

DELNON UND RÜDY  
RECHTSANWÄLTE

MITGLIEDER DES SCHWEIZERISCHEN ANWALTSVERBANDES  
EINGETRAGEN IM ANWALTSREGISTER DES KANTONS ZÜRICH

DR. IUR. VERA DELNON  
LIC. IUR. BERNHARD RÜDY

PROF. DR. IUR. FRANZ RIKLIN  
KONSULENT

**Einschreiben**

Schweizerisches Bundesgericht  
av. du Tribunal-Fédéral 29  
Postfach  
1000 Lausanne 14

Zürich, den 11. Sept. 2006 DN/BR/st

Sehr geehrter Herr Präsident  
Sehr geehrte Damen und Herren Bundesrichter

In Sachen

**Dr. Guido A. Zäch**, Mühlegasse 19, 4800 Zofingen,

**Beschwerdeführer**

vertreten durch die Unterzeichner RA Dr. Vera Delnon und RA Bernhard Rüdy, Winzerhalde 16, 8049  
Zürich

gegen

**Staatsanwaltschaft des Kantons Basel-Stadt,**

**Beschwerdegegnerin**

betreffend

**Art. 1 StGB, 138 StGB, Art. 158 StGB, Art. 172ter StGB  
sowie zentrale zivilrechtliche Vorfagen**

erheben wir namens und mit bei den Akten liegender Vollmacht des Beschwerdeführers

## **eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde**

gegen das Urteil des Appellationsgerichts des Kt. Basel-Stadt vom 24. Oktober 2005 (**Beilage**) und stellen dazu folgenden

### **Antrag:**

Das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 24. Oktober 2005 sei aufzuheben.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Kantons Basel-Stadt.

Ferner stellen wir den

### **prozessualen Antrag:**

Der Beschwerde sei mit Bezug auf die Kostenfolgen des angefochtenen Urteils die aufschiebende Wirkung zu erteilen.

## **BEGRÜNDUNG**

### **I. Eintretensvoraussetzungen**

#### 1.

Mit dem angefochtenen Urteil wurde der Beschwerdeführer wegen mehrfacher Veruntreuung schuldig gesprochen und mit 16 Monaten Gefängnis bestraft mit Gewährung des bedingten Strafvollzugs bei einer Probezeit von zwei Jahren. Der Beschwerdeführer ist daher durch diesen Entscheid beschwert und ist als Angeklagter zur eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde legitimiert (Art. 270 lit. a BStP).

2.

Gegen Urteile des kantonalen Appellationsgerichtes ist gemäss StPO/BS - vorbehältlich der Wiederaufnahme - kein kantonales Rechtsmittel gegeben. Beim angefochtenen Entscheid handelt es sich daher um einen letztinstanzlichen kantonalen Endentscheid im Sinne von Art. 268 Ziff. 1 BStP.

3.

Der Beschwerdeführer beruft sich nachfolgend auf Verletzung eidgenössischen Rechts (Art. 269 Abs. 1 BStP).

4.

Der angefochtene Entscheid wurde den Unterzeichnern am 10. August 2006 zugestellt (Empfangsschein in den vorinstanzlichen Akten). Die 30-tägige Beschwerdefrist ist mit der vorliegenden Eingabe gewahrt.

## **II. Aufschiebende Wirkung**

Dem Beschwerdeführer wurden im angefochtenen Urteil eine Gerichtsgebühr von 40'000.- Franken sowie die Hälfte der nicht näher spezifizierten Strafverfahrenskosten auferlegt. Zudem wurde der erstinstanzliche Kostenentscheid hinsichtlich der Auferlegung der Gerichtsgebühr von 20'100.- Franken (und der Zusprechung einer Parteientschädigung von 1'000.- Franken) bestätigt. Angesichts einer Verpflichtung zur Kostentragung in einem 60'000.- Franken jedenfalls übersteigenden Betrag erscheint es bei Abwägung der Interessen der basel-städtischen Staatskasse und der Interessen des Beschwerdeführers als nicht gerechtfertigt, die Vollstreckung im Kostenpunkt bereits vor einer höchstrichterlichen Entscheidung über die vorliegende Beschwerde zuzulassen.

## **III. Prozessgeschichte**

Als seinerzeitiger Chefarzt des Basler Paraplegiker-Zentrums, welcher Institution die Schliessung drohte, gründete der Beschwerdeführer am 12. März 1975 die Schweizer Paraplegiker-Stiftung (SPS, Stiftung) mit Sitz in Basel und amtierte bis 2000 als deren Stiftungsratspräsident. Ferner gründete er am 19. Oktober 1978 die Gönnervereinigung der Schweizer Paraplegiker-Stiftung (GöV, Gönnervereinigung) und übernahm das Amt des Vereinspräsidenten. In beiden Gremien amtierte der Beschwerdeführer zudem als Geschäftsführer. Am 27. April 1980 gründete er die Schweizer Paraplegiker-Vereinigung (SPV) und amtierte als deren Zentralpräsident. In diesem Jahr erreichte die GöV 250'000 Mitglieder, 1984 sind es bereits 500'000. Am 14. Februar 1986 beschloss die Stiftung

den Bau des neuen Schweizer Paraplegiker-Zentrums in Nottwil. In der von ihm gegründeten Schweizer Paraplegiker-Zentrum Nottwil AG (SPZ) übernahm er die Funktion des Delegierten des Verwaltungsrats. In der am 1. Oktober 1990 eröffneten Klinik hatte er die Funktion des Chefarztes und später des Klinikdirektors inne. Die GöV hat jetzt 700'000 Mitglieder. 150'000 Personen besuchten die Eröffnungsfeierlichkeiten. Die Bauten des SPZ wurden 1996, 1998 und 2003 erweitert. Das Schweizer Paraplegiker-Zentrum ist heute die weltweit grösste Akutspital- und Wiedereingliederungsstätte für Para- und Tetraplegiker. Am 6. November 2002 wurde vom Beschwerdeführer die Schweizer Paraplegiker-Forschung AG gegründet, welche Trägerin des am 1. August 2000 gegründeten Guido A. Zäch-Instituts für Klinische Forschung (GZI) wird. Am 26. Mai 2003 begann der Bau des neuen Institutes für Klinische Forschung, welches am 1. Oktober 2005, dem 70. Geburtstag des Beschwerdeführers, eröffnet wurde. Die GöV zählt jetzt 1'200'000 Mitglieder.

Im Jahr 1999 eröffnete die Staatsanwaltschaft Basel-Stadt gegen den Beschwerdeführer eine Untersuchung gestützt auf eine Anzeige von Andreas Studer, welcher sich vergeblich um einen Architekturauftrag beworben hatte und wenige Monate zuvor als Mitglied in die GöV eingetreten war. Am 3. April 2000 erstattete auch Marc F. Suter eine Strafanzeige, nachdem er im Januar 2000 als Vizepräsident aus dem Stiftungsrat der Schweizer Paraplegiker-Stiftung (SPS) zurückgetreten und in den folgenden Wochen gegen seinen Willen aus seinen übrigen Funktionen im SPZ (VR-Vizepräsident) und der SPV (Geschäftsleitungsmitglied, Leiter der Rechtsabteilung) abgewählt worden war. Der Inhalt seiner Strafanzeige vom 3. April 2000 wurde am 11. und 18. April 2000 in zwei halbstündigen Fernsehsendungen des Magazins "Kassensturz" ausgebreitet, die Staatsanwaltschaft des Kantons Basel-Stadt zu umgehenden Abklärungen ermahnt. Ab diesem Zeitpunkt entfaltete die Staatsanwaltschaft enorme Aktivitäten, die ihren Abschluss in der Anklageschrift vom 31. Juli 2002 und einer Ergänzungsanklage von Marc F. Suter wegen Ehrverletzung fanden.

Aus Publikationen über die Anklageerhebung in den Medien erfuhr die Stiftung, dass die Staatsanwaltschaft sie als Geschädigte bezüglich eines Deliktsbetrages von 61.868 Mio. Franken betrachte. Aufgrund ihrer eigenen Kenntnisse und Akten konnten dies weder die SPS noch die GöV nachvollziehen. Ein Teilnahmerecht als Geschädigte war weder der SPS noch der GöV entgegen §§ 102 bis 108 sowie 119 StPO/BS je eingeräumt worden, weder seitens der Staatsanwaltschaft noch seitens des Strafgerichts Basel-Stadt.

Am 11. Juli 2003 verurteilte das Strafgericht Basel-Stadt den Beschwerdeführer erstinstanzlich in 5 von 15 Anklagevorwürfen wegen mehrfacher ungetreuer Geschäftsbesorgung zu zwei Jahren Gefängnis unbedingt, wobei die ursprüngliche Deliktssumme von 61.9 Mio. auf 29.4 Mio. Franken sank. Weder Anklage noch Urteil führten im Rubrum die SPS oder die GöV als Geschädigte auf. Aus Anklageschrift und Urteilsabwägungen lässt sich aber ableiten, dass der Beschwerdeführer eine Wirtschaftliche Einheit - bestehend aus SPS und GöV - geschädigt haben soll. Gegen dieses Urteil ergriffen sowohl der Beschwerdeführer wie auch die Staatsanwaltschaft die Appellation.

Der Präsident des Appellationsgerichts lehnte es zweimal ab, die Versäumnisse der Staatsanwaltschaft und der ersten Instanz zu beheben und der SPS und GöV die verlangten Parteirechte einzuräumen. Dagegen gelangten beide an das Bundesgericht, welches den Beschwerdeführern beschied, dass der Appellationsgerichtspräsident zu einem solchen Entscheid gar nicht kompetent und über ihren Antrag noch nicht entschieden sei (Proz.Nr. BGE SPS und Proz.Nr. BGE GöV). In der Appellationsverhandlung gegen den Beschwerdeführer befand auch das Appellationsgericht, die SPS und die GöV als Geschädigte nicht zuzulassen.

Das Appellationsgericht sprach den Beschwerdeführer hinsichtlich dreier Anklagepunkte frei, hob jedoch zwei erstinstanzliche Freisprüche auf und verurteilte den Beschwerdeführer wegen mehrfacher Veruntreuung zu 16 Monaten Gefängnis bedingt. Die Deliktssumme von 61.868 Mio. Franken sank wie erwähnt weiter auf 1.358 Mio. Franken. Wegen der verbleibenden 4 Anklagevorwürfe fällte es eine Strafe von 16 Monaten Gefängnis bedingt aus. Während die Anklage bezüglich der beiden neuen Schuldprüche die Stiftung als Geschädigte bezeichnet hatte, erkannte das Appellationsgericht neuerdings das Ehepaar Alexandra und Dr. Rudolph Sprüngli sowie Dr. Stephan Schmidheiny's Avina Stiftung als Geschädigte. Auch dem Ehepaar Sprüngli und der Avina Stiftung waren nie die Parteirechte gemäss §§ 102 bis 108 StPO/BS eingeräumt worden. Allerdings hatten sie zuhanden der Behörden zumindest brieflich mitgeteilt, dass sie dem Beschwerdeführer bezüglich ihrer persönlichen Zuwendungen freie Hand gegeben hatten und sich nicht geschädigt fühlen würden.

Dagegen wird vorliegend eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde und staatsrechtliche Beschwerde erhoben.

#### **IV. Die Beschwerdegründe im Allgemeinen**

In einem internen Bericht bezeichnete die Wirtschaftsprüferin ATAG, Ernst & Young die Stiftung und den Verein nebenbei und umgangssprachlich als "wirtschaftliche Einheit". Sie leitete daraus keine rechtlichen Konsequenzen ab, sondern umschrieb damit lediglich die enge administrative Zusammenarbeit dieser beiden juristischen Personen, die über weitgehend identische Zweckartikel verfügen und parallel sowie miteinander die gleichen Ziele verfolgen. Die Bezeichnung Wirtschaftliche Einheit floss in die Strafanzeige von Marc F. Suter ein, der aus dieser Umschreibung neu Rechtsfolgen ableitete, die er zuvor als Fürsprecher im Stiftungsrat der SPS während 14 Jahren nie vertreten hatte. Diese Vorstellungen flossen aber in die Strafuntersuchung ein und bildeten unausgesprochen die Grundlage der nachfolgenden Ermittlungen. Dabei fixierte sich die Behörde auf eine "Zweckentfremdung von Spendengeldern", ohne zwischen Verein und Stiftung zu unterscheiden und ohne zu beachten, dass der Verein gemäss seiner Jahresrechnung über keinerlei Spenden, sondern nur über die statutarisch geschuldeten Mitgliederbeiträge verfügte. Darüber hinausgehende Zuwendungen von Vereinsmitgliedern oder Dritten gelangten als Spenden umgehend an die Stiftung,

welche Eingänge jeweils täglich durch die interne Gönnerverwaltung identifiziert und buchhalterisch je Verein oder der Stiftung zugewiesen wurden.

In Anschluss an die beiden "Kassensturz"-Sendungen vom April 2000 kam es zu umfangreichen Beschlagnahmungen im gesamten Umfeld der Paraplegiker-Organisation. Der Beschwerdeführer wurde insgesamt 38 mal verhört. Dabei wurden ihm von einer nicht juristisch ausgebildeten Untersuchungsbeamtin Fragen gestellt, vor allem über Projekte des Vereins. Von konkreten Delikten wurde nie gesprochen. Dem Beschwerdeführer wurde wiederholt im Zusammenhang mit Investitionen des Vereins die "Zweckentfremdung von Spendengeldern" oder "Zweckentfremdung von Stiftungsgeldern" vorgehalten oder vorgeworfen, den Stiftungsrat nicht lückenlos über die Vereinsaktivitäten informiert und gegen dessen Beschlüsse und Anlagerichtlinien für das Stiftungsvermögen verstossen zu haben. Diese Art der Befragung lässt darauf schliessen, dass die Untersuchungsbehörde von rechtlichen Auswirkungen einer Wirtschaftlichen Einheit ausging. Welche Auswirkungen genau dieser umgangssprachlichen Bezeichnung zukommen soll, blieb mangels zivilrechtlicher Normierung von Anfang an im Dunkeln.

Demgegenüber schenkte die Eidgenössische Stiftungsaufsicht den ihr von Marc F. Suter vorgetragene Beschwerden kein Gehör und lehnte es ab, die Verwendungen von Vereinsvermögen als Zweckentfremdung von Stiftungsgeldern aufzufassen. Gleich reagierte der Bundesrat, der eine Interpellation auf Betreiben von Marc F. Suter zu beantworten hatte und im Parlament schon am 30. August 2000 klarstellte, dass die Stiftungsaufsicht keine Aufsicht über das Vereinsvermögen habe.

Auf rechtlich nicht fassbare Vorwürfe ist eine Verteidigung nicht möglich. Dem Beschwerdeführer wurde bis zur Anklageerhebung unzulässigerweise die Einsicht in seine eigenen, beschlagnahmten Akten verweigert. In allen Verhören sagte er ohne Kenntnis der Befragungsthemen, ohne Kenntnis der Zielrichtung und ohne Kenntnis seiner Akten aus. Hausdurchsuchungen und Beschlagnahmungen erfolgten entgegen Art. 29 Abs. 2 BV ohne Begründung, so auch die Durchsuchung des Hauses des Beschwerdeführers, wo zahlreiche Beamte erfolglos nach veruntreuten Möbeln suchten. Ohne Anfangsverdacht wurden die Ermittlungen auf beliebige Bereiche ausgedehnt (so z.B. auf das Nationalrats-Konto des Beschwerdeführers oder auf die vollständige Bauabrechnung des Schweizer Paraplegiker-Zentrums) und - da unergiebig - ohne Einstellungsverfügungen wieder fallen gelassen. Die von der Stiftungsaufsicht eingeschrieben an die Staatsanwaltschaft versandten Originalakten mit den Entlastungsbeweisen des Beschwerdeführers verschwanden in der Folge spurlos. Die Behörde verletzte die Unschuldsvermutung im Sinne von Art. 32 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziffer 2 EMRK, indem sie in Untersuchungen gegen den Beschwerdeführer, die im Sande verliefen - so u.a. in einem Verfahren wegen Geldwäscherei - die Einstellung damit begründete, dass "die strafbare Handlung für eine ohnehin zu erwartende Strafe nicht ins Gewicht falle". Beschlagnahmte Akten im Umfang von rund 65 Bundesordnern archivierte die Staatsanwaltschaft in ihrem Keller, wodurch diese samt den darin enthaltenen Entlastungsbeweisen der gerichtlichen Beurteilung entzogen blieben. So zum Beispiel hat die Untersuchungsbehörde ein Original-Dokument aus dem Jahr 1988 beschlagnahmt und mit

handschriftlichen Zeichen versehen, woraus das Appellationsgericht in der Berufungsverhandlung ein Schuldindiz gegen den Beschwerdeführer ableiten wollte. Nur aufgrund der Akteneinsicht der Verteidigung in die Kellerakten konnte in diesem Punkt noch rechtzeitig vor Urteilsfällung bewiesen werden, dass das angebliche Schuldindiz auf einen Verfahrensfehler der Untersuchungsbehörde über 12 Jahre nach Entstehung dieses Beweismittels zurückzuführen war. Schliesslich wurden in der Anklage mehrere Vorwürfe erhoben, ohne die massgeblichen Belege überhaupt beizuziehen, sie zu studieren und sie dem Beschwerdeführer zur Stellungnahme vorzulegen.

Daraus ergibt sich, dass der Beschwerdeführer schon in der Untersuchung kein faires Verfahren im Sinne von Art. 6 Ziffer 1 EMRK erhielt.

Die Anklageschrift umfasste 15 Anklagepunkte. Im Allgemeinen Teil der Anklage findet sich ein Abschnitt "Wirtschaftliche Einheit von Stiftung und Gönnervereinigung", wo es im Wesentlichen heisst, ein Schaden des Vereins sei immer auch ein Schaden der Stiftung, denn wegen der finanziellen Abhängigkeit der Stiftung sei unerheblich, in wessen Eigentum die von den eingeklagten Handlungen betroffenen Vermögenswerte stünden. Welche Bestimmungen auf welche Anklagesachverhalte anwendbar sein sollten, wurde nicht mitgeteilt, anstelle der vorgeschriebenen Schilderung mit möglichst genauer Bezeichnung von Zeit und Ort wurden mehrfach pauschale Zeitperioden von 7 und 8 Jahren genannt, teils fehlte die Umschreibung von konkreten Pflichtwidrigkeiten oder andere Tatbestandselemente.

Ungeachtet dieser Mängel sind sowohl Strafgericht als auch Appellationsgericht vollumfänglich auf die Anklageschrift eingetreten. In Verkennung der zivilrechtlichen Normierungen gingen beide Instanzen von einer Wirtschaftlichen Einheit aus und massen dieser strafrechtliche Bedeutung bei. Entgegen Art. 1 StGB und Art. 7 EMRK leiteten sie daraus zum Nachteil des Beschwerdeführers strafrechtliche Konsequenzen ab. Dabei gingen sie wie Zivilrichter vor, welche verpflichtet sind, Gesetzeslücken rechtsschöpferisch zu füllen. Ohne Annahme dieser neuen Rechtsfigur wäre der Anklage der Boden entzogen worden. In den beiden Anklagepunkten, in welchen die Wirtschaftliche Einheit keine Rolle spielt, verliess die Vorinstanz wegen offensichtlicher Nichterfüllung der eingeklagten Sachverhalte den Boden der Anklage und prüfte ein nicht eingeklagtes Aliud.

Die Vorinstanz hat Beweisanträge zu erheblichen Sachverhalten teilweise stillschweigend übergangen, teilweise abgewiesen und die vorliegenden Beweise willkürlich gewürdigt. Ihr Urteil beruht auch auf unrichtiger Rechtsanwendung.

Aus diesen Gründen wird sowohl eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde als auch staatsrechtliche Beschwerde erhoben.

## V. Die Beschwerdegründe im Einzelnen

### 1. **Wirtschaftliche Einheit von Stiftung und Verein verletzt Art. 1 StGB, Art. 7 EMRK und Art. 15 Abs. 1 UNO-Pakt II** **Falsche Rechtsanwendung zivilrechtlicher Vorfragen**

#### 1.1 Ausgangslage

Unter dem Titel "Wirtschaftliche Einheit von Stiftung und Gönnervereinigung" anerkennen das angefochtene Urteil und die Anklage zwar, dass Stiftung und Gönnervereinigung verschiedene juristische Personen mit getrennter Buchführung seien. In Bezug auf den strafrechtlichen Schutz des Vermögens sollen sie aber eine Wirtschaftliche Einheit bilden, mit strafrechtlich relevanten Konsequenzen für den Beschwerdeführer.

Damit sind erste und zweite Instanz einer Anklage gefolgt, die erstmals in der Schweizer Strafjustiz die Bezeichnung Wirtschaftliche Einheit als strafrechtliche Rechtsfigur einführen will. Dadurch soll das Vermögen der einen juristischen Person zugunsten der anderen strafrechtlich geschützt werden, obwohl zwischen diesen keine zivilrechtlichen Ansprüche bestehen und auch kein Beteiligungs- oder Unterordnungsverhältnis im Sinne eines Konzerns. Das angefochtene Urteil meint, dass gestützt auf die Wirtschaftliche Einheit jede Vermögensverwendung des Vereins, die nicht zugunsten der Stiftung erfolgt, automatisch einen Schaden der Stiftung und eine Straftat der handelnden Organe - bzw. hier gar nur des Geschäftsführers - begründe.

Ohne das Abstellen auf die Wirtschaftliche Einheit wäre der Anklage der Boden weitestgehend entzogen, namentlich auch hinsichtlich den vor Vorinstanz streitigen Anklageziffern 1 und 3.2 sowie 4 und 5, wovon jetzt noch Ziffer 1 und 3.2 offen sind und hinsichtlich Ziffern 4 und 5 eine Kostenbeschwer besteht.

#### 1.2.1 Richterliche Lückenfüllung im Strafrecht verletzt das Legalitätsprinzip

Fragen des Vermögensstrafrechts entscheiden sich häufig auf Grund von Antworten auf sogenannte zivilrechtliche Vorfragen, die aber effektiv die Kernfragen des Falles bilden. Denn wo zivilrechtliche Verhältnisse die Lebensvorgänge regeln, erhebt sich sofort die Frage nach dem Grundsatz der *Subsidiarität des Strafrechts* (Arthur Kaufmann, Subsidiaritätsprinzip und Strafrecht, in: Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag, Berlin 1974, S. 85 ff., 93). Was zivilrechtlich wirksam und gültig ist, kann niemals Grundlage einer strafrechtlichen Reaktion sein (Karl Peters, Die Begrenzung des Strafrechts bei zivilrechtlichen Verhältnissen als materiellrechtliches und prozessrechtliches Problem, in: Festschrift für Eberhard Schmidt, Göttingen 1961, S. 496). Erst wenn etwas zivilrechtlich unkorrekt

ist, stellt sich die Frage nach strafrechtlichem Unrecht. Wo Freiheit besteht, bleibt kein Raum für eine pflichtwidrige Handlung (Peter Popp, Vertragsverletzung als strafbare Untreue, ZBJV 1993, 283 ff., 289). Die durch das Strafrecht geschützten Interessen sind *Rechtsgüter*, nämlich Rechtsgüter Einzelner oder der Gesellschaft (Franz von Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 22. Auflage, Berlin 1919, S. 4). Des strafrechtlichen Schutzes teilhaftig werden solche Rechtsgüter nur, wenn sie verletzt werden. In allen Rechtsgebieten tritt das Strafrecht ergänzend und sichernd hinzu (Franz von Liszt, Zur sekundären, komplementären Natur des Strafrechts, a.a.O., S. 8). Nur bei erheblichen Rechtsbrüchen greift das Strafrecht ein (Hans-Heinrich Jeschek, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, Berlin 1969, S. 2; so schon in Akten, S. 2623 und 2629). In der neusten Lehre wird auch von SCHUBARTH festgehalten, das Strafrecht sei in diesem Sinne zivilrechtsakzessorisch (Schubarth, Konzernstrafrecht, SZW 3/2006, S. 161 ff.). Was zivilrechtlich zulässig ist, kann nicht strafbar sein.

Diese Selbstverständlichkeit entspringt dem Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung. Bisher kam sie im Strafgesetzbuch etwas verunglückt nur in Art. 32 StGB als Rechtfertigungsgrund zum Ausdruck. Ab 1. Januar 2007 wird zulässiges und zivilrechtlich erlaubtes Verhalten in Art. 14 nStGB ausdrücklich als rechtmässig anerkannt. Eine Bestrafung wegen zivilrechtlich zulässigen Verhalten wird damit ausgeschlossen. Anders vorgehen hiesse, Art. 1 StGB, Art. 7 EMRK und Art. 15 Abs. 1 UNO-Pakt II zu missachten.

So entscheidet das Zivilrecht, welches Vermögen welchem Rechtsträger gehört. Wie über einen bestimmten Vermögenswert verfügt werden darf, hängt zunächst von der Frage ab, wer diesbezüglich Treugeber oder Geschäftsherr und zivilrechtlich befugt ist, für dessen Verwendung Weisungen zu erlassen oder Pflichten aufzuerlegen. Das Zivilrecht entscheidet vor allem auch, ob und wem allenfalls ein Schaden im Rechtssinne entsteht. **[Diese Ausführungen gehen insgesamt an der Sache vorbei: BGer-Urteil 6S.415/2006, E. 13.1]**

#### 1.2.2 Richterliche Lückenfüllung durch Strafrichter verletzt das Bestimmtheitsgebot

Zivilrechtliche Regeln sind somit auch massgebend, wenn es um die Frage geht, ob innerhalb eines Konzerns eine strafbare Handlung gegen das Vermögen begangen wurde (Schubarth, Konzernstrafrecht a.a.O., S. 161). Von Konzern spricht man, wenn eine Gesellschaft eine oder mehrere Gesellschaften unter einheitlicher Leitung zusammenfasst. In jedem Fall werden vom Konzern nur Unter- oder Beteiligungsgesellschaften erfasst. Während der aktienrechtliche Einzelabschluss dem Gläubigerschutzprinzip verhaftet ist, orientieren sich Konzernrechnungen an den Informationsbedürfnissen der Investoren und sollen ein getreues Bild der wirtschaftlichen Lage der gesamten Gruppe ergeben (Kren Kostkiewicz/Bertschinger/Breitschmid/Schwander, Kommentar OR, 2002, zu Art. 663e OR).

Wie SCHUBARTH zu Recht festhält, stösst man aus strafrechtlicher Sicht beim Konzern auf das Problem, dass dieser in seiner rechtlichen Ausgestaltung ein diffuses Gebilde ist. Vielfach fehlen rechtliche Regeln, die für den Konzern oder im Konzern sagen, was gilt oder gelten soll. Die Schweiz verfügt nicht über ein eigentliches Konzernrecht, sondern nur über Einzelbestimmungen (vgl. Art. 663e OR). Somit kann man bloss über die rechtlichen Aspekte dieses wirtschaftlichen Phänomens diskutieren, wie die Zivilrechtsdoktrin, die nach "juristisch einigermassen vertretbaren Auswegen" sucht (Schubarth, a.a.O., mit Hinweisen). Kommt es zum Streit, ist der Zivilrichter gehalten, eine vertretbare Lösung zu finden auf Fragen, die der Gesetzgeber nicht beantwortet. Der Zivilrichter soll gemäss Art. 1 Abs. 2 ZGB rechtsschöpferisch tätig werden: "Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll das Gericht nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die es als Gesetzgeber aufstellen würde." Der Zivilrichter kann und darf den Entwicklungen des Wirtschaftsleben gerecht werden und Streitfragen entscheiden, wenn z.B. neue Innominatverträge entstehen. In diesen Fällen wird er gegebenenfalls nach neu entwickelten Regeln Recht sprechen.

Da der Zivilrichter rechtsschöpferisch tätig werden soll, liegt die Gefahr nahe, dass auch der Strafrichter rechtsschöpferisch tätig werden will, um eine ihm von der Anklage gestellte und vom Gesetzgeber nicht geregelte Frage zu beantworten. Im Strafrecht gilt aber nicht Art. 1 Abs. 2 ZGB, sondern Art. 1 StGB, der sagt: Strafbar ist nur, wer eine Tat begeht, die das Gesetz ausdrücklich mit Strafe bedroht. Dem Strafrichter ist daher versagt, als Ersatzgesetzgeber ein Verhalten als strafbar zu bezeichnen, das der Gesetzgeber nicht als verboten umschrieben hat. Diese grundlegende Bestimmung - bekannt als "nulla poena sine lege" - ist auch als Menschenrecht in Art. 7 EMRK eingegangen. Als Bestandteil des Legalitätsprinzips ist das Bestimmtheitsgebot (nulla poena sine lege certa oder nullum crimen sine lege stricta) allgemein anerkannt. Eine Lückenfüllung des Strafrichters im Sinne einer schuldbegründenden "Rechtsschöpfung" ist daher gesetz- und konventionswidrig. Dem Strafrichter ist somit nicht gestattet, zivilrechtliche Vorfragen lückenfüllend zu entscheiden, um auf solcher Grundlage Schuld und Strafe abzuleiten. Was der Gesetzgeber nicht oder nicht hinreichend bestimmt verbietet, muss für den Strafrichter zur Straflosigkeit führen. SCHUBARTH drückte das für das Konzernstrafrecht wie folgt aus: Die Bestrafung eines Verhaltens, das sich in dem zivilrechtlich nicht geregelten "Konzernrecht" bewege, kommt wegen des Bestimmtheitsgrundsatzes "nullum crimen sine lege stricta" nicht in Betracht, im Strafrecht gebe es keine "Innominatverbrechen" (a.a.O., S. 162 und 163).

Nur dann, wenn sich die zivilrechtlich relevante Vorfrage klar im Sinne einer *Rechtswidrigkeit* beantworten lässt, kommt Strafbarkeit überhaupt in Betracht. Was ein vermögensrechtlicher Schaden ist, bestimmt sich nach Zivilrecht; was zum Vermögen gehört, ebenfalls. Rechtsansprüche, die zum Vermögen zählen, müssen auf einer Rechtsgrundlage beruhen (Gesetz, Vertrag, Statuten etc.). Es ist dem Strafrichter verwehrt, von diesen Begriffen abzuweichen und seinerseits neue Kategorien des Schadens, des Vermögens oder der Begründung von Rechtsansprüchen zu schaffen und diesen strafrechtlichen Schutz zu gewähren. Sind die für die Frage der Strafbarkeit entscheidenden

zivilrechtlichen Vorfragen nicht im Sinne einer klaren Unzulässigkeit geregelt oder ist deren Zulässigkeit nur schon strittig, so liegt kein hinreichend bestimmtes Strafgesetz vor und Art. 1 StGB bzw. Art. 7 EMRK und Art. 15 Abs. 1 UNO-Pakt II greifen ein. **[Diese Ausführungen gehen insgesamt an der Sache vorbei: BGer-Urteil 6S.415/2006, E. 13.1]**

### 1.2.3 Richterliche Lückenfüllung durch Strafrichter verletzt das Rückwirkungsverbot

Nimmt der Strafrichter in Abweichung der vorgenannten Grundsätze vorfrageweise eine zivilrechtliche Lückenfüllung in dem Sinne vor, dass er wie ein zivilrechtlich nicht oder nicht klar geregelte Fragen selbst entscheidet und aus diesen zum Nachteil eines Rechtsunterworfenen strafrechtliche Folgen ableitet, so verletzt er nicht nur Art. 1 StGB, sondern auch Art. 2 Abs. 1 StGB; ein solches Vorgehen verstösst gegen einen weiteren grundlegenden Aspekt des Legalitätsprinzips, das *Rückwirkungsverbot*. Das Rückwirkungsverbot ist nicht nur in Art. 2 Abs. 1 StGB, sondern auch in Art. 7 EMRK und Art. 15 Abs. 1 UNO-Pakt II verankert.

Somit ist nachfolgend danach zu fragen, auf welche zivilrechtlichen Grundlagen sich die von Anklage und erst- und zweitinstanzlichem Urteil angenommene Wirtschaftliche Einheit absützt. Dafür ist vorerst ein Blick darauf zu werfen, welche Auswirkungen sie dieser Wirtschaftlichen Einheit zukommen lassen. **[Diese Ausführungen gehen insgesamt an der Sache vorbei: BGer-Urteil 6S.415/2006, E. 13.1]**

### 1.3. Angenommene Rechtsfolgen aus Wirtschaftlicher Einheit

#### 1.3.1 Wirtschaftliche Einheit zwischen SPS und GöV in der Anklageschrift

Die Anklage meint, wegen finanzieller Abhängigkeit der Stiftung von der Gönnervereinigung würden diese eine Wirtschaftliche Einheit bilden mit der Folge, dass sich die angeklagten Geschäftsführungshandlungen des Beschwerdeführers, unabhängig davon, in wessen Eigentum die betroffenen Vermögenswerte standen, letztlich zum Nachteil der Stiftung ausgewirkt hätten (Anklage Ziffer A.3, Akten S. 2142 f.). Sie hält daher Stiftungsrecht, Stiftungsrichtlinien und Stiftungsratsbeschlüsse auch bei der Verwendung von Vereinsvermögen für massgebend (Anklage Ziffern B.4, B.5 und B.11) und spricht dem Verein das Recht ab, sein eigenes Vermögen aufgrund von Beschlüssen des Vereinsvorstandes zu verwenden, mit rechtlich verbindlicher Wirkung die Jahresrechnungen zu genehmigen und seinem Vorstand Décharge zu erteilen. Sie hält die wiederkehrend gefällten Vereinsbeschlüsse rückwirkend für unerheblich und rechnet sämtliche angeklagten Auslagen des Vereins dem Beschwerdeführer als Vermögensdelikt und der Stiftung in vollem Ausmass als Schaden an (Anklage Ziffer B.1, B.2, B.3.1, B.3.2, B.3.3, B.4, B.5, B.6 und B.11, Akten S. 2146-2163). Somit soll die Wirtschaftliche Einheit zur Folge haben, dass freiwillige und auch unfreiwillige Vermögensverwendungen und Vermögensverminderungen des Vereins, die bei ihm selbst

infolge Zustimmung keinen Schaden im Rechtssinne bilden können, bei der Stiftung zu einem Schaden (in gleicher Höhe) führen. Damit kreiert die Anklage eine neue Form von Obligation zugunsten der Stiftung kraft Wirtschaftlicher Einheit, die neben die anerkannten Formen der Entstehung aus Vertrag, aus unerlaubter Handlung etc. treten soll.

### 1.3.2 Wirtschaftliche Einheit zwischen SPS und GöV im erstinstanzlichen Urteil

Der Anklage folgend erachtete das Strafgericht Basel-Stadt die Annahme der Wirtschaftlichen Einheit im Sinne der Anklage als zutreffend (Akten S. 2496 Abs. 3 unten). Seinerseits ging es zwar kurz auf den Willen des Vereins bzw. auf die Bedeutung der Beschlüsse der Mitgliederversammlung ein. Es hielt diese aber für unerheblich, weil die Vereinsversammlung "keine wirksame Kontrolle" über das Vorgehen des geschäftsführenden Organs und die Verwendung der Mittel ausüben könne. Gemäss Vereinsstatuten finde nur alle drei Jahre eine Mitgliederversammlung statt, für die sich trotz schriftlicher Einladung in der Zeitschrift Paraplegie jeweils nur wenige Personen interessieren würden (erstinstanzliches Urteil, Akten S. 2492 unten). Damit ist indessen nicht begründet, weshalb den Vereinsbeschlüssen rückwirkend ihre Rechtswirkung abzusprechen sei. Zum Vermögensschaden hielt das erstinstanzliche Urteil fest, der bei der Stiftung eingetretene Schaden entspreche, wenn man sich die wirtschaftliche Abhängigkeit der SPS von der Gönnervereinigung vor Augen halte, der Höhe der bei der GöV eingetretenen Vermögenseinbusse (Akten S. 2512). Das heisst nichts anderes, als dass bei einer Wirtschaftlichen Einheit aus einem schädigenden Ereignis - zum Beispiel pflichtwidrige Handlung des Beschwerdeführers - ein doppelter Schaden entstünde, nämlich einmal beim Verein und einmal bei der Stiftung.

### 1.3.3 Wirtschaftliche Einheit zwischen SPS und GöV im angefochtenen Urteil

Das angefochtene Urteil schützt die Anklage sowie das erstinstanzliche Urteil und erachtet die Annahme einer Wirtschaftlichen Einheit zwischen GöV und SPS als mit dem Anklageprinzip und der Strafprozessordnung vereinbar, zivil- sowie strafrechtlich als zutreffend und vom Bewusstsein des Beschwerdeführers als umfasst (angefochtenes Urteil, S. 8; S. 9 f., S. S. 10-12, S. 12 ff., S. 17-23 ; S. 23 f.; S. 49-59). Es leitet aus der Wirtschaftlichen Einheit noch weitere Rechtsfolgen ab:

- Der Wille des Stiftungsrates sei klar gewesen. Weitere Leistungen der GöV an den Beschwerdeführer seien entgegen dessen Willen erfolgt, was pflichtwidrig sei (angefochtenes Urteil S. 65 Abs. 1).
- Bei einer Wirtschaftlichen Einheit regle ein Vertrag mit der Stiftung auch die Verhältnisse mit dem Verein. Auch könne man von vornherein nicht zwischen Gehaltszahlungen der Stiftung und der Gönnervereinigung unterscheiden (angefochtenes Urteil, S. 65 Abs. 1 unten).
- Die GöV habe ohne Zustimmung der SPS keinen eigenen Geschäftsführervertrag mit dem Beschwerdeführer abschliessen dürfen (angefochtenes Urteil S. 70 Abs. 1).

- Der Stiftungsrat hätte die Bezüge des Beschwerdeführers von der GöV absegnen müssen (angefochtenes Urteil S. 73 unten, S. 74 oben; S. 75 Abs. 2).
- Bei einer Wirtschaftlichen Einheit entstehe der Schaden bei derjenigen juristischen Person, welche zuerst für die Kosten aufkomme. Es komme nicht darauf an, wer am Ende belastet werde. Ein nachträglicher Ausgleich bzw. eine nachträgliche Belastung im Vermögen der GöV habe keine Auswirkungen auf die von der Stiftung beglichene Leistung (angefochtenes Urteil, S. 65 Abs. 3; S. 66 Abs. 1 unten).
- Eine Vermögensverschiebung innerhalb des Vereins (zum Hotel Engel, in die Wiesental AG) bewirkte wegen der Wirtschaftlichen Einheit einen Schaden in gleicher Höhe bei der Stiftung (angefochtenes Urteil, S.112 oben; S. 119 unten).
- Der Beschwerdeführer habe auch als Geschäftsführer der GöV die Pflicht gehabt, das ihm anvertraute Vermögen gemäss den aus dem Stiftungsrecht (Art. 84 Abs. 2 ZGB) abgeleiteten Grundsätzen der Sicherheit, Rendite, Risikoverteilung und Liquidität zu verwalten (angefochtenes Urteil S. 111 Abs. 1 unten).

Damit leitet das angefochtene Urteil erhebliche *Rechtsfolgen* aus der Wirtschaftlichen Einheit ab. In seinen Erwägungen kommt das allerdings nicht zum Ausdruck, wenn es sagt, die Wirtschaftliche Einheit im Sinne der Anklage sei eine wirtschaftliche und keine rechtliche Einheit (Urteil S. 50 Abs. 2). Zusammenfassend ist davon auszugehen, dass nach Auffassung im angefochtenen Urteil die Wirtschaftliche Einheit spätestens ab 1990 die Rechte der Stiftung bedeutend erweitert und die Vereinsautonomie gravierend eingeschränkt hätte, auf Kosten des Vereins. **[Die Wirtschaftliche Einheit hat offenkundig nicht die Bedeutung, die ihr der Beschwerdeführer beilegt: BGer-Urteil 6S.415/2006, E. 13.1]**

#### 1.3.3.1 Begründung der Annahme einer Wirtschaftlichen Einheit im angefochtenen Urteil

Das angefochtene Urteil erachtet die Annahme einer Wirtschaftlichen Einheit zwischen GöV und SPS als mit dem Anklageprinzip und der Strafprozessordnung vereinbar, zivil- sowie strafrechtlich als zutreffend und vom Bewusstsein des Beschwerdeführers als umfasst (angefochtenes Urteil, S. 8 Ziff. 3.1; S. 9 f. Ziff. 3.1.2; S. S. 10-12, Ziff. 3.2 und 3.3; S. 12 ff. Ziff. 3.4; S. 17-23 Ziff. 3.6; S. 23 f. Ziff. 3.7; S. 49-59, Ziff. 2.1-2.6).

Die Zulässigkeit der Annahme einer Wirtschaftlichen Einheit wird im angefochtenen Urteil wie folgt begründet:

Anerkannt wird, dass Stiftung und Verein zwei verschiedene juristische Personen mit jeweils eigener Organisation sind. Schon der Begriff "Wirtschaftliche Einheit" beinhaltet implizit, dass eben *keine rechtliche Einheit* bestehe. Es treffe zu, dass sich die Organe von Stiftung und Gönnervereinigung an ihre Kompetenzen gehalten hätten, indem sie jeweils nur über Belange der betreffenden juristischen

Person entschieden hätten. Insbesondere sei auch die Vereinsautonomie gewahrt worden. Im Stiftungsrat sei zwar allenfalls über Geschäfte der GöV diskutiert worden, es sei jedoch allseits unbestritten gewesen, dass dieser darüber keine Entscheidungsbefugnis besessen habe. Darauf habe nicht nur der Beschwerdeführer Wert gelegt. Auch andere Stiftungsräte hätten die Selbständigkeit der beiden Organisationen und die getrennten Zuständigkeiten der Organe immer wieder hervorgehoben (angefochtenes Urteil, S. 50 Ziff. 2.3).

Die Abgrenzung der Kompetenzen wie auch die rechtliche Selbständigkeit der beiden Organisationen seien nicht entscheidend. *Wesentlich sei, ob in wirtschaftlicher Hinsicht von einer Einheit gesprochen werden könne, so dass beide durch die eingeklagten Taten geschädigt sein könnten* (angefochtenes Urteil, S. 51 oben). *Diese Frage sei "nicht abstrakt nach personenrechtlichen Grundsätzen zu beantworten, sondern nach den konkreten Verhältnissen"* (Urteil S. 51 oben).

Der Begriff "Wirtschaftliche Einheit" sei schon in einem Bericht der ATAG aufgetaucht (angefochtenes Urteil, S. 51 Abs. 2 oben). Die ATAG habe in ihrem Bericht "sozusagen" von einer Wirtschaftlichen Einheit gesprochen und auch der Revisor Bähler habe diese "ja eigentlich als ein Ganzes" bezeichnet. Diese Wahrnehmung sei auf die in finanzieller und personeller Hinsicht und der gemeinsamen Zielsetzung ausserordentlich engen Verflechtung und auf die bestehenden Abhängigkeiten zurückzuführen (angefochtenes Urteil, S. 51 Ziff. 2.4). Die Stiftung sei in hohem Masse von der Gönnervereinigung abhängig (angefochtenes Urteil, S. 51 Abs. 3), die Einnahmen der GöV würden zu einem grossen Teil der SPS weitergeleitet, wodurch die SPS wirtschaftlich völlig abhängig sei (angefochtenes Urteil, S. 52 Mitte). Diese gegenseitige Abhängigkeit ergebe sich auch aus den im Wesentlichen übereinstimmenden Statuten (angefochtenes Urteil, S. 53 Abs. 2 oben). Die untrennbare Verbindung zeige sich auch, indem gemäss Statuten eine Mehrheit des GöV-Vorstands Einsitz nehmen müsse in der Stiftung (angefochtenes Urteil S. 53 unten). Dies ziele darauf ab, dass die finanziellen Mittel der GöV in grösstmöglichem Umfang der Stiftung zu Gute kämen. Bei der Auflösung der GöV falle schliesslich auch deren Vermögen an die Stiftung (angefochtenes Urteil, S. 53 f.).

Aus all dem schliesst das angefochtene Urteil die Annahme, dass sich eine Vermögensverminderung bei der GöV auch bei der Stiftung ausgewirkt habe, erscheine als zutreffend (angefochtenes Urteil, S. 54 Abs. 1). Der nach Abzug des Aufwands verbleibende Ertrag der GöV sei zur Förderung der Stiftung bestimmt gewesen (angefochtenes Urteil, S. 54 Abs. 1).

