

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



---

Geschäfts-Nr.: SB110213-O/U/jv

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. P. Marti, Präsident, lic. iur. R. Naef und  
Ersatzoberrichter lic. iur. B. Gut sowie die Gerichtsschreiberin  
lic. iur. R. Huser

## Urteil vom 14. Juli 2011

in Sachen

### Staatsanwaltschaft Zürich - Limmat,

vertreten durch Leitenden Staatsanwalt Dr. iur. A. Eckert,  
Stauffacherstr. 55, Postfach, 8026 Zürich,  
Anklägerin und I. Berufungsklägerin (Rückzug)

sowie

**A.** \_\_\_\_\_,

Privatkläger und II. Berufungskläger  
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. \_\_\_\_\_  
sowie vertreten durch lic. iur. Y. \_\_\_\_\_

gegen

**B.** \_\_\_\_\_,

Beschuldigter und Berufungsbeklagter

betreffend **Veruntreuung**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichts Zürich, Einzelgericht,  
vom 28. Januar 2011 (GG100463)**

**Anklage:**

(Urk. 19)

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 14. Oktober 2010 ist diesem Entscheid angeheftet.

**Urteil der Vorinstanz:**

(Urk. 33)

**"Es wird erkannt:**

1. Der Beschuldigte ist nicht schuldig und wird freigesprochen.
2. Auf das Schadenersatzbegehren des Privatklägers A.\_\_\_\_\_ wird nicht eingetreten.
3. Die Gerichtsgebühr wird auf Fr. 1'000.-- festgesetzt. Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
4. Die Kosten, einschliesslich derjenigen der Untersuchung werden dem Beschuldigten auferlegt.
5. (Mitteilungen)
6. (Rechtsmittel)"

**Berufungsanträge:**

- a) Der Privatklägerschaft A.\_\_\_\_\_ :  
(Urk. 43 S. 2)

1. Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 28. Januar 2011 sei aufzuheben.

2. Der Beschuldigte sei der Veruntreuung im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB schuldig zu sprechen.
  3. Der Beschuldigte sei zu einer Geldstrafe von 150 Tagessätzen zu CHF 140.-- (entsprechend CHF 21'100.--) als Zusatzstrafe zum Strafbefehl vom 15. Mai 2007 des Verhörortes des Kantons Schwyz zu verurteilen.
  4. Die Geldstrafe sei zu vollziehen.
  5. Eventualiter sei der Beschuldigte wegen Betrug gemäss Art. 146 StGB zu verurteilen.
  6. Die Schadenersatzforderung des Privatklägers sei adhäsionsweise in der Höhe von CHF 111'765.85 anzuerkennen.
  7. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Beschuldigten.
- b) Der Staatsanwaltschaft:  
(Urk. 40; schriftlich)
- Keine Anträge
- c) Des Beschuldigten:
- Keine Anträge

### **Erwägungen:**

1. Verfahrensgang und Prozessuales
  - 1.1. Am 2. November 2010 erhob die Staatsanwaltschaft Zürich - Limmat Anklage gegen den Beschuldigten wegen Veruntreuung. Die erstinstanzliche Hauptverhandlung fand am 24. Januar 2011 statt. Das Urteil wurde am 28. Januar 2011 gefällt und dem Privatkläger am 1. Februar 2011 zugestellt (Urk. 28/2). Dieser meldete am 8. Februar 2011, somit innert der 10-tägigen Frist von Art. 399 Abs. 1 StPO (Datum Poststempel), Berufung an (Urk. 29). Das begründete Urteil wurde

dem Privatkläger am 2. März 2011 zugestellt (Urk. 31/2). Die schriftliche Berufungserklärung vom 21. März 2011 ging rechtzeitig innert der 20-tägigen Frist von Art. 399 Abs. 3 StPO ein. Die Staatsanwaltschaft zog ihre Berufung am 3. März 2011 zurück (Urk. 32). Von deren Rückzug ist Vormerk zu nehmen. Am 26. April 2011 teilte die Staatsanwaltschaft mit, dass sie keine Beweisanträge stelle (Urk. 40).

1.2. In der Folge wurde ordnungsgemäss zur Berufungsverhandlung auf den 14. Juli 2011 vorgeladen (Urk. 41), zu welcher der Beschuldigte – mangels Abholung seiner Vorladung – unentschuldigt nicht erschienen ist (Urk. 42 und Prot. II S. 4). Erscheint ein Berufungsbeklagter trotz ordnungsgemässer Vorladung unentschuldigt nicht zur mündlichen Berufungsverhandlung, anlässlich welcher die von der Privatklägerschaft im Schuld- oder Strafpunkt erhobene Berufung Prozess thema ist, so wird ein Abwesenheitsverfahren nach Art. 366 ff. StPO durchgeführt [Art. 407 Abs. 2 StPO (Hug in Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Hrsg.: Donatsch/Hansjakob/Lieber, Zürich, Basel, Genf 2010, N 10 zu Art. 407)]. Was genau mit dem Verweis auf das "Abwesenheitsverfahren nach Art. 366 ff. StPO" gemeint ist, lässt sich allerdings nicht ableiten. HUG verweist (N 1 zu Art. 407) darauf, dass sich die Säumnisfolgen im Berufungsverfahren von denjenigen im erstinstanzlichen Verfahren unterscheiden. Art. 366 StPO nennt in den Abs. 1 - 4 die Voraussetzungen, unter denen ein erstinstanzliches Abwesenheitsverfahren durchgeführt werden kann. Bei genauer Betrachtung beziehen sich die Abs. 1 - 3 auf das erstinstanzliche Verfahren, während Abs. 4 (beschuldigte Person hat sich im bisherigen Verfahren bereits ausreichend zu den vorgeworfenen Straftaten geäussert; die Beweislage lässt ein Urteil ohne Anwesenheit der beschuldigten Person zu) für das erstinstanzliche Verfahren und das Berufungsverfahren gilt. Art. 407 StPO nennt eigene Voraussetzungen dafür, wann ein Abwesenheitsverfahren durchzuführen ist (Art. 407 Abs. 2 StPO), weshalb die in Art. 366 Abs. 1 - 3 StPO genannten Voraussetzungen – wegen der restriktiven Auslegung des Abwesenheitsverfahrens im Berufungsverfahren – nicht völlig analog auch im Berufungsverfahren gelten. Es stellt sich somit die Frage, ob gemäss Hinweis auf die Bestimmungen von Art. 366 ff. StPO im Berufungsverfahren auch sämtliche Verfahrensschritte gemäss Art. 366 ff. StPO, wie sie für das erst-

