

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6B_176/2009

Urteil vom 8. Oktober 2009
Strafrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Schneider, präsidierendes Mitglied,
Bundesrichter Ferrari, Mathys,
Gerichtsschreiber Näf.

Parteien
Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich, 8090 Zürich,
Beschwerdeführerin,

gegen

X._____,
Beschwerdegegner, vertreten durch Martina Fausch, Rechtsanwältin,

Gegenstand
Mehrfache Veruntreuung, Vorsatz

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Strafkammer, vom 12. Dezember 2008.

Sachverhalt:

A.

A.a Die von X._____ beherrschten Unternehmen A._____ SA und B._____ AG schlossen zwischen November 1998 und August 2000 mit Interessenten Verträge betreffend den Verkauf von Grundstücken und darauf zu erstellenden Einfamilienhäusern. In den mit "Reservation" betitelten Verträgen wurden die Interessenten als "Käufer" und die A._____ SA beziehungsweise die B._____ AG einleitend als "Verkaufsbeauftragte" und abschliessend als "Verkäuferin" bezeichnet. In den Verträgen "beauftragten" die "Käufer" die "Verkaufsbeauftragte", mit den Grundeigentümern einen Landkaufvertrag und mit den - bereits bestimmten oder noch zu bestimmenden - Generalunternehmungen einen Generalunternehmer-Vertrag abzuschliessen. Die "Käufer" hatten bei Abschluss der Reservationsverträge eine "Anzahlung" von in der Regel Fr. 15'000.--, manchmal Fr. 10'000.-- oder Fr. 20'000.--, an die "Verkäuferin" zu zahlen. X._____ nahm für die von ihm beherrschten Unternehmen im genannten Zeitraum "Reservationsanzahlungen" für 88 Einfamilienhäuser entgegen. Diese bestanden erst auf Plänen betreffend 17 Überbauungsprojekte auf konkreten Grundstücken im Kanton Zürich. X._____ verwendete die Reservationsanzahlungen meist sogleich zur Überbrückung von Zahlungsschwierigkeiten seiner - heute konkursiten - Unternehmen. Es gelang ihm in den 88 genannten Fällen nicht, Grundstückkaufverträge und Generalunternehmer-Verträge zu vermitteln. Er erstattete die Reservationsanzahlungen den Käufern in den meisten Fällen überhaupt nicht und in einigen Fällen bloss teilweise zurück.

Am 22. April 2003 erhob die damalige Bezirksanwaltschaft III für den Kanton Zürich gegen X._____ Anklage wegen mehrfacher Veruntreuung (Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB) zum Nachteil von insgesamt 165 Geschädigten. Bei den Geschädigten handelte es sich überwiegend um (Ehe-)Paare, welche Anzahlungen für insgesamt 88 geplante Einfamilienhäuser im Betrag von total Fr. 1'628'482.-- trotz Scheiterns der Projekte nicht zurückerhalten hatten. In sechs Fällen warf die Anklagebehörde X._____ zudem Betrug (Art. 146 Abs. 1 StGB) vor.

A.b Das Bezirksgericht Bülach sprach X._____ am 11. Juli 2005 der mehrfachen Veruntreuung im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 172 StGB und - in fünf der sechs eingeklagten Fälle - des mehrfachen Betrugs im Sinne von Art. 146 Abs. 1 StGB schuldig und bestrafte ihn mit zwei Jahren Gefängnis.

X._____ erklärte Berufung und beantragte unter anderem, das Urteil des Bezirksgerichts Bülach sei vollumfänglich aufzuheben, und er sei von den Vorwürfen der mehrfachen Veruntreuung und des mehrfachen Betrugs freizusprechen. Die Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich erklärte Anschlussberufung und beantragte, das Urteil des Bezirksgerichts Zürich sei, abgesehen vom Strafpunkt, zu bestätigen und X._____ sei mit drei Jahren Freiheitsstrafe unbedingt zu bestrafen. A.c Das Obergericht des Kantons Zürich sprach X._____ am 13. März 2007 - in vier der sechs eingeklagten Fälle - des mehrfachen Betrugs im Sinne von Art. 146 Abs. 1 StGB schuldig. Von den weiteren Vorwürfen, mithin auch vom Vorwurf der mehrfachen Veruntreuung, sprach es ihn frei. Es bestrafte ihn mit zehn Monaten Freiheitsstrafe, bedingt vollziehbar bei einer Probezeit von drei Jahren.

A.d Die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich erhob Beschwerde in Strafsachen mit den Anträgen, das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 13. März 2007 sei in Bezug auf den Freispruch vom Vorwurf der mehrfachen Veruntreuung aufzuheben; X._____ sei im Sinne des Urteils des Bezirksgerichts Bülach vom 11. Juli 2005 der mehrfachen Veruntreuung schuldig zu sprechen; er sei mit drei Jahren Freiheitsstrafe zu bestrafen, wobei die Strafe nicht aufzuschieben sei; er sei zu verpflichten, den Geschädigten die im Dispositiv (Ziff. 4) des Urteils des Bezirksgerichts aufgelisteten Beträge zu bezahlen.

B.

Das Bundesgericht hiess mit Entscheid vom 11. Dezember 2007 die Beschwerde der Oberstaatsanwaltschaft gut, hob das Urteil des Obergerichts vom 13. März 2007 auf und wies die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurück (Urteil 6B_329/2007).

C.

Das Obergericht des Kantons Zürich sprach X._____ mit Urteil vom 12. Dezember 2008 erneut vom Vorwurf der mehrfachen Veruntreuung frei. Es verurteilte ihn auf Grund der in Rechtskraft erwachsenen Schuldsprüche wegen mehrfachen Betrugs in vier Fällen zu einer Freiheitsstrafe von zehn Monaten unter Gewährung des bedingten Vollzugs bei einer Probezeit von drei Jahren.

