

# BGer 6B\_893/2016 vom 13. Januar 2017

Bundesgericht, 2017-01-13, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_6B\\_893\\_2016](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6B_893_2016)

FR: TF 6B\_893/2016 du 13 janvier 2017

IT: TF 6B\_893/2016 del 13 gennaio 2017

## Erwägungen

### E. 1.1

Gegenstand der gegen den Beschwerdeführer geführten Strafuntersuchung bilden im Wesentlichen die Transaktionen xxx vom 28. November 2008 und yyy vom 21./22. Januar 2009.

Bei der Transaktion xxx war Verkäuferin der Wertpapiere die Pensionskasse Stiftung E.\_\_\_\_\_ in V.\_\_\_\_\_ (nachfolgend: Stiftung E.\_\_\_\_\_) via ihre Depotbank F.\_\_\_\_\_ (nachfolgend: Bank F.\_\_\_\_\_), Käufer/ Zwischenhändler war der Anlagefonds D.\_\_\_\_\_ via seine Depotbank G.\_\_\_\_\_ (nachfolgend: Bank G.\_\_\_\_\_), Endabnehmer waren Dr. B.\_\_\_\_\_ über seine Depotbank C.\_\_\_\_\_ & Co. AG (nachfolgend: Bank C.\_\_\_\_\_) sowie verschiedene institutionelle Kunden bzw. Anlagefonds bei der Bank H.\_\_\_\_\_ (Einstellungsverfügung S. 8, 10 ff.).

Bei der Transaktion yyy war Verkäuferin die Anstalt I.\_\_\_\_\_ (nachfolgend: Anstalt I.\_\_\_\_\_) über ihre Depotbank F.\_\_\_\_\_, Käufer/Zwischenhändler bzw. Endabnehmer waren wiederum der Anlagefonds D.\_\_\_\_\_ mittels seiner Depotbank G.\_\_\_\_\_ bzw. Dr. B.\_\_\_\_\_ über seine Depotbank C.\_\_\_\_\_ (Einstellungsverfügung S. 8, 14 f.).

Bei der Transaktion xxx kontaktierte der Beschwerdeführer die mit ihm befreundeten Mitbeschuldigten X.\_\_\_\_\_, Kundenberater bei der externen Vermögensverwalterin A.\_\_\_\_\_ AG (vgl. Parallelverfahren 6B\_877/2016), und Z.\_\_\_\_\_, Portfoliomanager bei der Bank H.\_\_\_\_\_, und offerierte ihnen die Titel. Bei der Transaktion yyy kontaktierte er nur den Mitbeschuldigten X.\_\_\_\_\_. Der Beschwerdeführer koordinierte sodann die Transaktionen, d.h. den Ankauf durch D.\_\_\_\_\_ und den Weiterverkauf an Dr. B.\_\_\_\_\_, und führte sie aus. Dabei erwähnte er gegenüber den beiden Mitbeschuldigten nicht, dass die Titel vom Anlagefonds D.\_\_\_\_\_ gehalten wurden, an welchem alle drei beteiligt waren.

### E. 1.2

Die Strafanzeige der FINMA geht davon aus, die J.\_\_\_\_\_ AG, für welche der Beschwerdeführer als Portfoliomanager tätig war, habe im Zeitpunkt der Transaktionen in einem Vertragsverhältnis zur Verkäuferin Stiftung E.\_\_\_\_\_ gestanden und für diese Transaktionen vermittelt. Es habe der Verdacht bestanden, dass der Beschwerdeführer als deren Geschäftsführer im Sinne von Art. 158 StGB gehandelt und persönlich von der Transaktion profitiert habe, da beim Anlagefonds D.\_\_\_\_\_ ein Gewinn angefallen und er an diesem massgeblich beteiligt gewesen sei. Bei dieser Sachlage hätte er als Geschäftsführer seine Vermögensfürsorgepflichten gegenüber der Geschäftsherrin verletzt, indem er die Transaktion nicht zum bestmöglichen Preis abgeschlossen und den erzielten Gewinn entgegen seinen Rechenschaftspflichten nicht an die Geschäftsherrin Stiftung E.\_\_\_\_\_ herausgegeben hätte (Einstellungsverfügung S. 16).

Das Zwangsmassnahmengericht des Kantons Zürich gelangte in seiner Verfügung vom 14. August 2015 indes zum Schluss, die J.\_\_\_\_\_ AG habe als Vermögensverwalterin für ihre eigenen Kunden Angebote gesucht. In dieser Funktion sei sie als Käuferin mit der Stiftung E.\_\_\_\_\_ in Kontakt gekommen. Es bestünden keine Anhaltspunkte dafür, dass zwischen der J.\_\_\_\_\_ AG und der Stiftung E.\_\_\_\_\_ ein Auftragsverhältnis bestanden habe. Demzufolge fehle es offenkundig an einer Geschäftsführereigenschaft des Beschwerdeführers im Sinne von Art. 158 Ziff. 1 StGB und somit an einem hinreichenden Tatverdacht (Verfügung des Zwangsmassnahmengerichts vom 14. August 2015, Ordner 21 act. 04200680 S. 18 f.).

### **E. 1.3**

Die Staatsanwaltschaft ging in ihrer Einstellungsverfügung im Anschluss an die Verfügung des Zwangsmassnahmengerichts vom 14. August 2015 davon aus, es gebe beim Beschwerdeführer keine Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Stellung als Geschäftsführer hinsichtlich des Vermögens der Stiftung E.\_\_\_\_\_. Damit scheidet eine Strafbarkeit wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung aus (Einstellungsverfügung S. 21).