instanzliche Hauptverfahren gelten, durchzuführen sind oder ob bei unentschuldigtem Fernbleiben der ordnungsgemäss vorgeladenen beklagten beschuldigten Person schlicht "in Abwesenheit" derselben verhandelt werden kann. Diesbezüglich sind gewisse Parallelen zu Art. 366 Abs. 3 StPO auszumachen: Gemäss dieser Bestimmung kann das Gericht sofort – folglich ohne zweite Vorladung – einen Entscheid in Abwesenheit der beschuldigten Person fällen, wenn sich diese selber in den Zustand der Verhandlungsunfähigkeit versetzt hat oder sie sich weigert, aus der Haft zur Hauptverhandlung vorgeführt zu werden (Schmid, StPO Praxiskommentar, Art. 366 N 8, Zürich / St. Gallen 2009; Summers in Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Hrsg.: Donatsch, Hansjakob, Lieber, Zürich, Basel, Genf 2010, N 20 zu Art. 366). In der Regel weiss eine beschuldigte Person, gegen die ein Berufungsverfahren durchgeführt wird, dass bereits ein erstinstanzliches Urteil vorliegt. Wenn eine beschuldigte Person in Kenntnis des Umstandes, dass ein Verfahren durchgeführt wird, trotz ordnungsgemässer Vorladung unentschuldig der Berufungsverhandlung fernbleibt, ist das durchaus jener Situation gleichzusetzen, wenn sie sich weigert, aus der Haft vorgeführt zu werden. Somit kann heute direkt "in Abwesenheit" der beklagten beschuldigten Person, also ohne zweite Vorladung, verhandelt und entschieden werden. Somit erging das vorliegende Abwesenheitsurteil nach der heute durchgeführten Berufungsverhandlung, zu der der Privatkläger sowie sein Rechtsvertreter erschienen sind (Prot. II S. 4).

1.3. Die erstinstanzliche Festsetzung der Kosten und deren Auflage an den Beschuldigten wurden vom dadurch beschwerten Beschuldigten nicht angefochten, weshalb diese Ziffern (3 und 4 des vorinstanzlichen Urteils, Urk. 33) in Rechtskraft erwachsen sind.

1.4. Der Vertreter des Privatklägers brachte anlässlich der Berufungsverhandlung den Einwand, dass es sich bei der Darlehenssumme nicht bloss um Fr. 50'000.- zuzüglich Fr. 5'000.- Zinsen, sondern um einen Betrag von Fr. 70'000.- zuzüglich Zinsen handle. Weiter stellte er den Eventualantrag, der Beschuldigte sei wegen Betruges im Sinne von Art. 146 StGB zu verurteilen (Urk. 43 S. 3).

Art. 350 Abs. 1 StPO bestimmt, dass das Gericht an den in der Anklage umschriebenen Sachverhalt gebunden ist (Immutabilitätsprinzip). Die Anklageschrift vom 14. Oktober 2010 erwähnt einen Darlehensbetrag von Fr. 50'000.- beziehungsweise die vereinbarte Rückzahlung von Fr. 55'000.- (inkl. Zins) und keinen Betrag in der Höhe von Fr. 70'000.- (zzgl. Zinsen). Weiter umschreibt sie auch nicht den Tatbestand des Betruges. Es stellt sich vorliegend die Frage einer Rückweisung der Anklage im Sinne von Art. 329 Abs. 2 StPO zwecks Ergänzung. Die Erfüllung des Tatbestands von Art. 146 Abs. 1 StGB erfordert jedoch eine arglistige Täuschung. Betrügerisches Verhalten ist strafrechtlich erst relevant, wenn der Täter mit einer gewissen Raffinesse oder Durchtriebenheit täuscht. Einerseits muss sich aus der Art und Intensität der angewendeten Täuschungsmittel eine erhöhte Gefährlichkeit ergeben (betrügerische Machenschaften, Lügengebäude). Einfache Lügen, plumpe Tricks oder leicht überprüfbare falsche Angaben genügen demnach nicht. Andererseits erfolgt die Eingrenzung des Betrugstatbestands über die Berücksichtigung der Eigenverantwortlichkeit des Opfers. Danach ist ausgehend vom Charakter des Betrugs als Beziehungsdelikt, bei welchem der Täter auf die Vorstellung des Opfers einwirkt und dieses veranlasst, sich selbst durch die Vornahme einer Vermögensverfügung zugunsten des Täters oder eines Dritten zu schädigen, zu prüfen, ob das Opfer den Irrtum bei Inanspruchnahme der ihm zur Verfügung stehenden Selbstschutzmöglichkeiten hätte vermeiden können. Wer, wie vorliegend der Privatkläger, einer ihm nicht näher bekannten Person, bloss aufgrund von deren Dokortitel und des guten Glaubens, dass diese das Darlehen werterhaltend in eine Arztpraxis an guter Lage (C.\_\_\_\_\_) investieren werde, ohne weitere Abklärungen eine Vermögensdisposition in eingeklagter Höhe veranlasst, lässt mitnichten die nötige Vorsicht walten. Kommt hinzu, dass bei einem Darlehensgeschäft, bei welchem der Jahreszinsfuss – wie vorliegend – bei 30 % liegt, ein gewisses Misstrauen seitens des Darlehensgebers an der Sicherheit des Rechtsgeschäfts vorausgesetzt werden darf. Wer sich mithin mit einem Mindestmass an Aufmerksamkeit selbst hätte schützen beziehungsweise den Irrtum durch ein Minimum zumutbarer Vorsicht hätte vermeiden können, wird strafrechtlich nicht geschützt (Entscheid des Bundesgerichtes 6B\_147/2009 Urteil vom 9. Juli 2009). Entsprechend scheidet vorliegend aufgrund

