

## **SO\_GERICHTE ZZ.1989.15 vom 18. Januar 1989**

SO Obergericht, 1989-01-18, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so\\_gerichte\\_ZZ.1989.15](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_ZZ.1989.15)

FR: SO\_GERICHTE ZZ.1989.15 du 18 janvier 1989

IT: SO\_GERICHTE ZZ.1989.15 del 18 gennaio 1989

### **Regeste**

Art. 141 Abs. 1 StGB - Wer eine Forderung unterschlägt, ist nach Art. 141 Abs. 1 StGB strafbar.

### **Volltext**

SOG 1989 Nr. 15

Art. 141 Abs. 1 StGB- Wer eine Forderung unterschlägt, ist nach Art. 141 Abs. 1 StGB strafbar.

Dem Beschuldigten B. wurde von der A. AG irrtümlicherweise der für die B. SA bestimmte Betrag von Fr. 223'000.-- auf sein Postcheckkonto angewiesen. Dem Empfänger war sofort klar, dass das Geld nicht für ihn bestimmt war. Dennoch liess er wenige Tage nach Erhalt der Gutschriftsanzeige durch seine Ehefrau Fr. 17'000.-- abheben. Zwei Tage später bezog er selber Fr. 65'000.-- und später nochmals Fr. 140'000.--. Einen Teil des Geldes verbrauchte er. Den Rest gab er einem Kollegen zur Aufbewahrung. Das Obergericht verurteilte B. wegen wiederholter Unterschlagung, und zwar mit folgender Begründung:

3. Tatobjekt der Unterschlagung ist eine fremde bewegliche Sache. Das Strafgesetzbuch gibt keine nähere Umschreibung des Ausdrucks "Sache" ("chose", "cosa"), den es bei den Aneignungsdelikten (Art. 137-141), anderen Vermögensdelikten (Art. 143-145, 147) und bei den Betreibungs- und Konkursdelikten im Tatbestand des Verstrickungsbruchs (Art. 169) verwendet. Nach der in Literatur und Rechtsprechung vorherrschenden und vom Kassationshof in BGE 81 IV 158 bei der Auslegung des Hehlereitatbestandes (Art. 144) übernommenen Auffassung sind darunter nur körperliche Gegenstände zu verstehen, nicht auch Forderungen, soweit diese nicht in einem Wertpapier verkörpert sind. Dafür sprechen vor allem die Gesetzesmaterialien und der allgemeine Sprachgebrauch. Sowohl der herkömmliche Wortsinn wie die Ansicht des historischen Gesetzgebers beruhen auf dem Sachbegriff, wie ihn das Zivilrecht (Art. 713 ZGB) geprägt hat (BGE 103 IV 89; vgl. auch Schubarth, Die Systematik der Aneignungsdelikte, S. 23; zit. Systematik). Das Strafrecht ist jedoch vom Zivilrecht unabhängig, und es steht ihm frei, zivilrechtlichen Begriffen einen abweichenden Inhalt zu geben, der dem strafrechtlichen Bedürfnis, auf die wirtschaftlichen Gegebenheiten abzustellen, gerechter wird (BGE 87 IV 117 E. a, mit Verweisen).

Schon bald nach Einführung des Schweizerischen Strafgesetzbuches zeigte sich, dass der zivilrechtliche Sachbegriff im Strafrecht nicht ohne weiteres die ihm zugeordnete Funktion erfüllen konnte. Insbesondere mit dem Fortschritt der Technik vermochte er den Anforderungen an ein modernes Strafrecht nicht mehr zu genügen. Es bedurfte der Auslegung, um den Begriff der "Sache" so zu definieren, dass er dem Sinn und Zweck der Straftatbestände gerecht wurde und deren Anwendungsbereich nicht über Gebühr einschränkte. Die präjudizielle Wirkung von BGE 81 IV 158 schliesst eine weitere

