

Sonderdruck aus

Liber amicorum

für Andreas Donatsch

Im Einsatz für Wissenschaft,
Lehre und Praxis

Liber amicorum

für Andreas Donatsch

Im Einsatz für Wissenschaft,
Lehre und Praxis

Herausgegeben von

Angela Cavallo
Eliane Hiestand
Felix Blocher
Irene Arnold
Beatrice Käser
Milena Caspar
Ingo Ivic

Schulthess § 2012

© Illustrationen: Dr. iur. Max Hauri, ehemals Vizepräsident des Bezirksgerichts Zürich

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2012
ISBN 978-3-7255-6615-0

www.schulthess.com

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Danksagung	VII
Abkürzungsverzeichnis	XIX

Materielles Strafrecht

OMAR ABO YOUSSEF

Dr. iur., Rechtsanwalt, Oberassistent für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Universität Zürich

Konkurrenz zwischen einem versuchten schwereren Delikt und einem vollendeten milderem Delikt

Dargestellt anhand ausgewählter Konkurrenzverhältnisse 1

MARIANNE HEER

Dr. iur., Rechtsanwältin, Oberrichterin am Obergericht des Kantons Luzern

HANS WIPRÄCHTIGER

Dr. iur. h.c., Rechtsanwalt, Advokatur Gremmelspacher Bürkli Biaggi Wiprächtiger, Basel, ehemals Bundesrichter, Lausanne

Zur Erosion des Massnahmenrechts durch das aktuelle Sicherheitsdenken in Politik und Justiz

Einige kritische Überlegungen 23

FELIX BLOCHER

Lic. iur., Juristischer Mitarbeiter am Bezirksgericht Zürich

Zur Strafbarkeit der Mitwirkung an fremden Selbstgefährdungsakten

Abgrenzungsprobleme und wie die (richterliche) Umschreibung der eingegangenen Gefahren die Strafbarkeit des Partizipanten präjudiziert 53

MARC JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Staatsanwalt/Abteilungsleiter an der Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich

«Am Köder vorbei in die Falle»

Arglist, Opfermitverantwortung und «Köderprinzip» bei Serienbetrüger
(Art. 146 StGB)

75

CORNEL BORBÉLY

Dr. iur., MAS ECI, Rechtsanwalt, Staatsanwalt bei der Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich

Aspekte der Veruntreuung im Generalunternehmervertrag

101

MARCEL ALEXANDER NIGGLI

Prof. Dr. iur., Ordinarius für Strafrecht und Rechtsphilosophie sowie Dekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät, Universität Freiburg i.Ue.

NADINE HAGENSTEIN

MLaw, Wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Universität Freiburg i.Ue.

Von Tieren (nicht nur Mäusen) und Menschen

Über sexuelle Motivation, Rechtsgüter und pharisäische Gesetzgebung

115

YVONA GRIESSER

Lic. iur., Rechtsanwältin, Stiffler & Partner Rechtsanwälte, Zürich, ehemals Richterin am Kassationsgericht des Kantons Zürich

Geldwäscherei (Art. 305^{bis} StGB)

Wann läuft man Gefahr, sich durch den Transfer eines Kontoguthabens unbekannter Herkunft vom Schweizer Bankkonto ins Ausland strafbar zu machen?

135

PETER NOBEL

Prof. Dr. rer. publ., Ordinarius ad personam für schweizerisches und internationales Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich, em. Professor für Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität St. Gallen, Rechtsanwalt, Nobel & Hug Rechtsanwälte, Zürich

Das «öffentliche Interesse» sollte nicht immer helfen können

147

CHRISTIAN SCHWARZENEGGER

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, Ordinarius für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie an der Universität Zürich

**Der Anwendungsbereich des Medienstrafrechts
(Art. 28, 322^{bis} StGB)** 165

WALTER PERRON

Prof. Dr. iur., Professor für Strafrecht, Strafprozessrecht und Strafrechtsvergleichung an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg i.Br.

Verhaltensregeln im Katastrophenfall 189

STEFAN TRECHSEL

Prof. em. Dr. iur. Dr. h.c., Richter am Internationalen Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien. Den Haag

Zur Verfolgungspflicht des Kommandanten im Völkerstrafrecht 201

GUNHILD GODENZI

Dr. iur., LL.M., Oberassistentin und Lehrbeauftragte für Straf- und Strafprozessrecht an der Universität Zürich

WOLFGANG WOHLERS

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, Ordinarius für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Universität Zürich

**Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Compliance Officers:
Prüfstein der Geschäftsherrenhaftung?** 223

Strafprozessrecht

HEINZ AEMISEGGER

Dr. iur., Bundesrichter, Lausanne

Zur Umsetzung der Schweizerischen Strafprozessordnung 251

ANDREAS BRUNNER

Dr. iur., Leitender Oberstaatsanwalt des Kantons Zürich

STEFAN HEIMGARTNER

PD Dr. iur., Rechtsanwalt, Staatsanwalt für amtliche Mandate bei der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich

Ouverture

Gedanken zum Zeitpunkt der Untersuchungseröffnung gemäss Art. 309 StPO 269

STEFAN FLACHSMANN

Dr. iur., Rechtsanwalt, Zürich

BERNHARD ISENRING

Dr. iur., Rechtsanwalt, Isenring Law, Meilen

Grundsatz der Einheit des schweizerischen Strafprozessrechts

Auswirkungen der Beweisverbote der schweizerischen StPO auf den Militärstrafprozess 289

SABINE GLESS

Prof. Dr. iur., Ordinaria für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Universität Basel

Das Recht auf Konfrontation eines Auslandsbelastungszeugen

Eine europäische Perspektive aus Zürich 303

THOMAS HANSJAKOB

Dr. iur. et lic. oec., Erster Staatsanwalt bei der Staatsanwaltschaft St. Gallen

Ordnungsbussen – im SVG, bei Cannabiskonsum oder überhaupt? 319

CORNELIA HOTZ-HÜRLIMANN

Dr. iur., Legal Counsel, Brand Leadership Circle, Steinhausen (ZG)

Menschenhandel zum Zwecke der sexuellen Ausbeutung

Die Strafverfolgung von Menschenhändlern im Spannungsfeld zwischen Beweissicherung und Opferschutz 335

YVAN JEANNERET

Prof. Dr. iur., Professeur extraordinaire à l'Université de Neuchâtel, Avocat au barreau de Genève

ANDRÉ KUHN

Prof. Dr. iur., Professeur de criminologie et de droit pénal aux Universités de Lausanne, Neuchâtel et Genève

Le défaut : défauts et des faux pas au fil du procès pénal 359

DANIEL JOSITSCH

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, Ordinarius für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Universität Zürich

JÜRIG KRUMM

Lic. iur., Rechtsanwalt, Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität Zürich

Die Anordnung präventiver Untersuchungshaft in der Schweizerischen Strafprozessordnung 377

REGINA KIENER

Prof. Dr. iur., Ordinaria für Öffentliches Recht an der Universität Zürich

BASIL CUPA

MLaw, LL.M., Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität Zürich

Hybrider Status – relative Unabhängigkeit?
Zur institutionellen Stellung der Staatsanwaltschaft 395