D.

Die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich erhebt Beschwerde in Strafsachen mit den Anträgen, das Urteil des Obergerichts vom 12. Dezember 2008 sei in Bezug auf den Freispruch vom Vorwurf der mehrfachen Veruntreuung aufzuheben, X._____ sei auch wegen mehrfacher Veruntreuung schuldig zu sprechen und insgesamt zu einer unbedingt vollziehbaren Freiheitsstrafe von drei Jahren zu verurteilen.

Das Obergericht des Kantons Zürich verzichtet auf eine Stellungnahme zur Beschwerde.

X._____ beantragt in seiner Vernehmlassung die Abweisung der Beschwerde.

Erwägungen:

1.

Der Beschwerdeführerin wurde im neuen Berufungsverfahren mit Präsidialverfügung vom 20. März 2008 eine Frist von 20 Tagen angesetzt, um ihre Berufungsanträge (Berufungsantwort, Anschlussberufungsbegründung) abschliessend zu stellen und zu begründen. Bei Säumnis werde aufgrund der bisherigen Vorbringen entschieden. Die Beschwerdeführerin stellte innert der angesetzten Frist keine Anträge. Daraus folgt indessen - entgegen einer Andeutung in der Vernehmlassung des Beschwerdegegners - nicht, dass die Beschwerdeführerin nicht im Sinne von Art. 81 Abs. 1 lit. a BGG vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen habe. Indem die Beschwerdeführerin auf die Präsidialverfügung nicht reagierte, brachte sie zum Ausdruck, dass sie an den bereits im ersten Berufungsverfahren gestellten Anträgen festhält.

2.

Die Vorinstanz sprach den Beschwerdegegner in ihrem ersten Urteil vom 13. März 2007 vom Vorwurf der mehrfachen Veruntreuung im Wesentlichen mit der Begründung frei, dass die von den Kaufinteressenten bei der Reservation geleisteten Zahlungen als Maklerlohn zu qualifizieren und daher ihm beziehungsweise den von ihm beherrschten Unternehmen nicht im Sinne von Art. 138 StGB anvertraut gewesen seien. Das Bundesgericht erkannte demgegenüber in seinem Entscheid vom 11. Dezember 2007, dass die fraglichen Zahlungen nicht als Maklerlohn zu qualifizieren, sondern als Anzahlungen an den Kaufpreis beziehungsweise Werklohn zu Handen der Generalunternehmer

den Unternehmen des Beschwerdegegners im Sinne von Art. 138 StGB anvertraut gewesen seien und somit der Freispruch des Beschwerdegegners vom Vorwurf der mehrfachen Veruntreuung nicht damit begründet werden könne, dass das Tatbestandsmerkmal des Anvertrauens nicht erfüllt sei. Das Bundesgericht wies daher die Vorinstanz an zu prüfen, ob die weiteren Merkmale des Tatbestands der Veruntreuung erfüllt seien, und gegebenenfalls den Beschwerdegegner wegen mehrfacher Veruntreuung zu verurteilen.

Die Vorinstanz geht in ihrem zweiten, vorliegend angefochtenen Urteil vom 12. Dezember 2008 dementsprechend davon aus, dass die von den "Käufern" geleisteten Reservationszahlungen dem Beschwerdegegner anvertraut waren. Die Vorinstanz bejaht auch die übrigen objektiven Tatbestandsmerkmale der Veruntreuung. Sie verneint jedoch den Vorsatz in Bezug auf das Tatbestandsmerkmal des Anvertrauens und billigt dem Beschwerdegegner insoweit einen Sachverhaltsirrtum zu. Die Vorinstanz spricht daher den Beschwerdegegner erneut vom Vorwurf der mehrfachen Veruntreuung frei.

3.

3.1 Die Verteidigung machte in ihrer Eingabe vom 17. März 2008 im neuen Berufungsverfahren vor der Vorinstanz geltend, dem Beschwerdegegner sei stets bewusst gewesen, dass er den Käufern die Reservationsanzahlungen bei einem Scheitern des Bauprojekts zurückerstatten müsse. Er sei jedoch immer davon ausgegangen, dass es sich hierbei um eine rein obligatorische Verpflichtung handle, welche zivilrechtlich, aber nicht strafrechtlich relevant sei. Er sei zu keinem Zeitpunkt davon ausgegangen, dass ihm die Reservationsanzahlungen anvertraut worden seien und er respektive seine beiden Unternehmen darüber nicht hätten frei verfügen dürfen. Somit sei er einem Sachverhaltsirrtum (Art. 13 StGB, Art. 19 aStGB) über das normative Tatbestandsmerkmal des "Anvertrauens" erlegen, welcher den Vorsatz ausschliesse, weshalb er vom Vorwurf der Veruntreuung freizusprechen sei. Wohl führe eine unzutreffende Vorstellung über ein rechtlich geprägtes Tatbestandsmerkmal nicht in jedem Fall zum Ausschluss des Vorsatzes. Es genüge für die Bejahung des Vorsatzes, wenn der Täter den Tatbestand so verstanden habe, wie es der landläufigen Anschauung eines Laien entspreche. Die fraglichen Reservationsvereinbarungen seien nicht vom Beschwerdegegner, sondern von