Gesetzesauslegung zum Nachteil eines neuen Beschuldigten nach der Praxis des Bundesgerichts nicht aus, sofern sie sich als sinngemäss herausstellt. Der Kassationshof hat schon mehrfach aufgrund revidierter Auslegung Strafbarkeit in Fällen angenommen, die früher unter Bezug auf den Grundsatz "nullum crimen sine lege" als straflos erklärt worden waren (vgl. Germann, Zum Straftatbestand der Unterschlagung: Das Urteil im Fall Nehmad, in: ZStR 78 S. 423; zit. Unterschlagung). So sah sich das Bundesgericht nur wenige Jahre nach dem grundlegenden Entscheid über den Hehlereitattbestand gezwungen, den Sachbegriff neu zu überdenken. In BGE 87 IV 118 E. b führte es aus: "Den Beriff der Sache auch im Unterschlagungstatbestand in einem die veränderten wirtschaftlichen Verhältnisse berücksichtigenden weiteren Sinn aufzufassen, als ihn der historische Gesetzgeber verstanden hat, steht Art. 1 StGB nicht entgegen. Nach dieser Bestimmung ist jede Auslegung zulässig, die dem wahren Sinn des Gesetzes entspricht, wie er sich aus den dem Gesetz innewohnenden Wertungen und seinem Zweckgedanken logisch ergibt." Sodann kam es zum Schluss, dass die Anwendung von Art. 141 StGB nicht auf die Aneignung körperlicher Sachen beschränkt sei. Der Unterschlagung mache sich auch schuldig, wer in Bereicherungsabsicht über ein Bankguthaben verfüge, das, wie er weiss, seinem Konto irrtümlich gutgeschrieben wurde (BGE 87 IV 115).

Dieser Entscheid wurde ausser von Schultz (die Rechtsprechung in Strafsachen im Jahre 1961, in: ZBJV 99 S. 52 f.) und Germann (Unterschlagung, S. 410 ff.) von den meisten Autoren abgelehnt (vgl. Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, BT 1, 3. Aufl., S. 172; Rehberg, Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen, 4. Aufl., S. 65; Noll, Schweizerisches Strafrecht, BT 1, Delikte gegen den Einzelnen, S. 146 f.; Schwander, Das Schweizerische Strafgesetzbuch, 2. Aufl., N. 548b; Schubarth, Systematik, S. 18-23; derselbe, Reformbedürftigkeit der Vorschriften über die Aneignungsdelikte? in: ZStR 88, S. 282 ff.; zit. Reformbedürftigkeit.) Kritisiert wurde vor allem die wirtschaftliche Interpretation des Sachbegriffs. Wiederholt wurde darauf hingewiesen, dass der wirtschaftliche Sachbegriff dogmatisch nicht fassbar sei und die Abweichung vom zivilrechtlichen Sachbegriff beim Tatbestand der Unterschlagung zu einer Durchbrechung des Systems der Aneignungsdelikte führe, dem ein einheitlicher Sachbegriff eigen sei. Das Zürcher Obergericht hat diese Argumentation übernommen und unlängst einem Entscheid zugrundegelegt (SJZ 84 S. 122 f., ZR 87 S. 125 ff.).

4. Das Bundesgericht hat im Entscheid 87 IV 117 ff. vor allem auf den dem Tatbestand der Unterschlagung innewohnenden Zweckgedanken abgestellt. Unberücksichtigt gelassen hat es die nahe Verwandtschaft des Tatbestandes der einfachen Unterschlagung mit demjenigen der Veruntreuung und die Entstehungsgeschichte der beiden Bestimmungen, obwohl es in diesem Entscheid auch ausgeführt hat, dass im Rahmen solcher Gesetzesauslegung auch der Analogieschluss erlaubt sei, soweit er als Mittel der sinngemässen Auslegung diene (BGE 87 IV 118).

a) Im ersten Vorentwurf zum Schweizerischen Strafgesetzbuch waren Veruntreuung und einfache Unterschlagung dogmatisch nicht unterschieden. Der Tatbestand der Unterschlagung war so formuliert, dass er sowohl die einfache Unterschlagung als auch die Veruntreuung umfasste. Im Laufe der weiteren Vorarbeiten wurden Veruntreuung, Fundunterschlagung und einfache Unterschlagung sowohl dogmatisch als auch im Gesetz getrennt, d.h. es wurden über verschiedene Zwischenstationen die heute bekannten Bestimmungen der Unterschlagung und der Veruntreuung entwickelt (vgl. Übersicht bei Germann, Unterschlagung, S. 417 und Schubarth, Reformbedürftigkeit, S. 286, mit

Verweisen).