der Opfermitverantwortung die Arglist als notwendiges Tatbestandsmerkmal für den Betrug aus. Eine Rückweisung der Anklage an die Staatsanwaltschaft kommt folglich nicht in Frage.

## 2. Sachverhalt

Dem Beschuldigten wird vorgeworfen, er habe vom Privatkläger am 6. Juni 2003 ein Darlehen über Fr. 50'000.- zwecks Eröffnung einer ... Praxis erhalten. Im schriftlichen Darlehensvertrag sei die Rückzahlung im Betrag von Fr. 55'000.- (inkl. Zins) bis spätestens 1. Oktober 2003 vereinbart gewesen. Der Beschuldigte habe in der Folge dieses Darlehen jedoch nicht zurückbezahlt, sondern das Geld im Februar 2004 seinem Bruder übergeben. Durch diese unrechtmässige Verwendung des zweckgebundenen Darlehens habe er sich der Veruntreuung schuldig gemacht, da das Geld in der Folge nicht mehr erhältlich gemacht werden konnte (Urk. 19 S. 3).

Der Beschuldigte anerkannte, dass er das Darlehen vom Privatkläger im Zusammenhang mit der Praxiseröffnung erhalten, für seinen Bruder verwendet und dem Privatkläger bis heute nicht zurückbezahlt habe (Urk. 7 S. 1 f.; Urk. 8 S. 2; Urk. 24 S. 2).

## 3. Vorinstanzliche Urteilsbegründung

Die Vorinstanz sprach den Beschuldigten vom Vorwurf der Veruntreuung frei. Unter Hinweis auf den Basler Kommentar und den Bundesgerichtsentscheid 124 IV 9 hielt der Einzelrichter fest, dass beim Darlehen die übertragenen Vermögenswerte nur dann veruntreut werden könnten, wenn die Vertragsparteien eine Werterhaltungspflicht vereinbart hätten (Urk. 33 S. 5, Erw. III. 2.). Im vorliegenden Fall verneinte der Einzelrichter eine solche Werterhaltungspflicht. Zum einen, weil die im Verhältnis zum Wert der Praxis eher geringe Höhe der Darlehenssumme sowie die kurze Darlehensdauer von rund vier Monaten dafür spreche, dass das Darlehen dafür bestimmt gewesen sei, laufende kurzfristige Kosten (Miete etc.) zu bezahlen, was eine werterhaltende Investition ausschliesse. Andererseits zeige die gleichzeitig vereinbarte Pflicht, die Rückzahlung des Darlehens durch den

Abschluss einer Lebensversicherung abzusichern, dass der Privatkläger davon ausgegangen sei, dass die Darlehenssumme während der Laufzeit des Darlehens nicht vorhanden sei oder zumindest eine diesbezügliche Gefahr bestehe.

#### 4. Berufungsbegründung

Der Privatkläger machte unter Hinweis auf BGE 120 IV 122 geltend, im Zeitraum ab Empfang der Darlehenssumme bis zur Verwendung zum vereinbarten Zweck müsse der Darlehensnehmer die empfangenen Vermögenswerte treuhänderisch verwalten, weshalb eine Werterhaltungspflicht und somit eine Veruntreuung im Sinne von Art. 138 StGB auch vorliegend zu bejahen sei (Urk. 34 S. 4; Urk. 43 S. 5). In der Pflicht zum Abschluss einer Lebensversicherung sei die Absicht zu erkennen, die Forderung aus dem Darlehen selbst im Todesfall zu gewährleisten, was ebenfalls für eine Werterhaltungspflicht spreche (Urk. 34 S. 6; Urk. 43 S. 6 f.). Schliesslich sollten vom Darlehen Einrichtungsgegenstände für die Arztpraxis und das Mietzinsdepot bezahlt werden. Dabei handle es sich insbesondere im Hinblick auf die kurzfristige Laufzeit des Darlehens um wertstabile Investitionen, worin die Werterhaltungspflicht ebenfalls zu erkennen sei (Urk. 34 S. 6; Urk. 46 S. 7). Weiter verweist der Privatkläger anlässlich der Berufungsverhandlung auf den Entscheid BGE 120 IV 117, gemäss welchem es seiner Meinung nach keiner schriftlichen Verpflichtung zu einer werterhaltenden Investition durch den Darlehensnehmer bedürfe. Vielmehr reiche eine mündliche Abrede über den Verwendungszweck des gewährten Darlehens (Urk. 43 S. 5).

Auf diese Einwände wird im Folgenden einzugehen sein.

