

Dr. iur. Franz Riklin

Professor an der Universität Freiburg
Chemin Albert Schweitzer 8
1700 Freiburg i.Ue.

Tel. privat: 026 / 481 13 37
Tel. Büro: 026 / 300 80 67
Fax Büro: 026 / 300 96 94
E-Mail: franz.riklin@unifr.ch

Adresse an der Universität:
Institut für Strafrecht
Büro 5.320
Beauregard 11
1700 Freiburg i.Ue.

Frau
Dr. Vera Delnon
Winzerhalde 16
8049 Zürich

Freiburg, den 28. April 2004
C:\Eigene Dateien\Gutachten\Zäch Kurzgutachten.doc

Gutachten i.S. Zäch betr. Anklagegrundsatz

Sehr geehrte Frau Delnon,

Sie haben mich beauftragt, zur Frage Stellung zu nehmen, ob im Fall von Dr. Guido Zäch, den das Strafgericht Basel-Stadt am 11. Juli 2003 wegen mehrfacher ungetreuer Geschäftsbesorgung schuldig erklärte und zu zwei Jahren Gefängnis verurteilte, der Anklagegrundsatz verletzt wurde.

Es wurden mir das Urteil mit der Anklage, ferner angeforderte Verfahrensakten sowie weitere von Ihnen beschaffte Unterlagen zur Verfügung gestellt, auf die, soweit nötig, im Folgenden hingewiesen wird.

Ich komme diesem Auftrag hiemit nach. Meine Ausführungen gliedern sich wie folgt:

- I. Allgemeines
- II. Anklagepunkte im Fall Zäch
- III. Mängel der Anklageschrift im Allgemeinen
- IV. Verletzung des Anklagegrundsatzes in den Fällen, in denen es zu einem Schuldspruch kam
- V. Folgen
- VI. Schlussbemerkung

I. Allgemeines

1. Wesentlicher Inhalt des Anklagegrundsatzes

1.1. Akkusationsprinzip bedeutet zweierlei:

Sachlich gilt der Anklageprozess. Es muss Anklage gegen bestimmte Beschuldigte wegen bestimmter Straftaten erhoben werden. Das Gericht wird nur auf Anklage hin tätig, d.h. gestützt auf eine Anklageschrift oder eine Überweisungsverfügung. Dies bedeutet umgekehrt: Wo kein Kläger, ist kein Richter. Vorausgesetzt wird ein kontradiktorisches Verfahren (in der Hauptverhandlung). Folge davon ist auch die thematische Bindung des Richters an die Anklage.¹

Personell bedeutet dieses Prinzip: personelle Trennung zwischen Ankläger (oder allgemeiner: zwischen Strafverfolgungsbehörden) und Richter. Die Strafverfolgungsbehörden klären ab und machen den staatlichen Strafanspruch geltend, die Gerichte entscheiden, ob die Vorwürfe begründet sind. Vorausgesetzt wird ein unabhängiges Gericht.²

1.2. Es sind **drei Ziele**, die mit dem Anklagegrundsatz verwirklicht werden sollen:

Zunächst ist der Anklagegrundsatz Ausfluss des Gewaltenteilungsprinzips. Er führt zu einer Machtverteilung. Ohne Akkusationsgrundsatz bestünde die Gefahr einer übermässigen Machtzusammenballung.³

Damit zusammenhängend dient der Anklagegrundsatz und die mit ihm verbundene Verteilung der Prozessrollen unter mehreren Personen der Wahrheitsfindung und der Prozessökonomie. Die Wahrheitsfindung ist eher gewährleistet, weil der Anklagegrundsatz die richterliche Unvoreingenommenheit stärkt (oder umgekehrt: Bei Fehlen des Anklagegrundsatzes wäre die richterliche Unvoreingenommenheit gefährdet).⁴ Aus der Sicht der Verfahrensökonomie müssen sich die Strafverfolgungsbehörden Rechenschaft darüber ablegen, ob ein bestimmtes Verhalten unter einen Straftatbestand subsumierbar ist oder nicht. Dies wirkt auch der Gefahr entgegen, mit einer bloss unvollständigen Beweissammlung vor Gericht zu treten, was den Verdächtigten vor einer leichtfertigen öffentlichen Anprangerung bewahrt. Es ist aus der Sicht des Persönlichkeitsschutzes ein wichtiges Anliegen, nicht unnötig angeklagt zu werden, da ein Strafverfahren oft auch dann schwerwiegende Folgen zeitigt, wenn es die Unschuld des Beschuldigten bestätigt und dieser freigesprochen wird.

Schliesslich geht es um den Anspruch des Angeklagten auf rechtliches Gehör. Der Anklagegrundsatz trägt zur Information des Beschuldigten bei, indem dieser erfährt, um was es geht, was das Thema der gerichtlichen Hauptverhandlung ist. Der Angeklagte muss wissen, wegen was er beschuldigt ist, damit er seine Verteidigung

¹ Vgl. zu dieser Thematik Schmid (Begleitbericht), 36; Schmid (Strafprozessrecht), N 145 ff.; Hauser/Schweri, § 50 N 4, 6 ff. und 16 ff.

² Vgl. zu dieser Thematik Schmid (Begleitbericht), 36; Schmid (Strafprozessrecht), N 142 ff.; Hauser/Schweri, § 50 N 1 ff. und N 13 ff.

³ Vgl. Hauser/Schweri, § 50 N 3.

⁴ Vgl. dazu Hauser/Schweri, § 50 N 2.

vorbereiten kann.

2. Rechtliche Grundlagen

2.1. Das Anklageprinzip wird u.a. von der **EMRK** geschützt und zwar in Art. 6 Ziff. 1 (Fairness des Verfahrens) sowie in Art. 6 Ziff. 3 lit. a,⁵ wonach jeder Angeklagte das Recht hat, "in allen Einzelheiten über die Art und den Grund der gegen ihn erhobenen Beschuldigung in Kenntnis gesetzt zu werden".

Auch die Rechtsprechung des EGMR hat sich damit befasst. In einem Entscheid des EGMR vom 25.7.2000 i.S. *Mattoccia gegen Italien* ging es u.a. um ein Sexualdelikt, wobei die Anklage in Bezug auf Details über Zeit und Ort der Tat völlig vage war und sich diesbezüglich die Zeugen der Anklage mehrfach widersprachen.⁶ Der EGMR führte u.a. aus: "La Cour considère qu'en matière pénale une information précise et complète des charges pesant contre un accusé est une condition essentielle de l'équité de la procédure (...). Certes, l'étendue de l'information 'détaillée' visée par cette disposition varie selon les circonstances particulières de la cause; toutefois, l'accusé doit en tout cas disposer d'éléments suffisants pour comprendre pleinement les charges portées contre lui en vue de préparer convenablement la défense." (Ziff. 59 und 60).

Noch bedeutsamer war der Entscheid des EGMR vom 25.3.1999 i.S. *Pélissier und Sassi gegen Frankreich*.⁷ Sie waren wegen betrügerischem Konkurs angeklagt und wurden schliesslich wegen Gehilfenschaft zum Bankrott durch Unterschlagung von Aktiven verurteilt. Die Verteidigung machte geltend, dass sie nicht Gelegenheit hatte, sich zur Frage der Gehilfenschaft angemessen zu verteidigen. Sie betonte, für Gehilfenschaft wäre eine andere Verteidigungsstrategie mit anderen Argumenten erforderlich gewesen. Der Gerichtshof gab ihnen recht und hielt sinngemäss fest, dass der Beschuldigte nicht nur über den vorgeworfenen Sachverhalt, sondern auch über die der Beschuldigung zugrunde liegende Qualifikation in Kenntnis gesetzt werden müsse ("... la Cour conclut qu'une atteinte a été portée au droit des requérants à être informés d'une manière détaillée de la nature et de la cause de l'accusation portée contre eux, ...").

2.2. Der Anklagegrundsatz hat Verfassungsrang. Es sei auf Art. 32 Abs. 2 der neuen **Bundesverfassung** verwiesen. Danach hat jede angeklagte Person Anspruch darauf, möglichst rasch und umfassend über die gegen sie erhobenen Beschuldigungen unterrichtet zu werden. Sie muss die Möglichkeit haben, die ihr zustehenden Verteidigungsrechte geltend zu machen. Dieses Recht umfasst sowohl die genauen tatsächlichen Vorwürfe, die der Anklage zugrunde liegen, als auch deren (einstweilige) juristische Qualifikation ("Tout accusé a donc le droit d'être informé non seulement des la cause de l'accusation, c'est-à-dire des faits matériels retenus contre lui et qui sont à l'origine de son inculpation, mais également de la nature de l'accusation, c'est-à-dire de la qualification juridique de ces faits."⁸).

⁵ BGE 120 IV 348; Schmid (Strafprozessrecht), N 146; Villiger, N 504 ff.

⁶ *Affaire Mattoccia c. Italie* (Requête No 23969/94).

⁷ *Affaire Pélissier et Sassi c. France* (Requête no 25444/94).

⁸ Auer/Malinverni/Hottelier, N 1336; Vest, Kommentar zu Art. 32 BV, N 17.

2.3. Auch die **kantonalen Strafprozessordnungen** enthalten regelmässig den Anklagegrundsatz. Für Basel-Stadt sei auf § 24 StPO verwiesen.

3. **Bindungswirkung der Anklage**

Bei konsequenter Handhabung hat das Akkusationsprinzip eine Bindung des Richters an den Inhalt der Anklage, an die angeklagten Personen und an das Thema der Anklage zur Folge.

Das Gericht ist hingegen hinsichtlich der rechtlichen Würdigung des Sachverhalts frei und nicht an die Anträge der Anklagebehörde gebunden.⁹ Es besteht nur eine thematische Bindung an den Inhalt der Anklageschrift.

4. **Immutabilitätsprinzip¹⁰**

Das Immutabilitätsprinzip wird aus dem Anklagegrundsatz abgeleitet. Darunter versteht man den Umstand, dass ab einem bestimmten Verfahrenszeitpunkt (Eröffnung der Hauptverhandlung) die Anklage durch die Staatsanwaltschaft nicht mehr verändert und nicht mehr zurückgezogen werden kann.

5. **Inhalt der Anklage**

5.1. Die einzelnen Prozessordnungen kennen mit Rücksicht auf den Anklagegrundsatz u.a. auch **Kriterien über die inhaltliche Ausgestaltung einer Anklage bzw. einer Überweisungsverfügung**. Diese muss die Grundlage für eine gerichtliche Beurteilung darstellen.

Die Anklage bzw. der Überweisungsbeschluss erfüllt aus dieser Sicht zwei Hauptfunktionen: Er dient zur Bestimmung des Prozessgegenstandes (**Umgrenzungsfunktion**) und vermittelt andererseits der angeschuldigten Person die für die Verteidigung notwendigen Informationen (**Informationsfunktion**).¹¹

5.2. Nach zürcherischem Recht (StPO § 162) hat die Anklageschrift kurz, aber genau die dem Angeklagten zur Last gelegten Handlungen oder Unterlassungen unter Angabe aller Umstände, welche zum gesetzlichen Tatbestand gehören sowie unter möglichst genauer Angabe von Ort und Zeit und anderen Einzelheiten zu bezeichnen, so dass der Angeklagte daraus ersehen kann, was Gegenstand der Anklage bildet.

Nach der Basler Strafprozessordnung, wird der zwingende Inhalt der Anklageschrift ähnlich umschrieben (§ 112 StPO). Die Anklageschrift muss namentlich die Bezeichnung der strafbaren Taten, welche dem Angeklagten zur Last gelegt werden und die wesentlichen Umstände enthalten, unter denen die Handlungen begangen worden sind, mit möglichst genauer Bezeichnung von Zeit und Ort. Ferner sind auch

⁹ Hauser/Schweri, § 50 N 11 ff.

