Ia 145; unveröffentlichtes Urteil des Bundesgerichts vom 29. März 1990 i.S. A. A., E 7c; Hauser, Kurzlehrbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 2. Auflage, Zürich 1984, S. 178; Helfenstein, Der Sachverständigenbeweis im schweizerischen Strafprozess, Diss., Zürich 1978, S. 1 ff.; Padrutt, a.a.O., S. 2AJ.). Das Gericht ist nicht an den Befund oder die Meinungsäusserung des Gutachters gebunden. Es kann vielmehr, wenn es das Gutachten

E. 24

für unzureichend hält, davon abweichen oder ein überarbeitetes Gutachten vom gleichen Experten verlangen (BGE 118 Ia 146; SJZ 90 [1994] Nr. 15, S. 273). In fachspezifischen Fragen hält sich das Bundesgericht im Rahmen seiner Kognition an die Auffassung des Experten, sofern diese nicht offensichtlich widersprüchlich erscheint oder auf irrtümlichen tatsächlichen Feststellungen beruht (BGE 110 Ib 52 E 2; 101 Ib 408). Grundsätzlich ist ein Abweichen von der Expertise nur aus triftigen Gründen zulässig (BGE 107 IV 8; 102 IV 225 E 7b). Weicht das Gericht von den Folgerungen des Gutachters ab, hat es dies zu begründen. Allgemein kann festgehalten werden, dass der Gutachter sich vorliegend offenkundig eingehend mit dem Berufungskläger und seiner Persönlichkeit auseinandergesetzt hat. Er hat klar, detailliert und nachvollziehbar dargelegt, weshalb beim Berufungskläger keine psychische oder physische Erkrankung vorlag, die sich auf die Zurechnungsfähigkeit hätte auswirken können. Die vom Berufungskläger gegen das Gutachten vorgebrachten Einwendungen sind nicht stichhaltig. Das psychiatrische Gutachten der Klinik St. Pirminsberg vom 24. Mai 2004 genügt den Anforderungen an ein psychiatrisches Gutachten in jeder Hinsicht. Es ist daher vorliegend vollumfänglich darauf abzustellen. Ein Abweichen davon drängt sich in keiner Art und Weise auf; das Einholen weiterer Gutachten ist mitnichten erforderlich. Das ausführliche, überzeugende und einlässliche Gutachten der Klinik St. Pirminsberg bestätigt im übrigen im Ergebnis auch das Gutachten der Klinik Waldhaus (act. 37 der Staatsanwaltschaft Graubünden). 3. Die Staatsanwaltschaft Graubünden wirft dem Berufungskläger vor, er habe Geld aus einer freiwilligen öffentlichen Versteigerung, das an ihn überwiesen worden sei, um es an die früheren Eigentümer der versteigerten Liegenschaft weiter zu leiten, für sich selbst beziehungsweise einen Dritten verwendet. Damit habe er sich der Veruntreuung schuldig gemacht. a) Wer ihm anvertraute Vermögenswerte unrechtmässig in seinem oder eines anderen Nutzen verwendet, wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder mit Gefängnis bestraft (Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts

handelt es sich bei Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB um einen subsidiären Tatbestand. Die Bestimmung will auch Fälle, in denen aus Gründen des Zivilrechts die Fremdheit nicht gegeben oder diese zumindest zweifelhaft ist, als Veruntreuung erfassen. Vorausgesetzt ist aber, dass der Fall mit der eigentlichen Veruntreuung gemäss Abs. 1 von Art. 138 Ziff. 1 StGB

E. 25

vergleichbar ist. Abs. 2 soll nur jenes Unrecht erfassen, das dem in Abs. 1 vertypen strukturell gleichwertig ist. In den Fällen, in denen Abs. 2 zur Anwendung kommt, erwirbt der Treuhänder an den erhaltenen Werten Eigentum. Er erlangt also nicht nur, wie beim Anvertrautsein nach Abs. 1, eine tatsächliche, sondern eine rechtliche Verfügungsmacht. Die ins Eigentum des Treuhänders übergegangenen Vermögenswerte sind jedoch dazu bestimmt, wieder an den Berechtigten zurückzufliessen. Sie sind wirtschaftlich fremd. Der Treuhänder hat sie deshalb unangetastet zu lassen und ist verpflichtet, dem Treugeber den Wert des Empfangenen ständig zu erhalten. Nur wo diese Werterhaltungspflicht besteht, befindet sich der Treuhänder in einer vergleichbaren Stellung mit demjenigen, der eine fremde bewegliche Sache erhalten und das Eigentum des Treugebers daran zu wahren hat. Voraussetzung der Veruntreuung von Vermögenswerten ist somit, dass die Vermögenswerte ins Eigentum des Täters übertragen werden und der Treuhänder verpflichtet ist, dem Treugeber den Wert des Empfangenen ständig zur Verfügung zu halten (Urteil des Kassationshofes des Bundesgerichts vom 5. April 2000, 6S.835/1999, E 1 c/aa). Da dem Treuhänder Eigentum an den Vermögenswerten übertragen wird, schützt Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB nicht das Eigentum des Treugebers, sondern dessen aus der Übereignung an den Treuhänder entstandenen obligatorischen Anspruch auf Rückgabe oder Weiterleitung der empfangenen Werte. Entsprechend besteht die tatbestandsmässige Handlung in einem Verhalten des Treuhänders, durch welches er eindeutig seinen Willen bekundet, den obligatorischen Anspruch des Treugebers zu vereiteln. Dies kann vor allem dadurch geschehen, dass der Treuhänder das Empfangene zu seinen eigenen Gunsten oder im Interesse eines Dritten verbraucht, veräussert oder verpfändet, ohne dem Treugeber bis zur bestimmungsgemässen Verfügung über die erhaltenen Vermögenswerte jederzeit entsprechende Gelder beziehungsweise Sachen in gleicher Art und Menge zur Verfügung zu halten (Rehberg/Schmid/Donatsch, Strafrecht III, 8. Auflage, Zürich 2003, S. 114 und 118). In subjektiver Hinsicht ist Vorsatz gefordert. Der Täter muss um das Anvertrautsein des Empfangenen wissen und dieses in seinem eigenen Nutzen oder in demjenigen eines Dritten verwenden wollen (vgl. Rehberg/Schmid/Donatsch, a.a.O., S. 115 und 119). Der Vorsatz muss sich mit anderen Worten auf die wirtschaftliche Fremdheit der Vermögenswerte und auf die Unrechtmässigkeit der Verwendung des Empfangenen beziehen (Niggli/Riedo, Basler Kommentar, Basel 2003, N 105 zu Art. 138 StGB). Nebst dem Vorsatz erfordert Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB auf der subjektiven Seite - wiewohl das Gesetz dies nicht ausdrücklich erwähnt - die Absicht unrechtmässiger Bereicherung. Darunter ist die Absicht des Täters zu verstehen, sich oder einem Dritten im Widerspruch zu Rechtsnormen einen Vermögensvorteil zu verschaffen (vgl. Rehberg/Schmid/Donatsch, a.a.O., S. 88 ff. und 119; Trechsel,

E. 26

Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkomentar, 2. Auflage, Zürich 1997, N 16 zu Art. 138 StGB und N 14 zu Art. 137 StGB). Jede wirtschaftliche Besserstellung, auf die ihr Empfänger keinen Rechtsanspruch besitzt, ist daher eine unrechtmässige Bereicherung.

