

6. 1. Kann eine allgemeine Übung die nach § 2 DepotG. erforderliche schriftliche Ermächtigung der Bank zu Verfügungen über bei ihr hinterlegte Wertpapiere entbehrlich machen?

2. Betätigt ein Bevollmächtigter, der eine fremde Sache namens des Geschäftsherrn veräußert, dadurch den Willen, sie sich zuzueignen (§ 246 StGB.)?

3. Kann nach § 266 Abs. 1 Nr. 2 StGB. der Procurist einer Bank als Bevollmächtigter des Bankkunden gelten, wenn dieser bei Erteilung seines Auftrags an die Bank weiß oder erwartet, daß dessen Erledigung nicht durch den Bankherrn selbst, sondern durch einen leitenden Angestellten nach eigenen Entschlüssen erfolgen werde?

II. Straffenat. Urtr. v. 19. Januar 1928 g. D. u. Gen. II 63/27.

I. Schöffengericht Berlin-Mitte.

II. Landgericht I Berlin.

Gründe:

1. Das Bankgeschäft H., dessen Prokuristen die Angeklagten waren, hatte die von ihm bei einer anderen Bank verpfändeten Wertpapiere von seinen Kunden zwar unverschlossen, aber nur „zur Verwahrung und Verwaltung“ — ohne Vereinbarung des Eigentumsüberganges (§ 700 BGB.) — übergeben erhalten. Das Landgericht geht daher zutreffend davon aus, daß in Ermangelung einer ausdrücklichen und schriftlichen Ermächtigung seitens der nicht gewerbsmäßig Bank- oder Geldwchslergeschäfte betreibenden Hinterleger die Verpfändung der Wertpapiere durch das Bankgeschäft H. den zwingenden Vorschriften der §§ 1, 2 DepotG. vom 5. Juli 1896 (in der Fassung der W. vom 21. November 1923, RGBl. I S. 1119) zuwiderlief und daher rechtswidrig war. Da es sich bei den §§ 1, 2 DepotG. um gewerbepolizeiliche Bestimmungen handelt, so kam es nicht darauf an, ob, wie die Angeklagten eingewendet haben, damals nicht nur bei ihrer Bank, sondern allgemein das „Geschäftsgebahren“ üblich war, daß die Banken über die ihnen anvertrauten Wertpapiere der Kunden, ohne deren Genehmigung einzuholen, wie über eigene verfügten und sich nur zur Rückgabe gleichartiger Stücke für verpflichtet hielten, wenn nicht bei der Hinterlegung ein dies ausschließender Vorbehalt gemacht worden war. Denn die „Tatumstände“ (§ 59 StGB.), von denen hier die Rechtswidrigkeit sowie gegebenenfalls die Strafbarkeit ihres Handelns abhing, haben die Angeklagten erkannt; ihre etwaige Annahme, durch die damalige Üblichkeit des Zuwiderhandelns gegen § 2 DepotG. seitens der Banken entfalle dessen Rechtswidrigkeit, würde einen unbeachtlichen strafrechtlichen Irrtum darstellen.

2. Dem Landgericht ist weiter darin beizutreten, daß die hiernach unbefugte Verpfändung der Wertpapiere durch die Angeklagten weder nach § 9, noch nach einer anderen Vorschrift des Depotgesetzes strafbar ist, da die Angeklagten nur als Prokuristen ihrer Bank und daher nicht als Kaufleute (im Sinne von § 13 DepotG.) gehandelt haben (vgl. RGSt. Bd. 49 S. 72, 74) und auch nicht zu den in § 12 DepotG. bezeichneten Personen gehörten . . .

3. Während die Revision der Staatsanwaltschaft diese Ausführungen des Landgerichts nicht besonders bemängelt, rügt sie die Ablehnung der Anwendung des § 246 StGB.; der Begriff der Zu-

eignung sei verkannt, die eine gewinnsüchtige Absicht des Täters nicht erfordere und nicht ausgeschlossen werde durch die Feststellung, daß die Angeklagten die Verpfändungen nicht im eigenen Interesse, sondern im Interesse ihrer Firma vorgenommen hätten.

Diese Ausführungen können indes nicht als durchgreifend angesehen werden.

