

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}

6B_329/2007 /bri

Urteil vom 11. Dezember 2007

Strafrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Schneider, Präsident,
Bundesrichter Zünd, Mathys,
Gerichtsschreiber Näf.

Parteien
Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich, 8090 Zürich,
Beschwerdeführerin,

gegen

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

Gegenstand
Mehrfache Veruntreuung (Art. 138 Ziff. 1 StGB),

Beschwerde in Strafsachen gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Strafkammer,
vom 13. März 2007.

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 Generalunternehmervertrag 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.

A.b. 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.

B.

B.a. 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.

B.b. 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.

C.

Die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich erhebt Beschwerde in Strafsachen unter anderem mit den Anträgen, das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 13. März 2007 sei unter anderem 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.

D.

X. _____ stellt in seiner Vernehmlassung die Anträge, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten beziehungsweise sie sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Er beantragt zudem, es sei ihm in der Person der Unterzeichnerin der Vernehmlassung eine amtliche Verteidigerin beizugeben.

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

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.

Der angefochtene Entscheid ist nach dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110) am 1. Januar 2007 ergangen. Das Verfahren vor dem Bundesgericht bestimmt sich daher nach dem Bundesgerichtsgesetz (Art. 132 Abs. 1 BGG).

2.

Auf die Beschwerde in Strafsachen kann grundsätzlich eingetreten werden, da sie unter Einhaltung der gesetzlichen Frist (Art. 100 Abs. 1 BGG) und Form (Art. 42 BGG) von der hiezu berechtigten Staatsanwaltschaft (Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 3 BGG) eingereicht wurde und sich gegen einen von der letzten kantonalen Instanz (Art. 80 Abs. 1 BGG) gefällten Endentscheid (Art. 90 BGG) in Strafsachen (Art. 78 Abs. 1 BGG) richtet.

3.

Gemäss Art. 138 StGB wird wegen Veruntreuung bestraft, wer sich eine ihm anvertraute fremde bewegliche Sache aneignet, um sich oder einen andern damit unrechtmässig zu bereichern (Ziff. 1 Abs. 1), sowie wer ihm anvertraute Vermögenswerte unrechtmässig in seinem oder eines anderen Nutzen verwendet (Ziff. 1 Abs. 2).

Die Vorinstanz hat den Beschwerdegegner abweichend von der ersten Instanz vom Vorwurf der mehrfachen Veruntreuung freigesprochen, weil die 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. Die Beschwerdeführerin ist demgegenüber mit der ersten Instanz der Auffassung, es handle sich bei den fraglichen Zahlungen

nicht um Mäklerlohn und das Merkmal des Anvertrauens sei erfüllt. Der Beschwerdegegner ist der Ansicht, die Zahlungen seien als Mäklerlohn zu betrachten. Jedenfalls seien sie den von ihm beherrschten Unternehmen mangels einer Werterhaltungspflicht nicht anvertraut gewesen. Zur Begründung im Einzelnen verweist er auf die vorinstanzlichen Erwägungen, mit welchen sich die Beschwerdeführerin nicht in rechtsgenügender Weise auseinander setze.

3.1.

3.1.1. Die Vorinstanz führt unter Hinweis auf den Inhalt der Reservationsvereinbarungen, worin die "Käufer" die Unternehmen des Beschwerdegegners beauftragten, mit den Grundstückeigentümern Kaufverträge und mit Generalunternehmern Generalunternehmerverträge abzuschliessen, ohne nähere Begründung aus, damit werde "eine typische Mäklerleistung versprochen" (angefochtenes Urteil S. 14 Rz. 18). Die Reservationsvereinbarungen enthielten allerdings nichts über die Entgeltlichkeit dieser Vermittlungstätigkeit. Die Entgeltlichkeit sei aber einem Mäklervertrag begriffsimmanent und werde vermutet (angefochtenes Urteil S. 15 Rz. 21). Den Unternehmen des Beschwerdegegners hätte aufgrund der Reservationsvereinbarungen gegenüber den "Käufern" ein Anspruch auf Mäklerlohn zugestanden, wenn die zu vermittelnden Kauf- und Werkverträge zustande gekommen wären. Dieser vereinbarte Mäklerlohn sei im Preis für das Grundstück und das zu erstellende Einfamilienhaus enthalten gewesen. Obschon die "Käufer" mangels abweichender Vereinbarungen den Mäklerlohn erst bei Zustandekommen der zu vermittelnden Kauf- und Werkverträge geschuldet hätten, hätten sie gemäss den Reservationsvereinbarungen bereits bei der Reservation Zahlungen von meist Fr. 15'000.--,

