

# **BGer 6B\_1216/2015 vom 21. September 2016**

Bundesgericht, 2016-09-21, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_6B\\_1216\\_2015](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6B_1216_2015)

FR: TF 6B\_1216/2015 du 21 septembre 2016

IT: TF 6B\_1216/2015 del 21 settembre 2016

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Das Bundesgericht vereinigt mehrere Verfahren, wenn diese in einem engen sachlichen Zusammenhang stehen, namentlich wenn sie sich gegen denselben Entscheid richten, und wenn sie die gleichen Parteien sowie ähnliche oder gleiche Rechtsfragen betreffen (vgl. BGE 126 V 283 E. 1; 113 Ia 390 E. 1). Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall erfüllt. Es rechtfertigt sich daher, die beiden Beschwerden gestützt auf Art. 71 BGG in sinngemässer Anwendung von Art. 24 Abs. 2 lit. b BZP zu vereinigen und in einem einzigen Entscheid zu beurteilen.

### **E. 2**

Gemäss Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 5 BGG ist der Privatkläger zur Beschwerde in Strafsachen berechtigt, wenn sich der angefochtene Entscheid auf die Beurteilung seiner Zivilansprüche auswirken kann. Als Zivilansprüche im Sinne dieser Bestimmung gelten solche, die ihren Grund im Zivilrecht haben und deshalb ordentlicherweise vor dem Zivilgericht durchgesetzt werden müssen. Der Beschwerdeführer hat sich am vorinstanzlichen Verfahren beteiligt und Zivilforderungen geltend gemacht. Er legt auch hinreichend dar, aus welchen Gründen sich der angefochtene Entscheid auf seine Schadenersatzforderung auswirken kann (vgl. Art. 81 Abs. 1 lit. a und b Ziff. 5 BGG; BGE 141 IV 1 E. 1.1 S. 4 f. mit Hinweisen). Auf die Beschwerde ist grundsätzlich einzutreten.

### **E. 3.1**

Der Beschwerdeführer wendet sich zunächst gegen den Freispruch der Beschwerdegegner von der Anklage des Betruges. Die Vorinstanz nimmt in diesem Punkt an, dem Beschwerdeführer seien ab dem 18. Oktober 2006 die sein Konto betreffenden Auszüge der C.\_\_\_\_\_, welche die belasteten Kommissionen ausgewiesen hätten, per E-Mail zugestellt worden. Die schädigende Kommissionsbelastung sei daher für den Beschwerdeführer grundsätzlich erkennbar gewesen. Es könne den Beschwerdegegnern somit weder eine Täuschung des Beschwerdeführers über die Verwendung seiner Vermögensanlagen und die Häufigkeit der Handelstransaktionen noch eine Verheimlichung der erfolgsunabhängigen Kommissionen vorgeworfen werden. Insbesondere seien auch die Geschäftsbezogenheit der Kommissionen, d.h. der Konnex zwischen der Handelsintensität und der resultierenden Geschäftslast sowie die sukzessive Verringerung der Guthaben durch die repetitive Kommissionsbelastung ersichtlich gewesen (angefochtene Urteile je S. 18 ff.). Selbst wenn eine Täuschung zu bejahen wäre, fehle es jedenfalls an der Arglist. Es lägen weder ein Lügengebäude noch betrügerische Machenschaften vor, zumal die Parteien weitestgehend mündlich verkehrt hätten und ein schriftlicher Vermögensverwaltungsvertrag nicht vorgelegen habe. Geschäftsmodell und Vorgehen der A.\_\_\_\_\_ GmbH seien bei entsprechender Aufmerksamkeit und, wo nötig, ergänzendem

Nachfragen jedenfalls in groben Zügen erkennbar gewesen. Im Weiteren seien die Angaben der Beschwerdegegner bzw. der A. \_\_\_\_\_ GmbH auch ohne besonderen Aufwand überprüfbar gewesen. Namentlich sei für den Beschwerdeführer mühelos erkennbar gewesen, dass regelmässig Kommissionen im Umfang von deutlich mehr als 15% erhoben worden seien. Der Beschwerdeführer habe sich primär indes lediglich für den jeweiligen Saldo auf den Abrechnungen interessiert und nie Rechenschaft über die Handelstätigkeit verlangt oder sich über die Kommissionsbelastung erkundigt. Die konkrete Höhe der Kommissionen habe ihn offensichtlich nicht interessiert. Schliesslich habe zwischen dem Beschwerdeführer und den Beschwerdegegnern auch kein besonderes Vertrauensverhältnis bestanden. Der Tatbestand des Betruges sei daher nicht erfüllt (angefochtene Urteile je S. 12 ff., 30 ff.). Dabei erachtete es die Vorinstanz als fraglich, ob bei der vorliegenden Konstellation Retrozessionen vorlagen. Die C. \_\_\_\_\_ habe der A. \_\_\_\_\_ GmbH kein Entgelt für ihre Dienste (aus ihrem eigenen Vermögen) entrichtet, sondern habe lediglich die mit dem Beschwerdegegner Y. \_\_\_\_\_ vereinbarten Abzüge dem Konto des Beschwerdeführers belastet. Es habe sich mithin nicht um indirekte Vorteile gehandelt, die dem Beauftragten infolge der Auftragserteilung von Dritten, im vorliegenden Fall der C. \_\_\_\_\_, zugekommen seien, sondern um die Entschädigung für die Tätigkeit der A. \_\_\_\_\_ GmbH. Selbst wenn man annehmen wollte, es habe sich um Retrozessionen gehandelt, sei es im Jahre 2006 branchenüblich gewesen, dieselben dem Auftraggeber nicht auszuliefern, weswegen den Beschwerdegegnern kein strafrechtlicher Vorwurf gemacht werden könne (angefochtene Urteile S. 24 ff., 28 [Y. \_\_\_\_\_] bzw. S. 25 ff., 28 [X. \_\_\_\_\_]; vgl. auch erstinstanzliche Urteile S. 12 f. [X. \_\_\_\_\_] bzw. 14 f. [Y. \_\_\_\_\_]).

### **E. 3.2**

Der Beschwerdeführer macht geltend, die Beschwerdegegner hätten ihm verschleiert, dass sie an einer möglichst hohen Anzahl Transaktionen interessiert gewesen seien, um damit Kommissionen zu generieren, die grösstenteils in ihre Taschen geflossen seien und ihm jegliche Gewinnchancen verunmöglicht hätten. Er habe keinerlei Kenntnis von der Kommissionsstruktur und von einem Verteilschlüssel gehabt. Insbesondere habe er nicht gewusst, wie hoch der Anteil der Kommissionen war, der an die Beschwerdegegner gegangen sei. Er sei sich mithin insbesondere nicht darüber im Klaren gewesen, dass von den Kosten in der Höhe von USD 59.-- bzw. 99.-- pro Transaktion ein Betrag von USD 50.-- bzw. 90.-- an die A. \_\_\_\_\_ GmbH geflossen sei und der Beschwerdegegner X. \_\_\_\_\_ jeweils USD 10.-- als Provision erhalten habe. Die Beschwerdegegner hätten sich somit in einem erheblichen Interessenkonflikt befunden, zumal sie offensichtlich an einer möglichst hohen Anzahl Transaktionen interessiert gewesen seien. Indem sie ihm den hohen Anteil der an sie geflossenen Kommissionen verschwiegen und ihr Interesse an einer möglichst hohen Anzahl an Transaktionen verschleiert hätten, hätten sie ihn arglistig getäuscht. Er habe keinen Anlass gehabt, sich bei den Beschwerdegegnern über die Kommissionsstruktur zu informieren. Aus den Kontoauszügen habe er nicht ersehen können, dass die Kommissionen für die A. \_\_\_\_\_ GmbH eingezogen worden seien. In den vom Beschwerdegegner Y. \_\_\_\_\_ unterzeichneten "Guidelines for discretionary accounts" seien Transaktionskosten von mehr als 15% des monatlichen durchschnittlichen Werts des Kontos als übermässig bezeichnet worden. Die effektiv erhobenen Transaktionskosten von USD 169'000.-- bei einem durchschnittlichen Nettovermögen von USD 32'901.82 im fraglichen Handelszeitraum hätten diese Vorgabe um ein Mehrfaches überschritten. Auf das entsprechende Vorbringen sei die Vorinstanz nicht eingegangen. Sie