Aus Berichten über die Vorarbeiten zum Schweizerischen Strafgesetzbuch geht hervor, dass in der Praxis schon um die Jahrhundertwende das Bedürfnis vorhanden war, die Unterschlagung von Forderungen unter Strafe zu stellen (vgl. Verhandlungen der Expertenkommission des EJPD über den Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch, 1893/94, S. 377). Der Gesetzgeber wollte dem Wunsch der Praxis nach Pönalisierung der Unterschlagung von Forderungen und Darlehen entsprechen. Vor allem jene Fälle, wo jemand für einen Dritten eine Forderung einkassierte und das erhaltene Geld nicht weiterleitete, sollten mit der neu zu formulierenden Bestimmung erfasst werden. Dem Entwurf für eine Norm über die Unterschlagung wurde deshalb ein weiterer Absatz beigefügt, mit dem die Unterschlagung von "anvertrautem Gut, namentlich Geld" ausdrücklich pönalisiert wurde (vgl. Protokoll der 2. Expertenkommission, Bd. II, S. 308). Als "Gut" wurden dabei nicht nur die vertretbaren Sachen verstanden, die durch Vermischung in das Eigentum des Treuhänders übergehen und deshalb rechtlich keine "fremden Sachen" mehr sind. Der Begriff sollte weiter sein und nach dem Willen des historischen Gesetzgebers neben den vertretbaren Sachen auch die unkörperlichen Vermögenswerte umfassen (vgl. Zürcher, Erläuterungen zum Vorentwurf von 1908, S. 148; Protokoll der 2. Expertenkommission, Bd. II, S. 311). Offenbar hat der Gesetzgeber bei der Schaffung dieses neuen Absatzes nicht an Fälle wie den vorliegenden gedacht. Dass jemandem eine Forderung auch ohne seinen Willen zugehen kann, wurde nicht für möglich gehalten. Die Praxis zeigt jedoch, dass Fehlüberweisungen und Fehlgutschriften auf Bank- und Postcheckkonten keine Seltenheit sind. Allerdings können solche Fehler meist ohne grosse Umstände korrigiert werden. Nachdem der historische Gesetzgeber aber von einem erheblich weniger gut entwickelten Zahlungsverkehrssystem ausgegangen war -- und auch die Entwicklung, die sich auf diesem Gebiet in den folgenden Jahren ergeben würde, nicht abschätzen konnte -- kann nicht geschlossen werden, er habe die einfache Unterschlagung von Forderungen bewusst von Strafe ausnehmen wollen. Vielmehr muss aufgrund der Materialien geschlossen werden, dass hier ein Fall zur Beurteilung steht, den der historische Gesetzgeber bei der Formulierung dieses Tatbestandes nicht bedacht hat. Hingegen scheint in diesem Zusammenhang bedeutsam, dass der Gesetzgeber ein lückenloses System der Aneignungsdelikte hatte schaffen wollen.

b) Der historische Gesetzgeber ging bei der Formulierung von zwei Unterschlagungstatbeständen (heute als Unterschlagung und Veruntreuung im Gesetz) fälschlicherweise davon aus, dass die einfache Unterschlagung ein privilegierter Fall der Veruntreuung sei. Heute ist dagegen allgemein anerkannt, dass die einfache Unterschlagung -- entsprechend formuliert -- der Grundtatbestand aller Aneignungsdelikte ist. Für die vorliegenden Auslegungsfrage kann diese Fehlinterpretation des Systems der Aneignungsdelikte bedeutsam sein, wenn sich herausstellen sollte, dass der Gesetzgeber den Anwendungsbereich des "privilegierten Tatbestandes" gegenüber demjenigen des "Grundtatbestandes" hatte einschränken wollen.

Der Grund für die Formulierung von zwei separaten Bestimmungen über die Unterschlagung war der Wunsch, die Veruntreuung stärker zu bestrafen als die einfache Unterschlagung und die Fundunterschlagung. Das entscheidende Qualifikationsmerkmal, das nach Ansicht des historischen Gesetzgebers die unterschiedliche Strafandrohung rechtfertigte, lag darin, dass der Veruntreuer die Sache mit seinem Willen -- aufgrund einer zivilrechtlichen Verpflichtung -- erhält. Der Täter begeht einen Treuebruch, wenn er sich

die Sache aneignet. Andererseits gelangt derjenige, der eine einfache Unterschlagung begeht, ohne eigenes Dazutun, durch einen Irrtum oder Zufall in den Besitz des Deliktsguts und damit in die Lage, eine Unterschlagung begehen zu können. Der Unrechtsgehalt einer Veruntreuung ist ungleich höher.