gelegentlich Fr. 10'000.-- oder Fr. 20'000.--, geleistet. Diese Zahlungen hätten im Falle des Zustandekommens der zu vermittelnden Kauf- und Werkverträge an den Preis beziehungsweise den Werklohn angerechnet werden sollen. Für den Fall des Scheiterns der Mäkelei sei in vielen Fällen keine Regelung über das Schicksal der bei der Reservation geleisteten Anzahlung getroffen worden. Teilweise sei für den Fall des Rücktritts des Auftraggebers nach einem bestimmten Zeitpunkt ein "Reugeld" in einem Teilbetrag der Anzahlung unter Rückzahlung des Restbetrags oder im Umfang der gesamten Anzahlung vereinbart worden, welches allerdings mangels einer Verpflichtung des Auftraggebers zum Abschluss des vermittelten Vertrags nicht als Reugeld im technischen Sinne von Art. 158 Abs. 3 OR, sondern als "Provisionsgarantie" zu qualifizieren sei. Auch sei eine Rückzahlung für einen bestimmten Fall (z.B. Scheitern der Finanzierung) vereinbart oder nachträglich eine Rückzahlung der Anzahlung versprochen worden (angefochtenes Urteil S. 16 ff.).

3.1.2. Die von den Unternehmen des Beschwerdegegners mit den "Käufern" abgeschlossenen Verträge weisen in einzelnen Punkten Unterschiede auf. In mehreren Verträgen wurde ein "Total Kaufpreis" festgelegt und über dessen Tilgungsmodalitäten Folgendes vereinbart:

"Der Kaufpreis ist wie folgt zu tilgen:

- a) Anzahlung bei Reservation Fr. 15'000.--
- b) Anzahlung bei Beurkundung Grundstück Fr. 15'000.--
- c) Rest Grundstück anlässlich der Eigentumsübertragung in bar oder mit Bankcheck
- d) Werkpreis nach Baufortschritt, gemäss Vereinbarung mit Generalunternehmung (C. _____ AG)."

In anderen Verträgen wurde Folgendes vereinbart:

"Der Kaufpreis ist wie folgt zu tilgen:

Werkpreis:

.a) Anzahlung bei Reservation (Anrechnung an Werkpreis) Fr. 15'000.--

.b) Anzahlung Verkauf und Planung bei
Beurkundung/Baueingabe (Anrechnung an Werkpreis) Fr. 25'000.--

.c) Weitere Zahlungen nach Baufortschritt, gemäss
Vereinbarung mit der Generalunternehmung

Landkaufpreis:

- a) Anzahlung bei Beurkundung Grundstück Fr. 15'000.--
- b) Rest anlässlich der Eigentumsübertragung in bar oder mit Bankscheck"

oder

"Der Kaufpreis ist wie folgt zu tilgen:

Werkpreis:

a) Anzahlung bei Reservation Fr. 15'000.--

b) Zahlung bei Erhalt Baubewilligung Fr. 15'000.--

c) Weitere Zahlungen nach Baufortschritt, gemäss

Vereinbarung mit der Generalunternehmung

Landkaufpreis:

a) Anzahlung bei Beurkundung Grundstück Fr. 15'000.--

b) Rest anlässlich der Eigentumsübertragung in

bar oder mit Bankcheck"