Zuzugeben ist zwar, daß die Unterschlagung ebenso wenig wie der Diebstahl eine Bereicherungsabsicht erfordert und daß eine Zueignungsabsicht auch dadurch betätigt werden kann, daß man die fremde Sache ihrem Sachwert nach dem eigenen Vermögen zuführt, indem man sie einem Dritten zur eigentumsgleichen Ausnutzung überträgt und dadurch über sie wie ein Eigentümer verfügt, ohne selbst Eigentum an ihr erlangen zu wollen (RGSt Bd. 47 S. 324, 325, Bd. 52 S. 147, Bd. 57 S. 166, 168). Zur Betätigung der in § 246 vorausgesetzten unmittelbaren Absicht der Zueignung (vgl. RGSt. Bd. 49 S. 140, Bd. 55 S. 257) konnte aber auch die Verpfändung der Wertpapiere ausreichen, namentlich, wenn sie vorgenommen wurde mit dem Bewußtsein, daß die Geschäftslage der Bank die Möglichkeit einer Wiedereinlösung der Papiere mindestens zweifelhaft mache (vgl. RGSt. Bd. 11 S. 68). Selbst dann wäre jedoch erforderlich gewesen, daß die Angeklagten durch die Verpfändung die Papiere sich zuzueignen und deren Sachwert dem eigenen Vermögen zuzuführen beabsichtigten (RGSt. Bd. 57 S. 166, 168). Denn ebenso wenig wie für das Ansiehbringen bei der Fehlerei (§ 259 StGB.; RGSt. Bd. 57 S. 73 flg.) reicht es für die Zueignung durch Diebstahl oder Unterschlagung aus, wenn der Täter über die fremde Sache nicht in eigenem Namen, sondern namens und in Vertretung eines Dritten verfügt, da er dann nicht mit der Absicht handelt, die Sache sich zuzueignen, sie als eigene, ihm gehörige zu verwerten und sie für sich wirtschaftlich auszunutzen. Für den Fall, daß eine Sache offen als fremde verkauft wird, ist das bereits in dem Urteil des 4. Straffenats IV 804/16 vom 12. Januar 1917 anerkannt worden.

So aber lag hier die Sache; denn wie aus dem angefochtenen Urteil zu entnehmen ist, haben die Angeklagten die Verpfändung der Wertpapiere lediglich als Procuristen der Firma H., als deren offene Vertreter, und nicht im eigenen, sondern „im Interesse ihrer Firma“ vorgenommen, demgemäß aber nicht die Absicht betätigt,

die Papiere oder ihren Sachwert sich selbst zuzueignen und dem eigenen Vermögen einzuverleihen. Ihre Bestrafung wegen Unterschlagung muß daher nach den bisherigen Feststellungen ausscheiden.

4. Mit Rücksicht darauf, daß die Angeklagten nur als Procuristen des Bankgeschäfts gehandelt haben, hat die Strafkammer auch das Vorliegen von Untreue verneint, da, wie unter Hinweis auf *U. Bd. 48 S. 131* ausgeführt wird, sie zu den als Hinterlegern der Papiere geschädigten Bankkunden nicht in einem Auftragsverhältnis im Sinne des § 266 Abs. 1 Nr. 2 *StGB.* gestanden hätten; sie seien nicht Bevollmächtigte der Kunden des Bankgeschäfts gewesen, die nur zu dessen Inhaberin in vertragliche Beziehungen getreten seien, nicht jedoch zu den Angeklagten als deren Procuristen, die sich nur als Erfüllungsgehilfen der Bank betätigt hätten.

Dem ist insoweit zuzustimmen, als verneint wird, daß ein Vollmachtsverhältnis des bürgerlichen Rechts (§ 164 *BGB.*) vorgelegen habe, kraft dessen die Angeklagten in bezug auf die hinterlegten Wertpapiere zu Vertretern der Bankkunden geworden wären. Denn als Procuristen waren sie nur zu Vertretern ihrer Firma bestellt, um in deren Namen zu handeln, ohne daß dadurch bürgerlich rechtliche Beziehungen zwischen ihnen und den Kunden der Bank erzeugt wurden, und ihnen eine Befugnis zur Vertretung der Kunden zufland. Die in der Procura liegende Intervollmacht zur Erledigung von Angelegenheiten, mit denen die Bank als Bevollmächtigte der Kunden befaßt war, ging nicht etwa dahin, daß die Bank die ihr selbst eingeräumte Ermächtigung zu rechtsgeschäftlicher Vertretung der Kunden den Angeklagten weiter übertragen und sie dadurch ermächtigt hätte, selbst und unmittelbar im Namen der Kunden als deren Bevollmächtigte aufzutreten, so daß sie kraft einer solchen Intervollmacht rechtlich zu Vertretern der Kunden geworden wären; vielmehr beschränkte sich die Wirkung der Procura darauf, daß die Bank lediglich ihre eigene Vertretung den Angeklagten übertrug, die insolgedessen rechtlich nur namens der Bank für deren Kunden tätig zu werden befugt waren. (Vgl. über diese Unterscheidung die Ausführungen in *RGZ. Bd. 108 S. 405, 407.*)

5. Obwohl hiernach, wenigstens soweit die Rechtsstellung der Angeklagten als Procuristen in Betracht kommt, zwischen ihnen und den durch die Verpfändung der Wertpapiere geschädigten Bankkunden

ein Vollmachtsverhältnis nach bürgerlichem Recht nicht bestand, so wurde dadurch doch die Möglichkeit, daß die Angeklagten über die Wertpapiere der Bankkunden als deren „Bevollmächtigte“ im Sinne des § 266 Abs. 1 Nr. 2 StGB. verfügt haben, nicht ohne weiteres ausgeschlossen.