habe auch ausser Acht gelassen, dass der Beschwerdegegner Y. \_\_\_\_\_ im sog. "Third Party Controller Statement" bestätigt habe, dass er keine Gebühren erhebe. Er habe daher annehmen dürfen, dass weder die A. \_\_\_\_\_ GmbH noch die Beschwerdegegner Gebühren kassierten. Vor diesem Hintergrund erscheine seine eigene Darstellung, wonach er angenommen habe, die Kommissionen beliefen sich auf 15% des erzielten Gewinns, als durchaus plausibel (Beschwerden S. 4 ff.).

#### **E. 4.1**

Gemäss Art. 146 Abs. 1 StGB macht sich des Betrugers schuldig, wer in der Absicht, sich oder einen andern unrechtmässig zu bereichern, jemanden durch Vorspiegelung oder Unterdrückung von Tatsachen arglistig irreführt oder ihn in einem Irrtum arglistig bestärkt und so den Irrenden zu einem Verhalten bestimmt, wodurch dieser sich selbst oder einen andern am Vermögen schädigt.

Angriffsmittel beim Betrug ist die Täuschung. Als solche gilt jedes Verhalten, das darauf gerichtet ist, bei einem andern eine von der Wirklichkeit abweichende Vorstellung hervorzurufen. Sie ist eine unrichtige Erklärung über Tatsachen, d.h. über objektiv feststehende, vergangene oder gegenwärtige Geschehnisse oder Zustände. Zukünftige Ereignisse sind, soweit sie jedenfalls ungewiss sind, keine Tatsachen ( BGE 135 IV 76 E. 5.1). Die Erfüllung des Tatbestandes erfordert darüber hinaus Arglist. Betrügerisches Verhalten ist strafrechtlich nur relevant, wenn der Täter mit einer gewissen Raffinesse oder Durchtriebenheit täuscht. Arglist wird in ständiger Rechtsprechung bejaht, wenn der Täter ein ganzes Lügengebäude errichtet oder sich besonderer Machenschaften oder Kniffe bedient. Arglist wird aber auch bei einfachen falschen Angaben angenommen, wenn deren Überprüfung nicht oder nur mit besonderer Mühe möglich oder nicht zumutbar ist oder wenn der Täter das Opfer von der möglichen Überprüfung abhält oder nach den Umständen voraussieht, dass dieses die Überprüfung der Angaben aufgrund eines besonderen Vertrauensverhältnisses unterlassen werde. Der Gesichtspunkt der Überprüfbarkeit der Angaben erlangt nach der neueren Rechtsprechung auch bei Lügengebäuden und besonderen Machenschaften und Kniffen Bedeutung. Auch in diesen Fällen ist somit das Täuschungsoffer zu einem Mindestmass an Aufmerksamkeit verpflichtet ( BGE 135 IV 76 E. 5.2; 128 IV 18 E. 3a; je mit Hinweisen). Keine Arglist liegt vor, wenn das Täuschungsoffer den Irrtum mit einem Mindestmass an Aufmerksamkeit hätte vermeiden können. Dies beurteilt sich unter Berücksichtigung der jeweiligen Lage und Schutzbedürftigkeit des Betroffenen im Einzelfall, wobei einerseits auf besonders schutzbedürftige Opfer Rücksicht zu nehmen und andererseits deren gegebenenfalls vorhandene besondere Fachkenntnis und Geschäftserfahrung in Rechnung zu stellen ist. Der Tatbestand erfordert indes nicht, dass das Täuschungsoffer die grösstmögliche Sorgfalt walten lässt und alle erdenklichen Vorkehren zu seinem Schutz trifft. Arglist scheidet lediglich aus, wenn es die grundlegendsten Vorsichtsmassnahmen nicht beachtet ( BGE 135 IV 76 E. 5.2 S. 80 f.; 128 IV 18 E. 3a; 126 IV 165 E. 2a; je mit Hinweisen).

#### **E. 4.2**

Die angefochtenen Urteile verletzen in diesem Punkt kein Bundesrecht. Zunächst ist nicht erstellt, dass die Beschwerdegegner den Beschwerdeführer bereits im Zeitpunkt des Abschlusses des Vermögensverwaltungsvertrages über ihre Absicht getäuscht haben, durch das Eingehen wirtschaftlich unsinniger Geschäfte hohe Kommissionen zu erwirtschaften (Churning, vgl. unten E. 6.3; BGE 135 IV 76 E. 5.3 [Täuschung über die Belastung mit

Kommissionen]; ferner FRANK ZIESCHANG, in: Kapitalmarktstrafrecht, Handkommentar, hrsg. von Tido Park, 3. Aufl. 2013, Teil 3 Kap. 1 § 263 N 98 f., Kap. 2 § 266 N 54 ).

Sodann ist nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz annimmt, die Beschwerdegegner hätten den Beschwerdeführer nicht über die Verwendung seiner Vermögenseinlagen und über die Häufigkeit der Handelstransaktionen sowie das Ausmass der totalen Kommissionshöhe getäuscht. Soweit eine Täuschung zu bejahen wäre, wäre sie jedenfalls nicht arglistig. Die Vorinstanz stützt sich hierfür zu Recht auf den Umstand, dass dem Beschwerdeführer ab dem 18. Oktober 2006 per E-Mail die Kontoauszüge der C. \_\_\_\_\_ betreffend sein Konto zugestellt worden sind, welche die belasteten Kommissionen korrekt auswiesen. Die Belastung durch die Kommissionen war somit für den Beschwerdeführer ohne weiteres erkennbar, auch wenn er nur wenig Englisch verstanden und keine Erfahrungen mit dem Handel von Futures gehabt haben sollte. Dabei war aufgrund der Abrechnungen insbesondere auch ersichtlich, dass die Kommissionen nicht nur bei Gewinn, sondern auch bei erlittenem Verlust verrechnet wurden, und dass die Kommissionen nicht einem festen Satz von bloss 15 % entsprachen (angefochtene Urteile S. 18 ff.). Dass die Gebühren mit dem Beschwerdeführer nicht vertraglich vereinbart waren und der Beschwerdegegner Y. \_\_\_\_\_ die Kommissionsansätze selbstständig festgelegt hat, ändert daran ebensowenig wie der Umstand, dass sie von der C. \_\_\_\_\_ eingezogen und der A. \_\_\_\_\_ GmbH ausbezahlt wurden (Beschwerden S. 5). Die Vorinstanz verneint schliesslich auch zu Recht ein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen dem Beschwerdeführer und den Beschwerdegegnern, aufgrund dessen diese die begründete Erwartung hätten haben können, jener werde jegliche Überprüfung unterlassen. Die Geschäftsbeziehung erstreckte sich nur über wenige Wochen und für die Beschwerdegegner war nicht voraussehbar, dass sich der Beschwerdeführer nie nach den Vergütungen erkundigen und die Abrechnungen in dieser Hinsicht nicht kontrollieren würde. Daran ändern, wie die kantonalen Instanzen zutreffend annehmen, auch die vom Beschwerdeführer geleisteten Nachschüsse nichts, mit denen dieser offenbar offene Positionen absichern oder die eingefahrenen Verluste wieder wettmachen wollte. Der in relativ kurzer Zeit wiederholt stark gefallene Kontostand und die darauf basierende Frage nach weiteren Geldüberweisungen hätten jedenfalls im Kontext des Betruges vielmehr Anlass zu Misstrauen bieten müssen. Zwar mag zutreffen, dass die Beschwerdegegner sich in einem erheblichen Interessenkonflikt befanden, weil sie einerseits die Interessen des Beschwerdeführers an einem möglichst hohen Gewinn zu wahren hatten und andererseits von einer möglichst hohen Anzahl Transaktionen profitierten (vgl. Beschwerden S. 5), doch ist dies im Rahmen des Betruges nicht von Belang (vgl. aber unten E. 6 und 7). Der Umstand, dass dem Beschwerdeführer nicht bekannt war, in welcher Höhe Kommissionen von der C. \_\_\_\_\_ an die A. \_\_\_\_\_ GmbH flossen, ändert nichts daran, dass in den Abrechnungen die Erhebung der Kommissionen korrekt dokumentiert war. Dementsprechend lässt sich in diesem Kontext weder etwas aus den "Guidelines for discretionary accounts", welche Transaktionskosten von mehr als 15% des monatlichen durchschnittlichen Wertes des Kontos als übermässig bezeichnen, noch aus dem "Third Party Controller Statement" ableiten, in welchem der Beschwerdegegner Y. \_\_\_\_\_ offenbar namens der A. \_\_\_\_\_ GmbH bestätigt hat, er erhebe keine Gebühren irgendwelcher Art (Beschwerden S. 7). Dass die Vorinstanz den Dokumenten in diesem Kontext keine Bedeutung beigemessen hat, ist nicht zu beanstanden. Jedenfalls ist das angefochtene Urteil in diesem Punkt nicht willkürlich. Schliesslich lässt sich auch aus der