Derjenige, der einen Vertrauensbruch begeht, um sich eine Sache anzueignen, handelt erheblich verwerflicher als derjenige, der durch Zufall oder Irrtum in Versuchung geführt, dieser nicht widerstehen kann. Keinen Einfluss auf die Strafbarkeit hat hingegen, ob das Deliktsgut zivilrechtlich fremd oder aufgrund einer gesetzlichen Bestimmung in das Eigentum des Täters übergegangen ist. Die wertmässige Differenzierung zwischen Veruntreuung und einfacher Unterschlagung, die sich im Verlaufe der Vorarbeiten durchsetzte, beruht ausschliesslich darauf, dass bei der Veruntreuung als gravierend der Verstoss gegen das besondere Verhältnis hinzukommt, gleichviel, ob eine Sache dem Täter anvertraut ist, die nach wie vor zivilrechtlich fremdes Eigentum bleibt, oder Geld, das unter Umständen zivilrechtlich durch Vermischung in das Eigentum des Täters übergegangen ist, oder anderes nur wirtschaftlich fremdes Gut, über welches der Täter die tatsächliche Verfügungsmacht erhält. Nicht im Objekt der Handlung liegt nach dem Gesetz die Qualifikation der Veruntreuung gegenüber der einfachen Unterschlagung, auch nicht im geschützten Rechtsgut, da der Verstoss gegen fremdes Eigentum im zivilrechtlichen Sinn bei den typischen Fällen der "fremden beweglichen Sache" nach Art. 140 StGB keine höhere Strafe begründet, sondern ausschliesslich im besonderen Vertrauensverhältnis, das bei der einfachen Unterschlagung nach Art. 141 StGB nicht vorliegt (vgl. Germann, Unterschlagung, S. 418 f.; vgl. auch Schubarth, Systematik, S. 38 ff., insbes. S. 39).

Den Materialien ist nichts darüber zu entnehmen, dass der Gesetzgeber mit der Formulierung eines zweiten Unterschlagungstatbestandes den Anwendungsbereich des einen gegenüber demjenigen des anderen hätte einschränken oder erweitern wollen (vgl. Protokoll der 2. Expertenkommission, Bd. II, S. 316). Ohne Not wird man deshalb davon ausgehen dürfen, dass der historische Gesetzgeber für die einfache Unterschlagung und die Veruntreuung denselben Anwendungsbereich vorgesehen hatte.

c) Massgebend für die Auslegung des Tatbestandes der Unterschlagung sind sodann die dem Gesetz zugrunde liegenden Wertungen und Zweckgedanken. Das Rechtsgut, dessen Schutz schon in den Vorentwürfen mit der zusätzlichen Bestimmung über den Einbezug des Geldes und von anderen unkörperlichen Vermögenswerten ohne Rücksicht auf den Übergang des Eigentums bezweckt worden war, ist offenbar nicht beschränkt auf das Eigentum nach den Normen des Zivilrechts, sondern sollte sich hier auch auf gleichartige Verhältnisse wirtschaftlich fremden Vermögens erstrecken, die wie die fremden beweglichen Sachen im Gewahrsam des Täters dessen rechtswidriger Verfügung durch Unterschlagung oder Veruntreuung ausgesetzt sind, nämlich wenn auch sie sich in der tatsächlichen Verfügungsmacht des Täters befinden (vgl. Germann, Unterschlagung, S. 418). Das Bundesgericht hat sich bereits eingehend mit dem Zweck des Tatbestandes der Unterschlagung auseinandergesetzt (BGE 87 IV 119). Demnach will Art. 141 StGB vor allem die rechtswidrige Aneignung (zu viel) bezahlten Geldes bei Kauf, Lohnzahlung, Geldwechsel usw. treffen (vgl. Hafer, BT 1, S. 234). Eine ebenso typische Unterschlagungshandlung liegt vor, wenn die irrtümliche Zahlung im Giroverkehr erfolgt und der Empfänger sie bösgläubig nicht zurückerstattet.