In Bezug auf die anteilmässige Auferlegung der Verfahrenskosten nimmt die Staatsanwaltschaft im Wesentlichen an, bei den Transaktionen xxx vom 28. November 2008 und yyy, bei welchen der Beschwerdeführer in Erscheinung getreten sei, hätten sich die Mitbeschuldigten X.\_\_\_\_\_ als Angestellter der externen Vermögensverwalterin A.\_\_\_\_\_ AG und Z.\_\_\_\_\_ als Angestellter der Bank H.\_\_\_\_\_ in einem Interessenkonflikt befunden. Denn durch ihre Beteiligungen an D.\_\_\_\_\_ hätten sie von diesen Transaktionen persönlich profitiert. Indem der Beschwerdeführer diese beiden Mitbeschuldigten kontaktiert und ihnen eine Position von D.\_\_\_\_\_ zum Kauf angeboten habe, ohne sie über deren Herkunft zu informieren, habe er gegen ihre Interessen gehandelt. Mit diesem Verhalten habe er seine vertraglichen Pflichten und die allgemeinen Grundsätze des redlichen Geschäftsverkehrs verletzt. Denn zwischen dem Beschwerdeführer und den Mitbeschuldigten X.\_\_\_\_\_ und Z.\_\_\_\_\_ habe zumindest konkludent ein Vertrag über die Verwaltung des von ihnen in D.\_\_\_\_\_ investierten Vermögens bestanden. Der Beschwerdeführer sei somit nach Art. 398 Abs. 2 OR für die getreue und sorgfältige Ausübung der Vermögensverwaltung verantwortlich gewesen. Ausflüsse dieser Treuepflicht sei einerseits eine Aufklärungspflicht und andererseits die Pflicht gewesen, Interessenkonflikte zu vermeiden. Indem der Beschwerdeführer die beiden Mitbeschuldigten X.\_\_\_\_\_ und Z.\_\_\_\_\_ nicht über die Herkunft der angebotenen Papiere informiert habe, habe er seine Treue- und Aufklärungspflicht verletzt. Dies ergebe sich, wenn man das Vorliegen eines Vertragsverhältnisses zwischen den Beteiligten verneinen wollte, auch aus den Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag. Zudem verstosse das Verhalten des Beschwerdeführers gegen Treu und Glauben gemäss Art. 2 Abs. 1 ZGB . Das Verschweigen einer Tatsache im Rahmen von Vertragsverhandlungen sei ein Anwendungsfall dieses Prinzips. Das Verschweigen sei widerrechtlich, wenn es Tatsachen betreffe, deren Kenntnis den in Frage stehenden Entschluss zu beeinflussen vermöchte. Im vorliegenden Fall stelle das Verschweigen der Tatsache, dass die zum Kauf angebotene Position von D.\_\_\_\_\_ stammte, an deren Verkauf die Täter über ihre Beteiligung am Anlagefonds profitiert hätten, einen Verstoss gegen den Grundsatz von Treu und Glauben dar. Ein derartiger Verstoss sei ein widerrechtliches Verhalten im Sinne von Art. 426 Abs. 2 StPO . Die Verletzung der dem Beschwerdeführer obliegenden Pflichten gemäss Art. 398 Abs. 2 OR und Art. 2 ZGB sei

zudem die adäquate Ursache für die Einleitung des Strafverfahrens gegen den Beschwerdeführer gewesen (angefochtener Beschluss S. 4 ff.; Einstellungsverfügung S. 36 ff.).

#### **E. 1.4**

Die Vorinstanz nimmt an, der Beschwerdeführer habe Art. 398 Abs. 2 OR verletzt und es liege gleichzeitig ein Anwendungsfall von Art. 41 Abs. 2 OR vor. Dabei geht sie in tatsächlicher Hinsicht zunächst von der unbestrittenen Tatsache aus, der Beschwerdeführer habe im Vorfeld der beiden Transaktionen xxx und yyy die Mitbeschuldigten X.\_\_\_\_\_ und Z.\_\_\_\_\_ kontaktiert und angefragt, ob sie Käufer für die angebotenen Anleihen hätten. Aufgrund des Untersuchungsergebnisses geht sie davon aus, die beiden Mitbeschuldigten hätten nicht gewusst, dass der Anlagefonds D.\_\_\_\_\_ als (Zwischen-) Verkäufer aufgetreten sei. In rechtlicher Hinsicht nimmt die Vorinstanz an, auf die mündlichen Abreden über die unentgeltlichen Vermittlungstätigkeiten, welche die Mitbeschuldigten X.\_\_\_\_\_ und Z.\_\_\_\_\_ im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeiten ausgeübt hätten, sei Auftragsrecht anwendbar. Den Auftraggeber treffe die Nebenpflicht, alles Zumutbare zu unternehmen, um den Beauftragten vor Schaden zu bewahren. Er habe ihn namentlich auf bekannte bzw. zu erwartende Gefahren hinzuweisen. Dem Beschwerdeführer sei bekannt gewesen, dass die Mitbeschuldigten X.\_\_\_\_\_ und Z.\_\_\_\_\_ Anteile an D.\_\_\_\_\_ besessen hätten und sich somit bei den Transaktionen xxx und yyy in einem allfälligen Interessenkonflikt befunden hätten. Nach Art. 11 Abs. 1 lit. c des Bundesgesetzes vom 24. März 1995 über die Börsen und den Effektenhandel (Börsengesetz [BEHG]; SR 954.1) müsse der Effektenhändler sicherstellen, dass allfällige Interessenkonflikte seine Kunden nicht benachteiligten. Die Befolgung dieser Treuepflicht hätte im zu beurteilenden Fall vorausgesetzt, dass die Arbeitgeberinnen der beiden Mitbeschuldigten Kenntnis von der Identität des Anbieters gehabt hätten. Unter den gegebenen Umständen habe der Beschwerdeführer als Auftraggeber mithin die Nebenpflicht gehabt, die Mitbeschuldigten X.\_\_\_\_\_ und Z.\_\_\_\_\_ darüber zu informieren, dass bei den beiden Transaktionen der Anlagefonds D.\_\_\_\_\_ als Zwischenhändler der Anleihen aufgetreten sei. Indem der Beschwerdeführer dies unterlassen habe, habe er seine auftragsrechtliche Nebenpflicht als Auftraggeber verletzt und darüberhinaus bewirkt, dass die Arbeitgeberinnen der Mitbeschuldigten, die A.\_\_\_\_\_ AG und die Bank H.\_\_\_\_\_, ihren Pflichten nach Art. 11 Abs. 1 lit. c BEHG nicht hätten nachkommen können. Damit habe er den Arbeitgeberinnen der Mitbeschuldigten in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise ( Art. 41 Abs. 2 OR ) Schaden zugefügt. Dass angesichts der geringfügigen Beteiligung der Mitbeschuldigten am Anlagefonds D.\_\_\_\_\_ aus den Transaktionen xxx und yyy lediglich ein geringer persönlicher Gewinn resultiert habe, ändere nichts, zumal ein solcher eine Interessenkollision noch nicht ausschliesse (angefochtener Beschluss S. 12 ff.).