Die Vereinsmitglieder hätten ihren Beitrag nicht geleistet im Wissen, dass dieser der Gönnervereinigung zukomme. Die Stiftung habe diesen empfangen und auch den Gönner-Ausweis für die Mitglieder "ausgestellt". Somit sei sie den Vereinsmitgliedern als für sie massgebliche Organisation gegenüber getreten. Daher sei die Zahlung des Mitgliederbeitrags in der Überzeugung erfolgt, damit die Sache der Stiftung zu unterstützen (angefochtenes Urteil S. 55 unten). Es sei eine konsolidierte Rechnung erstellt worden (angefochtenes Urteil, S. 56 oben). Auch wenn die Paraplegiker-Organisation nicht als Konzern anzusehen sei, so spreche die Erstellung einer konsolidierten

Rechnung für das Vorliegen einer Wirtschaftlichen Einheit. Sämtliche Eingänge auch der GöV seien auf das Stiftungskonto geflossen. Umgekehrt habe die Stiftung fast alle Zahlungen für Aufwendungen der GöV geleistet (angefochtenes Urteil, S. 56 Mitte). Der Beschwerdeführer selbst müsse von einer Wirtschaftlichen Einheit ausgegangen sein in dem Sinne, dass es keine Rolle spiele, welche der beiden Rechnungen, SPS oder GöV, belastet worden sei (S. 56 unten). Alle Mitarbeiter seien von der Stiftung angestellt gewesen und von dieser bezahlt worden, obwohl sie auch für die GöV gearbeitet hätten (angefochtenes Urteil, S. 57 Abs. 2 oben). Das sei nur möglich, weil eben "aufgrund der identischen Zweckbestimmung und der gemeinsamen Verfolgung dieses Zweckes eine Wirtschaftliche Einheit" bestanden habe (angefochtenes Urteil, S. 57 Abs. 2 unten). Daran ändere nichts, dass ein buchhalterischer Ausgleich erfolgt sei, indem der GöV anteilmässig die Löhne und die sonstigen Aufwendungen belastet und die Einnahmen gutgeschrieben worden seien. Das sei eine blosser Folge der Buchführungspflicht. Massgeblich sei, dass fast alle Ein- und Auszahlungen über die Konti der Stiftung abgewickelt worden seien. Ein solches Vorgehen setze voraus, dass es keine Rolle spielte, bei welcher juristischen Person sich die finanziellen Mittel befanden, weil eben in wirtschaftlicher Hinsicht eine Einheit bestand (angefochtenes Urteil, S. 57 Ziff. 2.4.5). Da die Stiftung die jeweiligen Beträge ab ihren Konti bezahlt habe, habe sie rechtlich gesehen aus eigenen Mitteln geleistet und keineswegs finanzielle Mittel der Gönnervereinigung instruktionsgemäss weitergeleitet, wie der Beschwerdeführer einwende (Urteil S. 66 oben). Der Beschwerdeführer sei aufgrund seiner Funktion als Delegierter des Stiftungsrats und Geschäftsführer der Stiftung dazu verpflichtet gewesen, "deren Vermögenswerte in ihrem Bestand zu erhalten und so zu verwalten, dass sie entsprechend dem Stiftungszweck verwendet werden konnten" (angefochtenes Urteil S. 79 Abs. 2 und S. 81 Abs. 1).

#### 1.3.3.2.1 Verurteilung wegen Gehaltsbezügen von GöV

Gestützt auf seine Annahme einer Wirtschaftlichen Einheit verurteilte die Vorinstanz den Beschwerdeführer gemäss Anklage Ziffer B.1 wegen Lohnbezügen, die er für seine Arbeit als Geschäftsführer der GöV aus dem Vermögen der GöV erhalten hat, weil dies in seinem Vertrag mit der Stiftung vom 16. Oktober 1980 nicht vorgesehen sei bzw. weil die beiden Gehälter in der Summe das übersteigen, was die Stiftung ihm 1980 für die Geschäftsführung der Stiftung allein bezahlen wollte. Da die gesamte Summe ab Stiftungskonto bezahlt und der GöV-Anteil der GöV erst später belastet worden sei, da die Stiftung vom GöV-Gehalt nichts gewusst und dieses nicht genehmigt habe, habe der Beschwerdeführer mit dem Bezug des GöV-Gehaltes der Stiftung pflichtwidrig einen Schaden zugefügt (angefochtenes Urteil, S. 66). **[In AS B.1 verurteilt, weil mündliche Vereinbarung nicht abgeschlossen worden ist, und nicht wegen Wirtschaftlicher Einheit: BGer-Urteil 6S.415/2006, E. 13.3B]**

### 1.3.3.2.2 Verurteilung wegen von GöV übernommenen Mietnebenkosten

Ebenso hiess die Vorinstanz gestützt auf die Wirtschaftliche Einheit den Anklagevorwurf Ziffer B.3.2 wegen Veruntreuung gut, wonach der Beschwerdeführer zum Schaden der Stiftung veranlasst habe, dass die GöV - angeblich ohne gültige Vereinbarung - aus deren Mitteln Nebenkosten für ihre eigene Liegenschaft Mühlegasse 19 in Zofingen bezahlt habe. Wegen der Wirtschaftlichen Einheit sei, wenn von der Stiftung die Rede sei, immer auch die GöV gemeint (Anklage Ziffer B.3.2.; angefochtenes Urteil S. 19 Abs. 2 und S. 85 ff.). Auch hier anerkannte das angefochtene Urteil wegen der Wirtschaftlichen Einheit eine Schädigung der Stiftung, obwohl die fraglichen Vermögenswerte nur das Vermögen der GöV tangierten, ebenso wie die angebliche Pflichtverletzung. **[In AS B.3.2 verurteilt, weil mündliche Vereinbarung nicht abgeschlossen worden ist, und nicht wegen Wirtschaftlicher Einheit: BGer-Urteil 6S.415/2006, E. 13.3C]**

### 1.3.3.2.3 Kostenbeschwer im Falle von GöV-Projekten Hotel Engel und Wiesental AG

Nachteilige Rechtsfolgen wurden aus der Wirtschaftlichen Einheit auch im Zusammenhang mit den Anklagevorwürfen Ziffer B.4 (Hotel Engel, Dornach) und Ziffer B.5 (Wiesental AG, Herisau) hergeleitet: Die Anklage behauptete, der Beschwerdeführer habe das Vermögen der GöV zum Schaden der Stiftung pflichtwidrig in das Hotel Engel der GöV bzw. in die Wiesental AG (eine 100%ige Tochter der GöV) investiert, weil er die Anlagerichtlinien der Stiftung von 1988 und den Stiftungsratsbeschluss von 1991 (Engel) bzw. von 1990 und 1991 für Stiftungsimmobilien missachtet habe (Anklage S. 2157 und 2158). Das erstinstanzliche Urteil stellte nicht auf die als Pflichtwidrigkeit vorgeworfene Verletzung von Anlagerichtlinien der Stiftung und Beschlüsse des Stiftungsrats ab, sondern erachtete die Anlagegrundsätze des Stiftungsrechts - abgeleitet aus Art. 84 Abs. 2 ZGB - für verletzt (Akten S. 2489, 2509, 2515) und die Stiftung für geschädigt, und zwar "in gleicher Höhe wie die GöV" (Akten S. 2512 unten, S. 2513, S. 2519 unten). Gestützt auf die Annahme einer Wirtschaftlichen Einheit hatte das Strafgericht daher die Anklagevorwürfe Ziffer B.4 (Hotel Engel) und Ziffer B.5 (Wiesental AG, Herisau) gutgeheissen und eine ungetreue Geschäftsbesorgung angenommen. Das angefochtene Urteil hob diese Schuldsprüche zwar auf, aber nur in subjektiver Hinsicht. In objektiver Hinsicht hielt auch das Appellationsgericht in beiden Fällen den objektiven Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung für erfüllt (ev. aus Urteil noch bessere Stelle). Aufgrund der Wirtschaftlichen Einheit von SPS und GöV habe *der mit der Stiftung aufs Engste verbundene Verein nach den für die Stiftung geltenden Grundsätzen* - also nach Stiftungsrecht - geführt werden müssen. Im Übrigen sei in objektiver Hinsicht auf das erstinstanzliche Urteil zu verweisen (angefochtenes Urteil, S. 110).

#### 1.4 Zivilrechtliche Behandlung von SPS und Gönnervereinigung

Das angefochtene Urteil anerkennt zwar, dass Stiftung und Verein unterschiedliche und eigenständige juristische Personen sind. Es misst aber dem Umstand entscheidende Bedeutung zu, dass sie sich diese aufgrund ihrer identischen Zwecksetzung und der Verfolgung gleicher Ziele organisatorisch miteinander verbunden haben. Dies rechtfertigte die Annahme einer Wirtschaftlichen Einheit, was rückwirkend Rechtsfolgen zum Nachteil des Beschwerdeführers haben soll.

Dies ist näher zu untersuchen.

##### 1.4.1 Selbständigkeit der juristischen Person als Regel

Das Bundesgericht geht in konstanter Praxis von der Selbständigkeit der juristischen Personen aus, die es zu beachten gilt. Einzige Ausnahme bildet der Fall, in welchem die Selbständigkeit rechtsmissbräuchlich, entgegen Treu und Glauben, geltend gemacht wird (BGE 113 II 36 E. 2c). SPS und GöV sind unterschiedliche und eigenständige juristische Personen. Für die SPS gilt Stiftungsrecht, für die GöV Vereinsrecht. Dies ergibt sich aus dem Grundsatz des *numerus clausus* der gesetzlichen Formen von juristischen Personen und dem Verbot der Vermischung derselben im schweizerischen Privatrecht (Riemer, a.a.O., S. 134, Rdn. 318).

Auch nach den Feststellungen des angefochtenen Urteils sind Stiftung und Gönnervereinigung selbständige juristische Personen (angefochtenes Urteil, S. 50 Abs. 2 oben). Die Abgrenzung der Kompetenzen wie auch die rechtliche Selbständigkeit von Stiftung und Gönnervereinigung an sich soll jedoch für die hier strittige Frage gar nicht entscheidend sein. Wesentlich sei hier vielmehr, ob in wirtschaftlicher Hinsicht von einer Einheit gesprochen werden könne, so dass beide Organisationen durch die in der Anklage geschilderten Taten geschädigt sein könnten. Diese Frage sei nicht abstrakt nach personenrechtlichen Grundsätzen zu beantworten, sondern nach den konkreten Verhältnissen (angefochtenes Urteil S. 51 oben). Die Annahme einer Wirtschaftlichen Einheit soll dazu führen, die Selbständigkeit der juristischen Person in den eingeklagten Sachverhalten zum Nachteil des Beschwerdeführers aufzuheben.

In seinen oben zitierten Erwägungen geht das angefochtene Urteil davon aus, die Vereinsmitglieder hätten gar nicht gemerkt, dass sie ihren Mitgliederbeitrag, der ihnen u.a. den Anspruch auf 150'000.- Franken bei unfallbedingter Paraplegie sichert, an den Verein bezahlt hätten. Auch auf dem Gönnerausweis sei ihnen die Stiftung "als Ausstellerin" entgegengetreten. Mit diesen Überlegungen spielt das Urteil auf Sachverhalte an, wie sie im Rahmen der von der Rechtsprechung entwickelten *Haftung aus erwecktem Konzernvertrauen* bekannt sind. Ein solcher Fall würde es erlauben, die Selbständigkeit einer juristischen Person im Einzelfall aufzuheben. Wenn das Urteil weiter ausführt, es habe eine Vermischung der Sphären und der Vermögen von Stiftung und Verein stattgefunden, so zielt

es in Richtung eines *Durchgriffs*, der bei Missbrauchstatbeständen ebenfalls ausnahmsweise die Aufhebung der Selbständigkeit der juristischen Person erlaubt.

Das angefochtene Urteil behauptet selber aber nirgends, in casu sei die Konstellation einer Haftung aus erwecktem Konzernvertrauen gegeben oder es liege ein Durchgriffsfall wegen Rechtsmissbrauchs vor. Es behauptet nur das Vorliegen einer Wirtschaftlichen Einheit, leitet daraus aber viel weitreichende Folgen zulasten des Beschwerdeführers ab. **[Diese Ausführungen gehen insgesamt an der Sache vorbei: [BGer-Urteil 6S.415/2006, E. 13.1](#)]**

#### 1.4.2 Aufhebung der Selbständigkeit bei Haftung aus erwecktem Konzernvertrauen

Auf der Grundlage der Haftung für culpa in contrahendo hat das Bundesgericht eine Haftung aus erwecktem Konzernvertrauen entwickelt. Die Muttergesellschaft haftet für den Schaden, welchem dem Dritten aus der treuwidrigen Enttäuschung der hinreichend konkreten und bestimmten Erwartungen erwächst (BGE 120 II 331: Haftung der Muttergesellschaft für den geschaffenen Vertrauenstatbestand bezüglich Bonität, Zuverlässigkeit und Vertrauenswürdigkeit im Geschäftsgebaren der Tochtergesellschaft). Insofern ist die Vertrauenshaftung im Gegensatz zum Durchgriff kein Einstehen für fremde Schulden, sondern *Haftung für das eigene treuwidrige Verhalten* (BSK - OR II-Baudenbacher, vor Art. 620 N 23). Das Bundesgericht hat diese Rechtsprechung weiter entwickelt und in BGE 124 III 297 präzisiert, dass eine Haftung der Muttergesellschaft aus unerlaubtem Verhalten von Doppelorganen Widerrechtlichkeit oder zumindest Sittenwidrigkeit voraussetze. Die Widerrechtlichkeit von Unterlassungen lasse sich weder aus dem Gefahrensatz noch aus Art. 2 ZGB ableiten. Sittenwidrigkeit komme nur ausnahmsweise in Betracht. Allgemeine Hinweise auf eine bestehende Konzernverbindung würden keine Vertrauenshaftung der Muttergesellschaft begründen. Schutzwürdiges Vertrauen würde ein Verhalten der Muttergesellschaft voraussetzen, das geeignet sei, hinreichend konkrete und bestimmte Erwartungen zu wecken.

Die Einbindung einer juristischen Person in einen Konzern befreit die Verwaltung nicht von der Pflicht, die Pflichten gegenüber der eigenen Gesellschaft wahrzunehmen. Bei Pflichtenkollision hat die Tochtergesellschaft die Geschäfte im eigenen Interesse zu leiten und nicht in dem der Unternehmensgruppe: Der Geschäftsführer begeht eine Sorgfaltspflichtverletzung, wenn er Weisungen der Konzernleitung nachkommt, die den Pflichten gegenüber der eigenen Gesellschaft widersprechen (Art. 722 Abs. 1, 754 Abs. 1; BGE 108 Ib 37; 110 Ib 127, 132 f. = Pra 1984, 707 ff.) Die Praxis spricht gar von einem Widerstandsrecht bzw. einer Widerstandspflicht, wenn der Konzernbeherrscher seine Konzernleitung nur zu seinem eigenen Vorteil nutzt.

Wie das angefochtene Urteil gleich selber feststellt, liegt zwischen Stiftung und Verein kein Konzernverhältnis vor (angefochtenes Urteil S. 56). Die Natur der Rechtsform schliesst die für einen Konzern typischen Beteiligungs- oder Unterordnungsverhältnisse aus: Weder gehört der Verein der Stiftung noch die Stiftung dem Verein. Erst recht gehört keine von beiden dem Beschwerdeführer.

Auch wenn er beide Organisationen gegründet, präsiert und deren Geschäfte geführt hat, macht ihn dies nicht zur "Konzernmutter". Auch der Umstand, dass jede Organisation bei ihrer Auflösung in ihren Statuten die Übertragung ihres Vermögens auf die andere Organisation vorsieht (SB 28 HR Nr. 1.4, Art. 6 der GöV-Statuten; SB 28 HR Nr. 2.2, Art. 11 der Stiftungs-Statuten) und dass sie eng zusammenarbeiten, macht aus den beiden befreundeten Organisationen keine Schwestergesellschaften. Eine Haftung aus erwecktem Konzernvertrauen scheidet vor allem aber auch deshalb aus, weil vorliegend gar nicht behauptet wird, die Stiftung oder der Verein hätten gegenüber einem Dritten einen Schaden gesetzt, der bei diesen zu Haftungsansprüchen führen könnte. Schon gar nicht wird geltend gemacht, Stiftung oder Verein hätten treuwidrig gehandelt. Das angefochtene Urteil hat daher zu Recht die Aufhebung der rechtlichen Selbständigkeit der GöV nicht auf die Haftung aus erwecktem Konzernvertrauen abgestützt. **[Diese Ausführungen gehen insgesamt an der Sache vorbei: BGer-Urteil 6S.415/2006, E. 13.1]**

#### 1.4.3 Aufhebung der Selbständigkeit bei Rechtsmissbrauch mittels Durchgriff

Als zweite Möglichkeit, die Selbständigkeit der juristischen Person im Einzelfall aufzuheben, kommt der Durchgriff in Betracht. Ein Durchgriff wird vollzogen, wenn die Berufung auf die rechtliche Selbständigkeit der juristischen Person als missbräuchlich erscheint. Beim Durchgriff auf die juristisch selbständige Person als Schuldnerin ist stets ein Abhängigkeitsverhältnis vorausgesetzt. Abhängigkeit für sich allein genügt jedoch niemals für einen Durchgriff, sondern es müssen weitere Komponenten hinzukommen.

Gemäss BGE 85 II 111 liegt Rechtsmissbrauch im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB nicht stets vor, wenn jemand nicht gelten lassen will, dass die sogenannte Einmanngesellschaft und ihr Aktionär identisch seien. Da das Gesetz die Aktiengesellschaft auch dann, wenn alle Aktien in der gleichen Hand liegen, als juristische Person anerkennt, kann nicht die Tatsache allein, dass sie eine Einmanngesellschaft ist, die Berufung auf ihre rechtliche Selbständigkeit missbräuchlich machen. Das liefe darauf hinaus, die Einmanngesellschaft schlechthin abzulehnen. Art. 2 ZGB will jedoch die Bestimmungen des Zivilrechts nicht allgemein für bestimmte Arten von Fällen ausser Kraft setzen, sondern den Richter lediglich anweisen, besonderen Tatsachen Rechnung zu tragen, die nur dem einzelnen Falle eigen sind. Dafür bedarf es einer besonderen Rechtfertigung hinsichtlich der in Frage kommenden Einzelbestimmungen. Es müssen Umstände vorliegen, unter denen ausnahmsweise die Anwendung bestimmter Normen gegen Treu und Glauben verstiesse.

Das Bundesgericht hat im Hinblick auf die Gebote von Treu und Glauben über die rechtliche Selbständigkeit der Aktiengesellschaft z.B. in einem Falle hinweggesehen, wo der einzige Aktionär die Bankschuld der Gesellschaft verbürgt hatte und durch eine von ihm beherrschte andere Aktiengesellschaft später die Forderung gegen die Hauptschuldnerin hatte erwerben lassen, um sie gegen einen Mitbürgen geltend zu machen und diesen allenfalls wirtschaftlich vernichten zu können. Das Bundesgericht aberkannte die Forderung aus der Überlegung, ein Vorgehen, mit dem

ausschliesslich ein solcher Zweck verfolgt werde, verdiene keinen Rechtsschutz (BGE 81 II 455 ff.). Es wollte damit einer Machenschaft, zu der sich die Gläubigerin für ihren Hauptaktionär hingegeben hatte, den Riegel schieben. In einem anderen Falle hatten zwei Aktiengesellschaften, die von ein und demselben Aktionär beherrscht waren und die Rechte aus einem von ihm abgeschlossenen Kaufvertrag über ein Patent ausübten, nach Treu und Glauben auch für die Verpflichtungen aus diesem Verträge einzustehen, damit sie nicht umgangen werden könnten (BGE 71 II 272). Unter Rechtsmissbrauch fällt nach der Praxis auch das Vorschieben einer juristischen Person zur Vertrags- oder Gesetzesumgehung, z.B. zur Umgehung der Grundstückgewinnsteuer oder eines Vorkaufsrechts, wenn die Staatsangehörigkeit der hinter der Gesellschaft stehenden natürlichen Personen vertuscht werden soll, zur unerlaubten Haftungsbeschränkung etc.

Der Durchgriff geschieht im Zusammenhang mit dem *Einstehen für fremde Schulden* oder zur Durchsetzung von Gesetzen, deren Schutzzweck umgangen wird. Die Rechtsprechung lässt den Durchgriff aber immer nur in Fällen des *Rechtsmissbrauchs* im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB zu (BSK OR II-Baudenbacher, a.a.O., N 23).

Nach dem Gesagten lässt sich der vorliegende Fall auch nicht auf einen Durchgriff abstützen. Weder der Stiftung noch dem Verein werden Umgehungsgeschäfte oder ein anderes unlauteres Vorgehen zur Last gelegt. Es geht auch nicht darum, dass der Verein oder die Stiftung für eine fremde Schuld einzustehen hätten. Es gibt keinen Dritten, der eine klagbare, ungedeckte Forderung gegen den Verein oder die Stiftung geltend macht und dessen Ansprüche wegen rechtsmissbräuchlichen Verhaltens gefährdet wären, so dass er des Durchgriffs bedürfte. Der Verein hat auch nicht rechtsmissbräuchlich gehandelt, wenn er sein Vermögen verwendete, denn darin ist er frei, wenn - wie hier - der Stiftung für deren Bedürfnisse immer genügend Mittel zur Verfügung standen, worauf unten noch zurückzukommen ist. Das gilt erst recht, wenn er Mittel in rollstuhlgängige Pilotprojekte investierte, die zweckkonform waren, wie das Urteil selbst anerkennt (Urteil S. 115 Abs. 1, S. 119 oben). Wollte die Stiftung gleichwohl gegen den Verein eine Forderung geltend machen, weil dieser einen Teil seiner Mittel in eigene Projekte steckte statt sie der Stiftung zuzuwenden, so bedürfte die Stiftung keines Durchgriffs und keiner Durchbrechung der vereinsrechtlichen Strukturen. Sie könnte einfach klagen, müsste dafür allerdings einen rechtlich durchsetzbaren Anspruch nachweisen können.

Schliesslich lässt die Rechtsprechung einen Durchgriff zugunsten der juristischen Person gar nicht zu und hält es für stossend, in entsprechenden Fällen anstelle der rechtlichen auf eine wirtschaftliche Einheit abzustellen. Würde sich die SPS durch die Existenz von zwei unterschiedlichen juristischen Personen als verletzt sehen, so müsste sie ihren Vorwurf im Grunde genommen gegen sich selber richten (BGE 121 III 319, 321). Die Beteiligten haben aber die von ihnen selbst geschaffene Selbständigkeit der juristischen Person hinzunehmen (BGE 97 II 289, 293; 92 II 160, 164 ff.).

Das Appellationsgericht hat sich daher im angefochtenen Urteil zu Recht auch nicht auf einen Durchgriff berufen, als es den Beschwerdeführer wegen Vermögensdelikten verurteilte.

Es bleibt zu fragen, was aus der Annahme einer Wirtschaftlichen Einheit zwischen GöV und SPS als Grundlage der angefochtenen Schuldsprüche abzuleiten ist. **[Diese Ausführungen gehen insgesamt an der Sache vorbei: BGer-Urteil 6S.415/2006, E. 13.1]**

#### 1.4.4 Partielle Aufhebung der Selbständigkeit der GöV zum Nachteil des Beschwerdeführers?

Es ist unbestreitbar, dass GöV und SPS parallel gleiche Ziele verfolgen und dass sie dies mit grossem Erfolg tun. Es ist aktenkundig, dass sie die Kräfte zusammengespannt und die Administration organisatorisch so einfach wie möglich gehandhabt haben. Dies ist nicht aussergewöhnlich, sondern vernünftig.

SPS und GöV wirken zusammen wie gute Lebensgefährten: Die Frau wohnt im Haus des Mannes, benutzt - und alimentiert - sein Konto, sein Auto und sein Briefpapier. Wenn man bei diesem Paar eine Wirtschaftliche Einheit annehmen wollte hat dies keine rechtliche Konsequenzen. Als Zweitverdienerin kann die Frau putzen, waschen und kochen für den Mann. Sie kann den Gärtner mitbezahlen und Ende Monat oder Ende Jahr mit dem Mann abrechnen. Sie verliert dadurch weder ihre eigene Daseinsberechtigung noch das Verfügungsrecht über ihre Einkünfte. Sie darf ihr Geld ins Haus investieren oder im Casino verjubeln. Der Mann wird durch Letzteres wegen der Wirtschaftlichen Einheit nicht unmittelbar geschädigt. Er ist auch keineswegs berechtigt, gegen ihren Willen ihre Mittel anzutasten, auch wenn er dies als Kontoinhaber könnte: in dieser Hinsicht kann er mehr, als er darf - die Grundlage jedes Vertrauensverhältnisses. Der Frau und dem Mann bleiben ihre angestammten Rechte und Pflichten vollständig erhalten, sie bleiben, wer sie sind, selbst wenn an der Türglocke nur der Name des Mannes steht. Mittel der GöV auf SPS-Konto "gehören" rechtlich der GöV.

Mehr lässt sich auch bei SPS und GöV aus deren Zusammenwirken in rechtlicher Hinsicht nicht ableiten. Namentlich verschmilzt das Vermögen der GöV nicht mit demjenigen der Stiftung zu einer Einheit in dem Sinne, dass die Stiftung auf dem Umweg über die Wirtschaftliche Einheit nun Anspruch auf das Vereinsvermögen hätte oder dass der Beschwerdeführer als Geschäftsführer des Vereins sich von Beginn weg nach Stiftungs- und nicht nach Vereinsrecht hätte richten und die Weisungen und Beschlüsse des Vereins hätte missachten müssen. Wird zugunsten der juristischen Person ein Durchgriff von der Rechtsprechung nicht zugelassen, so ist nicht ersichtlich, auf welcher Grundlage die Wirtschaftliche Einheit an den zivilrechtlichen Regeln etwas zu ändern vermöchte. Somit muss es nach diesen Betrachtungen bei der Selbständigkeit von Stiftung und Verein bleiben. Für die Durchbrechung der Vereinsstrukturen und die Missachtung des seit 28 Jahren gelebten Vereinswillens bleibt nach dem Gesagten kein Raum.

Es bleibt zu fragen, was es mit dem weiteren Argument des angefochtenen Urteils auf sich hat, welches von Schaden der Stiftung spricht und dem Beschwerdeführer pauschal eine Gefährdung von

Stiftung und Verein vorwirft. **[Es ist strafrechtlich nicht relevant, ob das Vermögen der Gönnervereinigung oder jenes der Stiftung geschädigt worden ist: BGer-Urteil 6S.415/2006, E. 13.3A]**

#### 1.4.5 Keine Vermögensgefährdung der Stiftung

##### 1.4.5.1

Auch eng verbundene juristische Personen sind im Rahmen der Gesetze frei, sich zu organisieren. Selbst bei einer Mutter-Tochter-Beziehung steht es diesen Gesellschaften vertragsrechtlich frei, die Beträge, die z.B. die Tochter der Mutter für Leistungen entrichtet, nach ihrem Belieben festzulegen. Zu beachten sind nur die Gläubigerschutzinteressen und die aktienrechtlichen Schranken; sachlich nicht begründete Zahlungen der Tochter an die Mutter dürfen Gläubiger und Minderheitsaktionäre der Tochter nicht schädigen. Gehört die Tochter zu 100% der Mutter, so entfällt sogar die Notwendigkeit des Aktionärsschutzes. Übersetzte Zahlungen der Tochter an die Mutter sind daher so lange und in dem Masse zulässig, als Aktienkapital, Reserven und Gläubiger gedeckt sind. Wurde diesen Abmachungen seitens der Aktionäre zugestimmt, so ist die Gesellschaft nicht geschädigt (BGE 113 II 277; 111 II 182).

Im Strafrecht ist dafür das Präjudiz von BGE 117 IV 259 massgebend: Eine als verdeckte Gewinnausschüttung zu qualifizierende Vermögensdisposition des einzigen Verwaltungsrates auf Kosten der Einmannaktiengesellschaft ist nur dann pflichtwidrig und erfüllt den objektiven Tatbestand von Art. 159 aStGB, wenn das verbleibende Reinvermögen nicht mehr zur Deckung von Grundkapital und gebundenen Reserven ausreicht. Über den Überschuss kann also frei verfügt werden, das gesamte freie Eigenkapital ist grundsätzlich ausschüttbar (Schubarth, Konzernstrafrecht, a.a.O., S. 164). Die strafrechtliche Rechtsprechung orientiert sich am Zivilrecht und ist diesbezüglich zivilrechtsakzessorisch. Nach der Praxis zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit wird die Gesellschaft wie gesagt durch eine Handlung, der alle Gesellschafter zugestimmt haben, nicht geschädigt (BGE 113 II 277; 111 II 182, je mit Hinweisen; vgl. jetzt auch BGE 131 III 640 E. 4.2.3: Die Gesellschaft, die die Verletzung von Kapitalschutzvorschriften toleriert hat, kann sich nicht später auf die Verletzung dieser Vorschriften berufen). Nur die Gefährdung von Gläubigerinteressen muss ausgeschlossen sein.

Die Stiftung hat gegenüber dem Verein weder Gläubigerinteressen noch Beteiligungsrechte. Wie erwähnt haben dies schon am 25. Januar 2000 die Stiftungsaufsicht mit Orientierungskopie an die Strafverfolgungsbehörden des Kantons Basel-Stadt (Akten, S. 2886) und am 30. August 2000 der Bundesrat gegenüber dem Parlament ausdrücklich bestätigt: "In der Interpellation wird auch die Frage aufgeworfen, ob mittels Ausgliederung der Finanzbeschaffung in einen Verein die Stiftungsaufsicht unterlaufen werden könnte. Artikel 84 Absatz 2 ZGB überträgt der Stiftungsaufsicht nur eine Aufsichtsbefugnis bzw. eine Aufsichtspflicht über das Stiftungsvermögen. Die Behörde kann somit

keine Aufsicht über Vermögen ausüben, das nicht im Besitz der Stiftung ist. Das gilt insbesondere für das Vermögen eines die Stiftung finanzierenden Gönnervereins. Was von Drittpersonen diesem Gönnerverein zugewendet wird, fällt grundsätzlich ins Vereinsvermögen und wird von der Stiftungsaufsicht nicht erfasst. Allerdings sind die Stiftungsorgane bei einer echten Schenkung zugunsten der Stiftung berechtigt, vom Verein die Erfüllung der versprochenen Leistung zu fordern. In diesem Fall kann die Stiftungsaufsicht intervenieren und die Stiftungsorgane zur Einforderung ihrer Ansprüche anhalten." ([http://search.parlament.ch/cv-geschaefte?gesch\\_id=20003396](http://search.parlament.ch/cv-geschaefte?gesch_id=20003396)). Somit wird ein Schaden der Stiftung sogar von höchster Seite der Stiftungsaufsicht verneint. **[Es ist strafrechtlich nicht relevant, ob das Vermögen der Gönnervereinigung oder jenes der Stiftung geschädigt worden ist: BGer-Urteil 6S.415/2006, E. 13.3A]**

#### 1.4.5.2

Das angefochtene Urteil hat einen grossen Teil seiner Erwägungen darauf konzentriert, auf das angebliche Abhängigkeitsverhältnis, die enge Verflechtung, die Sphärenvermischung, die angeblich beherrschende Dominanz des Beschwerdeführers bei Stiftung und Verein hinzuweisen und alle sonstigen Anzeichen aufzulisten, welche an Sachverhalte des Durchgriffs und des erweckten Konzernvertrauens denken lassen, ohne dass diese greifbar wären oder beim Namen genannt würden (angefochtenes Urteil S. 51 ff.). Dass dieser Fall hier nicht gegeben ist, wurde bereits gezeigt. Die SPS hat keine zivilrechtlich geschützten Ansprüche auf das Vereinsvermögen.

Vor allem aber mangelte es der Stiftung auch nie an den nötigen Geldern, im Gegenteil. Für die von der Stiftung und des Vereins aufgesetzten Projekte stellte die GöV ihr immer genügend Mittel zur Verfügung. Auch von daher ist ausgeschlossen, wegen der in der Anklage behaupteten finanziellen Abhängigkeit der SPS und der GöV etwas gegen den Beschwerdeführer ableiten zu wollen.

### 1.4.5.3

Die Vorinstanz befasste sich in diesem Zusammenhang mit den Sorgen, die sich einige Stiftungsräte im Jahre 1991 über die Finanzplanung der Stiftung machten. Das Urteil führt dazu aus, dass die Investitionen des Vereins in seine Tochtergesellschaft Wiesental AG im Hinblick auf die Liquidität der Paraplegiker-Organisation ein grosses Problem dargestellt habe. In dieser Hinsicht habe sich die Stiftung zu Beginn der 90er-Jahre wegen des damals gerade vollendeten Baus des Paraplegiker-Zentrums in Nottwil in einem finanziellen Engpass befunden, weshalb es in höchstem Masse unvernünftig gewesen sei und die Erfüllung des Zwecks von Gönnervereinigung und Stiftung gefährdet habe, wenn zweistellige Millionenbeträge in das Liegenschaftsprojekt [der GöV] in Herisau geflossen und auf diese Weise, selbst bei später günstigerer Entwicklung desselben, auf Jahre hinaus gebunden gewesen seien und keinerlei Ertrag abgeworfen hätten (angefochtenes Urteil, S. 119).

Dem Beschwerdeführer wird damit zum Vorwurf gemacht, er hätte die vom Verein ausdrücklich genehmigten Investitionen für jenes laufende Vereinsprojekt als Geschäftsführer der GöV nicht tätigen dürfen, weil die Stiftung in einem Liquiditätsengpass gewesen sei. Dem Beschwerdeführer werden Investitionen des Vereins gemäss Ziffer B.5 der Anklage von 1990 - 1999 vorgeworfen, der Liquiditätsengpass bezieht sich auf die Zeit um 1991. Die Bedenken einiger Stiftungsräte sind unbestritten und auch verständlich.

Die erwähnten Bedenken galten dem durch den Bau des Paraplegiker-Zentrums generierten Baukredit, der zeitweise über 100 Mio. Franken erreichte. Diesen unter Leitung des Stiftungsrats Dr. Streichenberg, damaliger CEO des Bankvereins, beschafften Konsortialkredit für das SPZ hat die Stiftung mit Hilfe der GöV in Rekordzeit abgetragen. Im Jahre 1996 und 1998 entstanden bereits zwei Erweiterungsbauten des SPZ für 73 Mio. Franken. Alle Kredite waren im Jahre 2001 restlos abbezahlt. Gemäss Aktenlage befand sich die Stiftung bei der Rückführung ihrer Zinsen und Amortisationszahlungen der Baukredite niemals auch nur einen Tag im Verzug, was der Beschwerdeführer mit Urkunden nachgewiesen hat und was auch vom angefochtenen Urteil unbestritten ist (Briefe der UBS an den Beschwerdeführer vom 8. und 14. Januar 2002, unakturiert und unpaginiert, aufzufinden in Ordner "Beilagen Verteidigung 1. Instanz, Diverses" SB Nr. IV [Diverse Einlagen in HV Nr. 1]). Inzwischen wurden zusätzliche Erweiterungsbauten des SPZ sowie das Forschungszentrum in Betrieb genommen, die die Stiftung mit Hilfe der GöV mit weiteren rund 150 Mio. Franken finanziert hat. Unter diesen Voraussetzungen kann nicht von einer schwerwiegenden Beeinträchtigung der Liquidität der Stiftung gesprochen werden, die sich gar in einer negativen Fortführungsprognose von Stiftung und Verein hätte niederschlagen können, nur weil der Verein auch noch zwei Hotelprojekte finanziert hat.

Stellt man sich jetzt die Frage, inwieweit der Beschwerdeführer - als Geschäftsführer beider Organisationen - im Rahmen einer seriösen Finanzplanung den in Zukunft entstehenden

Verbindlichkeiten der Stiftung und den in Zukunft zu erwartenden Erträgen von GöV und Stiftung Rechnung zu tragen hatte, um daraus abzuleiten, welche Mittel die GöV für ihre parallel geführten, eigenen Projekte hätte einsetzen dürfen, so sind dazu aus strafrechtlicher Sicht zwei Bemerkungen anzubringen:

#### 1.4.5.4

Zunächst ist zu fragen, wie weit es sich bei der Forderung nach einer zukunftsgerichteten Finanzplanung um anerkannte Grundsätze des Vereins- und des Stiftungsrechts handelt. Nach geltendem Aktienrecht z.B. besteht kein Gebot zur ordentlichen Kapitalausstattung und keine Verpflichtung, für eine der Risikolage entsprechende Eigenkapitalbasis zum Schutze der Gläubiger zu sorgen (Binder, Der Schutz der Gläubiger vor Aktiengesellschaften bei Spaltung und Vermögensübertragung, Zürich 2005, S. 19 Fn 30, ebenfalls Schubarth, a.a.O., S. 166). Der Gläubiger muss sich daher den Entzug des ganzen über Aktienkapital und gebundene Reserven hinaus gehenden Haftungssubstrats gefallen lassen. Strengere Massstäbe dürften vom Strafrichter im Vereinsrecht kaum angelegt werden. Das angefochtene Urteil ging dieser Frage denn auch nicht nach.

Und dann vor allem: Handelt es sich bei der Frage einer zukunftsgerichteten Finanzplanung um hinreichend handfeste Kriterien oder bleiben sie in ihrer Konkretisierung so vage, dass sie mangels ausreichender Bestimmtheit und wegen unzulässiger Lückenfüllung nicht als Grundlage für eine strafrechtliche Verurteilung taugen? Auch dazu finden sich keine Überlegungen im angefochtenen Urteil.

#### 1.4.5.5

Schliesslich wäre zu fragen, ob bei Nichtbeachtung dieser Kriterien der Stiftung - sofern man das überhaupt in Betracht zöge - ein strafrechtlich relevanter Schaden zugefügt wurde. Die bloss abstrakte Möglichkeit einer Schädigung z.B. der Tochtergesellschaft auf Grund möglicher zukünftiger Verluste der Muttergesellschaft genügt nicht für die Bejahung eines Vermögensschadens, den das Gesetz als Voraussetzung zur Erfüllung des Tatbestandes von Art. 158 StGB fordert. Damit eine bloss Vermögensgefährdung strafrechtlich relevanten Schadenscharakter hat, muss sie sich soweit konkretisieren, dass dies unmittelbar Konsequenzen für die Bewertung der juristischen Person hat (BSK StGB-II-Niggli, Art. 158 N. 114 mit Hinweisen).

#### 1.4.5.6

Das angefochtene Urteil legt nicht dar, inwieweit die Stiftung, die nicht einen einzigen Tag jemals mit ihren vertraglichen Vereinbarungen bezüglich Zins- und Amortisationsleistungen je in Verzug gekommen ist und die von der Gönnervereinigung seit 28 Jahren jedes Jahr alimentiert wird, eine konkrete Vermögensgefährdung erlitt, die sich in einem Schaden niederschlug.

#### 1.4.5.7

Umso weniger leuchtet ein, weshalb aus den Investitionen der GöV in ihr Eigentum (in die Liegenschaft Mühlegasse in Zofingen, Anklage Ziffer 3, in ihr Hotel Engel, Anklage Ziffer 4 und in ihre Tochtergesellschaft Wiesental AG, Anklage Ziffer 5) ein Schaden der Stiftung abgeleitet werden könnte. Selbst in einem Fall unter Konzernbedingungen - der hier nicht vorliegt - würde die gleiche Frage nicht im Sinne des angefochtenen Urteils beantwortet.

#### 1.4.5.8

Demnach lässt sich keine zivilrechtliche Grundlage herleiten für die Annahme einer Wirtschaftlichen Einheit zwischen Stiftung und Verein in dem Sinne, dass die Stiftung ein Mitbestimmungsrecht über das Vereinsvermögen hätte und Weisungen gegenüber dem Geschäftsführer des Vereins erteilen könnte. Erst recht erleidet die Stiftung keinen Schaden im Rechtssinne, wenn der Verein sein Vermögen ausgibt. **[Es ist strafrechtlich nicht relevant, ob das Vermögen der Gönnervereinigung oder jenes der Stiftung geschädigt worden ist: BGer-Urteil 6S.415/2006, E. 13.3A]**

### 1.5      Wirtschaftliche Einheit im Strafrecht

Das angefochtene Urteil führt aus, dass die Annahme einer Wirtschaftlichen Einheit von Stiftung und GöV strafrechtlichen Grundsätzen nicht entgegenstehe.

Es verweist auf Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB, gemäss welchem die unrechtmässige Verwendung von Vermögenswerten bestraft werde, welche sachenrechtlich im Eigentum des Täters lägen und wo eine wirtschaftliche Betrachtungsweise massgebend sei (angefochtenes Urteil, S. 59 Abs. 1 oben). Ebenso komme es im Rahmen von Art. 305ter StGB auf den wirtschaftlich Berechtigten an (angefochtenes Urteil, S. 59 Abs. 1 Mitte).

Diese Überlegungen gehen fehl. Der Begriff der "Vermögenswerte" gemäss Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB wurde im Rahmen der Vermögensstrafrechtsrevision per 1.1.1995 in Kraft gesetzt, weil man die gesetzliche Grundlage verbessern wollte, welche die Zweckentfremdung von wirtschaftlich fremden Vermögen durch den Treuhänder als Veruntreuung bestraft (vgl. BSK StGB II - Niggli/Riedo, Art. 138 N 25). Dies ist eine direkte Auswirkung von Art. 1 StGB, dem Grundsatz von "nulla poena sine lege certa" und demnach gerade kein Beweis dafür, dass man gestützt auf beliebige wirtschaftliche Überlegungen Strafen aussprechen könne. Vorliegend gilt das Gegenteil, wie das Bundesgericht festhält: "BoOG hält unter Berufung auf verschiedene deutsche Autoren fest, dass ein rein wirtschaftlich orientierter Vermögensbegriff in unlösbare Wertungswidersprüche mit dem Strafrecht gerate, wenn er Positionen schützt, die von anderen Teilen der Rechtsordnung nicht anerkannt werden ... Es könne nicht die Aufgabe des Strafrechts sein, dort Schutz zu gewähren, wo die Rechtsordnung an anderer Stelle

diesen Schutz gerade versagt ... Das strafwürdige Unrecht ... liege ... in der ... Vermögensschädigung" (BGE 117 IV 146).

Auch der Hinweis auf Art. 305ter StGB ändert nichts. Zwar erwähnt das Strafgesetz dort einen "wirtschaftlich Berechtigten". Doch allein weil der berufsmässige Treuhänder verpflichtet ist, bei der Entgegennahme von fremden Vermögenswerten den wirtschaftlich Berechtigten zu identifizieren, macht dies aus dem Treugeber und seinem Treuhänder keine Wirtschaftliche Einheit in dem Sinne, dass die fremden Vermögenswerte nun plötzlich dem Treuhänder gehören würden und der Kunde nicht mehr voll berechtigt wäre an seinem Vermögen und nicht mehr darüber verfügen könnte, ohne den Treuhänder zu schädigen. Und auch hier gilt: Art. 305ter StGB ist ein Gesetz. Soweit gestützt darauf Strafen ausgesprochen werden sollen, genügt es Art. 1 StGB, Art. 7 EMRK und Art. 15 Abs 1 UNO-Pakt II.

Im Gesetz nicht vorgesehen ist eine Wirtschaftliche Einheit im Sinne von Anklage, Strafgericht und Appellationsgericht. Eine Veruntreuung setzt die Missachtung von Treuepflichten gegenüber dem Treugeber voraus (BSK StGB II - Niggli/Riedo, Art. 138 N 80). Treugeber ist der wirtschaftliche Berechtigte, also derjenige, der geschädigt wird. **Eine Veruntreuung ohne Schädigung ist ausgeschlossen** (BGE 111 IV 19, 23 E. 5; vgl. auch BGE 124 IV 241, E. 4c und 4c, übersetzt in Pra 88/1999 Nr. 93). Eine Veruntreuung durch Missachtung von Treuepflichten gegenüber einer Person, die keinen Schaden im Rechtssinne erlitten hat und die bezüglich des in Frage stehenden Vermögenswertes nicht weisungsberechtigt ist, ist im Strafgesetzbuch nirgends unter Strafe gestellt. Genau dies tat aber das angefochtene Urteil. **[Es ist strafrechtlich nicht relevant, ob das Vermögen der Gönnervereinigung oder jenes der Stiftung geschädigt worden ist: BGer-Urteil 6S.415/2006, E. 13.3A]**

#### 1.6 Die juristische Person und ihre Vermögensrechte

Wie bereits erwähnt geht das Bundesgericht in konstanter Praxis von der Selbständigkeit der juristischen Personen aus. Ein Ausnahmefall liegt hier nicht vor. Die Aufhebung der Selbständigkeit käme ohnehin nur zum Nachteil der missbräuchlich handelnden juristischen Person in Frage, und nicht rückwirkend zum Nachteil des Beschwerdeführers. Dieser hat sich ja umgekehrt gerade an die Weisungen des jeweiligen Geschäftsherrn zu halten.

Juristische Personen sind aller Rechte und Pflichten fähig, die nicht die natürlichen Eigenschaften des Menschen wie das Geschlecht, das Alter oder die Verwandtschaft notwendig voraussetzen (Art. 53 ZGB). So können sie Vermögenswerte zu Eigentum halten, wie dies auch natürliche Personen können (vgl. BSK ZGB I - Huegenin, Art. 53 N 6). Solange kein Mit- oder Gesamteigentum besteht, hat somit auch eine juristische Person an ihren Vermögenswerten alleiniges Verfügungsrecht (Art. 641 Abs. 1

ZGB). Vorliegend besteht an den Vermögenswerten von SPS und GöV weder Mit- noch Gesamteigentum, da dafür weder ein gesetzlicher Entstehungsgrund noch eine entsprechende Vereinbarung besteht. Die GöV hat lediglich in ihren Statuten den Zweck aufgeführt, die Bestrebungen der Schweizer Paraplegiker-Stiftung zu Gunsten Querschnittgelähmter zu fördern, *insbesondere*, indem sie diese finanziell unterstützt. Davon abgesehen geht sie frei allen Zwecken nach, wie sie in Art. 3 ihrer Statuten ausdrücklich niedergelegt sind (vgl. SB 28 HR/Nr. 1.4 S. 2 Art. 2 und Art. 3). Gesamt- oder Miteigentum der Stiftung entsteht dadurch auf keinen Fall. Mangels einer Vereinbarung besteht auch kein vertraglicher Anspruch der SPS auf Mittel der GöV. Und noch wenn ein solcher bestünde, vermöchte dies nichts an den Eigentumsverhältnissen der beiden Vermögensmassen von Stiftung und GöV zu ändern. Das gilt auch dann, wenn die GöV ihre Mitgliederbeiträge durch die Stiftung einziehen lässt und durch ihren Geschäftsführer - den Beschwerdeführer - auf dem Stiftungskonto verwalten und verwenden lässt oder ihre Mittel zurückzieht. **[Diese Ausführungen gehen insgesamt an der Sache vorbei: BGer-Urteil 6S.415/2006, E. 13.1]**

#### 1.7 Vereinsautonomie

Das angefochtene Urteil widmet auch der Vereinsautonomie kaum Aufmerksamkeit (angefochtenes Urteil S. 50 Abs. 2, S. 54 Abs. 1). Zur Autonomie des Vereins hält das Bundesgericht in BGE 97 II 108, 112 f. folgendes fest: "Als rechtmässig gegründeter juristischer Person kommt dem Beklagten die Vereinsautonomie zu (vgl. BGE 73 II 2 oben; Egger, Kommentar, N. 3 zu Art. 63 ZGB). Ihrem wesentlichen Gehalt nach besteht die Vereinsautonomie in der Macht, gemäss Gesetz zur Regelung der Verhältnisse des Vereins und seiner Betätigung Normen zu schaffen. Die Festlegung der Satzungen oder der Vereinsstatuten gehört zu den wichtigsten Erscheinungsformen der Autonomie auf dem Gebiete des Privatrechts (Klang/Pisko, Kommentar zum ABGB, 2. Aufl., Bd. I/1, Vorbemerkungen zu §§ 2-13, S. 57 ff. Ziff. IV). Ebenso anerkannt wie dieses Recht statutarischer Regelung ist aber auch, dass diese Regelung nur im Rahmen der gesetzlichen Grenzen verbindlich erfolgen kann (Klang/Pisko, a.a.O.). Wie dieses Recht zum Erlass von Satzungen theoretisch begründet wird, ob mit gesetzlicher Verleihung, dem Selbstbestimmungsrecht oder der Vertragsfreiheit, kann offen bleiben. In jedem Falle können die Satzungen nur innerhalb des gesetzlichen Rahmens begründet werden, wie das in Art. 63 Abs. 2 ZGB auch zum Ausdruck kommt. Vorbehalten bleiben somit auch gegenüber den Satzungen oder Vereinsstatuten zwingendes Recht und die guten Sitten (Egger, N. 3 und 4 zu Art. 63 ZGB; RGR-Komm. zum BGB, 11. Aufl., Anm. 3 zu § 25, 1. Satz). Statutarische Bestimmungen, welche diese Schranken überschreiten, können daher keinen Bestand haben. Die Vereinsautonomie hat zur Folge, dass der Verein ein bedeutendes Mass an Selbständigkeit und Unabhängigkeit besitzt. Das Recht, seine Angelegenheiten selbst zu verwalten, wird als für den Bestand des Vereins wesentlich betrachtet (RGR-Komm. zum BGB, 11. Aufl., Anm. 6 zu § 25). Die Autonomie bedingt daher auch, dass die freie Willensbildung grundsätzlich gewährleistet sein muss. Es hätte keinen Sinn, dem Verein die Freiheit der inneren Gestaltung (Egger, N. 3 zu Art. 63 ZGB) zuzugestehen, gleichzeitig aber grundlegende Beschränkungen der freien Willensbildung zuzulassen. Das ganze Vereinsrecht ist auf die Gewährleistung grundsätzlich selbständiger Willensbildung angelegt: so die Bestimmungen über

die Vereinsversammlung als oberstes Organ des Vereins (Art. 64 ZGB), das Stimmrecht der Mitglieder und den Entscheid der Mehrheit (Majoritätsherrschaft, Art. 67 Abs. 1 und 2 ZGB), die Regelung der Beschlussfassung (Art. 66-68 ZGB). Daraus ist zu schliessen, dass der Verein seiner Selbständigkeit nicht soll beraubt werden können (Heini, Schweizerisches Privatrecht, Bd. II, S. 522). ... Der Standpunkt des Klägers, es bestehe kein Bedürfnis danach, sachlich begründete Selbstbeschränkungen zu verbieten und die Vereinsautonomie in dieser Weise in Fesseln zu legen, erscheint in diesem Zusammenhang geradezu als abwegig. Eine solche Abhängigkeit von Dritten bedeutet eine unzulässige Knebelung des Vereins und damit einen Verstoss gegen die guten Sitten (RGR-Komm. zum BGB, a.a.O.)".

Die Abhängigkeit von Dritten bedeutet dennoch eine unzulässige Knebelung des Vereins und wird vom Bundesgericht als geradezu *abwegig* betrachtet; sie bedeutet einen Verstoss gegen die guten Sitten. Genau darauf liefe es aber hinaus, wollte man die Freiheit der GöV der Weisungsgewalt der Stiftung unterwerfen, wie das Anklage und angefochtenes Urteil über die bundesrechtswidrige Figur der Wirtschaftlichen Einheit tun. Auch unter diesem Aspekt bleiben Selbständigkeit und Vermögen der GöV unangetastet. **[Diese Ausführungen gehen insgesamt an der Sache vorbei: [BGer-Urteil 6S.415/2006, E. 13.1](#)**

## 1.8 Zum Schaden im Rechtssinne

### 1.8.1

Die Annahme der Wirtschaftlichen Einheit im Sinne des angefochtenen Urteils verletzt auch hinsichtlich des Schadensbegriffs Bundesrecht.

Das angefochtene Urteil geht wie schon die Anklage davon aus, dass aufgrund der Wirtschaftlichen Einheit jede finanzielle Einbusse der GöV bzw. eine Schmälerung ihres Ertrags unmittelbar auch die Stiftung geschädigt habe (angefochtenes Urteil S. 19 Abs. 2 und S. 54 Abs. 1). Im Ergebnis stehen Anklage und die beiden Vorinstanzen gar auf dem Standpunkt, dass jegliche Vermögensverwendung, ja sogar blosser Vermögensverschiebungen innerhalb des Vereins der Stiftung einen Schaden zufügen könnten (sämtliche Investitionen der GöV in die Liegenschaft Mühlegasse 19, Zofingen, in das Hotel Engel, in die Tochtergesellschaft Wiesental AG).

Ein Schaden im juristischen Sinne ist nur dann haftpflichtrechtlich relevant, wenn er gegen den Willen des Vermögensherrn entstanden ist (BGE 104 II 198, 199; BK OR - Brehm, Art. 41 N 70). Die haftpflichtrechtlich relevante Schädigung setzt daher einen "Vermögensherrn", einen Eigentümer oder sonstigen Treugeber voraus. Demzufolge können nur die je Stiftung *oder* die GöV durch eine Vermögensverminderung gegen ihren Willen geschädigt worden sein, nämlich je nachdem, wer die betroffene Geschäftsherrin (Art. 159 StGB) oder die Treugeberin (Art. 140 StGB) ist. Eine gemeinsame Schädigung infolge Wirtschaftlicher Einheit im Sinne des angefochtenen Urteils ist ausgeschlossen,

erst recht eine Schädigung der einen Partei wegen einer freiwilligen oder unfreiwilligen Vermögensverminderung der anderen.

Ein Schaden im Rechtssinne vorausgesetzt, gilt nach den Grundsätzen des Haftpflichtrechts und der ständigen Rechtsprechung nur derjenige als geschädigt, dem ein *direkter* Schaden zugefügt worden ist (z.B. BGE vom 9. November 2004, 4C.111/2004, E.3.1.1). Nur der *unmittelbar* Geschädigte hat Anspruch auf Schadenersatz. Der bloss mittelbar Geschädigte, der einen sog. Reflexschaden erleidet, ist zur Schadenersatzklage aus unerlaubter Handlung nicht legitimiert (BK OR - Brehm, Art. 41 N 20 m.w.H.; BGE 126 III 521, 522 E. 2 a). Das Vermögensstrafrecht kennt keinen Reflexschaden.

Doch selbst für das Vorliegen eines Reflexschadens braucht es eine "besondere Beziehung" zum Direktgeschädigten, d.h. einen Anspruch aus einem Vertrag (Arbeits- oder Mietvertrag) oder aus Aktienrecht (vgl. BK OR - Brehm, Art. 41 N 20). Wie bereits gesagt hatte die SPS jedoch keinerlei Anspruch auf Leistungen der GöV. Einen Schaden konnte sie daher durch eine Vermögensverminderung der GöV in keiner Art und Weise erleiden, weder durch eine freiwillige noch eine unfreiwillige Vermögensverminderung.

#### 1.8.2 Eigentum im strafrechtlichen Sinne

Nach konstanter Praxis des Bundesgerichts beurteilt sich die Frage des Eigentums auch im Strafrecht nach rechtlichen und nicht nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten. Es gibt kein strafrechtliches oder wirtschaftliches Eigentum (BGE 85 IV 230, E. 3; 117 IV 263, E. 3a).

#### 1.8.3 Vermögen im strafrechtlichen Sinne

"Unter 'Vermögen' i.S. von 148 StGB [heute Art. 146 StGB] ist Vermögen zu verstehen, das zivilrechtlich geschützt ist. Das Strafrecht als 'ultima ratio' kann nicht Vermögen schützen, das zivilrechtlich nicht geschützt ist. Ein Vermögensschaden nach Art. 148 StGB ist nur dann und insoweit gegeben, wenn und als der arglistige Getäuschte einen rechtlich geschützten Anspruch auf Ausgleich des erlittenen Nachteils hat. Wenn und soweit ein solcher Anspruch dem Betroffenen vom Gesetz versagt wird, kommt Betrug mangels Vermögensschadens nicht in Betracht. ... Massgebend ist nach der insoweit zutreffenden Ansicht von BOOG und der von ihm genannten deutschen Autoren vielmehr, ob der Betroffene einen rechtlich geschützten Anspruch auf Ausgleich des erlittenen Nachteils habe" (BGE 117 IV 139, 148).

#### 1.8.4 Vorsatz? Sachverhaltsirrtum?

Es ist nicht denkbar, dass der Beschwerdeführer einen Vorsatz bezüglich der Missachtung von Weisungen entwickeln könnte, welche nur aufgrund der Konstruktion der Anklage Bedeutung entfalten sollen, zumal er mit deren Berücksichtigung bei der Verwendung von Vereinsvermögen ja die

Vereinsautonomie und die Sorgfaltspflichten als Geschäftsführer der GöV verletzen würde. Selbst wenn es die GöV gewollt hätte, hätte sie der Stiftung kein Einspracherecht gegenüber den Beschlüssen der Mitgliederversammlung einräumen können. Das Bundesgericht bezeichnete eine entsprechende Statutenbestimmung als mit der Vereinsautonomie unvereinbar und bezeichnete ein solches Vorgehen als sittenwidrig und daher nichtig (BGE 97 II 108). Ebenso ist nicht nachvollziehbar, wie der Beschwerdeführer wissen sollte, dass der Verein wegen der Wirtschaftlichen Einheit rückwirkend nach anderen Regeln zu führen sei als nach geltendem Vereinsrecht, zumal das angefochtene Urteil selbst feststellt, dass man allseits immer von der Selbständigkeit beider juristischen Personen ausgegangen ist. Schliesslich leuchtet auch nicht ein, weshalb, wollte man plötzlich von einer Wirtschaftlichen Einheit im Sinne der Anklage ausgehen, der Beschwerdeführer unter diesen Umständen keinen Sachverhaltsirrtum im Sinne von Art. 19 StGB sollte geltend machen können. **[Es ist strafrechtlich nicht relevant, ob das Vermögen der Gönnervereinigung oder jenes der Stiftung geschädigt worden ist: BGer-Urteil 6S.415/2006, E. 13.3A]**

#### 1.9      Pflichtverletzung

Bei der ungetreuen Geschäftsbesorgung und bei der Veruntreuung müssen die dem Vermögensherrn bzw. Treugeber geschuldeten Pflichten bzw. die von ihm erteilten Weisungen verletzt worden sein. Der Stiftung ist entgegen dem Anklagevorwurf kein Schaden entstanden, weil es keine Wirtschaftliche Einheit gibt, die bei der Stiftung einen Schaden "in gleicher Höhe" entstehen lassen könnte entsprechend dem Betrag, den die GöV nach eigenen Vorstellungen verwendet hat. Die Verletzung von Treupflichten gegenüber einem nur mittelbar Geschädigten, dh. bei einer Person, die keinen Schaden im Rechtssinne erlitten hat, ist im Strafgesetzbuch nirgends unter Strafe gestellt. Das Appellationsgericht hat gleichwohl bei Anklage Ziffer B.1 und Ziffer B.3.2 den Tatbestand der Veruntreuung sowie bei Ziffer B.4 (angefochtenes Urteil, S. 114 Abs. 1 unten) und bei Anklage Ziffer B.5 (angefochtenes Urteil, S. 120 Abs. 1 unten) den objektiven Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung als erfüllt erachtet, was bei den ersten beiden Fällen zu einem Schuldspruch und bei den letzten beiden Fällen zu Auswirkungen auf die Kostenverteilung führte (angefochtenes Urteil, S. 148 Abs. 2 Mitte).

Da wie gesagt die Stiftung nicht geschädigt sein kann, wenn bei der GöV eine Vermögensverminderung stattgefunden hat, und da es bei Vermögensverwendungen der GöV nicht auf anderslautende Weisungen der Stiftung oder auf Stiftungsrecht ankommen kann, verletzen die Schuldsprüche Art. 138 StGB und die Ausführungen bei den Freisprüchen unter Kostenaufgabe Art. 158 StGB, sowie Art. 1 und Art. 2 Abs 1 StGB, Art. 7 EMRK und Art. 15 Abs. 1 UNO-Pakt II.

Aus allen diesen Gründen widerspricht es Art. 1 StGB und Art. 7 EMRK und Art. 15 Abs 1 UNO-Pakt II, aus einer zivilrechtlich nicht haltbaren Rechtsschöpfung wie der Wirtschaftlichen Einheit neue Vermögensansprüche herzuleiten und diese dem strafrechtlichen Schutz zu unterstellen. Solches

rückwirkend zum Nachteil des Beschwerdeführers zu tun, verletzt das Rückwirkungsverbot im Sinne von Art. 2 Abs. 1 StGB, Art. 7 EMRK und Art. 15 Abs. 1 UNO-Pakt II. **[Es ist strafrechtlich nicht relevant, ob das Vermögen der Gönnervereinigung oder jenes der Stiftung geschädigt worden ist: BGer-Urteil 6S.415/2006, E. 13.3A]**

## 2. Dem Organ ist das Vermögen seiner juristischen Person nicht anvertraut

Die erste Instanz hatte die eingeklagte Veruntreuung unter Berufung auf (vgl. BGE 120 IV 119 oder 118 IV 33, 241) mangels anvertrautem Vermögen für nicht gegeben erachtet und auf die ausgefallenen Schuldsprüche ungetreue Geschäftsbesorgung angewandt, weil der Beschwerdeführer als Organ von SPS und GöV gehandelt habe (erstinstanzliches Urteil, Akten S. 2497 Abs. 2). Das angefochtene Urteil hingegen geht davon aus, dass dem Organ einer juristischen Person deren Vermögen anvertraut sei. Es wendet sich gegen die anderslautende Praxis des Bundesgerichts im BGE vom 21. November 2002, Erw. 1.2 (6S.249/2002) mit der Begründung, in jenem Fall sei es nicht um das Prinzip, sondern um die Anwendung des qualifizierten Tatbestandes gegangen; der Fall habe sich um berufsmässige Vermögensverwaltung gedreht (angefochtenes Urteil S. 77 ff., Zif. 1.5.1-1.5.3). Es verwarf damit alle Ausführungen der Verteidigung in der Appellationsantwort, Eingabe vom 15. Dezember 2004 (Akten S. 2992 -2996).

Zu den Ausführungen des vorinstanzlichen Entscheids ist festzuhalten, dass das Bundesgericht bei deliktischer Vermögensverwendung eines Organs zum Nachteil seiner juristischen Person in ständiger Praxis nicht von Veruntreuung, sondern von ungetreuer Geschäftsbesorgung ausgeht. So stellt es in BGE 6S.835/1999 vom 5. April 2000 klar fest: "In den Fällen, in welchen Abs. 2 zur Anwendung kommt, erwirbt der Treuhänder an den erhaltenen Werten Eigentum ... Voraussetzung der Veruntreuung ist somit, dass die Vermögenswerte ins Eigentum des Täters übertragen werden" (Erw. 1 lit. c aa). Es bringt damit zum Ausdruck, dass Abs. 2 die gleiche Unrechtshöhe aufzuweisen hat wie Abs. 1 von Art. 138 Ziff. 1 StGB, wie es an anderer Stelle ebenfalls schon festgehalten hat.

Dass der Beschwerdeführer kein Eigentum an den Vermögenswerten von SPS besass, stellt das angefochtene Urteil selbst fest, wenn es ausführt, die Vermögenswerte der SPS seien für den Beschwerdeführer fremd gewesen "und zwar nicht nur wirtschaftlich, sondern auch rechtlich. Sie gehören nicht zum Vermögen des Organs" (angefochtenes Urteil S. 79).

Dass das Organ in Bezug auf die Gesellschaft nicht ein Dritter, sondern als Organ Teil der Gesellschaft selbst ist und mangels Anvertrauens des Gesellschaftsvermögens Veruntreuung im Sinne des Tatbestands daher nicht in Frage kommt, hat das Bundesgericht nicht nur in BGE AS.249/2002 Erw. 1.2 Abs. 3 festgestellt, sondern z.B. auch in verschiedenen neusten Entscheiden vom 24.5.2004 (1A.36/2004, Erw. 3.3) und vom 18.8.2005 (1A.194/2005) bestätigt. "Nach dem so

genannten "Treuebruchstatbestand" der ungetreuen Geschäftsbesorgung (Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 StGB) wird ... bestraft, wer .... damit betraut ist, Vermögen eines anderen zu verwalten .... Nach herrschender Lehre und Praxis ist der Tatbestand des Treuebruchs namentlich auf selbständige Geschäftsführer sowie auf operationell leitende Organe von juristischen Personen bzw. Kapitalgesellschaften anwendbar" (1A.194/2005, E. 3.3). Zur Veruntreuung sagt es explizit: "Anders verhält es sich hingegen mit dem Gesellschaftsvermögen selbst. So ist namentlich das Verwaltungsratsmitglied einer Aktiengesellschaft nicht berufsmässiger Vermögensverwalter; es ist in Bezug auf die Gesellschaft auch nicht ein Dritter, sondern als Organ Teil der Gesellschaft (vgl. BGE 121 III 176 E. 4d). Zwar kann es über das Vermögen der Gesellschaft bestimmen, tut dies aber im Rahmen seiner Aufgaben als Organ der Gesellschaft. Mit der Wahl zum Organ empfängt der Gewählte nicht Gesellschaftsvermögen, um dieses im Interesse der Gesellschaft zu verwalten; die Gesellschaft behält Gewahrsam an den betreffenden Vermögenswerten und verwaltet sie, wenn auch durch ihre Organe, weiterhin selbst." Das Bundesgericht verwies dabei auf frühere zivilrechtliche Praxis (BGE 121 III 176 E. 4d) und bestätigte diese. Schon früher hat es festgehalten, dass eine Person mit der Wahl zum Organ nicht Gesellschaftsvermögen empfangt, um dieses im Interesse der Gesellschaft zu verwalten, denn die juristische Person könne gar nicht anders als durch natürliche Personen handeln (BGE 106 IV 20 E. 2b). Das Verhältnis der juristischen Person zu seinem Organ hebt sich damit qualitativ ab von demjenigen zwischen dem *aussenstehenden* Treugeber, der aufgrund eines besonderen Vertrauensverhältnisses seine Verfügungsmacht gänzlich und seine Kontrollmöglichkeiten zumindest zum Teil aufgibt, wenn er sein Vermögen dem Treunehmer anvertraut. Das Organ hingegen wird durch weitere Organe in der juristischen Person kontrolliert.

Diese Praxis des Bundesgerichts steht im Einklang mit der Stellung des Organs im Recht der juristischen Person. Nach dem Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung muss die zivilrechtliche Wesensbestimmung der juristischen Person auch für das Strafrecht bestimmend sein (Sandra Lütolf, Strafbarkeit der juristischen Person, Zürich 1997, S. 111; vgl. auch Marcel A. Niggli, Das Verhältnis von Eigentum, Vermögen und Schaden nach schweizerischem Strafrecht, Zürich 1992, S. 159 Rn 350; Robert Roth, Rapport sur la responsabilité de la personne morale, Genf 1996, S. 29). GRAVEN/JUNOD betonen konkret für die Frage der Betrachtung der juristischen Person, "rien ne justifie" eine andere Behandlung der juristischen Person im Strafrecht, wenn sowohl das Zivil- als auch das Strafrecht in ihr "un acteur réel" sähen (Philippe Graven/Charles-André Junod, Societas delinquere potest? in: Festschrift Mélanges Robert Patry, Lausanne 1988, S. 361; vgl. auch Lütolf, a.a.O., S. 111 mit zahlreichen Hinweisen).

Mit EUGEN HUBER als Anhänger der Realitätstheorie hat das schweizerische Rechtsdenken – quasi mit seinem ZGB – auch die Auffassung von der juristischen Person als real existierendem Wesen übernommen (Lütolf, a.a.O., S. 108 mit vielen Hinweisen). Demnach handelt die juristische Person durch Organe im Rechtssinne, d.h. durch Menschen, welche für die juristische Person auftreten. Diese Organe der juristischen Person werden als Teile ihrer Persönlichkeit aufgefasst, und deshalb könnten die Organhandlungen ihr in gleicher Weise angerechnet werden wie der natürlichen Person deren

eigene Handlungen (Meier-Hayoz/Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, Bern 1998, § 2 N 14 ff.; BK-Riemer, 1993, Systematischer Teil N 6 und Art. 54/55 N 20; Basler Kommentar, Art. 54/55 N 7; Art. 56, N 1; Tuor/Schnyder/Schmid, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 11. A., Zürich 1995, S. 124 ff.). Die Stellung der Organe unterscheidet sich somit grundsätzlich von jener eines *Stellvertreters*. Sie sind gegenüber Aussenstehenden nicht vollmachtgebundene Dritte, sondern Teile der juristischen Person selbst (BGE 121 III 176 E. 4d; BGE 112 II 172, 190 E. 2c, BGE 54 II 250 E. 1). Es entspricht "dem Organbegriff des schweizerischen Rechts (...), nach dem die Organe Teil der juristischen Person selbst sind und ihr Handeln deshalb nicht als Handeln für eine andere Person aufzufassen ist" (BGE 112 II 190).

Nach der Rechtsprechung zum Tatbestand der Veruntreuung ist anvertraut, was jemand mit der Verpflichtung empfängt, es in bestimmter Weise im Interesse eines andern zu verwenden, insbesondere es zu verwahren, zu verwalten oder abzuliefern. Eine solche Verpflichtung kann auf ausdrücklicher oder stillschweigender Abmachung beruhen (BGE 120 IV 117 E. 2, BGE 118 IV 239 E. 2b mit Hinweisen). Eine juristische Person kann demnach dank ihrer Organe aussenstehenden Dritten (Treuändern) Sachen oder Vermögenswerte anvertrauen, so wie umgekehrt Dritte einer juristischen Person Sachen oder Vermögenswerte anvertrauen können. Hingegen scheint es im Sinne der Realitätstheorie begriffslogisch ausgeschlossen, dass *die juristische Person ihren Organen* ihr eigenes Vermögen *anvertraut* im Sinne von Art. 138 StGB, da die Organe eine Einheit mit der juristischen Person bilden.

Was das angefochtene Urteil über die Befugnis einer Person auf Buchgelder sowie Einzel- oder Kollektivunterschrift ausführt, kann an diesem Ergebnis nichts ändern.

NIGGLI/RIEDO setzen sich an der von der Anklägerin in ihrer Appellationsbegründung zitierten Literaturstelle nicht mit der (Vor-)Frage auseinander, die jene aufwirft. An der von der Anklägerin zitierten Stelle befassen sich die Autoren nur mit der bundesgerichtlichen Praxis, wonach ein Vermögenswert als anvertraut erscheine, wenn der Täter "ohne Mitwirkung des Treugebers über die Werte verfügen kann" (Niggli/Riedo, Basler Kommentar, Strafgesetzbuch II, Art. 138, N 90, S. 266). Diese Formel erscheint NIGGLI/RIEDO als zu weit gefasst, weshalb sie vorschlagen, das Tatbestandsmerkmal des Anvertrauens über das Erfordernis der "exklusiven Verfügungsmacht des Treuhänders" einzuschränken. Habe der Treugeber auf die Vermögenswerte selber Zugriff, brauche er kein Vertrauen, weil er sich auf seine Kontrollen verlassen könne (Niggli/Riedo, Basler Kommentar, Strafgesetzbuch II, Art. 138, N 91, S. 267). Daraus lässt sich mit keinem Wort ablesen, NIGGLI/RIEDO wollten die juristische Person und ihre Organe bezüglich des Gesellschaftsvermögens als Treugeber und Treuehmer definieren und je nach Zeichnungsrecht einmal von anvertrautem Gesellschaftsvermögen im Sinne der Veruntreuung sprechen, ein andermal nicht.

Auch STRATENWERTH/JENNY und REHBERG/SCHMID/DONATSCH stützen diese Meinung nicht. Am zitierten Ort beziehen sich STRATENWERTH/JENNY lediglich auf Fälle der Stellvertretung im Sinne von

Art. 32 OR. Der von ihnen angeführte BGE 120 IV 280 bezieht sich auf Angestellte und nicht auf Organe der geschädigten Bank, ausserdem ist er älter als BGE 121 III 176. Auch diese Autoren entwickeln bezüglich des Innenverhältnisses einer juristischen Person und ihren Organen keine Sicht, die von der Zivilrechtsordnung abweichen soll (Stratenwerth/Jenny, Schweizerisches Strafrecht, BT I, 6. A., Bern 2003, § 13 N 57). REHBERG/SCHMID/DONATSCH machen identische Ausführungen wie STRATENWERTH/JENNY über Vertreter von juristischen Personen. Sie stellen darüber hinaus kritisch in Frage, ob im Innenverhältnis der juristischen Person das Gesellschaftsvermögen in der für Art. 138 StGB typischen Weise generell als den Organen anvertraut gelten könne (Rehberg/Schmid/Donatsch, Strafrecht III, 8. A., Zürich 2003, § 7, Ziff. 2.411 a.E., S. 116).

DONATSCH hält fest, dass das pflichtwidrige Verhalten des Geschäftsführers einer juristischen Person bei der Ausübung der Geschäftstätigkeit grundsätzlich nicht unter den Tatbestand der Veruntreuung, sondern ausschliesslich unter denjenigen der ungetreuen Geschäftsführung fallen sollte. Es wäre seltsam anzunehmen, "dem Geschäftsführer einer grossen Bank oder Chemiefirma seien deren Aktiven und Passiven gewissermassen einzeln anvertraut" (Andreas Donatsch, Aspekte der ungetreuen Geschäftsbesorgung nach Art. 158 StGB, ZStrR 114 (1996) S. 219 f.).

Auch nach der von SCHULTZ vertretenen Definition des Tatbestandsmerkmals "anvertraut", welche zusätzlich die fehlende unmittelbare Kontrolle der Verwendung des überlassenen Gutes in den Vordergrund stellt (Schultz, ZBJV 98 (1962) S. 112), kann bei Organen nicht davon ausgegangen werden, dass ihnen das Gesellschaftsvermögen anvertraut sei. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung hat dieses Kriterium aufgegriffen. Demnach ist eine Forderung einem Bevollmächtigten immer dann anvertraut, wenn er ohne Mitwirkung des Treugebers über die Werte verfügen kann. Sobald diese unkontrollierbare Verfügungsbefugnis eingeräumt werde oder kraft Gesetzes vorhanden sei, bestehe das Bedürfnis nach strafrechtlichem Schutz des Vertrauensverhältnisses, dem Art. 140 aStGB gerecht werden soll (BGE 117 IV 429, E. 3b). Das Personen- und das Gesellschaftsrecht zeichnet sich aber gerade dadurch aus, dass es in all seinen Formen Kontrollmechanismen festlegt. Der Kompetenz der Organe stehen gesetzlich geregelte Kontrollfunktionen und -instanzen gegenüber (Kontrolle von Buchführung und Jahresrechnung durch die Revisionsstelle und die Generalversammlung; Stiftungsaufsicht gemäss Art. 84 ZGB etc.). Von daher entfällt im Innenverhältnis der juristischen Person gerade das besondere Bedürfnis nach strafrechtlichem Schutz des Vertrauensverhältnisses, das der Veruntreuung zugrunde liegt, da im Innenverhältnis der juristischen Person Kontrollmechanismen zur Verfügung stehen, die im Aussenverhältnis zwischen Treugeber und Treunehmer regelmässig fehlen.

Somit scheidet Veruntreuung auf die vorliegend angeklagten Sachverhalte zum vornherein aus.

**[Beschwerdeführer hatte dank Einzelzeichnungsberechtigung und dank Weisungsbefugnis Zugriff auf Vermögenswerte der juristischen Personen. Diese waren ihm daher anvertraut: BGer-Urteil 6S.415/2006, E. 15.4.2]**

### **3. Bezüge des Beschwerdeführers für Gehalt und Spesen zulasten der Stiftung**

#### **3.1 Prozessgeschichte**

Gemäss Anklage hatten der Beschwerdeführer und der Vizepräsident der Stiftung schriftlich vereinbart, dass dem Beschwerdeführer als Delegierter des Stiftungsrates eine monatliche Entschädigung von 6'000.- Franken sowie eine Spesenvergütung von 3'000.- Franken pro Monat zustehe. Die Anklage legte dem Beschwerdeführer zu Last, er habe seit anfangs 1990 bis Ende 1999 über die erwähnte Entschädigung und Spesenvergütung hinaus zulasten der ihm anvertrauten Bankguthaben der Stiftung regelmässig weit höhere Beträge bezogen, um sich dadurch unrechtmässig zu bereichern (Akten S. 2146, Ziff. B.1). In ihrem Plädoyer führte die Staatsanwältin zudem aus, im Stiftungsrat seien die Löhne nie detailliert diskutiert worden (Ordner Plädoyers, StaA, Verteidigung, Plädoyer Staatsanwaltschaft, S. 20 Abs. 2), die Grundsätze eines Leistungslohns seien nicht auf ein angebliches Vertragsverhältnis des Beschwerdeführers mit der SPS übertragbar (S. 20 Abs. 3) und die Bezüge des Beschwerdeführers seien aus den Jahresrechnungen, welche dem Stiftungsrat vorgelegen hätten, nicht ersichtlich gewesen (S. 21 Abs. 2). Die Staatsanwältin beantragte eine Verurteilung gestützt auf Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB, eventualiter Art. 158 Ziff. 1 Abs. 3 StGB (S. 29 Ziff. 1.2.2).

Das Strafgericht stellte fest, der Beschwerdeführer habe für seine Geschäftsführertätigkeit in der SPS mehr bezogen, als ihm gemäss Vereinbarung vom 16. Oktober 1980 zugestanden habe. Die übrigen Stiftungsräte seien der Ansicht gewesen, dass der Beschwerdeführer unentgeltlich arbeiten würde (Akten S. 2498). Der Beschwerdeführer habe, was die angeklagten Beträge angehe, unzulässigerweise mit sich selber kontrahiert (Akten S. 2498 f.). Es sei zumindest zweifelhaft, ob der Stiftungsrat die Bezüge des Beschwerdeführers bewilligt hätte (Akten S. 2499). Der Stiftungsrat habe die Bezüge des Beschwerdeführers auch nicht nachträglich genehmigt, da er die Details der Lohnbezüge nicht gekannt habe (Akten S. 2500). Der Beschwerdeführer habe als Geschäftsführer der Stiftung seine eigenen Interessen über diejenigen des Vermögensinhabers gestellt. Die Aktiven der SPS seien im Umfang der zuviel bezogenen Entschädigung vermindert worden. Dem Beschwerdeführer sei die Pflichtwidrigkeit des eigenmächtigen Bezuges massiv überhöhter Entschädigungen bewusst gewesen (Akten S. 2502). Das Strafgericht befand den Beschwerdeführer daher der ungetreuen Geschäftsbesorgung gemäss Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 und 3 StGB für schuldig (Akten S. 2503).

Die Staatsanwaltschaft appellierte in diesem Punkt und verlangte eine Verurteilung wegen Veruntreuung gemäss Art. 138 Ziff. 1 StGB (Akten S. 2691 Ziff. 1).

### 3.2 Appellationsverfahren

Die Verteidigung hat in ihrem Einstellungsantrag vom 30. April 2004 dargelegt, dass die von der Anklageschrift erwähnten Bezüge nicht nur die Lohnzahlungen der SPS, sondern auch das Geschäftsführergehalt der GöV enthielten (Akten S. 2634), dass der Beschwerdeführer effektiv von der Stiftung weniger Lohn bezogen habe, als ihm von dieser eigentlich zugestanden hätte (Akten S. 2635) und dass die SPS nicht geschädigt worden sei, wenn sie finanzielle Mittel, welche sie für die GöV auf ihrem Konto hatte, zwecks Lohnzahlung an den Beschwerdeführer instruktionsgemäss an diesen weiterleitete (Akten S. 2636 Abs. 2). Die Anklage hätte umschreiben müssen, weswegen der Beschwerdeführer bei seinen Bezügen gegen den Willen der Stiftungsratsmitglieder gehandelt habe (Akten S. 2636 f.).

In ihrer materiellen Appellationsbegründung vom 31. August 2004 wies die Verteidigung erneut darauf hin, dass in den eingeklagten Bezügen des Beschwerdeführers nicht nur Stiftungslohn, sondern beide Geschäftsführergehälter von SPS und GöV enthalten seien (Akten S. 2784 ff.), und legte dar, dass er von der SPS 415'142.- Franken weniger bezogen habe, als er gestützt auf die Vereinbarung aus dem Jahre 1980 zugute hatte (Akten S. 2786 f.), dass die Lohnregelung um 1983 geändert worden sei (Akten S. 2787 f.), dass der Stiftungsrat von den Bezügen des Beschwerdeführers gewusst hatte bzw. hätten wissen müssen und können (Akten S. 2789 f.), dass der Beschwerdeführer zudem ohne unrechtmässiges Selbstkontrahieren seinen Lohn der Teuerung hätte anpassen dürfen (Akten S. 2791 ff.), dass die Bezüge des Beschwerdeführers zudem durch Abnahme der Jahresrechnungen seitens des Stiftungsrats genehmigt wurden (Akten S. 2793 f.) und dass schliesslich das angebliche Delikt im Systemwechsel (Umstellung auf Leistungslohn bei Einführung des Geschäftsführergehalts seitens GöV) in den 80er Jahren bestanden hätte, womit die Bezüge straflose Folgetaten wären und das eigentliche Delikt verjährt wäre (Akten S. 2795 f.).

In ihrem zweitinstanzlichen Plädoyer wies die Verteidigung darauf hin, dass die Anklage es unterlassen hatte, das vorgeworfene Verhalten einer als verletzt erachteten Strafnorm zuzuordnen und dass sie ungenügende Angaben zum Vorliegen der Elemente der einzelnen Tatbestände gemacht habe (Akten S. 3359). Da vorliegend weder eine natürliche Handlungseinheit noch ein Dauerdelikt vorliege, die Umstellung von Festlohn auf Erfolgslohn aber in den 80er Jahren erfolgt sei, seien die vorliegenden Taten ohnehin verjährt (Akten S. 3360 f.). Der Beschwerdeführer habe sowohl von der GöV wie auch von der SPS ein Gehalt bezogen, was auch in den beiden Jahresrechnungen seinen Niederschlag gefunden habe (Akten S. 3363 f.). Die Vereinbarung vom 16. Oktober 1980 sei seit 1983 überholt gewesen und durch eine für die Stiftung günstigere ersetzt worden (Akten S. 3364 f.). Zu berücksichtigen sei zudem die Teuerung, an welche der Lohn des Beschwerdeführers ohnehin hätte angepasst werden müssen (Akten S. 3367 f.). Auch in der Ausstattung des Beschwerdeführers mit einem SBB-Abonnement könne nichts Falsches gesehen werden, zudem fehle in der Anklage die Umschreibung einer diesbezüglichen Pflichtwidrigkeit (Akten S. 3369 f.).

### 3.3      Angefochtenes Urteil

Das angefochtene Urteil erachtete sämtliche Taten bis Ende 1994 als verjährt (angefochtenes Urteil, S. 63 Abs. 2 oben). Die übrigen Taten seien nicht verjährt, da die vom Beschwerdeführer in den 90er-Jahren veranlassten Gehalts- und Spesenbezüge als für die Verjährung massgebliche Tathandlungen und nicht als Erfolgseintritt zu erachten seien (angefochtenes Urteil, S. 64 Abs. 1 unten). Die Anklage sei im Hinblick auf die Erfordernisse des Akkusationsprinzips nicht als mangelhaft zu beanstanden (angefochtenes Urteil, S. 64 Abs. 2 oben). Die jeweils Ende Jahr durchgeführte Umschichtung finanzieller Mittel zwischen Stiftung und Gönnervereinigung beinhaltete nur eine nachträgliche buchhalterische Belastung des Vereins, die auf die Zahlungen an den Angeklagten keine Auswirkungen mehr haben konnte. Somit komme der angeblich nachträglich erfolgten buchhalterischen Belastung der Gönnervereinigung mit von der Stiftung ausgerichteten Lohnzahlungen keine Bedeutung zu (angefochtenes Urteil S. 66 Abs. 1 unten).

Während der ganzen Untersuchung und im erstinstanzlichen Verfahren hätten sowohl der Beschwerdeführer als auch alle übrigen beteiligten Personen nie auch nur andeutungsweise behauptet, die von ihm getätigten Bezüge seien zwischen Stiftung und Gönnervereinigung aufgeteilt worden (angefochtenes Urteil, S. 66 Abs. 2 oben). Auch die beiden Zeuginnen Buscher und Ramer hätten während der ganzen Dauer des Verfahrens nie eine derartige Aussage gemacht (angefochtenes Urteil S. 68 Abs. 2 unten). Es sei festzuhalten, dass die Behauptung von Silvia Buscher und Elisabeth Ramer über die angeblich in den 80er-Jahren von Seiten der Gönnervereinigung getroffene Vereinbarung mit dem Beschwerdeführer, nach welcher diesem ein Gehalt von ca. 5% der Sammelergebnisse zugestanden sei, durch die weiteren Beweise widerlegt sei und somit nicht darauf abgestellt werden könne. Es sei vielmehr in Übereinstimmung mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass die Bezüge des Angeklagten die ihm gemäss der massgeblichen Vereinbarung mit der Stiftung von 1980 zustehenden Beträge erheblich überstiegen hätten (angefochtenes Urteil, S. 72 Abs. 2, S. 73 Abs. 1). Entgegen der Behauptung der Verteidigung sei nicht davon auszugehen, dass bei der Besprechung der Jahresrechnungen der Stiftung die Lohnlisten für alle Anwesenden auflagen. Dementsprechend habe der Stiftungsrat auch aufgrund der ihm vorgelegten Unterlagen keine Kenntnis von den Bezügen des Angeklagten gehabt, weshalb er diese auch nicht im Rahmen der jährlichen Genehmigung der Rechnungsabschlüsse habe absegnen können (angefochtenes Urteil S. 73 unten). Die übrigen Stiftungsräte hätten auch nicht annehmen müssen, dass die Leistung des Beschwerdeführers nur gegen Lohn zu erwarten gewesen wäre (angefochtenes Urteil S: 75 Mitte). Der Beschwerdeführer könne sich auch nicht darauf berufen, dass er als Delegierter des Stiftungsrates und Geschäftsführer der Stiftung mit Einzelunterschrift eine für diese verbindliche Vereinbarung über sein Salär in dieser Eigenschaft habe treffen können. Ein derartiges Selbstkontrahieren sei grundsätzlich nicht zulässig (angefochtenes Urteil S. 76 Abs. 2 oben). Entgegen der Auffassung des Strafgerichts erfülle der Beschwerdeführer nicht den Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung (Art. 158 StGB), sondern jenen der Veruntreuung (Art. 138 StGB) (angefochtenes Urteil S. 77 ff., Ziff. 1.5). In subjektiver Hinsicht bestehe kein Zweifel, dass der

Angeklagte vorsätzlich und in der Absicht, sich ungerechtfertigt zu bereichern, gehandelt habe (angefochtenes Urteil S. 81 Abs. 2 oben). Die Unrechtmässigkeit des Vorgehens des Angeklagten liege nicht darin, dass er unangemessen hohe Entschädigungen bezogen habe, sondern dass er sich unter Ausnützung seiner Verfügungsmacht über das Stiftungsvermögen selbst bedient habe (angefochtenes Urteil S. 82 Abs. 2 oben).

### 3.4 Beschwerdegründe im Einzelnen

#### 3.4.1 Mangels Schaden der SPS kein Vermögensdelikt

##### 3.4.1.1 Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB erfordert einen Schaden

Der Schuldspruch im vorliegenden Anklagepunkt beruht auf einer falschen Anwendung von Art. 138 StGB, indem der Tatbestand der Veruntreuung verkannt wird.

So geht die Vorinstanz im Zusammenhang mit der Frage des Anklageprinzips davon aus, dass bei der Veruntreuung die Person des Geschädigten bei der Umschreibung des strafrechtlich relevanten Verhaltens kaum von Bedeutung sei, was damit zusammenhänge, "dass beim hier in erster Linie in Frage kommenden Vorwurf der Veruntreuung der Eintritt eines Schadens nicht Tatbestandsmerkmal" bilde (angefochtenes Urteil S. 22). Die Vorinstanz verweist in diesem Zusammenhang auf STRATENWERTH/JENNY (Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I, 6. Auflage 2003, § 13 Rz 48 in Verbindung mit Rz 8), auf NIGGLI/RIEDO (Basler Kommentar, StGB II, 2003, Art. 138 N. 102 f.) sowie auf BGE 111 IV 76, 70 IV 66.

Die zitierte Praxis und die Lehre belegen die Meinung des angefochtenen Urteils nicht, die angeführten Quellen beziehen sich nicht auf Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB und sind nicht einschlägig.

Das Bundesgericht geht, zuletzt in einem Fall von 2004, unter Verweis auf die gleiche Zitatstelle bei NIGGLI/RIEDO davon aus, dass Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB den Eintritt eines Vermögensschadens verlange, auch wenn dies in der Bestimmung nicht ausdrücklich erwähnt sei (BGE vom 11. August 2004, 6P.46/2004 und 6S.141/2004, Erw. 3.2 mit Hinweis auf BGE 111 IV 19 E. 5 und 124 IV 241 E. 4 c und 4 d sowie Niggli/Riedo, BSK StGB II - Art. 138 N 103 f.).

Somit ist festzuhalten, dass Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB von einem Vermögensschaden ausgeht.

##### 3.4.1.2 Kein Schaden durch Verwaltung wirtschaftlich fremder Gelder auf eigenem Konto

In ihren Erwägungen hält die Vorinstanz fest, die Lohnüberweisungen an den Beschwerdeführer habe die Stiftung aus eigenen Mitteln geleistet und keineswegs "finanzielle Mittel der Gönnervereinigung instruktionsgemäss" an den Beschwerdeführer weitergeleitet. Die jeweils Ende Jahr durchgeführte

Umschichtung finanzieller Mittel zwischen Stiftung und Gönnervereinigung beinhalte nur eine nachträgliche buchhalterische Belastung des Vereins, der keine Bedeutung zukomme (angefochtenes Urteil S. 66 oben). Dies könnte - wenn es zuträfe - auf eine Vermögensschädigung der Stiftung und auf ein Vermögensdelikt zum Nachteil der Stiftung hinauslaufen.

Diese Argumentation der Vorinstanz trägt aber einmal mehr den zivilrechtlichen Gegebenheiten nicht Rechnung:

Wenn einerseits davon auszugehen ist, dass die SPS die dem Verein statutarisch geschuldeten Mitgliederbeiträge für die GöV einzog (angefochtenes Urteil S. 55 Abs. 2), so geschah dies im Rahmen eines Inkassomandates der SPS für die GöV. Wenn andererseits festgestellt wurde, dass die SPS die Lohnabrechnungen und Lohnzahlungen für das GöV-Personal vornahm und die AHV für diese mit abführte, was sich letztlich aber in der Buchhaltung der GöV niederschlug (angefochtenes Urteil S. 66 oben), so geschah auch dies im Rahmen eines entsprechenden Auftrags der GöV an die SPS. Diese Konzentration der Personaladministration diene der Vereinfachung bzw. Aufwandverringering.

Die beiden Aufträge der SPS führten einerseits zu einer Erstattungsforderung der GöV gegenüber der SPS im Zusammenhang mit dem Inkasso der Gönnerbeiträge, andererseits zu einer Erstattungsforderung der SPS gegenüber der GöV aufgrund der Personaladministration und der Lohnzahlungen für die GöV. Die beiden Erstattungsforderungen standen sich als jederzeit verrechenbar gegenüber. Konnte die SPS ihre Auslagen jederzeit mit ihren viel höheren Schulden bei der GöV aus Ablieferung der Mitgliederbeiträge verrechnen, so führte dies weder zu einer Verminderung ihrer Aktiven, noch zu einer Vermehrung ihrer Passiven und damit auch nicht zu einem Vermögensschaden im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB (BGE vom 11. August 2004, 6P.46/2004 und 6S.141/2004, Erw. 3.2), schon gar nicht zu einer *unfreiwilligen* Verminderung ihres Vermögens, was Voraussetzung eines Vermögensschadens im Rechtssinne wäre. Im Ergebnis führten die von der SPS für die GöV ausgelegten Lohnzahlungen für GöV-Personal lediglich zu einer Verringerung ihrer viel grösseren Schuld gegenüber der GöV aus Ablieferung von Mitgliederbeiträgen. Das ist kein Schaden.

Die Mitgliederbeiträge der GöV, die die SPS für sie einkassiert, gehören der Stiftung auch nicht in dem Sinne, dass sie nicht als wirtschaftlich fremd gelten, weil die Treuhänderin nicht verpflichtet ist, sie ständig zur Verfügung der Treugeberin zu halten bzw. sie jederzeit pflichtgemäss an den Begünstigten weiterzuleiten (angefochtenes Urteil S. 66 oben i.V.m. S. 128 Abs. 2 Mitte). Wenn das Urteil diese Meinung vertreten sollte, so würde auch dies nicht zutreffen. Die auf S. 128 zitierte Literaturstelle bezieht sich ausschliesslich auf die Auslegung des Veruntreuungstatbestandes im Sinne von dessen Abs. 2 und besagt, dass ohne ständige Werterhaltungspflicht eine Straftat im Sinne von Veruntreuung ausser Betracht fällt. Das heisst zivilrechtlich betrachtet indessen nicht, dass bei Fehlen einer ständigen Werterhaltungspflicht die wirtschaftlich fremden Mittel unbelastet in das Vermögen des Treuhänders übergehen würden. Im Gegenteil: Sein Vermögen bleibt ohne weiteres mit einer

Forderung des Treugebers belastet; das von ihm gehaltene Treugut ist innert der vereinbarten oder gesetzlichen Fristen zu verwenden oder herauszugeben. **[E. 15.1.2: Inwieweit Beschwerdeführer Stiftung und inwieweit er Gönnervereinigung schädigte, ist strafrechtlich unerheblich: BGer-Urteil 6S.415/2006, E. 15.1.2]**

### 3.4.1.3 Offensichtliche Verkennung der Akten- und Beweislage zur Schadensfrage

Was die Vereinbarung vom 16. Oktober 1980 über das Gehalt des Beschwerdeführers als Geschäftsführer der Stiftung anbelangt, so hat die Stiftung auch diesbezüglich keinen Schaden erlitten. Sie musste nämlich schon kurze Zeit nach deren Abschluss nur noch einen Bruchteil der ursprünglich vereinbarten 108'000.- Franken bezahlen. Ihre diesbezüglichen Leistungen an ihn erreichten auch im eingeklagten Zeitraum nie mehr die vereinbarte Höhe. Der Minderaufwand der Stiftung geht darauf zurück, dass der Vereinsvorstand gut zwei Jahre nach der Stiftung fand, man sollte dem Beschwerdeführer für seine Geschäftsführertätigkeit im Verein ebenfalls ein Gehalt entrichten, legte diesen aber in Form eines Leistungslohns anstelle eines Festlohnes für beide Organisationen fest, wobei der Verein wegen des weit grösseren Arbeitsanfalls 2/3 übernahm. Man einigte sich im Vorstand auf 5 ‰ des gesamten Sammelergebnisses von SPS und GöV, was bei der Stiftung zu einer drastischen Reduktion ihrer Kosten für den Geschäftsführer führte, wobei es seither geblieben ist. Ist von diesem Minderbezug zulasten der Stiftung auszugehen - und fällt eine Wirtschaftliche Einheit im Sinne von Anklage und angefochtenem Urteil ausser Betracht -, so ist in diesem vom GöV-Vorstand beschlossenen und seither 20 Jahre lang praktizierten und buchhalterisch belegten Vorgehen weder eine Pflichtwidrigkeit gegenüber der Stiftung noch ein Schaden der Stiftung erkennbar, da der Stiftung aus diesem "Systemwechsel" nur Vorteile erwachsen.

Das angefochtene Urteil hat die diesbezüglichen Vorbringen der Verteidigung verworfen. Bezüglich der Tatsache, dass der Beschwerdeführer seit über 20 Jahren auch ein Geschäftsführergehalt der GöV bezieht, spricht es von einer nicht überzeugenden These der neuen Verteidigung. Das ergebe sich schon daraus, dass während der ganzen Untersuchung und im erstinstanzlichen Verfahren sowohl der Angeklagte als auch alle übrigen Beteiligten nie auch nur andeutungsweise behauptet hätten, die vom Beschwerdeführer getätigten Bezüge seien zwischen Stiftung und Gönnervereinigung aufzuteilen (angefochtenes Urteil, S. 66 Abs. 2). Der Beschwerdeführer selbst habe im Zusammenhang mit seinen Bezügen von den Abmachungen zwischen ihm und der Stiftung gesprochen, ohne die Gönnervereinigung auch nur zu erwähnen (angefochtenes Urteil, S. 67 oben).

Diese Ausführungen des angefochtenen Urteils beruhen auf einem groben Versehen des Appellationsgerichts, da die Aufteilung der Bezüge durch zahlreiche Urkunden in den Akten belegt ist. Diese Urkunden stammen von Stiftung und Verein, von Ermittlungsergebnissen der Untersuchungsbeamtin, von Ausführungen der Anklägerin vor erster Instanz und von den Ausführungen des Beschwerdeführers selbst.

Zunächst einmal ergibt sich die Aufteilung der Personalkosten aus den zu Beginn des Strafverfahrens beschlagnahmten und teilweise vom Beschwerdeführer selber eingereichten Akten der GöV und der SPS. Diese Unterlagen waren auch den Stiftungsräten, den Vorstandsmitgliedern und den Vereinsmitgliedern der GöV frei zugänglich. (Unbestrittenermassen waren auch alle Stiftungsräte GöV-Mitglieder: Akten S. 2718.)

- Jeweils jedem ordentlichen Jahresabschluss der SPS war bis 1995 am Ende als letzte Beilage eine Aufstellung "Verteilung der allgemeinen Unkosten auf die einzelnen Tätigkeitsbereiche" angeheftet. Daraus war für den Stiftungsrat wie für die Untersuchungsbehörde ersichtlich, dass die Stiftung jährlich nur noch rund 33% der gesamten eigenen Personalkosten zu bezahlen hatte. Das betraf naturgemäss auch das Gehalt des Beschwerdeführers als Geschäftsführer der SPS (Zeile Gehälter, Kolonnen 'Allgemeine Sammeltätigkeit' und 'Zeitschrift Paraplegie' zulasten Stiftung, Kolonne GöV zulasten GöV). Ebenso ist aus diesen Akten ersichtlich, dass die GöV ihrerseits dem Beschwerdeführer ein Gehalt zahlte, und zwar das Doppelte des stark reduzierten Betrages der SPS, nämlich rund 66% von total 100% für beide Gehälter (vgl. SB 36 SPS/Nr. 1 a.E., SB 36 SPS/Nr. 2 a.E., SB 36 SPS/Nr. 3 a.E., SB 36 SPS/Nr. 4 a.E., SB 36 SPS/Nr. 5 a.E., SB 36 SPS/Nr. 6 a.E.).
- Desgleichen ist aus den Jahresrechnungen der GöV ersichtlich, dass die GöV Personalkosten hatte, die die Stiftung ihr belastete (SB 27 GöV/Nr. 13 S. 4; SB 27 GöV/Nr. 14 S. 4; SB 27 GöV/Nr. 15 S. 4; SB 27 GöV/Nr. 16 S. 4; SB 27 GöV/Nr. 17 S. 4; SB 27 GöV/Nr. 18 S. 4).
- Auch den Kontrollstellenberichten der GöV sind die Jahreszahlen mit den Personalkosten der GöV angefügt (SB 27 Nr. 23 S. 4; SB 27 Nr. 24 S. 4; SB 27 Nr. 25 S. 4; SB 27 Nr. 26 S. 4; SB 27 Nr. 28 S. 4).
- Die Untersuchungsbehörde hatte zusätzlich die EDV-strukturierten Erfolgsrechnungen der GöV erhoben, wo sie diesbezüglich die gleichen Belastungen mit Personalkosten nochmals ersehen konnte (z.B. SB 27 GöV/Nr. 14.1, Konto 4500; SB 27 GöV/Nr. 15.1, Konto 4500; SB 27 GöV/Nr. 16.1, Konto 4500; SB 27 GöV/Nr. 17.1, Konto 4500; SB 27 GöV/Nr. 18.1, Konto 4500; SB 27 GöV/Nr. 19.1, Konto 4500; SB 27 GöV/Nr. 20.1, Konto 4500).
- Aus der Befragung des Beschwerdeführers vom 3. Juli 2001 ist ersichtlich, dass die Untersuchungsbehörde wusste, dass er nicht nur Lohn von der SPS, sondern auch von der GöV bezog, lautete doch dort eine Frage: "Wusste der Stiftungsrat im Detail was Sie bei der SPS und GöV an Lohn, Spesen etc. bezogen?" (Akten S. 821). Dass die Vorinstanz dem Beschwerdeführer im angefochtenen Urteil vorwirft, bei seiner Antwort nichts (Näheres) über seinen Lohn bei der GöV

gesagt zu haben (Urteil S. 67 oben), geht nicht an, wurde er doch dort nur darnach gefragt, was der Stiftungsrat darüber im Detail gewusst bzw. besprochen habe.

- Die Untersuchungsbehörde machte am 12. Februar 2002 auch einen Vermerk in den Akten, dass die GöV mehr Personal- und Verwaltungskosten trage als die SPS (Akten S. 954).
- Am 27. Februar 2002 befragte die Untersuchungsbeamtin den Beschwerdeführer: "Warum wurde der grössere Anteil der Löhne per Ende Jahr jeweils auf die GöV umgelegt?" Auch diese Frage beantwortete der Beschwerdeführer korrekt: "Die Aufteilung erfolgte gemäss Arbeitseinsatz des Personals. Zwangsläufig musste damit wegen der höheren Intensität des Personalaufwands für die GöV [der höhere Anteil] dieser zugeschrieben werden" (Akten S. 960).
- Die Untersuchungsbehörde holte eine Bestätigung bei der Paraplegiker-Stiftung zur Belastung von Personalkosten der Gönnervereinigung durch die Stiftung ein. Diese ging am 4. März 2002 ein und enthielt Angaben um den in den Jahresrechnungen ersichtlichen Verteilschlüssel (SB 38 SPS/Nr. 65).
- Vor erster Instanz kam die Aufteilung der Personalkosten zwischen SPS und GöV ebenfalls zur Sprache. Die Anklägerin führte dazu in ihrem Plädoyer aus: "Der Personalaufwand wird gemäss einem speziellen Verteilschlüssel auf die beiden juristischen Personen aufgeteilt (SB SPS Nr. 65)" (Ordner Plädoyer 1. Instanz StaA/Verteidigung, SB HV, Plädoyer StaA, S. 6).
- In der Eingabe vom 30. April 2004 haben die Unterzeichner darauf hingewiesen, dass im vorliegenden Anklagepunkt auch materiell nicht von einem Vermögensdelikt gesprochen werden könne, da die Anklage das Geschäftsführergehalt des Beschwerdeführers für die GöV mit einem Überbezug aus der Stiftung verwechsle und der Stiftung gar kein Schaden erwachsen sei (Akten S. 2635). Aufgrund der oben aufgeführten Akten hätte die Vorinstanz sofort ersehen können, dass es sich beim eingeklagten Überbezug effektiv um das in 10 Jahren aufgelaufene Geschäftsführergehalt des Beschwerdeführers von der GöV handelte und nicht um Veruntreuung gegenüber der SPS. Die Sachdarstellung des Beschwerdeführers stützte sich somit auf bis zu 15 Jahre alte Urkunden in den Ermittlungsakten und konnte somit nicht die nachgeschobene Erfindung einer besonders geistreichen Verteidigung sein.
- In der Eingabe vom 31. August 2004 wurde eingehend auf den gravierenden Irrtum der Anklägerin hingewiesen. Der Beschwerdeführer reichte zusätzlich die Jahresstatistiken mit der Verteilung der Unkosten ein und bot als Zeugen Kurt Roth (Buchhaltung SPS) und Armin Bähler (Chef Revision SPS und GöV) an, die allerdings ohne Begründung nicht als Entlastungszeugen geladen wurden. (Roth lieferte die Zahlen für das Budget, Bähler errechnete jeweils basierend auf diesen Zahlen

nach Verabschiedung des Budgets durch den GöV-Vorstandes die 5 %-Entlöhnung des Beschwerdeführers für das Folgejahr) (Akten S. 2789ff., S. 2793).

- Schliesslich führte Elisabeth Ramer - Stiftungsrätin und Vorstandsmitglied seit Gründung von SPS und GöV - vor Appellationsgericht als Zeugin aus, dass sie die sog. "Gönnerverwaltung" leitete, in welcher sie mit mehreren Mitarbeitern täglich sämtliche Eingänge auf dem Stiftungskonto auf einem eigenen Computersystem erfasste und je nach berechtigtem Empfänger der SPS oder der GöV zuwies. Die heute 1'300'000 Mitgliederbeiträge der GöV wurden laufend im Erfassungssystem der Gönnerverwaltung auf die GöV gebucht, die übrigen Eingänge (Spenden, Verkaufserlös etc.) auf die SPS. Auf Frage gab Elisabeth Ramer an, sie sei sowohl von der SPS als auch von der GöV bezahlt worden, weil sie für beide Organisationen gearbeitet habe (Prot. HV AppGericht, Akten S. 3234, 3244). Somit erfuhr die Vorinstanz auch von Zeugen in unmittelbarer Beweisabnahme, dass weitere Personen für ihre Arbeit von der SPS und der GöV bezahlt wurden.

Bei dieser Aktenlage kann nicht gesagt werden, es sei bloss eine "nicht überzeugende These" der Verteidigung, dass der Beschwerdeführer seit 20 Jahren auch ein Geschäftsführergehalt der GöV beziehe und daher kein Veruntreuer sei. Insbesondere kann nicht behauptet werden, dass im gesamten Verfahren nie zuvor auch nur andeutungsweise gesagt worden sei, die vom Beschwerdeführer getätigten Bezüge seien zwischen Stiftung und Gönnervereinigung aufzuteilen. Diese Annahmen der Vorinstanz stehen in unverträglichem Widerspruch zu den vorgenannten Aktenstellen, die in ihrem wahren Gehalt nicht erfasst worden sind. Die Ausführungen der Vorinstanz, dass der Stiftung ein Schaden entstanden sei, erweist sich als blanker Irrtum oder reine Unachtsamkeit im Sinne von Art. 277<sup>bis</sup> BStP. **[Die Ausführungen des Beschwerdeführers stehen im Widerspruch zu den Feststellungen der Vorinstanz, die verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden sind: BGer-Urteil 6S.415/2006, E. 15.1.1]**

Gegen dieses Ergebnis spricht auch der von der Vorinstanz erwähnte Zirkularbeschluss des Stiftungsrates nicht (angefochtenes Urteil S. 67, SB 25 GAZ/Nr. 3). Die dort angehängte Liste spricht vereinfachend von "Sammelerträgen der SPS" und nennt das Total der an den Beschwerdeführer ausgerichteten Bezüge, erfasst zahlenmässig aber die Erträge von SPS und GöV wie auch die beiden Gehälter von SPS und GöV, wie die aktenkundigen Jahresrechnungen von SPS und GöV sowie die bereits erwähnten Aufstellungen "Verteilung der allgemeinen Unkosten auf die Tätigkeitsbereiche" zeigen.

Somit ist erwiesen, dass die eingeklagten Bezüge nicht zulasten der Stiftung, sondern zulasten des Vereins gingen, wo sie auch verbucht und ausgewiesen worden sind. Die Stiftung hat daher keinen Schaden im Rechtssinne erlitten, wenn man das Gegenteil nicht mit Anklage und angefochtenem Urteil aus der Annahme einer wirtschaftlichen Einheit ableiten will. Fehlt es an einem Vermögensschaden der Stiftung, so kommt eine Verurteilung des Beschwerdeführer wegen

Veruntreuung zum Nachteil der Stiftung nicht in Frage. Eine Veruntreuung durch Missachtung von Treuepflichten gegenüber der SPS, die keinen Schaden im Rechtssinne erlitten hat und die bezüglich der in Frage stehenden Vermögenswerte der GöV nicht weisungsberechtigt ist, ist im Strafgesetzbuch nirgends unter Strafe gestellt und erweist sich als falsche Anwendung von Art. 138 StGB. **[Inwieweit Beschwerdeführer Stiftung und inwieweit er Gönnervereinigung schädigte, ist strafrechtlich unerheblich: BGer-Urteil 6S.415/2006, E. 15.1.2]**

### 3.4.2 Kein Schaden aus Wirtschaftlicher Einheit zwischen SPS und GöV

Es ist bereits oben ausgeführt worden, dass die Annahme einer Wirtschaftlichen Einheit im Sinne von Anklage und angefochtenem Urteil aus zivil- und strafrechtlichen Gründen nicht haltbar ist und zu einer verfassungs- und konventionswidrigen Anwendung von Art. 138 StGB führt.

Gestützt auf seine Annahme einer Wirtschaftlichen Einheit verurteilte die Vorinstanz den Beschwerdeführer wegen Lohnbezügen für seine Arbeit als Geschäftsführer der GöV aus Vermögen der GöV, gestützt auf seinen Vertrag mit der Stiftung vom 16. Oktober 1980. Der Wille des Stiftungsrates sei klar gewesen. Weitere Leistungen der GöV an den Beschwerdeführer seien entgegen dessen Willen erfolgt, was pflichtwidrig sei (angefochtenes Urteil S. 65 Abs. 1). Bei einer Wirtschaftlichen Einheit könne man auch nicht von vornherein zwischen Gehaltszahlungen der Stiftung und der Gönnervereinigung unterscheiden (angefochtenes Urteil, S. 65 Abs. 1 unten). Da die gesamte Summe ab Stiftungskonto bezahlt und der GöV-Anteil der GöV erst später belastet worden sei, und somit die Stiftung vom GöV-Gehalt nichts gewusst und dieses nicht genehmigt habe, habe der Beschwerdeführer mit dem Bezug des GöV-Gehaltes der Stiftung pflichtwidrig einen Schaden zugefügt (angefochtenes Urteil, S. 66). Die GöV habe ohne Zustimmung der SPS keinen eigenen Geschäftsführervertrag mit dem Beschwerdeführer abschliessen dürfen (angefochtenes Urteil S. 70 Abs. 1). Der Stiftungsrat hätte die Bezüge des Beschwerdeführers von der GöV absegnen müssen (angefochtenes Urteil S. 73 unten, S. 74 oben; S. 75 Abs. 2). Bei einer Wirtschaftlichen Einheit entstehe der Schaden bei derjenigen juristischen Person, welche zuerst für die Kosten aufkomme. Es komme nicht darauf an, wer am Ende belastet werde. Ein nachträglicher Ausgleich bzw. eine nachträgliche Belastung im Vermögen der GöV habe keine Auswirkungen auf die von der Stiftung beglichene Leistung (angefochtenes Urteil, S. 65 Abs. 3; S. 66 Abs. 1 unten). Eine Vermögensverschiebung innerhalb des Vereins (zum Hotel Engel, in die Wiesental AG) bewirkte wegen der Wirtschaftlichen Einheit einen Schaden in gleicher Höhe bei der Stiftung (angefochtenes Urteil, S.112 oben; S. 119 unten).

Diese Überlegungen verletzen zivilrechtliche Vorfragen und verkennen den Schadensbegriff, der Art. 138 StGB zugrunde liegt. Der darauf basierende Schuldspruch betreffend Anklage Ziffer B.1 ist daher

aufzuheben. **[Verurteilung in AS B.1, weil Vereinbarung nicht abgeschlossen worden ist und nicht wegen Wirtschaftlicher Einheit: BGer-Urteil 6S.415/2006, E. 13.3B]**

### 3.4.3 Verjährung / massgebende Tathandlung

Wie vorstehend (Ziff. 2) erwähnt, machte die Verteidigung Verjährung geltend, massgebendes Element für eine allfällige strafbare Handlung sei die Umstellung von Festlohn auf Erfolgslohn (5 Promille des Sammelergebnisses), und das sei in den 80er Jahren (1983) erfolgt. Die Taten seien daher verjährt.

Wie unter Ziff. 3 ausgeführt, folgte das Appellationsgericht dieser Auffassung nicht mit der Begründung, nicht die Umstellung der Entlohnungsgrundlage sei die massgebliche Tathandlung, sondern die einzelnen Gehalts- und Spesenbezüge, die es zum Teil als „veranlasste„ Gehalts- und Spesenbezüge und an anderer Stelle als vom Angeklagten jedes Jahr neu festgesetzt bezeichnete (S. 64, Hauptabsatz, achtletzte Zeile).

Das Appellationsgericht begründet das dreifach: Einerseits sei keine gültige 5 Promille-Klausel zustande gekommen und der Lohn sei jedes Jahr neu festgelegt worden. Aber selbst wenn die beiden Annahmen nicht zutreffen, sei die Verjährung deshalb nicht eingetreten, weil massgebliche Tathandlung die einzelnen Lohnausschüttungen seien. Die ersten beiden Bereiche werden mit staatsrechtlicher Beschwerde gerügt als willkürliche Beweiswürdigung und unrichtige tatsächliche Annahmen. Die Frage, welches die massgebliche Tathandlung sei, die die Verjährung auslöst, wird mit der vorliegenden Nichtigkeitsbeschwerde aufgeworfen.

#### 3.4.3.1 Beginn der Verjährung

Massgebend für den Beginn der Verjährungsfrist ist die Tathandlung, welche sowohl eine aktive Handlung, als auch eine Unterlassung sein kann (BGE 102 IV 79f.). Das führt dazu, dass die Verfolgung eines Erfolgsdeliktes verjähren kann, bevor der Erfolg eintritt (Trechsel/Noll, Strafrecht AT I, 6. Auflage, Zürich 2004, S. 308; BSK StGB I-Müller, Basel 2003, Art. 71 N 2). Dies mag in Einzelfällen als stossend empfunden werden, doch lässt die geltende gesetzliche Regelung keinen Raum für eine andere Auslegung (BSK StGB I-Mülller, Art. 71 N 4 mit weiteren Literaturhinweisen).

#### 3.4.3.2 Massgebende Tathandlung

##### 3.4.3.2.1 Veruntreuung

Zu verweisen ist zunächst auf die Ausführungen oben. Bei der Veruntreuung besteht die tatbestandsmässige Handlung der "Gutsveruntreuung" in einem Verhalten des Täters, durch welches

er eindeutig seinen Willen bekundet, den obligatorischen Anspruch des Treugebers zu vereiteln (Leitsatz von BGE 121 IV 23), z. B. Leugnen eines Inkassos, willentliches Verschweigen eines für einen Dritten bestimmten Zahlungseingangs.

Bislang ist das Bundesgericht davon ausgegangen, dass eine Veruntreuung ohne Schädigung begrifflich ausgeschlossen sei. In BGE 124 IV 241 lautet schon der Leitsatz: "Die Schädigung des Vermögens durch eine Veruntreuungs- oder Betrugshandlung stellt einen Erfolg im Sinne von Art. 7 Abs. 1 StGB dar".) An dieser Überlegung ist anzuknüpfen, will man die mögliche Tathandlung (nämlich den seinerzeitigen Systemwechsel betreffend die Entlöhnung des Beschwerdeführers) korrekt ermitteln. Wollte man die (mögliche) Veruntreuung als Tätigkeitsdelikt verstehen, wären fälschlicherweise die einzelnen Zahlungseingänge auf dem Lohnkonto des Beschwerdeführers als Tathandlungen zu erblicken, obwohl er hierzu direkt gar nichts beigetragen hat.

#### 3.4.3.2.2 Ungetreue Geschäftsbesorgung

Bei der ungetreuen Geschäftsbesorgung im Sinne des Treubruchtatbestandes nach Art. 158 Ziff. 1 StGB ist die tatbestandsmässige Handlung darin zu erblicken, dass der Täter gerade diejenigen besonderen Pflichten verletzt, die ihm hinsichtlich seiner konkreten Tätigkeit als Geschäftsführer generell oder auch hinsichtlich spezieller Geschäfte treffen. Tatbestandsmässig ist nur die pflichtwidrige Handlung (oder Unterlassung infolge Garantienstellung) des Geschäftsführers (BSK StGB II-Niggli, Art. 158 N 107). Als Folge der Handlung muss ein Schaden eintreten, ansonsten ist der objektive Tatbestand nicht erfüllt.

Der Missbrauchstatbestand gemäss Art. 158 Ziff. 2 StGB erfasst als Tathandlung das nicht näher umschriebene "Missbrauchen" der dem Täter im Aussenverhältnis zukommenden Vertretungsmacht, um seine im Innenverhältnis bestehende Vertretungsbefugnis pflichtwidrig auszuüben, das heisst deren Einsatz gegen die wohlverstandenen Interessen des Vertretenen (BSK, a.a.O, Art. 158 N 144).

#### 3.4.3.3 Folgerungen

##### 3.4.3.3.1 Veruntreuung

Im vorliegenden Fall kann nicht von einer Veruntreuung gesprochen werden, müssen doch die anvertrauten Vermögenswerte nach h. L. im alleinigen Zugriffsbereich des Täters liegen (vgl. zur abweichenden Meinung des Bundesgerichts: BSK StGB II-Niggli/Riedo, Art. 138 N 90 f.). Das Geld ist dem Beschwerdeführer auch nicht anvertraut worden, weder in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer, noch in derjenigen als Lohnempfänger. Das einzige aktive Mitwirken des Beschwerdeführers ist im seinerzeitigen Systemwechsel zu erkennen. Bei den Zahlungseingängen (beruhend auf dem Systemwechsel) bestand keine Garantienpflicht. "Aus der arbeitsvertraglichen

Treuepflicht gemäss Art. 321a Abs. 1 OR allein lässt sich eine Garantenpflicht des Arbeitnehmers noch nicht herleiten" (BGE 113 IV 68).

Im Übrigen sind in der jeweils jährlich erfolgenden Neuberechnungen der Entschädigung für den Beschwerdeführer die Tatbestandselemente einer Veruntreuung nicht wirklich zu erkennen. Eine Berechnung ist keine Veruntreuung. Die Frage nach einer mehrfachen Tatbegehung kann ihre Beantwortung nicht im Umstand finden, ob eine jährliche Neuberechnung erfolgte, oder ob ein Computer derart programmiert wurde, auf jeden einzelnen Zahlungseingang die entsprechenden Promille auszurechnen. Je nachdem von einer mehrfachen Tatbegehung auszugehen oder (wegen der einmaligen Programmierung) von einer einzigen oder von Zehntausenden (weil vielleicht minütlich jede Spende eine [automatische oder manuelle] Neuberechnung der Beteiligung auslöst) ist reine Willkür. Es kann nicht sein, dass die Beantwortung der Frage nach mehrfacher Tatbegehung dem Zufall überlassen wird. Eine Straftat kann ohnehin nur vorliegen, wenn eine Mitwirkung des angeblichen Täters zu erkennen ist. Es liegt in der Natur der Sache, dass Löhne monatlich ausbezahlt werden: das hat mit einem neuerlichen Tatentschluss oder einer Tathandlung nichts zu tun. Die Fraumünsterposträuber machen sich ja auch nicht jährlich erneut strafbar, weil sie die geschädigte Post um die (möglichen) jährlichen Zinsen der nicht wieder aufgefundenen rund CHF 20 Mio. bringen, denn auch sie haben keinen erneuten Tatentschluss gefasst. Würde man auf die (jährliche) Neuberechnung des Beteiligungsanspruchs als Tathandlungen abstellen, müsste man auch beim Besprayen einer Hauswand von je eigenständigen Tathandlungen ausgehen, sobald die Sprayer die Spraydose wechseln. Ein Ladendieb macht sich auch nicht des mehrfachen Diebstahls schuldig, wenn er mehrere Gegenstände mitnimmt (Günter Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, AT I, 2. Auflage 1996, § 19 N 11).

Nimmt man das Vorliegen einer Veruntreuung an und geht man bei dieser von einem Erfolgsdelikt aus, so kann einzig der Systemwechsel als Tathandlung angesehen werden. Wenn jemand heute unrechtmässig eine Zahlungsanweisung an die Bank seiner Arbeitgeberin unterzeichnet und diese in ein paar Tagen die Zahlung ausführt, dann handelt es sich bei der möglicherweise strafrechtlich relevanten Tathandlung um die heute unterzeichnete und der Bank übermittelte Zahlungsanweisung (und nicht um die in ein paar Tagen ausgeführte Zahlung). Die Zahlung ist bloss der Erfolg, der aber für die Frage des Beginns der Verjährungsfrist irrelevant ist. Nicht anders verhält es sich, wenn der Täter die Zahlung auf Ende Monat terminiert oder die Anweisung gibt, die Zahlung sei erst in drei Monaten oder in vier Raten auszuführen. Gleich muss es sich verhalten, wenn jemand seinen Lohn eigenmächtig erhöht. Der Zahlungseingang des überhöhten Lohnes ist keine Tathandlung. Vorliegend käme nur der Systemwechsel in Frage. Dieser war adäquat kausal für die folgenden Zahlungen. Wird aufgrund eines Entschlusses der Lohn erhöht (auch wenn er jährlich angepasst werden muss), so entspricht dieser erste Entschluss der Tathandlung. Das kann nur der Systemwechsel sein. Es geht nicht an, dass mit BGE 117 IV 408 das Konstrukt des fortgesetzten Delikts aufgegeben wird, dieses anschliessend durch die Figur der verjährungsrechtlichen Einheit ersetzt, die wiederum in BGE 131 IV 83 aufgegeben wird, um nun fälschlicherweise die Auszahlung des Lohnes als die massgebende

Tathandlung zu bezeichnen, bloss um - auf Biegen und Brechen - zu einem Schuldspruch zu gelangen, der sich nicht wirklich sachlich begründen lässt. **[Beschwerdeführer führte die Taten jeweils aus, indem er die Gehälter bezog bzw. sich auszahlen liess: BGer-Urteil 6S.415/2006, E. 17.1]**

#### 3.4.3.3.2 Ungetreue Geschäftsbesorgung

Aus den vorgenannten und nachstehenden Überlegungen muss die (wenn überhaupt) tatbeständliche Handlung (ebenfalls) im Systemwechsel erblickt werden. Voraussetzung für die Bejahung einer ungetreuen Geschäftsbesorgung ist ein Schaden (BSK StGB II-Niggli, Art. 158 N 110 und N 146). Von einem Schaden im strafrechtlichen Sinn kann nicht ernsthaft gesprochen werden, wenn man das monatliche Einkommen des Beschwerdeführers bei SPS und GöV betrachtet oder es gar mit dem stets steigenden Sammelergebnis vergleicht.

Ohne nähere Begründung tut das Appellationsgericht Basel so, als wäre ein Schaden entstanden. Das ist aus zwei Gründen falsch: Würde man den Schadensbegriff auf leicht überhöhte Monatslöhne oder Ähnliches ausdehnen, so müsste überall dort ebenfalls ein Schaden in Betracht gezogen (und allenfalls bejaht) werden, wo die Einkaufsabteilung einer Unternehmung Verbrauchsmaterial nicht nach regelmässig erfolgreicher Evaluation aller Anbieter, sondern beim bisherigen - vielleicht in der Zwischenzeit teurer gewordenen - Lieferanten bezieht. Wollte man den Schadensbegriff auf die einzelnen und isoliert betrachteten Lohnbezüge ausdehnen, so fragt sich bald einmal, ob - z.B. bei der Ausschüttung von kostenlosen/verbilligten Mitarbeiteroptionen und Aktien - Motivation der Arbeitnehmer oder eine ungetreue Geschäftsbesorgung vorliegt (mal abgesehen von den Salären der Topmanager). Bei einer Beteiligung im Promillebereich am jährlichen Spendeergebnis handelt es sich in Tat und Wahrheit um nichts anderes als eine Honorierung der Leistungen im Stückakkord, bzw. im Provisionssystem. Weil die einzelne monatliche Zahlung für sich alleine keinen Schaden ausmachen kann, kann sie auch nicht als Tathandlung bezeichnet werden. Wenn überhaupt, könnte nur der Systemwechsel als Tathandlung gelten.

Der Schaden muss adäquat kausal zu einer Tathandlung sein, mithin erfolgt die Tathandlung zeitlich immer vor dem Schadenseintritt (Das ist an und für sich logisch, aber das Appellationsgericht Basel scheint dies anders zu sehen). Bei der möglichen Tathandlung kann es sich somit nur um den Systemwechsel in den 80-er Jahren handeln. Die jährliche Neuberechnung der jeweiligen Erfolgsbeteiligung anhand des Budgets kann aus den gleichen Gründen wie im Zusammenhang mit der vermeintlichen Veruntreuung ausgeführt, nicht ausschlaggebend sein; sie wäre höchstens mitbestrafte Nachtat. Die jeweilige Berechnung als Tathandlung zu bezeichnen, würde eine absurde Umkehr der Kausalität bedeuten: Eine Tathandlung mit rückwirkender Kausalität wäre schadensrelevant. Die jährliche Neuberechnung erfolgte aber nur deshalb, weil ein Systemwechsel vorgenommen worden war. Die Grundlage der Neuberechnung blieb immer dieselbe. Die mögliche

ungetreue Geschäftsbesorgung ist verjährt. Denn - wie ausgeführt - die Tathandlung ist massgebend für den Beginn der Verjährungsfrist und diese liegt im Systemwechsel.

Der zweite Grund für die verfehlte Ansicht des Appellationsgerichts Basel liegt darin, dass sich die Lohnhöhe des Beschwerdeführers an der Höhe der Spendengelder orientierte. Die Zunahme der Spendengelder muss auf ein erhöhtes Engagement des Beschwerdeführers zurückgeführt werden. Die Motivation, ein erhöhtes Salär zu erzielen, liess ihn mehr, länger und intensiver arbeiten. Diese Arbeit generierte (mehr) Spendengelder. Wie hoch die jährlichen Spenden ohne das vergrösserte Engagement des Beschwerdeführers wären, weiss niemand. Ohne den Einsatz des charismatischen Geldsammlers Dr. Zäch stünden die angeblich Geschädigten (nicht nur in finanzieller Hinsicht) wohl nicht derart gut da. Ohne den strikten Beweis, dass die Spendengelder auch ohne die unzähligen öffentlichkeitswirksamen Auftritte des Beschwerdeführers gleichermassen geflossen wären, kann von keinem Schaden gesprochen werden. Ein Schaden ist grundsätzlich unabdingbare Voraussetzung für die Annahme einer ungetreuen Geschäftsbesorgung. Da ein Schaden buchhalterisch nicht ausgewiesen ist, kann auch nicht von einer ungetreuen Geschäftsbesorgung gesprochen werden. Denn die Provisionierung orientierte sich linear am erwarteten Sammelergebnis. Wenn ein Betrüger einen Geschädigten dazu bringt, ihm eine gewisse Summe zu überweisen, dann spielt es (ebenso) keine Rolle, ob der Geldbetrag in einer einzigen Zahlung oder in Ratenzahlungen überwiesen wird. Es spielt auch keine Rolle, ob der Geschädigte der Bank einen befristeten Dauerauftrag oder monatlich neue Zahlungsanweisungen erteilt. Es handelt sich immer nur um einen einzigen Betrug. Nicht anders ist es im vorliegenden Fall. Das zeigt auf, wie fehlerhaft das Appellationsgericht Basel argumentiert, denn es hat "Tathandlung" und "Erfolg" vermischt. Und im Übrigen gilt: "Wo kein Schaden, da keine ungetreue Geschäftsbesorgung."

Es ist egal, welche mögliche Straftat dem Beschwerdeführer vorgeworfen wird. Tathandlung wäre stets der Systemwechsel. Dieser lag im Jahre 1983 (Akten S. 3220 und 3226, ZEV Buscher; Akten S. 3237 und 3240, ZEV Ramer; Beilage zu SB 25 GAZ/Nr. 3, statistischer Nachweis) Eine allfällige strafbare Handlung ist daher verjährt. **[Beschwerdeführer führte die Taten jeweils aus, indem er die Gehälter bezog bzw. sich auszahlen liess: [BGer-Urteil 6S.415/2006, E. 17.1](#)]**

#### 3.4.4 Aus wessen Vermögen stammen die Bezüge des Beschwerdeführers?

Das Appellationsgericht lässt den Einwand der Verteidigung nicht gelten, der Angeklagte habe effektiv von der Stiftung weniger an Gehalt und Spesen bezogen, als ihm zugestanden hätte. Die Aufteilung der Bezüge sei ja nur buchhalterisch Ende Jahr vorgenommen worden. Zudem hätten die gesamten Bezüge auf Grund der Annahme einer wirtschaftlichen Einheit immer auch die Stiftung im vollen Betrage betroffen (Urteil S. 65/66). Letztlich habe die Stiftung alle Gehalts- und Spesenbezüge des Angeklagten getragen.

Dass es, zumindest im Strafrecht, eine solche „wirtschaftliche Einheit, nicht gibt, ist weiter oben als falsche Anwendung von Bundesrecht gerügt worden. Wird dieser Auffassung der Verteidigung stattgegeben, entfällt die Begründung des Appellationsgerichts, soweit sie sich auf eine Schädigung und auf unzulässige Bezüge zu Lasten dieser fiktiven wirtschaftlichen Einheit bezieht.

Das Appellationsgericht verwendet noch eine Hilfsargumentation, mit der es glaubt, den Angeklagten einer Straftat überführen zu können: Die Stiftung sei Vertragspartnerin des Angeklagten gewesen (Urteil S. 66 oben), mit ihr sei die massgebliche schriftliche Lohnvereinbarung abgeschlossen worden, und mit ihr habe man sozialversicherungsrechtlich abgerechnet. Damit habe die Stiftung „rechtlich gesehen aus eigenen Mitteln geleistet,“.

Diese Hilfsbegründung ist zivilrechtlich zweifellos unhaltbar: Wer auf seinem Konto Mittel auch eines Dritten "verwaltet" und von diesen Mitteln bestimmte Beträge namens und im Auftrage dieses Dritten verwendet, leistet unter keinen denkbaren rechtlichen Aspekten "aus eigenen Mitteln". Weitere Details dazu finden sich vorne zum Thema "Wirtschaftliche Einheit". Das Appellationsgericht hat mit dieser Behauptung eine zivilrechtliche Vorfrage falsch beurteilt, sodass der Schuldspruch auch unter dem Aspekt aufzuheben ist, die Stiftung habe aus eigenen Mitteln auch denjenigen Anteil an Bezügen des Beschwerdeführers geleistet, welcher der GöV zugeordnet war.

Das Appellationsgericht führt auch aus, eine nachträgliche buchhalterische Belastung des Vereins habe auf die Zahlungen an den Angeklagten keine Auswirkungen mehr haben können (S. 66 Ende erstes Drittel). Damit will es wohl sagen, mit den Zahlungen unter dem Jahr sei ein Straftatbestand gesetzt worden, eine „nachträgliche,“ kontomässige Belastung des Schuldners dieser Zahlungen könne ein bereits erfolgtes Delikt nicht ungeschehen machen. Gerade diese zusätzliche Fehlüberlegung des Appellationsgerichts belegt, wie wichtig es ist, dass im Rahmen der staatsrechtlichen Beschwerde die unrichtigen Ausführungen der Vorinstanz korrigiert werden können, wonach es sich um einen reinen Papiervorgang Ende des Jahres gehandelt habe.

Mit der vorliegenden Nichtigkeitsbeschwerde wird aber weiter gerügt, dass die Vorinstanz gleichwohl ein Delikt zulasten der Stiftung annimmt, obschon sie selber ausführt, unter rein wirtschaftlichen Gesichtspunkten könne der Behauptung, die Stiftung habe bei den Überweisungen ab ihren Konti auch über finanzielle Mittel der GöV verfügt, gefolgt werden (Urteil S. 66 Mitte).

Damit widerlegt sich das Appellationsgericht im Grunde selber, wenn es dem Angeklagten anlastet, unter dem Jahr sei alles zu Lasten der Stiftung geschehen, es habe lediglich eine buchhalterische Belastung nachträglich Platz gegriffen. Bezeichnend ist denn auch, dass die Vorinstanz diese eingeräumten Bezahlungen "on behalf of" GöV als Delikt wiederum nur so retten kann, dass sie zurückgreift auf die so genannte wirtschaftliche Einheit, bei der angeblich zwischen Gehaltszahlung der Stiftung und der GöV nicht unterschieden wird. Wirr bleibt die Argumentationsweise des Appellationsgerichts auch, wenn es auf der gleichen Seite 66 einmal eine "nachträgliche

buchhalterische Belastung des Vereins" behauptet, und nur zehn Zeilen später diese eigene Ausführung relativiert als "angeblich nachträglich erfolgte buchhalterische Belastung der GöV".

Tatsache ist ja, dass aktenmässig erstellt ist, dass die Gehaltszahlungen zwischen GöV und SPS jedes Jahr aufgeteilt worden sind auch schon vor dem geltend gemachten Deliktszeitraum (SB 36 SPS Nr. 6, Anhang "Verteilung der allgemeinen Unkosten ....." und Nr. 6.1, Kto 400; SB 36 SPS Nr. 8.1, Kto 400; SB 27 GöV Nr. 19, Einnahmen/Ausgaben und Nr. 19.1 Kto. 4500; SB 27 GöV Nr. 31 S. 5). Zudem dürfte im Rahmen der staatsrechtlichen Beschwerde klar werden, dass diese Zuordnung der Mittel auch laufend schon während des Jahres geschah.

Wenn die Vorinstanz einräumt, unter wirtschaftlichen Aspekten seien die Zahlungen zulasten der GöV erfolgt, und aufgrund der vorstehenden Überlegungen fest steht, dass dies nicht nur unter wirtschaftlichen, sondern auch unter rechtlichen Aspekten so war, dann wird klar, dass das Appellationsgericht Bundesrecht falsch angewendet hat, wenn es für den entsprechenden Teil der Lohnbezüge des Angeklagten ein Delikt (ungetreue Geschäftsbesorgung oder Veruntreuung) zulasten des Stiftungsvermögens (und der wirtschaftlichen Einheit) annimmt. Insofern widersprüchliche Angaben über das betroffene Vermögen vorliegen, kann dies ebenfalls mit Nichtigkeitsbeschwerde gerügt werden. Effektiv wird zwar ein Delikt zulasten der Stiftung behauptet, gleichzeitig aber die Möglichkeit eingeräumt, die Vermögensverschiebung habe sich bei der GöV eingestellt. Hinsichtlich der GöV aber ist kein Treueverhältnis umschrieben (oder im Urteil erwähnt), das im Rahmen dieser Lohnbezüge verletzt worden wäre. Somit kann mangels verletztem Treueverhältnis auch keine Veruntreuung gegeben sein. **[Inwieweit der Beschwerdeführer die Stiftung und inwieweit er die Gönnervereinigung schädigte, ist strafrechtlich unerheblich: BGer-Urteil 6S.415/2006, E. 15.1.2]**

#### 3.4.5 5 %-Regelung: GöV für Vertrag zuständig und keine Zustimmung der SPS

Dem Appellationsgericht kann insofern gefolgt werden, dass eine schriftliche Vereinbarung besser gewesen wäre, als die GöV in Gehaltszahlungen mit einbezogen wurde. Unrichtig ist aber, dass eine solche Vereinbarung mit der GöV nur in Absprache mit der SPS zulässig gewesen wäre (Urteil S. 70 oberster Absatz).

Gemäss Art. 320 OR bedarf der Einzelarbeitsvertrag zu seiner Gültigkeit keiner besonderen Form, mithin ist er auch mündlich gültig, ja er kommt sogar durch das rein faktische Arbeitsverhältnis zustande (Art. 320 Abs 2 OR). Jede juristische Person ist kraft ihrer Rechtspersönlichkeit befugt, Arbeitsverhältnisse zu begründen, auch mündlich. Die Ausführungen des Appellationsgerichts, dies wäre nur in Absprache mit der SPS zulässig gewesen, verstösst gegen klares Bundeszivilrecht.

Es ist denn auch bezeichnend, dass die Zeugin Buscher auf den Vorhalt des Gerichts, wie es juristisch präzise hätte geregelt werden sollen (angeblich Vorschlag GöV, Beschluss SPS) nicht zu antworten vermochte (pag. 3227/3228).

Die Behauptung des Gerichts, eine Absprache mit dem Stiftungsrat wäre erforderlich gewesen, ist nicht nur juristisch, auch betriebswirtschaftlich falsch: Die Stiftung wurde von einem Teil der Lohnzahlungen entlastet, was ohne ausdrückliche Absprache zulässig ist. Zudem wussten die Stiftungsräte Zäch und Ramer zweifellos von dieser Entlastung der SPS durch die 5 %-Regelung zu Lasten SPS und GöV gemeinsam.

Nicht dagegen spricht auch die Formulierung im Zirkularbeschluss vom 11.8.2000 (SB 25 GAZ/Nr. 3). Dass dort nicht auch auf die mitbelastete GöV verwiesen wurde, spricht in keinster Weise gegen die Aussagen von Buscher und Ramer, wurde doch klar auf die unter der Verantwortung des Beschwerdeführers generierten Sammelerträge verwiesen, und diese Sammelerträge erfolgten immer für SPS und GöV gemeinsam. Das war so selbstverständlich, schon seit vielen Jahren, dass nichts gegen die Glaubwürdigkeit der beiden Zeuginnen spricht, wenn sie nicht von sich aus bei jedem zweiten Satz auf diese Gemeinsamkeit hingewiesen haben. Dass das Sammelergebnis beider Organisationen massgebender Bemessungsfaktor war, und dass dieses Sammelergebnis nach einem klaren Schlüssel auf die beiden Organisationen aufgeteilt wurde, war zudem allen Beteiligten und Verantwortlichen von SPS und GöV bekannt; dies ging auch aus den jährlichen Jahresrechnungen hervor, und zwar schon für die Jahre vor dem inkriminierten Zeitraum (vgl. SB SPS Nr. 36 und SB GöV Nr. 27). Die gegenteilige Annahme der Vorinstanz ist aktenwidrig, allenfalls ein offensichtliches Versehen.

In Anbetracht der klaren Zeugenaussagen von Buscher und Ramer (Akten S. 3220, 3227, 3237), die 5 %-Regelung sei im GöV-Vorstand vereinbart worden, sind die mehrfachen Feststellungen des Appellationsgerichts, der Beschwerdeführer habe das mit sich selbst abgemacht (Urteil S. 63 und 64) aktenwidrig, allenfalls offensichtliches Versehen.

Als offensichtliches Versehen, allenfalls als Aktenwidrigkeit muss sodann gerügt werden, dass im angefochtenen Urteil auf S. 71 oben geschrieben wird, sogar der Angeklagte selbst habe nie von einer solchen Abmachung (5 % des Sammelergebnisses) gesprochen. Hätte die Vorinstanz die Akten aufmerksam gelesen, so wäre sie auf die Einvernahme des Beschwerdeführers vom 3. Juli 2001 gestossen, wo der Beschwerdeführer von etwa 5 % des Spendenaufkommens berichtet hat. Und auch die von ihm eingereichte Beilage über den Lohnverlauf gemäss SB 25 GAZ/Nr. 3 kann ebenfalls nicht anders verstanden werden, denn als Darlegung dieser 5 %-Regelung. **[Die Ausführungen des Beschwerdeführers stehen im Widerspruch zu den Feststellungen der Vorinstanz, die verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden sind: BGer-Urteil 6S.415/2006, E. 15.1.1]**

### 3.4.6 Keine Zustimmung der SPS nötig / Bezüge durch GöV abgesegnet

Im angefochtenen Urteil steht (S. 73/74), bei der Besprechung der Jahresrechnungen der Stiftung seien die Lohnlisten nicht für alle Anwesenden sichtbar aufgelegt, sodass von den Bezügen des Angeklagten keine Kenntnis bestanden habe und diese auch nicht hätten genehmigt werden können.

Es ist schon dargelegt worden, die Bezüge des Beschwerdeführers zulasten der SPS seien ab 1983 tiefer gewesen als im Vertrag von 1980/81 enthalten. Um diese tieferen Beträge, welche die SPS trug, konnte es also nicht gehen. Das Appellationsgericht meint denn auch ausdrücklich, die SPS hätte jene Bezüge des Beschwerdeführers genehmigen müssen, die zulasten der GöV gegangen sind. Eine solche Auffassung verstösst in offensichtlicher Weise gegen materielles Zivilrecht. Die Auffassung, die eine juristische Person habe die Auslagen einer anderen juristischen Person genehmigen müssen, ist auch dann falsch, wenn diese beiden juristischen Personen eng zusammen arbeiten. Mit der Auffassung, es liege keine Genehmigung der Bezüge des Beschwerdeführers seitens der SPS vor und sinngemäss, sie seien deswegen rechtswidrig, verstösst die Vorinstanz klar gegen materielles Bundeszivilrecht, sodass auch diese Teilüberlegung des Appellationsgerichts, die mitverantwortlich war für die Verurteilung, aufzuheben ist.

Auch dieser Punkt belegt erneut die Absurdität der Annahme einer Wirtschaftlichen Einheit. Die dem Bundeszivilrecht widersprechende Überlegung der Vorinstanz kam ja nur auf Grund dieser Fehlannahme zustande.

Auf S. 74 des angefochtenen Urteils findet das Appellationsgericht, die Stiftungsräte hätten auch als Mitglieder der GöV keine Veranlassung gehabt, den Bezügen des Beschwerdeführers zulasten der GöV nachzugehen, sie hätten ja keine Anhaltspunkte gehabt, dass Salärzahlungen entgegen den dafür massgeblichen Vereinbarungen erfolgt sein könnten. Auch diese Überlegung ist offensichtlich falsch. Entweder verstösst die Überlegung gegen materielles Zivilrecht oder es handelt sich um ein offensichtliches Versehen. Eine schriftliche Lohnvereinbarung gab es nur aus dem Jahre 1980/81, und zwar zwischen dem Beschwerdeführer und der SPS. Aus dem Jahre 1983 gab es dann eine mündliche Lohnvereinbarung zwischen dem Beschwerdeführer und der GöV, eben bezüglich der 5 %-Regelung, gemäss welcher die Gesamtbezüge 5 % des gesamten Sammelergebnisses von SPS und GöV betragen solle. Das wurde dann auch immer so gehandhabt. Dass Lohnbezüge zulasten der GöV etwas mit Salärzahlungen und Vereinbarungen mit der SPS zu tun hätten, ist eine offensichtliche Fehlüberlegung der Vorinstanz. Das gilt auch – erneut – für die zusammenfassenden Bemerkungen im Urteil S. 75/76, die Genehmigung der Jahresrechnungen im Stiftungsrat habe keine Zustimmung zu den Bezügen des Angeklagten umfasst, diese seien sogar entgegen dem Willen des Stiftungsrates ausgerichtet worden. Massgeblich ist diesbezüglich Vereinsrecht: Der GöV-Vorstand (Silvia Buscher und Elisabeth Ramer) traf die Abmachung mit dem Beschwerdeführer für die GöV, unter teilweiser Entlastung der SPS. Diese Vereinbarung ist gültig. Es kommt hinzu, dass die gestützt darauf seit 1983 erfolgten Bezüge des Beschwerdeführers im Rahmen der Jahresrechnungen immer abgenommen

worden sind. Das Appellationsgericht befasst sich bei diesem Thema nicht ausdrücklich mit der Frage, ob für die Lohnbezüge zulasten der GöV eine Genehmigung der GöV vorgelegen habe. Dass dem – wiederum als reine Eventualüberlegung – aber tatsächlich so war, wird unter Ziff. .... im Zusammenhang mit den Nebenkosten für das Haus in Zofingen dargelegt, weil die Vorinstanz dort eine Genehmigung verneint hatte. **[Die Ausführungen des Beschwerdeführers stehen im Widerspruch zu den Feststellungen der Vorinstanz, die verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden sind: BGer-Urteil 6S.415/2006, E. 15.1.1]**

### 3.4.7 Kein unzulässiges Selbstkontrahieren

Das Appellationsgericht erklärte, ohne auf die detaillierten Ausführungen der Verteidigung in der materiellen Appellationsbegründung einzugehen, der Beschwerdeführer habe unzulässigerweise sein Honorar als Delegierter des Stiftungsrates und Geschäftsführer der Stiftung selber erhöht. Ein derartiges Selbstkontrahieren sei grundsätzlich nicht zulässig, weil es regelmässig zu Interessenkollisionen führe (S. 76 unter Ziff. 1.4.4).

Abgesehen davon, dass die Bezüge gemäss Vertrag aus dem Jahre 1980, die zulasten der SPS gingen, jenen Betrag gar nie überstiegen, ist das behauptete Selbstkontrahieren auch deshalb falsch, weil ja die 5 Promille-Regelung innerhalb des Vorstandes der GöV (3 Vorstandsmitglieder) vereinbart worden war, mit dem Beschwerdeführer auf der einen Seite und den beiden anderen Vorstandsmitgliedern, Buscher und Ramer, auf der anderen Seite. Von einem Selbstkontrahieren konnte daher gar keine Rede sein. Die falsche Auffassung des Appellationsgerichts beruht wiederum darauf, dass diese Vereinbarung für die GöV infolge des Konstrukts einer wirtschaftlichen Einheit auch direkt zulasten der SPS gehen solle. Wie erwähnt, ist das zivilrechtlich falsch.

Da allen Beteiligten an der 5 ‰-Regelung klar war, dass dadurch die schriftliche Lohnvereinbarung mit der SPS im Sinne einer – jedenfalls vorläufigen – Entlastung (sinngemäss) geändert wurde, kann die im Vorstand der GöV getroffene Vereinbarung kein verbotenes Selbstkontrahieren des Beschwerdeführers als Delegierter des Stiftungsrates sein. Im Übrigen hat der Beschwerdeführer als Eventualbegründung dargelegt, dass zumindest im Umfange der Teuerung, die ja eine objektive Berechnungsgrösse ist, keine Interessenkollision gegeben war, sodass jedenfalls im entsprechenden Umfange die blosser Anpassung der Bezüge an die Teuerung unter dem Aspekt des Selbstkontrahierens unproblematisch wäre. Dies hat sogar das Appellationsgericht sinngemäss anerkannt (Urteil S. 77 ab Mitte) und den Einwand, es liege kein verbotenes Selbstkontrahieren vor, nur in dem die Teuerung übersteigenden Betrage (er ging aber zulasten der GöV nicht der SPS) verworfen.

Zivilrechtlich ist eindeutig, dass eine Vereinbarung innerhalb der GöV, welche sogar zu einer Entlastung der SPS führte, kein unzulässiges Selbstkontrahieren zulasten der SPS bedeuten konnte.

Der Vorwurf im angefochtenen Urteil, der Beschwerdeführer habe unzulässigerweise durch Selbstkontrahieren zu hohe Bezüge zulasten der SPS bezogen, ist daher bundesrechtswidrig und aufzuheben. **[Auf die Beschwerde ist insoweit nicht einzutreten, als darin Rechtsfragen erörtert werden, die für die Beurteilung des vorliegenden Falles unerheblich sind: BGer-Urteil 6S.415/2006, E. 12.2]**

#### 3.4.8 Zum SBB-Generalabonnement im Besonderen

In der Anklage wurde nebst den Bezügen im Rahmen der 5 %-Klausel separat jeweils jährlich der Betrag als unzulässiger Bezug eingeklagt, der für die Kosten des SBB-Generalabonnements aufgelaufen war.

Im Plädoyer vor Appellationsgericht (materielle Verteidigung zum Anklagepunkt 1, S. 8/9) hatte die Verteidigung dargelegt, dass der Entscheid, dem Beschwerdeführer das SBB-Generalabonnement zu stellen, ebenfalls schon in den 80er-Jahren gefällt wurde. Damit läge auch dieser Grundsatzentscheid soweit zurück, dass die Bezahlung des Generalabonnements, wäre es denn unzulässig, längst verjährt wäre. Ebenfalls gerügt worden ist an der gleichen Stelle, schon in der Anklageschrift werde nicht gesagt – im Gegensatz zu den Behauptungen betreffend Gehalt –, worin eine Pflichtwidrigkeit läge durch die Gewährung des SBB-Abonnements seitens der GöV (und der SPS).

Das Appellationsgericht hat sich erstaunlicherweise mit dem Thema des SBB-Generalabonnements überhaupt nicht befasst. Sie machte Ausführungen zu diesem Anklagepunkt auf ihren Seiten 63 bis 85. Auf diesen Seiten figuriert das Thema SBB-Generalabonnement gerade nur einmal (S. 63), und zwar lediglich in dem Sinne, dass erwähnt wird, worauf sich der Anklagevorwurf beziehe. In der gesamten Urteilsbegründung wird dann zum Thema SBB-Generalabonnement überhaupt nichts mehr geschrieben, auch nicht, worin die in der Anklage nicht umschriebene Pflichtwidrigkeit liegen soll. Auch unter dem Aspekt einer allfälligen Veruntreuung steht kein Wort, worin ein Treubruch gegenüber der GöV oder der SPS liegen soll, wenn diese kraft Aufteilung der Personalkosten das SBB-Generalabonnement gemeinsam finanziert haben.

Im Ergebnis war es ja so, dass seit der 5 %-Regelung die mit der SPS vereinbarten 3'000.– Franken Spesen pro Monat nicht mehr ausbezahlt worden sind. Der Beschwerdeführer bezog lediglich 5 % des gesamten Sammelergebnisses unter allen Titeln, hinzu kam lediglich eben das SBB-Generalabonnement. Wenn sich nun ein Appellationsgericht trotz klaren Rügen im Appellationsverfahren mit dem Thema einer allfälligen Pflichtwidrigkeit nicht einmal auseinandersetzt, verkennt es den Begriff der Veruntreuung. Die Ausführungen vor Appellationsgericht betreffend Pflichtwidrigkeit bezogen sich zwar auf eine allfällige ungetreue Geschäftsbesorgung, umfasste selbstverständlich aber auch die Rüge, es habe keinerlei Verstoss gegen eine Treuepflicht vorgelegen, wenn dem Beschwerdeführer das SBB-Generalabonnement finanziert wurde. Die deswegen erfolgte

Verurteilung nur mit dem Hinweis auf einen angeblichen Verstoss gegen die Vereinbarung aus dem Jahre 1980/81 mit der SPS ist offensichtlich unhaltbar, zumal eine solche Spesenvergütung bei Geschäftsführern völlig üblich ist. Die Annahme des Appellationsgerichts, der klare Wille der SPS mit der Vereinbarung 1980/81 sei ohne irgendwelche Änderung unverändert gültig, auch in den Jahren 1995 - 1999, widerspricht jeder Lebenserfahrung. **[Die Ausführungen des Beschwerdeführers stehen im Widerspruch zu den Feststellungen der Vorinstanz, die verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden sind: BGer-Urteil 6S.415/2006, E. 15.1.1]**

#### 3.4.9 Kein Vorsatz, Gelder der SPS zu veruntreuen

Das Appellationsgericht erblickt einen deliktischen Vorsatz des Beschwerdeführers darin, er habe gewusst, dass sich durch seine Handlungsweise die finanziellen Mittel der Stiftung in dem Umfange verminderten, in welchem er die in der Anklage aufgelisteten Bezüge tätigte. Der Stiftung sei dadurch ein entsprechender Schaden entstanden.

Diese Argumentation ist unhaltbar: Aufgrund aller Jahresrechnungen steht fest, dass der BF keine Bezüge getätigt hat, welche die Stiftung in einem höheren Masse belasteten, als er dies gemäss Lohnvereinbarung aus dem Jahre 1980 zugute hätte. Die inkriminierten Bezüge gingen vielmehr zulasten der GöV. Das sieht ja im Grund auch das Appellationsgericht ein und argumentiert deshalb mit einer nicht existierenden wirtschaftlichen Einheit, um einen Vorsatz der Schädigung der SPS zu begründen.

Die Argumentation des Appellationsgerichts ist in sich widersprüchlich: Unter Ziff. 4.3 ist dargelegt worden, dass selbst das Appellationsgericht ausdrücklich erklärte, unter rein wirtschaftlichen Gesichtspunkten könnten die Überweisungen ab dem Stiftungskonto als über GöV-Gelder-Verfügen verstanden werden. Räumt die Vorinstanz aber diesen effektiven Vorgang ein, ist unverständlich, wie sie ohne weitere Darlegungen einen Vorsatz der Schädigung der SPS annehmen kann. Wer über GöV-Gelder verfügt, kann klarerweise keinen Schädigungsvorsatz zulasten der SPS haben. Aufgrund der Jahresrechnungen der Zeugenaussagen von Buscher und Ramer und auch der konstanten Aussagen des Beschwerdeführers umfasste die 5 Promille-Regelungen das Sammelergebnis für SPS und GöV gemeinsam. Aufgrund der Akten steht eindeutig fest, dass jedes Jahr das gesamte Sammelergebnis auf die beiden Organisationen aufgeteilt wurde. Belasteten aber die inkriminierten Bezüge die GöV und nicht die SPS, ist ein Schädigungsvorsatz und auch ein Aneignungsvorsatz im Sinne der ungetreuen Geschäftsbesorgung bzw. der Veruntreuung völlig ausgeschlossen.

Es kommt etwas Weiteres hinzu: Am Ende des ersten Drittels auf S. 82 des angefochtenen Urteils erklärt das Appellationsgericht selber, es erblicke keine Unrechtmässigkeit in der effektiven Höhe der Entschädigungen. Das bedeutet eigentlich, dass das Appellationsgericht die Üblichkeit dieser Entschädigung im Sinne von Art. 322 Abs. 1 OR anerkennt. Ein Gericht, das selber die

Angemessenheit einer Entschädigung akzeptiert unterläge einer besonderen Begründungspflicht, wenn es gleichwohl kraft dieser Entschädigung eine ungetreue Geschäftsbesorgung oder eine Veruntreuung annehmen will. An einer solchen Begründung fehlt es. Das Appellationsgericht erklärt lediglich, das Unzulässige werde darin erblickt, dass sich der Beschwerdeführer selber bedient habe. Selbst wenn dem so wäre, was bestritten bleibt, läge darin unmöglich ein Veruntreuungsvorsatz, zumal die Berechnung der 5 Promille, wiederum entgegen der Behauptung des Urteils auf S. 84, neunte Zeile, nicht „ohne Limite,“ war, sondern sich immer sehr präzise am erwarteten Sammelergebnis orientierte.

Und nochmals: Der Vorstand der GöV bestand nur aus dem Beschwerdeführer, Silvia Buscher und Elisabeth Ramer. Von Selbstbedienung kann somit keine Rede sein. Damit kann kein Vorsatz auf unrechtmässige Bezüge gegeben sein, wenn das Gericht selber in der effektiven Höhe der Entschädigungen keine Unrechtmässigkeit erblickt bzw. selber anerkennt, die Bezüge in der effektiven Höhe seien vertretbar. Bereits solche Passagen im angefochtenen Urteil (S. 82) schliessen zwingend jeden deliktischen Vorsatz aus, zumal der Beschwerdeführer klar und positiv wusste, dass der grössere Teil des Geldes aus der 5 Promille-Regelung von der GöV stammte. **[Beschwerdeführer war sich bewusst, dass im die getätigten Bezüge nicht zustanden: BGer-Urteil 6S.415/2006, E. 15.1.4]**

#### **4. Nebenkosten betreffend Liegenschaft Mühlegasse in Zofingen**

##### **4.1 Prozessgeschichte**

Gemäss Anklage wären die Nebenkosten für die vom Beschwerdeführer gemietete Liegenschaft an der Mühlegasse 19 in Zofingen laut schriftlich vereinbartem Mietvertrag vom 15. März 1988 zulasten des Mieters gegangen. Trotzdem habe der Beschwerdeführer in den Jahren 1990 bis 1999 Nebenkosten in der Höhe von 248'162.70 Franken zu seiner unrechtmässigen Bereicherung über die Buchhaltung der Gönnervereinigung durch die anvertrauten Mittel der Stiftung zu ihrem Nachteil bezahlen lassen (Akten S. 2150). Die Anklage listete die angeblichen Nebenkosten der Jahre 1990 bis 1999 in einer Liste auf, wobei jeweils nur das Buchungsjahr angegeben wurde, ohne nähere Bezeichnung des Datums (vgl. Akten S. 2150 - 2156). In ihrem erstinstanzlichen Plädoyer führte die Staatsanwaltschaft aus, der Beschwerdeführer habe zu seiner unrechtmässigen Bereicherung die Nebenkosten der Schweizer Paraplegiker Stiftung belastet (erstinstanzliches Plädoyer StaA, Ordner SB HV Plädoyers StaA/Verteidigung, S. 40 Ziff. 3.1.2 Abs. 1). Die Staatsanwältin beantragte eine Verurteilung gestützt auf Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB eventualiter Art. 158 Ziff. 1 Abs. 3 StGB (S. 43 Ziff. 3.2.2).

Das Strafgericht führte zu diesem Anklagepunkt aus, es lasse sich unter keinem Titel rechtfertigen, die in Ziff. 3.2 der Anklage aufgeführten Nebenkosten von der Vermieterin bezahlen zu lassen (Akten S. 2505 Abs. 2 unten). Dies entspreche nicht der vertraglichen Vereinbarung, aus der hervorgehe, dass die Nebenkosten zulasten des Mieters gehen würden. Der Beschwerdeführer sowie Frau Ramer und Frau Buscher hätten zwar bestätigt, dass es der Absicht der Vertragsparteien entsprochen habe, die Nebenkosten der Vermieterin aufzuerlegen, doch da dies zu einem völlig inakzeptablen Ergebnis führen würde und dem Beschwerdeführer ein solcher Fehler nicht unterlaufen wäre, könne dieser Ansicht nicht gefolgt werden (Akten S. 2506 oben). Zudem würde sich dann die weitere Frage stellen, ob der Beschwerdeführer einen derartigen Vertrag zum Nachteil der GöV hätte abschliessen dürfen. Als getreuer Geschäftsführer habe er einen solchen Vertrag nicht abschliessen dürfen (Akten S. 2506 Mitte). Das Strafgericht sprach den Beschwerdeführer der ungetreuen Geschäftsbesorgung gemäss Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 und 3 StGB schuldig (Akten S. 2507 Abs. 1 unten).

Die Staatsanwaltschaft appellierte in diesem Punkt und verlangte eine Verurteilung aufgrund von Veruntreuung gemäss Art. 138 Ziff. 1 StGB (Akten S. 2691 Ziff. 1).

#### 4.2 Appellationsverfahren

Die Verteidigung erläuterte in ihrem Einstellungsantrag, dass Silvia Buscher und Elisabeth Ramer ausgesagt hatten, es sei von Anfang an klar gewesen, dass die Nebenkosten zulasten der GöV gehen sollten, man habe lediglich übersehen, dass der Formularvertrag dies anders regle (Akten S. 2638 Ziff. II.6.1 Abs. 1). Die von den Parteien gewollte Vereinbarung derogiere die versehentlich nicht gestrichene Ziff. 3.2 im Formularvertrag (Akten S. 2638 Ziff. II.6.1 Abs. 3). Da das Verhalten des Beschwerdeführers durch eine gültige Regelung abgedeckt war, hätte die Anklage umschreiben müssen, worin genau die Pflichtwidrigkeit bestehe. Die Anklage tue mit keinem Wort dar, woraus sich ergeben soll, dass die Belastung der GöV mit Nebenkosten gegen den Willen der Geschäftsherrin erfolgte und woraus sich ergebe, dass der Beschwerdeführer dies gewusst und gewollt habe. Aus der Anklage sei auch nicht ersichtlich, worin ein Schaden bestehe, stellen die erwähnten Zahlungen doch lediglich die Erfüllung einer vertraglichen Vereinbarung dar, was gerade keine widerrechtliche Vermögensschädigung ist (Akten S. 2639 Abs. 2).

In ihrer materiellen Appellationsbegründung legte die Verteidigung dar, dass es sich bei der fraglichen Liegenschaft keineswegs um eine Renditeliegenschaft handle. Eine Miete von 60'000.- Franken jährlich in Zofingen sei sehr hoch (Akten S. 2798 Ziff. 3.2.3.2). Entgegen der nicht gestrichenen Formularbestimmung, die Nebenkosten seien von der Mieterschaft zu bezahlen, sei abgemacht gewesen, diese gingen zulasten der GöV. Die von der Anklage aufgelisteten Beträge seien zudem zum grössten Teil gemäss zwingendem Mietrecht von der Vermieterin zu übernehmen (Akten S. 2800 Ziff. 3.2.3.6). Weder Untersuchungsbehörde noch Strafgericht hätten dazu Detailabklärungen vorgenommen (Akten S. 2801 Abs. 3) Dass die fraglichen Nebenkosten zulasten der GöV gehen sollten, sei ständige Meinung der auf der Vermieterseite beteiligten Personen gewesen. Aus dieser

Sicht sei es irrelevant, ob das Verhalten der Vermieterin (aus der Sicht der Anklagebehörde) zu mieterfreundlich war oder nicht (Akten S. 2802 Ziff. 3.2.3.7)

In ihrem zweitinstanzlichen Plädoyer führte die Verteidigung aus, in den offiziellen Untersuchungsakten fehlten Belege. Bei vielen Rechnungen sei nicht klar, wieso es sich um Nebenkosten im Sinne des Mietrechts handeln solle. Rechnungen unter CHF 300.- würden unter den Tatbestand von Art. 172ter fallen. Alle am Vertrag beteiligten Personen hätten erklärt, die Ziffer im Formular, wonach die Nebenkosten durch den Mieter zu tragen sind, sei versehentlich nicht gestrichen worden (Akten S. 3286 Ziff. 1). Die Liegenschaftskosten seien zudem aus den Jahresrechnungen ersichtlich gewesen, welche die Stiftungsräte und der GöV-Vorstand bekommen haben (Akten S. 3287 Abs. 1 Mitte). Selbst wenn die Nebenkosten-Regelung im Formular-Mietvertrag gälte, bliebe es dabei, dass zahlreiche Positionen unmöglich dem Mieter hätten angelastet werden dürfen (Akten S. 3297 Abs. 3). Kostendeckend habe eine solche Liegenschaft ohnehin nicht vermietet werden können (Akten S. 3299 Abs. 2). Die Mitgliederversammlung der GöV habe zudem Kenntnis von der Vermietung der Liegenschaft an den Beschwerdeführer gehabt und dies akzeptiert. An der Umschreibung einer für eine Veruntreuung notwendigen Aneignungshandlung fehlte es in der Anklage (Akten S. 3301 Ziff. 7 Abs. 2). Zudem könne keine Rede davon sein, der Beschwerdeführer habe einen obligatorischen Anspruch vereitelt (Akten S. 3302 Abs. 1). Die SPS habe schon deshalb keinen Schaden erlitten, weil die Liegenschaft der GöV gehöre (Akten S. 3302 Ziff. 8 Abs. 1).

#### 4.3      Angefochtenes Urteil

Das angefochtene Urteil erachtet alle vorgeworfenen Taten bis Ende 1994 als verjährt (angefochtenes Urteil S. 86 Ziff. 2.1.1). Die übrigen Taten seien nicht verjährt, da das jeweilige Visieren der Rechnungen und deren Weiterleitung an den Buchhalter mit dem Auftrag zur Bezahlung als die für die Verjährung massgebliche Tathandlungen zu betrachten seien, was der Beschwerdeführer während der in der Anklage genannten Zeitspanne bis Ende 1999 laufend getan habe (angefochtenes Urteil S. 87 Abs. 1 unten).

Die dem Beschwerdeführer vorgeworfene Delinquenz erstreckte sich über Jahre hinweg zu Lasten von gemeinnützigen Organisationen, bei denen er als einzelzeichnungsberechtigter Präsident und Geschäftsführer grosses Vertrauen genoss und einen beherrschenden Einfluss besass. Einen finanziellen Vorteil von in jedem Falle über CHF 135 000.-- verschafft zu haben, könne nicht mit dem Begriff "Bagatelldelinquenz" in Verbindung gebracht werden (angefochtenes Urteil S. 88 unten). Eine teilweise Anwendung von Art. 172ter StGB komme daher nicht in Frage (angefochtenes Urteil S. 89 Abs. 1).

Soweit sich unter den in der Anklage aufgelisteten Positionen Rechnungen für Unterhaltsarbeiten gemäss Art. 256 OR befinden sollten, so sei die vom Beschwerdeführer veranlasste Bezahlung dieser

Kosten durch die Paraplegiker-Organisation strafrechtlich nicht relevant (angefochtenes Urteil S. 90 Abs. 3 unten). Die Tragung von Nebenkosten durch den Mieter bei der Miete von Einfamilienhäusern entspreche dem Vertragsverhältnis und werde in der Praxis stets so gehandhabt. Dass gleichwohl der Vermieter sich bereit erkläre, dem Mieter etwa die Stromkosten zu bezahlen, sei zwar im Rahmen der Vertragsfreiheit möglich, doch sehr aussergewöhnlich (angefochtenes Urteil S. 92 Abs. 1). Vorliegend mache die Verteidigung in einigen Punkten zu Recht geltend, dass sich in der Anklageschrift aufgelistete Rechnungen auf Reparaturen am Mietobjekt sowie Erneuerungen bestehender Einrichtungen und damit auf Unterhaltsarbeiten beziehen, welche nach den dargelegten mietrechtlichen Grundsätzen der Vermieterin obliegen hätten (angefochtenes Urteil S. 92 Abs. 2 oben). Im Verhältnis zur Gesamtsumme gemäss Anklage von CHF 140'744.80 (unter Berücksichtigung der eingetretenen Verjährung für die Jahre 1990 bis 1994) ergebe sich aber unter diesem Gesichtspunkt nur eine relativ geringe Reduktion des Deliktsbetrags (angefochtenes Urteil S. 93 Abs. 1 unten).

Eine mündliche Übernahme der Nebenkosten wäre sehr unüblich gewesen (angefochtenes Urteil S. 93 Abs. 2 unten). Vor allem aber sei unerfindlich, weshalb bei einer derartigen Abmachung über die Bezahlung der Nebenkosten durch die Vermieterin die gegenteilig lautende Bestimmung im schriftlichen Mietvertrag, wonach der Mieter sämtliche Nebenkosten zu tragen hatte, nicht geändert oder zumindest gestrichen worden sei (angefochtenes Urteil S. 94 Mitte). Alle Umstände würden nicht dafür sprechen, dass es die vom Beschwerdeführer behauptete Vereinbarung, wonach ihm die Gönnervereinigung sämtliche Nebenkosten bezahlen sollte, tatsächlich gegeben habe (angefochtenes Urteil S. 92 Abs. 1 unten). Silvia Buscher wie auch Elisabeth Ramer hätten in der zweitinstanzlichen Verhandlung zwar erklärt, dass mit dem Beschwerdeführer eine mündliche Abmachung bestanden habe, wonach die Gönnervereinigung als Vermieterin die Nebenkosten für die vermietete Villa tragen würde. Bei beiden Zeuginnen sei diese Behauptung wenig glaubhaft (angefochtenes Urteil S. 94 unten, S. 95 oben).

Aus dem Umstand, dass Frau Buscher und Frau Ramer über das Mietverhältnis für die Villa in Zofingen orientiert gewesen waren, könne der Beschwerdeführer nicht ableiten, dass die beiden Damen als Vertreterinnen der Vermieterin mit der weitgehenden Bezahlung von Nebenkosten durch diese stillschweigend einverstanden gewesen wären. Sie seien finanziell in erheblichem Masse abhängig vom Beschwerdeführer und ihm auch aufgrund seiner Persönlichkeit unterlegen, so dass sie seinem Vorgehen nicht hätten wirksam entgegengetreten können (angefochtenes Urteil S. 97 Abs. 3 unten, S. 98 oben).

Auch der Umstand, dass die Jahresrechnungen der Gönnervereinigung jeweils durch die alle 3 Jahre durchgeführten Generalversammlungen derselben genehmigt worden seien und den Organen Décharge erteilt worden sei, ändere nichts. Da die inkriminierten Zahlungen und insbesondere deren Verwendungszweck nicht im Einzelnen aus den der Generalversammlung vorgelegten Unterlagen hervorgegangen seien, habe diese keine Kenntnis darüber gehabt, womit sich ihre Zustimmung auch nicht darauf hätte beziehen können (angefochtenes Urteil S. 100 Abs. 2 oben).

Ergänzend könne bemerkt werden, dass unter der gegenteiligen Annahme, wonach in Bezug auf die behauptete Übernahme der Nebenkosten durch die Gönnervereinigung als Vermieterin eine gültige Übereinkunft zwischen den Parteien des Mietvertrags zustande gekommen sei, dem Beschwerdeführer - in seiner Eigenschaft als Organ der Gönnervereinigung - eine solche Vereinbarung zum Vorwurf gemacht werden müsste. Strafrechtlich würde dieses Verhalten unter den Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung im Sinne von Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 und 3 StGB fallen (angefochtenes Urteil S. 102 Abs. 2 oben).

#### 4.4 Beschwerdegründe im Einzelnen

##### 4.4.1 Mangels Schaden der SPS kein Vermögensdelikt

Auch in diesem Punkt geht die Anklage davon aus, dass der Beschwerdeführer aus ihm anvertrauten Mitteln der Stiftung bzw. "mit Geldern der Stiftung" Zahlungen zu seinem unrechtmässigen Nutzen vorgenommen habe (Anklage B.3.1 Abs. 1 i.V.m. B.3.2 Abs. 1, Akten S. 2148 und 2150. Der Schaden wird auch in diesem Fall als Gesamtschaden behandelt, den die Stiftung erlitten habe (Anklage B. Abs. 1, Akten S. 2146). Somit steht die Anklage auf dem Standpunkt, der Stiftung sei ein Vermögensschaden entstanden, vorbehältlich der zweiten Möglichkeit von der Anklage ins Auge gefassten Variante eines Schadens kraft Wirtschaftlicher Einheit. **[Es ist strafrechtlich nicht von Bedeutung, ob der Beschwerdeführer das Vermögen der Gönnervereinigung oder jenes der Stiftung schädigte: BGer-Urteil 6S.415/2006, E. 13.3A]**

##### 4.1.1 Kein Schaden durch Verwaltung wirtschaftlich fremder Gelder auf eigenem Konto

Zu diesem Punkt kann auf das zuvor unter diesem Titel bei Anklage Ziffer B.1 Gesagte verwiesen werden. Auch hier gilt, dass die Stiftung durch Zahlungen der GöV aus GöV-Vermögen keinen Schaden im Rechtssinne erleidet, selbst wenn sie das GöV-Vermögen auf ihrem Konto verwaltet. Da alle hier eingeklagten Zahlungen namens der GöV nicht ihre Aktiven vermindert haben, sondern lediglich ihre Passiven - nämlich die viel höhere SPS-Schuld gegenüber der GöV aus noch nicht abgelieferten Mitgliederbeiträgen, kommt ein Vermögensdelikt zum Nachteil der SPS nicht in Betracht. **[Es ist strafrechtlich nicht von Bedeutung, ob der Beschwerdeführer das Vermögen der Gönnervereinigung oder jenes der Stiftung schädigte: BGer-Urteil 6S.415/2006, E. 13.3A]**

##### 4.1.1.2 Offensichtliche Verkennung der Akten und Beweislage zur Schadensfrage

Die Anklage Ziffer B.3 basiert auf der Annahme, entscheidend sei der am 15. März 1988 schriftlich unterzeichnete Mietvertrag. Die Einwände der Verteidigung, dass der relevante Vertrag mündlich abgeschlossen worden sei und bezüglich Tragung der Nebenkosten anders als im schriftlichen Vertrag

lautete, liess die Vorinstanz nicht gelten. Sie betrachtete die beiden Zeuginnen Buscher und Ramer, die den mündlichen Vertrag für die GöV abgeschlossen und auch den schriftlichen Vertrag unterzeichnet hatten, als langjährige Weggefährten und Organe seit Beginn von Stiftung und GöV als vom Beschwerdeführer "abhängig".

Die Verteidigung hatte eingewendet, dass der mündliche Vertrag vor dem 15. März 1988 abgeschlossen worden sei. Demgegenüber führte das angefochtene Urteil im Zusammenhang mit der Verjährungsfrage aus, die Verteidigung mache geltend, die Regelung der Bezahlung von Nebenkosten durch die Gönnervereinigung basiere auf einer entsprechenden mündlichen Vereinbarung, die *gleichzeitig* mit dem schriftlichen Mietvertrag vom 15. März 1988, jedoch in Abweichung von dessen Formulierung getroffen worden sei (angefochtenes Urteil S. 86, Ziff. 2.12).

Die zitierte Annahme der Vorinstanz beruht auf einem offensichtlichen Versehen im Sinne von Art. 277<sup>bis</sup> BStP. Die Verteidigung hat gegenteils schon zu Beginn ausgeführt, dass der mündliche Vertrag zwischen der GöV und dem Beschwerdeführer vor Unterzeichnung der Urkunde abgeschlossen worden war, weshalb dem schriftlichen Vertrag vom 15. August 1988, soweit er bezüglich der Nebenkosten von der mündlichen Abmachung abweiche, wegen Irrtums im Sinne von Art. 18 Abs. 1 OR irrelevant sei (Akten S. 2638 Abs. 1). Die Verteidigung hatte dies mit Belegstellen in den Akten dokumentiert, indem sie darauf hinwies, dass sich Silvia Buscher und Elisabeth Ramer schon *vor Eröffnung* einer Strafuntersuchung anlässlich der Befragung durch die Herren Claudio Lehmann und Hans Wülser von ATAG Ernst & Young zum Mietverhältnis geäußert hatten. Übereinstimmend hatten sie bei der ATAG angegeben, es sei von Anfang an klar gewesen, dass die Nebenkosten zu Lasten der Gönner-Vereinigung gehen sollten. Dazu Ramer: "Es war von Anfang an allen klar, dass Nebenkosten zulasten GöV.... Man wollte *den Vertrag in einem Dokument festhalten*, daher das im Kanton Aargau übliche Vertragsformular angewendet; man habe übersehen, dass die Nebenkosten dort zulasten Mieter vorgesehen sind" (Eingabe Verteidigung, Akten S. 2638 Abs. 2, mit Hinweis auf Befragungsprotokoll Ramer, SB 41 VZ/Nr. 38 S. 2, Hervorhebung durch die Verteidigung, vgl. auch Buscher, SB 41 VZ/Nr. 37).

Die Vorinstanz übersieht in diesem Zusammenhang insbesondere auch, dass der schriftliche Mietvertrag vom 15. März 1988 an dem Tag unterzeichnet worden ist, welchen der Vertrag selbst als *Mietantritt* ausweist (SB SB 41 VZ/Nr. 33 S. 1). Es ist daher schon nach der allgemeinen Lebenserfahrung höchst unwahrscheinlich, dass ein Mietvertrag mit der Vermieterin über die essentialia erst abgeschlossen wird, wenn der Einzug in das Mietobjekt bereits im Gange ist. Das gilt insbesondere vorliegend, wo nach Einigung über die essentialia zuerst noch ein Vertragsformular vom Hauseigentümerversand des Kantons Aargau beschafft werden musste. Die Vorinstanz hat daher offensichtlich übersehen, dass nie die Rede von einem Vertragsschluss erst am Tage des Mietantritts gewesen ist.

Die unzutreffende Feststellung der Vorinstanz, die Verteidigung habe selbst behauptet, es sei am gleichen Tage sowohl zu einem schriftlichen Vertragsabschluss wie parallel dazu zu einer abweichenden, für den Beschwerdeführer günstigeren mündlichen Abmachung gekommen, war wohl Anlass, bei der Vorinstanz Bedenken gegenüber der Glaubwürdigkeit der Zeuginnen zu schüren. Dies galt erst recht, nachdem diese ihrerseits vor Gericht bestätigten, dass der mündliche Mietvertrag mit Nebenkostenregelung zulasten der Vermieterin gelte und nicht der schriftliche, in welchem man die Nebenkosten-Klausel zulasten des Mieters zu streichen vergessen habe.

Wäre der Vorinstanz dieses Versehen nicht unterlaufen, so hätte sich für sie die Frage eines ersten mündlich geschlossenen Vertrages gestellt. Sie hätte sich dann mit der Rechtsfrage befassen müssen, was zwischen GöV und Beschwerdeführer gültig vereinbart worden ist. Es hätte prüfen müssen, ob allenfalls eine von den Parteien gewollte Vereinbarung bezüglich Nebenkosten zulasten der GöV geschlossen worden war, welche der versehentlich nicht gestrichenen Ziff. 3.2 im Formularvertrag des Aargauischen Hauseigentümerverbandes derogierte, gestützt auf Art. 18 Abs. 1 OR, wonach bei der Beurteilung eines Vertrages "der übereinstimmende wirkliche Wille und nicht die unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise zu beachten ist, die von den Parteien aus Irrtum gebraucht wird" (vgl. dazu Jäggi/Gauch, Zürcher Kommentar, Art. 18 OR, Rdn. 47 ff.; Kramer/Schmidlin, Berner Kommentar, Art. 18 OR, Rdn. 16 ff.). Das Versehen der Vorinstanz wirkte sich auf die Beurteilung der Frage aus, welcher Vertragsinhalt gültig zwischen Beschwerdeführer einerseits und der GöV andererseits vereinbart worden sei.

Des weiteren führte das Versehen auch dazu, dass sich die Vorinstanz nicht mit den Akten auseinandersetzte, welche zeigen, dass der Mietvertrag 12 Jahre lang genau so gehandhabt wurde, wie vom Beschwerdeführer geltend gemacht. Es wurde sogar übergangen, dass die den Mitgliederversammlungen vorgelegten Kontrollstellenberichte die finanziellen Folgen dieser Regelung jährlich auswiesen (SB 27 GöV 13-17, je Seite 9), was bedeutet, dass der Verein durch Zustimmung der konkludent geschlossenen Regelung mit Nebenkosten zulasten des Vereins schon seit 1989 zugestimmt hat.

Wäre der Vorinstanz dieses Versehen nicht unterlaufen, hätte sie die Rechtsfrage prüfen müssen, ob in der gelebten Regelung nicht eine Aufhebung des schriftlichen Vertrags lag. Da die Vorinstanz aufgrund der genannten offensichtlichen Versehen die massgebenden zivilrechtlichen Vorfragen nicht prüfte, verletzte sie Art. 1 OR und gelangte dadurch zur Annahme eines Schadens und zu einer unrichtigen Anwendung von Art.138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB. **[Behauptungen des Beschwerdeführer stehen im Widerspruch zu den Feststellungen der Vorinstanz, die verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden sind: BGer-Urteil 6S.415/2006, E. 15.2]**

#### 4.4.2 Kein Schaden aus Wirtschaftlicher Einheit zwischen SPS und GöV

Die Vorinstanz hiess den Anklagevorwurf Ziffer B.3.2 wegen Veruntreuung auch in diesem Fall gestützt auf die Annahme einer Wirtschaftliche Einheit gut, indem es der Anklage folgte, die dem Beschwerdeführer vorwarf, dieser habe zum Schaden der Stiftung veranlasst, dass die GöV ohne gültige Vereinbarung aus deren Mitteln Nebenkosten ab Stiftungskonto für die GöV-Liegenschaft Mühlegasse 19 in Zofingen bezahlt habe. Auch hier anerkannte das angefochtene Urteil wegen der Wirtschaftlichen Einheit eine Schädigung der Stiftung, obwohl die fraglichen Vermögenswerte nur das Vermögen der GöV tangierten, ebenso wie die angeklagte angebliche Pflichtverletzung nur die GöV berührte und nicht die SPS.

Wie oben schon ausgeführt worden ist, kann auch unter dem Titel Wirtschaftliche Einheit kein Vermögensdelikt zum Nachteil der Stiftung hergeleitet werden. **[Es ist strafrechtlich nicht von Bedeutung, ob der Beschwerdeführer das Vermögen der Gönnervereinigung oder jenes der Stiftung schädigte: BGer-Urteil 6S.415/2006, E. 13.3A]**

#### 4.4.3 Verjährung / massgebende Tathandlung

Das Appellationsgericht argumentiert auch hier alternativ: Es führt aus, die Behauptung einer dem schriftlichen Mietvertrag widersprechenden Abmachung sei widerlegt (Urteil S. 86 unten). Dass die Beweislage unmöglich zu diesem Schluss führen kann, wird mit staatsrechtlicher Beschwerde gerügt. Vorliegend wird mit Nichtigkeitsbeschwerde die zweite Argumentationsschiene des Appellationsgerichts angefochten, wonach selbst unter der Annahme einer solchen Vereinbarung weitere (rechtlich relevante) Vorkehrungen notwendig gewesen seien, damit die fraglichen Beträge zu Lasten der Buchhaltung der GöV bezahlt worden seien. Als für die Verjährung massgebliche Tathandlungen sei das jeweilige Visieren der Rechnungen und deren Weiterleitung an den Buchhalter zwecks Bezahlung zu betrachten (angefochtenes Urteil S. 87 Mitte).

Diese Begründung, die Visierung von Rechnungen und deren Weiterleitung an die Buchhaltung zwecks Bezahlung sei die massgebende Tathandlung, wird als bundesrechtswidrig kritisiert. Wurde im März 1988, mit Abschluss des Mietvertrages, zwischen dem Beschwerdeführer als Mieter und den beiden anderen Vorstandsmitgliedern der GöV, Frau Buscher und Frau Ramer, vereinbart, im Pauschalmietbetrag von CHF 60'000.– seien alle Nebenkosten inbegriffen, mit anderen Worten, diese Nebenkosten würden alle von der GöV getragen, dann läge die einzig relevante Tathandlung im Abschluss dieser Vereinbarung anfangs 1988. Werden dann 13 Jahre lang, bis zum Kauf des Hauses durch den Beschwerdeführer, alle diese Nebenkosten effektiv auch durch die GöV bezahlt, dann sind dies lediglich Auswirkungen des damaligen „Tat“entschlusses und nicht für sich je separate deliktische Handlungen. Daran ändert auch nichts, dass der Buchhalter die von dem Beschwerdeführer visierten Rechnungen überwiesen hat. Das Visum bedeutete nicht, was im angefochtenen Urteil auch nicht

behauptet wird, der Beschwerdeführer habe sich damit neu etwas zahlen lassen, was er selber hätte bezahlen müssen. Das Visum zur Zahlung bedeutete lediglich, dass es sich effektiv um Nebenkosten für die Liegenschaft handelte, die gemäss zu Grunde liegendem Beschluss durch die GÖV zu bezahlen seien.

#### 4.4.3.1 Beginn der Verjährung

Massgebend für den Beginn der Verjährungsfrist ist die Tathandlung, welche sowohl eine aktive Handlung, als auch eine Unterlassung sein kann (BGE 102 IV 79f.). Das führt dazu, dass die Verfolgung eines Erfolgsdeliktes verjähren kann, bevor der Erfolg eintritt (Treichsel/Noll, Strafrecht AT I, 6. Auflage, Zürich 2004, S. 308; BSK StGB I-Müller, Basel 2003, Art. 71 N 2). Dies mag in Einzelfällen als stossend empfunden werden, doch lässt die geltende gesetzliche Regelung keinen Raum für eine andere Auslegung (BSK StGB I-Müller, Art. 71 N 4 mit weiteren Literaturhinweisen).

##### 4.4.3.1.1 Veruntreuung

Bei der Veruntreuung besteht die tatbestandsmässige Handlung der "Gutsveruntreuung" in einem Verhalten des Täters, durch welches er eindeutig seinen Willen bekundet, den obligatorischen Anspruch des Treugebers zu vereiteln (Leitsatz von BGE 121 IV 23), z.B. Leugnen eines Inkassos, willentliches Verschweigen eines für einen Dritten bestimmten Zahlungseingangs.

Das Bundesgericht geht davon aus, dass eine Veruntreuung ohne Schädigung begrifflich ausgeschlossen sei. Dazu führte es in BGE 124 IV 241 im Leitsatz Folgendes aus: "Die Schädigung des Vermögens durch eine Veruntreuungs- oder Betrugshandlung stellt einen Erfolg im Sinne von Art. 7 Abs. 1 StGB dar". An diese Überlegung ist anzuknüpfen, will man die mögliche Tathandlung (hier die mündlich-vertragliche Abmachung, zur Grundmiete von CHF 40'000.- würden pauschal für Nebenkosten CHF 20'000.- hinzugeschlagen, was die Gesamtmiete von CHF 60'000.- ergibt) korrekt ermitteln. Wollte man die (mögliche) Veruntreuung als Tätigkeitsdelikt verstehen, wären fälschlicherweise die einzelnen Visierungen von Nebenkosten-Rechnungen zur Zahlung als Tathandlungen zu erblicken, obwohl dieser Vorgang keinerlei irgendwie gearteten Tatenschluss (mehr) beinhalte.

##### 4.4.3.1.2 Ungetreue Geschäftsbesorgung

Bei der ungetreuen Geschäftsbesorgung im Sinne des Treubruchtatbestandes nach Art. 158 Ziff. 1 StGB ist die tatbestandsmässige Handlung darin zu erblicken, dass der Täter gerade diejenigen besonderen Pflichten verletzt, die ihm hinsichtlich seiner konkreten Tätigkeit als Geschäftsführer generell oder auch hinsichtlich spezieller Geschäfte treffen. Tatbestandsmässig ist nur die pflichtwidrige Handlung (oder Unterlassung infolge Garantienstellung) des Geschäftsführers (BSK

StGB II-Niggli, Art. 158 N 107). Als Folge der Handlung muss ein Schaden eintreten, ansonsten ist der objektive Tatbestand nicht erfüllt.

Der Missbrauchstatbestand gemäss Art. 158 Ziff. 2 StGB erfasst als Tathandlung das nicht näher umschriebene "Missbrauchen" der dem Täter im Aussenverhältnis zukommenden Vertretungsmacht, um seine im Innenverhältnis bestehende Vertretungsbefugnis pflichtwidrig auszuüben, das heisst deren Einsatz gegen die wohlverstandenen Interessen des Vertretenen (BSK, a.a.O, Art. 158 N 144).

#### 4.4.3.2 Folgerungen

##### 4.4.3.2.1 Veruntreuung

Im vorliegenden Fall kann nicht von einer Veruntreuung gesprochen werden, müssen doch die anvertrauten Vermögenswerte nach h. L. im alleinigen Zugriffsbereich des Täters liegen (vgl. zur abweichenden Meinung des Bundesgerichts: BSK StGB II-Niggli/Riedo, Art. 138 N 90 f.). Das Geld war dem Beschwerdeführer nicht anvertraut, auch nicht in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer. Die Visa des Beschwerdeführers zuhanden der Buchhaltung konnten unmöglich als weiterer „Tat“entschluss verstanden werden; sie konnte nur bedeuten, dass die entsprechenden Positionen – im Sinne der Abmachung von 1988 – Nebenkosten sind und bezahlt werden können. Im blossen Zahlungsverkehr einen neuen „Tat“entschluss zu erblicken, verkennt dessen Bedeutung im Zahlungsverkehr, was gegen Bundesrecht verstösst.

Die Frage nach einer mehrfachen Tatbegehung kann ihre Beantwortung nicht im Umstand finden, ob ein Zahlungsverkehr einen Teil-Erfolg, resultierend aus dem Grundbeschluss, auslöst. Eine Straftat kann ohnehin nur vorliegen, wenn ein neuer Wille des angeblichen Täters zu erkennen ist. Ein Zahlungsverkehr hat mit einem neuerlichen Tatentschluss oder einer Tathandlung nichts zu tun. Würde man auf die immer wieder erfolgten Zahlungsverkehr als Tathandlungen abstellen, müsste man auch beim Besprayen einer Hauswand von je eigenständigen Tathandlungen ausgehen, sobald die Sprayer die Spraydose wechseln. Ein Ladendieb macht sich auch nicht des mehrfachen Diebstahls schuldig, wenn er mehrere Gegenstände mitnimmt (Günter Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, AT I, 2. Auflage 1996, § 19 N 11).

Nimmt man das Vorliegen einer Veruntreuung an und geht man bei dieser von einem Erfolgsdelikt aus, so kann einzig die Abmachung von 1988 als Tathandlung angesehen werden. Wenn jemand heute unrechtmässig eine Zahlungsanweisung an die Bank seiner Arbeitgeberin unterzeichnet und diese in ein paar Tagen die Zahlung ausführt, dann handelt es sich bei der möglicherweise strafrechtlich relevanten Tathandlung um die heute unterzeichnete und der Bank übermittelte Zahlungsanweisung (und nicht um die in ein paar Tagen ausgeführte Zahlung). Die Zahlung ist bloss der Erfolg, der aber für die Frage des Beginns der Verjährungsfrist irrelevant ist. Nicht anders verhält es sich, wenn der Täter die Zahlung auf Ende Monat terminiert oder die Anweisung gibt, die Zahlung sei erst in drei Monaten oder in vier Raten auszuführen. Es geht nicht an, dass mit BGE 117 IV 408 das Konstrukt

des fortgesetzten Delikts aufgegeben wird, dieses anschliessend durch die Figur der verjährungsrechtlichen Einheit ersetzt, die wiederum in BGE 131 IV 83 aufgegeben wird, um nun fälschlicherweise Zahlungsverträge als die massgebende Tathandlung zu bezeichnen, bloss um - auf Biegen und Brechen - zu einem Schuldspruch zu gelangen, der sich nicht wirklich sachlich begründen lässt. **[Da davon auszugehen ist, dass keine mündliche Vereinbarung abgeschlossen worden ist, ist nicht zu prüfen, wann eine Verjährung unter diesen Umständen begonnen hätte: BGer-Urteil 6S.415/2006, E. 17.2]**

#### 4.4.3.2.2 Ungetreue Geschäftsbesorgung

Aus den vorgenannten und nachstehenden Überlegungen müsste die (wenn überhaupt) tatbeständliche Handlung in der Vereinbarung von 1988 erblickt werden. Voraussetzung für die Bejahung einer ungetreuen Geschäftsbesorgung ist ein Schaden (BSK StGB II-Niggli, Art. 158 N 110 und N 146). Von einem Schaden im strafrechtlichen Sinn kann nicht ernsthaft gesprochen werden, wenn die mit Zahlungen für Nebenkosten belastete juristische Person sich diese Position pauschal hat abgelten lassen.

Die verschiedenen Zahlungsverträge können aus den gleichen Gründen wie im Zusammenhang mit der vermeintlichen Veruntreuung ausgeführt, nicht ausschlaggebend sein; sie wären höchstens mitbestrafte Nachtaten. Wenn ein Betrüger einen Geschädigten dazu bringt, ihm eine gewisse Summe zu überweisen, dann spielt es (ebenso) keine Rolle, ob der Geldbetrag in einer einzigen Zahlung oder in Ratenzahlungen überwiesen wird. Es spielt auch keine Rolle, ob der Geschädigte der Bank einen befristeten Dauerauftrag oder monatlich neue Zahlungsanweisungen erteilt. Es handelt sich immer nur um einen einzigen Betrug. Nicht anders ist es im vorliegenden Fall. Das zeigt auf, wie fehlerhaft das Appellationsgericht Basel argumentiert, denn es hat "Tathandlung" und "Erfolg" vermischt. Und im Übrigen gilt: "Wo kein Schaden, da keine ungetreue Geschäftsbesorgung." Bezeichnenderweise hat sich die GöV auch nie als Geschädigte verstanden.

Es ist egal, welche mögliche Straftat dem Beschwerdeführer vorgeworfen wird. Tathandlung wäre stets die Abmachung aus dem Jahre 1988 gewesen, wonach die Nebenkosten alle von der GöV zu bezahlen seien, weil diese mit CHF 20'000.00 pauschal zur Miete geschlagen worden waren. Eine allfällige strafbare Handlung ist daher verjährt. **[Da davon auszugehen ist, dass keine mündliche Vereinbarung abgeschlossen worden ist, ist nicht zu prüfen, wann eine Verjährung unter diesen Umständen begonnen hätte: BGer-Urteil 6S.415/2006, E. 17.2]**

#### 4.4.4 Anwendbarkeit von Art.172<sup>ter</sup> StGB

##### 4.4.4.1 Rügebereich

Ziffer 3.2 der Anklageschrift vom 31. Juli 2002 befasst sich mit den Nebenkosten der Liegenschaft Mühlegasse 19 in Zofingen, die der GöV gehörte und die der Beschwerdeführer seit 1988 als deren Mieter bewohnte. Die Anklageschrift wirft dem Beschwerdeführer vor, dass dieser entgegen dem schriftlichen Mietvertrag die Nebenkosten des Mietobjekts von Anfang 1990 bis Ende 1999 aus den Mitteln der GÖV und zum Nachteil der Stiftung bezahlen liess. Die Anklageschrift nennt 158 Rechnungen innert 10 Jahren. Darunter findet man 64 Rechnungen mit einem Betrag von weniger als 300 Franken, die gemäss Art. 172<sup>ter</sup> StGB nur auf Antrag verfolgbar und Übertretungen wären.

Gemäss Appellationsgericht ist infolge Verjährung nur noch die Zeit zwischen 1995 und 1999 zu beurteilen. In diese Periode fallen 86 Rechnungen, wovon 35 tiefer als 300 Franken liegen.

Die Verteidigung rügte vor Appellationsgericht, Art. 172<sup>ter</sup> StGB sei bei diesem Anklagepunkt nicht berücksichtigt worden. Sie verlangte, dass in diesen Fällen das Verfahren unter dem Aspekt eines fehlenden Strafantrags und unter dem Aspekt der eingetretenen Verjährung einzustellen sei (Pläd. AppG VF Ziff. 3.2 S. 6 f.)

##### 4.4.4.2 Angefochtenes Urteil

Das Appellationsgericht lehnte die Anwendung von Art. 172<sup>ter</sup> StGB ab und beruft sich auf BGE 123 IV 113 ff. (angefochtenes Urteil S. 88 f.). In jenem Entscheid ging es um die Frage der Anwendbarkeit von Art. 172<sup>ter</sup> StGB auf mehrere Sachbeschädigungen im Zusammenhang mit gewerbsmässigem Einbruchdiebstahl. Der Beschuldigte hatte innerhalb von 7½ Monaten 23 Diebstähle und 6 Diebstahlsversuche begangen. Sechs dieser Einbrüche beging er in einer einzigen Nacht. Das Bundesgericht berührte die Frage, welche Delikte aus der Sicht von Art. 172<sup>ter</sup> StGB örtlich, zeitlich oder betragsmässig zusammenzufassen oder zu trennen seien, wenn gleichartige oder verschiedene Vermögensdelikte zu beurteilen sind. Es ging darauf jedoch ausdrücklich nicht weiter ein, weil es bei den Diebstählen Gewerbsmässigkeit bejahte und qualifizierter Diebstahl gemäss Art. 172<sup>ter</sup> Abs. 2 StGB ausdrücklich von dieser Norm ausgenommen wird.

Das Bundesgericht hatte daher ausschliesslich die Sachbeschädigungen zu beurteilen, die mit den gewerbsmässigen Diebstählen verbunden waren. Dazu führte es aus, ein serieller Einbruchdiebstahl offenbare erhebliche kriminelle Energie. Aus diesem Grund lasse es sich mit Sinn und Zweck von Art. 172<sup>ter</sup> Abs. 1 StGB nicht vereinbaren, Sachbeschädigungen zu privilegieren, die solchen Einbruchsserien dienen würden. Das Verbot in Art. 172<sup>ter</sup> Abs. 2 StGB, gewerbsmässigen Diebstahl unter diesen Tatbestand zu subsumieren, wirke sich seinem Normgehalt nach auf die notwendigen Sachbeschädigungen *als Begleitdelikte des gewerbsmässigen Einbruchdiebstahls* aus.

Eine solche Konstellation liegt bezüglich der angeklagten angeblichen Schäden wegen Mietnebenkosten nicht vor. Diese angeblichen Delikte beziehen sich nicht auf Begleitdelikte einer Deliktsserie, die gemäss Art. 172<sup>ter</sup> Abs. 2 StGB von dieser Norm ausgeschlossen wird. Hier geht es um einen ganz anderen Sachverhalt. Es geht auch nicht um eine Deliktsserie innert weniger Monate, die hohe kriminelle Aktivität offenbart, sondern um eine von allem Anfang an und während fast 13 Jahren gleich geübte Handlungsweise, wie sie nach Angaben aller Beteiligten mündlich vereinbart worden war, Monate vor flüchtiger Ausstellung und Unterzeichnung eines vorgedruckten Formularvertrages am Tag des Umzugs.

Das angefochtene Urteil beruft sich zudem auf den Bundesgerichtsentscheid 6S.531/2000 vom 27.12.2000 (angefochtenes Urteil S. 89). In jenem Fall hatte der Beschuldigte in einem Warenhaus im Zeitraum von einer Woche vier T-Shirts, eine Hose und ein Portemonnaie im Gesamtwert von Fr. 367.70 mitgenommen, ohne zu bezahlen. Er machte u.a. geltend, dass es sich bei seinen Taten um geringfügige Vermögensdelikte im Sinne von Art. 172<sup>ter</sup> StGB gehandelt habe und dass die einzelnen Entwendungen nicht als rechtliche Einheit behandelt qualifiziert werden dürften, ebenso wenig wie die Ladendiebstähle, die er innerhalb von einer Woche begangen habe, kein andauernd pflichtwidriges Verhalten seien. Das Bundesgericht lehnte diese Argumentation ab, weil es eine natürliche Handlungseinheit annahm, die vorliege, wenn das gesamte, auf einem einheitlichen Willensakt beruhende Tätigwerden des Täters kraft eines engen räumlichen und zeitlichen Zusammenhanges der Einzelakte bei natürlicher Betrachtungsweise objektiv als einheitliches, zusammengehörendes Geschehen erscheine, indem in diesen Fällen durch mehrere Einzelhandlungen ein einheitlicher Deliktserfolg herbeigeführt werde, so wie bei demjenigen Täter, der wegen eines Diebstahls zu verurteilen sei, der in einem räumlich-zeitlichen Kontext von Laden zu Laden wandere und bei den einzelnen Entwendungen jeweils die Geringwertigkeitsschwelle einhalte. Auch in einem solchen Fall komme es darauf an, ob die einzelnen Entwendungen ein einheitliches, zusammengehörendes Geschehen bildeten. Dieser Sachverhalt ist ebenso wenig mit den hier beurteilten Zahlungsverträgen für Nebenkosten vergleichbar. Seine ihm vorgeworfenen angeblichen Delikte erstrecken sich wie erwähnt auf zehn bzw. als Folge der Verjährung auf fünf Jahre und erfolgten somit nicht in kurzen zeitlichen Abständen.

#### 4.4.4.3 Rechtslage

Im Basler Kommentar befasst sich Weissenberger ausführlich mit Fällen, bei denen während eines gewissen Zeitraums mehrere Vermögensdelikte begangen werden (BSK StGB II - Weissenberger, Art. 172<sup>ter</sup> StGB, N 32 ff.). Weissenberger unterscheidet verschiedene Fallgruppen:

Er führt zunächst aus, ausser Zweifel stehe, dass bei einer natürlichen Handlungseinheit der Gesamtwert der deliktisch erlangten bzw. geschädigten Vermögenswerte massgebend sei (N 33). Er verweist auf die Definition des Bundesgerichts zur natürlichen Handlungseinheit, wie sie zuletzt auch in

BGE 131 IV 94 festgehalten ist. In dieser Entscheidung wird ausdrücklich vermerkt, eine natürliche Handlungseinheit falle ausser Betracht, wenn zwischen den einzelnen Handlungen – selbst wenn diese aufeinander bezogen sind – ein längerer Zeitraum liege.

Nach Weissenberger sind ferner Fälle unproblematisch, in denen der Täter am Tatort gleichzeitig mehrere Gegenstände des gleichen oder verschiedener Berechtigten wegnimmt (N 34). Auch das differiert wesentlich von den Gegebenheiten i.S. des Beschwerdeführers.

Unzweifelhaft ist für Weissenberger ferner, dass die Deliktssummen zu addieren sind, wenn bei ein und derselben Tat mehrere verschiedenartige Vermögensdelikte verwirklicht werden (N 35). Auch das ist im Fall des Beschwerdeführers nicht geschehen.

Weissenberger äussert sich in der Folge zur Einheitstat. Bei den von ihm angestellten Überlegungen ist allerdings zu berücksichtigen, dass im Publikationszeitpunkt die neue Praxis gemäss BGE 131 IV 83 ff. noch nicht existierte, in welchem das Bundesgericht mit Blick auf das Legalitätsprinzip die Rechtsfigur der verjährungsrechtlichen Einheit aufgab. Im Zusammenhang mit der alten Praxis gab es unterschiedliche Meinungen zur Frage, ob die für eine Einheitstat massgebenden Kriterien bei Art. 172<sup>ter</sup> StGB taugen, um sie auf das Problem der Summierung von Beutewert und Schaden zu übertragen. Arzt (Geringfügige Vermögensdelikte, recht 1998, 225 ff., 232) und Weissenberger (N 36) lehnten dies ab, Stratenwerth/Jenny (Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen, 6. Aufl., Bern 2003, § 25 N 16) und sowie Albrecht (Bemerkungen zum Tatbestand der geringfügigen Vermögensdelikte gemäss Art. 172<sup>ter</sup> StGB, in: Mélanges en l'honneur du Prof. Jean Gauthier, Sonderband ZStR 114, 137 ff., 152 f.) befürworteten es, allerdings nicht bei mehrfachen Ladendiebstählen durch Aussenstehende, sondern nur bei andauernden Diebstählen oder Veruntreuungen durch ein Mitglied des Geschäftspersonals. Trechsel weist lediglich auf die anderen beiden Autoren hin, ohne eine eigene Stellungnahme abzugeben (Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 2. Aufl., Zürich 1997). Das Einheitsdelikt ist inzwischen Geschichte, weshalb jede Handlung verjährungsrechtlich und demzufolge auch aus der Sicht von Art. 172<sup>ter</sup> StGB sein Eigenleben und sein eigenes rechtliches Schicksal hat.

Nach Weissenberger ist die Frage der juristischen Tateinheit bei Art. 172<sup>ter</sup> StGB eigenständig zu beantworten (BSK, a.a.O., N 37). Dabei sollte die Grenzziehung nach dem objektiven Kriterium des engen zeitlich-räumlichen Kontextes vorgenommen werden und nicht unter Zuhilfenahme der Rechtsprechung zur "verjährungsrechtlichen Einheit" oder der problematischen Rechtsfigur des sog. "Gesamtvorsatzes". Weissenberger führt aus, unbeachtet der von ihm dargestellten Meinungsunterschiede dürfte unbestritten sein, dass beim gelegentlichen Wiederholungstäter auf die jeweiligen einzelnen Deliktsbeträge abzustellen sei und nicht auf deren Summe. Bei Sachbeschädigungen werde man bei mehreren gelegentlich begangenen Tathandlungen auf den jeweiligen Einzelschaden abstellen müssen, während etwa bei einer nächtlichen Spraytour die einzelnen Schadensbeträge zu kumulieren seien. Keine Tateinheit liege in der Regel bei gelegentlich

wiederholten Ladendiebstählen durch Aussenstehende vor. Anders verhalte es sich, wenn der Täter auf einer Diebestour innert einem oder weniger Tage mehrere Diebstähle begehe, bei denen jeder für sich genommen den Grenzwert nicht überschreite. Gleiches gelte für einen Dieb, der in kurzen zeitlichen Abständen in demselben Laden Gegenstände von geringfügigem Wert entwende. So entfalle etwa die Privilegierung, wenn der Täter gemäss einem vor den Taten gefassten festen Plan für eine bevorstehende Reise in einem Warenhaus im Zeitraum von einer Woche vier T-Shirts, eine Hose und ein Portemonnaie im Gesamtwert von Fr. 367.70 stehle, wie dies der unter Ziff. 5 zitierte Bundesgerichtsentscheid festhielt. Dass eine Summierung der Deliktsummen nur bei engem räumlichen und zeitlichen Zusammenhang diskutabel ist, halten auch Arzt, a.a.O 232 und Rehberg / Schmid / Donatsch, Strafrecht III, 8 Aufl. Zürich / Basel / Genf 2003 fest. Bei letzteren kann man lesen: "Verübt jemand mehrere gleich- oder verschiedenartige geringfügige Straftaten gegen das Vermögen, bleibt u. E. Art. 172<sup>ter</sup> regelmässig auf jede einzelne von ihnen anwendbar; nur bei engem räumlichen und zeitlichen Zusammenhang zwischen mehreren, unter den gleichen Tatbestand fallenden Delikten wird sich keine Privilegierung mehr rechtfertigen und der betroffene Gesamtwert als massgebend betrachtet werden müssen" (S. 80).

In Literatur und Judikatur spricht man von einer natürlichen Handlungseinheit bei einer Tracht Prügel, einem Schwall von Beschimpfungen, mehreren Messerstichen, einem Ladendiebstahl durch Wegnahme mehrerer Gegenstände, das Besprayen einer Mauer mit Graffiti in mehreren aufeinander folgenden Nächten oder bei dem in Ziff. 5 zitierten Bundesgerichtsentscheid bei der Wegnahme von vier T-Shirts, einer Hose und einem Portemonnaie im gleichen Warenhaus innert einer Woche (vgl. Trechsel/Noll, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 6. Aufl. Zürich/Basel/Genf 2004, S. 85 f.; Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 3. Aufl. Bern 2005, § 19 N 11 sowie BGE 98 IV 106; 104 IV 173; 118 IV 92 f.; 131 IV 94).

Keine natürliche Handlungseinheit und damit einen "längeren Zeitraum" hat das Bundesgericht in einem Fall angenommen, in welchem die Einzelhandlungen mehr als einen Monat auseinander lagen (BGE 131 IV 94 unter Hinweis auf BGE 111 IV 149). Der blosse Umstand, dass mehrere strafbare Handlungen auf ein und denselben Entschluss zurückgehen, genügt nach ständiger Praxis des Bundesgerichts nicht (Stratenwerth, a.a.O. § 19 N 119).

#### 4.4.4.4 Fazit zu Art. 172<sup>ter</sup> StGB

Im vorliegenden Fall kann demzufolge in keiner Weise von einer natürlichen Handlungseinheit gesprochen werden. Das tat auch das Appellationsgericht nicht, verurteilte es den Beschwerdeführer doch in diesem Anklagepunkt wegen *mehrfacher* Veruntreuung (vgl. angefochtenes Urteil S. 85).

Wollte man das Verhalten des Beschwerdeführers als strafbar ansehen, wäre es nach den Kriterien aller unter Ziff. 6 zitierten Autoren nicht zulässig, die dem Beschwerdeführer vorgeworfenen Beträge für Nebenkosten kurzerhand zu addieren. Sie wären vielmehr einzeln zu betrachten (in der noch

relevanten Zeit von 5 Jahren - 1995 bis 1999 - 86 Rechnungen, davon 35 tiefer als 300.- Franken). Das gilt erst recht, als sich alle oben zitierten Autoren nur unter der Herrschaft der inzwischen aufgehobenen Praxis der verjährungsrechtlichen Einheit geäußert haben.

Die GÖV bezahlte von 1988 bis 1999 Nebenkosten für ihre Liegenschaft Mühlegasse 19 in Zofingen. Eingeklagt wurden alle diesbezüglichen Zahlungen von 1990 bis 1999, als verjährt betrachtet werden alle bis Ende 1994. Somit verbleiben 86 Zahlungen innert 5 Jahren, bezahlt in unregelmässigen Abständen. Das Basler Appellationsgericht beurteilte den Fall, als herrsche noch das Gebilde des fortgesetzten Delikts, welches schon 1990 aufgegeben worden ist (BGE 116 IV 123 f. und 117 IV 410 f.).

Im Ergebnis hat somit das Basler Appellationsgericht Art. 172<sup>ter</sup> StGB zu Unrecht nicht angewendet.

Als bundesrechtswidrig gerügt wird auch die Annahme des Appellationsgericht auf S. 87/88, die Kleinbeträge unter CHF 300.- entsprächen nur rund 2,27 % des eingeklagten Deliktsbetrages, der sich somit derart minim reduzieren würde, dass dieses Ergebnis praktisch bedeutungslos wäre. Einen solchen lockeren Umgang mit der Strafbarkeit vorgeworfener Handlungen darf sich ein Gericht nicht erlauben. Es verstösst gegen Bundesrecht, jemanden der Veruntreuung schuldig zu sprechen, in einem Umfange, der auch nur 1 % über dem effektiven Deliktsbetrag liegt. Diese Eventualbegründung des Appellationsgerichts, es handle sich bei der gerügten Anwendbarkeit von Art. 172<sup>ter</sup> StGB um eine quantité négligeable, ist daher vor Bundesrecht nicht haltbar. Einem Deliktsbetrag muss ja immer zuerst eine Zivilrechtswidrigkeit vorausgehen. Der Deliktsbetrag hat also auf dem aufzubauen, was ein Zivilrichter aufgrund einer klaren Beweisgrundlage als unkorrekt und einer Partei zuzusprechen erkennen würde. Die Eventualbegründung des Appellationsgerichtes ist daher bundesrechtswidrig und aufzuheben.

Ergänzend sei hier noch angefügt, dass es bei dieser Summe immerhin um den Betrag von CHF 3'195.25 geht. Es ist zwingend, solche einzelne Punkte aus dem Deliktskatalog herauszunehmen, und zwar klar erkennbar; alles andere wäre willkürlich.

Nicht nur die Annahme des Appellationsgerichts, diese Deliktsumme von Kleinbeträgen im Umfange von 2,27 % des eingeklagten Deliktsbetrages sei praktisch bedeutungslos, ist unhaltbar. Es ist noch darauf hinzuweisen, dass das Appellationsgericht auf den S. 92/93 den massgeblichen Deliktsbetrag auf CHF 124'762.85 reduziert, eventualiter sogar auf CHF 116'273.35. Die akkumulierten Kleinbeträge würden dann immerhin 2,56 bzw. 2,75 % der Gesamtdeliktssumme ausmachen, was ebenfalls nicht als „bedeutungslos“ bezeichnet werden kann. Die Begründung der strafrechtlichen Bedeutungslosigkeit eines behaupteten Deliktsbetrages von CHF 3'195.25 bzw. von 2,27 – 2,75 % einer Gesamtdeliktssumme verstösst klar gegen Bundesrecht und ist daher aufzuheben. **[Ob Art. 172<sup>ter</sup> StGB anwendbar ist, ist sowohl für den Schuldspruch als auch für die Strafzumessung**

**ohne jede Bedeutung, weshalb an der Beantwortung dieser Frage kein schutzwürdiges Interesse besteht: BGer-Urteil 6S.415/2006, E. 17.3A]**

#### 4.4.5 Voller Abzug aller Unterhaltskosten

Auf den Seiten 92/93 des angefochtenen Urteils anerkennt die Vorinstanz den Einwand der Verteidigung, einige der in der Anklage aufgelisteten Rechnungen würden sich auf Unterhaltsarbeiten beziehen, die zwingend von der Vermieterin zu tragen seien. Darauf erwähnt es (S. 92 Mitte), bei einigen Positionen sei nicht klar, worauf sich die Rechnung beziehe, sodass im Zweifel zugunsten des Angeklagten von Unterhaltsarbeiten auszugehen sei. Es verwirft aber den Einwand der Verteidigung im Zusammenhang mit Kosten für Arbeiten an Lift und Schwimmbad sowie Kontrollen von Feuerlöschern, handle es sich um Nebenkosten, nicht um Unterhalt.

Das Appellationsgericht legt dann nicht offen, welche Positionen es wirklich abzieht, sondern macht nur zusammengefasste Abzüge pro Jahr und reduziert damit die angebliche Deliktsumme um rund CHF 16'000.- (von CHF 140'744.80 gemäss erster Instanz auf CHF 124'762.85).

Zu Unrecht ist das Appellationsgericht auf den Einwand nicht eingetreten, bei manchen der als Delikte aufgeführten Positionen, zum Beispiel Bewatec AG und Aufzüge Spahn, dürften die entsprechenden Positionen nicht zu Ungunsten des Angeklagten im Deliktskatalog belassen werden. Diese Rechnungen sind in den Akten nirgends vorhanden. Lediglich Anklageschrift und eine Zusammenstellung der Untersuchungsbehörde – aufgrund von unklaren Unterlagen – nennen den Begriff „Service“. Gestützt auf eine so dürftige Grundlage darf keine Verurteilung erfolgen. Es handelt sich um die folgenden Positionen:

1995	Aufzüge Spahn (Liftservice)	720.00
	Bewatec AG (Service Schwimmbad)	1'619.00
1996	Spahn Aufzüge (Reparatur Lift)	473.30
	Spahn Aufzüge (Service Lift)	766.80
	Bewatec AG (Service Schwimmbad)	547.50
	Bewatec AG(Service Schwimmbad)	494.95
1997	Spahn Aufzüge (Liftservice)	766.80
1999	Spahn Aufzüge( Liftservice )	946.00

Die Verteidigung hat – unwidersprochen – geltend gemacht, dass die entsprechenden Rechnungen gar nicht bei den Akten sind. Ferner wurde – ebenso wenig widersprochen durch Staatsanwaltschaft oder Appellationsgericht – dargelegt, dass es sich bei diesen Positionen zumindest zum grössten Teil nicht um Servicearbeiten handeln könne, sondern dass es Unterhaltsarbeiten sein mussten, sowohl am oft defekten Aufzug wie auch am Schwimmbad, wobei ohnehin nicht klar wäre, was für ein Service am Schwimmbad geleistet werden könnte. Am Schwimmbad gibt es Unterhaltsarbeiten, nicht

Servicearbeiten. In der Anklageschrift steht bei diesen Positionen zumeist der Begriff „Service“. Er entspricht aber lediglich einer, von der Verteidigung immer bestrittenen, eigenen Qualifikation durch die Untersuchungsbehörde, ohne geringste Verifikation anhand einer Rechnung.

Da diesbezüglich sämtliche Unterlagen fehlen und keinerlei Wahrscheinlichkeit dafür spricht, dass die Qualifikation als Serviceleistung stimmen könnte, müssten auch diese Positionen vom Deliktekatalog abgezogen werden.

Das Appellationsgericht hat es sich diesbezüglich einfach gemacht, indem es jährliche, nicht mit Einzelpositionen verifizierbare, Beträge abgezogen hat. Damit kommt es auf den vorerst für das Gericht massgeblichen Deliktsbetrag von CHF 124'762.85. Es argumentiert dann hilfsweise ergänzend, selbst wenn die Einwände der Verteidigung gerechtfertigt wären, verbliebe immer noch ein Deliktsbetrag von CHF 116'273.35.

Es geht in einem Strafurteil nicht an, mit reinen Hypothesen zu arbeiten und einen angeblichen Deliktsbetrag in einem ersten Schritt zwar um rund CHF 16'000.- zu reduzieren und dann in einem zweiten bei möglicherweise ebenfalls gerechtfertigten Reduktionen einen weiteren Reduktionsbetrag von CHF 8'500.- anzunehmen, ohne sich mit den dazugehörigen Details auseinander zu setzen. Bemerkenswert ist, dass das Appellationsgericht selber einräumt, unter Umständen handle es sich nur um einen Deliktsbetrag von CHF 116'273.35. Wenn dem aber so ist, verbietet sich eine Verurteilung im höheren Betrag von CHF 124'762.85, der Grundlage des Schuldspruches ist. Auch wenn nie genau gesagt werden kann, was die Deliktshöhe auf das Strafmass für einen Einfluss hätte, müsste zu einer Aufhebung des angefochtenen Urteils führen, dass der angenommene Deliktsbetrag (S. 93 fett geschrieben) zu hoch und aktenmässig nicht belegt ist.

Man stelle sich vor, die angeblich geschädigte Organisation klage gegen den Beschwerdeführer auf Rückerstattung angeblich von ihr zu viel bezahlter Nebenkosten. Es käme keinem Zivilgericht in den Sinn, den Betrag von CHF 124'762.85 zuzusprechen mit der Begründung, es komme ja wegen der relativ kleinen Differenz nicht drauf an, ob der Forderungsbetrag allenfalls in einem um CHF 8'500.- geringeren Betrage ausgewiesen sei. Wo der Zivilrichter keinen unrechtmässigen Bezug und keine unrechtmässige Bereicherung feststellen könnte, und er dürfte dies nur auf gesicherter dokumentarischer Grundlage tun, verbietet sich umso mehr für den Strafrichter, einen überhöhten Deliktsbetrag anzunehmen.

Bei der gezeigten und selbst vom Appellationsgericht angenommenen aktenmässigen Grundlage verstösst daher die Annahme eines Deliktsbetrages unter diesem Punkt von CHF 124'762.85 gegen Bundesrecht. **[Es besteht kein schutzwürdiges Interesse an der Beantwortung der Frage, ob die acht Rechnungen Nebenkosten oder Unterhaltskosten sind: BGer-Urteil 6S.415/2006, E. 17.3B]**

#### 4.4.6 Wirkung von Genehmigung der Jahresrechnung und erteilter Décharge

Das Appellationsgericht führt auf den S. 100/101 aus, die alle drei Jahre durchgeführten Generalversammlungen der GöV mit Genehmigung der Jahresrechnungen und Décharge an die Organe könnten nicht als Genehmigung angesehen werden. Die inkriminierten Zahlungen und deren Verwendungszweck sei aus dem der Generalversammlung vorgelegten Unterlagen nicht im Einzelnen hervorgegangen, die Generalversammlung habe daher keine Kenntnis darüber gehabt, worauf sich ihre Zustimmung beziehen könnte. Eine Décharge-Erteilung könne nur insoweit Wirkung entfalten, als der Sachverhalt erkennbar gewesen sei. Es sei irrelevant, dass diese Beschlüsse der GöV nie angefochten worden sind. Eine strafrechtlich relevante Zustimmung der GöV im Sinne einer nachträglichen Genehmigung des Vorgehens des Angeklagten sei schliesslich auch aus dem Beschluss des Vorstandes der GöV vom 29. Mai 2000 nicht abzuleiten, wonach „auch aus heutiger Sicht ..... der Mietzins Mühlegasse 19 in Zofingen sich inklusive Nebenkosten versteht“. Eine nachträgliche Genehmigung mache eine Tat nicht ungeschehen. Eine solche nachträgliche Absprache sei auch zu unbestimmt. Ohne Bedeutung sei, ob der Stiftungsrat über das Vorgehen im Zusammenhang mit den Kosten der gemieteten Liegenschaft orientiert gewesen sei. Da die Villa dem Verein gehöre, sei der Stiftungsrat hiefür nicht zuständig gewesen.

Gerade die letzte Ausführung des Appellationsgerichts zeigt, dass es die Argumente nach Belieben mal so, mal anders wählt. Wenn es als strafrechtlich relevant eine wirtschaftliche Einheit annimmt, spielte ja nach Ansicht der Vorinstanz keine Rolle, wer was wo für wen beschliesst. Hier unterscheidet die Vorinstanz plötzlich scharf und erklärt, ein allfälliges Wissen des Stiftungsrates über die Vorgänge bei der GöV sei ohne Bedeutung. Das zeigt, wie extrem widersprüchlich das Appellationsgericht argumentiert hat.

Als bundesrechtswidrig wird gerügt, die Genehmigung der Jahresrechnung der GöV und die Décharge-Erteilung seien strafrechtlich nicht relevante Zustimmungen. Hier ist gleich zu betonen, dass es nicht um eine strafrechtlich relevante Zustimmung geht, sondern darum, ob zivilrechtlich eine Genehmigung verbindlich ist oder nicht. Ist sie es, bleibt für Strafrecht kein Platz.

Die vom Appellationsgericht erwähnten Judikatur- und Literaturstellen sind nicht einschlägig. Sowohl die angeführte Kommentarstelle als auch die angerufenen Bundesgerichtsentscheide beziehen sich auf Aktienrecht. Das Aktienrecht ist förmlicher. Im Vereinsrecht findet sich sehr oft ein viel freierer Umgang mit Förmlichkeiten an Generalversammlungen. Natürlich müsste auch im Vereinsrecht dann eine Décharge als fragwürdig bezeichnet werden, würden ausdrücklich gestellte Fragen falsch beantwortet oder gewisse bekannt gegebene Dinge falsch dargestellt. Davon konnte im vorliegenden Falle keine Rede sein. Wie im letzten Absatz zu diesem Thema dargelegt wird, waren die massgeblichen Zahlen zum Haus in Zofingen in den Jahresrechnungen offen gelegt (gesamter Mietertrag/gesamter Aufwand/daraus resultierender Ertrag, zumeist positiv, ausnahmsweise auch negativ). Die aus dem Basler Kommentar angeführte Stelle erwähnt sogar, dass ein Sachverhalt, der

erkennbar war, hinsichtlich Entlastungsbeschluss durchaus Wirkung zeigt. Hier war das finanzielle Ergebnis des Hauses in Zofingen aus allen Jahresrechnungen eindeutig erkennbar (jede andere Annahme wäre aktenwidrig). Wenn in den Mitgliederversammlungen keine weiteren Fragen dazu gestellt wurden, dann würde die Décharge sogar unter aktienrechtlichen Aspekten wohl genügen. Die zitierten Bundesgerichtsentscheide sind ebenfalls differenzierter, als dies vom Appellationsgericht dargestellt wurde. Das Bundesgericht verweist in Pra 1970, S. 223 selber auf mehrere Entscheide vom Bundesgericht und kantonaler Gerichte, die trotz nicht bekannt gegebener Tatsachen die Décharge als gültig erachteten. Es kommt hinzu, dass unbestrittenermassen alle Jahresrechnungen einstimmig an den Mitgliederversammlungen genehmigt worden sind, und ebenso einstimmig wurde Décharge erteilt. Für eine solche Situation hat kürzlich das Bundesgericht sogar für das Aktienrecht erklärt, wenn ein Verwaltungsrat mit der Einwilligung aller Aktionäre handelt, könne er den Verantwortlichkeitsansprüchen der Gesellschaft die Einrede der Einwilligung des Verletzten entgegenhalten (BGE 131 III 640). Auch diese beurteilte Situation bedeutet nichts anderes, als dass eben nicht einmal eine Zivilrechtswidrigkeit vorliegt.

Im vorliegenden Falle ist es so, dass sich die Gönnervereinigung so organisiert hatte, dass nur alle drei Jahre eine Generalversammlung durchgeführt werden musste. An dieser Generalversammlung wurden dann mehrere Jahresrechnungen aufgelegt und genehmigt, nebst den übrigen statutarischen Traktanden, und es wurde allen verantwortlichen Organen jeweils Décharge erteilt. Diese Genehmigung und Décharge-Erteilung unberücksichtigt zu lassen, bedeutete, materielles Vereinsrecht zu missachten: Der Gesetzgeber hat dem Verein eine sehr grosse Gestaltungsfreiheit für seine Organisation gegeben. Es ist also ohne weiteres zulässig und damit auch hinsichtlich aller Themen rechtsrelevant, wenn ein Verein nur alle drei Jahre eine Generalversammlung durchführt. Genehmigt der Verein die Jahresrechnungen und erteilt er für die gesamte Geschäftstätigkeit Décharge, so ist das immer eine wirksame rechtsgestaltende Handlung, die zivilrechtlich absolut verbindlich wirkt zwischen dem Verein und den Organen. Werden die Décharge-Erteilung und die Genehmigung nicht gemäss ZGB angefochten, erwirken solche Beschlüsse praktisch „Rechtskraft“. Und in diesem Zusammenhang ist erneut zu betonen: Was zivilrechtlich wirksam ist, kann den Strafrichter nicht berühren. Hat beispielsweise die Leitung eines Vereins schlecht gewirtschaftet und missliebige Entscheidungen gefällt, werden diese aber in der Generalversammlung abgesegnet, so bleibt über dieser Tätigkeit der Schwamm drüber, und kein Vermögensdelikt ist diesbezüglich denkbar.

Die Vereinsautonomie geht diesbezüglich auch vor gegenüber möglichen Informationsflüssen. Begnügt sich die Versammlung eines Vereins mit spärlichen Auskünften zu finanziellen Vorgängen, dann ist dieses bescheidene Interessen der Vereinsmitglieder an Offenlegung zu respektieren; es ist sowohl zivilrechtlich von Bedeutung wie auch strafrechtlich als Folge irrelevant.

Es kommt hinzu, dass aus den aufgelegten Jahresrechnungen immer ersichtlich war, wie die Finanzlage mit Bezug auf das vermietete Vereinsobjekt in Zofingen stand (SB 27 GöV Nr. 18, Jahresabschluss 1995, Beiblatt Liegenschaftsabrechnung: Zofingen: Ertrag 60'000.-, Aufwand

41'479.45, Ergebnis 18'520.55; SB 27 GöV Nr. 20, Erfolgsrechnung S. 4, Konto 7440: Aufwand Zofingen 45'452.20, Ertrag Zofingen 60'000.-. Das sind Beispiele, der gesamte Rest ist im gleichen Band 27, Separatbeilagen GöV enthalten). Gab sich die Gönnervereinigung mit diesen Informationen zufrieden, dann war das für den Verein als juristische Person verbindlich. Missachtet der Strafrichter diese zivilrechtlich verbindliche Regelung und will er solche Genehmigungen als unwirksam betrachten, verstösst er gegen zwingendes Zivilrecht. Er hat damit eine zivilrechtliche Vorfrage falsch gelöst. Das Ergebnis hat den Beschwerdeführer belastet, sodass das Urteil auch in diesem Punkte vollumfänglich aufzuheben ist. **[Die Behauptungen des Beschwerdeführers stehen im Widerspruch zu den Feststellungen der Vorinstanz, die verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden sind: BGer-Urteil 6S.415/2006, E. 15.2]**

## 5. Spende der Eheleute Sprüngli

### 5.1 Prozessgeschichte

Die Anklage warf dem Beschwerdeführer unter Ziff. 10 u.a. vor, die beiden Spenden des Ehepaars Sprüngli in der Höhe von je 50'000.- Franken, die er am 23. und am 29. Dezember 1997 durch Überweisung auf sein privates Bankkonto zu Gunsten der Stiftung oder des Paraplegiker-Zentrums erhalten habe, in der Zeit vom 24. Dezember 1997 bis zum 31. März 1998 unrechtmässig verbraucht zu haben. Der Beschwerdeführer habe das Geld anstatt an die Berechtigten weiterzuleiten für die Erfüllung eigener Verbindlichkeiten verbraucht. Dabei sei er weder willig noch fähig gewesen, sofort Ersatz zu leisten. Ein konkretes Delikt wurde dem Beschwerdeführer in diesem Punkt der Anklage nicht vorgeworfen (Akten, S. 2162). Im erstinstanzlichen Plädoyer, nach durchgeführtem Beweisverfahren, beantragte die Staatsanwaltschaft eine Verurteilung wegen Veruntreuung, eventuell wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung, je mit Bereicherungsabsicht (S. 120, erstinstanzliches Plädoyer StaA, Ordner SB HV Plädoyers StaA/Verteidigung). Der Sachverhalt findet sich in der Anklageschrift unter dem Titel "Zahlungen zugunsten der Stiftung" und der Deliktsbetrag ist im Gesamtschaden eingerechnet, den die Stiftung gemäss Anklageschrift angeblich erlitten haben soll (Akten S. 2146 Mitte und S. 2162 oben). Auch der Eventualantrag auf Schuldspruch wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung beweist, dass die Anklage in diesem Punkt die Stiftung als Geschädigte und Geschäftsherrin bzw. Treugeberin und Weisungsberechtigte betrachtete, da der Beschwerdeführer nur deren Geschäftsführer war, nicht aber der Geschäftsführer der Eheleute Sprüngli.

Das Strafgericht Basel-Stadt stellte ohne Umschweife fest, dass die Stiftung als Treugeberin, Weisungsberechtigte und Geschädigte der Veruntreuung ausser Betracht falle (erstinstanzliches Urteil S. 73 unten, Akten S. 2523 unten). Als solche kamen nach Auffassung jenes Urteils aber entgegen dem eingeklagten Sachverhalt die Eheleute Sprüngli in Betracht, weshalb sie deren Weisungen untersuchten. Der Beschwerdeführer habe das Geld nach dem Willen der Spender für die Sache der Paraplegiker - und nicht für seine eigenen privaten Bedürfnisse - einsetzen müssen. Da das gespendete Geld seine Endbestimmung in der Dr. Guido A. Zäch-Stiftung gefunden habe, die mit ihrer Zwecksetzung dem entspreche, was sich die Spender bei Hingabe des Geldes erwünscht hätten, stelle sich die Frage, ob trotzdem von einer unrechtmässigen Verwendung der anvertrauten Vermögenswerte gesprochen werden könne. Im vorliegenden Fall würden kaum Anhaltspunkte vorliegen, mit welchen konkreten Vorstellungen die Ehegatten Sprüngli dem Beschwerdeführer die 100'000.- Franken überwiesen hätten. Dass sie Wert auf *jederzeitige Ersatzfähigkeit* gelegt hätten, könne weder aus dem Vermerk auf dem Einzahlungsschein noch aus ihren späteren Äusserungen zum Zweck der Spende abgeleitet werden. Aus diesem Grund sei der Tatbestand der Veruntreuung gemäss Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB nicht erfüllt und der Beschwerdeführer von der entsprechenden Anklage freizusprechen (Akten S. 2523 f.).

Die Staatsanwaltschaft appellierte in diesem Punkt. Sie gestand ein, "dass die Spender das Geld zwar nicht direkt der Schweizer Paraplegiker-Stiftung oder dem Schweizer Paraplegiker-Zentrum AG zukommen lassen wollten" (Appellationsbegründung StaA, S. 4 Ziff. 2 Abs. 2; Akten S. 2693). Der Beschwerdeführer hätte jedoch keinesfalls das anvertraute Gut für eigene Interessen verwenden dürfen, weil für die Treugeber dadurch die Gefahr bestanden hätte, dass er für den verbrauchten Vermögenswert keinen Ersatz hätte leisten können. Es sei davon auszugehen, dass die Parteien die Werterhaltungspflicht durch den Abschluss eines Auftrags vereinbart hätten (Appellationsbegründung StaA, S. 5 Abs. 4; Akten S. 2694). Der Beschwerdeführer sei auch nicht fähig und willens gewesen, fristgerecht Ersatz zu leisten (Appellationsbegründung StaA, S. 6 f.; Akten S. 2695 f.). Die Staatsanwaltschaft beantragte daher eine Verurteilung wegen Veruntreuung gemäss Art. 138 Ziff. 1 StGB, nunmehr zum Nachteil der Eheleute Sprüngli (Appellationsbegründung StaA, S. 7 Abs. 2; Akten S. 2696).

Das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt verwarf alle Einwände der Verteidigung. Es verneinte die Verletzung des Anklageprinzips (angefochtenes Urteil, Ziff. II.B.6.1, S. 124 ff.), was nun mit staatsrechtlicher Beschwerde gerügt wird. Ferner ging die Vorinstanz davon aus, dass der Beschwerdeführer das gespendete Geld für private Zwecke verwendet habe (angefochtenes Urteil, Ziff. II.B.6.2, S. 126 ff.), bejahte eine Werterhaltungspflicht des Beschwerdeführers (angefochtenes Urteil, Ziff. II.B.6.3.1, S. 128 f.), verneinte dessen Ersatzfähigkeit (angefochtenes Urteil, Ziff. II.B.6.3.2 f., S. 129 f.), verneinte, dass der Beschwerdeführer eigene Mittel zu gemeinnützigen Zwecken gespendet hatte (angefochtenes Urteil, Ziff. 6.3.2.2, S. 131 ff.) und nahm eine Bereicherungsabsicht bzw. einen fehlenden Ersatzwillen an (angefochtenes Urteil, Ziff. II.B.6.4, S. 135 ff.).

## 5.2 Werterhaltungspflicht

### 5.2.1

Eine Veruntreuung von Vermögenswerten setzt voraus, dass der Treuhänder verpflichtet gewesen wäre, diese Vermögenswerte *ständig* zur Verfügung des Treugebers zu halten bzw. sie *jederzeit* pflichtgemäss an den Berechtigten weiterzuleiten (Bundesgerichtsentscheid vom 2. März 2006, 6S.451/2004, E. 3; BGE 120 IV 117, 121; Stratenwerth/Jenny, Schweizerisches Strafrecht, BT I, S. 282; Rehberg/Schmid/Donatsch, Strafrecht III, 2003, S. 112). Eine solche Verpflichtung kann auf ausdrücklicher oder stillschweigender Abmachung beruhen (BGE 120 IV 117, 119). Von der Zweckbestimmung eines Vermögenswertes hängt es ab, ob dieser im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB "anvertraut" ist (vgl. BSK StGB II - Niggli/Riedo, Art. 138 N 41 ff.).

Bei der Gutsveruntreuung gemäss Abs. 2 von Art. 140 Ziff. 1 StGB handelt es sich um einen subsidiären Tatbestand. Abs. 2 soll in Fällen, in denen aus Gründen des Zivilrechts die Fremdheit nicht gegeben oder zumindest zweifelhaft ist, dennoch Strafbarkeit nach Art. 140 StGB ermöglichen. *Vorausgesetzt ist aber, dass der Fall mit der eigentlichen Veruntreuung gemäss Abs. 1 von Art. 140*

*Ziff. 1 StGB sonst vergleichbar ist.* Abs. 2 soll nur jenes Unrecht erfassen, das dem in Abs. 1 vertypen strukturell gleichwertig ist (Schubarth, Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, 2. Band, Art. 140 N 24; Jenny, Aktuelle Fragen des Vermögens- und Urkundenstrafrechts, ZBJV 124/1988, S. 402/3; Rehberg, ZStrR 98/1981, S. 363). In den Fällen, in denen Abs. 2 zur Anwendung kommt, erwirbt der Treuhänder an den erhaltenen Sachen Eigentum. Er erlangt also nicht nur, wie beim Anvertrautsein nach Abs. 1, eine tatsächliche, sondern eine rechtliche Verfügungsmacht. Die ins Eigentum des Treuhänders übergegangenen Vermögenswerte sind jedoch dazu bestimmt, wieder an den Berechtigten zurückzufließen. Sie sind wirtschaftlich fremd. Der Treuhänder hat sie deshalb unangetastet zu lassen: Er ist verpflichtet, dem Treugeber den Wert des Empfangenen ständig zu erhalten. Nur wo diese Werterhaltungspflicht besteht, befindet sich der Treuhänder in einer vergleichbaren Stellung mit dem, der eine fremde bewegliche Sache erhalten und das Eigentum des Treugebers daran zu wahren hat. Die ständige Werterhaltungspflicht ist deshalb Voraussetzung einer Verurteilung nach Abs. 2 (BGE 120 IV 117, 121; Hervorhebung durch die Verteidigung). An dieser Voraussetzung hat sich durch die Inkraftsetzung der Vermögensstrafrechtsnovelle am 1.1.1995 nichts geändert.

Entscheidend für die Annahme einer Veruntreuung bei wirtschaftlich fremden Mittel nach Abs. 2 ist somit, ob der Empfänger zur ständigen Werterhaltung verpflichtet ist. Andernfalls fällt eine Straftat ausser Betracht und bleibt es lediglich bei den zivilrechtlichen Rückgabeansprüchen des Berechtigten. Im Falle eines Darlehens, bei dem kein bestimmter Verwendungszweck verabredet ist, hat das Bundesgericht die Pflicht des Borgers zur ständigen Werterhaltung verneint. Er darf mit dem Darlehen nach seinem Belieben wirtschaften. Er ist einzig verpflichtet, es zum vertraglichen oder gesetzlichen Termin zurückzuerstatten (vgl. Art. 318 OR). Die Annahme einer Veruntreuung fällt in einem solchen Fall daher ausser Betracht (BGE 120 IV 117, 121). Anders kann es sich dagegen verhalten, wenn das Darlehen ausgerichtet wurde für einen bestimmten Zweck. Hier ist im Einzelfall zu prüfen, ob sich aus der vertraglichen Abmachung eine ständige Werterhaltungspflicht des Empfängers ergibt.

Im vorliegenden Fall ist in der Anklageschrift nicht einmal umschrieben, woraus sich ständige Werterhaltungspflicht ergeben solle, weshalb eine Veruntreuung schon von daher ausser Betracht fällt, was ebenfalls Gegenstand der staatsrechtlichen Beschwerde ist.

Im angefochtenen Urteil wurde erkannt, dass bei Darlehen eine Werterhaltungspflicht des Treuhänders nur ausnahmsweise angenommen wird, nämlich dann, wenn sich dies aus einer vertraglichen Abmachung der Parteien ergebe. Es argumentierte aber, im Unterschied zu einem Darlehen habe bei der Spende des Ehepaars Sprüngli keine Vereinbarung bestanden, dass der Beschwerdeführer die Spende erst nach Ablauf einer bestimmten Zeit hätte verwenden müssen. Daher hätte diese verwendet werden sollen, sobald ein Einsatz oder eine Hilfestellung erforderlich gewesen wäre, bei dem keine Mittel der Stiftung zur Verfügung gestanden wären. Eine solche Notwendigkeit hätte jederzeit eintreten können. Es sei daher davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer in Bezug auf diese Spende eine Werterhaltungspflicht treffe und ihm die fragliche

Geldsumme mit deren Überweisung auf sein privates Bankkonto im Sinne von Art. 138 StGB anvertraut gewesen sei (angefochtenes Urteil, Ziff. 6.3.1, S. 128 f.).

### 5.2.2

Die Verteidigung hatte in ihrer Eingabe vom 15. Dezember 2004 (Akten S. 3007 - 3010) und in ihrem Plädoyer (Akten S. 3278, Ziff. 3) unter Berufung auf die einschlägigen Aktenstellen geltend gemacht, dass die Spender mit dem Beschwerdeführer keine jederzeitige Werterhaltungspflicht vereinbart hatten. Die Vorinstanz verwarf alle diese Einwendungen und kam zum gegenteiligen Schluss. Dies ist näher zu untersuchen:

Das Eintreffen von Überweisungen auf einem Konto löst nicht per se vertragliche Verpflichtungen auf Seiten des Empfängers aus. Die erste Zahlung von Frau Alexandra Sprüngli war auf der Gutschriftsanzeige als "Weihnachtsspende" bezeichnet, die zweite Zahlung von Dr. Rudolf Sprüngli enthielt überhaupt keinen Text (vgl. SB 16 UBS/Nr. 37 und 37.1). Der Zweck der Spenden war demnach beim Eintreffen der Spenden nicht näher spezifiziert. Schon gar nicht entstanden damit Verpflichtungen beim Beschwerdeführer, da sich solche gemäss Art. 1 OR nur aus übereinstimmenden gegenseitigen Willensäusserungen ergeben können. In ihrem Schreiben vom 18. Juni 2003 bestätigten die Eheleute Sprüngli nochmals ausdrücklich, dass sie dem Beschwerdeführer den Betrag von 100'000.- zur freien Verfügung gegeben hätten zur Verwendung für Einsätze und Hilfestellungen, die nicht von der Schweizer Paraplegiker-Stiftung abgedeckt waren (Schreiben Eheleute Sprüngli vom 18. Juni 2003, Ordner Beilagen Verteidigung vor 1. Instanz, SB HV IV, Diverse, unpaginiert). Zuvor war schon die Untersuchungsbehörde zum gleichen Ergebnis gelangt: Unter Verletzung der Verteidigungsrechte des Beschwerdeführers befragte die Untersuchungsbeamtin Eggel Frau Sprüngli am 19. März 2001 telefonisch (vgl. § 106 Abs. 1 StPO/BS). Eine Aktennotiz darüber erstellte sie allerdings erst am 27. November 2001 (Akten S. 1689 unten). Frau Sprüngli soll demnach angegeben haben, sie und ihr Mann hätten den Beschwerdeführer in seiner Arbeit, die er für die Paraplegiker mache und den guten Zweck unterstützen wollen, sie hätten es dem Beschwerdeführer überlassen wollen, für was er das Geld ausbebe.

Die Vorinstanz leitete die jederzeitige Werterhaltungspflicht aus dem *Fehlen einer Vereinbarung* ab, wenn sie argumentierte, dass *keine Vereinbarung* bestanden habe, wonach der Beschwerdeführer die Spende erst nach Ablauf einer bestimmten Zeit hätte verwenden müssen (angefochtenes Urteil, S. 129 Abs. 2). Das war unzulässig und eine falsche Anwendung von Art. 138 StGB, denn entscheidend für das Vorliegen der bei einer Veruntreuung nach Abs. 2 geforderten Unrechtshöhe ist umgekehrt, ob der Beschwerdeführer die Pflicht zu einer ständigen und jederzeitigen Werterhaltungspflicht *übernommen* bzw. ob die Treugeber ihm eine solche *aufgelegt* hatten, bis die Mittel ihrem Zweck zugeführt wurden. Diesen Nachweis haben Anklägerin und angefochtenes Urteil gerade nicht erbracht: Erklärter Zweck der Spenden des Ehepaars Sprüngli war die Verwendung für Einsätze und Hilfestellungen, die nicht von der Schweizer Paraplegiker-Stiftung abgedeckt waren. Aus dieser Zweckbestimmung ergibt sich

nicht, dass die Hilfe sofort geleistet werden müsse oder dass die gesamte Spende für einen einzigen Härtefall eingesetzt und damit gleich die ganze Summe zur Verfügung hätte stehen müssen. Die Eheleute Sprüngli wollten dem Beschwerdeführer ausdrücklich freie Hand geben. Ausser der nachträglichen Nennung des Zweckes der Spende blieben ihre Erklärungen völlig offen, sie äusserten sich weder über zeitliche noch sonstige Einzelheiten, wie der Beschwerdeführer mit der Spende verfahren sollte. Wie schon die erste Instanz zu Recht feststellte, entsprach daher eine jederzeitige Verfügbarkeit der Spende nicht einer Auflage der Treugeber und ist eine entsprechende Verpflichtung des Beschwerdeführers nicht anzunehmen (Akten S. 2524).

Wenn das Appellationsgericht ausführte, die Erbringung finanzieller Hilfe könne unter Umständen auch dringlich sein (angefochtenes Urteil S. 129 Abs. 2), unterstellte es, dass der Beschwerdeführer stets hätte in der Lage sein sollen, die vollen 100'000.- Franken sofort für eine solche dringliche Hilfestellung einzusetzen. Die angeführte Annahme ist nicht nur lebensfern, sie entspringt auch einem offensichtlichen Versehen, indem die Treugeber gerade keine derartige *Weisung* erteilen wollten, wenn sie der Untersuchungsbeamtin am Telefon sagten: "Mein Mann und ich wollten Dr. Zäch in seiner Arbeit die er für die Paraplegiker macht und den guten Zweck unterstützen ... Wir wollten es Dr. Zäch überlassen, für was er das Geld ausgibt" (Akten S. 1689) und zusätzlich schriftlich bestätigten: "Wir betonen ausdrücklich, dass wir Ihnen diesen Betrag von CHF 100'000.- zu Ihrer freien Verfügung gegeben haben zur Verwendung für Einsätze und Hilfestellungen, die nicht von der Schweizer Paraplegiker-Stiftung abgedeckt sind. Wir wünschen Ihnen für Ihre wertvolle Tätigkeit alles Gute" (Schreiben Eheleute Sprüngli vom 18. Juni 2003, Ordner Beilagen Verteidigung vor 1. Instanz, SB HV Diverse, unpaginiert). Damit sind die wesentlichen Bestandteile dieser Entlastungsbeweise gar nicht bzw. nicht in ihrer wahren Gestalt und ihrem relevanten Text in die Beweiswürdigung einbezogen worden, weshalb sich die gegenteiligen Ausführungen des angefochtenen Urteils über den Inhalt der erteilten Weisungen als blanker Irrtum oder reine Unachtsamkeit erweisen.

Nebst den angeführten offensichtlichen Versehen vermag das angefochtene Urteil seine Annahme einer vereinbarten ständigen Werterhaltungspflicht auf keinerlei andere Beweise zu stützen. Es bestand weder eine Weisung der Spender, dass der ganze Betrag der Spenden auf einmal zu verwenden sei, noch eine solche, wonach der Beschwerdeführer sofort nach Eingang der Spende hätte Hilfe leisten müssen. Im Übrigen behaupten weder die Anklage noch das angefochtene Urteil, dass der Beschwerdeführer mit der Notwendigkeit, sofort Hilfe zu leisten, tatsächlich konfrontiert worden wäre und diese nicht geleistet hätte. **[Obwohl der Beschwerdeführer die Spenden nicht schon beim ersten Härtefall zu verwenden musste, war er verpflichtet, die Vermögenswerte bis zur bestimmungsgemässen Verwendung ständig zu erhalten: BGer-Urteil 6S.415/2006, E. 16.2]**

### 5.2.3

Es fehlt in den Akten jeglicher Nachweis dafür, dass eine konkrete Notlage an den Beschwerdeführer herangetragen worden wäre, welcher er mangels finanzieller Mittel nicht habe nachkommen können. Mit blossen hypothetischen Annahmen kann die Werterhaltungspflicht nicht begründet werden. Massgeblich ist wie ausgeführt allein, ob sich aus der beidseits getroffenen Vereinbarung eine ständige Werterhaltungspflicht des Beschwerdeführer ergibt. Das war nach dem Ausgeführten nicht der Fall, weshalb das angefochtene Urteil auf einer Verkennung des Merkmals der jederzeitigen Werterhaltungspflicht sowie auf einem offensichtlichen Versehen beruht, was zum Nachteil des Beschwerdeführers zu einer falschen Anwendung von Bundesrecht gemäss Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB führte.

Die weitere Annahme der Vorinstanz, aufgrund der *Zweckbestimmung* der Spenden habe der Beschwerdeführer gegenüber den Ehegatten Sprüngli die Verpflichtung übernommen, die gespendeten Beträge *jederzeit* zur Verfügung zu halten (angefochtenes Urteil, S. 129 Abs. 2 unten), kann weder aus den schriftlichen noch aus den mündlichen Äusserungen der Spender zum Zweck der Spende abgeleitet werden. Indem die Vorinstanz eine jederzeitige Werterhaltungspflicht aus dem Fehlen einer gegenteiligen Vereinbarung ableitete, verletzte sie Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB. **[Obwohl der Beschwerdeführer die Spenden nicht schon beim ersten Härtefall zu verwenden musste, war er verpflichtet, die Vermögenswerte bis zur bestimmungsgemässen Verwendung ständig zu erhalten: BGer-Urteil 6S.415/2006, E. 16.2]**

## 5.3 Ersatzfähigkeit

### 5.3.1

Die für die Veruntreuung im Sinne von Art. 140 Ziff. 1 Abs. 2 StGB typische Tathandlung besteht darin, dass der Täter durch sein Verhalten eindeutig den Willen bekundet, den obligatorischen Anspruch des Treugebers zu vereiteln. Das ist z.B. dann der Fall, wenn der Täter anvertrautes Geld ohne jede Ersatzmöglichkeit verbraucht (Stratenwerth/Jenny, a.a.O. BT I § 13 N. 58). Objektiv meint Ersatzbereitschaft die Fähigkeit, auf den massgeblichen Zeitpunkt hin aus eigenen Mitteln Ersatz leisten zu können (BSK StGB II - Niggli/Riedo, Art. 138 N 119). Die Rechtzeitigkeit richtet sich dabei nach der Verpflichtung, die der Täter hat (Stratenwerth/Jenny, Schweizerisches Strafrecht BT I, § 13 N 34). Ausschlaggebend ist der dem Treuhänder gegenüber geäusserte Wille beim Anvertrauen der Vermögenswerte: welches Verhalten der Treugeber vom Treuhänder bezüglich des Zeitpunktes der weisungsgemässen Verwendung (Ersatzbereitschaft) und der Ersatzfähigkeit verlangt. Der Zeitpunkt der Ersatzbereitschaft (namentlich der Ersatzfähigkeit) hängt vom Inhalt der Vereinbarung ab (Niggli/Riedo, Art. 138 StGB N 112). Ergibt sich aus der Vereinbarung, dass der Treuhänder jederzeit bereit sein muss, dem Treugeber das Anvertraute herauszugeben, so muss dieser auch jederzeit

ersatzfähig (nicht: ersatzbereit) sein. Muss der Täter hingegen das Anvertraute nicht jederzeit zur Verfügung des Berechtigten halten, sondern erst nach Ablauf einer bestimmten Zeit i.S. des Auftrags verwenden, muss er erst auf diesen Zeitpunkt und nicht auch schon in der Zwischenzeit ersatzfähig sein (vgl. Niggli/Riedo, Kommentar Art. 138 StGB N 112).

Ersatzfähigkeit fehlt, wenn sich der Täter das Benötigte zwar von Dritten beschaffen könnte, diese ihm gegenüber aber zu keiner Leistung verpflichtet sind (BGE 118 IV 27, 30). Ersatzfähigkeit setzt voraus, dass der Täter aus eigenen Mitteln leisten kann (BGE 118 IV 27, 30).

In diesem Zusammenhang führte das Appellationsgericht aus, der Beschwerdeführer hätte sein privates Bankkonto von vornherein nur dann für den Empfang zweckgebundener Spenden verwenden dürfen, wenn sichergestellt gewesen wäre, dass auch nach Begleichung der Steuerrechnungen noch genügend Deckung verblieben wäre (angefochtenes Urteil, S. 130 Abs. 1 unten). Es hält für entscheidend, dass der Beschwerdeführer in genannten Zeitspanne nicht über die entsprechenden flüssigen Mittel, z.B. in Form von Bankguthaben, verfügt haben soll (angefochtenes Urteil, S. 130 unten).

### 5.3.2

Die Vorinstanz legte an den Begriff der Ersatzfähigkeit zu enge Kriterien an, wenn sie das Schwergewicht auf die Frage der Liquidität legte und den Fokus auf den Guthabensaldo eines einzigen Kontos richtete, ohne die übrigen finanziellen Verhältnisse des Beschwerdeführers zu berücksichtigen. Diese enge Auslegung würde dazu führen, dass sich eine Bank, welche Kundenguthaben verwaltet, dauernd der Veruntreuung schuldig machen würde. Gemäss Art. 4 BankG haben die Banken dafür zu sorgen, dass ein angemessenes Verhältnis besteht a) zwischen ihren eigenen Mitteln und ihren gesamten Verbindlichkeiten sowie b) zwischen ihren greifbaren Mitteln und leicht verwertbaren Aktiven einerseits und ihren kurzfristigen Verbindlichkeiten andererseits. In diesem Zusammenhang legt Art. 18 Abs. 1 BankV fest, dass die greifbaren Mittel zusammen mit den leicht verwertbaren Aktiven ständig mindestens 33% der kurzfristigen Verbindlichkeiten betragen müssen, wobei als kurzfristige Verbindlichkeiten im Sinne von Artikel 4 BankG u.a. 15% der Einlagen auf Spar-, Depositen- und Einlageheften und -konten sowie ähnlichen Konten mit Rückzugsbeschränkung zählen. Es liegt auf der Hand, dass an eine Privatperson in den guten finanziellen Verhältnissen wie der Beschwerdeführer keine bedeutend höheren Anforderungen an die jederzeitige Verfügbarkeit liquider Mittel gestellt werden muss als an eine Schweizer Bank.

### 5.3.3

Bei der Frage der Ersatzfähigkeit ist somit das gesamte Vermögen mit zu berücksichtigen. Das angeführte Beispiel zeigt auf, dass die Auslegung der Vorinstanz, welche den Stand eines Kontos per se zum Massstab fehlender Ersatzfähigkeit machte, weltentrückt und lebensfern ist. Da wie gezeigt

keine jederzeitige Werterhaltung vereinbart war, konnte zur Beurteilung der Ersatzfähigkeit erst recht nicht nur auf das Kriterium der Liquidität des Beschwerdeführers nach Eingang der Spende abgestellt werden.

Das angefochtene Urteil stellte unter Berufung auf den Kontoauszug, SB 16 UBS/Nr. 16 selber fest, dass der Beschwerdeführer auf dem fraglichen Konto eine Kreditlimite von mindestens 56'000.- Franken hatte (angefochtenes Urteil S. 131 Abs. 1 unten), was der Beschwerdeführer in der Untersuchung bestätigte (Akten S. 1812 unten). Bei einer Kreditlimite auf einem Konto besteht - im Gegensatz zu einem sonstigen Darlehen - ein Anspruch auf Kredit bis zu dieser Höhe. Somit besteht diesbezüglich Ersatzfähigkeit, da sich der Treuhänder das Benötigte jederzeit von Dritten verschaffen kann (vgl. BGE 118 IV 27, 30).

Sodann ist auch aktenkundig, dass der Beschwerdeführer gemäss eigenen Angaben bezüglich seiner Liegenschaft in Grindelwald über *unbelastete Schuldbriefe* verfügte, die er jederzeit hätte einsetzen können und mit welchen auch die Spenden der Avina Stiftung über 300'000.- Franken ohne weiteres jederzeit abgedeckt gewesen wären (Akten S. 1811 und 1812). Er trug dies in seiner Einvernahme vom 7. August 2001 sogar zweimal vor. Die Untersuchungsbehörde nahm dies zur Kenntnis, zog es auch nicht in Zweifel, leitete daraus aber nicht die richtigen Schlussfolgerungen ab. Unbelastete Schuldbriefe auf unbelastetem Grundeigentum sind nicht mit der blossen Möglichkeit gleichzusetzen, eine Hypothek auf ein Grundstück aufzunehmen. Ebenfalls war in der Untersuchung belegt worden, dass der Beschwerdeführer über ein Aktiendepot verfügte im Wert von 175'000.- Franken per Ende Dezember 1999 und 300'000.- Franken per Ende 2000 (Akten S. 1812; SB 16 UBS/Nr. 19.10 und SB 13 AVI/Nr. 14). Das Depot bestand aus Aktien der Bank Julius Bär sowie der Rentenanstalt. Der Beschwerdeführer verfügte somit über Inhaberpapiere, die nach heutigen Massstäben als sofort liquidierbare und greifbare Vermögenswerte zu gelten haben.

Somit bestand beim Beschwerdeführer auch diesbezüglich Ersatzfähigkeit. Wegen der Anklageerhebung forderte der Beschwerdeführer zusätzlich einen Brief seiner Bank an, die ihm bestätigte, dass die fragliche Liegenschaft im Gebäudeversicherungswert von über 1 Mio. Franken *jederzeit* mit 350'000.- Franken belehnbar gewesen wäre (Schreiben UBS Grindelwald vom 2. Mai 2003, Ordner Beilagen Verteidigung vor 1. Instanz, SB HV Diverse, unpaginiert). Alle diese Hinweise auf seine Ersatzfähigkeit übergang die Vorinstanz, wenn sie im angefochtenen Urteil von der blossen Möglichkeit einer hypothekarischen Belastung seiner Immobilie sprach und seine Ersatzfähigkeit verneinte (angefochtenes Urteil S. 136 ganz oben). Übergangen wurde ferner der klare Wortlaut des ebenfalls vor erster Instanz eingereichten Schreibens der Peter Rapp AG, Internationale Auktionen, welche bezüglich der Briefmarkensammlung des Beschwerdeführers bestätigte: "Wir würden Ihre Spezial-Sammlung *jederzeit* für CHF 250'000.- *ankaufen*" (Ordner Beilagen Verteidigung vor 1. Instanz, SB HV Diverse, unpaginiertes Schreiben Peter Rapp AG vom 28. Juni 2000).

Vor erster Instanz hatte der Beschwerdeführer auch einen Brief seiner Pensionskasse eingereicht, wonach er bei vorzeitiger Liquidierung Anspruch auf Auszahlung eines Guthabens ab 1997 von über 1'200'000.- Franken und per Ende 1999 von über 1'350'000.- Franken gehabt hätte (Ordner Beilagen Verteidigung vor 1. Instanz, SB HV Diverse, unpaginiertes Schreiben der Pensionskasse des Basler Staatspersonals vom 15. Mai 2003; vgl. auch Bestätigung Staatsanwältin, Akten S. 2423). Die Bereitstellung der gesamten Mittel sollte nach deren Angaben nicht länger als eine Woche Zeit benötigen. Es entspricht einer allgemeinen Lebenserfahrung, dass aufgrund dieses Guthabens bei Dringlichkeit eine Akontozahlung von Fr. 100'000.- (Gegenwert Spende Sprüngli) auch vorweg erhältlich gewesen wäre.

Wenn das Appellationsgericht zur Ersatzfähigkeit lediglich festhielt, die vom Beschwerdeführer angegebenen Möglichkeiten zur Geldbeschaffung seien nicht geeignet, eine jederzeitige Ersatzfähigkeit anzunehmen, weil nicht sofort zu bewerkstelligen oder blosser Möglichkeit der Beschaffung eines Kredits, auf den kein Anspruch bestehe (angefochtenes Urteil S. 135 f.), so legte sie den im Verfahren vorgelegten Entlastungsbeweisen offensichtlich einen falschen Sinn bei oder übersah diese aus Unachtsamkeit. Sind die wesentlichen Entlastungsbeweise gar nicht bzw. nicht in ihrem wahren Gehalt in die Beweiswürdigung einbezogen worden, so erweisen sich die Ausführungen zur fehlenden Ersatzfähigkeit wegen angeblich nicht jederzeit greifbarer Mittel des Beschwerdeführers als blanker Irrtum oder Unachtsamkeit und führen insofern zu einer falschen Anwendung des entsprechenden Merkmals der Ersatzfähigkeit.

Das angefochtene Urteil verletzte Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB, wenn es die Ersatzfähigkeit des Beschwerdeführers am Guthabensaldo eines einzigen Kontos mass, ohne Berücksichtigung seines gesamten frei greifbaren Vermögens.

#### 5.3.4

Die Vorinstanz leitete die fehlende Ersatzfähigkeit auch aus der Tatsache ab, dass der Beschwerdeführer am 12. Januar 1999 *bei der Avina Stiftung* die dort längst für ihn bereitstehende Spende über 300'000.- Franken abrief mit dem Hinweis, sein Härtefall-Fonds sei zur Zeit ausgeschöpft. Denselben Schluss zog sie aus der Tatsache, dass der Beschwerdeführer die Mietzinsen seiner Villa in Zofingen verspätet bezahlt habe (angefochtenes Urteil S. 130 unten).

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung muss der Täter in der Lage sein, *fristgerecht* Ersatz zu leisten (vgl. BGE 118 IV 27, 29). Der Zweck der Spenden des Ehepaars Sprüngli bestand in der Verwendung für Einsätze und Hilfestellungen, die nicht von der Schweizer Paraplegiker-Stiftung abgedeckt waren (Schreiben Eheleute Sprüngli vom 18. Juni 2003, Ordner Beilagen Verteidigung vor 1. Instanz, SB HV Diverse, unpaginiert). Wie vorstehend dargelegt bestand keine Vereinbarung, wonach der Beschwerdeführer die Spende *sofort* und oder "für soziale Härtefälle" hätte ausgeben müssen. Auch aus dem Zweck der Spende der Eheleute Sprüngli selbst lässt sich nicht ableiten, dass

der Beschwerdeführer unmittelbar nach deren Eingang eine sofortige Hilfestellung mit den ganzen 100'000.- Franken hätte leisten müssen und konnte nach allgemeiner Lebenserfahrung auch nicht erwartet werden. Selbst wenn der Beschwerdeführer keinen bürokratischen Aufwand wie die Sozialhilfebehörden betreiben muss, so hilft auch er immer erst dann, wenn er selbst festgestellt hat, ob und welche Hilfe die bedürftige Partei wirklich benötigt und wie viel er ihr allenfalls gibt. Diese Beträge konnten zwar in Einzelfällen einmal 10'000.- Franken erreichen, liegen aber meist eher bei 5'000.- Franken. Würde er stattdessen jedermann, der als "Härtefall" an ihn herantritt, auf erste Anfrage hin 100'000.- Franken überweisen, wie es das angefochtene Urteil überlegt, so er würde gegenüber Spendern wie den Eheleuten Sprüngli nicht verantwortlich handeln. Das angefochtene Urteil vermag denn auch kein Beispiel einer solchen erforderlichen "notfallmässigen" Hilfestellung anzugeben.

Wie oben schon ausgeführt, kann aufgrund der Aktenlage keine jederzeitige Werterhaltungspflicht angenommen werden. Auch aus der Zweckbestimmung der Spende ergibt sich nicht, dass der Beschwerdeführer das Geld "jederzeit" oder "notfallmässig" hätte für Hilfestellungen aufwenden müssen. Da sich die Rechtzeitigkeit der Ersatzfähigkeit nur an der dem Treuhänder auferlegten Verpflichtung des Treuhänders orientiert, verletzt die Annahme der Vorinstanz, dass der Beschwerdeführer jederzeit für den ganzen Betrag der Spenden hätte ersatzbereit sein müssen, und die weitere Annahme, dass ihm diesbezüglich die Mittel gefehlt hätten, weshalb er mit Aneignungswillen gehandelt habe, Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB.

### 5.3.5

Im Zusammenhang mit der Bereicherungsabsicht stellte die Vorinstanz fest, dass der Beschwerdeführer durch vorzeitigen Bezug seines Guthabens bei der basel-städtischen Pensionskasse innerhalb einer Woche von weit über 1 Million Franken hätte erhältlich machen können (vgl. auch Bestätigung Staatsanwältin, Akten S. 2423). Nach Auffassung der Vorinstanz bedeutet die Erbringung von Ersatz für das verbrauchte Geld nach einer Woche jedoch keine jederzeitige Ersatzfähigkeit. Sie widersprach damit der Auffassung des Strafgerichts (vgl. Akten S.2530 f.; angefochtenes Urteil, S. 136 Abs. 1 unten; vgl. auch Schreiben der PKB vom 15. Mai 2003, Ordner Beilagen Verteidigung vor 1. Instanz, SB HV IV, Diverse, unpaginiert) und wurde mit dieser Sicht vom angefochtenen Urteil gestützt.

Der Täter muss in der Lage sein, *fristgerecht* Ersatz zu leisten (vgl. BGE 118 IV 27, 29). Es wurde bereits ausgeführt, dass keine Vereinbarung getroffen wurde, wonach der Beschwerdeführer die Spende *sofort* für soziale Hilfestellungen hätte ausgeben müssen. Auch aus dem Zweck der Spende der Eheleute Sprüngli selbst lässt sich nicht ableiten, dass der Beschwerdeführer unmittelbar nach Eingang der Spende den ganzen Betrag an den ersten Hilfsbedürftigen hätte übergeben müssen. Massgebend ist, dass es die Spender auf jeden Fall dem Beschwerdeführer überlassen haben, für was er das Geld ausgeben wolle und damit über die weiteren Modalitäten in zeitlicher und sonstiger

Hinsicht betreffend die Verwendung der Spende keine Vereinbarungen getroffen wurden. Demzufolge bestand auch keine Pflicht zu jederzeitiger Ersatzbereitschaft. Aber noch wenn vom Gegenteil auszugehen wäre, ist es kein Beweis für mangelnde Möglichkeit des fristgerechten Ersatzes, wenn die überwiesenen Mittel nicht vollständig auf demjenigen Konto erhalten blieben, wo es die Treugeber sie deponiert hatten.

Ist davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer über unbelastete Schuldbriefe in Höhe von über 300'000.- Franken, über eine Kreditlimite von mindestens 56'000.- Franken, über eine jederzeit verkäufliche Briefmarkensammlung im Wert von 250'000.- Franken, über liquidierbare Pensionskassenguthaben von über 1.2 Mio. Franken, eine Immobilie im Wert von über 1 Mio. Franken und Wertschriftendepots im Wert von 175'000.- bzw. 300'000.- Franken verfügte (zu letzterem angefochtenes Urteil, S. 136 Abs. 1 unten; vgl. auch Schreiben der PKB vom 15. Mai 2003, Ordner Beilagen Verteidigung vor 1. Instanz, SB HV Diverse, unpaginiert), so kann nicht angenommen werden, der Beschwerdeführer sei nicht zu fristgerechtem Ersatz in der Lage gewesen.

Die Annahme der Vorinstanz, der Beschwerdeführer sei nicht fristgerecht ersatzfähig gewesen, verstösst daher gegen Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB StGB. **[Ob Ersatzfähigkeit gegeben ist, kann dahingestellt bleiben, da Ersatzwille nicht vorhanden war: BGer-Urteil 6S.415/2006, E. 8.5.3]**

#### 5.4 Ersatzwillen

##### 5.4.1

Die von Art. 138 StGB geforderte Bereicherungsabsicht fehlt, wenn der Täter zum Zeitpunkt der Tat den Willen hat, fristgerecht Ersatz zu leisten und darüber hinaus auch fähig ist, dies zu tun (Bundesgerichtsentscheid vom 11. August 2004, 6P.46/2004, E. 4.2; BGE 118 IV 27, 29 f). Subjektiv verlangt Ersatzbereitschaft den zum Zeitpunkt der Tat bestehenden Willen, für den Vermögenswert fristgerecht Ersatz zu leisten (BSK StGB II - Niggli/Riedo, Art. 138 N 113). Ersatzwillen verneint das Bundesgericht dann, wenn der Täter trotz Ersatzwillens aufgrund seiner wirtschaftlichen Lage nicht überzeugt sein kann, rechtzeitig Ersatz leisten zu können (Bundesgerichtsentscheid vom 5. April 2000, 6S.835/1999, E. 1 d/aa), und meint damit wohl, dass das Bestehen des Ersatzwillens nicht angenommen werden könne, wenn objektiv betrachtet dieser Wille angesichts der Finanzlage des Täters nicht bestehen können (BSK StGB II - Niggli/Riedo, Art. 138 N 113).

Das angefochtene Urteil führte aus, der zeitliche Ablauf und die ganze Vorgehensweise würden nicht dafür sprechen, dass der Beschwerdeführer vorgehabt habe, die Spenden entsprechend ihrer Zweckbestimmung zu verwenden. Der Beschwerdeführer hätte das Geld in zwei Monaten verbraucht gehabt. Erst während des laufenden Ermittlungsverfahrens sei schliesslich das gespendete Geld mit der Einzahlung in die Dr. Guido A. Zäch-Stiftung nachträglich einer zweckentsprechenden Verwendung zugeführt worden. Dabei sei die Tatsache, dass der Beschwerdeführer diese Spende erhalten habe,

nach aussen hin nicht erkennbar gewesen, da sein Privatkonto keine Bezeichnung enthalten habe, dass es auch einen "Härtefall-Fonds" beinhalte. Es stelle sich auch die Frage, weshalb der Beschwerdeführer die Spenden überhaupt auf sein für den alltäglichen Zahlungsverkehr verwendetes Konto habe überweisen lassen. Auffallend sei auch, dass der Beschwerdeführer im Ermittlungsverfahren zunächst erklärt habe, er habe sein Privatkonto nie für Spenden zur Verfügung gestellt. Aufgrund all dieser Umstände bestehe kein Zweifel, dass der Beschwerdeführer nicht gewillt gewesen sei, die zweckwidrig für eigene Bedürfnisse verbrauchten Spenden je zu ersetzen und ihrem richtigen Handeln zuzuführen (angefochtenes Urteil AppG, S. 136, Abs. 2 unten, S. 137 Abs. 1).

#### 5.4.2

Sofern das angefochtene Urteil den fehlenden Ersatzwillen des Beschwerdeführers auf seine angeblich objektiv fehlende Ersatzfähigkeit abstellen will, wie dies auch die bundesgerichtliche Praxis häufig tut (vgl. vgl. S.835/1999, E. 1 d/aa) kann auf das bisher Gesagte verwiesen werden, wonach dem Beschwerdeführer keine jederzeitige Ersatzpflicht oblag und er aufgrund seines Vermögens stets objektiv ersatzfähig war.

Die Tatsache, dass die Spende auf das Privatkonto des Beschwerdeführers ging, kann dem Beschwerdeführer gewiss nicht als mangelnder Ersatzwille ausgelegt werden, war dies doch von den Spendern gerade beabsichtigt. Das Geld wäre dort nicht eingetroffenen, hätten sie sich nicht eigens nach der Kontonummer erkundigt (vgl. EV Beschwerdeführer Akten S. 1700). Dies machte auch Sinn, wollten die Spender es doch dem Beschwerdeführer überlassen, für was er das Geld verwende (Aktennotiz UB Eggel Akten S. 1689).

Das Appellationsgericht schloss auch auf mangelnden Ersatzwillen gestützt auf die Aussage des Beschwerdeführers, wonach er sein Privatkonto nie für Spenden zur Verfügung gestellt habe und er nehme mit Erstaunen zur Kenntnis, dass eine Spende auf sein Privatkonto einbezahlt worden sei (Akten S. 1692). Bei der Frage nach "Spenden" auf seinem Privatkonto dachte der Beschwerdeführer natürlich an Zuwendungen für die SPS. Dies entsprach auch genau den Intentionen der Untersuchungsbeamtin Eggel und der Anklägerin, die meinten, der Beschwerdeführer habe privat Gelder eingesackt, die tatsächlich für die Stiftung bestimmt gewesen wären. Das ergibt sich, wenn man das Befragungsprotokoll vor der vom angefochtenen Urteil herausgepickten Antwort genau liest. Spenden für die SPS gingen tatsächlich nie auf das persönliche Konto des Beschwerdeführers, und seine Antwort war unter Berücksichtigung des Kontextes wahr. Als dem Beschwerdeführer in derselben Einvernahme konkret die Spenden der Eheleute Sprüngli vorgehalten wurden, antwortete er wiederum wahrheitsgemäss, diese persönlichen Zuwendungen seien nicht an SPS, an das SPZ oder an die GöV ausgerichtet worden, sondern an ihn privat (Akten S. 1694). Doch auch unabhängig von dieser Verdrehung seiner Angaben ist nicht erkennbar, wie aus jenem Aussagefragment auf fehlenden Ersatzwillen des Beschwerdeführers geschlossen werden könnte. **[Der Beschwerdeführer war**

**gemäss den verfassungsrechtlich nicht zu beanstandenden Feststellungen der Vorinstanz nicht jederzeit willens, Ersatz zu leisten: BGer-Urteil 6S.415/2006, E. 16.4]**

Der Schluss auf fehlenden Ersatzwillen und Bereicherungsabsicht beruht auf einer einseitigen Würdigung der Akten. Die Vorinstanz spricht unbegründet im Sachverhalt Sprüngli von "Härtefällen", obwohl diese nur beim Sachverhalt Avina-Stiftung zur Sprache kamen (z.B. angefochtenes Urteil S. 130 unten und S. 137 oben). Damit bringen sie die Spenden der Eheleute Sprüngli mit dem Element einer zeitlichen Dringlichkeit in Verbindung. Es bestehen indessen im vorliegenden Fall nirgends Anhaltspunkte für die Annahme, die Eheleute Sprüngli hätten die Gelder für *zeitlich dringliche* finanzielle Hilfe vorgesehen. Der Beschwerdeführer durfte daher in subjektiver Hinsicht davon ausgehen, dass es ihm überlassen sei, wann er die geplante (und schliesslich realisierte) Stiftung errichten würde, zu deren Alimentierung er jederzeit auf sein BVG-Guthaben zurückgreifen könnte. Der Beschwerdeführer gab in der Einvernahme vom 30. Mai 2002 an, er habe die Spende der Eheleute Sprüngli nie anders verwenden wollen, denn als Grundlage für die zu gründende Dr. Guido A. Zäch-Stiftung. Auch die Sicherstellung der Beträge habe er immer garantiert und im Einvernehmen mit den Geldgebern gehandelt (Akten S. 1699 Mitte). Er sei bezüglich der Pläne für die Dr. Guido A. Zäch-Stiftung mit Frau Sprüngli in Kontakt gestanden. Sie habe auch Freude gehabt zu hören, dass der gespendete Betrag sie zusammen mit ihrem Ehemann zu einem der Hauptsponsoren der damals zukünftigen Dr. Guido A. Zäch-Stiftung machte (Akten S. 1700). An der erstinstanzlichen Hauptverhandlung gab der Beschwerdeführer zu Protokoll, er habe Frau Sprüngli gesagt, er wolle das Geld in diese Stiftung tun, sie sei einverstanden gewesen und das Geld sei per 1. Oktober 2000 unangetastet auf dem Stiftungskonto gewesen (d.h. jenem der Dr. Guido A. Zäch-Stiftung; Akten S. 2378 oben). Er habe das Geld der Eheleute Sprüngli stets auf der Seite gehabt und es vollständig in die neue Stiftung getan (Akten, S. 2378 Mitte). Dass das Geld tatsächlich in die Dr. Guido A. Zäch-Stiftung eingebracht wurde, anerkannte sogar das angefochtene Urteil (Urteil, S. 136 Abs. 2 Mitte). Damit hat der Beschwerdeführer von Anfang an unwidersprochen klar gemacht, dass er jederzeit willens gewesen war, Ersatz für die Spenden der Eheleute Sprüngli zu leisten. Diesen Willen hat er mit der Einbringung der gespendeten 100'000.- Franken am 1. Oktober 2000, 1¼ Jahre danach, auch klar verwirklicht. Der Unterstellung der Vorinstanz, er habe dies unter dem Druck des Strafverfahrens getan, steht entgegen, dass er dies tat, als er Zeit dazu fand und Dr. Kaegi von der Avina-Stiftung ihm Hilfestellung leistete. Dies geschah, bevor die Strafverfolgungsbehörde gegenüber dem Beschwerdeführer die Sprüngli Spende zum ersten Mal zur Sprache brachte (vgl. Akten S. 1694). Die Verteidigung legte in ihrer Eingabe vom 15. Dezember 2004 dar, dass der Beschwerdeführer ursprünglich schon auf den 14. Februar 1997, den 100. Geburtstag seines Vaters, seine zweite Stiftung gründen wollte, also lange vor dem 1. Oktober 2000, seinem eigenen 65. Geburtstag und Gründungstag der Dr. Guido A. Zäch-Stiftung. Aus zeitlichen Gründen kam der runde Geburtstag seines Vaters nicht in Frage, weshalb er seinen eigenen wählte (Akten, S. 3006 f.). Diesen Ausführungen hat das Appellationsgericht nicht widersprochen. Damit ist ebenfalls erstellt, dass der Beschwerdeführer die Spende der Eheleute Sprüngli nicht erst auf Druck des Strafverfahrens hin in die

neu gegründete Stiftung einbrachte. **[Die Einzahlung in die neu gegründete Stiftung ist bestenfalls als Wiedergutmachung zu qualifizieren: BGer-Urteil 6S.415/2006, E. 16.5]**

Das angefochtene Urteil verletzt somit Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB, wenn es aus den Aussagen und Handlungen des Beschwerdeführers schliesst, dieser habe bezüglich der Spende des Ehepaars Sprüngli keinen Ersatzwillen gehabt.

Aus den dargelegten Gründen nahm die Vorinstanz zu Unrecht eine jederzeitige Werterhaltungspflicht, Aneignungswillen, fehlende Ersatzfähigkeit und fehlenden Ersatzwillen an. Der Schuldspruch wegen Veruntreuung im Sachverhalt gemäss Anklageziffer B.10 beruht auf unrichtiger Anwendung von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB. Das angefochtene Urteil ist daher aufzuheben.

#### 5.5 Unrechtmässige Verwendung bzw. behaupteter Privatverbrauch nicht geklärt

Die Verurteilung in diesem Anklagepunkt beruht auch auf einer Verletzung von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB, indem die rechtserheblichen Tatsachen ungeklärt blieben.

Die Verteidigung hatte mehrfach dargelegt, dass die Anklage auch im vorliegenden Fall ungenügend war und dass darauf nicht hätte eingetreten werden dürfen (Eingabe Delnon/Rüdy vom 30. April 2004, Ziff. I, Akten S. 2616-2623; Eingabe Delnon/Rüdy vom 31. August 2004, Ziff. 1.3, Akten S. 2710-2714, Eingabe Delnon/Rüdy vom 15. Dezember 2004, Ziff. II.3 Akten S. 3004-3013, sowie Riklin-Gutachten I vom 28. April 2004, Ziff. III.1.3, III.2.9, V, VI Akten S. 2662-2663, 2667, 2677-2678, 2678-2679; Riklin-Gutachten II vom 13. Dezember 2004, Ziff. 1,2,4,5 Akten S. 3013a und Riklin-Gutachten III vom 10. Oktober 2005, Ziff. 13 und 14 Akten S. 3205, AppG-VF Ziff. 10, Akten S. 3273-3276).

Anlässlich der Hauptverhandlung vor Vorinstanz legte die Verteidigung dar, dass die Anklägerin zwar einen unrechtmässigen Verbrauch der am 23. und 29. Dezember 1997 überwiesenen Spenden behauptete, es aber unterlasse, die einzelnen Rückzüge anzuführen (Anklage Akten S. 2162). Man erfahre nicht, wann die einzelnen Belastungen erfolgt seien, noch wozu sie gedient hätten und inwiefern sie unrechtmässig waren. Eine Anklage müsse alle wesentlichen Umstände in den vom Tatbestand geforderten Details anführen, so dass die objektiven und wo nötig die subjektiven Tatbestandsmerkmale daraus ersichtlich seien. Davon abgesehen sei auch nicht dargetan, welche Rückzüge des Beschwerdeführers wirklich der Erfüllung privater Verbindlichkeiten gedient hätten (Akten S. 3277 f.).

Es fand auch keine Untersuchung bezüglich des angeblichen Privatverbrauchs von 100'000.- Franken statt. Dem Beschwerdeführer wurde am 22. Mai 2002 eine einzige Frage zum Spendeneingang gestellt (Akten S. 1694) und am 30. Mai 2002 zwei Fragen (Akten S. 1699 f.). Die Anklageerhebung erfolgte bereits mit Datum vom 31. Juli 2002. An Ermittlungen wurde von der Untersuchungsbeamtin lediglich im März 2001 ein Telefonat mit Frau Sprüngli geführt, über welches sie Ende November 2001

(!) einen Aktenvermerk anfertigte (S. 1689). Die Notiz entlastet den Beschwerdeführer vollständig. Mehr als eine Behauptung, die durch die Geldgeber selbst bestritten wird, liegt also nicht vor. Im Schlussplädoyer der Anklage wird nur kurz wiederholt, das Geld sei entgegen der telefonischen und im Verfahren auch schriftlich abgefassten Erklärung halt doch für die Stiftung und nicht für den Beschwerdeführer bestimmt gewesen (Plädoyer S. 117 oben). Die gegenteilige Aussage bleibe "unbewiesen" (S. 118 unten/119 oben).

Es ist nicht ersichtlich, woraus sich ergibt, dass die Spenden zwischen Ende Dezember 1997 und Ende März 1998 unrechtmässig verwendet worden sein sollen und weshalb Ende März 1998 diesbezüglich der ausschlaggebende Stichtag sein soll. Wenn man das einzige einschlägige Dokument in den Untersuchungsakten anschaut, den interessierenden Kontoauszug des Beschwerdeführers, so sieht man Ende März 1998 ein Guthabensaldo von 50'440.- Franken. Ab Eingang der ersten Spende bis Ende Februar 1998 erfolgten überdies Barrückzüge und nicht abgeklärte Vergütungen in Höhe von 200'000.- Franken, für welche der Verwendungszweck weder bekannt noch erfragt worden ist. Belege über diese Auszahlungen und Vergütungen sind nicht vorhanden (Kontoauszüge SB 16 UBS/Nr. 16 und SB 16 UBS/Nr. 17).

Zu den Barauszahlungen und Vergütungen wurden keinerlei Fragen gestellt oder sonstige sachdienliche Abklärungen vorgenommen, obwohl der Beschwerdeführer in der Untersuchung angegeben hatte, ständig Direktzahlungen an Bedürftige aus seinen eigenen Mitteln zu leisten, denen er nicht über die Stiftung oder die GöV helfen könne (Akten S. 1700). Die Untersuchungsbeamtin brach die Frage von sich aus ab und beendete das Verhör. Der Beschwerdeführer wiederholte diese Sachdarstellung vor erster Instanz. Die Gerichtspräsidentin wechselte darauf hin das Thema (Akten S. 2378). Es ist daher nicht verdient, wenn das angefochtene Urteil meint, der Beschwerdeführer hätte von sich aus weiterführende Angaben machen müssen (S. 131 Abs. 2 Mitte, S. 134 unten). Wenn gesagt wird, der Beschwerdeführer könne keinen einzigen konkreten Fall nennen, in welchem er eine Zuwendung an einen Menschen in Not gemacht habe, so wohl deshalb, weil das gar niemand hören wollte.

Das angefochtene Urteil stellte fest, dass der Beschwerdeführer das Geld innert der nächsten drei Monate vollständig für eigene Bedürfnisse verbraucht habe, wodurch er seinen Aneignungswillen betätigt habe (angefochtenes Urteil S. 135 oben).

Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB setzt voraus, dass die anvertrauten Vermögenswerte unrechtmässig verwendet werden. Ob Vermögenswerte unrechtmässig verwendet worden sind, ist eine rechtserhebliche Tatsache. Den rechtserheblichen Sachverhalt stellt der Strafrichter von Amtes wegen fest. Da der Beschwerdeführer unwiderlegt ausgeführt hat, er habe ständig Hilfestellungen an Bedürftige geleistet, hat er sich weisungsgemäss verhalten, wenn sich unter den fraglichen 200'000.- Franken innert zwei Monaten Rückzüge und Vergütungen für Hilfsbedürftige befinden. Da die Verwendung dieser Mittel ungeklärt blieb, konnte deren Unrechtmässigkeit nicht festgestellt werden,

weshalb der diesbezüglich gleichwohl ausgesprochene Schuldspruch Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB verletzt. **[Eine Verurteilung gemäss Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB setzt nicht voraus, dass die einzelnen unrechtmässigen Verwendungen des anvertrauten Gutes festgestellt sind: BGer-Urteil 6S.415/2006, E. 17.4]**

#### 5.6 Verletzung von Art. 172<sup>ter</sup> StGB

Da die einzelnen Belastungen des Bankkontos nicht spezifiziert sind, ist nicht ausgeschlossen, dass sich auch dort Vergütungen befinden, die den Betrag von 300.- Franken nicht überschreiten. Auch hier sei auf das Gutachten von Prof. Riklin vom 10. Oktober 2005, S. 20 f., (unpaginiertes Gutachten Prof. Riklin vom 10. Oktober 2005, Akten S. 3005) verwiesen. Auch im vorliegenden Fall hat die Vorinstanz zu Unrecht davon abgesehen, Art. 172<sup>ter</sup> StGB auf diesen Sachverhalt anzuwenden. Demzufolge hat sie zu Unrecht nicht geprüft, ob unter den Einzelpositionen bei den Sammelvergütungen Beträge von unter 300.- Franken zu finden sind, weshalb sie es unterliess, rechtlich erhebliche Tatsachen festzustellen, was ebenfalls eine unrichtige Rechtsanwendung darstellt. Von dieser Prüfung ist das Gericht nicht entbunden, nur weil die Belege von der Anklägerin nicht beigebracht wurden.

Ohne es zu sagen, hat das angefochtene Urteil hier zu Unrecht eine natürliche Handlungseinheit angenommen, weil der Schuldspruch wie bei Anklage Ziffer B.12, aber anders als bei den Anklage Ziffern B.1 und B.3.2 und beim Freispruch in Anklagepunkt 3.3 nicht eine mehrfache Tatbegehung annahm (angefochtenes Urteil S. 137 i.V.m. S. S. 85, S. 102 und S. 108). **[Eine Verurteilung gemäss Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB setzt nicht voraus, dass die einzelnen unrechtmässigen Verwendungen des anvertrauten Gutes festgestellt sind: BGer-Urteil 6S.415/2006, E. 17.4]**

## **6. Spende der Avina Stiftung**

### 6.1 Prozessgeschichte

Die Anklage warf dem Beschwerdeführer unter Ziff. 12 vor, die Spende der Avina Stiftung in der Höhe von 300'000.- Franken, welche er am 18. Januar 1999 durch Überweisung auf sein privates Bankkonto erhalten hatte, in der Zeit vom 25. Januar 1999 bis zum 25. März 1999 unrechtmässig zu seinem Nutzen verbraucht zu haben, indem er die Bank durch mehrfache Aufträge angewiesen haben soll, seine privaten Verbindlichkeiten wie Steuerschulden, Mietzinsen und Unterhaltszahlungen zu begleichen. Dabei sei er zum Ersatz der 300'000.- Franken jeweils weder willens noch fähig gewesen. Ein konkreter Straftatbestand wurde diesem Punkt der Anklage nicht zugeordnet (Akten S. 2163 f.). Laut Anklage sollte dabei die SPS geschädigt werden. Dies ergibt sich daraus, dass die 300'000.- Franken im Deliktsbetrag von insgesamt 61'868'841.- Franken enthalten sind, um die der Beschwerdeführer die SPS geschädigt haben soll (Anklageschrift, Akten S. 2146 Mitte, Ziff. B). Im

erstinstanzlichen Plädoyer, nach durchgeführtem Beweisverfahren, beantragte die Staatsanwaltschaft eine Verurteilung wegen Veruntreuung, eventuell wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung, je mit Bereicherungsabsicht (erstinstanzliches Plädoyer StaA, Ordner SB HV Plädoyers StaA/Verteidigung, S. 137). Auch der Eventualantrag auf Schuldspruch wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung zeigt, dass die Anklage in diesem Punkt die SPS als Geschädigte und Geschäftsherrin bzw. Treugeberin und Weisungsberechtigte betrachtete, da der Beschwerdeführer nur deren Geschäftsführer und nicht der Geschäftsführer der Avina Stiftung war.

Das Strafgericht stellte ohne Umschweife fest, dass die SPS und die GöV als Treugeberinnen, Weisungsberechtigte und Geschädigte eines Vermögensdelikts ausser Betracht fallen (erstinstanzliches Urteil, Akten S. 2529 Abs. 2 oben). Als Geschädigte kam nach Auffassung jenes Urteils aber neu die Avina Stiftung in Betracht, weshalb sie deren Weisungen untersuchten. Der Beschwerdeführer sei verpflichtet gewesen, das Geld jederzeit zur Verfügung zu halten, um auf nicht vorhersehbare Härtefälle reagieren zu können. Diese Werterhaltungspflicht habe er verletzt. Der Beschwerdeführer wäre jedoch in der Lage gewesen, innert einer Woche sein Guthaben bei der Pensionskasse des Basler Staatspersonals von über 1 Mio. Franken abzurufen. Damit sei er jederzeit ersatzfähig gewesen. Aus diesem Grund sei der Tatbestand der Veruntreuung gemäss Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB nicht erfüllt und der Beschwerdeführer von der entsprechenden Anklage freizusprechen (Akten S. 2528 ff.).

Die Staatsanwaltschaft appellierte in diesem Punkt. Sie beantragte nun plötzlich selber eine Verurteilung *zum Nachteil der Avina Stiftung* wegen Veruntreuung "gemäss Art. 138 Ziff. 1 StGB" (Akten S. 2699 Abs. 2). Der Beschwerdeführer habe einen Vermögenswert zur Verwendung gemäss dem mit der Avina Stiftung vereinbarten Bestimmungszweck empfangen. Daraus ergebe sich zwingend eine Werterhaltungspflicht (Akten S. 2697 Abs. 2). Der Beschwerdeführer sei auch nicht fähig und willens gewesen, fristgerecht Ersatz zu leisten (Akten S. 2698 f.).

Das Appellationsgericht verwarf alle Einwände der Verteidigung. Es verneinte die Verjährung einzelner Kontorückzüge wegen Art. 172<sup>ter</sup> StGB (angefochtenes Urteil, S. 138 Ziff. 7.1) und die Verletzung des Anklageprinzips (angefochtenes Urteil, S. 138 ff. Ziff. 7.2), was separat mit staatsrechtlicher Beschwerde gerügt wird. Ferner ging die Vorinstanz davon aus, dass der Beschwerdeführer das gespendete Geld für private Zwecke verwendet hatte (angefochtenes Urteil, S. 140 f. Ziff. 7.3), bejahte eine Werterhaltungspflicht des Beschwerdeführers (angefochtenes Urteil, S. 141 f., Ziff. 7.4.1), bejahte dessen Aneignungswillen (angefochtenes Urteil, S. 142 Ziff. 7.4.2), verneinte seine Ersatzfähigkeit (angefochtenes Urteil, S. 143 Ziff. 7.5 Abs. 1) und seinen Ersatzwillen (angefochtenes Urteil, S. 143 f. Ziff. 7.5 Abs. 2).

## 6.2 Anwendbarkeit von Art. 172<sup>ter</sup> StGB

Es sind bereits oben Ausführungen zur Verletzung von Art. 172<sup>ter</sup> StGB erfolgt, auf die hier verwiesen werden kann.

Die Verteidigung hat darauf hingewiesen, dass bei neun dieser Vergütungen und Rückzüge im Betrag von rund 90'000.- Franken die Empfänger völlig unbekannt sind, weil sich niemand die Mühe gemacht hat, den behaupteten Privatverbrauch zu untersuchen. Belege wurden nicht beigezogen, eine Befragung dazu fand nicht statt (vgl. Akten S. 1781 ff., S. 1792 ff., S.1810). Daher rügte die Verteidigung als ungeklärt, inwiefern der Beschwerdeführer Hilfestellungen an Dritte leistete, wie er dies ständig tat und noch immer tut. Weitere drei Zahlungen führten zu einer Belastung des Kontos von weniger als 300.- Franken. Sie sind mangels Strafantrag nicht mehr verfolgbar und zudem verjährt (Belastungen vom 17.2.1999, 25.2.1999 und vom 14.3.1999), worauf der Beschwerdeführer hingewiesen hatte (Akten S. 3267). Das Appellationsgericht verwarf diesen Einwand, verwies zur Begründung auf seine Ausführungen zu Anklageziffern B.1 und B.3.2 und hielt fest, angesichts des Umstands, dass der Beschwerdeführer gemäss Anklage insgesamt 300'000.- Franken veruntreut haben soll, könne nicht von Bagatelldelinquenz gesprochen werden, die nach Art. 172<sup>ter</sup> StGB privilegiert werden solle (angefochtenes Urteil S. 138).

Der im Anklagepunkt Ziffer 12 behauptete deliktische Zeitraum ist zwar enger als beim Anklagepunkt Ziffer 3.2. Dennoch fallen die kritisierten Rückzüge des Beschwerdeführers nicht unter die Kriterien der bereits oben bei Anklage Ziffer 3.2 zitierten Literatur und Judikatur. Es ist nicht ersichtlich, wie die Kleinbezüge von unter 300.- Franken als Begleitdelikte einer vom Tatbestand des Art. 172<sup>ter</sup> StGB ausgenommenen Deliktsserie gelten könnten.

Das angefochtene Urteil hat daher Art. 172<sup>ter</sup> StGB bei den erwähnten drei Belastungen des Kontos von weniger als 300.- Franken zu Unrecht nicht angewendet (vgl. angefochtene Urteil des Appellationsgerichts S. 138).

Fünf Rückzüge betrafen "diverse Vergütungen" und müssten aufgeschlüsselt werden, um feststellen zu können, ob sich darunter auch Zahlungen von nicht über 300.- Franken befinden (es handelt sich um die Transaktionen vom 27.1., 2.2., 25.2., 26.2. und 2.3.1999, vgl. Anklage Akten S. 2165). Verwiesen sei auf das dem Appellationsgericht eingereichte Gutachten von Prof. Riklin vom 10. Oktober 2005 (S. 20, Akten S. 3205).

Die fehlende Aufschlüsselung ist in der staatsrechtlichen Beschwerde zu rügen. Möglicherweise ist deswegen aber auch Art. 172<sup>ter</sup> StGB im Rahmen dieser nicht aufgeschlüsselten fünf Transaktionen falsch angewendet worden, wenn sich Beträge von weniger als 300.- Franken darunter befänden. Da die Vorinstanz zu Unrecht davon abgesehen hat, Art. 172<sup>ter</sup> StGB auf den vorliegenden Sachverhalt anzuwenden, hat sie es auch unterlassen, rechtlich erhebliche Tatsachen, nämlich die

Einzelpositionen bei Sammelvergütungen, festzustellen; daher ist auch insoweit unrichtige Rechtsanwendung zu rügen.

Das Appellationsgericht hat, ohne es ausdrücklich zu sagen, hier zu Unrecht eine natürliche Handlungseinheit angenommen. Das sieht man daran, dass es der Beschwerdeführer im Unterschied zu den Anklagepunkten 1 und 3.2 sowie beim Freispruch in Anklagepunkt 3.3 nicht wegen mehrfacher Veruntreuung, sondern nur wegen Veruntreuung verurteilt wurde (vgl. Urteil S. 144 im Vergleich zu Urteil S. 85, 102 und 108).

Zusammenfassend verletzt das angefochtene Urteil Art. 172<sup>ter</sup> sowie Art. 109 StGB und damit Bundesrecht, wenn es den Beschwerdeführer auch aufgrund von Beträgen verurteilte, welche weniger als 300.- Franken betragen, da bezüglich dieser Straftaten kein Strafantrag vorliegt und zudem die Verjährung eingetreten ist. **[Dieser Einwand ist auch hier unbegründet, soweit er überhaupt zu hören ist: BGer-Urteil 6S.415/2006, E. 17.5]**

### 6.3 Unrechtmässige Verwendung bzw. behaupteter Privatverbrauch nicht geklärt

Die Verteidigung hatte in ihrer Appellationsantwort vom 15. Dezember 2004 dargelegt, in welchem Ausmass der Beschwerdeführer sein eigenes Vermögen für die Sache der Paraplegiker, aber auch für Bedürftige einsetzte, die nicht unter die Zweckbestimmung von SPS oder GöV fallen würden, also sonstige Gelähmte, Amputierte oder Hirnverletzte etc.. Solchen Menschen stelle er oft Hilfen für bauliche Massnahmen, Motorisierungshilfen, er gebe auch Beiträge zur Schuldensanierung, wenn sie ein schweres Schicksal treffe. In diesem Sinne habe er bis zu 10'000.- Franken pro Fall ausgegeben. Bis zur Errichtung der Dr. Guido A. Zäch-Stiftung habe er pro Jahr regelmässig durchschnittlich ca. 100'000.- Franken privat für solche sozialen Zwecke ausgegeben. Dafür habe er jeweils Rückzüge von seinem Konto getätigt. Sein Kontostand sage von daher überhaupt nichts über die von ihm persönlich finanzierten sozialen Aktivitäten (Akten S. 3006 - 3008). Der Beschwerdeführer selbst hatte mehrfach schon in der Untersuchung darauf hingewiesen, dass er immer wieder namhafte Beträge von seinem Privatkonto abgehoben habe, um es an Bedürftige zu geben, was sich an den Barbezügen ab seinem UBS-Konto zeigt (Akten S. 1700; S. 1782). Auch dies hat die Verteidigung in der Appellationsantwort aufgegriffen, mit dem Hinweis, dass die Untersuchungsbehörde an weiteren Abklärungen zu diesem Thema keinerlei Interesse gezeigt habe (Akten S. 3006). Sie wies auf zahlreiche Belege in den Untersuchungsakten hin, mit welchen der Beschwerdeführer seine weitgehenden sozialen Zusatzaktivitäten belegte. Damit sei der Strafverfolgungsbehörde das Ausmass schon früh bekannt geworden, in welchem der Beschwerdeführer laufend soziale Engagements aus seinem Privatvermögen bestritt. Die Anklägerin hätte dies anerkennen und berücksichtigen müssen (Akten S. 3006 - 3008).

Anlässlich der Hauptverhandlung vor Vorinstanz legte die Verteidigung dar, dass die Anklage nicht einmal aufführe, woraus sich genau ergeben soll, dass der behauptete Vermögensverbrauch zwischen

25. Januar und 25. März 1999 vollständig privaten Zwecken gedient haben soll. In den Akten befinde sich nur ein Kontoauszug sowie die darüber von der Untersuchungsbehörde angefertigte Tabelle. Daraus würde ersichtlich, dass der Beschwerdeführer allein in den inkriminierten zwei Monaten ungeklärte Vergütungen und Barrückzüge für mindestens 88'000.- Franken vorgenommen habe, über deren Verwendungszweck überhaupt nichts abgeklärt und wozu er auch nicht befragt worden sei (Akten S. 3268). Es hätten keinerlei sachdienliche Abklärungen zu den Kontorückzügen stattgefunden, weshalb in den Akten nichts zu finden sei. Da nichts abgeklärt worden sei, sei nicht erwiesen, dass diese Mittel nicht für Hilfestellungen eingesetzt worden seien, was im Sinne der Avina Stiftung liegen würde. Der behauptete Sachverhalt könne nicht überprüft werden und das Gericht als erkennende Instanz könne dies nicht nachholen (Akten S. 3268 - 3271).

Die Vorinstanz ging auf die Rüge der Verletzung der Untersuchungsmaxime, der fehlenden Belege und der nicht erfolgten Befragung des Beschwerdeführers nicht ein, was jetzt Gegenstand der staatsrechtlichen Beschwerde ist.

Das angefochtene Urteil stellte fest, dass der Beschwerdeführer das Geld innert der nächsten gut zwei Monaten vollständig für eigene Bedürfnisse verbraucht habe, "hauptsächlich um Unterhaltszahlungen für seine Kinder, die Begleichung des Jahresmietzinses 1998 für die Villa in Zofingen sowie ... rückständige Steuerschulden zu bezahlen" (angefochtenes Urteil Ziff. 7.3.1 S. 140).

Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB setzt voraus, dass die anvertrauten Vermögenswerte unrechtmässig verwendet werden. Ob Vermögenswerte unrechtmässig verwendet worden sind, ist eine rechtserhebliche Tatsache. Den rechtserheblichen Sachverhalt muss der Strafrichter von Amtes wegen feststellen. Da der Beschwerdeführer unwiderlegt ausgeführt hat, er habe ständig Hilfestellungen an Bedürftige geleistet, hat er sich weisungsgemäss verhalten, wenn sich unter den fraglichen 88'000.- Franken innert zwei Monaten Rückzüge und Vergütungen für Hilfsbedürftige befinden. Da die Verwendung dieser Mittel ungeklärt blieb, konnte diesbezüglich deren Unrechtmässigkeit nicht festgestellt werden, weshalb der diesbezüglich gleichwohl ausgesprochene Schuldspruch Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB verletzt. **[Dieser Einwand ist auch hier unbegründet, soweit er überhaupt zu hören ist: BGer-Urteil 6S.415/2006, E. 17.5]**

#### 6.4 Werterhaltungspflicht

Zu diesem Thema wird auf die Ausführung zu Anklagepunkt B.10 betreffend Spende Sprüngli verwiesen.

Die Verteidigung hat in ihrer Eingabe vom 15. Dezember 2004 (Akten, S. 3011 f.) sowie in ihrem Plädoyer an der zweitinstanzlichen Hauptverhandlung (Akten S. 3270 f.) dargelegt, dass nirgends aus den Akten eine ständige Werterhaltungspflicht des Beschwerdeführers zu finden sei und Dr. Schmidheiny sogar ausdrücklich bestätigt habe, dass keine solche bestanden habe.

Die Vorinstanz stützte ihre Annahme, dass der Beschwerdeführer eine Werterhaltungspflicht gehabt habe (Urteil S. 141 Abs. 2 oben), auf folgenden Sachverhalt (angefochtenes Urteil S. 140):

Dr. Schmidheiny habe in seinem ersten Brief vom 1. September 1997 geschrieben, der Beschwerdeführer solle sich an ihn wenden, wenn er Mittel brauche, die er nicht durch die SPS oder durch Spendengelder aufbringen könne (SB 13 AVI/Nr. 0). In seinem zweiten Brief vom 19. Januar 1998 habe Dr. Schmidheiny geschrieben, dass er Mittel für spezielle Zwecke und Aufgaben zur Verfügung stellen wolle, für welche der Beschwerdeführer normalerweise Spendengelder nicht verwenden könne oder wolle. Der Beschwerdeführer könne diese Mittel bei ihm abrufen, wenn er etwas finanzieren wolle, das ihm besonders am Herzen liege, was nicht im "normalen" Budget der SPS und des Zentrums untergebracht werden könne (SB 13 AVI/Nr. 1). Die Avina Stiftung habe am 31. August 2000 geschrieben, man habe dem Beschwerdeführer 300'000.- Franken zur freien Verfügung überwiesen. Man habe diesen Beitrag bewusst nicht der SPS sondern dem Beschwerdeführer persönlich anvertraut, um es ihm zu ermöglichen, einen eigenen Fonds für Härtefälle und besondere Hilfestellungen zu errichten (SB 13 AVI/Nr. 6). An seiner Einvernahme vom 29. August 2001 habe Dr. Schmidheiny zu Protokoll gegeben, die Stiftung sei davon ausgegangen, die Mittel würden für Fälle verwendet, die aus dem "normalen" Budget der SPS nicht gedeckt seien (Akten S. 1827 Antwort 1). Der Sinn der Spende sei gewesen, dass der Beschwerdeführer damit auch Aktivitäten im weiteren beruflichen Umfeld der Paraplegie finanzieren könne (Akten S. 1827 Antwort 2). Dr. Schmidheiny habe erklärt, die Verwendung der Spende für eigene Verpflichtungen des Beschwerdeführers habe zwar nicht dem Sinn der Vergabung entsprochen, doch sei dies von seinem Spenderwillen gedeckt gewesen, unter der Voraussetzung, dass der Beschwerdeführer die Mittel wieder dem Fonds zuführe und damit nicht dem vorgesehenen Zweck entziehe (Akten S. 1827 Antwort 4).

Die Vorinstanz leitete daraus eine ständige Werterhaltungspflicht ab, die bei einer Verurteilung wegen Veruntreuung vorausgesetzt ist. Sie begründete diese wie folgt:

Es habe jederzeit ein Härtefall eintreten können, bei dem unverzügliche Hilfe vonnöten gewesen wäre. Damit habe der Beschwerdeführer das Geld jederzeit zur Verfügung halten müssen. Die Aussage von Dr. Schmidheiny, wonach die erst spätere Verwendung für den Hilfsfonds durch seinen Spenderwillen gedeckt sei, interpretierte die Vorinstanz als blosser Erklärung ex-post. Er bringe damit - im Wissen um die nachträglich erfolgte Einbringung in die Dr. Guido A. Zäch-Stiftung - nur zum Ausdruck, dass für ihn die Sache nun in Ordnung sei. Zudem habe Dr. Schmidheiny seine Erklärung sogleich wieder eingeschränkt durch die Aussage, dass das Geld zu dem Zeitpunkt wieder hätte zur Verfügung stehen sollen, da es für Härtefälle hätte verwendet werden müssen (Akten S. 1827/28). Ein solcher Härtefall habe jederzeit eintreten können. Da der Beschwerdeführer das Geld binnen zweier Monate verbraucht gehabt habe, ohne anderweitig entsprechende finanzielle Mittel zu besitzen, sei er eben nicht in der Lage gewesen, das Geld der Avina Stiftung bei Eintreten eines Härtefalles sogleich zur Verfügung zu stellen (angefochtenes Urteil S. 141 f.).

Es ist auch in diesem Punkt auf das bereits bei Anklage Ziffer 10 Gesagte zu verweisen, wonach die ständige Werterhaltungspflicht von den Parteien vereinbart bzw. eine entsprechende Pflicht vom Treuhänder übernommen worden sein muss. Vorliegend übergeht das angefochtene Urteil die klare Aussage von Dr. Stephan Schmidheiny in der Untersuchung, der eine Weisung der jederzeitigen und ständigen Werterhaltungspflicht an den Beschwerdeführer klar und deutlich verneinte (Akten S. 1825 bis 1831). Die fehlende Vereinbarung ersetzte es durch die eigene Annahme, *dass jederzeit ein Härtefall habe eintreten können, bei dem unverzügliche Hilfe vonnöten gewesen wäre.* (Ob und wie der Beschwerdeführer auf solche Härtefälle reagiert hat, wurde aber - wie bereits gesagt - gar nicht abgeklärt.) Mit blossen hypothetischen Annahmen kann die für eine Veruntreuung vorausgesetzte ständige Werterhaltungspflicht aber nicht begründet werden.

Die Argumentation der Vorinstanz ist zudem insofern widersprüchlich und inkonsequent, als sie sämtliche Erklärungen der Avina Stiftung und von Dr. Schmidheiny, welche den Beschwerdeführer entlasteten, als ex-post Betrachtung und damit als bedeutungslos wertete, aber die genannte Zweckbestimmung des Härtefalls in belastendem Sinne verwendete, um daraus abzuleiten, das Geld habe jederzeit zur Verfügung stehen müssen, weil ein "Härtefall" jederzeit habe eintreten können. Es geht nicht an, bei der rechtlichen Würdigung der Akten unterschiedliche Kriterien anzuwenden, je nachdem, ob darin ein Belastungs- oder Entlastungsmoment liegen könnte. Entweder sind für die Zweckbestimmung der Spende und die gegebenenfalls aus dieser resultierende Werterhaltungspflicht nur jene schriftlichen Unterlagen erheblich, die unmittelbar mit der Spende zusammen hängen, oder es sind *alle*, d.h. auch die erst durch das Strafverfahren veranlassten Aussagen der Beteiligten zu berücksichtigen. Allein schon die von der Vorinstanz zitierte frühere Korrespondenz der Avina Stiftung mit dem Beschwerdeführer lässt erkennen, dass die Spende für die Unterstützung von Zwecken und Aufgaben gedacht war, welche nicht von den Mitteln der SPS gedeckt werden konnten. Diese Umschreibung ist sehr offen und entsprechend bestätigte dies auch Dr. Schmidheiny ("Es war ausgesprochen der Sinn der Vergabung, dass Herr Dr. Zäch ... die Mittel mit grossem Handlungsspielraum einsetzen konnte", Akten S. 1829).

Es gibt eine Unmenge von Aufgaben und Zwecken, welche nicht von den Mitteln der SPS abgedeckt sind. Über die weiteren Modalitäten, wie mit der Spende verfahren werden sollte, enthalten die zitierten Korrespondenzen nichts. Es war dem Beschwerdeführer überlassen, wie und in welchem Zeitraum er die Gelder einsetzen wollte, um diese Zwecke zu erreichen. Aus den von der Vorinstanz erwähnten Akten lässt sich auch nirgends entnehmen, dass die Avina Stiftung die Gelder für *zeitlich dringliche* finanzielle Hilfe zugedacht habe und dass sie *sofort nach Eingang* bzw. *jederzeit* für die von der Spenderin gewünschten Zwecke zur Verfügung stehen sollten. Auch hier verhält es sich wie schon beim Fall Sprüngli: Der Beschwerdeführer gibt die Mittel nicht hundertausendfrankenweise aus, sondern in der Regel in Summen von 5'000.- bis 10'000.- Franken.

Vor allem zitierte die Vorinstanz den Wortlaut des Schreibens von Dr. Jacques Kaegi vom 31. August 2000 *unvollständig*, was als offensichtliches Versehen im Sinne von Art. 277<sup>bis</sup> BStP anzusehen ist. In diesem Schreiben wurde nämlich ausdrücklich festgehalten, dass die Stiftung dem Beschwerdeführer in der Absicht, ihn in seinem Wirken zu unterstützen, am 18. Januar 1999 300'000.- Franken "zur freien Verfügung" auf sein Privatkonto überwiesen habe (Akten SB 13 AVI Nr. 6). Diese Formulierung unterstreicht, dass dem Beschwerdeführer freie Hand bezüglich der Modalitäten gegeben wurde, wie, wann und wo der Beschwerdeführer die Spenden für die Belange der Paraplegiker einsetzen wollte. Dasselbe hat Dr. Schmidheiny selbst als Zeuge bestätigt (Akten S. 1829). Warum der Beschwerdeführer die vollen 300'000.- Franken jederzeit gerade für jenen Teil dieser Aufgaben und Zwecke zur Verfügung haben sollte, welcher zeitlich dringend war, obwohl die Spenderin davon nichts erwähnt hatte, erklärt das angefochtene Urteil nicht. Der Zweck der Spende konnte somit ohne weiteres erfüllt werden, ohne dass der Beschwerdeführer den gespendeten Betrag jeden Tag vollständig auf seinem Konto liegen hatte. Weder aus der Vereinbarung noch aus dem Zweck ergibt sich somit eine ständige und jederzeitige Werterhaltungspflicht. Eine solche ist daher von der Vorinstanz zu Unrecht angenommen worden.

Das angefochtene Urteil verletzt somit Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB und damit Bundesrecht wenn es aufgrund des vereinbarten Zwecks der Avina-Spende eine ständige Werterhaltungspflicht des Beschwerdeführers annahm. **[Obwohl der Beschwerdeführer die Spenden nicht schon beim ersten Härtefall zu verwenden musste, war er verpflichtet, die Vermögenswerte bis zur bestimmungsgemässen Verwendung ständig zu erhalten: BGer-Urteil 6S.415/2006, E. 16.2]**

#### 6.5 Ersatzfähigkeit / Ersatzwillen?

Das angefochtene Urteil geht davon aus, dass der Beschwerdeführer objektiv nicht hinreichend ersatzfähig gewesen sei, obwohl er innerhalb einer Woche Pensionskassenguthaben von 1 Mio. Franken hätte beziehen können (angefochtenes Urteil, S. 143 Abs. 1). Demgegenüber stellte die erste Instanz zu Recht fest, dass die Zeitspanne von einer Woche kurz genug ist, um die Möglichkeit flexiblen Reagierens zu gewährleisten (Akten S. 2531).

Erfahrungsgemäss wird in der Schweiz die Erbringung von medizinischen Leistungen oder anderen Dienstleistungen, welche im Interesse der Belange der Paraplegiker in Betracht kommen könnten, nicht davon abhängig gemacht, dass Zug um Zug dafür bezahlt wird, sondern es erfolgt eine nachträgliche Rechnungsstellung mit gewisser Zahlungsfrist. Die Annahme der ersten Instanz, dass die Zeit von einer Woche genügt hätte, um auf einen Härtefall zu reagieren, steht daher durchaus im Einklang mit der allgemeinen Lebenserfahrung.

Sodann ist auf das zum Anklagepunkt B.10 betreffend Sprüngli Gesagte zu verweisen. Das angefochtene Urteil legt den Begriff der Ersatzfähigkeit bundesrechtswidrig aus, wenn es seinen Fokus

nur auf den Guthabensaldo des UBS-Kontos des Beschwerdeführers richtete und in einem offensichtlichen Versehen die gewährte Kreditlimite und wesentliche weitere sofort greifbare Vermögenswerte nicht in seine Betrachtung mit einbezog, u.a. die unbelasteten Schuldbriefe auf seiner unbelasteten Immobilie mit einem Gebäudeversicherungswert von über 1 Mio. Franken und erstklassige Aktien einer Schweizer Bank und der Rentenanstalt. Alle diese Vermögenswerte sind als sofort greifbare Mittel zu subsumieren. Die Vorinstanz geht somit zu Unrecht von fehlender Ersatzfähigkeit aus und verletzt dadurch Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB. **[Ob Ersatzfähigkeit gegeben ist, kann dahingestellt bleiben, da Ersatzwille nicht vorhanden war: BGer-Urteil 6S.415/2006, E. 8.5.3]**

Selbst unter der Annahme, dass Ersatzfähigkeit bejaht würde, verneinte die Vorinstanz einen Ersatzwillen des Beschwerdeführers (angefochtenes Urteil, S. 143 Abs. 2) und bejahte damit die Bereicherungsabsicht (angefochtenes Urteil, S. 144 Abs. 1). Die Vorinstanz leitete dies daraus ab, dass der Beschwerdeführer während fast zwei Jahren keine Schritte unternommen habe, das Geld, von dessen Existenz niemand gewusst habe, wieder zu beschaffen. Erst nach Einleitung der Strafuntersuchung habe er nachträglich die Spende in die Dr. Guido A. Zäch-Stiftung eingebracht. Es sei nicht nachvollziehbar, weshalb er die Spende auf sein für den alltäglichen Zahlungsverkehr verwendetes Konto habe überweisen lassen, wenn er nicht vorgehabt hätte, es zur Tilgung seiner ausserordentlich hohen Steuerschulden und weiterer Verbindlichkeiten zu verwenden. Dies gelte um so mehr, als er bereits die Spende des Ehepaars Sprüngli auf diese Weise verbraucht habe. Gegenüber den Organen der Avina Stiftung habe er wahrheitswidrig den Eindruck erweckt, es sei sichergestellt, dass die Spende zweckentsprechend verwendet werde, wenn er von seinem Härtefall-Fonds gesprochen habe (angefochtenes Urteil S. 143 f.).

Der Schluss auf fehlenden Ersatzwillen und Bereicherungsabsicht beruht einmal mehr auf einer einseitigen Würdigung der Akten. Die Vorinstanz liess zunächst ausser Acht, dass nirgends Anhaltspunkte für die Annahme bestehen, die Avina Stiftung habe die Gelder für *zeitlich dringliche* finanzielle Hilfe vorgesehen. Der Beschwerdeführer durfte daher in subjektiver Hinsicht davon ausgehen, dass es ihm überlassen sei, wann er die geplante (und schliesslich realisierte) Dr. Guido A. Zäch-Stiftung errichten würde, zu deren Alimentierung er jederzeit auf sein BVG-Guthaben hätte zurückgreifen können. Zudem spricht der Ablauf des Geschehens vor Überweisung der Spende entschieden gegen fehlenden Ersatzwillen bzw. Bereicherungsabsicht. Gemäss den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz wies das Konto des Beschwerdeführers vor dem Eingang der Spende der Ehegatten Sprüngli am 23. und 29. Dezember 1997 meist einen Minussaldo auf (angefochtenes Urteil, S. 131 Abs. 1 oben). Bereits am 1. September 1997 war der Beschwerdeführer von Dr. Schmidheiny zum ersten Mal darauf hingewiesen worden, dass er bei der Avina Stiftung Mittel beziehen könne (SB 13 AVI / Nr. 0). Am 19. Januar 1998 machte Dr. Schmidheiny den Beschwerdeführer darauf aufmerksam, dass bei der Avina Stiftung 300'000.- Franken zu dessen Verfügung bereit stehen (SB 13 AVI / Nr. 1). Am 23. März 1998 wurde der Beschwerdeführer von Dr.

Kaegi von der Avina Stiftung daran erinnert, dass er diese Mittel jederzeit abrufen könne (SB 13 AVI / Nr. 3). Dr. Kaegi hatte den Beschwerdeführer auch einmal telefonisch und einmal persönlich gebeten, das Geld abzurufen, da es in der Buchhaltung noch pendent sei (EV des Beschwerdeführers vom 7. August 2001, Akten S. 1811 Mitte; Protokoll HV Strafgericht, Akten S. 2380). Erst am 12. Januar 1999, also 1 ½ Jahre nach dem ersten Angebot von Dr. Schmidheiny, nach mehrmaligem Auffordern und Drängen seitens der Avina Stiftung, nahm der Beschwerdeführer das Angebot schliesslich an (vgl. SB 13 AVI / Nr. 4). Wenn es dem Beschwerdeführer darum gegangen wäre, Spendengelder für persönliche Bedürfnisse zu vereinnahmen und er eine Bereicherungsabsicht gehegt hätte, so müsste das angefochtene Urteil näher erläutern, wie dies mit dem aktenkundigen Ablauf zu vereinbaren wäre und weshalb der Beschwerdeführer dann nicht schon früher auf das mehrfach wiederholte Angebot der Avina Stiftung eingegangen sei. Eine *umfassende* Würdigung der vorliegenden Akten erlaubt den Schluss auf fehlenden Ersatzwillen und Bereicherungsabsicht nicht. Mit seiner gegenteiligen Annahme und mit seinem Schuldspruch wegen Veruntreuung verletzte das Appellationsgericht Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB und damit Bundesrecht. **[Der Beschwerdeführer war gemäss den verfassungsrechtlich nicht zu beanstandenden Feststellungen der Vorinstanz nicht jederzeit willens, Ersatz zu leisten: BGer-Urteil 6S.415/2006, E. 16.4]**

Aus allen diesen Gründen ist die Beschwerde gutzuheissen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Kantons Basel-Stadt.

Mit vorzüglicher Hochachtung

Rüdý

Dr. Vera Delnon

Fünffach

**Beilage:** angefochtenes Urteil