Dabei ist auch zu beachten, dass gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung bereits eine vorübergehende Bereicherung genügt, um den Tatbestand der Veruntreuung zu erfüllen (BGE 91 IV 130 E 2a). An der „Absicht“ unrechtmässiger Bereicherung fehlt es im weiteren insbesondere dann, wenn der Täter zum Zeitpunkt der Tat den Willen hatte, fristgerecht Ersatz zu leisten, und darüber hinaus auch fähig war, dies zu tun. Unbeachtlich ist dagegen, ob sich der Täter subjektiv sicher war, Ersatz leisten zu können (vgl. Niggli/Riedo, a.a.O., N 109 und 119 zu Art. 138 StGB; BGE 119 IV 127). Die Ersatzbereitschaft besteht im Willen und in der tatsächlichen Möglichkeit des Täters, seine Treuepflicht zeitgerecht zu erfüllen. Der massgebliche Zeitpunkt hierfür ergibt sich jeweils aus dem Inhalt der ursprünglichen Vereinbarung zwischen Täter und Treugeber. Muss der Täter das Anvertraute gemäss dieser Vereinbarung jederzeit herausgeben können, so muss er auch jederzeit ersatzbereit sein (vgl. Trechsel, a.a.O., N 17 zu Art. 138; Niggli/Riedo, a.a.O., N 112 zu Art. 138 StGB). Hat der Täter die Vermögenswerte jedoch erst nach Ablauf einer bestimmten Frist beziehungsweise zu einem bestimmten Zeitpunkt zurückzugeben, muss auch erst auf diesen Zeitpunkt hin und nicht schon in der Zwischenzeit Ersatzbereitschaft bestehen (vgl. auch Niggli/Riedo, a.a.O., S 112 zu Art. 138 StGB). Nach der Rechtsprechung liegt Ersatzfähigkeit zudem nur vor, wenn das Geld für den Täter griffbereit ist, und nicht, wenn er es erst noch bei Dritten, welche ihm gegenüber zu keiner Leistung verpflichtet sind, beschaffen muss. Wer auf den guten Willen Dritter angewiesen ist, kann nicht als ersatzfähig gelten (vgl. BGE 91 IV 130, 118 IV 27 E 3b mit Hinweisen; Trechsel, a.a.O., N 17 zu Art. 138 StGB). b) Der Berufungskläger wurde von den Erben des D. beauftragt, die Liegenschaft an der AA. in AB. versteigern zu lassen. Am 22. November 1996 führte der Kreisnotar AG. die freiwillige öffentliche Steigerung durch. Die Liegenschaft wurde dem Meistbietenden für Fr. 496'000.-- zugeschlagen. Mit Schreiben vom 29. Januar 1997 teilte das Kreisnotariat AG. dem Berufungskläger mit, dass der nach Abzug der Kosten der Versteigerung verbleibende Nettosteigerungserlös von Fr. 488'992.80 am selben Tag überwiesen werde. Der Berufungskläger hat nie bestritten, dass er diesen Betrag erhalten hat, vielmehr hat er anlässlich der untersuchungsrichterlichen Einvernahme vom 6. September 2001 angegeben, er könne bestätigen, dass er am 29. Januar 1997 den Betrag erhalten habe (act. 20 der Staatsanwaltschaft Graubünden, S. 1 unten). Das Geld wurde auf ein bereits beste-

E. 27

hendes Konto des Berufungsklägers einbezahlt (untersuchungsrichterliche Einvernahme vom 6. September 2001, act. 20 der Staatsanwaltschaft Graubünden, S. 2 oben), wo es mit Geld des Berufungsklägers vermischt wurde. Dadurch ging der überwiesene Nettosteigerungserlös gemäss Lehre und Rechtsprechung ins Alleineigentum des Berufungsklägers über (BGE 116 IV 193 E 4, 112 IV 76, 101 IV 371 E 4b, 90 IV 188, 78 II 254, 47 II 270 f.). Der Berufungskläger war von den Erben des D. mit der Durchführung der Erbteilung betraut worden. In diesem Zusammenhang hatte er auch den Auftrag erhalten, den Verkauf der Liegenschaft AA. in AB. zu veranlassen (untersuchungsrichterliche Einvernahme vom 6. September 2001, act. 20 der Staatsanwaltschaft Graubünden, S. 1 unten). Offensichtlich hatte der Berufungskläger den Steigerungserlös daher lediglich treuhänderisch und mit der Auflage erhalten, diesen an die Erben des D. weiterzuleiten. Obwohl der Berufungskläger Eigentum am Steigerungserlös erlangt hatte, war dieser für ihn somit wirtschaftlich fremd. Der Geldbetrag war dem Berufungskläger folglich anvertraut im Sinne des Gesetzes. Indem der Berufungskläger den vom Nettosteigerungserlös nach Abzug der Passiven der Erbschaft D. verbliebenen Geldbetrag

zur Ausgleichung eines Kontos der AK. verwendete, verwendete er dieses Geld unrechtmässig. Er hatte das Geld erhalten mit dem Auftrag, dieses an die Erben des D. weiterzuleiten. Er hatte zugestandenermassen die Erben bezüglich der von ihm vorgenommenen Transaktion weder informiert, noch ihr Einverständnis eingeholt. Damit aber vers- tiess sein Verhalten offensichtlich gegen die Vereinbarung, die er mit den Erben getroffen hatte, nämlich dass er die Liegenschaft an der AA. in AB. für die Erben versteigern lassen und die Erbteilung durchführen, mithin das Geld den Erben ihren Erbquoten entsprechend ausbezahlen würde. Die vom Berufungskläger gewählte Verwendung des Geldes war folglich unrechtmässig. Worin diese unrechtmässige Verwendung bestand, ist - wie bereits unter Ziffer 1 d ausgeführt - unter dem Gesichtspunkt der Tatbestandsverwirklichung irrelevant. Daher ändert auch der Ein- wand des Berufungsklägers, er habe das Geld in ein EU-Projekt investiert und folg- lich nicht in ein Luftschloss, nichts. Damit ist der objektive Tatbestand der Verun- treuung erfüllt. Subjektiv ist Vorsatz notwendig. Der Berufungskläger wusste ohne Zweifel, dass das Geld aus der freiwilligen Versteigerung der Liegenschaft AA. in AB. für die Erben des D. bestimmt war und er es nicht für sich oder einen Dritten verwenden durfte (vgl. untersuchungsrichterliche Einvernahme vom 6. September 2001, act. 20 der Staatsanwaltschaft Graubünden, S. 2: „Ich war mir schon bewusst, dass ich die Erben hätte fragen müssen.“). Er wusste daher, dass das Geld ihm nur anvertraut worden war und dass es, obwohl es in sein Eigentum übergegangen war, für ihn wirtschaftlich fremd war. Ebenso war ihm zweifellos bewusst, dass er das Geld unrechtmässig verwendete (vgl. seine oben zitierte Aussage gegenüber dem