In Bezug auf den adäquaten Kausalzusammenhang zwischen der Rechtsnormverletzung des Beschwerdeführers und der Einleitung des Strafverfahrens wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung nimmt die Vorinstanz an, die Verletzung von Art. 398 Abs. 2 OR durch den Beschwerdeführer sowie sein Verstoss gegen die guten Sitten im Sinne von Art. 41 Abs. 2 OR hätten lediglich eine Teilursache für die Einleitung des Strafverfahrens wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung gebildet. Nach den sich aus Art. 41 OR ergebenden Grundsätzen genüge indes für die Begründung des Kausalzusammenhanges auch eine Teilursache (angefochtener Beschluss S. 15 ff.).

### **E. 2.1**

Der Beschwerdeführer rügt zunächst eine offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts. Die Auffassung der Vorinstanz, wonach die Verletzung der auftragsrechtlichen Pflichten sowie der Verstoss gegen die guten Sitten kausal für die Einleitung des Strafverfahrens wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung gewesen wäre, sei aktenwidrig. Nach dem Ermittlungsauftrag der Staatsanwaltschaft an die Polizei vom 24. Dezember 2014 sei tatsächlicher Grund für die Einleitung der Strafuntersuchung wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung allein der Verdacht gewesen, dass die Transaktionen, an welchen er und die weiteren Beschuldigten beteiligt gewesen seien, auf Vorabsprachen beruht und einen Schaden der angeblichen Geschäftsherren bewirkt hätten (Beschwerde S.8 ff.). Ferner habe die Vorinstanz den Sachverhalt in Bezug auf die vertraglichen Beziehungen zu den Mitbeschuldigten X.\_\_\_\_\_ und Z.\_\_\_\_\_ willkürlich festgestellt. Zwischen ihm und den Mitbeschuldigten habe keinerlei Vertragsverhältnis bestanden. Diese hätten im Vorfeld der Transaktionen im Rahmen ihrer beruflichen Funktionen als Hilfspersonen ihrer Arbeitgeberinnen A.\_\_\_\_\_ AG und Bank H.\_\_\_\_\_ gehandelt. Die Vorinstanz habe willkürlich einen Interessenkonflikt konstruiert (Beschwerde S. 10 f.). Im Weiteren gehe aus den Akten in keiner Weise hervor, dass er die Banken A.\_\_\_\_\_ AG und Bank H.\_\_\_\_\_ bzw. die Mitbeschuldigten X.\_\_\_\_\_ und Z.\_\_\_\_\_ zu einem Vertragsbruch habe verleiten wollen. Darüber hinaus treffe nicht zu, dass er den beiden Banken einen Schaden zugefügt habe (Beschwerde S. 11 ff.).

### **E. 2.2**

In rechtlicher Hinsicht macht der Beschwerdeführer geltend, er habe in keinem Auftrags- oder Mäkeleiverhältnis zu den Mitbeschuldigten X.\_\_\_\_\_ und Z.\_\_\_\_\_ gestanden. Er habe daher auch keine Verhaltensnorm verletzt, welche eine Kostenaufgabe gemäss Art. 426 Abs. 2 StPO begründen könnte. Bei den in Frage stehenden Transaktionen habe es sich um zwei hintereinander geschaltete Kaufverträge gehandelt. Die Stiftung E.\_\_\_\_\_ resp. die Anstalt I.\_\_\_\_\_ hätten die Wertschriften zunächst an den Anlagefonds D.\_\_\_\_\_ verkauft und dieser habe sie hernach an den Endkunden weiterveräussert. Es habe keine Vermittlung des Kaufvertrages zwischen Stiftung E.\_\_\_\_\_ und dem Endkunden gegeben. Die Annahme der Vorinstanz, die Bankinstitute hätten als unentgeltliche Mäkler gehandelt, widerspreche der Funktion der Banken im Effektenhandel. Banken handelten im Wertschriftenhandel nicht als Vermittler, sondern träten als Käufer in eigenem Namen auf fremde Rechnung auf. Im vorliegenden Fall hätten die Banken die Obligationen als Einkaufskommissionäre für ihre Kunden von der Depotbank des Anlagefonds D.\_\_\_\_\_ gekauft. Die Anfrage an die Mitbeschuldigten X.\_\_\_\_\_ und Z.\_\_\_\_\_, ob ihre Bankinstitute Käufer für Anleihen hätten, sei als Einladung zur Offerte für den Abschluss eines Börsengeschäfts zu verstehen. Auf dieses Verhältnis sei nicht Auftragsrecht anwendbar. Zudem sei nicht nachvollziehbar, inwiefern er Art. 398 Abs. 2 OR verletzt haben solle. Diese Bestimmung richte sich an den Beauftragten. Die Vorinstanz unterstelle ihm aber, er sei Auftraggeber gewesen, so dass er Art. 398 Abs. 2 OR nicht verletzt haben könne (Beschwerde S. 15 ff.).

Der Beschwerdeführer rügt weiter, Art. 11 Abs. 1 lit. c BEHG verpflichte nur Effektenhändler gegenüber ihren Kunden. Da er kein Effektenhändler sei, falle er nicht unter den Anwendungsbereich dieser Bestimmung. Auch die Bank A.\_\_\_\_\_ AG, die Arbeitgeberin des Mitbeschuldigten X.\_\_\_\_\_, habe bei der fraglichen Transaktion nicht

dem BEHG unterstanden. Der Kauf der Obligation sei durch die Bank C. \_\_\_\_\_ als Depotbank von Dr. B. \_\_\_\_\_ erfolgt. Der Mitbeschuldigte X. \_\_\_\_\_ habe lediglich die Kauforder von Dr. B. \_\_\_\_\_ an die Depotbank übermittelt. Zudem sei es im Börsenhandel nicht üblich, der Gegenpartei den Namen des Kunden offenzulegen (Beschwerde S. 19 ff.). Der angefochtene Beschluss verletze sodann auch Bundesrecht, soweit die Vorinstanz die Kostenaufgabe mit einem gegen die guten Sitten gemäss Art. 41 Abs. 2 OR verstossenden Verhalten begründe. Einem nicht verurteilten Angeschuldigten dürften nicht wegen eines lediglich unter ethischen Gesichtspunkten vorwerfbaren Verhaltens Kosten überbunden werden. Die Vorinstanz lege zudem nicht dar, inwiefern sein Handeln sittenwidrig gewesen sein soll. Durch die Einladung zur Offerte für den Kauf der Obligationen ohne Nennung des dahinter stehenden Verkäufers habe er die Mitbeschuldigten X. \_\_\_\_\_ und Z. \_\_\_\_\_ oder deren Banken jedenfalls nicht zu einem Vertragsbruch verleitet (Beschwerde S. 19 ff.). Schliesslich sei auch die angebliche Verletzung von Art. 402 Abs. 2 OR weder nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge noch der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet gewesen, die Eröffnung des Strafverfahrens herbeizuführen. Insgesamt verletze die Vorinstanz mit der Kostenaufgabe die Unschuldsvermutung (Beschwerde S. 22 ff.).

### **E. 3.1**

Gemäss Art. 426 Abs. 1 Satz 1 StPO trägt die beschuldigte Person die Verfahrenskosten, wenn sie verurteilt wird. Wird das Verfahren eingestellt oder die beschuldigte Person freigesprochen, so können ihr gemäss Abs. 2 derselben Bestimmung die Verfahrenskosten ganz oder teilweise auferlegt werden, wenn sie rechtswidrig und schuldhaft die Einleitung des Verfahrens bewirkt oder dessen Durchführung erschwert hat. Unter denselben Voraussetzungen können ihr die Entschädigung für die Ausübung ihrer Verteidigungsrechte und die erlittenen wirtschaftlichen Einbussen sowie die Genugtuung für erstandene Haft ganz oder teilweise verweigert werden (Art. 429 Abs. 1 lit. a - c i.V.m. Art. 430 Abs. 1 lit. a StPO). Der Kostenentscheid präjudiziert die Entschädigungsfrage. Bei Auferlegung der Kosten ist grundsätzlich keine Entschädigung auszurichten ( BGE 137 IV 352 E. 2.4.2; Urteil 6B\_876/2014 vom 5. Februar 2015 E. 1.3 mit Hinweisen).

Bei der Kostenpflicht im Falle von Freispruch oder Verfahrenseinstellung handelt es sich nicht um eine Haftung für ein strafrechtliches Verschulden, sondern um eine zivilrechtlichen Grundsätzen angenäherte Haftung für ein fehlerhaftes Verhalten, durch das die Einleitung oder Erschwerung eines Strafverfahrens verursacht wurde. In diesem Sinne stellt die Kostenüberbindung eine Haftung prozessualer Natur für die Mehrbeanspruchung der Untersuchungsorgane und die dadurch entstandenen Kosten dar. Das Verletzen bloss moralischer oder ethischer Pflichten genügt für die Auferlegung der Verfahrenskosten nicht ( BGE 116 Ia 162 E. 2a, c und d/bb mit Hinweisen).

### **E. 3.2**

Gemäss Art. 41 Abs. 1 OR ist zum Ersatz verpflichtet, wer einem andern widerrechtlich Schaden zufügt, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit. Widerrechtlich im Sinne der genannten Bestimmung ist ein Verhalten, wenn es gegen Normen verstösst, die direkt oder indirekt Schädigungen untersagen bzw. ein Schädigungen vermeidendes Verhalten vorschreiben ( BGE 141 III 527 E. 3.2). Solche Verhaltensnormen ergeben sich aus der Gesamtheit der schweizerischen Rechtsordnung, unter anderem aus dem Privat-, Verwaltungs- und Strafrecht, gleichgültig, ob es sich um eidgenössisches oder kantonales,

geschriebenes oder ungeschriebenes Recht handelt. Das Verhalten eines Angeschuldigten ist dann als widerrechtlich zu qualifizieren, wenn es in klarer Weise gegen Normen der Rechtsordnung verstösst, die den Rechtsunterworfenen direkt oder indirekt zu einem bestimmten Tun oder Unterlassen verpflichten ( BGE 116 Ia 162 E. 2c, S. 170). Es fällt indes nicht jede Vertragsverletzung, jedes sittenwidrige Verhalten im Sinne von Art. 20 OR oder jeder Verstoss gegen Treu und Glauben im Sinne von Art. 2 ZGB als eine Kostenaufgabe rechtfertigendes verwerfliches Verhalten in Betracht (NIKLAUS SCHMID, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 2. Aufl. 2013, N. 1788).