#### 5. Rechtsprechung und Literatur zur Veruntreuung beim Darlehen

5.1. Sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Literatur gehen die Meinungen erheblich auseinander, unter welchen Voraussetzungen die zweckwidrige Verwendung der Darlehenssumme den Tatbestand der Veruntreuung erfülle (vgl. z.B. die entsprechenden Hinweise in BGE 120 IV 120 lit. d). Bereits dieser Umstand erweckt zumindest rechtspolitische Bedenken, im Falle eines Rückzahlungsverzugs mittels privatrechtlicher Auslegung des Darlehensvertrags eine

messerscharfe Grenze zwischen schwarz und weiss, d.h. zwischen Strafbarkeit und Strafflosigkeit zu ziehen. Der erste Artikel des Strafgesetzbuches statuiert, dass keine Strafe wegen einer Tat verhängt werden darf, die das Gesetz nicht ausdrücklich unter Strafe stellt. Das Bundesgericht hat in diesem Zusammenhang selbst und zu Recht festgelegt, dass gesetzliche Bestimmungen des Strafgesetzbuches so auszulegen sind, wie sie vernünftigerweise vom Rechtssuchenden verstanden werden dürfen (BGE 114 Ia 28; Anselm von Feuerbach: "nulla poena sine lege certa"). Ob die zweckwidrige Verwendung eines Darlehens nun aber von einem Laien ohne Weiteres unter den Tatbestand der Veruntreuung gemäss Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB subsumiert würde, darf zumindest in Frage gestellt werden.

5.2. Den Grundtatbestand der Veruntreuung gemäss Art. 138 Ziff. 1 Abs. 1 StGB erfüllt jemand, welcher sich eine ihm fremde bewegliche Sache, die ihm von einem Dritten anvertraut worden ist, aneignet. Es muss eine fremde Sache sein, die dem Täter treuhänderisch übergeben, d.h. anvertraut worden ist. Der Unrechtsgehalt liegt darin, dass der Täter über eine Sache wie seine eigene verfügt und er um die Unrechtmässigkeit weiss, weil ihm die Sache nicht gehört (Andreas Donatsch, Strafrecht III, 9. Aufl. Zürich 2008, S. 109 ff.). Das Darlehen passt von seiner rechtlichen Konzeption insofern nicht in dieses Grundtatbestandsschema, da der Darlehensnehmer das Eigentum am übertragenen Vermögenswert erhält, weshalb dieser Vermögenswert nicht mehr fremd und somit nicht anvertraut ist, sondern vielmehr dem Darlehensnehmer gehört (Art. 312 OR). Der Absatz 2 der Bestimmung von Art. 138 Ziff. 1 StGB stellt nun aber auch unter Strafe, wer ihm anvertraute Vermögenswerte unrechtmässig verwendet. Damit wurde das Erfordernis der Fremdheit der Sache und somit des sachenrechtlichen Eigentums fallen gelassen. Soll die Veruntreuung auch in dieser Variante eine Art Aneignungsdelikt bleiben, so muss das Schutzobjekt zwar nicht mehr rechtlich, so doch aber wirtschaftlich im fremden "Eigentum" stehen (BGE 94 IV 138; Donatsch, a.a.O. S., 262 N 54; Günter Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I, 7. Aufl. Bern 2010, S. 311). Insofern ist es nicht ausgeschlossen, dass auch ein Darlehen unter diese Tatbestandsvariante der Veruntreuung fällt.

5.3. Beim Darlehen besteht vom Grundsatz her keine Pflicht, das Geld zu „verwahren“ bzw. treuhänderisch zu verwalten. Der Darlehensnehmer hat lediglich die Pflicht, Waren derselben Art bei Vertragsende bzw. am vereinbarten Termin dem Darlehensgeber zu verschaffen, in diesem Sinne hat er keine echte *Rückgabepflicht*, sondern eine blosser Leistungspflicht (Art. 312 OR; ZK-Higi, N 10 zu Art. 312 OR). Dieser Umstand ist deshalb strafrechtlich problematisch, weil einhellig die Meinung herrscht, dass die blosser Verletzung vertraglicher Leistungspflichten grundsätzlich nicht durch das Strafrecht geschützt ist (Art. 59 III aBV; Verbot des Schuldverhaftes, vgl. dazu Hans Schultz, ZBJV 131, 1995, S. 840). So wird beispielsweise auch nicht die Auffassung vertreten, der Verkäufer, der nach Erhalt des Kaufpreises seiner Pflicht zur Übergabe des Kaufgegenstandes nicht nachkomme, sei wegen Veruntreuung im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 1 StGB zu bestrafen. Dies obschon gemäss Art. 184 Abs. 1 OR Nutzen und Gefahr bereits mit Abschluss des Kaufvertrags auf den Käufer übergehen, weshalb der Verkäufer die Sache zwischen Vertragsschluss und Übergabe somit oft ebenfalls im Interesse des Käufers hält und zwecks Übergabe erhalten muss. Da nun aber der Unrechtsgehalt bei einer zweckwidrigen Verwendung anvertrauter fremder Ware oftmals ähnlich ist wie bei einer zweckwidrigen Verwendung einer erhaltenen Darlehenssumme, war oder ist ein Teil der Literatur und Rechtsprechung immer wieder bestrebt, Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB auch auf Darlehen anzuwenden. Dabei wird oft ausser Acht gelassen, dass auch beim Darlehen mit vereinbartem Verwendungszweck der Darlehensnehmer grundsätzlich frei über die Sache verfügen darf bzw. kann, weil das Zivilrecht beim Darlehen keine rechtlichen Mittel zur zwangsweisen Durchsetzung des Verwendungszwecks kennt; dem Darlehensgeber steht bei Verletzung des Verwendungszweckes durch den Borger lediglich Schadenersatz und die Möglichkeit einer ausserordentlichen, vorzeitigen Kündigung des Darlehens zur Verfügung (Zürcher Kommentar, Peter Higi, Bd. V2b, Zürich 2003, N 40 Vorbem. zu Art. 312 - 318). Mit anderen Worten, im Gegensatz zum typischen Treuhandverhältnis hat der Darlehensgeber von vornherein stets nur einen obligatorischen Anspruch auf Wertersatz. In diesem Sinne ist auch die Risikoverteilung bei recht- oder unrechtmässigem Verbrauch oder Untergang der empfangenen Sache im Darlehensverhältnis stets klar. Aufgrund der Vertragsfrei-