E. 28

Untersuchungsrichter). Damit aber hat der Berufungskläger vorsätzlich gehandelt. Schliesslich handelte der Berufungskläger auch in der Absicht, sich unrechtmässig zu bereichern. Durch das Ausgleichen des Kontos der AK. erreichte der Berufungs- kläger, dass er keine Zinsen mehr bezahlen musste. Der Verteidiger des Berufungs- klägers hat genau diesen Umstand als Motivation des Berufungsklägers zur Tat her- vorgehoben (Berufung, act. 01, S. 5). Damit aber war der Berufungskläger offen- sichtlich wirtschaftlich besser gestellt und somit bereichert, denn nun stand ihm das Geld, das er für die Zinsen hätte aufwenden müssen, für andere Verwendungen zur Verfügung beziehungsweise musste er kein Geld für die Zinszahlungen auftreiben, sich mithin nicht weiter verschulden. Selbst wenn der Berufungskläger in einem späteren Zeitpunkt in der Lage sein sollte, den Erben des D. das Geld - sogar mit Zinsen - zurückzubezahlen, so wäre er doch vorübergehend, nämlich in der Zeit zwischen dem Ausgleichen des Kontos der AK. und der Rückzahlung an die Erben, bereichert, was gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichtes genügt. Die Berei- cherung war zudem unrechtmässig, denn der Berufungskläger besass keinen Rechtsanspruch darauf. Die Absicht unrechtmässiger Bereicherung ist folglich ge- geben. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass es dem Berufungskläger nach seinen eigenen Angaben bisher zwar an der Ersatzfähigkeit gemangelt, er aber durchwegs den Ersatzwillen gehabt habe (Berufung, act. 01, S. 7 oben). Der Beru- fungskläger anerkennt, dass es ihm an der Ersatzfähigkeit mangelt. Dies ergibt sich auch aus den Akten. Der Berufungskläger lebt von einer AHV-Rente und dem Ein- kommen aus seinem Verwaltungsratsmandat, welches ihm jährlich Fr. 10'000.-- ein- bringt. Seine Schulden schätzt er auf insgesamt Fr. 1.5 Mio.. Aus der Pfändungsur- kunde vom 9. Januar 2001 (act. 14 der Staatsanwaltschaft Graubünden) geht her- vor, dass der Berufungskläger nur persönliche Effekten sowie Kompetenzstücke be- sitzt. Der Verteidiger hat anlässlich der

mündlichen Berufungsverhandlung vom 5. März 2003 in seinem Plädoyer geltend gemacht, wo nichts sei, könne man auch nichts holen (act. 11, S. 7 Mitte). Der Berufungskläger war und ist augenscheinlich aus eigener Kraft nicht ersatzfähig. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass er das Darlehen, welches er C. gewährt hat, grundpfandrechtl. gesichert haben will. Zum einen hat der Berufungskläger in der untersuchungsrichterlichen Einvernahme vom 6. September 2001 selbst angegeben, dass nicht klar sei, welchen Wert die Grundstücke auf dem Peloponnes, die als Pfand dienten, hätten, zum andern hat der Berufungskläger in derselben Einvernahme ausgesagt, dass er nicht beabsichtige, das Grundpfand durchzusetzen beziehungsweise die Pfandobjekte verwerten zu lassen (act. 20 der Staatsanwaltschaft Graubünden, S. 2 f.). Im übrigen kann von Ersatzfähigkeit nur gesprochen werden, wenn das Geld für den Täter griffbereit, mithin innert kürzester Frist realisierbar ist. Der Berufungskläger hat dem psychia-

E. 29

trischen Gutachter gegenüber selbst eingestanden, dass es gemäss seinem Wissen wegen des griechischen Rechtssystems sehr schwierig und teuer sei, diese Hypotheken auszulösen (psychiatrisches Gutachten Klinik St. Pirminsberg, act. 29, S. 7 Mitte). Ein langwieriges Verwertungsverfahren aber steht der Ersatzfähigkeit entgegen. Nachdem nun der Berufungskläger anerkanntermassen nicht ersatzfähig war und ist, kommt es auf den geltend gemachten Ersatzwillen nicht mehr an, denn die Absicht der unrechtmässigen Bereicherung ist nur zu verneinen, wenn kumulativ Ersatzwille und Ersatzfähigkeit gegeben sind. Das Verhalten des Berufungsklägers erfüllt damit sowohl die objektiven als auch die subjektiven Tatbestandsmerkmale der Veruntreuung. Die Vorinstanz hat den Berufungskläger folglich zu Recht der Veruntreuung schuldig erkannt. Die Berufung ist in diesem Punkt, sofern diesbezüglich überhaupt eine Anfechtung erfolgte, abzuweisen. 4. Der Berufungskläger rügt mit der Berufung auch die vorinstanzliche Strafzumessung. a) Bei der Überprüfung der vorinstanzlichen Strafzumessung setzt der Kantonsgerichts-ausschuss sein Ermessen anstelle desjenigen der Vorinstanz und wendet die Regeln über die Strafzumessung selbständig an. Er misst die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu, wobei er die Beweggründe, das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Schuldigen berücksichtigt (Art. 63 StGB). In BGE 117 IV 112 ff. hat das Bundesgericht grundsätzliche Bemerkungen zur Frage der Strafzumessung angebracht. Demnach muss sich der Begriff des Verschuldens auf den gesamten Unrechts- und Schuldgehalt der konkreten Straftat beziehen. Bei der Tatkomponente sind insbesondere zu beachten das Ausmass des verschuldeten Erfolges, die Art und Weise seiner Herbeiführung, die Willensrichtung, mit der der Täter gehandelt hat, und die Beweggründe, die Art. 63 StGB ausdrücklich erwähnt. Die Täterkomponente erfasst demgegenüber das Vorleben, insbesondere auch allfällige Vorstrafen, die persönlichen Verhältnisse, das Verhalten nach der Tat und im Strafverfahren, wie zum Beispiel Reue, Einsicht oder Strafempfindlichkeit (vgl. auch BGE 118 IV 14). Das Mass des Verschuldens variiert unter anderem mit der Schwere des deliktischen Erfolges, den unterschiedlich gravierenden Modalitäten der Tatbegehung und dem Mass der Entscheidungsfreiheit, das dem Täter zugeschrieben werden muss. Je leichter es für ihn gewesen wäre, die Rechtsgutverletzung zu vermeiden, je grösser also sein Handlungsspielraum war, desto grösser wiegt das Verschulden (vgl. auch BGE 118 IV 14; 124 IV 44 f.). Diese in die Waagschale gelegten Elemente wirken strafmindernd oder -erhöhend, wobei in der Begründung der Strafzumessung die Überlegungen des Richters nachvollziehbar sein