Zwischen dem zivilrechtlich vorwerfbaren Verhalten und den durch die Untersuchung entstandenen Kosten muss zusätzlich ein adäquater Kausalzusammenhang bestehen. Das gegen geschriebene oder ungeschriebene, kommunale, kantonale oder eidgenössische Verhaltensnormen klar verstossende Verhalten der beschuldigten Person muss mithin nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Erfahrung des Lebens geeignet gewesen sein, den Verdacht einer strafbaren Handlung zu erwecken und damit Anlass zur Eröffnung eines Strafverfahrens zu geben oder die Durchführung der eröffneten Strafuntersuchung zu erschweren. Dabei kommt die Kostenaufgabe nur dann in Frage, wenn sich die Behörde aufgrund des normwidrigen Verhaltens der beschuldigten Person in Ausübung pflichtgemässen Ermessens zur Einleitung eines Strafverfahrens veranlasst sehen konnte. Eine Auferlegung von Kosten an den Angeschuldigten fällt jedenfalls insoweit ausser Betracht, als die Behörde aus Übereifer, aufgrund unrichtiger Beurteilung der Rechtslage oder vorschnell eine Strafuntersuchung eingeleitet hat. Dies entspricht auch dem Grundsatz, dass der Überbindung von Verfahrenskosten an die beschuldigte Person bei Freispruch oder Einstellung des Verfahrens Ausnahmecharakter zukommt ( BGE 116 Ia 162 E. 2c, S. 170 f.; Urteil 6B\_241/2015 vom 26. Januar 2016 E. 1.3.2). Das Sachgericht muss darlegen, inwiefern die beschuldigte Person durch ihr Handeln in zivilrechtlich vorwerfbarer Weise klar gegen eine Verhaltensnorm verstossen hat (Urteile 6B\_1247/2015 vom 15. April 2016 E. 1.3; 6B\_1126/2014 vom 21. April 2015 E. 1.3 mit Hinweis; 1P.164/2002 vom 25. Juni 2002, in: Pra 2002 Nr. 203 S. 1067).

In tatsächlicher Hinsicht darf sich die Kostenaufgabe nur auf unbestrittene oder bereits klar nachgewiesene Umstände stützen. Eine Auferlegung der Kosten bei Freispruch oder Einstellung des Verfahrens verstösst gegen die Unschuldsvermutung ( Art. 10 Abs. 1 StPO , Art. 32 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 2 EMRK ), wenn in der Begründung des Kostenentscheids direkt oder indirekt der Vorwurf aufscheint, die beschuldigte Person treffe ein strafrechtliches Verschulden. Die Begründung darf bei einer unbefangenen Person mithin nicht den Eindruck erwecken, der Beschuldigte sei eines Delikts verdächtig oder schuldig. Damit käme die Kostenaufgabe einer Verdachtsstrafe gleich ( BGE 119 Ia 332 E. 1b; Urteile 6B\_887/2016 vom 6. Oktober 2016 E. 6.1; 6B\_1247/2015 vom 15. April 2016 E. 1.3; je mit Hinweisen).

### **E. 3.3**

Gemäss Art. 398 Abs. 1 OR haftet der Beauftragte im Allgemeinen für die gleiche Sorgfalt wie der Arbeitnehmer im Arbeitsverhältnis. Gemäss Abs. 2 derselben Bestimmung haftet er dem Auftraggeber für getreue und sorgfältige Ausführung des ihm übertragenen Geschäfts. Aus der Treuepflicht des Beauftragten ergibt sich, dass er die Interessen des Auftragsgebers umfassend zu wahren, d.h. alles zu tun hat, was zur Erfüllung des Auftrags erforderlich ist, und alles zu unterlassen, was dem Auftraggeber Schaden zufügen könnte (Urteil 6B\_303/2010 vom 3. Mai 2010 E. 3.4). Insbesondere hat er die eigenen Interessen

denjenigen des Auftraggebers unterzuordnen (WALTER FELLMANN, Berner Kommentar, 1992, N. 24 f. zu Art. 398 OR ). Gemäss Art. 400 Abs. 1 OR ist der Beauftragte verpflichtet, auf Verlangen jederzeit über seine Geschäftsführung Rechenschaft abzulegen und alles, was ihm infolge derselben aus irgendeinem Grund zugekommen ist, zu erstatten.

Nach Art. 41 Abs. 2 OR ist zum Ersatz des Schadens verpflichtet, wer einem anderen in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise absichtlich Schaden zufügt. Danach kann bei einem Vertragsverhältnis zwischen zwei Parteien ein Dritter ausnahmsweise haftbar werden, wenn er die vertragliche Bindung der Parteien in einer Art und Weise verletzt, die gegen die guten Sitten im Sinn von Art. 41 Abs. 2 OR verstösst. Eine solche Ausdehnung der Haftung auf einen Dritten setzt indes besondere Umstände voraus, namentlich etwa die in sittenwidriger Weise vorgenommene Verleitung einer Partei zum Vertragsbruch ( BGE 114 II 91 E. 4a/aa, S. 98). Die Rechtsprechung nimmt diesen Haftungsgrund aber nur ausnahmsweise und mit grösster Zurückhaltung als gegeben an. Er erfasst im Wesentlichen ein Verhalten, das nicht der Wahrnehmung eigener Interessen dient, sondern ausschliesslich oder primär darauf abzielt, andere zu schädigen ( BGE 124 III 297 E. 5e mit Hinweisen). Dabei muss die Schädigung in voller Absicht und im Bewusstsein der Sittenwidrigkeit herbeigeführt worden sein (ROLAND BREHM, Berner Kommentar, 4. Aufl. 2013, N. 243 ff. zu Art. 41 OR ).