einem Rechtsanwalt verfasst worden. Dieser habe den Beschwerdegegner nie darauf aufmerksam gemacht, dass er beziehungsweise seine Unternehmen - jedenfalls bis zum Abschluss der Kaufverträge - nicht das Recht hätten, über die Anzahlungen frei zu verfügen, sondern verpflichtet seien, die Anzahlungen in ihrem Wert zu erhalten, weil sie ihnen anvertraut seien. Die damalige Bezirksanwaltschaft Bülach respektive die Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich hätten in einer Einstellungsverfügung in einem identischen Fall den Straftatbestand der Veruntreuung als nicht erfüllt erachtet, da die Reservationsvereinbarungen keine Werterhaltungspflicht enthalten hätten. Die Vorinstanz sei in der vorliegenden Angelegenheit in ihrem ersten Urteil davon ausgegangen, dass der Beschwerdegegner nicht zur Werterhaltung verpflichtet, sondern berechtigt gewesen sei, frei über die Reservationsanzahlungen zu verfügen. Zwar sei er gemäss dem zitierten vorinstanzlichen Urteil verpflichtet gewesen, die Reservationsanzahlungen bei einem Scheitern des Bauprojekts zurückzuerstatten. Diese Rückabwicklung habe sich aber nach Art. 62 OR gerichtet. Die blosser Nichterfüllung einer obligatorischen Verpflichtung sei indessen nicht strafbar. Wenn schon fachlich ausgewiesene Juristinnen und Juristen die Reservationsanzahlungen nicht als anvertraut erachtet und daher das Verhalten des Beschwerdegegners als nicht tatbestandsmässig qualifiziert hätten, dann könne der Beschwerdegegner selber erst recht nicht mit der Möglichkeit gerechnet haben, dass ihm die Reservationsanzahlungen anvertraut gewesen seien und er daher über diese nicht habe frei verfügen dürfen. Sein diesbezüglicher Irrtum sei als Sachverhaltsirrtum zu qualifizieren und schliesse daher den Veruntreuungsvorsatz aus.

3.2 Die Vorinstanz folgt in ihrem zweiten, vorliegend angefochtenen Entscheid dieser Argumentation im Wesentlichen und verneint einen Veruntreuungsvorsatz des Beschwerdegegners in der Form des Eventualvorsatzes mit sehr ausführlicher Begründung (angefochtenes Urteil S. 28-48). Sie führt unter anderem Folgendes aus.

Eine Durchsicht der Protokolle der untersuchungsrichterlichen Einvernahmen des Beschwerdegegners ergebe, dass die Staatsanwaltschaft die subjektive Seite des Tatbestands der Veruntreuung eigentlich gar nie zu erfragen versucht habe (angefochtenes Urteil S. 31). Aus den Aussagen der Zeugen C._____, D._____ und E._____ gehe nirgends etwas über das Wissen und Wollen des Beschwerdegegners hervor (angefochtenes Urteil S. 33). Dass dieser um die wirtschaftliche Fremdheit der Reservationsanzahlungen gewusst habe, ergebe sich weder aus seiner Aussage, dass ihm die Problematik schon bewusst gewesen sei, noch aus dem Umstand, dass er für die - von

einem Rechtsanwalt verfassten - Reservationsverträge verantwortlich gewesen sei (angefochtenes Urteil S. 30/31, 31/32). Die Vorinstanz zitiert verschiedene Aussagen des Beschwerdegegners (angefochtenes Urteil S. 33-36), aus denen sich ihres Erachtens zusammengefasst ergibt, dass der Beschwerdegegner die von den einzelnen potentiellen Bauherren geleisteten Reservationszahlungen als Gegenleistung für die von ihm respektive seinen Unternehmen erbrachten Arbeiten - wie Planung des Überbauungsprojekts, Verkaufsbemühungen, Planungsänderungen auf Grund von individuellen Wünschen der Bauherren

etc. - verstanden habe. Bei Nichtzustandekommen eines Projekts hätten er beziehungsweise seine Unternehmen von den Generalunternehmern für diese Arbeiten entschädigt werden sollen, so dass die Verpflichtung zur Rückerstattung der Reservationszahlungen hätte eingehalten werden können. Bei Zustandekommen eines Projekts wären die Reservationszahlungen entweder an den Werkpreis oder an den Kaufpreis angerechnet worden. Für diese Fälle habe nach der Meinung des Beschwerdegegners die Absicht bestanden, die Reservationszahlung mit der Forderung an den Generalunternehmer - für Leistungen wie Planung des Überbauungsprojekts, Verkaufsbemühungen, Planungsänderungen auf Grund von individuellen Wünschen der Bauherren etc. - zu verrechnen (angefochtenes Urteil S. 36). Aus den Aussagen des Beschwerdegegners lasse sich, auch wenn diese im gesamten gegen ihn geführten Strafverfahren bezüglich den hier entscheidenden Punkten eher dürftig ausgefallen seien, jedenfalls nicht erstellen, er habe gewusst, dass ihm die Reservationszahlungen im Sinne von Art. 138 StGB anvertraut gewesen seien beziehungsweise dass er zu deren Werterhaltung verpflichtet gewesen sei (angefochtenes Urteil S. 36/37).

Die Vorinstanz prüft sodann, ob sich aus weiteren Beweismitteln etwas hinsichtlich des Vorsatzes des Beschwerdegegners gewinnen lässt (angefochtenes Urteil S. 37 ff.). Sie zitiert aus einer Vereinbarung zwischen der vom Beschwerdegegner beherrschten B._____ AG und der Generalunternehmung F._____ vom 3. Juli 1999, worin unter anderem das Honorar der B._____ AG für die von ihr erbrachten Leistungen geregelt werde und die F._____ für jedes Einfamilienhaus Fr. 40'000.-- zu bezahlen habe. Eine andere Vereinbarung vom 8. September 1999 enthalte gleichartige Klauseln, wobei die Entschädigung pro Haus auf Fr. 45'000.-- festgelegt worden sei. Nach der Auffassung der Vorinstanz findet damit die Aussage des Beschwerdegegners, dessen Unternehmen hätten Vorleistungen erbracht, welche Bestandteil der jeweiligen Werkverträge gewesen seien, im Inhalt der Vereinbarungen eine Stütze. Die Vorleistungen seien von den Generalunternehmern mit einem Pauschalbetrag von Fr. 40'000.-- oder Fr. 45'000.-- pro Haus abgegolten worden (angefochtenes Urteil S. 37). Nachdem Gegenstand der einzelnen Werkverträge zwischen den Generalunternehmern und den "Bestellern" ein schlüsselfertiges Haus gewesen sei, verstehe es sich von selbst, dass im