E. 30

müssen. Im weiteren ist der Richter nicht an die Höhe des von der Anklage geforderten Strafmasses gebunden. Vielmehr hat er das Strafmass innerhalb des gesetzlichen Rahmens nach sorgfältiger Würdigung des Falles ohne Bindung an feste Regeln und unter Berücksichtigung der Milderungs- und Schärfungsgründe zu bestimmen (vgl. Art. 126 Abs. 2 StPO). - Vorliegend sieht Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB einen Strafraum von Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder Gefängnis vor. b) Das Verschulden des Berufungsklägers wiegt nicht leicht. Er hat einen Betrag in Höhe von mehr als Fr. 400'000.--, der ihm übergeben worden war, um ihn an seine Klienten weiterzuleiten, für sich verwendet. Er hat damit das Vertrauen, das seine Klienten in ihn gesetzt haben, schamlos missbraucht und eine bedeutende kriminelle Energie zum Ausdruck gebracht. Sein Verhalten offenbart einen empfindlichen Mangel an Achtung vor den verbindlichen Regeln des Rechts, was angesichts der Tatsache, dass er im damaligen Zeitpunkt in der Rechtsberatung tätig war, umso schwerer wiegt. Kommt hinzu, dass von Anfang an offensichtlich war, dass das Geld, welches er in Griechenland investierte, erst in mehreren Jahren wieder zurückfliessen würde, wenn überhaupt. Der Berufungskläger wusste aufgrund seiner finanziellen Situation, dass er nicht in der Lage sein würde, seinen Klienten ihr Geld auszubezahlen, da er nicht über die dazu nötigen Mittel verfügte. Es war somit von Anfang an absehbar, dass das Geld den wirtschaftlich Berechtigten zumindest für längere Zeit, wenn nicht gar gänzlich entzogen werden würde. Trotzdem liess sich der Berufungskläger nicht davon abhalten, das ihm anvertraute Geld für sich zu gebrauchen. Der Berufungskläger macht geltend, er sei von der Realisierung des Projektes in Griechenland besessen gewesen. Diesbezüglich ist festzuhalten, dass dem psychiatrischen Gutachter dieses Engagement bekannt war. Trotzdem ist er zum Schluss gelangt, der Berufungskläger sei im Zeitpunkt der Tat zurechnungsfähig gewesen. Erheblich strafferhöhend wirkt die Vorstrafe aus dem Jahre 1996, die dasselbe Gebiet beschlägt wie die vorliegende Verurteilung, nämlich das Vermögensstrafrecht. Der Berufungskläger war offensichtlich nicht in der Lage, aus dem damaligen Strafverfahren und der Verurteilung die notwendigen Konsequenzen zu ziehen. Offenbar ohne grosse Bedenken hat er sich über die Warnwirkung der Vorstrafe hinweggesetzt. In diesem Zusammenhang macht der Verteidiger geltend, der Berufungskläger erachte noch immer das freisprechende Erkenntnis des Kreisgerichtes AF als massgebend und nicht die Verurteilung durch den Kantonsgerichtsausschuss Graubünden. Das Urteil des Kantonsgerichtsausschusses erging am 19. April 1996 und wurde am 27. August 1996 schriftlich eröffnet. In der Folge erhob der Berufungskläger Nichtigkeitsbeschwerde und staatsrechtliche Beschwerde beim Bundesgericht, welche beide von diesem mit Entscheid

E. 31

vom 11. November 1996, mitgeteilt am 13. November 1996, abgewiesen wurden. Dem Berufungskläger war somit mehr als zwei Monate vor der Veruntreuung bekannt, dass das Urteil des Kantonsgerichtsausschusses Bestand hatte und in Rechtskraft erwachsen war. Als ehemaligem Rechtsanwalt und Notar, der noch immer in der Rechtsberatung tätig war, musste ihm ohne Zweifel bewusst sein, dass das Urteil des Kantonsgerichtsausschusses an die Stelle des kreisgerichtlichen Erkenntnisses getreten war und nun alleinige Gültigkeit hatte. Es ist unter diesen Umständen nicht nachvollziehbar, dass der Berufungskläger tatsächlich das Urteil des Kreisgerichtes als massgebend erachtet haben könnte. Auf jeden Fall würde ihn ein solches Verhalten aber in keiner Weise entlasten, denn augenscheinlich

steht es ihm nicht frei, zwischen den Urteilen des Kreisgerichtes und des Kantonsgerichtsausschusses zu wählen. Zweifellos war dies dem Berufungskläger als ehemaligem Rechtsanwalt und Notar bekannt und bewusst. Seine Behauptung, es sei für ihn der Freispruch des Kreisgerichtes AF. massgebend gewesen, ist daher als Schutzbehauptung zu qualifizieren. Ebenso strafe erhöhend, wenn auch aufgrund des Zeitablaufs nur leicht, wirkt die Vorstrafe aus dem Jahre 1984. Der Berufungskläger ist im weiteren nur wenige Monate nach dem Urteil des Kantonsgerichtsausschusses Graubünden vom 19. April 1996 bereits wieder in bedeutender Weise straffällig geworden, mithin noch innerhalb der dreijährigen Probezeit, welche der Kantonsgerichtsausschuss ausgesprochen hatte. Auch dies ist stark strafe erhöhend zu werten. Der Berufungskläger macht in diesem Zusammenhang geltend, das Urteil des Kantonsgerichtsausschusses sei am 19. April 1996 nicht mündlich eröffnet worden und die schriftliche Mitteilung sei erst am 27. August 1996 erfolgt, worauf Nichtigkeitsbeschwerde und staatsrechtliche Beschwerde beim Bundesgericht erhoben worden seien, welche dann beide abgewiesen worden seien. Da es sich dabei um ausserordentliche Rechtsmittel handle, werde die Rechtskraft des Urteils des Kantonsgerichtsausschusses wohl auf den Zeitpunkt der Mitteilung zurückbezogen. In diesem Zeitpunkt aber habe sich die Vorgeschichte schon derart entwickelt gehabt, dass davon ausgegangen werden dürfe, er habe den Tatentschluss zur vorliegenden Tat bereits viel früher gefasst gehabt. Dies aber bedeute, dass vorliegend theoretisch eine Zusatzstrafe zum Urteil vom 19. April 1996 auszusprechen sei. Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. Zum einen ist der Täter gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht erst mit der Rechtskraft der Verurteilung „wegen einer anderen Tat zu Freiheitsstrafe verurteilt“ im Sinne von Art. 68 Ziff. 2 StGB, sondern schon mit der Urteilsfällung, unter der Voraussetzung, dass das Urteil später rechtskräftig wird. Für nach der Urteilsfällung begangene Delikte kommt daher eine Zusatzstrafe nicht in Betracht, vielmehr ist bei der Beurteilung solcher Delikte über den Widerruf des für die frühere Strafe gewährten bedingten Strafvollzugs

E. 32

ges zu entscheiden (BGE109 IV 87). Vorliegend wäre somit nur für Taten, die der Berufungskläger vor dem 19. April 1996 begangen hat, eine Zusatzstrafe auszufällen. Für Taten, die nach der Urteilsfällung, aber vor Ablauf der angesetzten Probezeit begangen worden sind, ist der Widerruf des mit Urteil des Kantonsgerichtsausschusses vom 19. April 1996 gewährten bedingten Strafvollzuges zu prüfen. Es ist vorliegend nicht davon auszugehen, dass der Berufungskläger bereits im April 1996, mithin acht Monate vor der Kreditgewährung an C., welche gemäss Berufungsschrift offenbar dringend war und den Berufungskläger in eine zeitliche Notlage brachte (act. 01, S. 5), und mindestens neun Monate vor der eigentlichen Tat, den Entschluss fasste, das Geld, welches aus der freiwilligen Versteigerung der Liegenschaft AA. in AB. vom 22. November 1996 an ihn überwiesen werden würde, für den Ausgleich des Kontos der AK. zu verwenden und damit zu veruntreuen. Zum andern spricht das Gesetz in Art. 68 Ziff. 2 StGB klarerweise davon, dass eine Zusatzstrafe auszufällen sei, wenn der Richter eine mit Freiheitsstrafe bedrohte Tat beurteilen müsse, die der Täter begangen habe, bevor er wegen einer andern Tat zu Freiheitsstrafe verurteilt worden sei. Eine Tat begangen hat der Täter aber nicht schon, wenn er erst den Tatentschluss gefasst hat. Vorliegend hat der Berufungskläger aber unbestreitbar erst nach Überweisung des Nettosteigerungserlöses am 29. Januar 1997 eine Veruntreuung begehen können, da ihm das Geld vorher weder anvertraut war, noch auch nur zur Verfügung stand. Selbst wenn der Berufungskläger vorliegen den Tatentschluss

noch vor Ausfällung des Urteils des Kantonsgerichts-ausschusses Graubünden vom 19. April 1996 gefasst hätte, wäre die Tathandlung erst mehrere Monate nach der Urteilsfällung erfolgt. Damit aber hat der Berufungskläger die Veruntreuung in jedem Fall nicht vor der Urteilsfällung am 19. April 1996 und übrigens auch nicht vor den Mitteilungen vom 27. August 1996 und vom 13. November 1996 begangen, weshalb vorliegend keine Zusatzstrafe in Betracht kommt. Strafmindernd veranschlagt der Kantongerichtsausschuss vorliegend das vollumfängliche Geständnis, die gewisse Einsicht, die sich daraus ableiten lässt, dass der Berufungskläger sein Verhalten selbst als „Dummheit“ qualifiziert, sowie die Tatsache, dass der Berufungskläger das Strafverfahren nicht erschwert und sich grundsätzlich kooperativ gezeigt hat. Lediglich sehr leicht strafmindernd wirkt die vom Berufungskläger an F. geleistete Zahlung in Höhe von Fr. 5'000.-- (vgl. Anhang zum Schreiben von Dr. iur. Carlo Portner an das Bezirksamt AB. vom 4. September 2002, Akten der Vorinstanz). Diesbezüglich ist festzuhalten, dass es sich um eine einmalige Zahlung gehandelt hat, die im Vergleich zur Summe, die der Berufungskläger F. schuldet, bescheiden ausgefallen ist. Gemäss Aktenlage sind keine weiteren Zahlungen erfolgt, auch nicht zum Beispiel kleinste Ratenzahlungen. Das Gericht kann sich des Eindrucks nicht erwehren, dass die Zahlung an F. weniger der

E. 33

Schadensbegleichung dienen sollte, als vielmehr durch die bevorstehende Hauptverhandlung vor der Vorinstanz motiviert war. Weiter strafmindernd wertet der Kantonsgerichtsausschuss, dass seit der Verübung der Tat mehr als sieben Jahre vergangen sind, in denen sich der Berufungskläger offensichtlich wohl verhalten hat und sich nichts hat zu schulden kommen lassen. Erheblich strafmindernd wirkt die aufgrund der Alters erhöhte Strafempfindlichkeit, die im übrigen auch im psychiatrischen Gutachten der Klinik St. Pirminsberg attestiert worden ist (act. 29, S. 21 Ziff. 5). Der Verteidiger hat anlässlich seines Plädoyers an der mündlichen Berufungsverhandlung im weiteren geltend gemacht, es sei ein mögliches Mitverschulden des Kreisnotars in die Überlegungen miteinzubeziehen, welcher in Kenntnis der früheren Verurteilungen das Geld an den Berufungskläger überwiesen habe (act. 11, S. 7). Dieser Argumentation kann in keiner Weise gefolgt werden. Niemand musste damit rechnen, dass der Berufungskläger erneut straffällig werden würde, gab es doch keine erkennbaren Anzeichen dafür. Und allein aus der Tatsache, dass der Berufungskläger im Abstand von zwölf Jahren zweimal mit dem Gesetz in Konflikt geraten war, konnte und durfte nicht geschlossen werden, er werde sich auch in Zukunft nicht gesetzeskonform verhalten. Dies zeigt sich sehr deutlich an der Tatsache, dass ihm der Kantonsgerichtsausschuss mit Urteil vom 19. April 1996 den bedingten Strafvollzug gewährt, mithin eine positive Prognose über das zukünftige Verhalten des Berufungsklägers gestellt hatte. Zudem hatten E. und F. dem Berufungskläger offenbar ein Mandat erteilt (vgl. Schreiben des Kreisnotars an den Berufungskläger vom 29. Januar 1997, act. 33 der Staatsanwaltschaft Graubünden, Anhang), ihm damit ihr Vertrauen ausgesprochen. Und schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass dem Kreisnotar keine weitere Prüfungspflicht zukam. Ein Mitverschulden des Kreisnotars steht daher ausser Frage. Strafmilderungsgründe sind keine ersichtlich, insbesondere wird eine Verminderung der Zurechnungsfähigkeit im psychiatrischen Gutachten verneint. Wie bereits einlässlich dargelegt, sind vorliegend keine Umstände gegeben, die ein Abweichen vom psychiatrischen Gutachten der Klinik St. Pirminsberg rechtfertigen würden. Strafschärfungsgründe liegen keine vor. Unter Berücksichtigung sämtlicher Strafzumessungsgründe erscheint dem Kantonsgerichtsausschuss die von der Vorinstanz

ausgefällte Strafe von zwei Jahren Gefängnis als etwas zu hoch. Die Berufung ist daher in diesem Punkt begründet, weshalb das vorinstanzliche Urteil diesbezüglich aufzuheben ist. In Anbetracht der gesamten Umstände und insbesondere des Zeitablaufs und der Strafempfindlichkeit und unter Berücksichtigung der Tatsache, dass eine Freiheitsstrafe von nicht mehr als 18 Monaten zur Bewährung ausgesetzt werden kann, erachtet der Kantonsgerichtsausschuss eine Gefängnisstrafe von 18 Monaten als dem Verschulden des Berufungsklägers angemessen.

E. 34

5. Bei diesem Strafmass ist im folgenden zu prüfen, ob dem Berufungskläger die Rechtswohlthat des bedingten Strafvollzuges gewährt werden kann. Die diesbezüglichen Anforderungen bestimmen sich nach Art. 41 StGB. a) Objektive Voraussetzung für die Gewährung des bedingten Strafvollzuges ist gemäss Art. 41 Ziff. 1 Abs. 1 und 2 StGB, dass eine Freiheitsstrafe von nicht mehr als achtzehn Monaten ausgesprochen wurde und der Verurteilte in den letzten fünf Jahren vor der Tat keine Zuchthaus- oder Gefängnisstrafe von mehr als drei Monaten wegen eines vorsätzlich begangenen Vergehens oder Verbrechens verbüsst hat (Rehberg, Strafrecht II, 6. Auflage, Zürich 1994, S. 93). Vorliegend wird eine Gefängnisstrafe von 18 Monaten ausgesprochen. Zudem musste der Berufungskläger in den letzten fünf Jahren vor der Tat weder eine Zuchthaus- noch eine Gefängnisstrafe verbüssen. Die objektiven Voraussetzungen für die Gewährung des bedingten Strafvollzuges sind somit erfüllt. b) Subjektiv ist erforderlich, dass Vorleben und Charakter des Angeklagten erwarten lassen, er werde durch den Aufschub der Freiheitsstrafe von weiteren Verbrechen oder Vergehen abgehalten. Mit anderen Worten muss ihm eine günstige Prognose gestellt werden können (Trechsel, a.a.O., N 13 zu Art. 41 StGB). Dabei ist es aber auch unter den nach Art. 41 Ziff. 1 Abs. 1 StGB zu berücksichtigenden Umständen nicht zulässig, einzelnen Kriterien eine vorrangige Bedeutung beizumessen und andere zu vernachlässigen oder überhaupt ausser Acht zu lassen, also etwa einseitig auf die Umstände der Tat abzustellen. Vielmehr sind neben den Tat Umständen das Vorleben und der Leumund sowie alle weiteren Tatsachen, welche gültige Schlüsse auf den Charakter des Täters und die Aussichten seiner Bewährung zulassen, in die Beurteilung miteinzubeziehen, um aufgrund einer Gesamtwürdigung zu entscheiden, ob der Verurteilte für dauerndes Wohlverhalten Gewähr bietet oder nicht (BGE 118 IV 100 f.; PKG 1994 Nr. 28, PKG 1993 Nr. 24 mit Hinweisen). Dabei genügt für eine positive Prognose weder die vage Hoffnung auf Bewährung (BGE 115 IV 82; 100 IV 133, 102 IV 63) noch die Annahme, der bedingte Strafvollzug vermöge den Verurteilten eher zu bessern als die Vollstreckung der Strafe (BGE 74 IV 195). In erster Linie ist also der Grundsatz der Spezialprävention massgebend (BGE 118 IV 100). Es ist jedoch offensichtlich, dass sich selbst durch eine umfassende und intensive Auseinandersetzung mit der Täterpersönlichkeit keine absolut zuverlässige Zukunftsvoraussage treffen lässt. Bei der Prüfung der günstigen Prognose im Sinne von Art. 41 Ziff. 1 Abs. 1 StGB steht daher die Frage im Vordergrund, unter welchen Voraussetzungen einem Verurteilten trotz unsicherer Zukunftsaussicht Vertrauen geschenkt werden kann (PKG 1993 Nr. 24 mit wei-

E. 35

teren Hinweisen). Vermag der Richter begründetes Vertrauen zu gewinnen, so ist der Vollzug aufzuschieben. Der Richter muss von der Besserungsaussicht mit Begründung überzeugt sein. Wo zwischen vager Hoffnung und Bedenken geschwankt wird, ist die

Gewährung des bedingten Strafvollzuges nicht angezeigt (BGE 100 IV 133; 115 IV 82; 118 IV 97; PKG 1993 Nr. 24), weil dann kein Vertrauen auf Bewährung herrscht. c) Vorliegend erschweren die Vorstrafen, welche beide auf dem Gebiet der Vermögensdelikte liegen, sowie die Tatsache, dass der Berufungskläger während laufender Probezeit erneut straffällig wurde, eine günstige Prognose. Andererseits hat sich der Berufungskläger vorliegend sofort geständig und zumindest teilweise einsichtig gezeigt. Er hat sich zudem aus der Rechtsberatung zurückgezogen. Insbesondere aber hat er sich in den mehr als sieben Jahren, die seit der vorliegend zu beurteilenden Tat vergangen sind, offensichtlich wohlverhalten und damit gezeigt, dass er willens und in der Lage ist, sich nun an die verbindlichen Regeln des Rechts zu halten und die Rechtsordnung zu respektieren. Im weiteren ist auch aufgrund des fortgeschrittenen Alters des Berufungsklägers zu erwarten, dass er in Zukunft nicht mehr straffällig werden wird. Schliesslich gilt es auch zu bedenken, dass der bedingte Strafvollzug, welchen der Kantonsgerichtsausschuss Graubünden dem Berufungskläger mit Urteil vom 19. April 1996 für eine Gefängnisstrafe von 16 Monaten gewährte, widerrufen wird und diese Strafe somit vollzogen werden muss (vgl. unten Ziff. 6). Es ist davon auszugehen, dass die Verbüssung dieser Strafe dem Berufungskläger eine gewichtige Warnung für die Zukunft sein wird (vgl. dazu BGE 116 IV 177; 117 IV 97; 122 IV 156; PKG 1994 Nr. 28). Kommt hinzu, dass auch die vorliegend ausgesprochene Strafe vollzogen werden kann, sollte sich der Berufungskläger während der Probezeit etwas zu Schulden kommen lassen. Der Berufungskläger steht somit unter dem Zwang zum Wohlverhalten. Der Kantonsgerichtsausschuss kommt unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände zum Schluss, dass dem Berufungskläger gerade noch eine günstige Prognose gestellt werden kann. Damit sind vorliegend die objektiven und subjektiven Voraussetzungen erfüllt, so dass dem Berufungskläger die Rechtswohltat des bedingten Strafvollzuges gewährt werden kann. d) Schiebt der Richter den Strafvollzug auf, so setzt er dem Verurteilten eine Probezeit von zwei bis fünf Jahren (Art. 41 Ziff. 1 Abs. 3 StGB). Die Dauer der Probezeit ist von den konkreten Umständen des Einzelfalles abhängig. Insbesondere sind Persönlichkeit und Charakter des Verurteilten sowie die Gefahr der Rückfälligkeit zu beurteilen. Je grösser die Rückfallgefahr, umso länger muss die Be-

E. 36

währungsprobe mit ihrem Zwang zum Wohlverhalten sein (vgl. BGE 95 IV 122). Wie bereits ausgeführt, sprechen die Vorstrafen und die Delinquenz während laufender Probezeit gegen eine günstige Prognose. Der Kantonsgerichtsausschuss Graubünden trägt diesen Tatsachen Rechnung, indem er die Probezeit auf 5 Jahre ansetzt. 6. Der Berufungskläger wurde mit Urteil des Kantonsgerichtsausschusses Graubünden vom 19. April 1996 zu einer Freiheitsstrafe von 16 Monaten Gefängnis verurteilt. Die Strafe wurde aufgeschoben bei einer Probezeit von drei Jahren. Der Berufungskläger hat die vorliegend zur Verurteilung gelangende strafbare Handlung im Jahre 1997 begangen. Er wurde daher während laufender Probezeit erneut straffällig. Es stellt sich folglich die Frage des Widerrufs des mit dem Urteil des Kantonsgerichtsausschusses gewährten bedingten Strafvollzuges für 16 Monate Gefängnis. a) Begeht der Verurteilte während der Probezeit ein Verbrechen oder Vergehen, so lässt der Richter die Strafe vollziehen (Art. 41 Ziff. 3 Abs. 1 StGB). Wenn begründete Aussicht auf Bewährung besteht, kann der Richter in leichten Fällen stattdessen, je nach den Umständen, den Verurteilten verwarnen, zusätzliche Massnahmen nach Art. 41 Ziff. 2 StGB anordnen und die im Urteil bestimmte Probezeit um höchstens die Hälfte verlängern (Art. 41 Ziff. 3 Abs. 2 StGB). Nach der Rechtsprechung ist ein leichter Fall im Sinne von Art. 41 Ziff. 3 Abs. 2 StGB in der Regel bei

Freiheitsstrafen bis zu drei Monaten anzunehmen. Ausnahmen sind möglich bei besonderen (objektiven oder subjektiven) Umständen, die nicht bereits für den Schuldspruch oder die Bemessung der Strafe bestimmend waren. Für die Annahme eines leichten Falles trotz einer Strafe von mehr als drei Monaten kann beispielsweise sprechen, dass der nachträgliche Vollzug der aufgeschobenen Strafe für den Täter eine unverhältnismässige Härte bedeuten würde, dass sich der Rückfall erst gegen Ende der Probezeit ereignet hat oder dass seit der neuen Verfehlung verhältnismässig lange Zeit verstrichen ist, in der der Verurteilte sich wohlverhalten hat (BGE 117 IV 97 E 3c, S. 102 f.). Die Annahme eines leichten Falles kommt jedoch nur in Betracht, wenn die Freiheitsstrafe in der Nähe von drei Monaten liegt (BGE 122 IV 156 E 3c). Das Bundesgericht hat bei einer fünf monatigen Gefängnisstrafe die Hypothese eines leichten Falles noch in Betracht gezogen (Urteil 6S.340/1999 vom 11.10.1999, E 2 und 6S.830/1997 vom 2.3.1998, E 1c, zitiert in Roland M. Schneider, Basler Kommentar, N 235 zu Art. 41 StGB), bei einer Gefängnisstrafe von sieben Monaten das Vorliegen eines leichten Falles jedoch verneint (BGE 122 IV 156 E 3c).

E. 37

b) Vorliegend wird eine Gefängnisstrafe von 18 Monaten ausgesprochen. Damit aber liegt die Strafe ganz erheblich über der zulässigen Grenze für die Annahme eines leichten Falles, mithin nicht mehr in deren Nähe. Die Höhe der auszufällten Strafe zeigt zudem deutlich, dass - wie bereits im Rahmen der Strafzumessung einlässlich dargelegt - von einem recht schweren Verschulden ausgegangen werden muss. Es kann daher nicht mehr von einem leichten Fall im Sinne von Art.

E. 41

Ziff. 3 Abs. 2 StGB gesprochen werden. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass der Strafvollzug für den Berufungskläger aufgrund seines Alters allenfalls eine unverhältnismässige Härte bedeuten kann. Ob ein leichter Fall im Sinne des Gesetzes vorliegt, ist grundsätzlich aufgrund der Schwere des Verschuldens zu entscheiden, welche sich normalerweise in der Höhe der Strafe zeigt (BGE 122 IV 156 E 3c). Gemäss Rechtsprechung wurde entschieden, dass bei einer Strafe von bis zu drei Monaten ein leichtes Verschulden und damit ein leichter Fall im Sinne des Gesetzes anzunehmen sei. Ausnahmen seien möglich, wenn besondere Umstände vorliegen. Besondere Umstände vermögen eine Ausnahme jedoch nur zu rechtfertigen, solange das Verschulden in der Nähe des leichten Falles - mithin in der Nähe von drei Monaten Gefängnis - liegt. Auch beim Vorliegen besonderer Umstände bleibt nämlich das Verschulden des Täters für die Beurteilung, ob ein leichter Fall im Sinne des Gesetzes vorliegt, zentral. Ein nicht mehr leichtes Verschulden hindert daher auch beim Vorliegen besonderer Umstände die Annahme eines leichten Falles. Das Bundesgericht hat deshalb entschieden, bei einer Gefängnisstrafe von sieben Monaten liege kein leichter Fall mehr vor (BGE 122 IV 156 E 3c). Vorliegend ist - wie bereits dargelegt - von einem recht schweren Verschulden des Berufungsklägers auszugehen, was sich im Strafmass von 18 Monaten Gefängnis sehr deutlich zeigt. Der Umstand, dass die Strafverbüsung für den Berufungskläger aufgrund seines Alters allenfalls eine unverhältnismässige Härte bedeuten kann, vermag daher keinen leichten Fall zu begründen. Diesem Umstand wäre gegebenenfalls vielmehr im Rahmen eines Verfahrens zur Prüfung der Hafterstehungsfähigkeit des Berufungsklägers Rechnung zu tragen. Schliesslich ist auch festzuhalten, dass der Berufungskläger auf demselben Gebiet wie früher ein Verbrechen begangen hat, welches schon grundsätzlich

nicht als leichter Fall gelten kann (vgl. auch BGE 128 IV 3 ff.). Nachdem nun das Vorliegen eines leichten Falles verneint werden muss, erübrigt es sich, die Aussicht auf Bewährung zu prüfen. Denn gemäss Gesetz kann bei erneuter Delinquenz innerhalb der Probezeit vom Widerruf des bedingten Straf- vollzuges nur abgesehen werden, wenn begründete Aussicht auf Bewährung besteht und kumulativ ein leichter Fall vorliegt. Da im hier zu beurteilenden Fall bereits das Vorliegen eines leichten Falles verneint werden muss, ist die Gewährung des bedingten Strafvollzuges für die mit Urteil des Kantonsgerichtsausschusses