NATHAN LANDSHUT

Dr. iur., Rechtsanwalt, Dietikon

ROLF SCHÖNING

Dr. iur., Bezirksrichter am Bezirksgericht Zürich

Die StPO in der praktischen Anwendung
Ausgewählte Fragen 417

CHRISTIANE LENTJES MEILI

Dr. iur., Chef/in der Kriminalpolizei der Kantonspolizei Zürich

Präventiv oder Repressiv?
Das Verwirrspiel um verdeckte polizeiliche Operationen 437

HANS MAURER

Lic. iur., Leitender Staatsanwalt der Staatsanwaltschaft I des Kantons Zürich

Der befangene Staatsanwalt nach Art. 56 lit. f StPO 455

MARCEL RIESEN-KUPPER

Lic. iur., Leitender Oberjugendanwalt des Kantons Zürich

**Zur Zulässigkeit von Untersuchungshaft bei unter
15-jährigen Jugendlichen** 487

FRANZ RIKLIN

*Prof. Dr. iur., em. Ordinarius für Strafrecht und Strafprozessrecht an der
Universität Freiburg*

Prozesserledigungsstrategien im Strafprozess und ihre Tücken 499

SARAH SUMMERS

*Prof. Dr. iur., Assistenzprofessorin für Strafrecht und Strafprozessrecht an der
Universität Zürich*

Presence, Absence, Dominance
Reflections on the Role of the Prosecutor in Switzerland 517

ULRICH WEDER

Dr. iur., Leitender Staatsanwalt der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich

**Die audiovisuelle Aufzeichnung von Einvernahmen und andern
Verfahrenshandlungen** 531

Nebenstrafrecht

MARKUS REICH

*Prof. Dr. iur., em. Ordinarius für Steuer-, Finanz- und Verwaltungsrecht an
der Universität Zürich*

**Das Leistungsfähigkeitsprinzip steuerstrafrechtlich zu Ende
gedacht**
Ein Beitrag zur gerechten Ausgestaltung der Steuerstrafe 559

ROLAND M. RYSER

Dr. iur., Rechtsanwalt, Schellenberg Wittmer, Zürich

Kunst und Geldwäscherei

Ein Beitrag zur Frage der Unterstellung des Kunsthandels unter die Geldwäschereigesetzgebung 583

ROLF SETHE

Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Ordinarius für Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich

Fortschritte in der Europäisierung des Kapitalmarktstrafrechts?

Anmerkungen zum Vorschlag für eine EU-Richtlinie über strafrechtliche Sanktionen für Insider-Geschäfte und Marktmanipulation 613

Grundlagen und diverse Rechtsgebiete

RUTH ARNET

Prof. Dr. iur., Rechtsanwältin und Notarin, Ordinaria für Privatrecht mit Schwerpunkt Sachenrecht an der Universität Zürich

Die Realobligation – ein «zweiköpfiges Ungeheuer»? 631

DANIELA DEMKO

Dr. iur., LL.M., Lehrbeauftragte an den Universitäten Luzern und Basel

Kreatürliche Würde als Achtung der Lebenswürde und deren spezifische Ausformung für die Würde des Tieres 643

MARCO DUSS

Dr. iur., Steuerexperte VSB, Partner Altorfer Duss & Beilstein AG, Zürich

Kritik der vernünftigen Praxis 667

MARKUS HUG

Dr. iur., Rechtsanwalt, Staatsanwalt bei der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich

Observation durch Privatdetektive im Sozialversicherungsrecht 681

PETER FORSTMOSER

Prof. Dr. iur., LL.M., em. Ordinarius für Privat-, Handels- und Kapitalmarktrecht, Rechtsanwalt, Partner Niederer Kraft & Frey AG, Zürich

Schutz der Menschenrechte - eine Pflicht für multinationale Unternehmen? 703

LUKAS GSCHWEND

Prof. Dr. iur., Ordinarius für Rechtsgeschichte, Rechtssoziologie und Strafrecht an der Universität St. Gallen, Titularprofessor für Rechtsgeschichte und Rechtsphilosophie an der Universität Zürich

Transdisziplinäre Kriminalfallanalytik
Gedanken zu einer integrativen strafrechtlichen Wissenschaftsperspektive 725

PETER R. ISLER

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Partner Niederer Kraft & Frey AG, Zürich, Lehrbeauftragter an der Universität Zürich

GAUDENZ G. ZINDEL

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Partner Niederer Kraft & Frey AG, Zürich

CHRISTA SOMMER

Dr. iur., Rechtsanwältin, Niederer Kraft & Frey AG, Zürich

Strafanzeige der Gesellschaft gegen ihre Organe bei aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsansprüchen – pro und contra 741

RETO NADIG

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Präsident des Bezirksgerichts Horgen

Sanktionen im Skirennsport im Vergleich zu den Sanktionen des StGB 757

TOBIAS JAAG

Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Ordinarius für Staats-, Verwaltungs- und Europarecht an der Universität Zürich

Die obersten Gerichte des Kantons Zürich 771

MARTIN KILLIAS

Prof. Dr. iur. et lic. phil., Rechtsanwalt, Ordinarius für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie an der Universität Zürich

Zur Rolle der Todesstrafe, der Folter und der Frauen im vormodernen Strafrecht 797

VIKTOR LIEBER

Dr. iur., ehemals Generalsekretär am Kassationsgericht des Kantons Zürich

Verfassungswidrige Aufhebung von Strafurteilen?

Bemerkungen zu zwei Bundesgesetzen betreffend Aufhebung früherer
Strafurteile im Lichte der Garantie der richterlichen Unabhängigkeit 809

BRIGITTE TAG

*Prof. Dr. iur. utr., Rechtsanwältin, Ordinaria für Strafrecht, Strafprozessrecht
und Medizinrecht an der Universität Zürich*

Rechtliche Aspekte der personalisierten Medizin 825

FRANK MEYER

*Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Extraordinarius für Straf- und
Strafprozessrecht unter Einschluss des internationalen Strafrechts an der
Universität Zürich*

Immunitäten und Vorrechte internationaler Organisationen

Auswirkungen auf Strafverfolgung und internationale Rechtshilfe in
Strafsachen 851

OTHMAR STRASSER

*Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, Titularprofessor für Privat- und Wirtschaftsrecht
an der Universität St. Gallen (HSG), General Counsel der Zürcher
Kantonalbank*

**Die Geldwäscherei-Strafbestimmung von Art. 305^{bis} StGB als
Schutznorm für geschädigte Anleger?**

Kritische Bemerkungen eines Bankrechtspraktikers 867

MADELEINE SIMONEK

*Prof. Dr. iur., Rechtsanwältin, Ordinaria für Schweizerisches und
Internationales Steuerrecht an der Universität Zürich*

Fishing Expeditions in Steuersachen

Überlegungen zu den inhaltlichen Anforderungen an ein Amtshilfesuch 891

Illustrationen

MAX HAURI

Dr. iur., ehemals Vizepräsident des Bezirksgerichts Zürich

Aspekte der Veruntreuung im Generalunternehmervertrag

Inhaltsübersicht

I. Ausgangslage	101
II. Strafrechtliche Einordnung	103
III. Veruntreuung	104
A. Organhaftung	104
B. Abdisponierung von Vermögenswerten.....	105
C. Wirtschaftliche Fremdheit	106
D. Werterhaltungspflicht	108
E. Tathandlung.....	111
F. Subjektive Aspekte	112
IV. Würdigung des Ergebnisses	113