heit ist nun aber auch denkbar, dass Darlehensverträge vom Normaltypus von Art. 312 ff. OR abweichen. Dabei entwickelten sich im Strafrecht verschiedene Ideen, wann solche Darlehensvertragsvarianten für die Veruntreuung "geeignet" sind. Zum einen, wenn der Täter die Darlehenssumme nicht im eigenen Interesse, sondern im unmittelbaren Interesse des Darlehensgebers bzw. eines anderen empfängt (Donatsch, a.a.O. S. 120, Ziff. 2.312 lit. b; Stefan Trechsel, Praxiskommentar StGB, Zürich/St. Gallen 2008, N 14 zu Art. 138; BGE 86 IV 167). Diese Überlegung fusst im Gedanken, dass im typischen Fall einer Veruntreuung ein Treuhandverhältnis vorliegt in dem Sinne, dass der Täter die Sache, welche er sich unrechtmässig aneignet, mit der Verpflichtung empfangen hat, sie in bestimmter Weise im Interesse eines anderen zu verwenden (Andreas Donatsch, Strafrecht III, 9. Aufl. Zürich 2008, S. 109, Ziffer. 1.22). Dieses Interesse muss unmittelbar sein, das heisst es kann sich nicht um das blosses Interesse handeln, den Darlehensbetrag bzw. ein Betrag in derselben Höhe wie seinerzeit dem Borger übergeben (die sogenannten Valuta) wieder zurück zu erhalten, denn dieses Interesse wäre ohne Weiteres jedem Darlehen eigen. Es muss sich vielmehr um ein Interesse des Darlehensgebers handeln, welches ähnlich jenem des Treugebers im Treuhandverhältnis ist und auf einen weiteren Zweck, ein weiteres Ziel erstreckt. Hier rückt das Darlehen faktisch wieder in die Nähe eines Treuhandverhältnisses, weshalb auch eine Veruntreuung als möglich erscheint. Einen etwas anderen Ansatzpunkt verfolgt die Auffassung, die zweckwidrige Verwendung eines Darlehens sei dann als Veruntreuung zu qualifizieren, wenn das Geld mit einer ständigen Werterhaltungspflicht übergeben worden sei (Donatsch, a.a.O. S. 123; BSK Strafrecht II - Alexander Niggli / Christof Riedo, N 67 zu Art. 138 StGB). Dies sei etwa dann der Fall, wenn die Art der vereinbarten Verwendung die wirtschaftliche Sicherheit des Darleihers, d.h. die Begrenzung des Verlustrisikos zum Ziel habe (BSK Strafrecht II - Niggli / Riedo, a.a.O.). Während dies bei einem Darlehen zu Glücksspielzwecken klar verneint werden kann (BGE 129 IV 257), fragt es sich, ob diese Werterhaltungspflicht nicht bei jedem Darlehen zum Zweck des Erwerbs von Sachwerten (Baukredit, Auto, Computer etc.) der Fall sein dürfte. Diese Frage kann vorliegend allerdings offen bleiben (vgl. weiter unten, Ziff. 6.1.).

5.4. Im Entscheid 86 IV 167 hat das Bundesgericht seinerzeit entschieden, dass die zweckwidrige Verwendung eines Darlehens dann keine Veruntreuung sei, wenn das Geld einzig im Interesse des Darlehensnehmers und nicht in jenem des Darlehensgebers überlassen worden sei (Erw. 3). Im Entscheid 120 IV 117 bestätigte das Bundesgericht unter Verweis auf den vorgenannten Entscheid, dass bei einem Darlehen im alleinigen Interesse des Darlehensnehmers eine Veruntreuung nicht möglich sei (Erw. 2.c). Auch hier dringt die Überlegung durch, dass das Erfordernis der (ev. gleichzeitigen) Wahrnehmung der Interessen des Darlehensgebers die Bedeutung hat, dass der Darlehensnehmer nicht „wie ein Eigentümer in alleinigem, eigenem Interesse“ über das Geld verfügen darf, was offenbar als gleichwertig mit der beschränkten Verfügungsmacht bei „anvertrautem“ Gut im Treuhandverhältnis betrachtet wird. Weiter hielt das Bundesgericht in diesem Entscheid fest, dass dort, wo aus Gründen des Zivilrechts die Fremdheit der Sache nicht gegeben sei, trotzdem eine Veruntreuung möglich sei, vorausgesetzt, der Fall sei mit der eigentlichen Veruntreuung im Sinne von Art. 140 Ziff. 1 Abs. 1 StGB (entspricht dem heutigen Art. 138 Ziff. 1 Abs. 1 StGB) vergleichbar in dem Sinne, dass das Unrecht strukturell gleichwertig sei (Erw. 2.e). Nach der in jenem Entscheid vertretenen Auffassung sei dies dann der Fall, wenn der Darlehensnehmer vertraglich verpflichtet sei, während der Dauer des Darlehens den Wert des empfangenen Darlehens ständig zu erhalten (Erw. 2.e und 2.f; sogenannte Werterhaltungspflicht). Immerhin ist zu bemerken, dass in jenem Fall der Beschuldigte die Pflicht hatte, den erhaltenen Geldbetrag für den spekulativen Kauf und Wiederverkauf einer Liegenschaft mit Gewinn zu verwenden. Solche Verträge mit Zweckbestimmung im Interesse des Geldgebers, kombiniert mit auftragsrechtlichen Elementen kommen jedenfalls stark in die Nähe des fiduziarischen Rechtsgeschäfts, welches wiederum gar kein Darlehen ist (vgl. dazu ZK-Higi, Bd. V 2b, N 90, Vorbem. zu Art. 305 – 311). Dieser Entscheid des Bundesgerichts wurde zum Teil befürwortet, zum Teil aber auch heftig kritisiert (vgl. Hans Schultz, ZBJV 131, 1995, S. 838 ff.). Jörg Rehberg hielt daran fest, dass der Borger im Darlehensvertrag auch bei vereinbartem Verwendungszweck nie eine Werterhaltungspflicht hat, weshalb er eine Veruntreuung beim Darlehen ablehnte (ZStrR 1981 S. 366).