38 Graubünden vom 19. April 1996 ausgesprochene Strafe von 16 Monaten Gefängnis zwingend zu widerrufen. Die Strafe ist folglich zu vollziehen. 7. Mit Eingabe vom 11. September 2001 hat F. vorliegend gegenüber dem Berufungskläger adhäsionsweise eine Zivilforderung in Höhe von Fr. 127'755.70 nebst Zins zu 5 % seit dem 3. April 2000 auf Fr. 125'224.40 geltend gemacht. Die Forderung setzt sich zusammen aus dem Guthaben der Adhäsions- klägerin aus dem Erbteilungsvertrag, datiert vom 7. Januar/14. Februar/28. Februar 2000 in Höhe von Fr. 125'224.40, den Kosten für den Zahlungsbefehl in Höhe von Fr. 200.--, den Pfändungskosten von Fr. 207.30 sowie den Aufwendungen für die anwaltlichen Bemühungen des Rechtsvertreters von F. bis zum 29. März 2001 in Höhe von Fr. 2'124.--. Die eingeklagte Forderung ist vollumfänglich ausgewiesen und wurde durch die Einlage der relevanten Dokumente, insbesondere des mass- geblichen Erbteilungsvertrages, unter Beweis gestellt (vgl. Adhäsionsklage samt Beilagen, act. 29 ff. der Staatsanwaltschaft Graubünden). Der Berufungskläger hat die Forderung von F. abzüglich des von ihm bereits bezahlten Betrages von Fr. 5'000.-- sowohl vor Schranken der Vorinstanz (angefochtenes Urteil, act. 46 der Staatsanwaltschaft, S. 22) als auch anlässlich der mündlichen Berufungsverhand- lung vor dem Kantonsgerichtsausschuss Graubünden am 5. März 2003 anerkannt (Plädoyer Verteidigung, act. 11, S. 1). Die Vorinstanz hat folglich zur Recht von der Anerkennung durch den Berufungskläger Vormerk genommen. - Am 26. September 2001 hat auch E. gegen den Berufungskläger eine Adhäsionsklage eingereicht. Er fordert die Bezahlung von Fr. 411'570.55. Diese Forderung setzt sich zusammen aus dem Nettosteigerungserlös aus der freiwilligen öffentlichen Versteigerung der Liegenschaft AA. in AB. in Höhe von Fr. 488'992.80, abzüglich des Erbanteils von F. gemäss Erbteilungsvertrag in Höhe von Fr. 125'224.40 sowie zuzüglich Zins in der Höhe von 2.5 % pro Jahr für fünf Jahre, was einem Betrag von Fr. 47'802.15 entspricht. E. hat zum Beweis seiner Forderung einzig das Schreiben des Kreisno- tars vom 29. Januar 1997 an den Berufungskläger eingereicht. Gemäss Erbteilungs- vertrag steht E. aus dem Nachlass des D. derselbe Erbanteil zu wie F. (vgl. act. 7 der Staatsanwaltschaft Graubünden, S. 2, Ziff. III). Die Forderung von E. gegenüber dem Berufungskläger wurde von der Vorinstanz in dem den Erbanteil gemäss Erb- teilungsvertrag übersteigenden Betrag als nicht ausgewiesen bezeichnet. Der Be- rufungskläger hat vor Schranken der Vorinstanz (angefochtenes Urteil, act. 46 der Staatsanwaltschaft, S. 22) sowie an der mündlichen Berufungsverhandlung vor dem Kantonsgerichtsausschuss Graubünden die Forderung von E. auch nur in Höhe des Erbanteils gemäss Erbteilungsvertrag anerkannt (Plädoyer Verteidigung, act. 11, S. 1). Was darüber hinaus geht, hat die Vorinstanz auf den Zivilweg verwiesen. Die

39 Vorinstanz hat zu Recht von der Anerkennung durch den Berufungskläger Vormerk genommen sowie den die Anerkennung übersteigenden Teil der Adhäsionsklage auf den Zivilweg verwiesen. E. hat dagegen kein Rechtsmittel ergriffen, so dass es diesbezüglich

beim vorinstanzlichen Erkenntnis bleibt. 8. a) Der Berufungskläger hat mit seiner Berufung auch den vorinstanzlichen Kostenspruch angefochten. In der Begründung geht er auf die Kosten jedoch nicht ein. Vorliegend ist der Berufungskläger mit seiner Berufung bezüglich der Höhe des Strafmasses und des bedingten Strafvollzuges durchgedrungen, die Verurteilung wegen Veruntreuung sowie der Widerruf wurden jedoch bestätigt. Unter diesen Umständen rechtfertigt es sich, die Kosten der Untersuchung, der Vorinstanz sowie der amtlichen Verteidigung im vorinstanzlichen Verfahren dem Berufungskläger zu auferlegen, da diese Kosten auch angefallen wären, wenn bereits die Vorinstanz eine bedingte Strafe ausgesprochen hätte. Der Berufungskläger hat im weiteren die von der Vorinstanz ausgesprochene ausseramtliche Entschädigung an F. in Höhe von Fr. 800.-- anlässlich der mündlichen Berufungsverhandlung vor dem Kantonsgerichtsausschuss Graubünden anerkannt (vgl. Plädoyer Verteidigung, act. 11, S. 1). E. hat im vorinstanzlichen Verfahren weder eine Entschädigung beantragt noch war er anwaltlich vertreten, so dass auf die Ausrichtung einer aussergerichtlichen Entschädigung an E. verzichtet wurde. Der vorinstanzliche Kostenspruch erweist sich unter diesen Umständen als rechtens (vgl. auch die Urteile des Kantonsgerichtsausschusses SB 00 48, SB 02 16 und SB 03 13). b) Da der Berufungskläger mit seiner Berufung in einem wesentlichen Punkt, nämlich der Höhe der Strafe sowie der Gewährung des bedingten Strafvollzuges, durchgedrungen ist, rechtfertigt es sich, die Kosten des Berufungsverfahrens je zur Hälfte dem Berufungskläger und dem Kanton Graubünden aufzuerlegen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung im Berufungsverfahren werden vom Kanton Graubünden vorschussweise übernommen und gehen je zur Hälfte zu Lasten des Berufungsklägers und des Kantons Graubünden (Art. 155 und Art. 160 StPO). Die Kosten des psychiatrischen Gutachtens der Klinik St. Pirminsberg hat der Berufungskläger zu tragen, da er die Einholung dieses Gutachtens verlangt hat, das Gutachten aber schlussendlich das bereits vorbestehende psychiatrische Gutachten der Klinik Waldhaus in Chur im Ergebnis bestätigt hat. Schliesslich hat der Berufungskläger F. angemessen ausseramtlich zu entschädigen. F. war gehalten, sich am vorliegenden Verfahren zu beteiligen, nachdem der Berufungskläger das vorinstanzliche Urteil vollumfänglich angefochten hatte (vgl. Rechtsbegehren der Berufung vom 6. Januar 2003, act. 1, S. 2).

40 Demnach erkennt der Kantonsgerichtsausschuss :

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