¹⁰ Schmid (Begleitbericht), 36; Schmid (Strafprozessrecht), N 148; Hauser/Schweri, § 50 N 8 ff.

¹¹ BGE 120 IV 348; Hauser/Schweri, § 50 N 6.

die Gesetzesbestimmungen anzugeben, nach welchen die unter Anklage gestellten Handlungen strafbar sein sollen.

Nach Art. 257 StPO/BE bezeichnet der Überweisungsbeschluss

- die angeschuldigte Person,
- die Privatklägerschaft,
- die der angeschuldigten Person zur Last gelegte Tat unter möglichst genauer Angabe der Geschädigten sowie von Ort, Zeit und soweit nötig Art der Ausführung
- die anwendbaren Gesetzesbestimmungen,
- das Gericht, an welches überwiesen wird.

Der Vorentwurf für eine eidgenössische Strafprozessordnung vom Juni 2001 sieht in Art. 358 für die Anklageschrift eine konzise, auf das Wesentliche beschränkte Darstellung des den Beschuldigten vorgeworfenen Sachverhalts vor.¹² Die prägnante Darstellung der erhobenen Vorwürfe soll den Parteien und dem Gericht ermöglichen, sofort und eindeutig zu erkennen, welche Straftaten den Beschuldigten vorgeworfen werden. Sie soll auch Klarheit über die Parteien geben. Abs. 2 von Art. 358 des Vorentwurfs verlangt deshalb, dass die Anklage "möglichst kurz, aber genau die den Beschuldigten vorgeworfenen Taten mit Beschreibung von Ort sowie Zeit der Tatausführung, der Geschädigten sowie des täterischen Vorgehens" bezeichnet. Wesentlich ist deshalb die Darstellung des Tathergangs, die alle objektiven und subjektiven Tatbestandselemente der nach Auffassung der Staatsanwaltschaft erfüllten Straftatbestände umfassen muss. Ferner muss gesagt werden, welche Straftatbestände der Sachverhalt erfüllt. Die Staatsanwaltschaft hat die ihres Erachtens mit dem dargestellten Sachverhalt erfüllten gesetzlichen Straftatbestände genau zu bezeichnen, damit ersichtlich ist, welche Vorwürfe erhoben werden. Ist sich die Staatsanwaltschaft bzgl. der Qualifikation nicht sicher, kann sie Eventualanträge stellen. Abs. 3 lässt wie in einzelnen Prozessgesetzen vorgesehen und von der Strafprozesslehre gefordert, Eventual- oder Alternativanklagen zu.

Nach deutschem Strafprozessrecht muss die Anklageschrift insbesondere den Angeschuldigten, die Tat, die ihm zur Last gelegt wird, die Zeit und den Ort ihrer Begehung, die gesetzlichen Merkmale der Straftat und die anzuwendenden Strafvorschriften bezeichnen (vgl. § 200 Abs. 1 DStPO). Jedes gesetzliche Merkmal des äusseren und inneren Tatbestandes wird durch die Beschreibung des entsprechenden äusseren oder inneren Geschehens oder Zustandes belegt.¹³ Bei einer Vielzahl von Handlungen gegenüber demselben Geschädigten müssen die einzelnen Taten deutlich voneinander abgegrenzt werden.¹⁴ Ist eine Mehrzahl von Personen verletzt worden, so müssen die festgestellten Geschädigten aufgezählt und so bezeichnet werden, dass die Tat insgesamt genügend konkretisiert ist.¹⁵ Gesetzliche Merkmale der Straftat sind die abstrakten Tatbestandsmerkmale der anzuwendenden materiell-rechtlichen Strafvorschriften.¹⁶ Ihre Angabe bezweckt, dem Beschuldigten aufzuzeigen, dass sich die Schilderung der vorgeworfenen Tat

¹² Vgl. dazu und zum Folgenden auch den Begleitbericht von Schmid, 215 f.

¹³ Vgl. Kleinknecht/Meyer-Gossner, § 200 N 8; Tolksdorf, § 200 N 5.

¹⁴ Kleinknecht/Meyer-Gossner, § 200 N 9.

¹⁵ Vgl. Kleinknecht/Meyer-Gossner, § 200 N 9; Tolksdorf, § 200 N 6a.

¹⁶ Kleinknecht/Meyer-Gossner, § 200 N 11.

und die tatbezogenen gesetzlichen Strafbarkeitsvoraussetzungen decken¹⁷. Enthält der Tatbestand mehrere Varianten, ist anzugeben, welche im konkreten Fall anzuwenden ist.¹⁸

5.3. In diesem Sinn äussert sich auch die *Literatur*.

Nach Hauser/Schweri muss die Anklage u.a. die Umschreibung der Straftat mit ihren erheblichen Merkmalen enthalten, so dass der unter Anklage gestellte historische Vorgang und die Tatbestandselemente erkennbar sind.¹⁹ Er muss *in allen Einzelheiten über die Art und den Grund der gegen ihn erhobenen Beschuldigungen* in Kenntnis gesetzt werden.²⁰ In einem Gutachten für Frau Rechtsanwältin Dr. Vera Delnon vom 26.10.1990 hat Prof. Robert Hauser für eine Betrugsanklage gefordert, es müsse eine allfällige Vorspiegelung oder Unterdrückung von Tatsachen dargetan sein, ferner müsse dargelegt werden, worin die Arglist besteht und bei wem und in welcher Form eine allfällig falsche Vorstellung (Irrtum) herbeigeführt worden sei; auch die Vermögensdisposition müsse zum Ausdruck kommen und es müsse eine Umschreibung des Schadens erfolgen und dargelegt werden, dass Bereicherungsabsicht besteht.²¹

Nach Schmid²² muss die Anklage, damit sie ihren Zweck erfüllen kann, behaupten, dass der Angeklagte mit seinem Verhalten alle die im fraglichen Straftatbestand vorausgesetzten objektiven und subjektiven Merkmale verwirklichte. Deshalb sind nach diesem Autor zunächst alle Tatsachen anzuführen, die bzgl. Tathandlung, Tatobjekt etc. den *objektiven Tatbestandsmerkmalen* des oder der in Frage kommenden Strafnormen entsprechen. "Beim *Diebstahl* (StGB 139) etwa ist die Wegnahme einer fremden, beweglichen Sache zu behaupten. Insbes. bei komplizierter aufgebauten Straftatbeständen ist darauf zu achten, dass die Anklage die Verwirklichung aller Elemente behauptet, beim *Betrug* als Irreführung, Arglist, Erweckung des Irrtums, Vermögensdisposition und Eintritt des Schadens. Bei der *Veruntreuung* ist anzugeben, auf welchen rechtlichen Grundlagen das Anvertrautsein beruht, ... Es sind darüber hinaus alle wesentlichen Einzelheiten bzgl. *Ort und Zeitpunkt* der Tatbegehung aufzunehmen; diese Angaben sind wichtig für die Prüfung der Verjährung und der örtlichen Zuständigkeit. ... Grundsätzlich wird auch der *Geschädigte (Opfer)* zu nennen sein; Gültigkeitserfordernis für die Anklage ist dies jedoch nur, wenn der Name des Geschädigten zur genauen Umschreibung und Individualisierbarkeit der vorgeworfenen Handlung notwendig ist."

5.4. Auch die Gerichtsentscheide äussern sich in diesem Sinn und Geist.

Gemäss BGE 120 IV 348 ff. muss die Anklage die Person des Angeklagten und die ihm zur Last gelegten Delikte in ihrem Sachverhalt so präzise zuschreiben, dass die Vorwürfen im objektiven und subjektiven Bereich genügend konkretisiert sind (S. 353 f.). Im Bundesstrafprozess muss die Anklageschrift "erhellen, welches historische Ereignis, welcher Lebensvorgang, welche Handlung oder Unterlassung des Angeklagten Gegenstand der Beurteilung bilden soll, und welches Delikt, welcher

¹⁷ Siehe Anm. 16.

¹⁸ Tolksdorf, § 200 N 12.

¹⁹ § 79 N 4.

²⁰ § 50 N 7a.

²¹ Gutachten Prof. R. Hauser an Dr. Vera Delnon vom 26.10.1990.

²² (Kommentar), N 5 f. zu § 162.

strafrechtliche Tatbestand in dieser Handlung zu finden sei. Einerseits muss die Tat individualisiert, d.h. ihre tatsächlichen Verumstände oder Tatbestandsmerkmale - Zeit, Ort, Art der Begehung und Form der Mitwirkung, angestrebter oder verwirklichter Erfolg (einschliesslich Kausalzusammenhang) - angegeben sein; andererseits sind die einzelnen rechtlichen Elemente des Delikts hervorzuheben. Die Darstellung des tatsächlichen Vorgangs ist auszurichten auf den gesetzlichen Tatbestand, der nach Auffassung der Anklage als erfüllt zu betrachten ist, d.h. es ist anzugeben, welche einzelnen Vorgänge und Sachverhalte den einzelnen Merkmalen des Straftatbestandes entsprechen (...). ... Umfasst ein Gesetzesartikel einfache, privilegierte und qualifizierte Tatbestände, so muss die Anklageschrift im einzelnen angeben, welche der in einem Artikel zusammengefassten Tatbestände die Tat des Angeklagten erfüllt (...)."

Bei Fahrlässigkeitsdelikten sind gemäss diesem Entscheid (356) sämtliche tatsächlichen Umstände aufzuführen, aus denen sich die Pflichtwidrigkeit des vorgeworfenen Verhaltens sowie die Vorsehbarkeit und Vermeidbarkeit des eingetretenen Erfolges ergeben sollen (so auch BGE 116 Ia 455). "Es ist dazu insbesondere möglichst genau darzulegen, inwiefern es der Angeklagte an der Beachtung der gebotenen Sorgfalt oder Vorsicht habe fehlen lassen."

In BGE 116 Ia 455 wurde eine Verletzung des Anklagegrundsatzes bejaht, weil im Zusammenhang mit einer Verurteilung wegen fahrlässiger Tötung einer jungen Fallschirmspringerin zwei Instruktoressen in der Anklageschrift sinngemäss vorgeworfen wurde, beim Packen des Fallschirms seien Fehler gemacht worden, während im Urteil als Grund für die fahrlässige Tötung die gewählte zu niedrige Absprungshöhe und die Verwendung eines nicht ausreichenden Notfallschirms angegeben wurden.

Nach BGE 116 Ia 202 müssen bei unechten Unterlassungsdelikten die Umstände, die die Garantenstellung begründen, in der Anklage erscheinen. Als Verletzung des Anklagegrundsatzes wertete es deshalb das Bundesgericht, dass bei einer fahrlässigen Tötung in der Anklageschrift eine Garantenstellung aus Obhutspflicht und im Urteil eine Garantenstellung aus Ingerenz angenommen worden war.

Das Bundesgericht hat ein Urteil gegen einen Therapeuten aufgehoben, nachdem ihm in der Anklageschrift vorgeworfen worden war, er habe einen Patienten geschlagen, während die Vorinstanz zum Schluss gelangte, dass derartige Schläge nicht nachzuweisen seien, dem Angeklagten aber vorwarf, er habe als vertraglich bestellter Therapeut in Kauf genommen, dass sich der Patient im Laufe der Therapie selber verletzen könnte (unechtes Unterlassungsdelikt).²³ Das Bundesgericht meinte, die Vorinstanz habe den Angeklagten wegen eines ganz anderen Verhaltens verurteilt und damit den Anklagegrundsatz verletzt.