Schon das vom Berufungsgericht angezogene Urteil des Reichsgerichts III 103/01 vom 7. März 1901 (G.A. Bd. 48 S. 131) hat bei einer dem vorliegenden Falle im wesentlichen gleichartigen Sachlage nicht nur darauf hingewiesen, daß unter Umständen eine Untreue zum Nachteil der Bank in Frage kommen könne — auf diesen Gesichtspunkt ist das Berufungsgericht nicht eingegangen —, sondern außerdem hervorgehoben, daß die Kunden der Bank deren ungetreuen Profuristen zwar aus Anlaß dieser Vertreterstellung, aber nicht lediglich als Bevollmächtigten der Firma, sondern unabhängig davon „auf eigene Verantwortlichkeit der Angeklagten als Kontrahenten“ ihre Aufträge erteilt haben könnten.

Aber auch abgesehen von dieser Möglichkeit war zu beachten, daß, wie namentlich in der neueren reichsgerichtlichen Rechtsprechung des öfteren betont wird, die Begriffe „Bevollmächtigter“ und „Auftraggeber“ im Sinne des § 266 Abs. 1 Nr. 2 StGB. nicht notwendig eine „Vollmacht“ im Sinne der §§ 164 ff. BGB. oder einen „Auftrag“ im Sinne der §§ 662 ff. BGB. voraussetzen, sondern daß „ganz allgemein ein Vertrauensverhältnis“ zwischen zwei Personen genügt, vermöge dessen die eine zur offenen oder verdeckten rechtsgeschäftlichen Vertretung der anderen bestellt ist und hierdurch die in der Natur des Verhältnisses begründete rechtliche oder doch tatsächliche Möglichkeit der Verfügung über das Vermögen der anderen Person besitzt und ausübt (RGSt. Bd. 61 S. 1, 2).

In einem Urteil vom 18. Januar 1927 (RGSt. Bd. 61 S. 174) wird das Vorliegen eines Vollmachtsverhältnisses im Sinne des § 266 Abs. 1 Nr. 2 StGB. anerkannt in einem Falle, in dem der Bevollmächtigte des „Auftraggebers“ dessen Vollmacht „offenbar im Einverständnis“ mit diesem an einen Unterbevollmächtigten weitergegeben hatte, wodurch der hierum wissende Unterbevollmächtigte zum Bevollmächtigten des ursprünglichen Auftraggebers geworden sei.

Vor allem aber wird vom 3. Straßenat, auf dessen frühere Entscheidung in G.A. Bd. 48 S. 131 sich das angefochtene Urteil

beruft, in einem Erkenntnis vom 7. März 1927 (RGSt. Bd. 61 S. 228, 230) ausgeführt, der zum Tatbestand der Untreue nach § 266 Abs. 1 Nr. 2 StGB. gehörende Begriff des „Bevollmächtigten“ wurzele nicht im bürgerlichen Recht und setze mithin eine Vertretungsmacht im Sinne des § 164 BGB. überhaupt nicht voraus; bei ihm handle es sich vielmehr um eine in dem tatsächlich bestehenden Vertrauensverhältnis beruhende und deshalb von der bürgerlich-rechtlichen Gültigkeit der Vollmacht oder dem sonst zugrundeliegenden Rechtsverhältnis unabhängige Pflicht (RGSt. Bd. 41 S. 265, 266, Bd. 61 S. 1, 2). Das Treuverhältnis, das jene Vorschrift unter ihren Schutz stelle, greife schon Platz, wenn jemand auch nur rein tatsächlich durch das Vertrauen eines anderen bestellt sei, Handlungen im Rechtssinne für ihn vorzunehmen, und wenn er dadurch in die Lage versetzt werde, rechtlich oder tatsächlich über Vermögensstücke des anderen zu verfügen. Insbesondere sei es für den Tatbestand des § 266 Abs. 1 Nr. 2 StGB. nicht von rechtlicher Bedeutung, ob die Verfügungen des Täters von ihm im Namen des „Auftraggebers“ oder im eigenen Namen getroffen und ob sie durch die Vollmacht überhaupt gedeckt werden. Es genüge jede Verfügung, die im inneren Zusammenhang mit der tatsächlich anvertrauten Machtstellung erfolge und erst durch sie ermöglicht werde.

Dieser Auslegung des § 266 Abs. 1 Nr. 2 StGB. tritt der erkennende Senat bei. Sie hat auch bereits Anwendung gefunden in seinem Urteil vom 4. April 1927 II 951/26, wo das geschäftsführende Vorstandsmitglied eines Bankvereins ohne weiteres als Bevollmächtigter des Bankkunden (im Sinne von § 266 Abs. 1 Nr. 2 StGB.) angesehen wurde, obwohl dessen Auftrag zur Einlösung eines bei dem Bankverein zahlbaren Wechsels nur an den Bankverein ergangen war, der Angeklagte also nicht als Bevollmächtigter des Bankkunden im Sinne des § 164 BGB., sondern nur als diejenige natürliche Person in Betracht kam, die namens des weder unmittelbar handlungsfähigen noch strafrechtlich belangbaren Bankvereins dessen Vertretungsbefugnisse wahrzunehmen hatte und infolgedessen wenigstens tatsächlicher Vollmachtsträger war.

Wäre das Berufungsgericht von dieser Auslegung des § 266 Abs. 1 Nr. 2 StGB. ausgegangen, so hätte es vor allem berücksichtigen müssen, daß nach seinen eigenen Feststellungen die 72 jährige

Inhaberin des Bankgeschäfts, das von den Angeklagten als Prokuristen geleitet wurde, an der Führung der Geschäfte nicht beteiligt war. Das rechtfertigt zwar noch keineswegs den in der Revisionsbegründung geltend gemachten Zweifel, ob überhaupt das wirtschaftliche Interesse der Angeklagten von dem der Bankinhaberin zu trennen war; ob also, wie hierdurch anscheinend — ohne jedoch in den bisherigen Feststellungen eine Stütze zu finden — behauptet werden soll, die Angeklagten in Wirklichkeit Inhaber oder Mitinhaber des Geschäfts waren.

Dagegen erforderte bereits der für erwiesen erachtete Sachverhalt die Prüfung, ob die Verhältnisse, unter denen hier die tatsächliche Leitung des Geschäfts den Angeklagten uneingeschränkt überlassen war, den Bankkunden bekannt waren, und ob demgemäß diese bei der Erteilung ihrer Aufträge wußten, daß in Wirklichkeit es von dem Verhalten und der Vertrauenswürdigkeit der Angeklagten abhing, in welcher Weise über die der Bank „zur Verwahrung und Verwaltung“, also auch zu rechtsgeschäftlichen Maßnahmen übergebenen Wertpapiere verfügt werde. Legten die Kunden angesichts einer solchen ihnen bekannten oder wenigstens von ihnen vorausgesetzten Sachlage durch die Erteilung des Auftrags an das Bankgeschäft auch nur rein tatsächlich seine Ausführung bewußt und den Angeklagten ebenfalls erkennbar in deren Hand, so reicht das aus, um auch die Angeklagten im Sinne von § 266 Abs. 1 Nr. 2 StGB. als „Bevollmächtigte“ der Kunden ansehen zu dürfen. Denn wenn ein derartiger, in leitender Stellung befindlicher Angestellter zur selbstständigen Führung des ganzen Geschäfts oder eines ganzen Geschäftszweigs nach im wesentlichen eigenen Entschlüssen berufen ist, kann seine verkehrsrückliche Stellung es mit sich bringen, daß in Wirklichkeit er derjenige ist, der an Stelle des Geschäftsinhabers die tatsächliche Verfügungsgewalt über die „Vermögensstücke“ des Kunden auszuüben hat. Wenn der Kunde bei Erteilung des Auftrags das weiß oder erwartet, so bleibt nach bürgerlichem Recht zwar sein Bevollmächtigter ausschließlich der Geschäftsinhaber; eine tatsächliche Vertretungsmacht ist jedoch solchenfalls auch dem Angestellten von dem Kunden eingeräumt, gleichviel, ob dieser im Einzelfall des näheren gewußt hat, in wessen Hand sie fallen werde.

Nach dem festgestellten Sachverhalt ist es daher nicht aus-

geschlossen, daß auch den Angeklagten als Prokuristen und selbständigen alleinigen Geschäftsführern des Bankhauses H. im Sinne des § 266 Abs. 1 Nr. 2 StGB. die Eigenschaft von „Bevollmächtigten“ der geschädigten Bankkunden zuzuerkennen war.

Im Einklang mit dem Antrag des Oberreichsanwalts ist demnach der Revision der Staatsanwaltschaft stattzugeben.