

# ZH\_OBERGERICHT SB110042 vom 16. November 2011

ZH Obergericht, 2011-11-16, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_SB110042](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB110042)

FR: ZH\_OBERGERICHT SB110042 du 16 novembre 2011

IT: ZH\_OBERGERICHT SB110042 del 16 novembre 2011

## Erwägungen

### E. 2

Im aufgehobenen Entscheid vom 27. Januar 2010 hat die Kammer zusammengefasst erwogen, die Vorinstanz habe ausgeführt, es sei aufgrund der vorliegenden Beweismittel nicht klar, ob die Berechtigten an den massgeblichen Kommissionszahlungen die Endkunden der G.\_\_\_\_, eine Bank oder andere Dritte gewesen seien (Urk. 63 S. 7 mit Verweis auf Urk. 47 S. 17). Jedenfalls sei die Behauptung des Beschuldigten und der Verteidigung, wonach dem Beschuldigten durch die G1.\_\_\_\_ direkte Kommissionen versprochen worden seien und er daher einen berechtigten Anspruch auf die 11 inkriminierten Zahlungen gehabt habe, aufgrund der vorliegenden Beweismittel widerlegt. Mit der Vorinstanz (und

- 8 - auch von der Anklagebehörde wie der G.\_\_\_\_ anerkannt) könne nicht mit Sicherheit gesagt werden, wer der Berechtigte an den Kommissionszahlungen der G1.\_\_\_\_ gewesen sei. Mögliche Berechtigte seien die G.\_\_\_\_ oder (in concreto wahrscheinlicher) die vom Beschuldigten betreuten Endkunden der G.\_\_\_\_ gewesen. Letzterenfalls sei der G.\_\_\_\_ aufgrund drohender Kompensationsforderungen der Endkunden aus dem Bank-Kunden-Vertragsverhältnis lediglich – aber immerhin – ein indirekter, mittelbarer und zivilrechtlich relevanter Schaden entstanden. Der Anklagesachverhalt sei zusammenfassend dahingehend erstellt, dass der Beschuldigte als Angestellter der G.\_\_\_\_ elf Kommissionszahlungen, die die G1.\_\_\_\_ im Zusammenhang mit der Platzierung ihrer strukturierten Produkte ausbezahlt habe, unberechtigt und zu seiner eigenen Bereicherung auf ihm persönlich zuzurechnende Konten habe überweisen lassen, statt diese den tatsächlich Berechtigten, mutmasslich den durch ihn betreuten Endkunden der G.\_\_\_\_, zukommen zu lassen. Gemäss vorliegendem Beweisresultat sei der Anklagesachverhalt dahingehend zu präzisieren respektive zu korrigieren, dass die strukturierten Produkte der G1.\_\_\_\_, die die Basis für die Kommissionszahlungen bildeten, nicht durch die G3.\_\_\_\_ vertrieben worden seien und die G1.\_\_\_\_ entsprechend nicht der G3.\_\_\_\_ Kommissionen bezahlt habe, sondern dass die G3.\_\_\_\_ lediglich als Überweisungsstelle der Zahlungen der G1.\_\_\_\_ habe fungieren sollen zwecks Weiterleitung an den/die Berechtigten gemäss den Zahlungsvorgaben des Beschuldigten. Der Ausführung der Anklagebehörde, der Beschuldigte habe "anderthalb Millionen heimlich und mit schlechtem Gewissen eingesackt", sei uneingeschränkt zuzustimmen (Urk. 63 S. 14 ff.). Der Beschuldigte habe erstelltermassen die Kunden der G.\_\_\_\_ geschädigt, indem er diesen ihnen als Rabatt zustehende Kommissionen vorenthalten und diese Kommissionen vielmehr zur eigenen Bereicherung selber eingestrichen habe. Den betroffenen Bankkunden sei daraus aus dem Bank-Kunden-Verhältnis ein obligatorischer Anspruch gegen die G.\_\_\_\_ auf Restitution des durch den Beschuldigten als Bankangestellten verursachten Schadens entstanden. Dabei habe es sich um einen rein zivilrechtlichen Haftungsanspruch

der Kunden aus Vertrag gehandelt. Der Beschuldigte habe durch sein Verhalten nicht die G.\_\_\_\_\_ direkt geschädigt, sondern vielmehr deren Kunden. Bei der G.\_\_\_\_\_ sei lediglich aber