I. Ausgangslage

Eine Bauherrschaft überweist einer Generalunternehmung beträchtliche Geldsummen, um damit ihr künftiges Eigenheim zu finanzieren. Wenn nun während des laufenden Bauprojektes ein Generalunternehmer in Konkurs fällt, kann es – je nach Ausgestaltung des Generalunternehmervertrages und den zivilrechtlichen Absicherungen¹ – für die Bauherren zu erheblichen Verlusten kommen. Dann bleibt (zunächst) meist ungeklärt, wie die für das Eigenheim vorausbezahlten Gelder ganz oder teilweise aufgebraucht werden konnten, vor allem dann, wenn kein auch nur annähernd bewohnbares Eigenheim zur Verfügung steht. Ein in der Folge eingeleitetes Konkursverfahren kann Klärung bringen bzw. einen Verdacht erhärten, dass Gelder vom Generalunternehmer entgegen der Regelungen im Generalunternehmervertrag für Drittprojekte oder sogar für private Zwecke aufgebraucht wurden. In solchen Fällen gelangen Bauherren bzw. Konkursämter an die Staatsanwaltschaften, um die Frage der Strafbarkeit der Beteiligten untersuchen

¹ Vorauszahlungen können abgesichert werden, damit die Verwendung für das vereinbarte Bauvorhaben sichergestellt ist, bspw. durch eine Einzahlung auf ein Sperrkonto.

zu lassen. Den Strafverfolgungsbehörden² stellen sich in der Folge schwierige rechtliche Fragen, für welche nachfolgend Lösungsvorschläge aufgezeigt werden.

In einem klassischen Fall sind in solchen Konstellationen, vereinfacht ausgedrückt, vor allem drei Parteien ins Geschehnis involviert. Einerseits die Bauherrschaft, andererseits die Generalunternehmung sowie eine Bank. Diese stellt gegen entsprechende Sicherheiten der Bauherrschaft Geld für das Bauprojekt zur Verfügung. Der zwischen Bauherr und Generalunternehmung geschlossene Generalunternehmervertrag ist dabei grundsätzlich als Werkvertrag zu qualifizieren³, in dem sich die Parteien unter anderem über die schlüsselfertige Erstellung eines Bauobjektes (meist ein Eigenheim auf einem Grundstück) auf Zeit gegen einen Verkaufspreis einigen. Dabei wird im Standardvertrag⁴ ein Pauschalpreis vereinbart, wobei die Zahlungen schrittweise fällig werden, jeweils nach Abschluss der entsprechenden Bauetappen⁵. Diese Zahlungen des Bauherrn erfolgen auf ein Projekt-Konto (Hauptkontokorrentkonto) des Generalunternehmers, auf welchem der Generalunternehmer verfügungsberechtigt ist; die Projekt-Bankbeziehung kann bei Mehrparteienbauprojekten für jede Bauherrschaft in Subkonten, die eigentlichen Baukonten, unterteilt sein. In strafrechtlicher Hinsicht besonders relevant ist die Frage, ob die Zahlung des Bauherrn explizit mit einer Zweckbestimmung zur Verwendung dieses Geldes verbunden ist. So kann in einer entsprechenden Klausel fixiert sein, dass die vom Bauherrn auf das Konto des Generalunternehmers überwiesenen Zahlungen bei der X-Bank ausschliesslich zur Bezahlung der Forderungen der Subunternehmer sowie der Materialkosten und Aufwände der Generalunternehmung verwendet werden dürfen und zwar nur innerhalb des vereinbarten Bauprojektes. Problematisch wird es, wenn entsprechende Klauseln lückenhaft bzw. zumindest auslegungsbedürftig formuliert sind⁶.

² Im Kanton Zürich ist bei komplexen Sachverhaltskonstrukten mit diversen involvierten Firmen und Geschädigten und allenfalls internationalem Bezug die Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich für Wirtschaftsdelikte zuständig, vgl. die Weisungen der *Oberstaatsanwaltschaft* für das Vorverfahren (WOSTA), Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Zürich 2011, 38 f.

³ Ist der Kauf von Bauland mit eingeschlossen, handelt es sich um eine Kombination aus Kauf- und Werkvertrag. Meist liegen einem Generalunternehmervertrag die entsprechenden SIA-Normen zugrunde.

⁴ Siehe bspw. die Muster-Generalunternehmerverträge von Generalunternehmerverbänden.

⁵ Andererseits ist auch üblich, nur eine Anzahlung zu leisten, bei Restzahlung im Zeitpunkt der Übertragung des Eigentums an die Bauherrschaft. Wenn eine solche Vorauszahlung entgegen der vertraglichen Zweckbestimmung verwendet wird, stellen sich ähnliche Fragen.

⁶ Teilweise schliesst die Bauherrschaft mit der Bank des Generalunternehmers oder einem Bautreuhänder eine Vereinbarung, wonach Abdispositionen vom Subkonto zu überwachen sind. Bei vertragswidriger Verwendung der Gelder stellen sich diesbezüglich in zivil- und strafrechtlicher Hinsicht Fragen zur Verantwortlichkeit der entsprechenden Bank bzw. des Bautreuhänders.

II. Strafrechtliche Einordnung

Wenn nun eine Generalunternehmung die vom Bauherrn überwiesenen Gelder für nichtvertragliche Zwecke von ihrem Konto abdisponiert, stellt sich die Frage nach der strafrechtlichen Einordnung dieses Verhaltens. Da diese Gelder vom Bauherrn auf das Konto des Generalunternehmers einbezahlt, also mit dessen Willen überwiesen wurden, kommen vor allem Tatbestände in Betracht, welche einen Vertrauensmissbrauch sanktionieren.

So ist fraglich, ob ein solches Verhalten als Betrug (Art. 146 StGB) zu qualifizieren ist. Diesbezüglich müsste eine Generalunternehmung allerdings von Beginn an in täuschender Absicht gehandelt haben. Dazu müsste eine Täuschung arglistig⁷ sein, was wohl in den wenigsten Fällen erfüllt bzw. selten entsprechend nachweisbar sein dürfte⁸. Somit stehen die Tatbestände der Veruntreuung (Art. 138 StGB) bzw. der ungetreuen Geschäftsbesorgung (Art. 158 StGB) im Vordergrund. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung⁹ und herrschender Lehre¹⁰ konsumiert die Veruntreuung den Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung, weshalb sich eine Untersuchung zunächst auf den Tatbestand der Veruntreuung konzentrieren wird. Ein Teil der Lehre¹¹ relativiert diese Ansicht. So stehe gerade bei Organen von Handelsgesellschaften in Frage, ob das jeweilige Geschäftsvermögen anvertraut sei; Geschäftsführer von Handelsgesellschaften hätten primär eine wirtschaftliche Tätigkeit zu entfalten und das Gesellschaftsvermögen entsprechend zu nutzen. Demgegenüber stände beispielsweise die Tätigkeit eines Treuhänders, welcher die ihm anvertrauten Vermögenswerte eher in ihrem Bestand zu erhalten beziehungsweise technisch zu verwalten habe. Deshalb falle die Tätigkeit eines Geschäftsführers – entgegen derjenigen eines Treuhänders – nicht unter den Tatbestand der Veruntreuung¹². Verallgemeinert ist damit generell fraglich, ob der Tatbestand der Veruntreuung zur Anwendung gelangen kann, wenn eine Unternehmung mit dem empfangenen Geld relativ frei wirtschaften kann. Auch eine Generalunternehmung wird in ihrer Tätigkeit entsprechend

⁷ G. ARZT, in: M. A. NIGGLI/H. WIPRÄCHTIGER (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, 2. Aufl., Basel 2007, Art. 146 N 50 ff.