5.5. Im Entscheid 124 IV 9 bestätigte das Bundesgericht im Wesentlichen seine auf den vorgenannten Entscheiden basierende Rechtsprechung. Ausdrücklich hielt es daran fest, dass nebst der genannten Werterhaltungspflicht auch ein Interesse des Darlehensgebers am vereinbarten Verwendungszweck vorhanden sein müsse (Erw. 1.d). Es verwies ausdrücklich auf BGE 120 IV 117, wo eine zumindest in Ansätzen greifbar gewordene gemeinsame Verwirklichung von Interessen vorhanden gewesen sei (gemeinsamer Erwerb einer Liegenschaft mit Beteiligung am Spekulationsgewinn). Gleichzeitig zitiert es Schultz, welcher als Beispiel gemeinsamer Interessen des Darlehensgebers und Darlehensnehmers eine Gewinnbeteiligung oder die Vermittlung von Aufträgen oder Arbeit nennt. Es müsse sich um eine Vereinbarung handeln, die ihrer Art nach auf ein gemeinschaftliches Wirken der Parteien ziele, ohne dass geradezu eine einfache Gesellschaft gegründet werden müsse (Erw. 1.c). In Abweichung von der Meinung von Schultz und der in BGE 120 IV 117 zitierten Meinung, erklärt das Bundesgericht im besagten Entscheid dann allerdings, dass *ein Interesse des Darleihers im Hinblick auf die Begrenzung seines Verlustrisikos genüge*. Es bejahte die Veruntreuung bei zweckwidriger Verwendung eines gewöhnlichen Baukredits (Erw. 1.e). Bei einem Baukredit hat der Darlehensgeber jedoch in der Regel nie ein eigenes unmittelbares Interesse am Verwendungszweck, welches über den Sicherungsgedanken hinausgeht. Aus diesem Grund ist auch nicht nachvollziehbar, wenn das Bundesgericht festhält, dass der in BGE 124 IV 9 geschilderte Fall weitgehend mit jenem in BGE 120 IV 117 vergleichbar sei (BGE 124 IV 12 Erw. 1.e). Wenn sich die Wahrung fremder Interessen durch den Darlehensnehmer jedenfalls auf die Minimierung des Verlustrisikos beschränkt, würde sich die Frage nach der Interessenlage erübrigen und das Abstellen auf die Werterhaltungspflicht wäre einziges Kriterium.

## 6. Im vorliegenden Fall

6.1. Der Privatkläger führte in seiner polizeilichen Befragung aus, dass ihm der Beschuldigte erklärt habe, er brauche Geld, um eine Arztpraxis zu eröffnen (Urk. 6 S. 2). Er habe dringend Geld benötigt, um den Mietvertrag zu unterschreiben. Auch in seiner Strafanzeige erwähnte der Beschuldigte als Zweck des Dar-

lehensvertrags pauschal die Praxiseröffnung (Urk. 1 S. 3). Dass darüber hinaus ein noch konkreterer Verwendungszweck vereinbart wurde, lässt sich – entgegen der Behauptung des Vertreters des Privatklägers – weder den Aussagen des Privatklägers noch jenen des Beschuldigten entnehmen. Etwas anderes wurde vom Privatkläger auch nicht anlässlich der Berufungsverhandlung behauptet. Selbst sein Vertreter betonte, dass das Darlehen "nur und einzig im Hinblick auf die zu eröffnende Arztpraxis des Beschuldigten gewährt wurde." (Urk. 43 S. 4). Auch als dieser auf den von ihm zitierten Entscheid BGE 120 IV 117 verweist, führt er aus, dass er "dem Beschuldigten das Darlehen im Hinblick auf die Eröffnung einer ... Praxis im C.\_\_\_\_\_ gewährt" habe (Urk. 43 S. 5). Eine anderweitige Abrede macht er selbst an diesem Punkt nicht geltend. Damit steht aber auch bereits fest, dass der Beschuldigte keine vertragliche Pflicht hatte, das Darlehen für den Erwerb von werthaltigen Sachwerten zu verwenden, welche als Haftungssubstrat bei Zahlungsverzug hätten dienen können. Der Privatkläger spinnt den Gedanken zu wenig weit, wenn er der Ansicht ist, die Investition eines Darlehens in eine zu eröffnende Arztpraxis sei per se eine sichere und werterhaltende Anlage desselben (Urk. 43 S. 4 ff.). Denkbar und zulässig gewesen, wäre beispielsweise auch die Bezahlung von Mietzinsen, Löhnen, Telefonrechnungen, Bewilligungen oder sonstigen laufenden Kosten der Arztpraxis. Genau solche Ausgaben sind jedoch keine werthaltigen Investitionen. So machte selbst die Privatklägerschaft geltend, das Darlehen hätte u.a. in das Mietzinsdepot – was nicht zwingend eine sichere Wertanlage sein muss – einbezahlt werden sollen. Ob der Beschuldigte tatsächlich von einem Teil des Geldes Einrichtungsgegenstände gekauft hat, spielt keine Rolle, da es gemäss der geschilderten Rechtsprechung auf den *vereinbarten* Vertragszweck ankommt und nicht auf das tatsächlich Erworbene. Schliesslich ist auch offensichtlich, dass der Privatkläger kein eigenes, unmittelbares Interesse an der Arztpraxis hatte. Sein Interesse lag einzig beim Rückerhalt der Darlehenssumme samt Zinsen.