#### **E. 4**

Für die Beurteilung der Frage, ob dem Beschuldigten bei Freispruch oder Einstellung des Verfahrens Kosten auferlegt werden dürfen, ist zunächst zu klären, aus welchem Grund die Strafuntersuchung eingeleitet wurde. Daran schliesst sich die Frage an, ob dieser Grund der beschuldigten Person in zivilrechtlicher Hinsicht vorwerfbar ist.

##### **E. 4.1**

Im zu beurteilenden Fall steht in tatsächlicher Hinsicht fest, dass der Beschwerdeführer bei den beiden Transaktionen xxx und yyy die Mitbeschuldigten X.\_\_\_\_\_ und Z.\_\_\_\_\_ angefragt hat, ob sie Käufer für festverzinsliche Wertpapiere hätten. Die Wertpapiere gelangten von den ursprünglichen Verkäufern Stiftung E.\_\_\_\_\_ und Anstalt I.\_\_\_\_\_ über den zwischengeschalteten Anlagefonds D.\_\_\_\_\_ zum Endabnehmer Dr. B.\_\_\_\_\_. Der Beschwerdeführer und die beiden Mitbeschuldigten waren an D.\_\_\_\_\_ beteiligt und profitierten deshalb von den Transaktionen. Nach den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz war den Mitbeschuldigten X.\_\_\_\_\_ und Z.\_\_\_\_\_ indes nicht bekannt, dass die ihnen vom Beschwerdeführer angebotenen Obligationen über den Anlagefonds D.\_\_\_\_\_ als Zwischenhändler geleitet wurden.

Aus der Strafanzeige (Aktennotiz) der FINMA vom 3. Februar 2010 (Untersuchungsakten, Ordner 2, act. 01100002, 01100013 f.) und dem Ermittlungsauftrag der Staatsanwaltschaft an die Polizei vom 24. Dezember 2014 (Untersuchungsakten, Ordner 17, act. 0210002 f.) ergibt sich, dass Anlass für die Einleitung der Strafuntersuchung "Unregelmässigkeiten bei verschiedenen Transaktionen in illiquiden Obligationen" bildeten. Es bestand zum damaligen Zeitpunkt offenbar der Verdacht, dass die Beschuldigten als Geschäftsführer an verschiedenen börslichen und ausserbörslichen Transaktionen beteiligt gewesen seien, welche auf Vorabsprachen beruht und einen Schaden in fremdverwalteten Vermögen bewirkt hätten. Dabei sollen die fraglichen Anleihen zu tieferen als den bestmöglichen Kursen an zwischengeschaltete Vehikel (insb. D.\_\_\_\_\_), an welchen die Beschuldigten

beteiligt waren, verkauft und hernach zu höheren Preisen an die Endabnehmer weiterverkauft worden sein. Dadurch seien bei den zwischengeschalteten Vehikeln Gewinne angefallen und hätten die Verkäufer möglicherweise einen Schaden erlitten. Zusätzlich sei möglicherweise, soweit der Weiterverkauf an die Endabnehmer zu einem überhöhten Preis erfolgt sein sollte, auch den Endabnehmern ein Schaden entstanden (vgl. auch Einstellungsverfügung S. 5 f., 15 f.; Beschwerde, S. 8 f.). Dieselbe Begründung für die Eröffnung des Strafverfahrens ergibt sich aus dem Gesuch um Telefonüberwachung vom 17. März 2015 an das Zwangsmassnahmengericht (Untersuchungsakten, Ordner 22, act. 08100003 f./18) und dem Vorhalt in der Einvernahme vom 24. März 2015 (Untersuchungsakten, Ordner 23, act. 09600001 ff.).

Anlass für die Eröffnung des Strafverfahrens bildete mithin der Verdacht, der Beschwerdeführer und die Mitbeschuldigten X.\_\_\_\_\_ und Z.\_\_\_\_\_ hätten die Transaktionen mit den Wertschriften im Voraus abgesprochen und durch den Verkauf der Papiere über den zwischengeschalteten Anlagefonds fremdverwaltetes Vermögen auf Verkäufer- und Käuferseite geschädigt. Dabei hätten sie ihren Pflichten als Geschäftsführer zuwidergehandelt, wobei alle Beteiligten in unterschiedlichen Rollen an der Durchführung der Transaktionen beteiligt gewesen seien und der Beschwerdeführer diese gesteuert habe (Einstellungsverfügung S. 15 f.). Hieraus leitet die Vorinstanz ab, ein wesentlicher Grund für die Eröffnung des Strafverfahrens sei gewesen, dass die Beteiligten bei den Transaktionen persönliche Gewinne erzielt hätten (angefochtener Beschluss S. 15).