3.2. Anvertraut im Sinne von Art. 138 StGB ist nach der Rechtsprechung, was jemand mit der Verpflichtung empfängt, es in bestimmter Weise im Interesse eines andern zu verwenden, insbesondere es zu verwahren, zu verwalten oder abzuliefern (BGE 133 IV 21 E. 6.2; 120 IV 117 E. 2b; 106 IV 257 E. 1, je mit Hinweisen). Nach einer anderen Umschreibung gilt als anvertraut, was mit rechtlich beschränkter Verfügungsbefugnis überlassen wird, ohne dass eine unmittelbare Kontrolle der Verwendung möglich oder üblich ist (HANS SCHULTZ, ZBJV 98/1962 S. 112; STEFAN TRECHSEL, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 2. Aufl. 1997, Art. 138 StGB N 4, mit Hinweisen). Gemäss einer neueren Umschreibung ist anvertraut, was jemand mit der besonderen Verpflichtung empfängt, es dem Treugeber zurückzugeben oder es für diesen an einen Dritten weiterzuleiten, wobei der Treugeber seine Verfügungsmacht über das Anvertraute aufgibt (MARCEL ALEXANDER NIGGLI/CHRISTOF RIEDO, Basler Kommentar, StGB II, 2003, Art. 138 StGB N 41; zum Ganzen Urteil 6S.373/2003 vom 27. Januar 2005, E. 2.2). Anvertraut ist ein Vermögenswert allerdings nicht schon ohne weiteres, wenn der Empfänger verpflichtet ist, ihn an einen Dritten weiterzuleiten (siehe etwa BGE 118 IV 239 E.

2b; 117 IV 250 E. 1b, je mit Hinweisen). Anvertraut ist der Vermögenswert insoweit nur, wenn der Empfänger ihn erhalten hat, um ihn für den Treugeber an einen Dritten weiterzuleiten. Anvertraut ist somit, was jemand etwa als Zahlungs- oder Inkassogehilfe, als direkter oder indirekter Stellvertreter für einen Dritten empfangen hat. Nicht anvertraut ist, was jemand für sich eingenommen hat (BGE 133 IV 21 E. 7.2, mit Hinweisen; STEFAN TRECHSEL, a.a.O., Art. 138 StGB N 13; MARCEL ALEXANDER NIGGLI/CHRISTOF RIEDO, a.a.O., Art. 138 StGB N 45).

Ob die Anzahlungen der "Käufer" bei der Reservation den Unternehmen des Beschwerdegegners anvertraut waren, hängt davon ab, für wen diese Zahlungen bestimmt waren und aus welchem Grund sie geleistet wurden. Dies beurteilt sich aufgrund der Verträge, die zwischen den "Käufern" und der einen oder andern vom Beschwerdegegner beherrschten Firma als "Verkäuferin" abgeschlossen wurden. Vertragliche Vereinbarungen sind, wenn ein übereinstimmender wirklicher Parteiwille nicht ermittelt werden kann (Art. 18 Abs. 1 OR), aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen, die ihnen vorangegangen und unter denen sie abgegeben worden sind, verstanden werden durften und mussten. Zu berücksichtigen ist insbesondere der vom Erklärenden verfolgte Regelungszweck, wie ihn der Erklärungsempfänger in guten Treuen verstehen durfte und musste (BGE 132 III 24 E. 4, mit Hinweisen).

3.3.

3.3.1. Die "bei Reservation", d.h. bei Abschluss des mit "Reservation" betitelten Vertrages, zu leistenden Zahlungen, welche der Beschwerdegegner laut Anklage veruntreut haben soll, werden in den Verträgen ausdrücklich als "Anzahlung" beziehungsweise als "Reservationsanzahlung" bezeichnet. Es handelt sich dabei um eine Anzahlung entweder an den "Totalkaufpreis" oder um eine Anzahlung an den Werkpreis. In einzelnen Verträgen wird durch den Vermerk " (Anrechnung an Werkpreis) " ausdrücklich festgehalten, dass die Anzahlung bei Reservation an den Werkpreis angerechnet wird. Auch soweit ein solcher Vermerk fehlt, ergibt sich die Anrechnung an den Preis beziehungsweise an den Werklohn zweifelsfrei schon aus den Begriffen der "Anzahlung" und der "Tilgung" des Kaufpreises. Die von den "Käufern" bei Abschluss des Vertrages zu leistende "Anzahlung" ist ein Bestandteil des "Total Kaufpreises" beziehungsweise des "Werkpreises" und damit für den Verkäufer beziehungsweise für den Generalunternehmer bestimmt. Die vom Beschwerdegegner beherrschten Unternehmen, welche die als "Reservation" betitelten Verträge mit den "Käufern" abschlossen, waren jedenfalls nicht Generalunternehmer. Dies ergibt sich schon aus dem Wortlaut der Verträge selbst,