Der vom Vertreter zitierten Bundesgerichtsentscheid 120 IV 122 greift nicht. Dabei handelt es sich eher um einen Geschäftsbesorgungsvertrag mit einer Bank als um einen Darlehensvertrag. Beim Bankauftrag spielt die Interessenslage eine Rolle, weshalb dieser Entscheid nicht – wie von der Privatklägerschaft geltend ge-

macht – als Parallelfall zum vorliegenden herangezogen werden kann. Zudem ist zum erwähnten Entscheid Folgendes auszuführen: Soweit das Bundesgericht im Entscheid 120 IV 122 vor der Investition in den Verwendungszweck ein Auftragsverhältnis zur treuhänderischen Verwahrung der Valuta (hingegebene Geldsumme) abgeleitet hat, findet dies in der einschlägigen privatrechtlichen Literatur zum Darlehen keine Stütze (anstelle vieler: ZK-Higi, Vorbem. zu Art. 312 - 318, insbesondere N 39 f.; Heinrich Honsell, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 9. Aufl. Bern 2010, S. 269 und S. 272; BSK OR I - Schäfer/Maurenbrecher, N 18a zu Art. 312). Ein Darlehen – auch vor Erreichung des vereinbarten Verwendungszwecks – ist im Gegensatz zum Auftrag weder zwingend jederzeit kündbar (Art. 404 OR), noch besteht eine Pflicht zur Rechenschaftsablegung (Art. 400 OR), noch schuldet der Darlehensgeber einen Aufwandsatz für die Verwahrungskosten (Art. 402 OR), noch trifft den Darlehensnehmer eine arbeitsrechtliche Sorgfaltspflicht und Haftung (Art. 398 OR). Umgekehrt haftet der Darlehensnehmer im Gegensatz zum Auftrag auch für Untergang durch Zufall, d.h. die Rückerstattungspflicht besteht auch bei zufälligem Untergang der Valuta. Selbst wenn man mit der strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts von einem Auftragsverhältnis ausginge, so würde auch dies eine Werterhaltungspflicht voraussetzen, denn fast bei jedem zweckgebunden Darlehen gibt es einen zeitlichen Zwischenraum zwischen Erhalt der Valuta und Verwendung zum vereinbarten Zweck; ansonsten würde – wiederum entgegen der Auffassung des Bundesgerichts – jede zweckwidrige Verwendung der Valuta den Tatbestand der Veruntreuung erfüllen.

6.2. Ob man nun die oben erwähnte Auffassung als richtig betrachtet, wonach beim Darlehen ohnehin nie ein Werterhaltungspflicht bestehe (oben Ziff. 5.4.), ob man sich der Meinung zur Interessenlage anschliesst (oben Ziff. 5.4. und 5.5.) oder ob man auf die neuere Rechtsprechung zur Werterhaltungspflicht abstellt (oben Ziff. 5.5.), spielt vorliegend im Resultat keine Rolle. Es fehlt beim vorliegenden Darlehensvertrag sowohl an einem unmittelbaren Interesse des Privatklägers an der Verwendung des Geldes (genau so wie im Fall des Entscheids 86 IV 167) als auch an einer Werterhaltungspflicht im Sinne der erwähnten Bundesgerichtsrechtssprechung. Dabei spielt es keine Rolle, dass die, nach Darstellung des Pri-

vatklägers, luxuriös eingerichtete Arztpraxis insgesamt als Haftungssubstrat hätte dienen können (Urk. 6 S. 3; Urk. 43 S. 4). Auch dieser Umstand betrifft lediglich den Anschein der Kreditwürdigkeit, nicht jedoch den vertraglichen Verwendungszweck der Darlehenssumme. Im Resultat ist deshalb der Vorinstanz zuzustimmen, dass der Tatbestand der Veruntreuung nicht erfüllt ist, weshalb der Beschuldigte unabhängig davon, ob sein Verhalten ein Vertrauensmissbrauch darstellte und zu einem Vermögensschaden führte, freizusprechen ist.

6.3. Nicht zu folgen wäre der Begründung der Vorinstanz, wonach die Darlehenssumme von Fr. 50'000.- und die kurze Laufzeit gegen werterhaltende Investitionen sprechen (Erw. III. 4). Selbstverständlich liesse sich auch mit diesem Betrag grundsätzlich ein werterhaltender Gegenwert erwerben. Auch die Verpflichtung zum Abschluss einer Lebensversicherung steht nicht im Widerspruch zur Vereinbarung einer Werterhaltungspflicht, denn bei jedem Darlehen bleibt stets ein Restrisiko hinsichtlich der Rückzahlung; der Tatbestand der Veruntreuung hängt nicht davon ab, wie vorsichtig der Darlehensgeber ist.