#### **E. 4.2**

Die Auferlegung der Verfahrenskosten bei Freispruch oder Einstellung des Verfahrens setzt ein adäquat kausales und zivilrechtlich vorwerfbares Verhalten voraus (vgl. oben E. 3.2). Ursache für die Einleitung des Verfahrens war im zu beurteilenden Fall, wie ausgeführt, der Verdacht, die Beschuldigten hätten durch ein bewusstes Zusammenwirken über den Zwischenhändler D.\_\_\_\_\_ an den Verkäufen partizipiert und durch die Vorabgespräche ihre Kunden geschädigt. Der Beschwerdeführer und die Mitbeschuldigten wurden mithin eines Verhaltens zum Nachteil der Kunden/Verkäufer bzw. Käufer verdächtigt, nicht zum Nachteil der eigenen Arbeitgeberin (Mitbeschuldigte X.\_\_\_\_\_ und Z.\_\_\_\_\_ ) bzw. des angeblichen Beauftragten (Beschwerdeführer). Zudem setzt die Annahme, die Geschäfte seien vorabgesprächen gewesen, voraus, dass die Beteiligten um die Zwischenschaltung des Anlagefonds D.\_\_\_\_\_ gewusst haben. Die weitere Untersuchung hat indes zum Ergebnis geführt, dass zwischen der J.\_\_\_\_\_ AG, deren Portfoliomanager der Beschwerdeführer war, und der Stiftung E.\_\_\_\_\_ kein Vermögensverwaltungsvertrag bestanden hat und dem Beschwerdeführer somit - wie auch den weiteren Beteiligten - keine Geschäftsführerstellung zugekommen ist und dass die Mitbeschuldigten X.\_\_\_\_\_ und Z.\_\_\_\_\_ nicht darum gewusst haben, dass die Papiere von D.\_\_\_\_\_ angeboten worden sind (angefochtener Beschluss S. 12). Damit kann ein zivilrechtlich vorwerfbares für die Eröffnung der Strafuntersuchung ursächliches Verhalten nicht mit der Verletzung von Pflichten als Geschäftsführer begründet werden.

#### **E. 4.3**

Die Vorinstanz nimmt an, zwischen dem Beschwerdeführer und den Mitbeschuldigten X.\_\_\_\_\_ und Z.\_\_\_\_\_ habe ein unentgeltlicher Vermittlungsauftrag bestanden, auf welchen das Recht des einfachen Auftrages anzuwenden sei (angefochtener Beschluss S. 12). Sie erblickt ein zivilrechtlich vorwerfbares Verhalten darin, dass der Beschwerdeführer

die Pflichten aus diesem Vermittlungsauftrag verletzt habe, indem er die Mitbeschuldigten X.\_\_\_\_\_ und Z.\_\_\_\_\_ nicht darauf hingewiesen habe, dass die Wertpapiere vom Anlagefonds D.\_\_\_\_\_ angeboten wurden und dass sie sich deshalb aufgrund ihrer Beteiligung in einem allfälligen Interessenkonflikt befunden hätten, so dass wiederum deren Arbeitgeberinnen ihren aus Art. 11 Abs. 1 lit. c BEHG fliessenden Pflichten nicht hätten nachkommen können. Es habe daher die Gefahr bestanden, dass sich die Mitbeschuldigten X.\_\_\_\_\_ und Z.\_\_\_\_\_ gegenüber ihren Arbeitgeberinnen allenfalls einer Pflichtverletzung schuldig machten (angefochtener Beschluss S. 13 f.).

Es trifft zu, dass den Effektenhändler gemäss Art. 11 Abs. 1 BEHG gegenüber seinen Kunden eine Treuepflicht trifft und er dabei insbesondere sicherzustellen hat, dass allfällige Interessenkonflikte die Kunden nicht benachteiligen ( BGE 138 III 755 E. 5.8.1; BAHAR/STUPP, in: Basler Kommentar, Börsengesetz, Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2. Aufl. 2011, N. 13 f. zu Art. 11 BEHG ). Die Pflicht richtet sich im vorliegenden Fall an die Arbeitgeberinnen der Mitbeschuldigten X.\_\_\_\_\_ und Z.\_\_\_\_\_, d.h. an die A.\_\_\_\_\_ AG und die Bank H.\_\_\_\_\_. Es fällt indes schwer, in der mangelnden Aufklärung der Mitbeschuldigten X.\_\_\_\_\_ und Z.\_\_\_\_\_ über die Identität des Anbieters der Wertpapiere durch den Beschwerdeführer eine absichtliche Schädigung der Arbeitgeberinnen der Mitbeschuldigten im Sinne von Art. 41 Abs. 2 OR zu erblicken. Ob zivilrechtlich dem Beschwerdeführer anzulasten ist, dass die Arbeitgeberinnen der Mitbeschuldigten X.\_\_\_\_\_ und Z.\_\_\_\_\_ wegen dieser Unterlassung ihren börsenrechtlichen Pflichten gegenüber dem Kunden nicht nachkommen konnten, kann aber letztlich dahinstehen. Dasselbe gilt für die Frage, ob zwischen den Parteien ein unentgeltlicher Vermittlungsauftrag bestand, der Beschwerdeführer mithin die Wertpapiere den beiden Mitbeschuldigten persönlich anbot, oder ob in seiner Anfrage eine Einladung zur Offerte liegt, wie der Beschwerdeführer vorbringt (Vernehmlassung der Staatsanwaltschaft S. 6 f.; Beschwerde S. 16 f.; Replik S. 3). Jedenfalls ist zwischen einer allfälligen Pflichtverletzung des Beschwerdeführers und der Eröffnung des Strafverfahrens kein adäquat kausaler Zusammenhang ersichtlich. Denn das Verfahren wurde, wie ausgeführt, wegen des Verdachts eröffnet, die Transaktionen hätten auf Vorabsprachen beruht und die Beteiligten hätten dabei als Geschäftsführer der Verkäuferin bzw. des Endabnehmers zusammengewirkt und durch diese Geschäfte ihre Kunden geschädigt. Dass die von der Vorinstanz angerufene angebliche Pflichtverletzung für die Auferlegung der Verfahrenskosten bei Freispruch oder Verfahrenseinstellung nicht ausreicht, ergibt sich zudem daraus, dass sich eine solche nach der Rechtsprechung nur rechtfertigt, wenn das Verhalten der beschuldigten Person