Verwiesen sei ferner auch auf einen Berner Entscheid,²⁴ wonach bei einer Überweisung wegen falschem Zeugnis im Einzelnen gesagt werden muss, welche Aussagen des Angeschuldigten falsch sein sollen, und es nicht genügt, auf eine Zeugeneinvernahme zu verweisen und sinngemäss zu erklären, darin sei eine falsche Aussage gemacht worden.

²³ Urteil Ziff. 6P.151/2002 vom 5.3.2003.

²⁴ ZBJV 1974, 225.

Gemäss Zürich Kassationsgericht (RKG 1997 Nr. 109, 38)²⁵ muss die Anklage bei Fahrlässigkeitsdelikten behaupten, worin die Sorgfaltspflichtverletzung liegt.

II. Anklagepunkte im Fall Zäch

1. Urteil

Dr. Guido A. Zäch wurde wie erwähnt vom Strafgericht Basel-Stadt am 11. Juli 2003 wegen mehrfacher ungetreuer Geschäftsbesorgung schuldig erklärt und zu zwei Jahren Gefängnis verurteilt.

Das Dispositiv des Urteils bezieht sich auf die 12 Anklagepunkte der Anklageschrift vom 31.6.2002 und einen Anklagepunkt der ergänzenden Anklageschrift vom 28.3.2003.

2. Freisprüche und Einstellungen

In verschiedenen dieser Anklagepunkte wurde Zäch freigesprochen oder das Verfahren wurde wegen Verjährung eingestellt. Dies betrifft die Anklagepunkte 1 (soweit das Vermittlungshonorar Ifflikon zur Diskussion steht), 2, 3.1. (betr. Garten, Büromöbel und Telefonkosten Liegenschaft Mühlegasse Zofingen), 4 (soweit die Grossrenovation 1990-1994 i.S. Engel, Dornach, zur Diskussion steht) und 6-12 sowie den Anklagepunkt der Ergänzunganklageschrift betr. Verleumdung evtl. üble Nachrede.

3. Schuldsprüche

Eine Verurteilung erfolgte in den Anklagepunkten 1 (soweit Bezüge des Angeklagten zur Diskussion stehen), 3.2. und 3.3. (betr. Nebenkosten und Ausbau der Liegenschaft Mühlegasse, Zofingen), 4 (soweit die Renovation 1998 sowie Betriebszuschüsse, Darlehen und Kredite zwischen 1990 und 1999 betr. Engel Dornach zur Diskussion stehen) und 5 (Wiesental AG, Herisau).

III. Mängel der Anklageschrift im Allgemeinen

1. Mangelhafte Zuordnung des vorgeworfenen Verhaltens zu den als verletzt erachteten Strafnormen

1.1. Dr. Zäch wird in der Anklageschrift vom 31.7.2002 der mehrfachen Veruntreuung und der mehrfachen ungetreuen Geschäftsbesorgung angeklagt.

1.2. In der Anklageschrift wird nicht präzisiert,

²⁵ Zit. bei Schmid (Strafprozessrecht) N 813 Fn. 113.

- ob nach Meinung der Staatsanwaltschaft in *jedem* Anklagepunkt *beide* Straftatbestände erfüllt sind,
- ob es bei einzelnen Anklagepunkten nur um ungetreue Geschäftsbesorgung und in anderen um Veruntreuung geht,
- oder ob die Staatsanwältin meinte, primär sei ungetreue Geschäftsbesorgung gegeben und eventualiter Veruntreuung oder umgekehrt.

Hinzu kommt, dass die erwähnte Zuordnung auch deshalb erschwert ist, weil eine Umschreibung der einschlägigen Tatbestandsmerkmale fehlt (vgl. dazu unten Ziff. 3). Deshalb ist bei der Lektüre der einzelnen Anklagepunkte nicht zweifelsfrei erkennbar, auf welchen Straftatbestand die Anklage jeweils anspielt.

Schliesslich wird bei den einzelnen Anklagepunkten ebenfalls nicht präzisiert, welche Tatbestandsvariante von Art. 138 bzw. 158 StGB nach Meinung der Staatsanwaltschaft jeweils erfüllt sein soll und ob (vorbehältlich der nachfolgenden Ausführungen unter Ziff. 1.3. und 1.4.) im Einzelfall eine Qualifikation (i.S. des Art. 138 Ziff. 2 bzw. 158 Ziff. 1 Abs. 3) angenommen wird.

1.3. In der Einführung zu den einzelnen strafbaren Handlungen (Anklageschrift B, Einleitung) drückt sich die Staatsanwaltschaft so aus, dass man meinen kann, es gehe in erster Linie um ungetreue Geschäftsbesorgung (weil behauptet wird, der Angeklagte habe gegenüber der Stiftung als ihr oberstes Organ die Pflicht gehabt, deren Vermögen sorgfältig zu verwalten und er habe durch pflichtwidrigen Gebrauch seiner umfassenden Verfügungsmacht einen Schaden von über 61 Mio. Franken verursacht).

Im anschliessenden Satz wird dieser Eindruck verstärkt, weil gesagt wird, Dr. Zäch habe in den Anklagepunkten 1, 2, 3, 10 und 12 "*ausserdem*" in der Absicht gehandelt, sich selbst oder ihm nahestehende Personen *zum Nachteil der Stiftung* unrechtmässig zu bereichern. Damit wird offenbar auf den qualifizierten Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung gemäss Art. 158 Ziff. 1 Abs. 3 angespielt, der Bereicherungsabsicht voraussetzt.

Da bei der Veruntreuung die Bereicherungsabsicht in jedem Fall ein subjektives Tatbestandsmerkmal darstellt, kann man aus der erwähnten Floskel den Umkehrschluss ziehen, jedenfalls bei den Anklagepunkten 4-9 und 11 stehe die Veruntreuung nicht zur Diskussion.

Bei den Anklagepunkten 10 und 12, wo man nach dem Gesagten meinen könnte, es liege der qualifizierte Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung und nicht der Veruntreuung vor, weil Zäch "*ausserdem*" in der Absicht gehandelt habe, sich selbst oder ihm nahestehende Personen zum Nachteil der Stiftung zu bereichern, muss man feststellen, dass es dort nicht um ungetreue Geschäftsbesorgung gemäss Art. 158 Ziff. 1 Abs. 3 gehen kann, sondern gegebenenfalls um eine Veruntreuung, allerdings nicht *zum Nachteil der Stiftung*, wie die Anklageschrift behauptet, denn der eingeklagte Sachverhalt lässt eher an eine Tat zum Nachteil der Spender Höhn, Sprüngli und der Avina-Stiftung denken.

Diese Fehlleistungen wurden vom Strafgericht Basel-Stadt nur im Anklagepunkt 12 beanstandet. Dabei hat es kurzerhand eigenmächtig eine "Korrektur" der Anklageschrift vorgenommen, was wegen der Bindung des Richters an die Anklage nicht zulässig ist. Das Gericht meinte, geschädigt seien weder die Stiftung noch die Gönnervereinigung. Weil diese beiden Institutionen mit diesem Anklagepunkt nicht das Geringste zu tun hätten, könne Geschädigte allein die Avina-Stiftung sein (Urteil, S. 79). Eine solche Korrektur widerspricht wie bereits angetönt dem Anklagegrundsatz, denn wenn in der Anklageschrift ein anderer Geschädigter angegeben wird als im Urteil, liegt nicht mehr die eingeklagte, sondern eine andere Straftat vor (vgl. unten Ziff. 2).

Schliesslich kann man dem erstinstanzlichen Urteil (S. 47) und dem Dispositiv dieses Urteils, wonach Dr. Zäch in bestimmten Anklagepunkten "von der Anklage der mehrfachen ungetreuen Geschäftsbesorgung resp. der mehrfachen Veruntreuung" freigesprochen wurde, ersehen, dass auch das Gericht der Anklageschrift offenbar nicht entnehmen konnte, ob und bei welchem Sachverhalt das Verhalten von Dr. Zäch als ungetreue Geschäftsbesorgung und wo es als Veruntreuung zu bewerten sei. Denn die Anklageschrift schweigt sich wie gesagt darüber aus. Eine solche Unsicherheit in der Interpretation darf es zum Nachteil des Beschuldigten nicht geben.

1.4. Die Staatsanwaltschaft behauptet in der Einführung zu den einzelnen strafbaren Handlungen, Zäch sei *berufsmässiger Geschäftsführer* gewesen, weil die Vermögensverwaltung einen wesentlichen Teil seiner beruflichen Tätigkeit gebildet habe (Anklageschrift A Ziff. 5). Angespielt wird offenbar auf Art. 138 Ziff. 2 StGB (Art. 140 Ziff. 2 StGB gemäss der vor 1995 geltenden Gesetzesfassung), wonach eine qualifizierte Veruntreuung vorliegt, wenn es sich beim Täter um einen *berufsmässigen Vermögensverwalter* handelt. Es wird allerdings nicht gesagt, bei welchem Anklagepunkt dies eine Rolle spielen soll. Ferner wird nicht gesagt, inwiefern Dr. Zäch, der Chefarzt und Klinikdirektor von Beruf ist, auch noch berufsmässiger Vermögensverwalter sein könnte, was ohnehin nicht das gleiche ist wie berufsmässiger Geschäftsführer. Auch hier lässt die Anklage die erforderliche Präzision vermissen.

1.5. Zusammenfassend kann gesagt werden, dass eine derart unklare Zuordnung der vorgeworfenen Verhaltensweisen zu den als verletzt erachteten Strafnormen dem Anklagegrundsatz widerspricht. Es muss in einer Anklageschrift klargestellt werden, bei welchem Anklagepunkt welche Strafnorm von Belang ist. Die Staatsanwaltschaft hat bereits in der Anklageschrift Farbe zu bekennen.²⁶ Verwiesen sei auf die Ausführungen unter I. Ziff. 5.2.-5.4., wo dargelegt wird, dass rechtliche Vorschriften, die Literatur und die Judikatur verlangen, dass die anwendbaren Gesetzesbestimmungen und alle Umstände, die zum gesetzlichen Tatbestand gehören, d.h. alle objektiven und subjektiven Tatbestandselemente, anzugeben sind, oder anders ausgedrückt, dass ersichtlich wird, welche Straftatbestände ein Sachverhalt erfüllt. Es besteht dabei natürlich die Meinung, dass bei mehreren vermeintlichen Straftaten und mehreren in Frage kommenden Strafbestimmungen gesagt wird, unter welche Vorschrift bzw. Vorschriften ein konkreter Sachverhalt subsumiert wird. Deshalb wird in Anklageschriften regelmässig am Ende der Schilderung jeder Tat angegeben, welcher Straftatbestand aus der Sicht der

²⁶ Tolksdorf, § 200 N 14.

Staatsanwaltschaft als erfüllt erscheint. Dies ist im vorliegenden Fall nicht geschehen. Die Angabe der Straftatbestände und ihrer gesetzlichen Merkmale bezweckt, dem Beschuldigten aufzuzeigen, dass sich die Schilderung der vorgeworfenen Tat und die tatbezogenen gesetzlichen Strafbarkeitsvoraussetzungen decken (vgl. oben I. Ziff. 5.2). Auch der Anspruch auf rasche und umfassende Orientierung über die gegen eine Person erhobenen Beschuldigungen gemäss Art. 32 Abs. 2 der Bundesverfassung bezieht sich nicht nur auf die genauen tatsächlichen Vorwürfe, die der Anklage zugrunde liegen, sondern auch auf deren (einstweilige) juristische Qualifikation (vgl. oben I. Ziff. 2.2.)