⁸ I. EGETER, Die Veruntreuung von zweckgebundenen Darlehen, in: J.-B. ACKERMANN (Hrsg.), Strafrecht als Herausforderung, zur Emeritierung von Professor N. Schmid, Zürich 1999, 159 f., der sich kritisch zum Verhältnis zwischen Betrug und Veruntreuung äussert, insbesondere wenn der Tatbestand der Veruntreuung zum «Lückenfüller» werde.

⁹ BGE 111 IV 22 f.

¹⁰ A. DONATSCH, Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen, 9. Aufl., Zürich 2008, 281, m.w.H.

¹¹ A. DONATSCH, Aspekte der ungetreuen Geschäftsbesorgung nach Art. 158 StGB, ZStrR 114 (1996) 218.

¹² DONATSCH, Strafrecht III (Fn. 11), 127.

auf das Erwirtschaften von Gewinn ausgerichtet sein. Dennoch ist zu berücksichtigen, dass eine Generalunternehmung bezüglich der von einem Bauherrn überwiesenen Mittel einem Treuhänder nahe steht, der diese Vermögenswerte erhalten und technisch verwalten muss; dafür sprechen gerade auch Klauseln im Generalunternehmervertrag, wonach die von den Bauherren überwiesenen Gelder zweckgebunden zu verwenden sind. Insofern ist für die vorliegende Fragestellung auch bei der Tätigkeit einer Generalunternehmung primär der Tatbestand der Veruntreuung zu prüfen¹³.

III. Veruntreuung

A. Organhaftung

Wenn Bauherren ihre Gelder einer Generalunternehmung überweisen und eine deliktische Verwendung dieser Gelder zur Diskussion steht, können sich Organe dieser Firma nicht dahingehend entlasten, dass ihnen persönlich ja kein Geld übergeben worden sei und sie demnach gar nicht als Täter in Frage kommen würden. So bestimmt Art. 29 StGB eine strafrechtliche Durchgriffshaftung, wonach eine besondere strafbegründende Pflicht einer Unternehmung deren Organ zugerechnet wird. Die vertraglichen Sonderpflichten, welche in zivilrechtlicher Hinsicht einer juristischen Person obliegen, werden damit unter gewissen Voraussetzungen deren Organen zugerechnet¹⁴; im Falle eines Veruntreuungsvorwurfs gilt das einer Generalunternehmung anvertraute Geld somit auch als deren Organen anvertraut. Selbst in komplexen juristischen Konstrukten, in denen wiederum juristische Personen als Organe einer Unternehmung in Erscheinung treten, wird ein Durchgriff in dem Sinne weitergeführt, dass die Organe dieser Sub-Gesellschaft wiederum strafrechtliche Verantwortung tragen¹⁵. Dabei macht es keinen Unterschied ob es sich um in- oder ausländische Gesellschaften handelt, so können selbst diese Träger einer solchen Sonderpflicht sein¹⁶. Der Umfang einer strafrechtlichen Organstellung bestimmt sich nach rein zivilrechtlichen Grundsätzen, wobei analog zur zivilrechtlichen Rechtsprechung des Bundesgerichts ebenfalls faktische Organe

¹³ Demgegenüber ist der Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung nach Art. 158 StGB zu prüfen, falls die objektiven Tatbestandsmerkmale einer Veruntreuung nach Art. 138 StGB von Beginn her nicht erfüllt sind, dazu DONATSCH, Aspekte (Fn. 12), 218 f.

¹⁴ M. JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, Eigenmacht und Ohnmacht des ungetreuen Bankdirektors, recht 6/2008, 245 f.

¹⁵ ST. TRECHSEL/M. JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, in: ST. TRECHSEL et al. (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, Zürich 2008, Art. 29 N 6; BGE 116 IV 28 f.

¹⁶ TRECHSEL/JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL (Fn. 16), Art. 29 N 7.

unter Art. 29 StGB subsumiert werden können¹⁷. Eine solche Regelung ist sachgemäss, da sich ansonsten Angestellte einer Unternehmung oder gar firmenexterne Entscheidungsträger aufgrund von rein formaljuristischen Aspekten einer strafrechtlichen Verantwortung entziehen könnten.

Das Verhalten eines Organs muss im Übrigen, selbst bei einem strafrechtlichen Durchgriff auf dasselbe, sämtliche objektiven und subjektiven Elemente des vorgeworfenen Tatbestandes erfüllen, nur die besondere Täterqualifikation einer juristischen Person – beispielsweise das Merkmal des Anvertrautseins von Geld – wird dem Organ zugerechnet¹⁸. Selbst Mitarbeiter, welche keine (formellen oder faktischen) Organe im Sinne von Art. 29 StGB sind, können sich bei entsprechendem Verschulden einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit nicht entziehen. Bei diesen ist gegebenenfalls eine Strafbarkeit wegen Teilnahme zu einer Veruntreuung zu prüfen¹⁹.

B. Abdisponierung von Vermögenswerten

In Art. 138 Ziff. 1 StGB sind zwei verschiedene Grundtatbestände der Veruntreuung statuiert²⁰. Einerseits die Veruntreuung einer fremden Sache in Abs. 1 und andererseits die Veruntreuung von anvertrauten Vermögenswerten in Abs. 2 dieser Bestimmung. In der vorliegenden Konstellation wird ein Bauherr seinen vertraglichen Zahlungspflichten gegenüber dem Generalunternehmer wohl ausschliesslich via Banküberweisung nachkommen. Demnach ist die Tatbestandsvariante der Veruntreuung von anvertrauten Forderungen in Form von Buchgeld²¹ im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 zu prüfen²². Danach begeht eine Veruntreuung, wer

¹⁷ TRECHSEL/JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL (Fn. 16), Art. 29 N 2.

¹⁸ A. DONATSCH/B. TAG, Strafrecht I, Verbrechenlehre, 8. Aufl., Zürich 2006, 374 f.

¹⁹ Ein Mittäter, welchem die Vermögenswerte nicht anvertraut wurden, wird demgegenüber nach Art. 137 StGB bestraft, DONATSCH, Strafrecht III (Fn. 11), 131.

Mit Blick auf Art. 102 Abs. 1 StGB ist zu erwähnen, dass die direkte Strafbarkeit eines Unternehmens zu prüfen wäre, wenn eine Tat keiner bestimmten natürlichen Person zugerechnet werden könnte. Eine entsprechende Bestrafung dürfte im Rahmen von Generalunternehmerverträgen nur schon wegen der Unschärfe dieses Artikels die Ausnahme bilden.

²⁰ Siehe DONATSCH, Strafrecht III (Fn. 11), 107 f.

²¹ Grundsätzlich spielt es für eine Veruntreuung keine Rolle, ob einem Treugeber ein Guthaben oder lediglich eine Kreditmöglichkeit anvertraut wird, BGE 109 IV 33.

²² DONATSCH, Strafrecht III (Fn. 11), 127. Demgegenüber fällt Geld unter Ziff. 1 Abs. 1 von Art. 138 StGB, wenn dieses zivilrechtlich nicht ins Eigentum des Täters übergegangen ist, DONATSCH, Strafrecht III (Fn. 11), 117.

Aufgrund der systematischen Stellung des Tatbestandes muss es sich um Forderungen im weitesten Sinne handeln, Forderungen im Zusammenhang mit Immaterialgütern kommen nicht in Frage, DONATSCH, Strafrecht III (Fn. 11), 127 m.w.H.

ihm anvertraute *Vermögenswerte unrechtmässig in seinem oder eines anderen Nutzen verwendet*. Die entsprechenden Vermögenswerte haben dabei dem Treuhänder zumindest wirtschaftlich fremd zu sein, was aufgrund des konkreten Einzelfalls zu prüfen ist²³. In subjektiver Hinsicht wird Vorsatz²⁴ gefordert, wobei ein Täter um das Anvertrautsein der Vermögenswerte wissen und ein Wille besitzen muss, diese in seinem eigenen Nutzen oder demjenigen eines Dritten zu verwenden; dabei genügt eventualvorsätzliches Handeln eines Täters²⁵. Obwohl nicht ausdrücklich statuiert, verlangt das Bundesgericht²⁶ zur Erfüllung dieses Tatbestandes, in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre²⁷, zudem eine (Eventual-)Absicht zur ungerechtfertigten Bereicherung.

C. Wirtschaftliche Fremdheit

In den Fällen von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB erlangt ein Treuhänder nicht nur eine tatsächliche, sondern auch eine rechtliche Verfügungsmacht an den ihm überwiesenen Vermögenswerten²⁸. Diese müssen dazu bestimmt sein, einem Berechtigten zuzukommen, somit wirtschaftlich zum Vermögen eines Dritten – und nicht dem Treuhänder – gehören²⁹. Gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts können Vermögenswerte nur dann als anvertraut gelten, wenn diese mit der Verpflichtung empfangen werden, sie *in bestimmter Weise* im Interesse eines anderen zu verwenden, insbesondere zu verwahren, verwalten oder abzuliefern³⁰. Eine solche Verpflichtung kann auf ausdrücklicher oder stillschweigender Abmachung zwischen einem Treugeber und -nehmer beruhen³¹.

²³ BGE 81 IV 233 f. Immerhin ist zu erwähnen, dass es sich bei den veruntreubaren Vermögenswerten nicht um Liegenschaften handeln dürfte, DONATSCH, Strafrecht III (Fn. 11), 118.

²⁴ Art. 12 Abs. 1 und 2 StGB.

²⁵ Art. 12 Abs. 2 Satz 2 StGB.

²⁶ BGE 133 IV 27.

²⁷ G. STRATENWERTH/G. JENNY/F. BOMMER, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil, 7. Aufl., Bern 2010, 316.

²⁸ BGE 133 IV 28.

²⁹ STRATENWERTH/JENNY/BOMMER (Fn. 28), 313.

³⁰ BGE 133 IV 27.

³¹ BGE 118 IV 241. Kritisch dazu DONATSCH, Strafrecht III (Fn. 11), 109, wonach diese Formel vernachlässigt, dass ein Täter den Vermögenswert gerade im Hinblick auf die ihn treffende Verpflichtung erhalten haben muss bzw. dass ein Täter den Vermögenswert durchaus in seinem eigenen Interesse gebrauchen darf. Dazu SCHULTZ, wonach anvertraut ist, was mit rechtlich beschränkter Verfügungsmacht überlassen wird, ohne dass eine unmittelbare Kontrolle der Verwendung möglich oder üblich ist, H. SCHULTZ, ZBJV 98 (1962) 112.

Davon sind diejenigen Vermögenswerte abzugrenzen, welche eine Person nicht für einen anderen, sondern für sich selbst eingenommen hat³². Gerade in einem synallagmatischen Vertragsverhältnis von Leistung und Gegenleistung muss über erhaltene Zahlungen frei verfügt werden können³³. Es genügt zum Anvertrauen von Forderungen nicht, wenn für eine Gegenleistung lediglich Vorauszahlungen (beispielsweise Architekten- oder Anwaltshonorar) überwiesen werden. Selbst falls deren Wert im Zeitpunkt der Vorauszahlungen noch nicht genau bestimmbar ist³⁴; auch wenn ein Empfänger der Geldleistung allenfalls noch mit Dritten (Lieferanten, Arbeitnehmern etc.) in Kontakt treten muss, um die Gegenleistung überhaupt erbringen zu können, bedeutet dies für sich allein nicht, dass er die Zahlungen gerade zur Befriedigung der Forderungen dieser Dritten verwenden müsste, ihm diese Gelder also zu einer bestimmten Weiterverwendung übergeben worden sind. Erst wenn die Weitergabe des überlassenen Geldes an einen Dritten bzw. eine bestimmte Verwendung des Geldes gerade auch Gegenstand des Vertrages zwischen Geldgeber und -empfänger ist, kann das überwiesene Geld als anvertraut gelten³⁵. Damit ist auch festgehalten, dass die einem Generalunternehmer von Bauherren zwecks Bezahlung von Eigenleistungen zugekommenen Gelder nicht Gegenstand einer Veruntreuung sein können. Umgekehrt bedeutet dies, dass im Generalunternehmervertrag die Zahlungen von Bauherren an einen Generalunternehmer mit vertraglich beschränktem (Weiter-)Verwendungszweck als im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB anvertraut gelten können.

Die juristische Lehre hat den Begriff des Anvertrautseins unterschiedlich interpretiert und die bundesgerichtliche Formel³⁶ verschiedentlich modifiziert³⁷. Strittig ist beispielsweise, ob Vermögenswerte überhaupt als anvertraut gelten können, wenn diese zwar übergeben wurden, ein Treugeber aber weiterhin über diese mitverfügungsberechtigt bleibt. Gemäss DONATSCH können Vermögenswerte nur als anvertraut gelten, wenn ein Treugeber sein Eigentum vollumfänglich aufgibt und es dem Treuhänder mit der Pflicht zur ständigen Werterhaltung einräumt³⁸. Einem Täter muss somit grundsätzlich der Gewahrsam über Vermögenswerte eingeräumt werden, was bei der Überweisung von Buchgeldern auf ein Konto des Generalunternehmers zweifelsohne erfüllt sein dürfte. Einschränkend

³² M. A. NIGGLI/CH. RIEDO, in: M. A. NIGGLI/H. WIPRÄCHTIGER (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, 2. Aufl., Basel 2007, Art. 138 N 46 ff.

³³ ST. TRECHSEL/D. CRAMERI, in: ST. TRECHSEL et al. (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, Zürich 2008, Art. 138 N 13.

³⁴ M. SCHUBARTH, Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Besonderer Teil, 2. Bd.: Delikte gegen das Vermögen, Art. 137–172, Bern 1982, Art. 140 N 40.

³⁵ BGE 109 IV 25 f.

³⁶ Vgl. vorne Fn. 31.

³⁷ Übersicht dazu in NIGGLI/RIEDO (Fn. 33), Art. 138 N 37 ff.

³⁸ DONATSCH, Strafrecht III (Fn. 11), 123, mit weiteren Differenzierungen.

wird nun aber gefordert, dass die blossе Zugriffsmöglichkeit des Generalunternehmers auf ein Konto eines Bauherrn für eine Veruntreuung nicht genügen könne, da dann nur Mitgewahrsam an den Vermögenswerten bestehen würde³⁹. Unter diesen Umständen würde ein Treugeber die tatsächliche Herrschaftsmöglichkeit behalten, weshalb es dann an der für die Veruntreuung charakteristischen Situation des Anvertrauens von Vermögenswerten fehlen würde⁴⁰; erst bei vollständiger Aufgabe allfälliger Kontrollmöglichkeiten könne ein entsprechender Vertrauensbruch begangen werden⁴¹.

In der Praxis dürften die entsprechenden Zahlungen der Bauherren meist auf ein Konto des Generalunternehmers überwiesen werden, für welches ein Bauherr keine Vollmacht, ja nicht einmal Kontrollmöglichkeiten, inne hat⁴². Insofern dürfte sich die Problematik entschärfen⁴³. Selbst im Ausnahmefall, nämlich wenn auf solche Gelder sowohl Bauherr als auch Generalunternehmer Zugriff hätten, würde gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung eine Veruntreuung möglich sein; so könnte sich eine unrechtmässige Verfügung auch auf ein Konto beziehen, das auf den Namen des Inhabers und Treugebers lautet und über welches sowohl Treugeber als auch -nehmer selbstständig verfügen können⁴⁴.

D. Werterhaltungspflicht

Wirtschaftlich fremd kann ein Vermögenswert nur sein, wenn er mit der Verpflichtung übertragen wird, ihn *ständig zur Verfügung des Treugebers zu halten*⁴⁵. Dementsprechend ist eine Pflicht zur Erhaltung der empfangenen Werte gefordert, welche bis zur bestimmungsgemässen Verwendung der Vermögenswerte bestehen bleibt (sog. Werterhaltungspflicht)⁴⁶. Eine solche Pflicht kann vertraglich fixiert sein, wobei die blossе Verletzung von allgemeinen vertraglichen Bestimmungen oder auch einer entsprechenden gesetzlichen Grundlage ohne entsprechende

³⁹ TRECHSEL/CRAMERI (Fn. 34), Art. 138 N 11.

⁴⁰ STRATENWERTH/JENNY/BOMMER (Fn. 28), 311.

⁴¹ DONATSCH, Strafrecht III (Fn. 11), 129; insbesondere aufgrund des Prinzips der strukturellen Gleichheit von Abs. 2 im Verhältnis zu Abs. 1 von Art. 138 StGB ist Alleingewahrsam zu fordern.

⁴² Teilweise wird zur Absicherung der Bauherren die Überwachung des Generalunternehmerkontos von dessen Bank zugesichert.

⁴³ Falls Gelder auf ein Sperrkonto überwiesen werden, kann vom Generalunternehmer naturgemäss keine Veruntreuung stattfinden.

⁴⁴ BGE 109 IV 26.

⁴⁵ EGETER (Fn. 9), 154.

⁴⁶ BGE 133 IV 28.

Zweckbindung für eine Veruntreuung nicht genügt⁴⁷; demnach ist im Generalunternehmervertrag jeweils genau zu prüfen, ob sich aus einer Zweckklausel (zumindest) in zivilrechtlicher Hinsicht eine Pflicht zur Erhaltung der Vermögenswerte eines Bauherrn ergibt und ob eine solche auch in strafrechtlicher Hinsicht Wirkung entfaltet. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind dabei die Umstände des jeweiligen Einzelfalls relevant⁴⁸. Problematisch kann sein, dass eine solche Klausel ungenau formuliert und damit stark auslegungsbedürftig sein kann. Das Bundesgericht lässt aber zur Annahme einer Zweckbindung des Trenehmers auch gelten, wenn sich eine solche lediglich aufgrund einer stillschweigenden Abmachung ergibt⁴⁹. Auch ein rein faktisches Vertrauensverhältnis kann als Grundlage genügen⁵⁰. Diesbezüglich wird die Problematik von ungenau formulierten Zweckklauseln in einem Generalunternehmervertrag – im Rahmen der zivilrechtlichen Auslegung – zumindest entschärft. Demgegenüber wäre es aufgrund der Einheit der Rechtsordnung⁵¹ verfehlt, bei inexistentem zivilem Grundgeschäft eine strafrechtlich relevante Bindung anzunehmen, welche die für eine Veruntreuung entsprechende Vertrauensbasis schaffen würde⁵².

Fraglich ist nun, in welchen Fällen im Rahmen eines Generalunternehmervertrags mit entsprechend formulierter Zweckbestimmung von einer vertragswidrigen Verwendung der von den Bauherren überwiesenen Gelder ausgegangen werden muss. Gemäss einem Teil der Lehre⁵³ entsteht eine solche, wenn ein Treuehmer in seiner Eigenschaft als direkter oder indirekter Stellvertreter handelt und in dieser Eigenschaft die Gelder ständig erhalten soll. Falls bei einem Generalunternehmer von einer solchen Stellung ausgegangen werden kann, ist somit die bestimmungsfremde Verwendung der Vermögenswerte strafrechtlich relevant. Andererseits ähnelt die Stellung des Generalunternehmers derjenigen des Empfängers einer Geldsumme im Kreditvertrag, so darf in beiden Konstellationen die Verwendung der hingegebenen Gelder zumindest dem vertraglichen Endzweck nicht zuwider laufen. Damit ist im Rahmen eines Generalunternehmervertrags ebenfalls die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Veruntreuung im Rahmen eines Darlehensvertrags zu berücksichtigen⁵⁴. Danach ist bei der Kredit-

⁴⁷ STRATENWERTH/JENNY/BOMMER (Fn. 28), 313 mit weiteren Beispielen.

⁴⁸ BGE 124 IV 11.

⁴⁹ BGE 118 IV 241; TRECHSEL/CRAMERI (Fn. 34), Art. 138 N 7.

⁵⁰ BGE 117 IV 436 f.

⁵¹ TRECHSEL/CRAMERI (Fn. 34), Art. 138 N 7.

⁵² Andererseits kann ein nichtiger Vertrag ein faktisches Vertrauensverhältnis begründen, welches als Grundlage für die Überlassung eines Vermögenswertes in Betracht fallen kann, BGE 86 IV 165; a.M. STRATENWERTH/JENNY/BOMMER (Fn. 28), 309 m.w.H.

⁵³ DONATSCH, Strafrecht III (Fn. 11), 124.

⁵⁴ BGE 120 IV 121 f.

gewährung eine Werterhaltungspflicht nicht ohne weiteres gegeben⁵⁵: Bei einem Darlehen, bei dem kein Verwendungszweck verabredet ist, ist eine Pflicht des Borgers zur ständigen Werterhaltung zu verneinen, weshalb ein Borger mit dem Darlehen grundsätzlich beliebig wirtschaften darf. Er ist einzig verpflichtet, das Darlehen zum vertraglichen (oder gesetzlichen) Termin zurückzuerstatten⁵⁶. In solchen Konstellationen fällt eine Veruntreuung ausser Betracht, falls das Darlehen rechtzeitig zurück bezahlt wird⁵⁷. Anders verhält es sich, wenn ein Darlehen für einen bestimmten Zweck ausgerichtet wurde; dann kann sich aus der vertraglichen Abmachung eine Werterhaltungspflicht ergeben⁵⁸. Nämlich dann, wenn der Verwendungszweck für den Darlehensgeber *für die Begrenzung seines Verlustrisikos entscheidend* war⁵⁹. Zum Darlehensvertrag tritt unter diesen Umständen insoweit ein Auftragsverhältnis hinzu, aufgrund dessen der Kreditnehmer zur Werterhaltung verpflichtet wird⁶⁰. Im Generalunternehmervertrag ist die Situation insoweit vergleichbar, als dass die von den Bauherren überwiesenen Gelder gerade durch die Investition ins Bauwerk gesichert werden sollen; verwendet der Generalunternehmer die Gelder nun für andere Zwecke, wird gerade die Sicherung des Kredits vereitelt. Die Auslegung der bundesgerichtlich geforderten Risikobeschränkung des Verwendungszwecks ergibt demnach auch im Generalunternehmervertrag ein klares Bild; verwendet ein Generalunternehmer die Zahlungen von Bauherren entgegen der getroffenen Vereinbarung nicht für die Begleichung der Forderungen der Handwerker und Subunternehmer, sehen sich diese infolge des Bauhandwerkerpfandrechts nach Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 und Art. 839 ff. ZGB dem Risiko einer Doppelzahlung ausgesetzt⁶¹. Die Bauherren haben also ein eindeutiges Interesse daran, dass ihre Zahlungen für die Wertvermehrung ihres Grundstücks herangezogen und in das Bauwerk investiert werden⁶². Die Interessenslage der Bauherren ist deshalb derjenigen einer Finanzierungsbank gleichzusetzen, für

⁵⁵ EGETER (Fn. 9), 158.

⁵⁶ EGETER (Fn. 9), 154.

⁵⁷ BGE 120 IV 121.

⁵⁸ BGE 120 IV 122. Im zu beurteilenden Fall richtete der Treugeber das Darlehen aus, damit es der Treunehmer für den Erwerb einer bestimmten Liegenschaft verwendet und nach dem in Aussicht gestellten gewinnbringenden Weiterverkauf der Liegenschaft zurückbezahlt. Dabei handelte es sich um einen wesentlichen Vertragsbestandteil.

⁵⁹ Kritisch zu dieser Formel EGETER (Fn. 9), 158, der zudem in Anlehnung an SCHULTZ (Fn. 32) fordert, dass bei der Gewährung von Darlehen eine zumindest in Ansätzen greifbar gewordene gemeinsame Verwirklichung von Interessen erkennbar werde. Siehe dazu auch BGE 124 IV 12, welche diese Lehrmeinung reflektiert.

⁶⁰ Diese ergibt sich nicht automatisch aus der Vereinbarung eines bestimmten Verwendungszwecks, sondern es ist im Einzelfall die Interessenslage des Darleihers zu prüfen, EGETER (Fn. 9), 155; BGE 124 IV 12.

⁶¹ SCHUBARTH (Fn. 35), Art. 140 N 39.

⁶² BGer vom 13.9.2010, 6B_508/2010 Erw. 3.3.

welche ein Verwendungszweck grundsätzlich ebenfalls zur Beschränkung des Risikos führt⁶³. Falls ein Generalunternehmer die entsprechenden Vermögenswerte nicht ständig für die Erfüllung seiner vertraglichen Verpflichtung zur Verfügung hält, besteht das Risiko einer Doppelzahlung. Damit ist auch unter diesem Gesichtspunkt im Generalunternehmervertrag – unter Berücksichtigung der vertraglichen Zweckbestimmung – von einer ständigen Werterhaltungspflicht auszugehen.

In der Konsequenz bedeutet dies, dass ein Bauherr im Rahmen von schlüsselfertigen Bauprojekten davon ausgehen darf, dass mit seinen (Voraus-)Zahlungen primär die entsprechenden Unternehmer und Lieferanten bezahlt werden. Die Vorauszahlungen sind dafür ständig zur Verfügung zu halten. Nur der Rest fällt an die Generalunternehmung oder Drittinvestoren⁶⁴. Falls auch der Generalunternehmer Arbeiten für das betreffende Bauprojekt tätigt und grundsätzlich keine prioritäre Befriedigung der Forderungen der Subunternehmer und Lieferanten fixiert ist, kann die Auszahlung von Geldern an die Generalunternehmung zulässig sein, falls diese geschäftsmässig begründet ist und dem Vertragszweck nicht zuwider läuft; eine Verletzung der vertraglichen Zweckbestimmung würde jedoch vorliegen, wenn sich ein Generalunternehmer im Wissen um künftige finanzielle Engpässe erste Abschlagszahlungen umgehend ausbezahlt und damit Rechnungen der Subunternehmer und Materialkosten der betreffenden Bauetappen nicht mehr (voraus)bezahlt werden können.

E. Tathandlung

Die eigentliche Tathandlung besteht bei der Veruntreuung nach Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB in der Verwendung der anvertrauten Vermögenswerte entgegen der Vereinbarungen und in zweckwidriger Weise in eigenem Nutzen oder demjenigen eines Dritten⁶⁵. Da die Gelder für einen Täter lediglich wirtschaftlich fremd sind, kann nur eine Handlung genügen, mit welcher ein Täter eindeutig seinen Willen manifestiert, seine Verpflichtungen gegenüber einem Treugeber nicht zu erfüllen⁶⁶, das heisst, dass er mit seinem Handeln den obligatorischen Anspruch des

⁶³ Insofern liegt im Hinblick auf die Lehrmeinung von SCHULTZ und EGETER (siehe Fn. 59) eine gemeinsame Verwirklichung von Interessen darin, dass nur schon vor dem Hintergrund von zivilrechtlichen Ansprüchen sowohl der Bauherr als auch der Generalunternehmer am Erfolg des Bauprojektes ein erhebliches Interesse haben.

⁶⁴ Vgl. dazu auch BGer vom 13.9.2010, 6B_508/2010, Erw. 3.6., wonach die Bezahlung von Lieferanten und Subunternehmern eine vereinbarte Zweckbindung grundsätzlich aufhebt.

⁶⁵ DONATSCH, Strafrecht III (Fn. 11), 130.

⁶⁶ BGE 121 IV 25.

Treugebers vereiteln muss⁶⁷. Falls ein Generalunternehmer die Zahlungen der Bauherren verbraucht oder so bindet, dass er nicht mehr frei darüber verfügen kann, verhält er sich tatbestandsmässig. Andererseits reicht die blosser Nichterfüllung einer Zahlungspflicht nicht, um eine Veruntreuungshandlung zu begehen, zumindest muss die vertragskonforme Verwendung vorgetäuscht werden⁶⁸. Die Frage, ob ein Generalunternehmer ersatzfähig wäre, kann zur Beurteilung seiner Strafbarkeit im objektiven Sinne grundsätzlich nicht relevant sein. Aufgrund seiner ständigen Werterhaltungspflicht muss er die entsprechenden Werte zur Verfügung halten⁶⁹.

F. Subjektive Aspekte

In subjektiver Hinsicht muss sich ein Täter mindestens bewusst sein, dass ihm die betreffenden Vermögenswerte (mindestens möglicherweise) anvertraut wurden und dass deren Verwendung den Anspruch des Bauherrn (mindestens möglicherweise) vereitelt. Dabei muss er den Willen haben, diese Gelder trotzdem im eigenen Nutzen oder demjenigen eines Dritten zu verwenden⁷⁰. Entsprechend der Lehre und Rechtsprechung muss das Handeln des Täters zusätzlich von der Absicht getragen sein, sich unrechtmässig zu bereichern⁷¹. Daran fehlt es zunächst, wenn ein Täter einen Anspruch auf die Werte zu haben glaubt, über die er verfügte, oder wenn er diese gutgläubig mit den eigenen Forderungen verrechnen will⁷². Im Generalunternehmervertrag sind die anvertrauten Vermögenswerte generell jederzeit zur Verfügung zu halten. Falls ein Generalunternehmer dies nicht tut, kann er bereits den objektiven Tatbestand einer Veruntreuung erfüllen. Andererseits ist eine allfällig bestehende Ersatzfähigkeit des Generalunternehmers relevant zur Beurteilung seiner Absichten. So kann nur mit der Absicht unrechtmässiger Bereicherung handeln, wer nicht gewillt ist, die vertragswidrig abdisponierten Gelder zu ersetzen⁷³. Insofern kann aus einer bestehenden Ersatzfähigkeit auf den Ersatzwil-

⁶⁷ BGE 129 IV 259. Ein typisches Verhalten liegt darin, dass ein Treunehermer das Empfangene zu seinen eigenen Gunsten oder im Interesse eines Dritten verbraucht, veräussert oder verpfändet, BGE 120 IV 118 f.

⁶⁸ SCHUBARTH (Fn. 35), Art. 140 N 47.

⁶⁹ Andererseits ist eine Ersatzfähigkeit unter dem subjektiven Gesichtspunkt der unrechtmässigen Bereicherungsabsicht als Indiz für einen bestehenden Ersatzwillen zu würdigen.

⁷⁰ Zum Eventualvorsatz vgl. DONATSCH/TAG, Strafrecht I (Fn. 19), 115.

⁷¹ DONATSCH, Strafrecht III (Fn. 11), 126 m.w.H.

⁷² BGE 105 IV 34 f.

⁷³ KOLLY unterscheidet diesbezüglich zwischen Schädigungs- und Bereicherungsabsicht, wonach Ersatzwille die Absicht sich einen zumindest vorübergehend wirtschaftlichen Vorteil zu ver-

len geschlossen werden und umgekehrt dürfte ein Ersatzwille ohne entsprechend zur Verfügung stehende Vermögenswerte nicht glaubhaft dargelegt werden können. Eine Ersatzfähigkeit kann ohnehin nur bejaht werden, wenn das Geld für den Täter griffbereit ist, nicht aber, wenn er es sich erst bei Dritten, die ihm gegenüber zu keiner Leistung verpflichtet sind, beschaffen muss⁷⁴. Da Prognosen über eine künftige Zahlungsfähigkeit naturgemäss unsicher sind, muss dabei genügen, wenn der Täter nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge sicher damit rechnen kann, ersatzfähig zu sein⁷⁵. Da im Rahmen von Generalunternehmerverträgen die Vermögenswerte stets erhalten bleiben müssen, muss ein Generalunternehmer diese auch jederzeit zu ersetzen fähig und gewillt sein⁷⁶. Anderenfalls entlastet ihn der Umstand, dass er sich nur vorübergehend bereichern wollte, grundsätzlich nicht⁷⁷.

IV. Würdigung des Ergebnisses

Im Ergebnis muss ein Generalunternehmer die vom Bauherrn empfangenen Gelder entsprechend einer vertraglich fixierten Zweckbestimmung verwenden. Nur was er für eigene Leistungen empfängt, darf er für sich selbst gebrauchen, solange dies nicht dem Vertragszweck zuwider läuft. Falls er entgegen der vertraglichen Bedingungen handelt, macht er sich wegen Veruntreuung im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB strafbar. Dieses Ergebnis ist vor dem Hintergrund der eigentlichen Zweckbestimmung dieser Norm zu prüfen, insbesondere da eine Veruntreuungshandlung als Verbrechen mit gravierenden Konsequenzen für eine beschuldigte Person bestraft werden kann⁷⁸: Das eigentlich geschützte Rechtsgut dieser Norm besteht im Vermögensschutz⁷⁹. Dennoch soll mit dieser Norm gerade

schaffen nicht ausschliesst, G. KOLLY, Veruntreuung und sog. Ersatzbereitschaft, ZStrR 114 (1996) 228.

⁷⁴ TRECHSEL/CRAMERI (Fn. 34), Art. 138 N 19. Ersatzfähigkeit wird verneint, wenn ein Treuehmer zuerst bei einer Bank einen Kredit aufnehmen müsste, BGE 118 IV 30 f., andererseits kann der Ersatz in Form von Verrechnung erfolgen, BGE 105 IV 34 f.; KOLLY (Fn. 73), 226.

⁷⁵ BGer vom 13.9.2010, 6B_644/2007, Erw. 5.3.

⁷⁶ STRATENWERTH/JENNY/BOMMER (Fn. 28), 301.

⁷⁷ STRATENWERTH/JENNY/BOMMER (Fn. 28), 302; BGE 91 IV 133. Damit ist die Veruntreuung vollendet. Eine entsprechende Schadensdeckung kann allenfalls im Rahmen einer Wiedergutmachung i.S.v. Art. 53 StGB oder einer Strafmilderung nach Art. 48 StGB berücksichtigt werden.

⁷⁸ Bestrafung gem. Art. 138 Ziff. 1 StGB mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe. Wobei gemäss Ziff. 2 von Art. 138 StGB mit Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren oder Geldstrafe bestraft wird, wer die Tat bei der Ausübung eines Berufs, Gewerbes oder Handelsgeschäftes, zu der er von einer Behörde ermächtigt ist, begeht.

⁷⁹ NIGGLI/RIEDO (Fn. 33), Art. 138 N 7.

auch verhindert werden, dass das Vertrauen von Treugebern erschüttert wird; entsprechend wird ein Treubruch bestraft. Dieses Vertrauensverhältnis ist im Generalunternehmervertrag eine der Grundvoraussetzungen, damit ein solches Geschäft überhaupt geschlossen wird. Obwohl in diesen Konstellationen gewisse zivilrechtliche Sicherungsmechanismen vertraglich fixiert werden können, ist das Vertrauen der Bauherren in die Bonität, Quantitäts- und Qualitätserfüllung eines Generalunternehmers zentrales Element eines Generalunternehmergeschäftes. Wenn dieses wegfällt, wird das Konstrukt Generalunternehmerprojekt für den Rechtsverkehr nicht mehr tauglich sein. Insofern passt die Subsumtion der vertragswidrigen Abdisponierung von Geldern der Bauherren unter den Tatbestand der Veruntreuung. Zudem sind aufgrund der erhöhten Anforderungen an den Vertrauensschutz im Generalunternehmervertrag auch die Sanktionsandrohungen der Veruntreuung im Sinne eines Verbrechens für eine kriminelle Tat eines Generalunternehmers passend.