- 9 - immerhin ein indirekter Schaden als Folge ihrer vertraglichen Haftung gegenüber den geprellten Bankkunden eingetreten. Ein indirekter Schaden der genannten Art vermöge aber den objektiven Tatbestand von Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 StGB nicht zu erfüllen. Bei der Argumentation der Staatsanwaltschaft in ihrer Berufungsantwort, wonach zum Zeitpunkt der vorliegend inkriminierten Überweisungen "der Beschuldigte, seine Vorgesetzten sowie das ganze System der G.\_\_\_\_\_ sowie dasjenige der ... Banken insgesamt davon ausgegangen seien, dass Retrozessionen der Bank zustünden", handle es sich um ein nachgeschobenes Konstrukt. Entgegen dieser – neuen – Darstellung der Anklagebehörde sei gemäss dem vorliegenden Beweisergebnis ohnehin erstellt, dass die die Zahlungen auslösenden Mitarbeiter der G3.\_\_\_\_\_ I.\_\_\_\_\_ und J.\_\_\_\_\_ davon ausgegangen seien, die Kommissionen würden an die Kunden gehen; I.\_\_\_\_\_ habe in der Untersuchung ausgesagt, sogar ein externer Vermögensverwalter müsse mit dem Kunden klären, wer eine Up-Front-Zahlung, d.h. einen Rabatt des Produktevertreibers, erhalten; es handle sich aber grundsätzlich um einen Rabatt an den Kunden. Eine Weiterleitung an die G.\_\_\_\_\_ habe somit auch für die G3.\_\_\_\_\_ nie zur Diskussion gestanden. Zusammenfassend habe der Beschuldigte der G.\_\_\_\_\_ keinen direkten Schaden im Sinne des objektiven Tatbestandes von Art. 158 StGB verursacht, gegenüber der G.\_\_\_\_\_ keine im Sinne der genannten Bestimmung relevante Pflichtverletzung begangen und betreffend das Vermögen der G.\_\_\_\_\_ auch nicht die verlangte Geschäftsführerstellung aufgewiesen. Da der Beschuldigte demnach den objektiven Tatbestand von Art. 158 StGB in mehrfacher Hinsicht nicht erfüllt habe, sei er vom eingeklagten Tatvorwurf freizusprechen. Offen bleibe allerdings die Frage, weshalb die Anklagebehörde – einzig – hinsichtlich des Tatvorwurfs der ungetreuen Geschäftsbesorgung zulasten der G.\_\_\_\_\_ untersucht und Anklage erhoben habe: Der Beschuldigte habe vor dem Hintergrund von BGE 132 III 460 offensichtlich Gelder, die für die Kunden der G.\_\_\_\_\_ gedacht und ihm anvertraut gewesen seien, entgegen genommen und für sich behalten, was zumindest prima vista den Verdacht einer Veruntreuung

- 10 - oder einer ungetreuen Geschäftsbesorgung zulasten der Kunden der G.\_\_\_\_\_ aufkommen lasse (Urk. 63 S. 17 ff.).

### **E. 3**

In seinem Urteil vom 13. Januar 2011 hat das Bundesgericht zusammengefasst erwogen, die Beweiswürdigung der Kammer im aufgehobenen Urteil sei nicht schlechterdings unhaltbar, die Sachverhaltsfeststellung der Kammer werde durch die Vorbringen der beschwerdeführenden Anklagebehörde nicht in Frage gestellt, weshalb diese für das Bundesgericht verbindlich sei (Urk. 73 S. 5 Ziff. 2.6. und 2.7.). Der Beschuldigte habe somit gemäss den verbindlichen Sachverhaltsfeststellungen der Kammer Gelder der Kunden der G.\_\_\_\_\_ verwaltet und diesen Kunden verschiedene Gelder aus Retrozessionen nicht ausbezahlt, um diese stattdessen auf eigene Konten zu überweisen (Urk. 73 S. 8 f. Ziff. 3.4.2.). Entgegen der Kammer habe der Beschuldigte dabei als interner Vermögensverwalter der G.\_\_\_\_\_ gehandelt und gegen seine arbeitsrechtliche Treuepflicht gegenüber der G.\_\_\_\_\_ verstossen (Urk. 73 S. 9 Ziff. 3.4.2. und S. 11 Ziff. 3.4.6.). Entgegen seiner vorherigen – und vorstehend zitierten – Erwägung, das Bundesgericht sei an die nicht willkürliche und damit verbindliche Sachverhaltsfeststellung der Kammer