2. *Irreführende Angaben über die Geschädigten*

2.1. Im Strafverfahren spielen die von Dr. Zäch errichtete Schweizer Paraplegiker-Stiftung (nachstehend „Stiftung“ genannt) und die Gönnervereinigung der Schweizer Paraplegiker-Stiftung (nachstehend „Gönnervereinigung“ genannt) eine Rolle (Anklageschrift A Ziff. 1 und Ziff. 2). Es handelt sich dabei um zwei unterschiedliche juristische Personen.

2.2. Die **Schweizer Paraplegiker-Stiftung** ist eine Stiftung i.S. der Art. 80 ff. ZGB.

Die Stiftung bezweckt

- die ganzheitliche Rehabilitation von Paraplegikern,
- die Unterstützung von Paraplegikern in Härtefällen (auf Unterstützungsgesuche hin wurden Direkthilfen an betroffene Para- oder Tetraplegiker ausgerichtet),
- die Förderung der Zielsetzung der „Schweizerischen Paraplegiker-Vereinigung“ (eine 1980 gegründete Selbsthilfeorganisation für Querschnittgelähmte, die mit hohen Beträgen bedacht wurde),
- die Bereitstellung der Mittel für den Betrieb und Unterhalt von Paraplegiker-Zentren sowie für den Auf- und Ausbau von Institutionen im Dienste der Querschnittgelähmten (der bei weitem grösste Stiftungsaufwand bestand in der Finanzierung des Baus und des Erweiterungsbaus des Spitals zur medizinischen Behandlung von Querschnittgelähmten in Nottwil, das von der Schweizer Paraplegiker-Zentrum AG mit Sitz in Nottwil, der grössten Tochter der Stiftung, geführt wird, deren Aktienkapital vollumfänglich der Stiftung gehört, hinzu kommen jährliche Betriebsbeiträge in zweistelliger Millionenhöhe),
- die Förderung der Aus- und Weiterbildung des Fachpersonals und die Unterstützung der wissenschaftlichen Forschung im Bereich der Paraplegie, sowie
- die Orientierung Querschnittgelähmter über den jeweiligen Stand ihrer Anliegen und die Öffentlichkeitsarbeit.

Alle diese Zwecksetzungen ergeben sich aus Art. 2 der Statuten der Stiftung (vgl. Ordner 18, SB C/Nr. 9 A1; Anklageschrift A Ziff. 2.3. und Ziff. 4 sowie Urteil, S. 37).

2.3. Die **Gönnervereinigung** ist ein Verein gemäss Art. 60 ff. ZGB mit Sitz in Basel.

Er bezweckt, die Bestrebungen der Stiftung zugunsten Querschnittgelähmter zu fördern, insbesondere diese finanziell zu unterstützen (Art. 2 der Statuten, vgl. Ordner 18, SB C/Nr. 9 A5). Um dies zu verdeutlichen, wurden die Zielsetzungen der Stiftung in Art. 3 der Statuten der Gönnervereinigung rekapituliert (Anklageschrift A Ziff. 2.3.).

Die Anklageschrift verweist ferner darauf, dass gemäss Protokoll der Gründungs- und ersten Generalversammlung der Gönnervereinigung vom 19. Oktober 1978 der Verein bezwecke, die jährlich wiederkehrenden Beiträge seiner Mitglieder zur Erfüllung und Verwirklichung der Aufgaben und Ziele *des Hilfswerks* einzusetzen. Das heisst nicht, wie die Anklage meint, dass die Äufnung des Stiftungsvermögens der einzige und ausschliessliche Zweck der Gönnervereinigung gewesen sei (Anklageschrift A Ziff. 2.3. und Ziff. 3). Überdies übergeht die Anklage, dass das gleiche, dort erwähnte Protokoll festhält, dass jeder Gönner der Vereinigung Anrecht auf einen Unterstützungsbeitrag von damals Fr. 100'000.- bei unfallbedingter Querschnittlähmung habe und dass das Abonnement der Zeitschrift „Paraplegie“ im Mitgliederbeitrag inbegriffen sei (Ordner 28, SB HR/Nr. 1.3 S.1).

Dass die zitierte Behauptung in der Anklage überhaupt nicht stimmt, kann man in der Anklageschrift an anderer Stelle selber nachlesen, wo festgehalten ist, dass die Gönnervereinigung ein Mitglied mit Fr. 150'000.- direkt unterstützt, falls es durch einen Unfall zu einem Paraplegiker wird (Anklageschrift A Ziff. 3). Dies hinderte die Staatsanwaltschaft handkehrum nicht, zu behaupten, die *Stiftung* habe in der Vergangenheit rund 20 Mitgliedern pro Jahr die Gönnervergünstigung von Fr. 150'000.- auszurichten gehabt (Anklageschrift A Ziff. 4), obwohl in Tat und Wahrheit diese Zahlungen *durch die Gönnervereinigung* erfolgten.

Ferner kann man der Anklageschrift wiederum an einer anderen Stelle entnehmen, dass die Gönnervereinigung die Zeitschrift "Paraplegie" herausgibt (der Abonnementspreis ist im Mitgliederbeitrag von Fr. 30.- pro Jahr für eine Einzelmitgliedschaft inbegriffen; vgl. Ordner 28 SB HR/Nr. 1.3 S. 1). Die Anklage erwähnt diesen Umstand nicht bei der Zwecksetzung und den Aufgaben der Gönnervereinigung, sondern nur indirekt im Anklagepunkt 9 (Lager in Zofingen), wo gerügt wird, dass Ausgaben dieser Zeitschrift und anderes Material auf einer geringeren Fläche hätten gelagert werden können und deshalb ein zu hoher Lagermietpreis bezahlt worden sei.

Schliesslich hält die Gönnervereinigung auch verschiedene Immobilien; einige davon sind in der Anklageschrift erwähnt (z.B. Mühlegasse Zofingen, Engel Dornach, Wiesental Herisau, Führenmatte in Grindelwald).

Die Gönnervereinigung verfolgt somit noch andere Zwecke, als nur die Stiftung finanziell zu unterstützen.

2.4. Die Anklageschrift verzichtet bei den einzelnen Anklagepunkten darauf, konkret anzugeben, welche dieser juristischen Personen durch die angeblich strafbaren Handlungen von Dr. Zäch geschädigt worden sein soll. Sie geht ohne jedes Literatur- und Judikaturzitat vom Konstrukt einer wirtschaftlichen Einheit von Stiftung und Gönnervereinigung aus, was weder im schweizerischen Recht im Allgemeinen noch

im Strafrecht im Besonderen eine Stütze findet. Die Anklage leitet aus diesem Konstrukt strafrechtliche Folgen ab. Sie behauptet, wegen der finanziellen Abhängigkeit der Stiftung von der Gönnervereinigung wirkten sich die in der Anklageschrift geschilderten Straftaten unabhängig davon, in wessen Eigentum die betreffenden Vermögenswerte standen, letztlich zum Nachteil der Stiftung aus. Die Bezeichnung ‚Stiftung‘ umfasse deshalb aufgrund einer wirtschaftlichen Betrachtung auch die Gönnervereinigung (Anklageschrift A Ziff. 3).

Aus den Akten sieht man jedoch, dass die Stiftung in Tat und Wahrheit nur bei den Anklagepunkten 1, 2 und 7-9 potentiell Geschädigte war. Bei den Anklagepunkten 3-6 und 11 war es gegebenenfalls *die Gönnervereinigung*, die hätte geschädigt werden können. Bei den meisten Schuldsprüchen des Strafgericht Basel-Stadt stellt sich somit die Frage, ob Dr. Zäch ungetreue Geschäftsbesorgung *zum Nachteil des Gönnervereins* betrieben hat.

2.5. Eine Anklage, die eine wirtschaftliche Einheit zwischen zwei juristischen Personen konstruiert, welche rechtlich selbständige Vermögensträger mit eigener Rechtspersönlichkeit und eigenständigen Vermögensinteressen sind, verletzt Grundsätze des Vermögensstrafrechts. Eine Veruntreuung oder ungetreue Geschäftsbesorgung *zum Nachteil von Stiftung und Verein* behauptet etwas Unmögliches, weil ein und derselbe Vermögenswert nicht gleichzeitig Bestandteil des Vermögens zweier juristischer Personen sein kann, ausgenommen bei Mit- oder Gesamteigentum.

2.6. Derart widersprüchliche Angaben über den Geschädigten verletzen in doppelter Weise den Anklagegrundsatz.

Einerseits wurde unter I. Ziff. 5.2.-5.4. dargelegt, dass gemäss Literatur und Judikatur, soweit sie sich mit dieser Frage befassen, auch der Geschädigte genannt werden muss, jedenfalls dann, wenn sein Name zur genauen Umschreibung und Individualisierbarkeit der vorgeworfenen Handlung notwendig ist.

Andererseits ist ein Vermögensdelikt zum Nachteil der Gönnervereinigung ein *anderes Delikt* als eine Veruntreuung oder ungetreue Geschäftsbesorgung zum Nachteil der Stiftung. Das Anklageprinzip fordert, dass die Anklageschrift die vorgeworfenen Handlungen möglichst präzise unter Angabe aller objektiven und subjektiven Tatbestandselemente der als erfüllt erachteten Straftatbestände umschreibt (vgl. vorne I. Ziff. 5.2. – 5.4. und nachstehend Ziff. 3). Aus diesem Grund ist es erforderlich, dass die Anklage auch genau angibt, ob eine strafbare Handlung die Stiftung oder die Gönnervereinigung geschädigt haben soll. Gerade beim Treuebruchtatbestand muss man doch wissen, welche Treuepflicht gegenüber welchem Geschäftsherren verletzt worden sein soll.

2.7. Der Grund, dass das Anklageprinzip sowohl die Angabe des Geschädigten als auch eine genaue Umschreibung der vorgeworfenen Handlung verlangt, zeigt sich im konkreten Fall im Folgenden: geschieht dies nicht, entsteht für den Angeklagten eine unhaltbare Situation, wenn die Anklage nach Belieben Stiftungs- und Vereinsrecht vermischt. Die Rechtslage ist sehr verschieden, je nachdem, ob Stiftungs- oder Vereinsrecht zur Anwendung gelangt. Dies sei nachstehend wie folgt verdeutlicht:

Ein Thema des Strafverfahrens ist z.B., ob die massgebenden Organe der betreffenden juristischen Personen zu den Verhaltensweisen von Dr. Zäch ihre Zustimmung gaben. Es versteht sich von selbst, dass nur diejenigen Organe derjenigen juristischen Person relevante Ermächtigungen aussprechen können, deren Vermögen betroffen ist. Das Konstrukt der Staatsanwaltschaft nimmt Dr. Zäch jede Verteidigungsmöglichkeit, weil Geschäften der Gönnervereinigung logischerweise der Stiftungsrat nicht zugestimmt hat und umgekehrt.