Aussage des Beschwerdegegners Y. \_\_\_\_\_ in der polizeilichen Einvernahme, wonach 99% aller Investoren am Schluss einen Verlust erleiden würden (Beschwerden S. 8), nichts für einen Schuldspruch wegen Betruges ableiten.

Die Beschwerden erweisen sich in diesem Punkt als unbegründet.

### **E. 5.1**

Der Beschwerdeführer wendet sich ferner gegen den Freispruch der Beschwerdegegner von der Anklage der qualifizierten ungetreuen Geschäftsbesorgung bzw. der Gehilfenschaft zur ungetreuen Geschäftsbesorgung. Den Beschwerdegegnern wird in diesem Punkt vorgeworfen, sie hätten mit ihrer Handelstätigkeit die Treue- und Sorgfaltspflichten gegenüber dem Beschwerdeführer verletzt, indem sie das Anlagekapital des Kunden durch die generierten Kommissionen abgeschöpft und letztlich aufgebraucht hätten. Damit hätten die Beschwerdegegner pflichtwidrig die eigenen Interessen vor diejenigen des Kunden gesetzt. Die Vorinstanz nimmt in dieser Hinsicht an, die A. \_\_\_\_\_ GmbH bzw. der Beschwerdegegner Y. \_\_\_\_\_ sei auftragsrechtlich verpflichtet gewesen, das vom Beschwerdeführer eingebrachte Kapital für den Handel mit Futures zu verwenden, wobei er die Anweisungen des Beschwerdeführers zu befolgen gehabt habe ( Art. 397 Abs. 1 OR ). Als Beauftragter sei er zur getreuen und sorgfältigen Ausführung des ihm übertragenen Geschäfts verpflichtet gewesen ( Art. 398 Abs. 2 OR ). Die A. \_\_\_\_\_ GmbH sei indes nicht nur deswegen an einem häufigen Handel interessiert gewesen, um für jeden Kauf/Verkauf Kommissionen in Rechnung stellen zu können. Sie sei vielmehr auch bestrebt gewesen, ein gutes Resultat für den Beschwerdeführer zu erzielen. Dem Beschwerdeführer habe klar sein müssen, dass jeder Handel auf diesem Gebiet mit Kommissionen belastet werde. Die Höhe der Transaktionskosten von USD 59.-- roundturn habe sich im Rahmen des Branchenüblichen gehalten. Zudem habe der Beschwerdeführer ab dem 18. Oktober 2006 sämtliche Abrechnungen der C. \_\_\_\_\_ erhalten. Im Übrigen seien die eingefahrenen Verluste nicht nur auf die Kommissionen zurückzuführen, sondern seien auch Resultat vom sinkenden Kurs der gehandelten Kontrakte gewesen. Damit könne die Häufigkeit der Bewegungen nicht als Churning qualifiziert werden. Eine strafrechtlich relevante Pflichtverletzung der Beschwerdegegner liege daher nicht vor (angefochtenes Urteile S. 51 f. [Y. \_\_\_\_\_] bzw. 52 f. [X. \_\_\_\_\_]).

Die Vorinstanz nimmt in Bezug auf die Entwicklung der Anlagen des Beschwerdeführers an, sein Nettovermögen habe in der Zeit vom 18. Oktober 2006 bis zum 23. Oktober 2006 stetig zugenommen. Am 23. Oktober 2006 habe es USD 82'973.40 betragen. An diesem Tag sei mithin das ganze vom Beschwerdeführer bis zu diesem Zeitpunkt investierte Kapital (USD 50'000.-- [ursprünglich Einlage] und USD 32'000.-- [erste Nachzahlung]) vorhanden gewesen und dies, obwohl auch bis zu diesem Tag etliche Kommissionen angefallen seien, welche vom Vermögen in Abzug gebracht worden seien. Dies zeige, dass der Beschwerdegegner Y. \_\_\_\_\_ erfolgreich geschäftet habe. Auch am 25. Oktober 2006 sei - nach Abzug der Kommissionen von über USD 46'000.-- - noch ein Betrag USD 80'522.20 vorhanden gewesen. Bei dieser Sachlage könne dem Beschwerdegegner Y. \_\_\_\_\_ nicht vorgeworfen werden, er habe nicht im Interesse des Kunden gehandelt, zumal die A. \_\_\_\_\_ GmbH beauftragt gewesen sei, das eingebrachte Kapital für den Handel mit hochrisikobehafteten Papieren einzusetzen. In Anbetracht des Umstands, dass der Beschwerdeführer bereit gewesen sei, mit der ersten Zahlung von USD 50'000.-- zu "gambeln", d.h. etwas zu riskieren, sei das von der A. \_\_\_\_\_ GmbH bis 25. Oktober 2006 erreichte Nettovermögen geradezu sensationell. Auch nach der zweiten, am 27.

Oktober 2006 geleisteten Nachzahlung von USD 60'000.-- seien - nachdem zwischen dem 25. und dem 26. Oktober 2006 das Nettovermögen von USD 80'522.20 auf USD 15'160.60 geschmolzen war, wiederum Erfolge erzielt worden. So habe am 3. November 2006 das Nettovermögen gar USD 99'844.-- betragen, was einem Zuwachs von über USD 16'000.-- entsprochen habe. An jenem 3. November 2006 seien also die zwei Nachzahlungen von USD 60'000.-- und USD 32'000.-- trotz der abgezogenen hohen Kommissionen komplett gedeckt gewesen. In der Anfangsphase der Handelstätigkeit hätten somit durchaus reale Gewinnchancen bestanden und seien trotz der verrechneten Kommissionen durchaus auch Gewinne erzielt worden. Im Weiteren sei der Beschwerdeführer aufgrund der ihm ab 18. Oktober 2006 täglich zugestellten Abrechnungen durchaus in der Lage gewesen, das Kommissionsrisiko zu erkennen. Er habe vor dem zweiten Nachschuss auch nicht die Rückzahlung des Kapitals oder wenigstens der ersten Nachzahlung verlangt. Auch nach dem zweiten Nachschuss habe er keine Rückzahlung verlangt. Dies komme zumindest einer konkludenten Genehmigung der Handelsaktivität gleich. Es treffe daher nicht zu, dass der Beschwerdeführer der Kommissionslast nie zugestimmt habe. Schliesslich habe er auch mit der dritten Nachzahlung vom 21. November 2006 in der Höhe von USD 87'520.--, die er trotz der bis zum 20. November 2006 eingetretenen Verluste von USD 142'000.-- geleistet habe, gezeigt, dass er nicht aus dem Handel habe aussteigen, sondern bar jeglicher Vernunft im Geschäft habe bleiben wollen. Es hätte ihm jederzeit frei gestanden, kein Geld nachzuschüssen und seine bereits entstandenen Verluste hinzunehmen. Insgesamt stehe somit fest, dass dem Beschwerdeführer die Kommissionshöhe aufgrund der ihm täglich zugestellten Abrechnungen der C. \_\_\_\_\_ bekannt gewesen sei und er diese durch sein Stillschweigen genehmigt habe (angefochtene Urteile S. 37 ff. [Y. \_\_\_\_\_] bzw. 35 ff. [X. \_\_\_\_\_]).

## **E. 5.2**

Der Beschwerdeführer macht geltend, die Beschwerdegegner hätten die ihnen obliegende Treue- und Sorgfaltspflicht verletzt, indem sie durch eine unsinnig hohe Anzahl von Transaktionen Gebühren und Kommissionen generiert hätten, die zum grössten Teil über die A. \_\_\_\_\_ GmbH in ihre eigene Tasche geflossen seien. Soweit die Vorinstanz annehme, es liege kein Churning vor, verletze sie Bundesrecht. Im Weiteren bringt der Beschwerdeführer vor, den Beschwerdegegner Y. \_\_\_\_\_ habe in seiner Funktion als Geschäftsführer eine Vermögensfürsorgepflicht getroffen. Daraus ergebe sich auch die Pflicht zur unaufgeforderten Rechenschaftsablegung. Die Vergütungen, welche die A. \_\_\_\_\_ GmbH von der C. \_\_\_\_\_ erhalten habe, seien als Retrozessionen zu qualifizieren. Dass die C. \_\_\_\_\_ die vereinbarten Abzüge für die A. \_\_\_\_\_ GmbH lediglich eingetrieben habe, lasse sich nicht sagen, zumal dies aus den Kontoauszügen nicht hervorgehe. Er habe zudem nie auf die Herausgabe von Retrozessionen verzichtet und sei auch nie über die Höhe der Retrozessionen, welche die A. \_\_\_\_\_ GmbH kassiert habe, informiert worden. Dass er sich nie über die konkrete Höhe der Kommissionen erkundigt habe, sei ohne Bedeutung, da es am Empfänger der Retrozessionen sei, den Auftraggeber unaufgefordert über die Höhe der erhaltenen Beträge zu informieren. Er habe daher überhaupt keine Möglichkeit gehabt, den Interessenkonflikt der Beschwerdegegner zu erkennen und auf die Geschäftsbeziehung zur A. \_\_\_\_\_ GmbH zu verzichten. Der Beschwerdeführer rügt ferner, die Auffassung der Vorinstanz, wonach das von der A. \_\_\_\_\_ GmbH bis zum 25. Oktober erreichte Ergebnis geradezu sensationell sei, sei abwegig. Die Vorinstanz blende dabei aus, dass das Nettovermögen zwischen dem 25. und dem 26. Oktober 2006 von USD 80'522.20 auf USD 15'160.60 geschmolzen sei, was dem

Beschwerdegegner X. \_\_\_\_\_ dazu veranlasst habe, eine zweite Nachzahlung von USD 60'000.-- anzufordern, um die bereits investierte Summe zu retten. Soweit die Vorinstanz annehme, er hätte jederzeit aussteigen können, verkenne sie, dass der Beschwerdegegner X. \_\_\_\_\_ ihn insgesamt dreimal angehalten habe, Geld nachzuschliessen, um nicht sein ganzes Investment zu verlieren (Beschwerden S. 9 ff.).

### **E. 6.1**

Gemäss Art. 29 lit. a und b StGB wird eine besondere Pflicht, deren Verletzung die Strafbarkeit begründet oder erhöht, und die nur der juristischen Person obliegt, einer natürlichen Person zugerechnet, wenn diese als Organ oder als deren Mitglied oder als Gesellschafter handelt.

### **E. 6.2**

Nach dem Treubruchtatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung im Sinne von Art. 158 Ziff. 1 StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren oder Geldstrafe bestraft, wer auf Grund des Gesetzes, eines behördlichen Auftrages oder eines Rechtsgeschäfts damit betraut ist, das Vermögen eines andern zu verwalten oder eine solche Vermögensverwaltung zu beaufsichtigen, und dabei unter Verletzung seiner Pflichten bewirkt oder zulässt, dass der andere am Vermögen geschädigt wird (Abs. 1). Handelt der Täter in der Absicht, sich oder einen andern unrechtmässig zu bereichern, so kann auf Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu 5 Jahren erkannt werden (Abs. 3).

Geschäftsführer im Sinne von Art. 158 StGB ist, wer in tatsächlich oder formell selbstständiger und verantwortlicher Stellung im Interesse eines anderen für einen nicht unerheblichen Vermögenskomplex zu sorgen hat. Die Stellung als Geschäftsführer fordert ein hinreichendes Mass an Selbstständigkeit, mit welcher dieser über das fremde Vermögen oder über wesentliche Bestandteile desselben, über Betriebsmittel oder das Personal eines Unternehmens verfügen kann. Der Tatbestand ist namentlich anwendbar auf selbstständige Geschäftsführer sowie auf operationell leitende Organe von juristischen Personen bzw. Kapitalgesellschaften. Geschäftsführer ist aber auch, wem die Stellung nur faktisch zukommt und ihm nicht formell eingeräumt worden ist ( BGE 129 IV 124 E. 3.1; 123 IV 17 E. 3b; 120 IV 190 E. 2b; 105 IV 106 E. 2; 100 IV 113 f.).

Der Tatbestand setzt einen Vermögensschaden voraus. Ein solcher kann in einer tatsächlichen Schädigung durch Verminderung der Aktiven, Vermehrung der Passiven, Nicht-Verminderung der Passiven oder Nicht-Vermehrung der Aktiven liegen. Ein Schaden liegt bereits vor, wenn das Vermögen in einem Masse gefährdet wird, dass es in seinem wirtschaftlichen Wert vermindert ist. Dies ist der Fall, wenn der Gefährdung im Rahmen einer sorgfältigen Bilanzierung durch Wertberichtigung oder Rückstellung Rechnung getragen werden muss ( BGE 129 IV 124 E. 3.1; 123 IV 17 E. 3d; 122 IV 279 E. 2a; 121 IV 104 E. 2c, mit Hinweisen). Zwischen der Verletzung der Treuepflicht und dem Vermögensschaden muss ein Kausalzusammenhang bestehen.

Die im Gesetz nicht näher umschriebene Tathandlung der ungetreuen Geschäftsbesorgung besteht in der Verletzung jener spezifischen Pflichten, die den Täter in seiner Stellung als Geschäftsführer generell, aber auch bezüglich spezieller Geschäfte zum Schutz des Auftraggebers bzw. des Geschäftsherrn treffen ( BGE 120 IV 190 E. 2b; 118 IV 244 E. 2b). Die entsprechenden Pflichten ergeben sich aus dem jeweiligen Grundverhältnis. Pflichtwidrig im Sinne von Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 StGB handelt, wer als Vermögensverwalter ein unerlaubtes Geschäftsrisiko eingeht, indem er Weisungen des

Klienten missachtet ( BGE 120 IV 190 E. 2b S. 193). Tätigkeiten, die sich im Rahmen einer ordnungsgemässen Geschäftsführung halten, sind nicht tatbestandsmässig, selbst wenn die geschäftlichen Dispositionen zu einem Verlust führen. Strafbar ist einzig das Eingehen von Risiken, die ein umsichtiger Geschäftsführer in derselben Situation nicht eingehen würde. Es ist daher in einem solchen Fall ex ante zu bestimmen, ob die eingegangenen Risiken den getroffenen Vereinbarungen oder Weisungen des Auftraggebers zuwiderlaufen (Urteile des Bundesgerichts 6B\_824/2011 vom 17. August 2012 E. 4.2; 6B\_446/2010 vom 14. Oktober 2010 E. 8.2 und 8.4 mit Hinweisen).

Subjektiv ist Vorsatz erforderlich. Dieser muss sich auf die Pflichtwidrigkeit des Handelns oder Unterlassens, die Vermögensschädigung und den Kausalzusammenhang zwischen dem pflichtwidrigen Verhalten und dem Schaden beziehen. Eventualvorsatz genügt. An dessen Nachweis sind hohe Anforderungen zu stellen, da der objektive Tatbestand, namentlich das Merkmal der Pflichtverletzung, relativ unbestimmt ist ( BGE 120 IV 190 E. 2b mit Hinweisen). Der qualifizierte Treubruchtatbestand gemäss Art. 158 Ziff. 1 Abs. 3 StGB setzt die Absicht unrechtmässiger Bereicherung voraus. Eventualabsicht genügt.

### **E. 6.3**

Unter "Churning" (Gebührenreiterei; Spesenschinderei) wird das dem Interesse des Kunden zuwiderlaufende häufige Umschichten eines Depots ohne wirtschaftlichen Grund verstanden, mit dem der Vermögensverwalter oder Broker Provisionen, Gebühren oder Kommissionen generieren kann. Im Einzelnen wird bei dieser Vorgehensweise das betreute Anlagekonto unter Ausnutzung einer erteilten Vollmacht in sachwidriger Häufigkeit und Frequenz zu dem Zweck umgeschichtet, den variablen handelsumsatzabhängigen Vergütungsanteil (Kommissionen) zu erhöhen, wodurch in der Regel innerhalb kurzer Zeit ein erheblicher Teil des eingesetzten Kapitals aufgezehrt (leer getradet) und dem Anleger durch die Steigerung der Umschlaghäufigkeit die Chance entzogen wird, einen Gewinn zu erzielen (Rundschreiben der FINMA 2009/1 "Eckwerte zur Vermögensverwaltung" S. 4 Rz 14; JEAN-MARC SCHALLER, Handbuch des Vermögensverwaltungsrechts, 2013, N 301, 834; DANIEL STOLL, Le mandat de l'introducing broker: un contrat "pénalement répréhensible"?, in: Mélanges en l'honneur de François Dessemontet, 2009, S. 361 f.; Ralf Kölbel, in: Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, hrsg. von Hans Achenbach et al., 4. Aufl. Heidelberg 2015, 5/1 N 252 f.; Frank Zieschang, in: Kapitalmarktstrafrecht, Handkommentar, 3. Aufl. Baden-Baden 2013, 3/1 A. § 263 N 97 f. und 3/2 A. § 266 N 51 ; Manuel Lorenz, Churning, Das Phänomen der kapitalmarkt- und börsenrechtlichen Spesenschinderei und die Sanktionierung im Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht, Heidelberg 2015, N 5 ff., 115; Nina Nestler, Churning, Frankfurt a.M. 2009, S. 30 f.). Das als "Churning" bezeichnete Verhalten verletzt die dem Beauftragten obliegende Pflicht zur Wahrung der Interessen des Auftraggebers. Diese Pflichtverletzung erfüllt nach einem früheren Rechtshilfeentscheid des Bundesgerichts den Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung gemäss Art. 158 StGB , wenn sie von Personen begangen wird, die auf Grund des Gesetzes, eines behördlichen Auftrags oder eines Rechtsgeschäfts damit betraut sind, das Vermögen eines anderen zu verwalten oder eine solche Vermögensverwaltung zu beaufsichtigen, und der andere dadurch am Vermögen geschädigt wird (Urteil 1A.247/1999 vom 24. Januar 2000 E. 3d; vgl. auch Urteile 4C.149/1998 vom 28. Juli 1998 E. 3b, in: SJ 1999 I 126 und 6B\_967/2013 vom 21. Februar 2014 E. 3.2.1, je mit Hinweisen; ferner BGE 137 III 393 E. 2.3). Soweit der Vermögensverwalter nicht jedes einzelne Geschäft mit dem Anleger abzusprechen hat, sondern im Rahmen eines Vermögensverwaltungsvertrages

jeweils eigenständig Anlagegeschäfte vornehmen darf, stellt Churning eine typische Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht dar (Zieschang, a.a.O., 3/2 A. § 266 N 51 und 53).

Objektives Merkmal von Churning ist das Vorliegen einer übermässigen Handelstätigkeit (*excessive trading*) bzw. die überproportional häufige Umschichtung des Anlagekontos. Meist tritt auch eine - nicht bloss durch Kursverluste bedingte - Verringerung des Kontovolumens beim Anleger ein. Indiz für eine übermässige Handelstätigkeit bildet eine besonders hohe Anzahl von Transaktionen innerhalb einer kurzen Zeitspanne (*Day Trades*). Dabei ist die Übermässigkeit des Handels an den Anlagezielen des Kunden, namentlich seiner Bereitschaft zu Risikogeschäften, zu messen. Churning liegt jedenfalls dann vor, wenn das Anlageverhalten des Vermögensverwalters oder Brokers nicht mehr mit der Anlagestrategie und den Zielen des Anlegers übereinstimmt bzw. nicht mehr von diesen gedeckt ist (Nestler, a.a.O., S. 31 ff.; Lorenz, a.a.O., N 71).

### **E. 7.1**

Im zu beurteilenden Fall ist in tatsächlicher Hinsicht davon auszugehen, dass der Beschwerdegegner Y. \_\_\_\_\_ im Zeitraum vom 3. Oktober bis 20. Dezember 2006 mindestens mit 2'608 Kontrakten *roundturn*, wovon 2'453 im *Daytrading*, gehandelt und damit in der Handelszeit von weniger als drei Monaten das vom Beschwerdeführer zur Verfügung gestellte durchschnittliche Nettovermögen (Mittelwert aller täglichen Nettovermögen) über 54 Mal umgesetzt hat. Dadurch hat er Transaktionskosten von insgesamt USD 169'900.-- generiert. Innerhalb der Transaktionskosten entfallen USD 161'557 (95%) auf Kommissionen, wovon USD 136'600.-- an die A. \_\_\_\_\_ GmbH zurückgeflossen sind. Die restlichen 5% betreffen übrige Fees. Der reine, auf Marktrisiken zurückzuführende Handelsverlust betrug USD 64'193.90. Dieser macht gemessen am Gesamtverlust rund 27% des eingesetzten Vermögens aus, die Transaktionskosten belaufen sich auf rund 73% des Gesamtverlusts. Nach Beendigung des Vermögensverwaltungsmandats verblieb dem Beschwerdeführer von seiner Einlage in der Höhe von insgesamt USD 234'520.-- (Einzahlungen inkl. Nachschüssen von USD 229'520.-- und Gutschrift von USD 5'000.--) noch ein Betrag von USD 459.52. Die A. \_\_\_\_\_ GmbH hat mit ihrer Handelstätigkeit mithin 99,82% des vom Beschwerdeführer einbezahlten Vermögens verloren, wobei der Vermögensverlust in erster Linie durch die Transaktionskosten bedingt war.

### **E. 7.2**

Die angefochtenen Urteile halten in diesem Punkt vor Bundesrecht nicht stand. Nach den tatsächlichen Feststellungen der kantonalen Instanzen verpflichtete sich die A. \_\_\_\_\_ GmbH bzw. der Beschwerdegegner Y. \_\_\_\_\_ gegenüber dem Beschwerdeführer zur Verwaltung des zur Verfügung gestellten Vermögens. Inhalt des Vertrages bildete der Handel mit *Futures* auf Rechnung und Risiko des Beschwerdeführers (zum Vermögensverwaltungsvertrag vgl. Urteil 4A\_364/2013 vom 5. März 2014 E. 5.1, mit Hinweisen; ferner ELIANE HIESTAND, Strafrechtliche Risiken von Vergütungszahlungen [Retrozessionen etc.] im Vermögensverwaltungsgeschäft, Zürich 2014, S. 176 f.). *Futures* sind an Terminbörsen gehandelte, standardisierte Kontrakte, bei welchen sich der Käufer verbindlich verpflichtet, bei der in der Zukunft liegenden Fälligkeit des Kontrakts eine bestimmte Menge eines Basiswertes zu einem festgelegten Preis zu kaufen oder zu verkaufen. Im Rahmen dieses Vermögensverwaltungsvertrages war der Beschwerdegegner

Y.\_\_\_\_\_ verpflichtet, das ihm übertragene Geschäft getreu und sorgfältig auszuführen ( Art. 398 Abs. 2 OR ; BGE 138 III 755 E. 4.2; 137 III 393 E. 2.1; 124 III 155 E. 2). Insofern traf ihn für das Vermögen des Beschwerdeführers eine Fürsorgepflicht (angefochtene Urteile S. 38 [Y.\_\_\_\_\_] bzw. 40 [X.\_\_\_\_\_]; erstinstanzliches Urteil S. 21). Er verfügte selbstständig und nach eigenem Ermessen im Rahmen der generellen Weisungen über das einbezahlte Vermögen und bestimmte namentlich allein und nach seinem Gutdünken über die einzuschlagende Strategie, die konkreten Anlageentscheide und die Anzahl Kontrakte (angefochtene Urteile S. 37 [Y.\_\_\_\_\_] bzw. 38 [X.\_\_\_\_\_]). Der Beschwerdegegner Y.\_\_\_\_\_ war somit zweifellos Geschäftsführer im Sinne von Art. 158 StGB (vgl. auch Urteil 6B\_967/2013 vom 21. Februar 2014 E. 3.1).

Ausgangspunkt für die Beurteilung der Pflichtwidrigkeit der Geschäftsbesorgung bildet der Umstand, dass der Beschwerdegegner Y.\_\_\_\_\_ durch den Handel mit dem zur Verfügung gestellten Vermögen von rund USD 230'000.-- Transaktionskosten von rund USD 170'000.-- generierte und einen Handelsverlust von USD 64'000.-- verursachte. Der Beschwerdeführer musste somit für die Erzielung eines Handelsverlustes von USD 64'194.-- Transaktionskosten von USD 169'900.-- bezahlen. Dabei hatte der Beschwerdeführer von der Kommissionsstruktur und von einem allfälligen Verteilschlüssel keine Kenntnis, da die Kommissionen zwischen der A.\_\_\_\_\_ GmbH und der C.\_\_\_\_\_ vereinbart worden waren (angefochtene Urteile S. 26 [Y.\_\_\_\_\_] bzw. 27 [X.\_\_\_\_\_]).

Wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, ist es üblich, dass beim An- und Verkauf von Wertpapieren oder Terminkontrakten zugunsten des Brokers oder der Bank Kommissionen anfallen (angefochtene Urteile S. 51 [Y.\_\_\_\_\_] bzw. 53 [X.\_\_\_\_\_]). Ein grundsätzliches Interesse an der Erzielung von Kommissionen ist denn auch durchaus legitim. Dem Beschwerdegegner Y.\_\_\_\_\_ wird indes nicht vorgeworfen, dass er für seine Tätigkeit überhaupt Kommissionen erhoben hat. Es wird auch nicht deren Höhe beanstandet. Dass sich die Transaktionskosten von USD 59.-- im Rahmen des Branchenüblichen bewegten (angefochtene Urteile S. 49/50 [Y.\_\_\_\_\_] bzw. 50/51 [X.\_\_\_\_\_]), ist daher für den zu beurteilenden Fall ohne Bedeutung. Gegenstand der Anklage bildet in diesem Punkt allein die exzessive Häufigkeit der Transaktionen durch den Beschwerdegegner Y.\_\_\_\_\_, wodurch das Anlagevermögen wegen der Höhe der erhobenen Kommissionen weitgehend aufgezehrt wurde. Dabei kann nicht ernsthaft in Frage stehen, dass sich der Einsatz des Vermögens durch den Beschwerdegegner Y.\_\_\_\_\_ nicht mehr innerhalb einer pflichtgemässen Vermögensverwaltung hielt. Hiefür ist ausschlaggebend, dass nach den Berechnungen der Anklagebehörde auf dem durchschnittlichen Nettovermögen des Beschwerdeführers - berechnet über die gesamte Dauer der Vermögensverwaltung - eine Rendite von 516,39% oder hochgerechnet auf das ganze Jahr eine solche von 2'399,56% bzw. von 9.56% an jedem der 54 möglichen Handelstage notwendig gewesen wäre, nur um die Transaktionskosten zu decken, ohne dass sich dadurch das durchschnittliche Anlagekapital verändert hätte (angefochtene Urteile S. 10 [Y.\_\_\_\_\_] bzw. 9 [X.\_\_\_\_\_]; Anklageschrift S. 13 f.; Bericht des dipl. Wirtschaftsprüfers der Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich, act. 18-0900 004, S. 6 ff.; vgl. zur Break-even Kennzahl vgl. Nestler, a.a.O., S. 40; Lorenz, a.a.O., N 97). Die Aufzehrung des Vermögens wurde demnach nicht in erster Linie durch die Marktentwicklung, sondern durch die Transaktionskosten verursacht. Bei dieser Art der Handelstätigkeit war es somit realistischerweise nicht mehr möglich, einen Gewinn zu

erzielen oder selbst bloss das Vermögen zu erhalten. Davon ist jedenfalls bei einem Verhältnis, bei welchem die Verluste im Umfang von 73% auf die anfallenden Kosten, einschliesslich Kommissionen und Gebühren, entfallen, ohne weiteres auszugehen. Ein derart hoher Anteil an dem durch die Kommissionen verursachten Gesamtverlust spricht für ein exzessives Handeltreiben des Vermögensverwalters (vgl. Nestler, a.a.O., S. 46 f.). In diesem Zusammenhang verweist der Beschwerdeführer zu Recht auf die zwischen der C.\_\_\_\_\_ und der A.\_\_\_\_\_ GmbH vereinbarten "Guidelines for discretionary accounts", nach welchen bereits bei Transaktionskosten von mehr als 15% des monatlichen durchschnittlichen Kontowertes eine übermässige Handelstätigkeit anzunehmen ist (Beschwerden S. 6). Es ist daher davon auszugehen, dass der einzige Grund für die Fortführung der Handelstätigkeit im vorliegenden Fall die Generierung von Kommissionen zugunsten der Beschwerdegegner war. Die Annahme der Vorinstanz (angefochtene Urteile S. 41 [Y.\_\_\_\_\_] bzw. 43 [X.\_\_\_\_\_]), es hätten durchaus reale Gewinnchancen bestanden, lässt sich bei dieser Sachlage nicht aufrecht erhalten. Der Beschwerdegegner Y.\_\_\_\_\_ hat somit eine Handelsstrategie gewählt, mit welcher die im Kommissionssystem liegenden Möglichkeiten in einem Masse ausgereizt wurden, dass keine realen Gewinnchancen mehr bestanden.

Entgegen der Auffassung der Vorinstanz ist für die Beantwortung der Frage, ob ein häufiges Umschlagen des Vermögens als Churning beurteilt werden muss, von einer Gesamtbetrachtung der Handelstätigkeit auszugehen (vgl. auch erstinstanzliches Urteil S. 22). Denn die Pflichtwidrigkeit liegt bei der Kommissionsschinderei in der sachwidrigen Häufigkeit von Transaktionen, die für sich allein betrachtet nicht unangemessen sein müssen. Aus der Aufgliederung der gesamten Handelsaktivitäten in einzelne Geschäfte lässt sich für die Frage der Pflichtwidrigkeit der Geschäftsbesorgung insgesamt nichts ableiten. Insofern ist irrelevant, dass für den Entscheid zu einer einzelnen Transaktion nur der Break-even dieses einen Trades entscheidend ist (angefochtene Urteile S. 50 [Y.\_\_\_\_\_] bzw. 51 [X.\_\_\_\_\_]). Von daher ist auch ohne Bedeutung, dass im vorliegenden Fall einzelne Transaktionen zu Beginn der Handelstätigkeit der A.\_\_\_\_\_ GmbH offenbar Gewinn abwarfen. Ob die Vorinstanz dabei das vom 18. bis zum 25. Oktober 2006 erzielte Ergebnis angesichts der angefallenen Kommissionen von USD 46'000.-- zu Recht als "geradezu sensationell" bewertet (angefochtene Urteile S. 40), kann dabei offenbleiben. In der Gesamtbetrachtung erscheint das Ergebnis der Vermögensverwaltung jedenfalls in einem anderen Licht (zur Entwicklung der Anlagen des Beschwerdeführers vgl. angefochtene Urteile S. 40 f. [Y.\_\_\_\_\_] bzw. 41 f. [X.\_\_\_\_\_]; Bericht des dipl. Wirtschaftsprüfers der Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich, act 18-0900 004, S. 9 ff.). Zu keinem anderen Ergebnis führt sodann, dass der Beschwerdeführer mit seinem Geld spekulieren und bewusst mit Termingeschäften innert kurzer Zeit Gewinne machen wollte. Denn die Bereitschaft des Kunden, risikoreiche Geschäfte einzugehen, und der Umstand, dass der Handel mit Futures mit hohen Risiken behaftet ist und auch bei einer sorgfältigen Handelsstrategie die Gefahr erheblicher Verluste bis hin zum Totalverlust droht, bedeutet für den Vermögensverwalter keinen Freipass dafür, das Geld mittels durch exzessive Handelstätigkeit generierter Kommissionen abzuschöpfen und das Kundenkonto zu plündern. Das Einverständnis des Kunden richtet sich allein auf das Eingehen von Marktrisiken, bezieht sich mithin auf allfällige Verluste des eingesetzten Kapitals am Markt aufgrund von Kursverlusten im Rahmen einer ordnungsgemässen Geschäftsführung.

### **E. 7.3**

Die angefochtenen Urteile verletzen auch insofern Bundesrecht, als die Vorinstanz weiter annimmt, der Beschwerdeführer habe die Handelsaktivität der A. \_\_\_\_\_ GmbH gebilligt. Sie leitet dies daraus ab, dass der Beschwerdeführer täglich die Kontoauszüge der C. \_\_\_\_\_ erhalten hat, aus denen die Belastung mit Kommissionen ersichtlich war, und dass er nie - auch nicht nach kurzfristigen Handelserfolgen - Rückzahlungen verlangt, sondern im Gegenteil mehrfach Nachzahlungen geleistet hat. Durch sein Schweigen in Kenntnis des Handels und der erzielten Resultate habe er das Tun der Beschwerdegegner zumindest konkludent genehmigt (angefochtene Urteile S. 42/43 [Y. \_\_\_\_\_] bzw. 43/44 [X. \_\_\_\_\_]). Entgegen der Auffassung der Vorinstanz entlastet die Beschwerdegegner im Kontext der ungetreuen Geschäftsbesorgung nicht, dass dem Beschwerdeführer jeweils die Abrechnungen der C. \_\_\_\_\_ zugestellt worden sind und er dagegen keine Einwände erhoben hat. Angesichts der desaströsen Entwicklung der Handelstätigkeit ist der Vorinstanz zweifellos zuzustimmen, wenn sie annimmt, das Beharren des Beschwerdeführers auf die Weiterführung des Handels sei unvernünftig gewesen (angefochtene Urteile S. 43 f. [Y. \_\_\_\_\_] bzw. 44 f. [X. \_\_\_\_\_]). Es trifft auch zu, dass der Beschwerdeführer trotz den bedenklichen Ergebnissen keine Rückzahlungen verlangt, sondern gar noch Nachzahlungen geleistet hat. Daraus lässt sich aber nicht ableiten, dass er darin eingewilligt hätte, dass sein Anlagevermögen zum grössten Teil durch die Erhebung von Kommissionen aufgezehrt wird. Die berufsmässig mit Anlagegeschäften befassten Personen treffen bei der Anbahnung und Abwicklung von Verträgen über die Vermögensverwaltung besondere Aufklärungs-, Beratungs- und Warnpflichten ( BGE 124 III 155 E. 3a). Namentlich muss der Klient über wesentliche Vermögensverluste oder Interessenkonflikte informiert werden. Dazu gehört auch ein entsprechender Hinweis, wenn der Umfang der Entschädigung des Beauftragten das Resultat der Vermögensverwaltung massgeblich beeinflusst (Urteil 6B\_967/2013 vom 21. Februar 2014 E. 3.2.1). Eine derartige Aufklärung haben die Beschwerdegegner unbestrittenermassen nicht geleistet. Zudem genügen die blosse Zustellung der Abrechnung oder die Möglichkeit, den Kontostand im Internet zu überprüfen, nach der Rechtsprechung für die Annahme einer konkludenten Genehmigung der Geschäftstätigkeit nicht (Urteil 6B\_967/2013 vom 21. Februar 2014 E. 3.2.1 a.E.). Hier läge ohnehin lediglich eine nachträgliche Genehmigung vor. Eine tatbestandsausschliessende Einwilligung müsste indes jeweils

vor der Tat, d.h. der einzelnen Order zum An- oder Verkauf eines Kontraktes erklärt worden sein. Soweit der Vermögensverwalter bevollmächtigt ist und über eine Dispositionsbefugnis verfügt, ist es dem Anleger daher grundsätzlich gar nicht möglich, sein Einverständnis mitzuteilen, da er keine Kenntnis vom Zeitpunkt eines konkreten Kaufs hat (Lorenz, a.a.O., N 167). Daraus ergibt sich, dass bei der Konstellation des Churning grundsätzlich ein Einverständnis nur sehr eingeschränkt denkbar ist. Der Umstand, dass Kontoauszüge über die Geschäftsabschlüsse versandt werden, gegen die der Anleger keine Einwände erhebt, kann jedenfalls nicht als Einverständniserklärung verstanden werden. Im Rahmen exzessiver Handelstätigkeit kann in der blossen nachträglichen Kenntnisnahme bereits abgewickelter Geschäfte schon deshalb keine Genehmigung derselben liegen, weil die Zustimmung das Bewusstsein des Kunden voraussetzt, dass die übermässige Umschichtung des Vermögens seinen eigenen Interessen zuwiderläuft und nur den Kommissionsinteressen des Verwalters dient, was kaum je anzunehmen sein wird (Lorenz, a.a.O., N 168; Nestler, a.a.O., S. 56 f.; Anke Hadamitzky, in: Wirtschaftsstrafrecht, Handbuch des Wirtschaftsstraf- und ordnungswidrigkeitenrechts, hrsg. von Christian

Müller-Gugenberger, 6. Aufl. Köln 2015 § 32 Rz. 141h). Dass der Beschwerdeführer nicht vorgängig in die Handelstätigkeit der Beschwerdegegner eingewilligt hat, weil er keine Kenntnis von der Kommissionsstruktur hatte, so dass er nicht von Anbeginn weg eine für ihn hinsichtlich der Kommissionen nachteilige vertragliche Abmachung erkennen und von einem Abschluss absehen konnte, räumt auch die Vorinstanz ein (angefochtene Urteile S. 26/27 [Y. \_\_\_\_\_] bzw. 27 [X. \_\_\_\_\_]). Insgesamt ist es daher lebensfremd anzunehmen, der Beschwerdeführer habe allein aufgrund des Umstands, dass er die Kontoauszüge erhielt, in eine Handelsstrategie eingewilligt, bei welcher infolge der Belastung durch Kommissionen unter Umständen das gesamte investierte Kapital aufgezehrt würde (vgl. auch erstinstanzliche Urteile je S. 27). Vor diesem Hintergrund kommt der Erfahrung des Beschwerdeführers im Handel mit risikoreichen Handelspapieren keine besondere Bedeutung zu. Es mag zutreffen, dass der Beschwerdeführer Bauingenieur und Geschäftsführer einer Filiale seiner Arbeitgeberfirma war und bei seiner Hausbank schon mit Lombardkrediten spekuliert hat (angefochtene Urteile S. 43 f. [Y. \_\_\_\_\_] bzw. 45 [X. \_\_\_\_\_]). Ob er schon allein deshalb "mitnichten ein gewöhnlicher Anleger" war, wie die Vorinstanz meint (angefochtene Urteile S. 44 [Y. \_\_\_\_\_] bzw. 45 [X. \_\_\_\_\_]), scheint allerdings fraglich. Wie es sich damit im Einzelnen verhält, kann indes offenbleiben. In jedem Fall ging im zu beurteilenden Fall das eigentliche pflichtwidrige Verhalten nicht, wie von der Vorinstanz mehrfach suggeriert, vom Beschwerdeführer, sondern von den Beschwerdegegnern aus. Selbst wenn das Verhalten des Beschwerdeführers als leichtfertig zu beurteilen wäre, kommt dem im Rahmen der ungetreuen Geschäftsbesorgung anders als beim Betrug keine Bedeutung zu (vgl. BGE 135 IV 76 E. 5.3; Urteil 6P.133/2005 vom 7. Juni 2006 E. 15.4.4 und 15.4.6). Im Übrigen schliesst nach der Rechtsprechung auch die Genehmigung der einzelnen Transaktionen eine Pflichtverletzung nicht aus, soweit der Kunde deren Tragweite im Rahmen der gesamten Geschäftsabwicklung nicht zu überblicken vermag (Urteil 1A.247/1999 24. Januar 2000 E. 3d; vgl. Urteile 6B\_1070/2014 vom 14. Juli 2015 E. 2.1.2 und 6P.37/2007 vom 24. August 2007 E. 7.5 [ad Wucher]).

Insgesamt haben die Beschwerdegegner das Vermögen des Beschwerdeführers nicht ordnungsgemäss verwaltet, sondern ihr eigenes Interesse an der Generierung möglichst hoher Kommissionen über dasjenige des Beschwerdeführers gestellt. Der Freispruch der Beschwerdegegner von der Anklage der ungetreuen Geschäftsbesorgung verletzt daher Bundesrecht. Die Beschwerden erweisen sich als begründet. Bei diesem Ergebnis kann offenbleiben, ob es sich bei den von der C. \_\_\_\_\_ an die A. \_\_\_\_\_ GmbH weitergeleiteten Kommissionen um Retrozessionen (vgl. BGE 132 III 460 E. 4.5; 137 III 393 E. 2; 138 III 755 E. 5.5) gehandelt hat und ob gegebenenfalls auch die Rückbehaltung der Vergütungszahlungen unter den Tatbestand von Art. 158 Ziff. 1 StGB fällt (angefochtene Urteile je S. 28 f.; Beschwerden je S. 9 ff.; vgl. hiezu HIESTAND, a.a.O., S. 177 ff.).

Die Beschwerden erweisen sich in diesem Punkt als begründet.

## **E. 8**

Bei diesem Ergebnis kann offenbleiben, ob es die Vorinstanz zu Unrecht unterlassen hat, der Staatsanwaltschaft gestützt auf Art. 333 Abs. 1 StPO Gelegenheit zu geben, die Anklage zu ändern, da verschiedene Sachverhaltselemente darauf hindeuteten, dass der Tatbestand des gewerbsmässigen Wuchers erfüllt sein könnte (Beschwerde S. 13 f.).

## E. 9

Aus diesen Gründen sind die Beschwerden teilweise gutzuheissen, die angefochtenen Urteile aufzuheben und ist die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen; im Übrigen werden die Beschwerden abgewiesen. Die Vorinstanz wird in ihrer neuen Entscheidung auch über die geltend gemachten Schadenersatzforderungen zu entscheiden haben (Beschwerden S. 14 ff.).

Bei diesem Ausgang des Verfahrens werden die Parteien im Umfang ihres Unterliegens kostenpflichtig ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Die Beschwerdegegner stellen indes ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege. Dieses kann bewilligt werden, da von ihrer Bedürftigkeit auszugehen und diese ausreichend belegt ist (vgl. BGE 125 IV 161 E. 4) und ihre Rechtsbegehren auf Abweisung der Beschwerde nicht von vornherein als aussichtslos erschienen (vgl. BGE 138 III 217 E. 2.2.4). Es sind ihnen somit keine Kosten aufzuerlegen. Ihren Vertretern wird aus der Bundesgerichtskasse eine angemessene Entschädigung ausgerichtet ( Art. 64 Abs. 2 BGG ). Soweit sie mit ihren Anträgen durchdringen, ist ihr Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gegenstandslos. Der Beschwerdeführer unterliegt im Wesentlichen mit seiner Rüge in Bezug auf den Freispruch der Beschwerdegegner von der Anklage des Betruges. Die Beschwerdegegner obsiegen im Umfang, in welchem der Beschwerdeführer unterliegt. Es rechtfertigt sich, dem Beschwerdeführer die Kosten im Umfang von einem Drittel aufzuerlegen. Der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin sind keine Kosten aufzuerlegen ( Art. 66 Abs. 4 BGG ). Der Kanton Zürich hat den Beschwerdeführer für das bundesgerichtliche Verfahren im Umfang seines Obsiegens angemessen zu entschädigen ( Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG ). Soweit dieser unterliegt, hat er den Beschwerdegegnern die durch den Rechtsstreit verursachten Kosten zu ersetzen.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.