wonach der Werkpreis beziehungsweise weitere Zahlungen "nach Baufortschritt, gemäss Vereinbarung mit der Generalunternehmung" zu tilgen waren, wobei die Generalunternehmung, soweit der Beschwerdegegner eine solche bereits gefunden hatte, gelegentlich in den Reservationsverträgen ausdrücklich namentlich genannt wurde. Allerdings erscheint ausweislich der Verträge neben dem "Landkaufpreis" auch der "Werkpreis", an welchen die "Anzahlung" bei Reservation angerechnet wird, als ein Teil des "Kaufpreises", d.h. des Preises, welchen der "Käufer" für den Erwerb des Grundstücks und des darauf zu erstellenden Einfamilienhauses zu bezahlen hat. Die Anzahlung steht damit ausweislich der Verträge dem Verkäufer zu. In den Verträgen wird abschliessend jeweils die eine (A. _____ SA) oder die andere (B. _____ AG) Firma des Beschwerdegegners als "Verkäuferin" bezeichnet. In Anbetracht dieser Parteibezeichnung liesse sich allenfalls die Auffassung vertreten, dass die vom "Käufer" bei der Reservation zu leistende Anzahlung für die Unternehmen des Beschwerdegegners bestimmt war. In diesem Fall wären die Reservationszahlungen den vom Beschwerdegegner beherrschten Unternehmen und damit auch diesem selbst nach den insoweit zutreffenden Erwägungen im angefochtenen Entscheid (S. 19, 20) nicht im Sinne von Art. 138 StGB anvertraut gewesen.

3.3.2. Die vom Beschwerdegegner beherrschten Unternehmen, welche mit den "Käufern" die Reservationsverträge abschlossen, waren indessen entgegen ihrer darin genannten Parteibezeichnung, die - wie auch im angefochtenen Urteil (S. 14 f. Rz. 18 f., S. 19 Rz. 31) festgehalten wird - offensichtlich juristisch falsch ist, nicht "Verkäufer" der Grundstücke und der darauf zu erstellenden Einfamilienhäuser. Sie waren lediglich Vermittler, welche den Abschluss von Grundstückkaufverträgen und von Werkverträgen vermittelten. Davon geht auch die Vorinstanz aus. Die in den Reservationsverträgen enthaltene Parteibezeichnung der Unternehmen des Beschwerdegegners als "Verkäufer", welche offenbar von den "Käufern" akzeptiert wurde, lässt sich nach den insoweit zutreffenden Ausführungen im angefochtenen Entscheid (S. 15 Rz. 19) wohl damit erklären, dass der Beschwerdegegner quasi ein Gesamtpaket zu "verkaufen" suchte, indem er nach dem Grundstück forschte, das Projekt zeichnete, die Detailwünsche der "Käufer" berücksichtigte, den Generalunternehmer suchte und alles zu einem (Gesamtkauf-) Preis den "Käufern" anbot. Rechtlich verpflichteten sich die Unternehmen des Beschwerdegegners in den Reservationsvereinbarungen indessen lediglich, den Abschluss von Grundstückkaufverträgen und von Werkverträgen zu vermitteln.

3.4. Die Vorinstanz qualifiziert daher die hier zu beurteilenden Reservationsvereinbarungen als Mäklerverträge im Sinne von Art. 412 ff. OR und die bei der Reservation zu leistende Anzahlung (von im Regelfall Fr. 10'000.--) als Mäklerlohn.

Sollte diese Qualifizierung zutreffen, wären die "Anzahlungen" Leistungen für die von den Unternehmen des Beschwerdegegners zu erbringenden Gegenleistungen und daher diesen nicht im Sinne von Art. 138 StGB anvertraut.