Stiftung und Gönnervereinigung haben ferner je Anlagerichtlinien erlassen (vgl. unten Ziff. 3.6.). Welche Anlagerichtlinien allenfalls gelten, hängt wiederum vom Geschädigten ab. Auch hier entsteht ein Wirrwarr, wenn übers Kreuz Anlagerichtlinien der Stiftung auf Gönnervereinsaktivitäten angewendet werden und umgekehrt. Unter IV. Ziff. 4 und 5 wird dargelegt werden, dass Dr. Zäch in der Anklageschrift etwas Unmögliches vorgeworfen wurde, nämlich i.S. Gönnervereinigung Anlagerichtlinien der *Stiftung* verletzt zu haben, während das Urteil dies mit Schweigen übergang und stattdessen andere Gründe für die angebliche Pflichtverletzung aufführte. Darin zeigt sich „der Fluch der bösen Tat“, wenn die Anklage das angeblich strafbare Tun derart ~~unbelegt~~ ^{über} umschreibt. Ein Wirrwarr entstand aber auch insofern, als die Anklageschrift wie erwähnt in jenen Fällen behauptete, Anlagerichtlinien der Stiftung seien verletzt worden, während das Urteil richtigerweise akzeptierte, dass die Mitglieder des Stiftungsrates nichts gegen Projekte der Gönnervereinigung unternehmen konnten, weil sie kein Mitspracherecht in der Gönnervereinigung hatten (vgl. Urteil, S. 60 und 62).

Hinzu kommt, dass im vorliegenden Prozess auch die Verjährungsfrage eine grosse Rolle spielt. Das Strafgericht Basel-Stadt hat sie auf den S. 30-36 ausführlich abgehandelt und geprüft, ob und wie weit aus seiner Sicht eine verjährungsrechtliche Einheit vorliegt. Die Staatsanwaltschaft hat offenbar angenommen, es bestehe in Bezug auf das ganze „Zäch-Imperium“, völlig unabhängig davon, welche juristische Person geschädigt sei, eine verjährungsrechtliche Einheit (vgl. Urteil S.32). Auch bei solchen Überlegungen ist ausschlaggebend, wer geschädigte Person ist.

2.8. Im Urteil S. 46 wird diese Verletzung rein formell abgehandelt. Für die Vorinstanz war die Sache in Ordnung, weil zu Beginn der Anklageschrift gesagt wird, eine Schädigung der Gönnervereinigung sei gleichzeitig eine Schädigung der Stiftung gewesen. Materiell ist es aber wie dargelegt wichtig zu wissen, wer das Opfer der kritisierten Handlungen von Dr. Zäch gewesen sein soll. Es geht hier auch nicht um eine Frage des materiellen Rechts, sondern darum, dass etwas „Unmögliches“ behauptet wird, wonach durch das gleiche Vermögensdelikt (Veruntreuung oder ungetreue Geschäftsbesorgung) zwei verschiedene juristische Personen mit ganz unterschiedlichen rechtlichen Rahmenbedingungen und unterschiedlichen internen Prinzipien und Organen gleichzeitig in ihrem Vermögen verletzt worden sein sollen.

2.9. Noch einmal sei auf eine weitere Unzulänglichkeit in den Anklagepunkten 10 und 12 hingewiesen (vgl. oben III. Ziff. 1.3.), wo - wenn schon - Frau Höhn und Herr Sprüngli sowie die Avina-Stiftung Geschädigte von Veruntreuungen wären, während die Anklageschrift auch hier die Stiftung als Geschädigte bezeichnet, die dies ganz offensichtlich nicht sein kann.

3. **Fehlende oder ungenügende Angaben über das Vorliegen der Elemente der einzelnen Tatbestände (Veruntreuung und ungetreue Geschäftsbesorgung)**

3.1. Die Begehung der behaupteten Delikte der Veruntreuung und der ungetreuen Geschäftsbesorgung hängt von verschiedenen Voraussetzungen ab, auf die eine Anklageschrift auf präzise Weise einzugehen hat.

3.2. Gemäss **Art. 138 StGB** wird dem Täter eine fremde bewegliche Sache oder ein Vermögenswert anvertraut mit der Verpflichtung, sie bzw. ihn gemäss den erteilten Weisungen, die ausdrücklich oder stillschweigend sein können, im Interesse eines anderen zu verwenden, insbesondere zu verwahren, zu verwalten und abzuliefern.²⁷ Inwiefern dies bei den einzelnen Anklagepunkten, bei denen es sich nach Meinung der Staatsanwaltschaft um Veruntreuung handeln könnte, der Fall ist, wird in der gesamten Anklageschrift nirgends gesagt.

3.3. Was **Art. 158 StGB** anbetrifft, setzt die ungetreue Geschäftsbesorgung voraus, dass der Täter unter Verletzung seiner Pflichten bewirkt oder zulässt, dass das Opfer am Vermögen geschädigt wird. Was nach Meinung der Anklage als Pflichtenheft für die Verwendung der Vermögenswerte gilt, kommt zwar in den Ausführungen über „Grundsätze für die Anlage des Vermögens“ (Anklageschrift A Ziff. 6) zum Ausdruck.

Die Anklageschrift meint dazu **generell**, zu den Pflichten von Dr. Zäch habe es gehört, das anvertraute Vereins- und Stiftungsvermögen sorgfältig zu verwalten und anzulegen (Anklageschrift A Ziff. 5 Abs. 1). Dabei hatte er sich an die folgenden Grundsätze zu halten:

- zunächst an die Grundsätze der Sicherheit, Rendite, Risikoverteilung und Liquidität, die für eine mündelsichere Verwaltung von Stiftungsgeldern aus Art. 84 Abs. 2 ZGB abgeleitet würden (Anklageschrift A Ziff. 6). Art. 84 Abs. 2 ZGB ist jedoch auf Stiftungen beschränkt (und gilt somit nicht für Vereine) und besagt im Übrigen nur, die Aufsichtsbehörde habe dafür zu sorgen, dass das Stiftungsvermögen seinen Zwecken gemäss verwendet werde;
- ferner an Anlagerichtlinien des Stiftungsrates vom 2.6.1988 (Anklageschrift A Ziff. 6.2.) und vom November 1995 (Anklageschrift A Ziff. 6.4.). Es werden angeblich gleiche Anlagerichtlinien der Gönnervereinigung vom Dezember 1995 erwähnt (Anklageschrift A Ziff. 6.4.);
- schliesslich an Beschlüsse des Stiftungsrates vom 17.12.1990, vom 11.2.1991 sowie vom 23.9.1991, die Weisungen an Dr. Zäch gleichkamen (Anklageschrift A Ziff. 6.3.).

Zu Beginn der Anklageschrift wird **ganz undifferenziert** gesagt, Dr. Zäch habe sich eigenmächtig über all diese Anordnungen hinweggesetzt und dadurch die ihm obliegende Pflicht einer sorgfältigen Vermögensanlage verletzt (Anklageschrift A Ziff. 6.5.).

²⁷ Vgl. z.B. BGE 117 IV 257; 118 IV 34, 241.

Im Vorspann zu den einzelnen strafbaren Handlungen wird **wiederum generell** festgehalten, Dr. Zäch habe durch pflichtwidrigen Gebrauch seiner umfassenden Verfügungsmacht über das Stiftungsvermögen der Stiftung einen Schaden von über 61 Mio. Franken verursacht (Anklageschrift B, Einleitung).

3.4. Derartige generalisierende Behauptungen ändern nichts daran, dass beim einzelnen Delikte konkretisiert werden muss, worin die Pflichtwidrigkeit besteht.

Die Staatsanwaltschaft hat die Sachverhalte nicht konkret durchdacht, sondern ging offenbar davon aus, dass Beschuldigter und Gericht aus der Auswahlendung unter A Ziff. 6 (Grundsätze für die Anlage des Vermögens) selber herausfinden, welche Anordnung im Einzelfall verletzt worden sei und worin eine Pflichtwidrigkeit bestanden haben könnte. Angesichts dieser Mängel begann das Strafgericht Basel-Stadt auf eigene Faust nach möglichen Pflichtwidrigkeiten zu forschen, was wegen der Bindung des Richters an die Anklage nicht angängig ist.

Verwiesen sei auf die obigen Ausführungen unter I. Ziff. 5.2.-5.4., wo auf Vorschriften, Literatur und Judikatur hingewiesen wird, die mit nicht zu überbietender Deutlichkeit sagen, der Tathergang müsse in einer Weise dargestellt werden, die alle objektiven und subjektiven Tatbestandselemente der nach Auffassung der Staatsanwaltschaft erfüllten Straftatbestände umfasst. Verwiesen sei auf die Beispiele von Schmid über die Erfordernisse bei der Darstellung eines Diebstahls oder eines Betrugs in einer Anklageschrift (vgl. vorne I. Ziff. 5.3.)

3.5. Die Ausführungen über diese Vermögensverwaltungspflichten wirken sich in der Anklageschrift (aber auch im Urteil) wie bereits erwähnt insofern chaotisch aus, als wegen der angeblichen wirtschaftlichen Einheit Stiftungs- und Vereinsrecht miteinander vermengt, namentlich das Stiftungsrecht und Anlagerichtlinien der Stiftung auch auf die Gönnervereinigung und deren Vermögen angewendet werden.

3.6. Aber auch in den erwähnten **allgemeinen Ausführungen** ist die Anklageschrift *ungenau*. Wie dargelegt, sollen die Anlagerichtlinien der Stiftung vom November 1995 (Ordner 37, SB SPS/Nr. 50) gleich formuliert sein, wie die Anlagerichtlinien der Gönnervereinigung vom Dezember 1995 (Ordner 26, SB GÖV/Nr. 2). Diese Behauptung ist nicht nur in einem wesentlichen Mass unzutreffend, sondern verschweigt auch die Tatsache, dass in den Akten Anlagerichtlinien der Gönnervereinigung in zwei unterschiedlichen Quellen von 1995 und von 1996 existieren, die in wichtigen Punkten voneinander differieren und auch nicht mit denjenigen der Stiftung übereinstimmen. Nur die Anlagerichtlinien der Gönnervereinigung von 1996 (Ordner 26 SB GÖV/Nr. 1) wurden durch die Mitgliederversammlung vom 9.12.1996 genehmigt und gelten gemäss Protokoll dieser Generalversammlung nur für die künftige Bildung von Reserven, nicht hingegen für laufenden Projekte (Ordner 26, SB GÖV/Nr. 3, Traktandum 4, S. 3 und 4). Bei den Anlagerichtlinien der Gönnervereinigung, welche das Datum des Dezember 1995 tragen, handelt es sich offenbar um einen Entwurf. Dieses Dokument wurde jedenfalls von der Vereinsversammlung nie verabschiedet und so dem Vorstand nie als Pflicht auferlegt.

Die von der Vereinsversammlung der Gönnervereinigung genehmigten Anlagerichtlinien vom 9.12.1996 weichen wie erwähnt vom Entwurf 1995 in wichtigen Punkten ab. Verwiesen sei auf die Ausführungen zur Anlage in neue Liegenschaften,

die überwiegend gewerblich bzw. kommerziell genutzt werden oder als Luxusobjekte gelten. Die Anklage behauptet, dass dem Vorstand der Gönnervereinigung die Investition von Vereinsvermögen in Liegenschaften mit überwiegend gewerblichem oder kommerziellem Charakter sowie Luxusobjekte verboten gewesen sei. Eine solche Wendung findet sich jedoch lediglich in den Richtlinienentwurf Version 1995. Zudem wird gerade in dieser Version genau nach jenem ominösen Satz erklärt: „Eine Ausnahme bildet der Gasthof ‚zum Engel‘ in Dornach als einziges hindernisfrei gebautes Hotel in der Nordwestschweiz.“ Umgekehrt verbieten die Anlagerichtlinien von 1996 die Investition in Liegenschaften mit überwiegend gewerblichem oder kommerziellem Charakter oder Luxusobjekten nicht, sondern es wird gesagt, sie bildeten die Ausnahme. Zudem wird in beiden Fassungen deutlich unterschieden zwischen

- „Anlagen, die den Anlagezielen gerecht werden, als Ergänzung zu den Finanzanlagen“, und
- Immobilien etc. „die einem Unterstützungszweck entsprechend der Schweizer Paraplegiker-Stiftung gewidmet sind. Diese sind nicht Bestandteile des Anlagevermögens der Gönnervereinigung, für das diese Richtlinien gelten.“

Und ein Zweck der Paraplegiker-Stiftung ist, „Mittel für den Betrieb und Unterhalt von Paraplegiker-Zentren sowie für den Auf- und Ausbau von Institutionen im Dienste der Querschnittgelähmten“ bereitzustellen. Demzufolge dürften die Richtlinien des Gönnervereins zum Beispiel nicht gelten, wenn ein rollstuhlgängiges Hotel, das namentlich auch Paraplegikern dient, erstellt wird.