in klarer Weise gegen Normen der Rechtsordnung verstösst und dass ihr nach der Rechtsprechung Ausnahmecharakter zukommt ( BGE 116 Ia 162 E. 2c, S. 170 f.). Ein derartiger klarer Verstoss gegen zivilrechtliche Normen ist hier nicht erkennbar. Entscheidend für die Zulässigkeit der Kostenaufgabe ist nicht, ob nachträglich irgendeine Verletzung zivilrechtlicher Regeln feststellbar ist, sondern allein, welches der Grund für die Einleitung des Strafverfahrens war und ob dieser Grund von der beschuldigten Person in zivilrechtlich vorwerfbarer Weise gesetzt worden ist. Das von der Vorinstanz im Nachhinein zurechtgelegte zivilrechtliche Fehlverhalten des Beschwerdeführers war nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung nicht geeignet, den Verdacht einer strafbaren Handlung zu erwecken und damit Anlass zur Eröffnung eines Strafverfahrens zu geben. Die Untersuchungsbehörde konnte sich daher auch nicht in

Ausübung pflichtgemässen Ermessens zur Einleitung des Strafverfahrens verpflichtet sehen. Die von der Vorinstanz bemühte Verletzung von Art. 398 Abs. 2 OR durch den Beschwerdeführer sowie sein Verstoss gegen die guten Sitten im Sinne von Art. 41 Abs. 2 OR lässt sich daher auch nicht als Teilursache für die Eröffnung des Verfahrens wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung verstehen (angefochtener Beschluss S. 16). Soweit die Vorinstanz die Kostenaufgabe mit einem Verstoss gegen die guten Sitten im Sinne von Art. 41 Abs. 2 OR begründet, verkennt sie schliesslich, dass nach der Rechtsprechung ein ethisch vorwerfbares Verhalten für die Kostenauflegung nicht genügt.

Die Beschwerde erweist sich in diesem Punkt als begründet.

#### **E. 5.1**

Der Beschwerdeführer rügt weiter die Verweigerung der Ausrichtung einer Entschädigung und einer Genugtuung. Die Untersuchung und die angeordneten Zwangsmassnahmen hätten für ihn einen unwiderruflichen Reputationsschaden bewirkt, der sein berufliches Fortkommen in der Finanzdienstleistungsbranche erheblich behindern und belasten werde. Er habe wegen der Strafuntersuchung Aufwendungen für seine Verteidigung sowie Auslagen für den Ersatz beschlagnahmter Gegenstände gehabt und sei in seinen persönlichen Verhältnissen schwer verletzt worden. Er habe daher Anspruch auf eine Entschädigung und Genugtuung. Es bestehe keine Grundlage für eine Herabsetzung oder Verweigerung (Beschwerde S. 27 ff.).

#### **E. 5.2**

Die Vorinstanz nimmt an, aufgrund des mittelschweren Verschuldens des Beschwerdeführers falle eine Zusprechung und Genugtuung ausser Betracht (angefochtener Beschluss S. 17).

#### **E. 5.3**

Gemäss Art. 429 Abs. 1 StPO hat die beschuldigte Person, wenn sie ganz oder teilweise freigesprochen oder das Verfahren gegen sie eingestellt wird, Anspruch auf Entschädigung ihrer Aufwendungen für die angemessene Ausübung ihrer Verfahrensrechte (lit. a) und auf Genugtuung für besonders schwere Verletzungen ihrer persönlichen Verhältnisse, insbesondere bei Freiheitsentzug. Gemäss Art. 430 Abs. 1 lit. a StPO kann die Strafbehörde die Entschädigung oder Genugtuung herabsetzen oder verweigern, wenn die beschuldigte Person rechtswidrig und schuldhaft die Einleitung des Verfahrens bewirkt oder dessen Durchführung erschwert hat.

#### **E. 5.4**

Die Grundsätze gemäss Art. 426 Abs. 2 StGB (vgl. oben E. 3.1 und 3.2) sind auch bei der Frage zu berücksichtigen, ob eine Entschädigung oder Genugtuung im Sinne von Art. 430 Abs. 1 lit. a StPO herabzusetzen oder zu verweigern ist. Denn in der Regel schliessen sich die Pflicht zur Tragung der Kosten und die Zusprechung einer Entschädigung gegenseitig aus. Wer durch sein rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten die Einleitung eines Strafverfahrens verursacht oder dieses erschwert hat und wem daher die Verfahrenskosten auferlegt wurden, kann weder eine Entschädigung noch eine Genugtuung beanspruchen. Umgekehrt hat aber die beschuldigte Person Anspruch auf Entschädigung, soweit die Kosten von der Staatskasse übernommen werden ( BGE 137 IV 352 E. 2.4.2).

Aus den obstehenden Erwägungen ergibt sich, dass keine Grundlage für die Auferlegung der Verfahrenskosten zulasten des Beschwerdeführers besteht. Dementsprechend steht dem

Beschwerdeführer eine Entschädigung für die Aufwendungen seiner Verteidigung sowie eine Genugtuung zu. Die Sache ist daher in diesem Punkt zur Ausrichtung einer angemessenen Entschädigung und Genugtuung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Die Beschwerde ist auch in diesem Punkt begründet.

#### **E. 6**

Aus diesen Gründen ist die Beschwerde gutzuheissen, der angefochtene Beschluss aufzuheben und die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Kosten zu erheben ( Art. 66 Abs. 1 und 4 BGG ). Der Kanton Zürich hat den Beschwerdeführer für das bundesgerichtliche Verfahren angemessen zu entschädigen ( Art. 68 Abs. 1 BGG ).

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