Der Beschuldigte ist somit vom Vorwurf der Veruntreuung freizusprechen.

## 7. Zivilforderung

7.1. Der Privatkläger macht eine Schadenersatzforderung in der Höhe von Fr. 111'765.85 geltend (Urk. 43 S. 3), welche sich aus dem Darlehensbetrag, Zins, Anwalts-, Gerichts- und Betreuungskosten zusammensetzt (vgl. Zusammenstellung in Urk. 23/2).

7.2. Gemäss Art. 126 Abs. 1 lit. b StPO entscheidet das Gericht auch über die anhängig gemachte Zivilklage, wenn es den Beschuldigten zwar freispricht, sich der Sachverhalt betreffend den Zivilanspruch aber als spruchreif erweist. Die Zivilforderung im Umfang des vereinbarten Rückzahlungsbetrages von Fr. 55'000.-, resultierend aus dem gewährten Darlehen, ist im vorliegenden Fall liquid, ausgewiesen und vom Beschuldigten anlässlich der Hauptverhandlung vor Vorinstanz anerkannt worden (vgl. Urk. 2/2; Urk. 24). Entsprechend fand auch dieser Betrag Eingang in die Anklageschrift (Urk. 19). Folglich ist der Beschuldigte zu verpflich-

ten, dem Privatkläger Schadenersatz von Fr. 55'000.- zuzüglich 5 % Zins seit 1. Oktober 2003 zu bezahlen. Im Mehrbetrag ist der Privatkläger mit seiner Schadenersatzforderung auf den Weg des ordentlichen Zivilprozesses zu verweisen.

#### 8. Kosten- und Entschädigungsfolgen

8.1. Der Privatkläger obsiegt in einem Teilbereich, in dem der Beschuldigte heute verpflichtet wird, einen Teil der vom Privatkläger geltend gemachten Schadenersatzforderung zu bezahlen (vgl. Ziff. 7.2.). Mit seinem Hauptantrag unterliegt er jedoch. Es rechtfertigt sich folglich, die Kosten des Berufungsverfahrens dem Privatkläger zu drei Vierteln und zu einem Viertel dem Beschuldigten aufzuerlegen (vgl. Art. 428 Abs. 1 StPO).

8.2. Dem Verfahrensausgang entsprechend ist der Beschuldigte zu verpflichten, dem Privatkläger eine reduzierte Prozessentschädigung für das Berufungsverfahren von Fr. 500.- zu bezahlen.

8.3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr ist auf Fr. 3'000.- festzusetzen.

#### **Es wird beschlossen:**

1. Vom Rückzug der Berufung der Staatsanwaltschaft wird Vormerk genommen.
2. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 10. Abteilung, vom 28. Januar 2011 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist:

#### **"Es wird erkannt:**

- 1.-2. (...).
3. Die Gerichtsgebühr wird auf Fr. 1'000.-- festgesetzt. Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
4. Die Kosten, einschliesslich derjenigen der Untersuchung werden dem Beschuldigten auferlegt.
5. (...).

6. (Mitteilungen)
  7. (Rechtsmittel)"
3. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

**Es wird erkannt:**

1. Der Beschuldigte B. \_\_\_\_\_ wird vom Vorwurf der Veruntreuung freigesprochen.
2. Der Beschuldigte wird verpflichtet, dem Privatkläger Schadenersatz von Fr. 55'000.-- zuzüglich 5 % Zins seit 1. Oktober 2003 zu bezahlen. Im Mehrbetrag wird der Privatkläger mit seiner Schadenersatzforderung auf den Weg des ordentlichen Zivilprozesses verwiesen.
3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 3'000.--.
4. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Privatkläger zu drei Vierteln auferlegt und zu einem Viertel dem Beschuldigten auferlegt.
5. Der Beschuldigte wird verpflichtet, dem Privatkläger eine reduzierte Prozessentschädigung für das Berufungsverfahren von Fr. 500.-- zu bezahlen.
6. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
  - an den Beschuldigten PERSÖNLICH
  - die Staatsanwaltschaft Zürich - Limmat
  - Rechtsanwalt Dr. iur. X. \_\_\_\_\_ im Doppel für sich und zuhanden der Privatklägerschaft A. \_\_\_\_\_sowie in vollständiger Ausfertigung an
  - an den Beschuldigten PERSÖNLICH
  - die Staatsanwaltschaft Zürich - Limmat
  - Rechtsanwalt Dr. iur. X. \_\_\_\_\_ im Doppel für sich und zuhanden der Privatklägerschaft A. \_\_\_\_\_

und nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an

- die Vorinstanz
  - die Koordinationsstelle VOSTRA zur Entfernung der Daten gemäss Art. 12 Abs. 1 lit. d VOSTRA unter Beilage einer Kopie von Urk. 16/1
  - an die Kantonspolizei Zürich, KIA-ZA, mit separatem Schreiben (§ 34a POG)
7. Der Beschuldigte kann innert **10 Tagen** seit Erhalt des Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, I. Strafkammer, schriftlich oder mündlich eine **neue Beurteilung** des in seiner Abwesenheit ergangenen Urteils verlangen. Im Gesuch hat der Beschuldigte kurz zu begründen, weshalb er an der Berufungsverhandlung nicht teilnehmen konnte. Das Gericht lehnt das Gesuch ab, wenn der Beschuldigte ordnungsgemäss vorgeladen worden, aber der Berufungsverhandlung unentschuldigt ferngeblieben ist (Art. 368 Abs. 2 und 3 StPO, Art. 379 StPO).

8. Rechtsmittel:

Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche **Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, vom Empfang der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen.

Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Strafkammer

Zürich, 14. Juli 2011

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. P. Marti

lic. iur. R. Huser