Selbst wenn man vom Anlagerichtlinienentwurf der Gönnervereinigung vom Dezember 1995 ausgeht, ist es wie erwähnt nicht so, dass er deckungsgleich mit den Anlagerichtlinien der Stiftung vom November 1995 ist. Im Gegenteil, es hat ganz entscheidende Unterschiede. Die Stiftungsrichtlinien gelten *expressis verbis* für das *Stiftungsanlagevermögen*, der Richtlinienentwurf der Gönnervereinigung bezieht sich ausdrücklich auf das Anlagevermögen der *Gönnervereinigung*. Die Aufteilung zwischen Anlagen, die den Anlagezielen gerecht werden und Immobilien bzw. Hypotheken, die einem Unterstützungszweck entsprechend der Schweizer Paraplegiker-Stiftung gewidmet sind, erfolgt bei den Anlagerichtlinien der Stiftung *durch den Finanzausschuss des Stiftungsrates*, bei den Richtlinien der Gönnervereinigung durch deren *Vorstand*. Und schliesslich ist die erwähnte Ausnahmeklausel für den Gasthof "Zum Engel" in Dornach in den Anlagerichtlinien der Stiftung nicht auffindbar.

Im Ergebnis war es Dr. Zäch allenfalls untersagt, als Stiftungsratsmitglied mit *Stiftungsvermögen* (neue) Immobilien der Stiftung zu *erwerben*, die einen überwiegend gewerblichen oder kommerziellen Charakter oder denjenigen eines Luxusobjekts hatten. Ein solcher Fall bildet aber nicht Gegenstand der Anklage bzw. der Schuldsprüche. Dort geht es um Immobilien, die im Eigentum der *Gönnervereinigung* standen und von dieser nicht erst nach Erlass eigener Anlagerichtlinien *erworben* wurden.

3.7. Man könnte einwenden, die Ausführungen unter Ziff. 3.6. seien materiell-rechtlicher Natur und deshalb vom Gericht als Sachgericht zu entscheiden. Dem ist entgegenzuhalten, dass namentlich die Umschreibung der Pflichtwidrigkeit des

Verhaltens von Dr. Zäch nicht dem vom Anklagegrundsatz geforderten Level entspricht, wenn behauptet wird, Zäch habe im Umgang mit Vermögenswerten der Gönnervereinigung Anlagerichtlinien der Stiftung verletzt, obwohl die Gönnervereinigung eine eigenständige Institution ist und erst ab Dezember 1996 eigene Anlagerichtlinien, und zwar andere als die Stiftung, hatte. Die Verteidigungsmöglichkeiten von Dr. Zäch sind schwerwiegend beeinträchtigt, wenn er befürchten muss, dass sein Verhalten als Geschäftsführer der Gönnervereinigung nach Belieben an Regeln und Vorschriften gemessen wird, die für die Stiftung galten.

4. Ausklammerung des subjektiven Tatbestandes

4.1. Ungetreue Geschäftsbesorgung ist nur bei vorsätzlicher Tatbegehung belangbar. Der Vorsatz muss auch den Schädigungserfolg und die Schädigung des Geschäftsherrn umfassen.²⁸ Der Täter muss also nicht nur bewusst seine Pflichten als Geschäftsführer missachten, sondern auch mindestens mit der Möglichkeit rechnen, dadurch Schaden zu verursachen, und dies in Kauf nehmen.²⁹ Eventualdolus genügt, hingegen nicht blosse Fahrlässigkeit i.S. der Nachlässigkeit, der Unvorsichtigkeit oder der Verletzung von Sorgfaltspflichten.³⁰ Jedenfalls sind an den Nachweis des Vorsatzes angesichts der weiten Fassung des objektiven Tatbestandes *strenge Anforderungen* zu stellen.³¹

Das Gesagte gilt sinngemäss auch für die Veruntreuung.

4.2. Im Rahmen der Ausführungen über die Verletzung des Anklagegrundsatzes in den Fällen, in denen es zu einem Schuldspruch kam (unten IV.), wird unter Ziff. 4 und 5 auf Konstellationen verwiesen, bei denen gegebenenfalls ein bloss fahrlässiges Verhalten ernsthaft zu erwägen wäre.

4.3. Im Prozess gegen Dr. Zäch wird zudem eine Rolle spielen, dass seine Aktivitäten, selbst wenn sie nach Auffassung der Anklage nicht den Anlagerichtlinien entsprachen, immer wieder vom Stiftungsrat bzw. vom Vereinsvorstand und der Mitgliederversammlung abgesegnet wurden. Der Vorsatz bezüglich einer Pflichtverletzung i.S. von Art. 158 StGB wird jedoch entfallen, wenn der Geschäftsherr mit den angeblich nachteiligen Massnahmen von vorneherein oder nachträglich einverstanden ist. Selbst wenn Dr. Zäch fälschlicherweise angenommen hätte, dass Einverständnis bestehe, wäre unter Umständen ein Sachverhaltsirrtum gegeben und würde nach Art. 19 StGB selbst im Fall der Fahrlässigkeit zu einem Freispruch führen, da fahrlässige ungetreue Geschäftsbesorgung wie erwähnt nicht strafbar ist.

4.4. Die Anklageschrift geht auf diese Thematik überhaupt nicht ein. Auch in diesen Fällen ist der Anklagegrundsatz verletzt. Zwar bestehen Meinungsunterschiede. Nach verschiedenen Autoren ist auch bei Vorsatzdelikten bezüglich des subjektiven Tatbestandes darzulegen, dass dem Angeklagten ein entsprechendes Verhalten vorgeworfen wird; lediglich die Nennung eines Eventualvorsatzes sei nicht

²⁸ Vgl. Stratenwerth/Jenny, § 19 N 18; Rehberg/Schmid/Donatsch, 257.

²⁹ Rehberg/Schmid/Donatsch, 257.

³⁰ Graven, 84.

³¹ Lackner/Kühl, § 266, N 19.

erforderlich.³² Andere meinen, auf die Umschreibung des Vorsatzes könne verzichtet werden, wenn das Verhalten nur bei Vorsatz strafbar sei.³³ M.E. ist es bei Zweifeln, ob Vorsatz oder Fahrlässigkeit vorliegt, geboten, in der Begründung der Anklage anzugeben, dass Vorsatz angenommen wird und worauf sich diese Annahme stützt.

IV. Verletzung des Anklagegrundsatzes in den Fällen, in denen es zu einem Schuldspruch kam

1. Allgemeines

Die folgenden Ausführungen zu den einzelnen Anklagepunkten, in denen Schuldsprüche verhängt wurden, sind kurz gehalten, weil die wesentlichen Argumente bereits in den Abschnitten I. Ziff. 5.2.-5.4. und III. abgehandelt wurden.

2. Anklagepunkt 1 (Bezüge des Angeklagten)

In diesem Anklagepunkt wird geltend gemacht, dass 1980 eine Vereinbarung über die Höhe der Entschädigung an Dr. Zäch mit dem Vizepräsidenten des Stiftungsrates abgeschlossen wurde. Es wird Dr. Zäch vorgeworfen, dass er seit anfangs 1990 bis Ende 1999 mehr an Lohn und Spesen bezogen hat, als 1980 abgemacht. Diese Gelder seien unrechtmässig verwendet worden.

Dazu ist folgendes zu bemerken:

- Zunächst wird unter Verletzung des Anklagegrundsatzes nicht präzisiert, ob es um eine Veruntreuung oder eine ungetreue Geschäftsbesorgung geht und welche Tatbestandsvariante bzw. Qualifikation allenfalls anwendbar sein soll (vgl. vorne III. Ziff. 1).
- Es kommt ferner nicht zum Ausdruck, worin die Pflichtwidrigkeit einer allfälligen ungetreuen Geschäftsbesorgung liegen würde (vgl. III. Ziff. 3). Die Anklageschrift behauptet ohne jede weitere Begründung, diese zusätzlichen Bezüge seien eine unrechtmässige Verwendung von Geldern zum Schaden der Stiftung und Dr. Zäch habe sich dadurch unrechtmässig bereichert. Es ist überhaupt nicht selbstverständlich, dass jemand nur dann straflos bleibt, wenn er während zwanzig Jahren den nominal genau gleichen Lohn bekommt und weder ein Teuerungsausgleich noch eine sonstige Lohnanpassung stattfindet. Deshalb ist bei diesem Vorwurf entscheidend, worin die Pflichtverletzung gelegen haben soll. Soweit dies nicht vermerkt ist, liegt eine Verletzung des Anklagegrundsatzes vor. Verwiesen sei zum Vergleich darauf, dass nach der bundesgerichtlichen Praxis bei Fahrlässigkeitsdelikten sämtliche Umstände auszuführen sind, aus denen sich die Pflichtwidrigkeit des vorgeworfenen Verhaltens ergeben soll (vgl. vorne I. Ziff. 5.4.) Es war schliesslich das Gericht, das im Urteil selber detailliert nach Gründen für die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Bezüge, die über die Abmachung von 1980 hinausgehen, suchte, wobei die Frage der Stichhaltigkeit dieser Argumente hier nicht zur

³² Schmid (Lehrbuch), N 813 Fn. 113, ferner Schmid (Kommentar), N 10 zu § 162 sowie Weisungen für die Untersuchungsführung der Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Ziff. 47.1.

³³ Hauser/Schweri, § 50 N 7b; BGE 120 IV 356.

Diskussion steht. Auch das ist ein Verstoss gegen den Anklagegrundsatz, der verlangt, dass das Gericht nur die von der Anklage behauptete Pflichtwidrigkeit überprüft.

3. Anklagepunkte 3.2 und 3.3. (Nebenkosten und Ausbau der Liegenschaft Mühlegasse Zofingen)

- Es wird unter Verletzung des Anklagegrundsatzes nicht präzisiert, ob es um eine Veruntreuung oder eine ungetreue Geschäftsbesorgung geht und welche Tatbestandsvariante bzw. Qualifikation allenfalls anwendbar sein soll (vgl. III. Ziff. 1). Nach den Regeln über den Anklagegrundsatz wäre genau anzugeben, welche rechtliche Norm nach Vorstellung der Staatsanwaltschaft dem Vorwurf entspricht.
- Als Geschädigte ist die Stiftung angegeben, obwohl es gegebenenfalls die Gönnervereinigung wäre, bzw. es sind nach Auffassung der Anklage sowohl Gönnervereinigung als auch Stiftung Geschädigte (vgl. III. Ziff. 2). Auch der Geschädigte muss aus der Sicht des Anklagegrundsatzes präzise angegeben werden, jedenfalls dann, wenn das für die rechtliche Würdigung wichtig ist. Es geht nicht an, faktenwidrig ein Multipack an Geschädigteninstitutionen zu präsentieren.
- Es kommt nicht zum Ausdruck, worin die Pflichtwidrigkeit einer allfälligen ungetreuen Geschäftsbesorgung liegt (vgl. III. Ziff. 3). Wie schon mehrfach erwähnt, müsste bei Respektierung des Anklagegrundsatzes detailliert angegeben werden, welche Elemente von welchem Delikt erfüllt sind. In Ziff. 3.3. der Anklageschrift wird beispielsweise gesagt, der Angeklagte habe die Innenausrichtung der von ihm gemieteten Liegenschaft teilweise luxuriös ausbauen lassen. Dies hat gemäss Aktenlage die Gönnervereinigung mit ihren Organen so beschlossen, so dass die Widerrechtlichkeit dieses Ausbaus überhaupt nicht offensichtlich ist. Widerrechtlichkeit wäre im konkreten Fall nur anzunehmen, wenn belegt wäre, inwiefern dies gegen den Willen des Geschäftsherrn erfolgt sei.
- Art. 158 StGB verlangt, dass es als Folge einer pflichtwidrigen Handlung zu einem Vermögensschaden des Geschäftsherrn kommt. Namentlich im Anklagepunkt 3.3. wird nicht einmal behauptet, geschweige den dargetan, worin der Vermögensschaden liegt, hat doch die Gönnervereinigung in diesem Fall nur werterhaltende oder wertvermehrnde Aufwendungen in ihr Eigentum vorgenommen.

4. Anklagepunkt 4 (Renovation 1998 bzw. Betriebszuschüsse, Darlehen und Kredite zwischen 1990 und 1999 betr. Engel Dornach)

In diesem Anklagepunkt geht es um die angeblich unverhältnismässigen Aufwendungen für diesen Gebäudekomplex.

- Auch hier wird nicht präzisiert, ob es um eine Veruntreuung oder eine ungetreue Geschäftsbesorgung geht und welche Tatbestandsvariante bzw.

Qualifikation allenfalls anwendbar sein soll (vgl. III. Ziff. 1). Dies ist aus der Sicht des Anklagegrundsatzes unzulässig.

- Die Stiftung ist als Geschädigte angegeben, obwohl es gegebenenfalls die Gönnervereinigung wäre bzw. es sind nach Auffassung der Einleitung der Anklageschrift sowohl Gönnervereinigung als auch Stiftung Geschädigte, was ein Ding der Unmöglichkeit ist (vgl. III. Ziff. 2). Kauf und Unterhalt erfolgten durch die *Gönnervereinigung*. Die Anklageschrift präsentiert in Bezug auf den Geschädigten eine Auswahlendung.
- Besonders chaotisch geht es beim Grund der angeblichen Pflichtverletzung zu und her.

Laut Anklageschrift lag der Grund der Pflichtverletzung darin, dass Dr. Zäch Anlagerichtlinien vom 2.6.1988 des *Stiftungsrats* und einen Beschluss des *Stiftungsrats* von anfangs 1991 missachtete.

Im Urteil der Vorinstanz (S. 58 ff.) dagegen wurde anerkannt, dass zu diesem Zeitpunkt *in der Gönnervereinigung* noch keine Anlagerichtlinien in Kraft waren. Auf die Anlagerichtlinien der Stiftung wird nicht Bezug genommen. Anders als die Anklage stützte sich das Gericht auf *angebliche Gesetzesbestimmungen*, die vorsähen, dass ein gemeinnütziger Verein seine Gelder dem statuarischen Zweck zu erhalten und daher vorsichtig anzulegen habe. Darüber erfährt man in der Anklageschrift nichts. Das Urteil stützt sich somit auf einen *ganz anderen Rechtsgrund* für die Pflichtverletzung und verletzt damit den Grundsatz der Bindung des Gerichts an die Anklage, was nicht zulässig ist.

Analog zur erwähnten bundesgerichtlichen Praxis, wonach bei unechten Unterlassungsdelikten die Umstände, die die Garantenstellung begründen, in der Anklage aufgeführt werden müssen und bei Fahrlässigkeitsdelikten sämtliche Umstände anzugeben sind, aus denen sich die Pflichtwidrigkeit sowie Voraussehbarkeit und Vermeidbarkeit der Tatfolgen ergeben (vgl. vorne I. Ziff. 5.5.), ist der Anklagegrundsatz auch dann verletzt, wenn wie hier im Urteil andere Gründe für die Pflichtwidrigkeit angenommen werden, als sie die Anklageschrift aufführt. Das Gericht darf der Urteilsfindung nur die in der Anklageschrift bezeichnete Tat zugrunde legen.³⁴ Eine Änderung des Anklagevorwurfs ist eine Verletzung des Anklagegrundsatzes.³⁵

Zur Rechtswidrigkeit müsste im vorliegenden Kontext behauptet (und belegt) werden, dass und inwiefern diese Investitionen gegen den Willen der Gönnervereinigung bzw. ihrer Organe erfolgt seien. Aufgrund der Aktenlage ist anzunehmen, dass sämtliche Investitionen, Wertberichtigungen und Abschreibungen wiederholt, vorbehaltlos und einstimmig von der Mitgliederversammlung genehmigt worden sind (Ordner 26, SB GÖV Nr. 2.1, 2.2, 3, 3.1).

Nur nebenbei erwähnt sei, dass die Anklage die Anlagerichtlinien der Gönnervereinigung schlicht ignorierte, wenn sie ihr nicht in den Kram passten.

³⁴ Tolksdorf, § 200 N 1.

³⁵ BGE 116 Ia 455 ff.

Diese Richtlinien sehen sowohl im Entwurf von 1995 als auch in der von der Mitgliederversammlung genehmigten Fassung von 1996 (vgl. vorne III Ziff. 3.6.) vor, dass Immobilien, die einem Unterstützungszweck entsprechend der Schweizer Paraplegiker-Stiftung gewidmet sind, nicht Bestandteil des Anlagevermögens der Gönnervereinigung seien, für das diese Richtlinien gelten. Im übrigen gelten die im Dezember 1996 beschlossenen Anlagerichtlinien der Gönnervereinigung nicht rückwirkend, sondern ausdrücklich nur für den Erwerb neuer Immobilien bzw. zur Bildung neuer Reserven (vgl. Ordner 26, SB GÖV/Nr. 1 und 3).

- Was den subjektiven Tatbestand anbetrifft, glänzt die Anklageschrift mit Stillschweigen. Das Urteil nimmt demgegenüber an, dass Dr. Zäch auf das Einholen einer unabhängigen Machbarkeitsstudie verzichtet und keine Gastrofachleute zu Rate gezogen habe, bevor er Vermögen der Gönnervereinigung in den Gasthof Engel investierte und immer mehr Geld in das Projekt einfliessen liess (S. 58/59 und 61). Später wird zugestanden, es sei durchaus glaubhaft, dass Dr. Zäch im Zeitpunkt, in dem er sich - wie er selber zugebe - wohl etwas vorschnell für den Kauf des Gasthofs entschieden habe, tatsächlich im guten Treuen davon ausgehen konnte, ein brauchbares Projekt auf die Beine stellen zu können. Dies sei "sträflich unvorsichtig" gewesen (Urteil, S. 62 f.). Es wurde auch verdeutlicht, dass ungetreue Geschäftsbesorgung nur bei Vorsatz strafbar ist. Der Verzicht auf die Erstellung einer Machbarkeitsstudie wird dann i.S. eines Eventualvorsatzes gedeutet, weil Dr. Zäch in Kauf genommen habe, dass die anfänglich erträumte Rendite ausbleiben werde (S. 63). Im Widerspruch dazu liest man in einer anderen Passage des Urteils (S. 61, Fettdruck durch den Gutachter): "**Dass die fehlende Rentabilität und die bei Verfolgung des einmal eingeschlagenen Weges unausweichliche Vergrösserung des in das GöV-Vermögen gerissenen Loches von allem Anfang an absehbar war - oder es zumindest hätte sein müssen, wenn Dr. Guido A. Zäch, wie es seine Pflicht als sorgfältiger Geschäftsführer gewesen wäre, vorab eine Machbarkeitsstudie hätte erstellen lassen** - wurde oben zur Genüge dargestellt ...". Wenn die schlimmen wirtschaftlichen Folgen für Dr. Zäch hätten absehbar sein müssen, falls er sorgfältig gehandelt hätte, so verwendete das Gericht eine Formulierung, die maximal für grobe Fahrlässigkeit, aber nicht für Eventualvorsatz spricht. Nach anderen Dokumenten lag beim Projekt Engel zunächst eine fachliche Beurteilung vor, welche diesen Komplex als vertretbare Anlage erscheinen liess (Ordner 22 SB ENG/Nr. 27; Band 6, S. 1204). Ein Teil der zusätzlichen Kosten entstand unerwartet, so z.B. als Folge der Auflagen seitens der Gemeinde, was hohe Aufwendungen erforderte, ferner durch Auflagen des Denkmalschutzes etc. (Band 6 S. 1213). Wie erwähnt, wurden diese Ausgaben durch die Organe der Gönnervereinigung jeweils auch einstimmig genehmigt. Einiges spricht dafür, dass in einer bestimmten Phase des Umbaus nichts anderes mehr übrigblieb, als die Angelegenheit möglichst vertretbar über die Runden zu bringen. Zum Vergleich: Auch wenn beim Bau der NEAT-Tunnels am Gotthard und Lötschberg, wie im Frühjahr 2004 diskutiert, beträchtliche Kostenüberschreitungen stattfinden, ruft niemand nach ungetreuer Geschäftsbesorgung und die Kostenüberschreitungen führen nicht zum Abbruch des Unternehmens, sondern dazu, dass allenfalls andere Einsparungsmöglichkeiten oder der Verzicht auf andere Bauvorhaben diskutiert wird.

In der Anklageschrift hätte m.E., angesichts dieser objektiv unklaren Gegebenheiten sorgfältig angegeben werden müssen, inwiefern Dr. Zäch aus der Sicht der Anklage vorsätzlich gehandelt habe und auf welche Fakten sich diese Annahme stützt.

- Art. 158 StGB verlangt, dass es als Folge einer pflichtwidrigen Handlung zu einem Vermögensschaden des Geschäftsherrn kommt. Auch in diesem Anklagepunkt wird ungenügend dargelegt, worin der Vermögensschaden liegt. Ein Schaden besteht insofern nicht, als die Gönnervereinigung werterhaltende oder wertvermehrnde Aufwendungen in ihr Eigentum getätigt hat.

5. Anklagepunkt 5 (Wiesental AG, Herisau)

- Auch hier wird unter Verletzung des Anklagegrundsatzes nicht präzisiert, ob es um eine Veruntreuung oder eine ungetreue Geschäftsbesorgung geht und welche Tatbestandsvariante bzw. Qualifikation allenfalls anwendbar sein soll (vgl. III. Ziff. 1).
- Erneut ist einerseits die Stiftung als Geschädigte angegeben, obwohl es gegebenenfalls die Gönnervereinigung wäre, bzw. es sind nach Auffassung der Anklage in der Einleitung der Anklageschrift sowohl Gönnervereinigung als auch Stiftung Geschädigte (vgl. III. Ziff. 2.4.). Dass der Geschädigte in der Anklageschrift nicht klar bezeichnet wurde, ist ein weiterer aus der Sicht des Anklagegrundsatzes relevanter Mangel, der weitere Fehler nach sich zog.
- Die angebliche Pflichtwidrigkeit von Dr. Zäch wird erneut auf Anlagevorschriften der *Stiftung* und Beschlüsse des *Stiftungsrats* zurückgeführt, obwohl es um Aktivitäten der *Gönnervereinigung* ging.