Wirtschaftlich steht die Übertragung eines Guthabens von einem Konto auf ein anderes der Barzahlung gleich. Dass der Inhaber des Kontos, dem die Überweisung gutgeschrieben

wird, zivilrechtlich nicht in den Besitz des Guthabens gelangt, sondern nur eine Forderung erwirbt, ist nicht entscheidend. Der Inhaber eines Bank- oder Postcheckkontos kann heute -- über Bancomat und Postomat -- seine Forderung gegenüber dem Geldinstitut jederzeit, unabhängig von Schalteröffnungszeiten, realisieren, d.h. die dem Konto gutgeschriebene Forderung kann er jederzeit in bares Geld umwechseln. Mit der irrtümlichen Gutschrift auf dem Konto erhält der Kontoinhaber die tatsächliche Verfügungsmacht über das Guthaben und kann darüber wie ein Alleinberechtigter verfügen (vgl. BGE 87 IV 119). In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass der bargeldlose Zahlungsverkehr heute allgemein üblich und bedeutend wichtiger als die Barzahlung ist. Er hat diese nicht nur gesamthaft, sondern vor allem was die Höhe der einzelnen Zahlungen anbelangt, überflügelt. Ohne den Giroverkehr wäre die moderne Wirtschaft nicht funktionstüchtig. Sogar im privaten Verkehr hat die Bezahlung per Check, Überweisung oder Kreditkarte in den letzten fünf Jahren enorm an Bedeutung gewonnen. Im kaufmännischen Verkehr sodann ist die Barzahlung zur grossen Ausnahme geworden. Es liegt deshalb auf der Hand, dass der Tatbestand der Unterschlagung in der heutigen Zeit seinen Zweck nicht mehr erfüllen könnte, würde er historisch ausgelegt und auf Bargeld beschränkt. Es läuft dem gesunden Menschenverstand und dem natürlichen Rechtsempfinden zuwider, wenn derjenige, der eine grosse Buchgeldforderung unterschlägt, freigesprochen und jener, der beim Einkauf das Wechselgeld auf Fr. 100.-- anstatt auf Fr. 20.-- kassiert, wegen Unterschlagung verurteilt wird.

d) In der Literatur wird wiederholt auf den einheitlichen Sachbegriff der Vermögensdelikte hingewiesen (vgl. Übersicht bei Schubarth, Systematik, S. 6 ff.). Die nähere Betrachtung zeigt jedoch, dass auch bei den Aneignungsdelikten kein einheitlicher Sachbegriff existiert. Teilweise ergeben sich die Unterschiede bereits aus dem Gesetz, teilweise entstanden sie erst durch die Rechtsanwendung. Im Tatbestand der Veruntreuung beispielsweise umfasst der Begriff der "fremden Sache" nur die nicht vertretbaren Sachen, während vertretbare Sachen -- die bei anderen Aneignungsdelikten ebenfalls unter den Begriff der "fremden Sache" subsumiert werden -- unter den Begriff des "Gutes" fallen. Andererseits setzen einige Tatbestände den Gewahrsam des Täters am Tatobjekt und damit notwendigerweise die Körperlichkeit der Sache voraus (vgl. BGE 87 IV 119), während bei anderen -- unter anderem der Unterschlagung -- genügt, dass die Sache dem Täter zukommt. Der Begriff der Aneignung hingegen erfordert nicht, dass das Angriffsobjekt eine körperliche Sache sei; es genügt, dass der Täter über den fremden Vermögenswert dargestalt verfügen kann, dass dieser dem Berechtigten dauernd entzogen und der Herrschaft des Täters unterworfen wird. Der Verweis auf die Systematik der Aneignungsdelikte erscheint deshalb wenig überzeugend. Jedenfalls folgt daraus keineswegs zwingend, dass das Tatobjekt bei allen Aneignungsdelikten auf körperliche Sachen beschränkt sei.

e) Die vorstehenden Erwägungen erhellen, dass die Aneignung irrtümlich geleisteter Girozahlungen unter Art. 141 StGB zu subsumieren und als Unterschlagung im Sinn des Gesetzes zu bestrafen ist.

Obergericht Strafkammer, Urteil vom 18. Januar 1989

Das Urteil wurde am 2. März 1990 vom Bundesgericht bestätigt.

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