vereinbarten Werkpreis sämtliche Kosten inbegriffen gewesen seien. Die Aussage des Beschwerdegegners, er habe für die "Käufer" (die "Besteller") gewisse Leistungen erbracht, lasse sich ohne weiteres mit den Bestimmungen in den Werkverträgen vereinbaren (angefochtenes Urteil S. 37). Dass der Beschwerdegegner der Meinung gewesen sei, die von ihm beherrschten Unternehmen hätten diverse Vorleistungen erbracht, wofür (auch) die Reservationszahlungen zur Abgeltung heranzuziehen seien, ergebe sich beispielsweise auch aus dem Schreiben der vom Beschwerdegegner beherrschten B._____ AG vom 18. Oktober 2000 an den Geschädigten G._____, worin dem Geschädigten mitgeteilt worden sei, dass die B._____ AG in Anbetracht der von ihr erbrachten Leistungen keinerlei Veranlassung habe, irgendwelche Rückerstattungen zu tätigen, sondern im Gegenteil noch ein Restguthaben bestehe (angefochtenes Urteil S. 40).

Nach der Auffassung der Vorinstanz kann somit aus den Akten allein nicht ohne weiteres darauf geschlossen werden, der Beschwerdegegner habe gewusst oder wissen müssen, dass ihm die Reservationszahlungen im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB anvertraut gewesen seien beziehungsweise dass ihn eine Werterhaltungspflicht getroffen habe. Dazu liefere der Wortlaut der Reservationsverträge und der Werkverträge ("Anzahlung", "Anrechnung an Werkpreis") zwar deutliche Hinweise. Der Beschwerdegegner habe aber - im Falle des Zustandekommens eines Bauvorhabens - auf Grund der bestehenden Vereinbarungen mit den Generalunternehmern das Recht gehabt, die Reservationszahlungen zu behalten und mit seinen Forderungen gegen die Generalunternehmer zu verrechnen (angefochtenes Urteil S. 42/43).

Die Vorinstanz prüft sodann, ob die Reservationsanzahlungen unter den gegebenen Umständen nach der landläufigen Anschauung eines juristischen Laien (sog. Parallelwertung in der Laiensphäre) anvertraut waren. Dafür sprechen nach der Auffassung der Vorinstanz der Wortlaut der Reservationsverträge, worin unter anderem die Verpflichtung zur Rückzahlung bei Nichtzustandekommen der Kauf- beziehungsweise Werkverträge stipuliert worden sei, sowie der Wortlaut der Werkverträge, wonach die Reservationszahlungen an den Werklohn angerechnet würden

(angefochtenes Urteil S. 43). Auf der anderen Seite ist es nach der Meinung der Vorinstanz nicht völlig von der Hand zu weisen, dass auch ein durchschnittlicher Laie subjektiv habe der Ansicht sein können, er habe Arbeiten für die Kaufinteressenten geleistet, so dass er berechtigt sei, die Reservationszahlungen (Anzahlungen) dafür zu verwenden. Dies umso eher, als er ja bei Zustandekommen eines Werkvertrages die Reservationszahlungen habe behalten und mit seinen Forderungen gegen die Generalunternehmer verrechnen dürfen. Diese Meinung finde eine Stütze darin, dass der Beschwerdegegner tatsächlich in einigen Fällen die Reservationszahlungen zurückerstattet, sich aber in anderen Fällen auf den

Standpunkt gestellt habe, er habe für den betreffenden Kaufinteressenten Leistungen erbracht, weshalb die Reservationszahlung dafür herangezogen würden. Unter solchen Umständen ist nach der Auffassung der Vorinstanz die Vorstellung, dass die Reservationszahlungen nicht im Sinne des Strafgesetzbuches anvertraut gewesen seien, sondern dass die Kaufinteressenten im Falle des Nichtzustandekommens der Kauf- beziehungsweise Werkverträge lediglich einen obligatorischen Anspruch auf Rückerstattung ihrer Reservationszahlungen gehabt hätten, nicht völlig realitätsfremd. Demnach sei die Erfüllung des subjektiven Tatbestands nicht rechtsgenügend nachgewiesen, was zum Freispruch des Beschwerdegegners vom Vorwurf der mehrfachen Veruntreuung führe (angefochtenes Urteil S. 44).

Die Vorinstanz prüft im Folgenden überdies, ob der Beschwerdegegner entsprechend den Einwänden der Verteidigung einem den Vorsatz ausschliessenden Sachverhaltsirrtum erlegen sei, indem er angenommen habe, dass es sich bei der vertraglich vereinbarten Pflicht zur Rückerstattung der Reservationszahlungen bei Nichtzustandekommen der Kauf- beziehungsweise Werkverträge um eine rein obligatorische Verpflichtung gehandelt habe, die zwar zivilrechtlich, aber nicht strafrechtlich relevant sei, und dass ihm daher die Reservationszahlungen nicht anvertraut gewesen seien (angefochtenes Urteil S. 44 ff.). Die Vorinstanz führt unter Hinweis auf BGE 129 IV 238 E. 3.2 aus, dass auch unzutreffende Vorstellungen des Täters über strafrechtlich geprägte Tatbestandsmerkmale nicht als Rechtsirrtum, sondern als Sachverhaltsirrtum zu qualifizieren sind. Die Vorinstanz bejaht einen Sachverhaltsirrtum des Beschwerdegegners im Wesentlichen mit der Begründung, dass auch sie selbst in ihrem ersten Urteil vom 13. März 2007 angenommen habe, die Reservationszahlungen seien unter den gegebenen Umständen dem Beschwerdegegner nicht im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB anvertraut gewesen, und dass sogar die Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich in verschiedenen

Einstellungsverfügungen unter anderem vom 22. April 2003 in Sachen G._____ die Ansicht vertreten habe, die Reservationszahlungen seien dem Beschwerdegegner nicht anvertraut gewesen. Die Vorinstanz hat daher im angefochtenen Entscheid den Beschwerdegegner auch deshalb vom Vorwurf der mehrfachen Veruntreuung freigesprochen, weil der subjektive Tatbestand auch wegen Vorliegens eines Sachverhaltsirrtums nicht erfüllt sei (angefochtenes Urteil S. 46 f.).

3.3 Die Beschwerdeführerin wirft in ihrer Beschwerdeschrift einleitend (S. 2/3) eine Tatfrage und eine Rechtsfrage auf, wobei sich ihres Erachtens bei Verneinung der Tatfrage die Prüfung der Rechtsfrage erübrigt und umgekehrt. Für die Beschwerdeführerin stellt sich im vorliegenden Fall einerseits die Tatfrage, ob es denkbar ist, "dass der Beschwerdegegner, obwohl ihm die das Treueverhältnis begründenden Tatsachen ('Grundtatsachen') bekannt waren, seine Werterhaltungspflicht deshalb verkannte, weil er sich dazu berechtigt wähnte, sich an den anvertrauten Vermögenswerten dafür schadlos zu halten, dass ein Dritter seine Pflicht verletzt hat, ihn für bestimmte Arbeiten zu entlönnen". Für die Beschwerdeführerin stellt sich andererseits die Rechtsfrage, ob es "für den Veruntreuungsvorsatz relevant (ist), dass der Treuhänder, dem die das Treuhandverhältnis begründenden Tatsachen ('Grundtatsachen') bekannt sind, sich berechtigt wähnt, sich an den anvertrauten Vermögenswerten dafür schadlos zu halten, dass ein Dritter seine Pflicht verletzt hat, den Treuhänder für bestimmte Arbeiten zu entlönnen". Die Beschwerdeführerin erörtert in der Folge allerdings nicht diese von ihr selbst aufgeworfenen Fragen. Sie macht vielmehr im Einzelnen geltend, der Beschwerdegegner habe auf Grund des ihm bekannten Wortlauts der Reservationsvereinbarungen gewusst, dass die Reservationszahlungen Anzahlungen an den Werklohn und an diesen anrechenbar gewesen seien und bei Nichtzustandekommen der Werkverträge den "Bestellern" zurückerstattet werden mussten. Der Beschwerdegegner habe den relevanten Sachverhalt als Vermittler zwischen zwei Fronten erlebt, nämlich zwischen den potentiellen Bauherren einerseits und den potentiellen Generalunternehmern andererseits. Er habe gemäss seiner eigenen Sachdarstellung mit den Generalunternehmern ausgehandelt, dass er beziehungsweise seine Unternehmen im Falle der erfolgreichen Vertragsvermittlung die Reservationszahlungen als Entgelt für seine Leistungen einbehalten durften. Es sei selbstverständlich und könne dem Beschwerdegegner als erfahrenem Geschäftsmann nicht entgangen sein, dass die Generalunternehmer über die Reservationszahlungen der Bauinteressenten nicht verfügen konnten, bevor ihnen diese

Vermögenswerte zufolge des Abschlusses von Pauschalwerkverträgen zustanden. Die Behauptung des Beschwerdegegners, man habe damals den negativen Fall (des Nichtzustandekommens der Verträge) nicht durchdacht, könne angesichts der schon damals reichen

Erfahrung des Beschwerdegegners mit gescheiterten Projekten nicht ernst genommen werden. Dem Beschwerdegegner seien die für das Bestehen eines Treuhandverhältnisses massgeblichen Tatsachen bekannt gewesen. Davon gehe an sich auch die Vorinstanz aus, welche den Vorsatz allein deshalb verneine, weil der Beschwerdegegner die nötigen Wertungen nicht vollzogen habe.

Die Beschwerdeführerin macht im Weiteren geltend, es sei auf Grund der gesamten Umstände auszuschliessen, dass der Beschwerdegegner dem Irrtum erlegen sein könnte, die Bauinteressenten hätten ihn mit den Reservationszahlungen für seine Leistungen entlöhnt. Dagegen sprächen unter anderem die eigenen Aussagen des Beschwerdegegners, wonach dessen Leistungen bei Nichtzustandekommen der Verträge von den Generalunternehmern hätten bezahlt werden müssen. Dem Beschwerdegegner sei bewusst gewesen, dass die Entschädigung für seine Leistungen Teil des Werklohns gewesen sei und den Bauinteressenten nicht unabhängig vom Zustandekommen eines Werkvertrages habe belastet werden können. Soweit die Vorinstanz gestützt auf Aussagen des Beschwerdegegners davon ausgehe, dieser habe die Reservationszahlungen als Gegenleistungen der Bauinteressenten für die von ihm beziehungsweise von seinen Unternehmen erbrachten Leistungen angesehen, sei sie in Willkür verfallen. Allerdings sei der Beschwerdegegner offenbar der Meinung gewesen, dass die Generalunternehmer sich pflichtwidrig verhalten hätten, indem sie keine Verträge mit den Kaufinteressenten abgeschlossen hätten. Der Beschwerdegegner habe sich (durch die Inanspruchnahme der Reservationszahlungen) gleichsam an den Bauinteressenten für die (vermeintliche) Pflichtverletzung der Generalunternehmer schadlos gehalten. Damit habe er sich eine moralische Rechtfertigung für sein Handeln zurechtgelegt, die jedoch für den subjektiven Tatbestand unerheblich sei.

Abschliessend macht die Beschwerdeführerin geltend, ein Sachverhaltsirrtum des Beschwerdegegners in Bezug auf das Tatbestandsmerkmal des Anvertrauens lasse sich entgegen den Ausführungen im angefochtenen Entscheid nicht damit begründen, dass die Vorinstanz selber in ihrem ersten Urteil dieses Tatbestandsmerkmal verneint und die Staatsanwaltschaft in verschiedenen den Beschwerdegegner betreffenden Fällen das Verfahren eingestellt habe.

3.4 Der Beschwerdegegner bringt in seiner Vernehmlassung im Wesentlichen dieselben Argumente wie bereits im Berufungsverfahren vor (siehe E. 3.1 hiavor). Zudem verweist er zustimmend auf die Ausführungen der Vorinstanz, die er teilweise wiederholt.

4.

4.1 Das für den Vorsatz notwendige Wissen verlangt, soweit es sich auf Tatbestandsmerkmale bezieht, deren Verständnis eine Wertung voraussetzt, nicht die juristisch exakte Erfassung des gesetzlichen Begriffs. Vielmehr genügt es, wenn der Täter den Tatbestand so verstanden hat, wie es der landläufigen Anschauung eines Laien entspricht (sog. Parallelwertung in der Laiensphäre). Er muss also die Tatbestandsmerkmale nicht in ihrem genauen rechtlichen Gehalt erfassen, sondern lediglich eine zutreffende Vorstellung von der sozialen Bedeutung seines Handelns haben. Die dem Tatbestandsmerkmal innewohnende rechtliche Wertung muss bloss in dem Umfang vollzogen werden, als es für einen Nichtjuristen möglich ist. Mehr verlangen hiesse, die Begehung vorsätzlicher Delikte Juristen und solchen Laien vorzubehalten, die mehr oder weniger zufällige juristische Kenntnisse besitzen. Eine solche "Parallelwertung" kommt deshalb der für den Vorsatz erforderlichen Kenntnis gleich, weil Gegenstand des Vorsatzes nicht die rechtlichen Begriffe oder die Rechtswidrigkeit der Handlung, sondern die Tatumstände, d.h. die äusseren Gegebenheiten mitsamt ihrer sozialen Bedeutung sind. Versteht der Täter in laienhafter Anschauung den sozialen Gehalt des von ihm

verwirklichten Sachverhalts, so handelt er mit Vorsatz, auch wenn er über die genaue rechtliche Qualifikation irrt, was als rechtlich unbeachtlicher Subsumtionsirrtum anzusehen ist (BGE 129 IV 238 E. 3.2.2 S. 243 mit Hinweisen).

4.2 Das Wissenselement des Vorsatzes in Bezug auf ein bestimmtes Tatbestandsmerkmal ist nicht schon gegeben, wenn der Täter die Tatsachen kennt, bei deren Vorliegen bei zutreffender rechtlicher Würdigung das Tatbestandsmerkmal erfüllt ist. Vielmehr ist zudem erforderlich, dass der Täter das Tatbestandsmerkmal so verstanden hat, wie es der landläufigen Anschauung eines Laien entspricht. Das ist in Bezug auf das Tatbestandsmerkmal des Anvertrauens der Fall, wenn der Täter etwa weiss, dass der andere ihm den Vermögenswert zu einem bestimmten Zweck übergeben hat und er daher über den Vermögenswert nicht frei verfügen darf. Der Vorsatz in Bezug auf das Tatbestandsmerkmal

des Anvertrauens ist im vorliegenden Fall gegeben, wenn der Beschwerdegegner wusste oder zumindest in Kauf nahm, dass er über die ihm von den "Käufern" beziehungsweise "Bestellern" zu Händen der Generalunternehmer überwiesenen Reservationszahlungen nur im Falle des Zustandekommens der von ihm zu vermittelnden Verträge frei zu seinen Gunsten verfügen durfte und sie bei Nichtzustandekommen der Verträge den "Käufern" beziehungsweise "Bestellern" zurückerstatten musste.

4.3 Der Vorsatz des Beschwerdegegners in Bezug auf das Tatbestandsmerkmal des Anvertrauens im Sinne von Art. 138 StGB kann entgegen den Erwägungen im angefochtenen Entscheid nicht mit der Begründung verneint werden, dass auch die Vorinstanz selber in ihrem ersten Urteil angenommen hatte, die Reservationszahlungen seien unter den gegebenen Umständen dem Beschwerdegegner nicht anvertraut gewesen, und dass daher dem Beschwerdegegner als juristischem Laien ein den Vorsatz ausschliessender Sachverhaltsirrtum zuzubilligen sei. Wollte man diesem vorinstanzlichen Argument folgen, hätte dies letztlich zur Konsequenz, dass beispielsweise eine Rechtsmittelinstanz, welche abweichend von der freisprechenden ersten Instanz ein objektives Tatbestandsmerkmal als erfüllt erachtet, den Beschuldigten eines Vorsatzdelikts mangels Vorsatzes freisprechen müsste, weil auch die erste Instanz nicht gewusst habe, dass unter den gegebenen Umständen das Tatbestandsmerkmal erfüllt ist. Die irrtümliche Auffassung des Beschuldigten, dass unter den gegebenen konkreten Umständen ein bestimmtes strafrechtliches Merkmal eines Tatbestands nicht erfüllt sei, ist grundsätzlich ein unbeachtlicher Subsumtionsirrtum.

Der Vorsatz des Beschwerdegegners lässt sich entgegen der Auffassung der Vorinstanz auch nicht unter Berufung auf die Einstellungsverfügungen der Staatsanwaltschaft verneinen. Diese Verfügungen betrafen Fälle, in denen Kauf- beziehungsweise Werkverträge zustande gekommen waren und der Beschwerdegegner daher die Reservationszahlungen den "Käufern" beziehungsweise "Bestellern" nicht zurückerstatten musste, sondern als Bestandteile des Kaufpreises respektive Werklohns an die Generalunternehmer weiterzuleiten hatte beziehungsweise auf Grund der von ihm mit den Generalunternehmern getroffenen Vereinbarungen als Entschädigung für die von ihm erbrachten Leistungen behalten durfte. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sind einzig diejenigen Fälle, in welchen keine Kauf- und Werkverträge zustande gekommen waren und daher der Beschwerdegegner verpflichtet war, die Reservationszahlungen den "Käufern" beziehungsweise "Bestellern" zurückzuerstatten (siehe bereits den Rückweisungsentscheid vom 11. Dezember 2007 E. 3.6 in fine).

Der Vorsatz kann auch nicht mit dem Argument verneint werden, der Beschwerdegegner habe zwar gewusst, dass er im Falle des Nichtzustandekommens der Kauf- beziehungsweise Werkverträge zivilrechtlich zur Rückerstattung der Reservationszahlungen an die "Käufer" respektive "Besteller" verpflichtet sei, er habe aber weder gewusst noch in Kauf genommen, dass diese Rückerstattungspflicht beziehungsweise deren Verletzung auch strafrechtlich relevant sei. Ein solches Argument liefe letztlich darauf hinaus, den Irrtum über die Strafbarkeit eines bestimmten Verhaltens als einen den Vorsatz ausschliessenden Sachverhaltsirrtum zu qualifizieren, was unrichtig wäre.

4.4

4.4.1 Die von den "Käufern" beziehungsweise "Bestellern" erbrachten Reservationszahlungen waren gemäss den Erwägungen im Rückweisungsentscheid des Bundesgerichts vom 11. Dezember 2007 dem Beschwerdegegner im Sinne von Art. 138 StGB anvertraut, weil der Beschwerdegegner diese Zahlungen, welche nicht ein Maklerlohn, sondern Bestandteile des Kaufpreises respektive des Werklohns waren, entweder - nämlich bei Zustandekommen der von ihm zu vermittelnden Kauf- beziehungsweise Werkverträge - an die Generalunternehmer weiterleiten oder aber - nämlich im Falle des Nichtzustandekommens dieser Verträge - den "Käufern" respektive "Bestellern" zurückerstatten musste, weshalb er zur Werterhaltung verpflichtet war, bis feststand, ob diese Verträge zustande kamen. Dass der Beschwerdegegner auf Grund der mit den Generalunternehmern getroffenen Vereinbarungen die Reservationszahlungen als Entschädigung für seine Dienstleistungen behalten durfte, ändert gemäss den weiteren Erwägungen im zitierten Bundesgerichtsentscheid daran nichts, da die Generalunternehmer erst bei Abschluss der Kauf- beziehungsweise Werkverträge einen Anspruch auf die Reservationszahlungen als Bestandteile des Kaufpreises respektive Werklohns hatten und daher erst in diesem

Zeitpunkt darüber verfügen konnten, indem sie die Reservationszahlungen dem Beschwerdegegner als Entschädigung für dessen Dienstleistungen überliessen (siehe zum Ganzen den Rückweisungsentscheid des Bundesgerichts vom 11. Dezember 2007 E. 3.5 und E. 3.6). Weil der Beschwerdegegner zur Werterhaltung verpflichtet war, durfte er über die Reservationszahlungen nicht sofort frei verfügen und erfüllte er daher den objektiven Tatbestand der Veruntreuung, indem er die

Reservationszahlungen meist sogleich zur Überbrückung von Zahlungsschwierigkeiten in seinen konkursiten Unternehmen verwendete.

4.4.2 Für die Beurteilung der Frage des Vorsatzes in Bezug auf das Tatbestandsmerkmal des Anvertrauens ist vorliegend massgebend, ob der Beschwerdegegner wusste beziehungsweise in Kauf nahm, dass er über die Reservationszahlungen zumindest so lange nicht frei verfügen durfte, als nicht feststand, ob die Kauf- beziehungsweise Werkverträge zustande kamen, oder ob er trotz Kenntnis seiner Rückerstattungspflicht bei Nichtzustandekommen der Verträge irrtümlich annahm, dass er über die Reservationszahlungen sofort frei verfügen dürfe, weil ihm aus seiner Sicht Vermögenswerte in entsprechenden Beträgen in jedem Fall als Entschädigung für die von ihm erbrachten Dienstleistungen zustanden. Die Frage betreffend die diesbezüglichen Vorstellungen des Beschwerdegegners ist eine Tatfrage.

4.5 Die Vorinstanz bringt in ihren ausführlichen Erwägungen zum subjektiven Tatbestand zum Ausdruck, der Beschwerdegegner sei sich seiner Werterhaltungspflicht nicht bewusst gewesen und habe angenommen, dass er über die Reservationszahlungen frei verfügen dürfe. Diese Feststellung ist tatsächlicher Natur. Sie kann daher vom Bundesgericht im Verfahren der Beschwerde in Strafsachen nicht frei, sondern nur - unter der Voraussetzung entsprechender hinreichend substantiierter Rügen - daraufhin überprüft werden, ob sie auf willkürlicher Beweiswürdigung beruht und somit gegen das Willkürverbot verstösst oder sonstwie verfassungsmässige Rechte oder verfassungsrechtliche Grundsätze verletzt. Willkürlich ist die Beweiswürdigung nicht schon, wenn eine andere Würdigung der Beweise auch möglich oder sogar einleuchtender wäre, sondern nur, wenn sie schlechterdings unhaltbar ist.

4.6 Die vom Beschwerdegegner beziehungsweise von dessen Unternehmen erbrachten Leistungen hatten ohne Zweifel sowohl für die Generalunternehmer als auch für die "Käufer" beziehungsweise "Besteller" einen gewissen Wert, und zwar unabhängig davon, ob die Verträge schliesslich zustande kamen. Der Beschwerdegegner durfte die von den "Käufern" beziehungsweise "Bestellern" als Anzahlungen an den Kaufpreis respektive Werklohn geleisteten Reservationszahlungen gemäss den von ihm mit den Generalunternehmern getroffenen Vereinbarungen als Entschädigung für seine Dienstleistungen behalten, indem er gleichsam die Forderung der Generalunternehmer auf Weiterleitung der Reservationszahlungen mit seiner Forderung gegen die Generalunternehmer auf Entschädigung für die von ihm geleisteten Arbeiten verrechnete. Daraus konnte der Beschwerdegegner indessen offensichtlich nicht den Schluss ziehen, er dürfe über die Reservationszahlungen auch für den Fall frei zu seinen Gunsten verfügen, dass keine Verträge zustande kamen. Denn in diesem Fall hatten einerseits die Generalunternehmer offensichtlich keinen Anspruch auf Überweisung der Reservationszahlungen und war andererseits der Beschwerdegegner, wie er wusste, gemäss dem Wortlaut der von ihm mit den

Kaufinteressenten geschlossenen Reservationsvereinbarungen zur Rückerstattung der Reservationszahlungen verpflichtet. Dem Beschwerdegegner war offensichtlich klar, dass die Entschädigung für die von ihm geleisteten Arbeiten von den Generalunternehmern geschuldet war, da ihm diese und nicht die "Käufer" beziehungsweise "Besteller" eine solche Entschädigung zugesichert hatten. Er konnte nicht annehmen, dass im Falle des Nichtzustandekommens der Verträge die Entschädigung für die von ihm geleisteten Arbeiten von den "Käufern" beziehungsweise "Bestellern" geschuldet sei und er aus diesem Grunde über die Reservationszahlungen frei verfügen dürfe. Wohl konnte der Beschwerdegegner allenfalls davon ausgehen, dass ihm auch bei Nichtzustandekommen der Verträge eine Entschädigung für die von ihm erbrachten Dienstleistungen zustehe. Daraus konnte er aber offensichtlich nicht den Schluss ziehen, dass er auch in diesem Falle über die von den "Käufern" beziehungsweise "Bestellern" als Anzahlungen an den Kaufpreis respektive Werklohn geleisteten Reservationszahlungen frei verfügen dürfe. Dem Beschwerdegegner war im Gegenteil klar, dass er die Reservationszahlungen bei Nichtzustandekommen der Verträge den "Käufern" beziehungsweise "Bestellern"

zurückerstatten musste und diese ihm keine Entschädigung für die von ihm erbrachten Dienstleistungen versprochen hatten. Der Beschwerdegegner wusste mithin, dass er die Reservationszahlungen entweder - nämlich bei Zustandekommen der von ihm zu vermittelnden Kauf- respektive Werkverträge - im Auftrag der "Käufer" beziehungsweise "Besteller" als Anzahlungen an den Kaufpreis respektive Werklohn zu Händen der Generalunternehmer verwenden oder - nämlich bei Nichtzustandekommen der Verträge - den "Käufern" beziehungsweise "Bestellern" zurückerstatten musste. Er wusste somit, dass die Reservationszahlungen jedenfalls bis zum Zustandekommen der von ihm zu vermittelnden Verträge für ihn wirtschaftlich fremde Vermögenswerte waren, über die er nicht frei zu seinen Gunsten verfügen durfte. Soweit die Vorinstanz im angefochtenen Urteil abweichende Feststellungen betreffend das Wissen und die Kenntnisse des Beschwerdegegners trifft,

ist sie in Willkür verfallen. Es ist auszuschliessen, dass der Beschwerdegegner angenommen hat, er dürfe die Reservationszahlungen auch für den Fall des Nichtzustandekommens der von ihm zu vermittelnden Verträge als Entschädigung für seine Dienstleistungen in Anspruch nehmen und daher sofort frei zu seinen Gunsten darüber verfügen.

War dem Beschwerdegegner aber bekannt, dass er über die Reservationszahlungen jedenfalls bis zum Zustandekommen der von ihm zu vermittelnden Verträge nicht frei verfügen durfte, so handelte er in Bezug auf das Tatbestandsmerkmal des Anvertrauens mit dem für den Vorsatz erforderlichen Wissen. Für die Frage des Vorsatzes ist es unerheblich, dass der Beschwerdegegner im Zeitpunkt der unrechtmässigen Verwendungen der ihm anvertrauten Reservationszahlungen allenfalls darauf vertraute, dass bei pflichtgemässem Verhalten der Generalunternehmer die Verträge zweifellos zustande kommen und ihm damit gemäss den von ihm mit den Generalunternehmern getroffenen Vereinbarungen die Reservationszahlungen als Entschädigung für seine Dienstleistungen zustehen würden.

4.7 Die Beschwerde ist somit gutzuheissen, das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 12. Dezember 2008 aufzuheben und die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

5.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat der unterliegende Beschwerdegegner die Gerichtskosten zu tragen (Art. 66 Abs. 1 Satz 1 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen, das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 12. Dezember 2008 aufgehoben und die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 4'000.-- werden dem Beschwerdegegner auferlegt.

3.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, I. Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 8. Oktober 2009

Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Das präsidierende Mitglied: Der Gerichtsschreiber:

Schneider Näf