Hier liegt eine doppelte Verletzung des Anklagegrundsatzes vor. Die Anklage beschrieb einen rechtlich unmöglichen Sachverhalt, indem Dr. Zäch sich bei der Verwendung von Vermögen der Gönnervereinigung nicht an Anlagerichtlinien der Stiftung halten musste. Das Gericht seinerseits wich vom eingeklagten Sachverhalt ab, statt Dr. Zäch vom eingeklagten Vorwurf freizusprechen. Vielmehr suchte es nach einer anderen Begründung für eine Pflichtwidrigkeit, die so von der Anklage gar nicht behauptet worden war. Es prüfte aus eigener Initiative die Anlagerichtlinien der Gönnervereinigung, die nicht anwendbar seien, da sie damals noch keine Geltung gehabt hätten, sondern erst Ende 1996 in Kraft getreten seien (Urteil, S. 65). Das Urteil wurde schliesslich insofern "fündig", als es sich auf angebliche gesetzliche Vorschriften stützte, die statuieren sollen, dass gemeinnützige Organisationen die Mittel dem statutarischen Zweck zu erhalten und daher vorsichtig anzulegen hätten. Weder darf das Gericht die Anlagerichtlinien der Gönnervereinigung prüfen, wenn sich die Anklage auf die Richtlinien der Stiftung beruft, noch darf sie eine andere Begründung der Pflichtwidrigkeit heranziehen, die gar nicht behauptet wurde. Erneut haben wir es mit einer nicht sorgfältig durchdachten, fehlerhaften Anklage zu tun. Die Anklage hätte bei der Rechtswidrigkeit auch umschreiben müssen, inwiefern die Ausgaben gegen den Willen der Gönnervereinigung bzw. ihrer Organe erfolgt seien.

- Was den subjektiven Tatbestand anbetrifft, wurde im Urteil die Vorsatzfrage angesprochen und gerügt, dass Dr. Zäch auch in diesem Fall keine unabhängige Machbarkeitsstudie einholte (S. 68). Erneut wird zugunsten von Dr. Zäch ausgeführt, er möge zunächst gehofft haben, das Hotelprojekt könne sich als erfolgreich erweisen. Es wurde auch darauf verwiesen, dass die Planung vollkommen chaotisch verlaufen sei und das Projekt immer wieder umgeschrieben und abgeändert werden musste, da es sich als nicht durchführbar erwies. Auch hier argumentiert die Vorinstanz schliesslich, er habe es in Kauf genommen, dass die investierten Mittel versickern und die notwendige Rendite ausbleibe (Urteil, S. 70 f.).

Derartige Sachverhaltsumstände sind in der Anklageschrift nicht behauptet worden. Wie bereits unter IV. Ziff. 4 und III. Ziff. 4.4 erwähnt, müsste die Anklage m.E. in Fällen, bei denen der Vorsatz nicht offensichtlich ist, darauf hingewiesen werden, inwiefern dem Angeklagten Vorsatz unterstellt werden kann und auf welche Fakten sie dies stützt.

- Art. 158 StGB verlangt, dass es als Folge einer pflichtwidrigen Handlung zu einem Vermögensschaden des Geschäftsherrn kommt. Auch hier ist nicht dargetan, worin der Vermögensschaden liegt, soweit die Gönnervereinigung werterhaltende oder wertvermehrnde Aufwendungen in ihr Eigentum vorgenommen hat.

V. Folgen

Wenn eine Anklage oder eine Überweisungsverfügung mangelhaft ist, besteht je nach Kanton und Verfahrensart unter Umständen die Möglichkeit der Korrektur durch eine gerichtliche Instanz, die Anklagekammer (obligatorische Anklagezulassung). Dies ist jedoch selten der Fall.

In einzelnen Kantonen besteht ferner ein Beschwerderecht gegen die Anklage oder Überweisungsverfügung (fakultative Anklagezulassung). Meist ist jedoch der Entscheid des Anklägers, Anklage zu erheben, nicht beschwerdefähig.³⁶

Schliesslich besteht stets die Möglichkeit der Überprüfung einer Anklageschrift durch das urteilende Gericht im Rahmen von Vorfragen. Diese Vorschriften regeln die ersten Verfahrensschritte nach Beginn der Hauptverhandlung.³⁷ Die Anklage geht direkt an das erkennende Gericht, das vor der materiellen Behandlung prüft, ob der Tatvorwurf hinreichend konkretisiert ist.³⁸ Dies hätte auch in Basel gemäss § 123 Abs. 2 StPO geschehen müssen. Eine Prüfung ist nur in formeller Hinsicht möglich, hingegen nicht oder nur ganz grobmaschig materiell, dies wegen der Gefahr der Vorbefasstheit.

Ist der Tatvorwurf nicht hinreichend konkretisiert, liegt ein *Verfahrenshindernis* vor. Die Beachtung des Anklageprinzips ist sowohl nach schweizerischem wie nach

³⁶ Hauser/Schweri, § 79 N 3.

³⁷ Schmid (Begleitbericht), 222.

³⁸ Hauser/Schweri, § 79 N 12 f.

deutschem Recht eine *Prozessvoraussetzung*,³⁹ bzw. mit einer Prozessvoraussetzung vergleichbar.⁴⁰

Folge der Verletzung des Anklageprinzips hätte vor erster Instanz eine Rückweisung der Anklage sein müssen. Das Gericht hätte einen Nichteintretensbeschluss fassen müssen.⁴¹ Das ist im vorliegenden Fall nicht geschehen. Im Gegenteil, das Gericht hat die von der Verteidigung gerügte Verletzung des Akkusationsprinzips abgelehnt (Urteil, S. 46). Aus diesem Grund braucht auch nicht weiter diskutiert zu werden, ob vor erster Instanz trotz des Immutabilitätsprinzips noch die Möglichkeit bestanden hätte, Mängel der Anklageschrift im Rahmen des Anspruchs auf rechtliches Gehör durch eine entsprechende Information des Angeklagten zu beheben.

Im Rechtsmittelverfahren können Mängel in der Anklageschrift nur ausnahmsweise und nur bei geringfügigen Unzulänglichkeiten geheilt werden.⁴² Insgesamt ist im vorliegenden Fall im zweitinstanzlichen Verfahren eine Heilung wegen der Schwere und der Häufung der Mängel nicht möglich.

VI. Schlussbemerkung

Im Ergebnis ist im vorliegenden Fall der Anklagegrundsatz verletzt worden, zunächst durch die mangelnde Zuordnung des vorgeworfenen Verhaltens zu den als verletzt erachteten Strafnormen, ferner durch irreführende Angaben über die Geschädigten und durch die fehlenden oder ungenügenden Angaben über das Vorliegen der Elemente der einzelnen Tatbestände der Veruntreuung und der ungetreuen Geschäftesorgung sowie durch die fehlenden Angaben zum subjektiven Tatbestand (vgl. vorne III.) Das gilt speziell auch für die Anklagepunkte, die Gegenstand eines Schuldspruch waren, und zwar je in mehrfacher Weise (vgl. vorne IV.)

Die Hauptmängel der Anklageschrift liegen im Folgenden: Straftatbestände kommen in ihr gar nicht vor (sondern nur im Rubrum der Anklage). Pflichtwidrige Verhaltensweisen i.S. der ungetreuen Geschäftsbesorgung bzw. entsprechende Verhaltensvorschriften im Sinne einer konventionellen Anlagepolitik werden zu Beginn der Anklageschrift aufgelistet. Als Geschädigte wird stets die Stiftung aufgeführt, obwohl in der Mehrzahl der Fälle potentiell die Gönnervereinigung betroffen wäre. Auch dann, wenn Spender potentiell geschädigt wären, wird die Stiftung als Geschädigte aufgeführt. Die Einleitung enthält gewissermassen „Bausteine“.

Die einzelnen als strafbar bezeichneten Handlungen werden in der Folge nur sehr rudimentär skizziert und es wird dem Leser überlassen, zu prüfen, welches Delikt allenfalls gegeben ist, welche der aufgeführten Verhaltensvorschriften, welche Tatbestandsvarianten und welche Qualifikationen auf den konkreten Fall anwendbar sein könnten. Eine Anklageschrift darf kein Puzzle sein.

³⁹ Schmid (Strafprozessrecht), N 537; ders. (Kommentar), § 162 N 20; Urteil des Solothurner Obergerichts vom 18.4.2002, SOG 2002 Nr. 19; AGVE 1994, S. 136; Beulke, N 354; Kleinknecht/Meyer-Gossner, Einleitung, N 146; Tolksdorf, § 200 N 1.

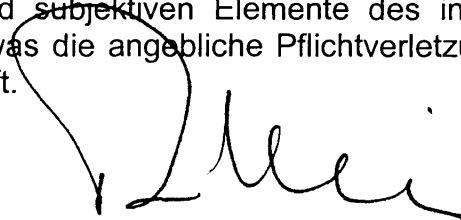
⁴⁰ Vgl. Hauser/Schweri § 79 N 15 f.

⁴¹ Schmid (Kommentar), N 20 zu § 162; Hauser/Schweri, § 79 N 16.

⁴² Hauser/Schweri, § 50 N 7 a.

Die Bezeichnung der Stiftung als Geschädigte auch dann, wenn in Tat und Wahrheit hierfür nur die Gönnervereinigung in Frage kommen könnte, führt insofern aus der Sicht des Beschuldigten zu einer unmöglichen Situation, als Stiftungs- und Vereinsrecht sehr unterschiedlich ausgestaltet sind. Die Situation wird noch zusätzlich „verkompliziert“, weil unzulässigerweise Stiftungsrecht auf die Gönnervereinigung angewendet wird.

Im Ergebnis hat die Anklage ihre Arbeit nicht zu Ende geführt und ist im Stadium verschiedener Möglichkeiten stecken geblieben, und zwar sowohl in Bezug auf die im Einzelfall als erfüllt erachteten Delikte, als auch in Bezug auf die geschädigte Institution und die einzelnen objektiven und subjektiven Elemente des in Frage kommenden Straftatbestandes, namentlich was die angebliche Pflichtverletzung bei der ungetreuen Geschäftsbesorgung anbetrifft.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Riklin', written in a cursive style.

Prof. Dr. F. Riklin

Literaturverzeichnis

Auer/Malinverni/Hottelier, Droit constitutionnel suisse, Vol. II: Les droits fondamentaux, Bern 2000.

Beulke, Strafprozessrecht, 6. Aufl., Heidelberg 2002.

Graven, Le délit de gestion déloyale en droit suisse, SJZ 1948, 81 ff.

Hauser/Schweri, Schweizerisches Strafprozessrecht, 5. Aufl., Basel/Genf/München 2002.

Kleinknecht/Meyer-Gossner, Strafprozessordnung, 44. Aufl., München 1999.

Lackner/Kühl, StGB, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 24. Aufl., München 2001.

Rehberg/Schmid/Donatsch, Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen, 8. Aufl., Zürich 2003.

Schmid, Begleitbericht zum Vorentwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung, EJPD, Bern, Juni 2001 (zit. Schmid, Begleitbericht).

Schmid, Strafprozessrecht, 4. Aufl., Zürich 2004 (zit. Schmid, Strafprozessrecht).

Schmid, in: Donatsch/Schmid, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, Zürich 2000 (zit. Schmid, Kommentar).

Stratenwerth/Jenny, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen, 6. Aufl., Bern 2003.

Tolksdorf, in: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 4. Aufl., München 1999.

Vest, Kommentar zu Art. 32 BV, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender, Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Zürich 2002.

Villiger, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), 2. Aufl., Zürich 1999.