gebunden, wonach der Beschuldigte Gelder aus Retrozessionen nicht ausbezahlt habe (Urk. 73 S. 8f. Ziff. 3.4.2.), erwog das Bundesgericht aber in der Folge, es habe sich bei den vom Beschuldigten eingestrichenen Zahlungen nicht um Retrozessionen, sondern um Bestandespflegekommissionen oder Vertriebsentschädigungen gehandelt, welche der Produkthanbieter (G1.\_\_\_\_\_) der Depotbank (G.\_\_\_\_\_) gestützt auf einen zwischen diesen Parteien bestehenden Vertriebsvertrag zur Abgeltung von Dienstleistungen geschuldet habe (Urk. 73 S. 10 f. Ziff. 3.4.5.). Die elf Kommissionszahlungen hätten der G.\_\_\_\_\_ im Zusammenhang mit der Platzierung der G1.\_\_\_\_\_-Produkte zugestanden, weshalb der Beschuldigte die G.\_\_\_\_\_ direkt geschädigt habe. Der Beschuldigte habe gegen seine arbeitsrechtliche Treuepflicht verstossen, sein Handeln habe sich gegen die Vermögensinteressen des Geschäftsherrn (G.\_\_\_\_\_) gerichtet. Die Kammer habe Bundesrecht verletzt, als sie den Beschuldigten vom Vorwurf der mehrfachen qualifizierten ungetreuen Geschäftsbesorgung im Sinne von Art. 158 Ziff. 1 StGB freigesprochen habe (Urk. 73 S. 11 Ziff. 3.4.6.).

- 11 -

#### **E. 4**

In ihrer schriftlichen Berufungsbegründung vom 14. Juni 2011 führt die Verteidigung aus, das Bundesgericht sei einerseits ausdrücklich von den Sachverhaltsfeststellungen der Kammer im aufgehobenen Entscheid ausgegangen und sei auf die Rügen der Anklagebehörde an den tatsächlichen Feststellungen der Kammer nicht eingetreten. Gleichwohl sei das Bundesgericht in der rechtlichen Würdigung vom Vorliegen eines Vertriebsvertrags zwischen der G.\_\_\_\_\_ und der G1.\_\_\_\_\_ ausgegangen, gestützt auf welchen "von der G.\_\_\_\_\_" (recte: von der G1.\_\_\_\_\_ an die G.\_\_\_\_\_) Bestandespflegekommissionen ausbezahlt worden seien. Eine solche Tatsachenfeststellung habe die Kammer jedoch gerade nicht getroffen; diese sei von transaktionsbezogenen Kommissionszahlungen der G1.\_\_\_\_\_ ausgegangen. Von einem Vertriebsverhältnis und der Bezahlung einer Vertriebsentschädigung oder Bestandespflegekommission sei nie die Rede gewesen; die Kammer sei nicht von einem konkreten Vertriebsvertrag zwischen der G1.\_\_\_\_\_ und der G.\_\_\_\_\_ ausgegangen, einen solchen habe es nie gegeben und ein solcher sei auch nicht Gegenstand der Anklage der Staatsanwaltschaft (Urk. 84 S. 7 f.). Um zu belegen, dass kein Vertriebsvertrag zwischen der G1.\_\_\_\_\_ und der G.\_\_\_\_\_ vorgelegen habe, offeriert die Verteidigung diverse ehemalige Mitarbeiter der G.\_\_\_\_\_ als Zeugen sowie vorab eine entsprechende schriftliche Erklärung eines ehemaligen Mitarbeiters der G.\_\_\_\_\_ (Urk. 84 S. 11 ff. und Urk. 85). Weiter macht die Verteidigung Ausführungen, weshalb es sich bei den fraglichen Zahlungen der G1.\_\_\_\_\_ um transaktionsbezogene Kommissionen und nicht um Bestandespflegekommissionen gehandelt habe (Urk. 84 S. 14-18). Schliesslich argumentiert die Verteidigung – zusammengefasst –, "da für den Beschuldigten zwingend festgestanden habe, dass der G.\_\_\_\_\_ unter keinen Titeln ein irgendwie gearteter Anspruch an den Zahlungen der G1.\_\_\_\_\_ zugestanden habe", habe beim Beschuldigten in subjektiver Hinsicht Wissen und Willen bezüglich einer ungetreuen Geschäftsbesorgung zum Nachteil der G.\_\_\_\_\_ gefehlt (Urk. 84 S. 19-23).

#### **E. 5**

Die im bundesrechtlichen Beschwerdeverfahren obsiegende Anklagebehörde hat wie vorstehend erwähnt eine schriftliche Beantwortung der Berufung des Beschuldigten unterlassen. Sie hat nicht nur zur seitens der Verteidigung zurecht als Novum bezeichneten

neuen Ausgangslage in tatsächlicher Hinsicht, wie sie sich

- 12 - aus den bundesgerichtlichen Erwägungen im Rückweisungsentscheid ergibt, keinerlei Stellung bezogen, sie hat es nicht einmal für nötig erachtet, die entsprechenden Vorbringen der Verteidigung in deren Berufungsbegründungsschrift zu bestreiten oder zu kommentieren (Urk. 90).