3.4.1. Durch den Mäklervertrag erhält der Makler den Auftrag, gegen eine Vergütung Gelegenheit zum Abschluss eines Vertrages nachzuweisen oder den Abschluss eines Vertrages zu vermitteln (Art. 412 Abs. 1 OR). Der Mäklervertrag steht im Allgemeinen unter den Vorschriften über den einfachen Auftrag (Art. 412 Abs. 2 OR). Der Mäklerlohn ist verdient, sobald der Vertrag infolge des Nachweises oder infolge der Vermittlung des Mäklers zustande gekommen ist (Art. 413 Abs. 1 OR). Soweit dem Makler im Vertrag für Aufwendungen Ersatz zugesichert ist, kann er diesen auch verlangen, wenn das Geschäft nicht zustande kommt (Art. 413 Abs. 3 OR). Wird der Betrag der Vergütung nicht festgesetzt, so gilt, wo eine Taxe besteht, diese und in Ermangelung einer solchen der übliche Lohn als vereinbart (Art. 414 OR). Charakteristisch für den Mäklervertrag ist die Entgeltlichkeit. Zwar ist durchaus denkbar, dass Vermittlungsdienste auch unentgeltlich geleistet werden. Ein unentgeltlicher Vermittlungsauftrag kann jedoch nicht als Mäklervertrag qualifiziert werden, sondern hat als einfacher Auftrag (Art. 394 ff. OR) zu gelten (Urteil 4C.17/2003 vom 28. Januar 2004, E. 3.2.1, mit Hinweisen, in: Pra 2004 Nr. 117 S. 659). Ein Mäklervertrag liegt nur vor, wenn der Auftraggeber in seiner Eigenschaft als Vertragspartner des Mäklers die Vergütung leistet. Eine allfällige Leistung eines Dritten - etwa des Grundstückverkäufers oder des Werkunternehmers als Vertragspartner des Auftraggebers in dem zu vermittelnden Kauf- oder Werkvertrag - ist keine Gegenleistung für die Vermittlungstätigkeit im Rahmen eines Mäklervertrags, sondern fände ihren Rechtsgrund in einem anderen Rechtsverhältnis (zitiertes Urteil 4C.17/2003 vom 28. Januar 2004, E. 3.2.2).

3.4.2. Den vorliegenden Reservationsvereinbarungen lassen sich keine Anhaltspunkte entnehmen, die dafür sprechen, dass sich die "Käufer" darin verpflichtet hätten, den Unternehmen des

Beschwerdegegners für die Vermittlungstätigkeit eine Vergütung zu zahlen. Dagegen spricht klar, dass in den Vereinbarungen die Zahlung erstens als Anzahlung und zweitens als Anzahlung an den Totalkaufpreis, welcher den Werklohn enthält, beziehungsweise als Anzahlung an den Werkpreis bezeichnet wird. Die bei Reservation zu leistende Anzahlung ist damit Bestandteil der Leistung, welche die "Käufer" für die Gegenleistung der Grundstückverkäufer beziehungsweise der Werkunternehmer im Rahmen der von den Unternehmen des Beschwerdegegners zu vermittelnden Grundstückkaufverträge respektive Werkverträge erbringen mussten. Die von den "Käufern" geleistete Anzahlung ist keine Entschädigung für die von den Unternehmen des Beschwerdegegners gegenüber den "Käufern" zu leistende Vermittlungstätigkeit.

3.4.3. Wohl mussten die "Käufer" davon ausgehen, dass die Unternehmen des Beschwerdegegners für ihre Tätigkeit eine Entschädigung erhielten. Eine solche Entschädigung ist aber bei einer Auslegung nach dem Vertrauensprinzip nicht Gegenstand der von den "Käufern" mit den Unternehmen des Beschwerdegegners abgeschlossenen Reservationsvereinbarungen, auch dann nicht, wenn davon ausgegangen wird, dass die Entschädigung im Gesamtpreis beziehungsweise im Werklohn enthalten ist und in ihrer Höhe der von den "Käufern" bei der Reservation zu leistenden Anzahlung entspricht. Die "Käufer" konnten und mussten mangels einer entsprechenden Vergütungsregelung in den Reservationsvereinbarungen davon ausgehen, dass die Entschädigung an die Unternehmen des Beschwerdegegners für deren Tätigkeit von den Grundstück Verkäufern beziehungsweise von den Generalunternehmern geleistet werde. Dafür spricht auch, dass die Unternehmen des Beschwerdegegners in den Reservationsvereinbarungen einleitend als "Verkaufsbeauftragte" bezeichnet werden.