#### **E. 6**

Im Falle eines bundesgerichtlichen Rückweisungsentscheids hat die mit der Neubeurteilung befasste kantonale Instanz die rechtliche Beurteilung, mit der die Zurückweisung begründet wird, ihrer Entscheidung zugrunde zu legen. (Diese Beurteilung bindet auch das Bundesgericht, falls ihm die Sache erneut unterbreitet wird.) Aufgrund dieser Bindungswirkung ist es den nochmals mit der Sache befassten Gerichten wie den Parteien verwehrt, der Überprüfung einen anderen als den bisherigen Sachverhalt zu unterstellen oder die Sache unter rechtlichen Gesichtspunkten zu prüfen, die im Rückweisungsentscheid ausdrücklich abgelehnt oder überhaupt nicht in Erwägung gezogen worden sind (BGE 135 III 334 E. 2 und E. 2.1 S. 335 f. mit Hinweisen; vgl. hierzu auch Urteile 6B\_1013/2010 vom 17. Mai 2011 E. 2.1; und 6B\_754/2010 vom 4. April 2011 E. 2.2.1). Die Bindungswirkung bundesgerichtlicher Rückweisungsentscheide ergibt sich nicht aus dem kantonalen Recht, sondern ausschliesslich aus dem Bundesrecht. Früher wurde sie für Zivil- und Strafsachen in Art. 66 Abs. 1 OG bzw. Art. 277ter BStP ausdrücklich statuiert, heute ergibt sie sich (unverändert) aus dem ungeschriebenen Bundesrecht, da diese Bestimmung wegen ihrer Selbstverständlichkeit nicht ins neue Bundesgerichtsgesetz überführt wurde (BGE 135 III 334 E. 2.1; siehe Urteil 1B\_183/2010 vom 14. Juli 2010 E. 2; vgl. auch Botschaft vom 28. Februar 2001 zur Totalrevision der Bundesrechtspflege, BBl 2001 IV 4346 Ziff. 4.1.4.5; vgl. Urteil 6B\_372/2011 vom 12. Juli 2011).

#### **E. 7**

Wenn die Verteidigung im vorliegenden, zweiten Berufungsverfahren in ihrer schriftlichen Berufungsbegründung zusammengefasst argumentiert, erstens entspreche ein Vertriebsverhältnis zwischen der G1.\_\_\_\_\_ und der G.\_\_\_\_\_, wie das Bundesgericht es für gegeben hält, nicht den Tatsachen, zweitens sei ein solches auch nicht Gegenstand der Anklageschrift der Anklagebehörde und drittens habe es sich bei den fraglichen Zahlungen um transaktionsbezogene Kommissionen und nicht um Bestandspflegekommissionen gehandelt, widerspricht sie damit den

- 13 - gemäss obigen Erwägungen für die Kammer verpflichtenden Vorgaben im bundesgerichtlichen Rückweisungsentscheid und ist damit nicht zu hören unabhängig davon, ob ihre Argumentation zu überzeugen vermag. Das Bundesgericht hat keinen Zweifel daran gelassen, dass der Beschuldigte durch sein Vorgehen mehrfach den objektiven Tatbestand von Art. 158 Ziff. 1 StGB erfüllt habe. Angesichts dessen sind die Beweisergänzungsanträge des Beschuldigten abzuweisen (Urk. 84 S. 2 f.).

#### **E. 8**

Dem Beschuldigten wird für die Aufwendungen seines erbetenen Verteidigers im zweiten Berufungsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 3'000.– aus der Gerichtskasse zugesprochen.

#### **E. 9**

Schriftliche Mitteilung in vollständiger Ausfertigung an – die Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten – die Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich – die Geschädigte B.\_\_\_\_\_ AG, z.Hd. RA Y.\_\_\_\_\_, ... [Adresse] sowie nach Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmit- tel an – die Vorinstanz – die C.\_\_\_\_\_ AG, ... [Adresse] (Ref. Nr. ...), im Dispositivauszug des Beschlusses gem. Ziff. 1, hiervon Ziff. 1 des vorinstanzlichen Entschei- des – die E.\_\_\_\_\_ AG, [Adresse] (Kunden Nr. ...), im Dispositivauszug des Beschlusses gem. Ziff. 1, hiervon Ziff. 2 des vorinstanzlichen Entschei- des – das Fürstliche Landgericht, Fürstentum Liechtenstein, Spaniagasse 1, 9409 Vaduz (Nr. ...), im Dispositivauszug des Beschlusses gem. Ziff. 1, hiervon Ziff. 3 des vorinstanzlichen Entscheides – die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A

#### **E. 10**

Rechtsmittel: Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche Beschwerde in Straf- sachen erhoben werden. Die Beschwerde ist innert 30 Tagen, vom Empfang der vollständigen, be- gründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichts- gesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen. Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichts- gesetzes.

- 21 - \_\_\_\_\_ OBERGERICHT DES KANTONS  
ZÜRICH I. Strafkammer Der Vorsitzende: Die Gerichtsschreiberin: Oberrichter Dr. F.  
Bollinger lic. iur. C. Semadeni

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