3.4.4. Die Reservationsvereinbarung zwischen den "Käufern" und den Unternehmen des Beschwerdegegners ist somit nicht als Mäklervvertrag im Sinne von Art. 412 ff. OR, sondern als - unentgeltlicher - einfacher Auftrag gemäss Art. 394 ff. OR zu qualifizieren. In diesem Sinne hat das Bundesgericht auch im bereits zitierten Urteil 4C.17/2003 vom 28. Januar 2004 (wiedergegeben in Pra 2004 Nr. 117 S. 659) in einem mit dem vorliegenden weitgehend vergleichbaren Fall entschieden.

3.4.5. Das Tatbestandsmerkmal des Anvertrauens im Sinne von Art. 138 StGB kann daher nicht mit der Begründung verneint werden, dass es sich bei der Reservationsvereinbarung um einen Mäklervvertrag und bei der bei der Reservation geleisteten Anzahlung um einen Mäklerlohn handle.

3.5. Die "Käufer" leisteten bei der Reservation die Anzahlung an die Unternehmen des Beschwerdegegners zu dem Zweck, dass diese sie als "Anzahlung" zur "Tilgung" des Kaufpreises beziehungsweise des Werklohns verwendeten. Bis zum Zeitpunkt einer derartigen Verwendung mussten die Unternehmen des Beschwerdegegners den Wert des Empfangenen erhalten. Entstand mangels Abschlusses von Grundstückkaufverträgen beziehungsweise von Werkverträgen kein Anspruch auf den Kaufpreis beziehungsweise auf den Werklohn und konnte daher die Anzahlung des "Käufers" nicht bestimmungsgemäss als Anzahlung zur Tilgung eines solchen Anspruchs verwendet werden, musste sie von den Unternehmen des Beschwerdegegners dem "Käufer" zurückerstattet werden. Die von den "Käufern" bei der Reservation geleisteten Anzahlungen waren daher den Unternehmen des Beschwerdegegners im Sinne von Art. 138 StGB anvertraut.

3.6. Wohl mögen die Unternehmen des Beschwerdegegners mit den potentiellen Grundstück Verkäufern beziehungsweise Generalunternehmern vereinbart haben, dass die von den "Käufern" bei der Reservation geleisteten Anzahlungen den Unternehmen des Beschwerdegegners als Entschädigung für die Vermittlungstätigkeit zustehen. Dies ändert indessen nichts daran, dass die Anzahlungen der "Käufer" gemäss den Reservationsvereinbarungen von den Unternehmen des Beschwerdegegners zur Tilgung der Forderungen der Grundstückverkäufer beziehungsweise der Generalunternehmer verwendet werden mussten und daher den Unternehmen des Beschwerdegegners anvertraut waren. Die genannten Forderungen konnten erst mit dem Abschluss der Grundstückkaufverträge beziehungsweise der Generalunternehmerverträge entstehen, weshalb die Grundstückverkäufer respektive die Generalunternehmer auch erst nach Abschluss dieser Verträge über die Anzahlungen verfügen und diese in Erfüllung von entsprechenden Vereinbarungen den Unternehmen des Beschwerdegegners als Entschädigung für die Vermittlungstätigkeit überlassen konnten. Da aber in den Gegenstand der Anklage bildenden Fällen keine Grundstückkaufverträge und Werkverträge abgeschlossen wurden und somit keine Forderungen aus solchen Verträgen entstanden, mussten die Unternehmen des Beschwerdegegners die Anzahlungen den "Käufern" zurückerstatten.

3.7. Soweit in einigen Reservationsvereinbarungen ein "Reugeld" in einem Teilbetrag oder im vollen

Umfang der Anzahlung unter bestimmten Voraussetzungen vereinbart wurde, das im angefochtenen Urteil (S. 16 f. Rz. 25, S. 21 Rz. 37) als "Provisionsgarantie" qualifiziert wird (vgl. dazu Urteil 4C.443/1996 vom 26. März 1997, E. 1b), hatten die Unternehmen des Beschwerdegegners bei Eintritt der vereinbarten Voraussetzungen allenfalls einen entsprechenden Anspruch gegen den "Käufer", den sie allenfalls mit dem Anspruch des "Käufers" auf Rückleistung der Anzahlung verrechnen konnten. Auch in den Fällen der Vereinbarung eines "Reugeldes" waren die bei der Reservation geleisteten Anzahlungen aber gemäss den Reservationsvereinbarungen Anzahlungen an den Kaufpreis beziehungsweise an den Werklohn und damit für die Grundstückverkäufer respektive die Generalunternehmer bestimmt. Nichts spricht für die von der Vorinstanz im angefochtenen Urteil (S. 21 Rz. 37) vertretene Auffassung, dass in diesen Fällen die Anzahlung einen allfälligen Anspruch der Unternehmen des Beschwerdegegners auf das vereinbarte "Reugeld" sicherstellen sollte. Im Übrigen ist eine Zahlung zur Sicherstellung eines bedingten Anspruchs des Empfängers diesem anvertraut, da der

Empfänger den ihm übergebenen Vermögenswert nur bei Eintritt der Bedingung für sich verwenden darf und ihn dem Treugeber zurückgeben muss, wenn die Bedingung nicht mehr eintreten kann. Nichts spricht sodann dafür, dass die "Käufer" die Anzahlung bei der Reservation in Erfüllung einer Vereinbarung betreffend eine "Provisionsgarantie" an die Unternehmen des Beschwerdegegners geleistet haben könnten.

3.8. Die von den "Käufern" bei der Reservation geleisteten Anzahlungen waren somit den Unternehmen des Beschwerdegegners im Sinne von Art. 138 StGB anvertraut. Der Freispruch des Beschwerdegegners vom Vorwurf der mehrfachen Veruntreuung kann demnach nicht damit begründet werden, dass das Tatbestandsmerkmal des Anvertrauens nicht erfüllt sei.

3.9. Das angefochtene Urteil ist somit in Gutheissung der Beschwerde aufzuheben und die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Diese wird zu prüfen haben, ob die weiteren Merkmale des Tatbestands der Veruntreuung erfüllt sind und gegebenenfalls den Beschwerdegegner wegen mehrfacher Veruntreuung verurteilen.

4.

Der Beschwerdegegner beantragt, es sei ihm in der Person der Unterzeichnerin der Vernehmlassung eine amtliche Verteidigerin beizugeben. Zur Begründung macht er unter Hinweis auf § 11 Abs. 2 Ziff. 3 StPO/ZH geltend, dass der Angeschuldigte durch einen Verteidiger verbeiständet sein müsse, wenn gegen ihn eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr oder eine freiheitsentziehende Massnahme im Sinne des Strafgesetzbuches beantragt sei oder in Aussicht stehe. Die notwendige Verteidigung müsse bis zum Abschluss des Strafverfahrens durch ein rechtskräftiges Urteil bestehen, da jedem Verurteilten das Recht zukomme, seine Verurteilung von einem höheren Gericht überprüfen zu lassen.

Der Beschwerdegegner verkennet, dass es im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesgericht eine amtliche Verteidigung in diesem Sinne - nach wie vor - nicht gibt. Das Bundesgerichtsgesetz sieht einzig die unentgeltliche Rechtspflege vor (Art. 64 BGG), bei deren Gewährung das Bundesgericht der Partei einen Anwalt oder eine Anwältin bestellt, wenn dies zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist (Art. 64 Abs. 2 BGG). Die unentgeltliche Rechtspflege setzt unter anderem voraus, dass die Partei nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (Art. 64 Abs. 1 BGG). Dass und inwiefern diese Voraussetzung erfüllt sei, wird in der Vernehmlassung weder behauptet noch dargelegt. Auf den Antrag um amtliche Verteidigung ist daher nicht einzutreten.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat der Beschwerdegegner als unterliegende Partei die bundesgerichtlichen Kosten 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, I. Strafkammer, vom 13. März 2007 aufgehoben und die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2.

Auf das Gesuch um amtliche Verteidigung wird nicht eingetreten.

3.

Die Gerichtskosten von Fr. 2'000.-- werden dem Beschwerdegegner auferlegt.

4.

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

Lausanne, 11. Dezember 2007

Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber: