

# ZH\_OBERGERICHT SB140492 vom 15. September 2015

ZH Obergericht, 2015-09-15, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_SB140492](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB140492)

FR: ZH\_OBERGERICHT SB140492 du 15 septembre 2015

IT: ZH\_OBERGERICHT SB140492 del 15 settembre 2015

## Erwägungen

### E. 1

Der Prozessverlauf bis zum erstinstanzlichen Urteil ergibt sich aus dem angefochtenen Entscheid (Urk. 53 S. 6-8).

### E. 1.1

Zitierweise Zur Zitierweise hinsichtlich der Akten des Vorverfahrens kann auf das angefochtene Urteil verwiesen werden (Urk. 53 S. 5). Die Anklageschrift wird als Urk. 2 aufgeführt.

### E. 1.2

Anklagevorwurf

#### E. 1.2.1

Die Anklägerin wirft dem Beschuldigten A.\_\_\_\_\_ in Anklageabschnitt B vor, er habe als Geschäftsführer und Gesellschafter der D.\_\_\_\_\_ GmbH auf Rechnung und Risiko der Kunden – auch des Kunden B.\_\_\_\_\_, des Privatklägers – sog. Futures gehandelt. Dabei handle es sich um börsennotierte und standardisierte Terminkontrakte, deren Erfüllungstermin (Lieferung/Zahlung) in der Zukunft liege. Mit Vertragsabschluss (Kauf/Verkauf) verpflichtete sich der Kunde, an einem bestimmten Fälligkeitstag in der Zukunft eine bestimmte Menge eines Basiswertes zu einem bestimmten Preis zu kaufen bzw. zu verkaufen. Der Beschuldigte habe die umfassende Fürsorge für das anvertraute Kundenvermögen übernommen und sei dabei als selbständig entscheidender Trader, der Mitbeschuldigte C.\_\_\_\_\_ in untergeordneter Stellung als angestellter Telefonverkäufer/Kundenbetreuer tätig gewesen (Urk. 2 S. 4, 7 ff., 11, 17 f.). Der Beschuldigte habe zwischen dem 3. Oktober und dem 20. Dezember 2006 mit den vom Privatkläger insgesamt zur Verfügung gestellten rund USD 230'000.– (nämlich USD 229'520.–, vgl. Urk. 2 S. 21, 31, 33) an 34 von 54 möglichen Handelstagen derart gehandelt, dass Transaktionskosten (Kommissionen und Börsennutzungsgebühren, sog. "Exchange Fees") von knapp USD 170'000.– (nämlich

- 10 - USD 169'900.18; vgl. Urk. 2 S. 13) angefallen seien. Davon seien gemäss Verteilschlüssel rund USD 137'000.– (nämlich USD 136'600.–; vgl. Urk. 2 S. 12 f., 30, 33) als Retrozessionen an die D.\_\_\_\_\_ GmbH zurückgeflossen. Aufgrund der Vielzahl von Kontrakten im fraglichen Zeitraum habe der Beschuldigte das durchschnittliche Nettovermögen des Privatklägers 54 Mal umgesetzt. Dieses hätte einer Rendite von 516 % bedurft bzw. es hätte an jedem der 54 möglichen Handelstage eine Rendite von 9.56 % erwirtschaften müssen, um nur die Transaktionskosten ohne Aufzehrung des Grundkapitals zu decken (Urk. 2 S. 12-14).

#### E. 1.2.2

Gemäss dem Hauptvorwurf der Anklägerin hat sich der Beschuldigte des Betruges im Sinne von Art. 146 Abs. 1 StGB schuldig gemacht (Urk. 2 S. 25-33). Der Beschuldigte habe den Privatkläger in mehrfacher Hinsicht getäuscht in der Absicht, sich unrechtmässig zu bereichern, mit Hilfe des Mitbeschuldigten C.\_\_\_\_\_ dem Privatkläger arglistig unter anderem die absehbare Kommissionshöhe und die Retrozessionen verheimlicht und ihm dadurch eine realistische Gewinnmöglichkeit vorgespiegelt, weshalb dieser irrtümlich mehrmals der D.\_\_\_\_\_ GmbH Gelder gegeben und sich als Folge der ausgeübten Handelsstrategie so geschädigt habe (Urk. 2 S. 25 ff.). Laut Eventualanklage (Urk. 2 S. 34 ff.) ist der Tatbestand der qualifizierten ungetreuen Geschäftsbesorgung im Sinne von Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 und Abs. 3 StGB erfüllt. Der Beschuldigte habe bei der betriebenen Vermögensverwaltung mehrfach die ihm auferlegte Pflicht verletzt, die anvertrauten Mittel im Interesse des Privatklägers zu verwalten und keine derartige Handelsstrategie zu wählen, dass die Verlustrisiken und Gewinnchancen nicht mehr in einem ausgewogenen Verhältnis zueinander stehen bzw. er habe die im Kommissionssystem liegenden Möglichkeiten so ausgereizt (statt massvoll davon Gebrauch gemacht), dass keine reale Gewinnchance mehr bestanden habe. Zudem habe der Beschuldigte trotz wiederholter Möglichkeiten keine vollumfängliche oder zumindest teilweise Rückzahlung der Kapitaleinlagen an den Privatkläger gemäss dessen Vorgabe vorgenommen, sondern weiter gehandelt. Mit seiner Handelstätigkeit habe der Beschuldigte seine Treue- und Sorgfaltspflichten gegenüber dem Privatkläger verletzt, indem er die eigenen Interessen vor diejenigen des Kunden gesetzt und

- 11 - durch das Abschöpfen der dadurch generierten Kommissionen das Grundkapital des Privatklägers aufgebraucht habe, wodurch dieser am Vermögen geschädigt worden sei (Urk. 2 S. 22, 34 ff.).

### **E. 1.3**

In den Anklageabschnitten A und B Ziffer I. (vgl. Urk. 2 S. 2-10) finden sich die Grundlagen zur ehemaligen Firma des Beschuldigten, der D.\_\_\_\_\_ GmbH, sowie zu den Positionen und Funktionen, welche die Beschuldigten innehatten. Wie schon die Vorinstanz erwähnte (vgl. Urk. 53 S. 7 f.) ist unbestritten, dass der Beschuldigte durchgehend einziger und allein zeichnungsberechtigter Geschäftsführer und Gesellschafter der am 29. August 2002 gegründeten und am 3. Juli 2007 wegen Konkursöffnung aufgelösten bzw. am 31. Oktober 2007 aus dem Handelsregister gelöschten D.\_\_\_\_\_ GmbH mit Sitz in E.\_\_\_\_\_ war. Sein Anteil am Stammkapital betrug Fr. 10'000.-, mithin die Hälfte des Stammkapitals (Urk. 2 S. 4-7). Zweck der Gesellschaft war unter anderem Anlageberatung, Vermögensverwaltung und nicht bewilligungspflichtige Vermittlung von Anlagegeschäften (Urk. 25-418.0001; Urk. 25-418.0003). Unbestritten ist weiter, dass der Mitbeschuldigte C.\_\_\_\_\_ von September 2005 bis Juni 2007 und somit in der hier massgeblichen Zeitspanne als Telefonverkäufer/Kundenbetreuer bei der D.\_\_\_\_\_ GmbH angestellt war. Die Beschuldigten bestätigten ferner die in der Anklageschrift umschriebenen und von ihnen auch bezüglich des Privatklägers ausgeübten Funktionen, nämlich dass der Beschuldigte als Chef der Firma alleine für den – nur per Internet durchgeführten – Handel ("trades") und die Marktanalysen (u.a. anhand von "newsletters" und online-Plattformen), der Mitbeschuldigte C.\_\_\_\_\_ in untergeordneter Position für – nur telefonisch praktizierte – Akquisition und Betreuung der Kunden zuständig gewesen war. Mit andern Worten pflegte der Mitbeschuldigte C.\_\_\_\_\_ auch nach Vertragsschluss weiterhin den mündlichen, d.h. telefonischen Kontakt mit den Kunden, während der Beschuldigte das bei

der F.\_\_\_\_\_ Trading Corporation in ... USA, einem amerikanischen Broker (im folgenden: F.\_\_\_\_\_) deponierte Kundenvermögen auf Rechnung und Risiko der Kunden verwaltete (Urk. 2 S. 7-10; Urk. 13-401.001 S. 3-5, 7 f., 10-13, 16; Urk. 9-400.001 S. 1-3, 7 f. und 13; Urk. 9-400.014 S. 6 und 11-13; Urk. 9-400.015 S. 19 und 24 f.; Urk. 10-400.017 S. 27; Urk. 13-401.024 S. 3 ff.; Prot. I S. 10 ff., 21, 64 f.).

- 12 - Weiter ist unstrittig, dass – im Allgemeinen und auch bezüglich des Privatklägers – die D.\_\_\_\_\_ GmbH, also der Beschuldigte, für die Kunden mit Futures handelte, wobei eine von F.\_\_\_\_\_ zur Verfügung gestellte Online-Handels-Plattform genutzt wurde. Dieser Broker führte dabei für jeden Kunden das Cash-Konto, die offenen Positionen sowie die hierfür erforderliche sog. Margin, eine beim Handel mit Wertpapieren auf dem Konto hinterlegte Sicherheit bzw. Reserve in Geld. Ebenso unbestritten ist, dass die F.\_\_\_\_\_ den Kunden für jede Transaktion eine Kommission von USD 59.– (für "Day-trade roundturn", d.h. Kauf und Verkauf eines Futures am selben Tag) oder USD 99.– (für "Overnight-trade roundturn", d.h. Kauf und Verkauf eines Futures an verschiedenen Tagen) belastete, wovon die F.\_\_\_\_\_ an die D.\_\_\_\_\_ GmbH gemäss – bilateraler – Vereinbarung USD 50.– bzw. 90.– rückvergütete. Hiervon erhielt der Mitbeschuldigte C.\_\_\_\_\_ stets USD 10.– als Provision, was im vorliegend interessierenden Zeitraum seinem einzigen Einkommen entsprach (Urk. 13-401.001 S. 5, 7, 14-17; Urk. 9-400.003 S. 2 f.; Urk. 9-400.014 S. 17; Urk. 13-401.020 S. 5; Urk. 13-401.024 S. 14; Prot. I S. 12, 14-16, 35 f., 59, 67, 79 f., 84, 129). 2. Betrug

## **E. 2**

Mit Urteil des Bezirksgerichtes Bülach, II. Abteilung, vom 18. September 2014 wurde der Beschuldigte A.\_\_\_\_\_ betreffend Anklageabschnitt B der qualifizierten ungetreuen Geschäftsbesorgung im Sinne von Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 und 3 StGB schuldig gesprochen. Vom Vorwurf der qualifizierten ungetreuen Geschäftsbesorgung betreffend Anklageabschnitt C sprach das Gericht ihn frei.

- 7 - Der Beschuldigte wurde mit einer auf drei Jahre bedingt aufgeschobenen Freiheitsstrafe von 16 Monaten bestraft. Weiter entschied das Gericht über die Herausgabe beschlagnahmter Unterlagen an den Beschuldigten. Sodann wurde der Beschuldigte unter solidarischer Haftung mit dem Mitbeschuldigten C.\_\_\_\_\_ verpflichtet, dem Privatkläger 1 Schadenersatz im Betrag Fr. 6'000.– zu bezahlen, wovon zwei Drittel auf den Beschuldigten entfallen und ein Drittel auf den Mitbeschuldigten C.\_\_\_\_\_. Im Mehrbetrag wies die Vorinstanz die Schadenersatzbegehren ab (Rechtsbegehren Ziffern 3 und 4) bzw. verwies sie auf den Zivilweg (Rechtsbegehren Ziffern 1 und 2). Auf das Schadenersatzbegehren der Privatklägerin 2 trat die Vorinstanz nicht ein. Zudem auferlegte das Bezirksgericht dem Beschuldigten die Kosten der Untersuchung und des erstinstanzlichen Verfahrens, ausgenommen die Kosten der amtlichen Verteidigung. Schliesslich wurde der Beschuldigte verpflichtet, dem Privatkläger 1 unter solidarischer Haftung mit dem Mitbeschuldigten C.\_\_\_\_\_ eine Parteientschädigung von Fr. 10'000.– zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer zu bezahlen, wovon zwei Drittel auf den Beschuldigten entfallen und ein Drittel auf den Mitbeschuldigten C.\_\_\_\_\_ (Urk. 53 S. 57 f.).

### **E. 2.1**

Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 16 Abs. 1 GebV OG i.V.m § 14 Abs. 1 lit. b GebV OG auf Fr. 18'000.– festzusetzen.

## **E. 2.2**

Im Rechtsmittelverfahren tragen die Parteien die Kosten nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Der appellierende Beschuldigte obsiegt mit seinen Anträgen im Berufungsverfahren vollumfänglich. Die Anklägerin und Anschlussappellantin unterliegt vollumfänglich. Gleiches gilt für den Privatkläger, der im vorliegenden Verfahren Anschlussberufung erhoben hat. Er dringt mit seinen Anträgen zum Zivilpunkt sowie den Kosten- und Entschädigungsfolgen ebenfalls nicht durch. Insgesamt erscheint es daher angemessen, die Kosten des Berufungsverfahrens, einschliesslich der Kosten der amtlichen Verteidigung, zu einem Zehntel dem Privatkläger aufzuerlegen sowie im Übrigen auf die Gerichtskasse zu nehmen.

### **E. 2.2.1**

Die Anklägerin wirft den Beschuldigten vor, den Privatkläger über die Verwendung seiner Vermögenseinlagen und über die Häufigkeit der Handelstransaktionen getäuscht und ihm das Ausmass der absehbaren Kommissionshöhe sowie die Retrozessionen verheimlicht zu haben. Zudem hätten sie dem Privatkläger eine Vermögensverwaltung in seinem Interesse, eine realistische Gewinnmöglichkeit und somit eine realistische Wertvermehrung seiner Vermögenseinlagen und deren Werterhalt vorgespiegelt (Urk. 2 S. 26).

- 14 -

### **E. 2.2.2**

Aussagen der Beschuldigten Der Beschuldigte gab zu, dass mit dem Privatkläger die Kommissionen nicht vertraglich vereinbart worden seien (Urk. 13-401.001 S. 15). Die Kommissionsansätze habe er im Rahmen der F.\_\_\_\_\_ Richtlinien selbständig festgelegt, indem er das Formular betreffend die Kommissionsansätze (vgl. Urk. 4-300.005/61) ausgefüllt, am 2. Oktober 2006 unterzeichnet und der F.\_\_\_\_\_ zugestellt habe. Darin sind unter "Comm Rate" für einen "Day Trade" USD 59.– und für einen "Overnight Trade" USD 99.– eingesetzt. Ferner räumte der Beschuldigte ein, auch die Vereinbarung der D.\_\_\_\_\_ GmbH mit der F.\_\_\_\_\_ – das "Foreign Broker Execution Agreement", in der Anklage (und auch nachfolgend) Ausführungsvereinbarung genannt (vgl. Urk. 4-300.005/53-59; Urk. 2 S. 10) sowie das dazugehörige Formular "Schedule A – Addendum to FIB Agreement" betreffend Kommissionsgebühren ("commission rates") der D.\_\_\_\_\_ GmbH, hier als "Foreign Introducing Broker" bzw. "FIB" aufgeführt, vom 19. Oktober 2005 / 7. November 2005, in der Anklage und fortan als Ergänzung zur Ausführungsvereinbarung bezeichnet (vgl. Urk. 4-300.005/60; Urk. 2 S. 11), unterschrieben zu haben. Entsprechend gab der Beschuldigte an, dass weder der Privatkläger noch der Mitbeschuldigte C.\_\_\_\_\_ diese Kommissionsstruktur mitgestaltet hatten (Urk. 13-401.001 S. 15; Urk. 13-401.020 S. 5 f.; Urk. 14-401.025 S. 33; Prot. I S. 35 f.). Aus den Darlegungen des Beschuldigten in Verbindung mit den genannten Urkunden ergibt sich, dass die Kommissionshöhe pro Handelsgeschäft bzw. Trade und die Kommissionsstruktur einzig auf Abmachungen des Beschuldigten mit der F.\_\_\_\_\_ beruhten. Als Telefonverkäufer/Kundenbetreuer war der Mitbeschuldigte C.\_\_\_\_\_ nicht an diesen Vereinbarungen beteiligt. Die Kommissionsstruktur und die absolute Höhe der Kommissionen waren ihm nicht bekannt und er wusste auch nicht, wer die Kommissionsstruktur festlegte (Prot. I S. 43, 77- 81; Urk. 76 S. 11). Beide Beschuldigten verwiesen jedoch wiederholt auf die täglichen Kontoauszüge bzw. "statements" der F.\_\_\_\_\_, welche ab 18. Oktober 2006 – anerkanntermassen (vgl. Urk. 20-1.40001 S. 9, 11; Urk. 20-1.40007 S. 5 und 35; Prot. I S. 113) – auch dem

Privatkläger von der F.\_\_\_\_\_ per E-Mail zugesandt wurden (vgl.

- 15 - Urk. 14-1.50036 bis 50103 = Urk. 21-1.50036 bis 50103) und aus denen die Kommissionen für den Privatkläger ersichtlich gewesen seien (Urk. 13-401.001 S. 19; Urk. 13-401.020 S. 7; Urk. 13-401.021 S. 7 und 11; Urk. 13-401.022 S. 10; Urk. 9-400.014 S. 14 f.; Urk. 9-400.015 S. 3; Urk. 11-400.018 S. 18 f. und 69; Prot. I S. 32 f., 37, 43, 77-81). Der Beschuldigte bestätigte weiter, dass die Customer Account Agreements (CAA; vgl. Urk. 21-1.50009 bis 50035 = das den Privatkläger betreffende Formular-Set) von Mitarbeitern der D.\_\_\_\_\_ GmbH für die Kunden vorbereitet worden seien (Urk. 13-401.001 S. 14). In diesem Formular-Set liess sich die D.\_\_\_\_\_ GmbH von den Kunden bevollmächtigen, als externe Vermögensverwalterin mit den deponierten Kundengeldern Handel mit Futures zu treiben. Der Beschuldigte gestand ein, das vom Privatkläger am 29. September 2006 an mehreren Stellen unterschriebene CAA (Urk. 21-1.50009 bis 50035) geprüft, unterzeichnet und an F.\_\_\_\_\_ weitergeleitet zu haben (Urk. 13-401.020 S. 4; Urk. 13-401.022 S. 15; Urk. 14-401.025 S. 32).

### **E. 2.2.3**

Aussagen des Privatklägers Der Privatkläger bestätigte, dass der Mitbeschuldigte C.\_\_\_\_\_ ihm geraten habe, das Customer Account Agreement (CAA; Urk. 21-1.50009 bis 50035) gut durchzulesen. Ebenso bestätigte er seine Unterschriften darauf. Er habe dieses Dokument, da auf Englisch verfasst, aber eigentlich nicht verstanden und sich beim Mitbeschuldigten C.\_\_\_\_\_ darum bemüht, sich den Inhalt erklären zu lassen. Dieser habe ihn jedoch damit beschwichtigt, es sei bloss ein Kontoantrag, der kurzfristig wieder aufgelöst werden könne, und zum Abschluss gedrängt. Weiter sagte der Privatkläger aus, er habe eine deutsche Übersetzung verlangt, jedoch nie erhalten, und er bejahte, das Dokument dennoch an den vorgesehenen Stellen unterschrieben zu haben, obwohl er dies nicht hätte tun müssen (Urk. 20-1.40001 S. 5 f.; Urk. 20-1.40007 S. 7-11 f.; Prot. I S. 103 f.). Während der Mitbeschuldigte C.\_\_\_\_\_ in seiner ersten Einvernahme noch behauptete, dem Privatkläger eine deutsche Fassung des CAA übergeben zu haben (Urk. 9-400.001 S. 10), gab er dann aber – wie der Beschuldigte – letztlich an,

- 16 - dass diese im Internet abrufbar gewesen sei (Urk. 13-401.001 S. 14). Den entsprechenden Link habe man den Kunden auf Verlangen herausgegeben (Urk. 9-400.015 S. 10; Prot. I S. 69 f.). In den Akten befindet sich eine wohl aus dem Internet stammende deutsche Fassung eines wesentlichen Teils des CAA unbekanntem Datums, insbesondere auch der Risikooffenlegungsmitteilungen (vgl. Urk. 21-1.50011 mit Urk. 4-300.005/6, mit unten angebrachter handschriftlicher Anmerkung des Links; vgl. Urk. 21-1.50012 mit Urk. 4-300.005/22; vgl. Urk. 21-1.50017 bis 50021 mit Urk. 4-300.005/7 bis 005/15; vgl. Urk. 21-1.50030 bis 50031 mit Urk. 4-300.005/23 bis 005/27). Der Privatkläger führte aus, Kommissionen seien zu Beginn kein Thema gewesen, er habe einfach angenommen, diese seien im üblichen Rahmen. Anlässlich des Treffens vom 30. Oktober 2006 sei mit den Beschuldigten über die Kommissionslast gesprochen worden. Er sei davon ausgegangen, diese betrage 15 % des Gewinns, vielleicht mit einer Grundgebühr (Urk. 20-1.40001 S. 7 ff.; Urk. 20-1.40007 S. 6, 14, 17 und 31; Prot. I S. 107 f.). Betreffend die Kontoauszüge der F.\_\_\_\_\_ (vgl. Urk. 14-1.50036 bis 50103 = Urk. 21-1.50036 bis 50103) bestätigte der Privatkläger einerseits, dass ihm diese ab dem 18. Oktober 2006 per E-Mail von der F.\_\_\_\_\_ zugestellt wurden (vgl. Urk. 20-1.40001 S. 9, 11; Urk. 20-1.40007 S. 5 und 35; Urk. 20-1.40008 S. 3 f.; Prot. I S. 113). Sodann sagte der Privatkläger zu diesen Kontoauszügen aus, nur den Saldo überwacht und primär wissen gewollt zu haben, ob jener

zu- oder ab- nehme. Er habe sich nie über den Inhalt des Auszuges informiert oder sich diesen erklären lassen. Er gab an, dass die anderen Zahlen ihn nicht interessiert hätten, es sei für ihn immer der Schlusstand entscheidend gewesen. Er habe sich auch nicht veranlasst gesehen speziell nachzufragen (Urk. 20-1.40001 S. 9-11; Urk. 20-1.40007 S. 37). Anlässlich der Hauptverhandlung bestätigte der Privat- kläger das bisher Gesagte. Er habe die Auszüge angeschaut und den Saldo gelesen, worum es primär gegangen sei (Prot. I S. 114 -116, 120).

- 17 -

#### **E. 2.2.4**

Urkunden

##### **E. 2.2.4.1**

Kontoauszüge F.\_\_\_\_\_ Die bereits mehrfach erwähnten, in den Akten befindlichen täglichen Auszüge der F.\_\_\_\_\_ betreffend das Konto des Privatklägers (vgl. Urk. 14-1.50036 bis 50103 = Urk. 21-1.50036 bis 50103) weisen neben den Gebühren (Fees) auch die erhobenen Kommissionen (Comm) einzeln und zusammengefasst (Recap of commissions and fees) aus. Als Beispiele zu nennen sind: Urk. 21-1.50101: Comm 247.50 und Comm 590.00 resp. Comm 837.50; Urk. 21-1.50094: Comm 295.00 und Comm 13'722.50 resp. Comm 14'017.50; Urk. 21-1.50073: Comm 22'420.00; Urk. 21-1.50061: Comm 11'151.00.

##### **E. 2.2.4.2**

Customer Account Agreement (CAA) Am 29. September 2006 unterzeichnete der Privatkläger das Customer Account Agreement der F.\_\_\_\_\_ (Urk. 21-1.50009 bis 50035; vorne Ziffer II. 2.2.2). Dieses führt auf Seite 16 Mitte die D.\_\_\_\_\_ GmbH als sog. Third Party Account Controller auf, bezeichnet sie als Broker und hält fest, dass der Privatkläger diese resp. den Beschuldigten mit sog. "transactional commissions" für seine Handlungstätigkeit entschädigt (Urk. 21-1.50025; Urk. 4-300.005/29 = vom Beschuldigten am 2. Oktober 2006 unterzeichnetes Exemplar). Wie ebenso bereits vorne in Ziffer II. 2.2.2 aufgezeigt, ist unbestritten, dass in diesem Formular Name und Daten der D.\_\_\_\_\_ GmbH und des Beschuldigten bereits ausgefüllt und angekreuzt waren, als der Privatkläger das CAA umfassend zur Unterschrift erhielt (Urk. 13-401.022 S. 15; Urk. 9-400.014 S. 5). Auf Seite 17 des CAA unterschrieb der Privatkläger u.a. eine Blanko-Vollmacht, in die anschliessend der Beschuldigte bzw. die D.\_\_\_\_\_ GmbH eingesetzt wurden, so dass diese nach eigenem Ermessen über sein Konto auf seine Rechnung und sein Risiko namentlich und ausdrücklich mit Futures und Optionen handeln durfte (Urk. 21-1.50027; Urk. 4-300.005/30).

- 18 -

##### **E. 2.2.4.3**

Ausführungs-Vereinbarung und dazugehörige Ergänzung Die vorne unter Ziffer II. 2.2.2 zitierte Ausführungsvereinbarung mit dazugehöriger Ergänzung vom 19. Oktober 2005 / 7. November 2005 regelte das Rechtsverhältnis zwischen der D.\_\_\_\_\_ GmbH und F.\_\_\_\_\_ (Urk. 4-300.005/53 bis 005/60) und wurde unbestrittenemassen vom Beschuldigten unterzeichnet (Urk. 13-401.020 S. 6; Urk. 14-401.025 S. 33). Ziffer 9 der Vereinbarung räumt D.\_\_\_\_\_ GmbH das alleinige Recht ein, gegenüber ihren Kunden Kommissionen einzuführen, die F.\_\_\_\_\_ bei diesen erhebt. Die D.\_\_\_\_\_ GmbH ihrerseits wiederum hat

F.\_\_\_\_\_ die in der Ergänzung zur Ausführungs-Vereinbarung vereinbarten Kommissionen zu bezahlen (Urk. 4-300.005/58 und 005/60).

### **E. 2.2.5**

Beurteilung durch das Gericht

#### **E. 2.2.5.1**

Wie aufgezeigt, hat der Privatkläger die Auszüge der F.\_\_\_\_\_ betreffend sein Konto (vgl. Urk. 14-1.50036 bis 50103 = Urk. 21-1.50036 bis 50103) ab dem 18. Oktober 2006 per E-Mail von der F.\_\_\_\_\_ zugestellt erhalten. Auch wenn er nur wenig Englisch verstand und keine Erfahrungen mit dem Handel von Futures hatte, konnte er in Anbetracht seines persönlichen und beruflichen Hintergrunds aus den ihm fortan zur Verfügung stehenden Kontoauszügen die jeweils belasteten Kommissionen mühelos erkennen. Zum Tatzeitpunkt war der Privatkläger ein 50-jähriger verheirateter Familienvater. Er hatte nach einer Tiefbauzeichnerlehre an einer Fachhochschule einen Abschluss als Bauingenieur HTL erworben und war inzwischen Geschäftsführer der G.\_\_\_\_\_, Strassen- und Tiefbau, in .... Seinen Angaben zufolge besass er neben einem Eigenheim noch ein Mehrfamilienhaus. Seit ca. 1995 hatte er Erfahrungen im Börsengeschäft gesammelt, indem er ein wenig mit Aktien und Fonds handelte. Er hielt auch ausländische Aktien und wenige Optionen. Zudem verfügte er über einen Lombardkredit (Kredit gegen Verpfändung insbesondere von Wertpapieren, beim Privatkläger betraf es Gold). Im Jahre 2006 war er im Besitz eines Portfolios mit Aktien, Fondsanteilen und Gold im Wert von gegen Fr. 400'000.-. Das Portfolio habe er von Fr. 200'000.- bis ins Jahr 2006 verdoppeln können. Mit Aktien und Fonds sei er soweit zurecht gekommen, habe

- 19 - selber damit gearbeitet. Mit derivativen Finanzprodukten habe er keine Erfahrungen, wisse aber, was eine Option und ein Future sei, dass man mit Deckungskäufen einen Verlust absichern könne, dass es eine Hebelwirkung habe, dass es Fachleute brauche, dass es bei dieser Anlage zusätzlich um Termine gehe, die das ganze verkomplizieren würden (Urk. 20-1.40001 S. 1 f.; Urk. 20-1.40007 S. 41 f.). Der Zeuge H.\_\_\_\_\_, langjähriger Kundenberater des Privatklägers bei der I.\_\_\_\_\_ (vgl. Urk. 17-504.001; Urk. 17-504.005), bestätigte diese Angaben im Wesentlichen und erwähnte zusätzlich, der Privatkläger sei einst während fünf Jahren in einem vom damaligen Bankverein geschaffenen Investment Club dabei gewesen, in welchem er (H.\_\_\_\_\_) beratend tätig war und wo möglicherweise auch über Optionen gesprochen und investiert worden sei (bestätigt durch den Privatkläger, Urk. 20-1.40007 S. 41; Prot. I S. 104 f.). Den Kunden werde nicht empfohlen, mit Optionen und Futures zu handeln. Im Investment Club habe man damals einmal viel Geld damit verloren (Urk. 17-504.001 S. 1 f.; Urk. 17-504.005 S. 14). Vor Leistung der ersten Zahlung an die D.\_\_\_\_\_ GmbH habe ihn der Privatkläger angerufen und gesagt, er wolle USD 50'000.- investieren, um etwas zu "gamblen", er gebe das Geld einem Vermögensverwalter. Er wolle etwas riskieren (Urk. 17-504.001 S. 2; Urk. 17-504.005 S. 7). Der Privatkläger stellte dies nicht in Abrede, nahm aber vom Begriff "gamblen" Abstand (Prot. I S. 105). Weiter fügte der Privatkläger an, ca. ein Jahr vor seinem Engagement bei der D.\_\_\_\_\_ GmbH einem anderen Institut – dessen Name er nicht mehr wisse – Fr. 10'000.- übergeben zu haben, das dann aber fahrlässig damit umgegangen sei. Es sei um Geldanlagen gegangen, wobei in Sojabohnen und Gold investiert worden sei. Er habe das Gefühl gehabt, dass diese Leute gar nichts vom Bankgeschäft verstanden; dies im Gegensatz zum Beschuldigten und zum Mitbeschuldigten C.\_\_\_\_\_, welche gemäss dem Privatkläger

einen guten Auftritt hatten und einen kompetenten Eindruck hinterliessen (Urk. 20-1.40007 S. 22; Urk. 20- 1.40008 S. 10; Prot. I S. 105-107). Aus alledem ergibt sich, dass der Privatkläger als Anleger kein völliger Laie war, d.h. dass er doch über einige Erfahrung im Börsengeschäft verfügte und nicht

- 20 - ohne Risikobereitschaft in den Handel mit Futures eingestiegen ist. Gemäss eigener Darstellung beauftragte er damit nach intensiven Telefonkontakten mit dem Mitbeschuldigten C.\_\_\_\_\_ die D.\_\_\_\_\_ GmbH, indem er das über zwei Dutzend Seiten starke Formular-Set CAA – das auf der Frontseite prägnant die Überschrift "F.\_\_\_\_\_ Futures and Options" trägt und welche Ausdrücke gleichermassen in der deutschen Sprache verwendet wurden und werden – am 29. September 2006 an den vorgesehen Stellen unterzeichnete (Urk. 21-1.50009 bis 50035). Persönliche Kontakte gab es bis dahin keine und der Privatkläger holte vor der Unterzeichnung und der Geldüberweisung keine Erkundigungen über die D.\_\_\_\_\_ GmbH und deren Mitarbeiter ein. Über den Beschuldigten wusste er zu jenem Zeitpunkt nichts. Auch stand für den Privatkläger nicht zur Diskussion, zuvor seinen langjährigen Berater bei der I.\_\_\_\_\_, den Zeugen H.\_\_\_\_\_, zu konsultieren. Eine Anlagestrategie wurde mit der D.\_\_\_\_\_ GmbH nicht festgelegt (Urk. 20- 1.40007 S. 13, 22; Prot. I S. 116 f.). Wie schon im Verlaufe des Vorverfahrens umschrieb der Privatkläger vor Vorinstanz seine Anlageabsicht dahin, er habe bis Weihnachten schauen wollen, was die D.\_\_\_\_\_ GmbH mit seinem Geld mache (Prot. I S. 102, 107). Dass der Privatkläger das CAA an diversen Orten unterzeichnete, obwohl er nach seinen Angaben das Dokument kaum verstand und keine deutsche Übersetzung besass, kann nicht den Beschuldigten angelastet werden. Es ist nicht erkennbar, inwiefern der Privatkläger unter Druck gestanden haben soll, in eine Geschäftsbeziehung zur D.\_\_\_\_\_ GmbH – von der er schon ein bis zwei Jahre zuvor wiederholt telefonisch kontaktiert worden sein soll – zu treten (vgl. auch Urk. 4- 300.005/5), diese als externe Vermögensverwalterin zu beauftragen und in der Folge (initial) USD 50'000.– zu investieren. Wie gesehen unternahm er diesen Schritt, weil er bereit war, etwas zu riskieren. Mit seinen Unterschriften erteilte er nicht nur der D.\_\_\_\_\_ GmbH eine General-Vollmacht zum Handel, d.h. zum Kauf und Verkauf von Futures und Optionen, sondern bestätigte auch, mit je unmittelbar anschliessender Unterschrift die Risikooffenlegungsmitteilung ("Risk Disclosure Statement"; vgl. Urk. 21-1.50011 und 50012) und die zusätzliche Risikooffenlegung ("Additional Risk Disclosure"; vgl. Urk. 21-1.50033) empfangen, gelesen und verstanden zu haben. Darin wird der Kunde ausdrücklich darauf

- 21 - hingewiesen, dass der Futures- und Optionenhandel generell eine risikoreiche Investitionsform ("a risky form of investment") sei, dass der Handelserfolg bei Teilnahme an ausländischen Transaktionen nebst dem Marktgeschehen und verschiedenen Richtlinien und Regularien auch durch Devisenschwankungen beeinflusst werden kann und dass erhebliche Verluste ("substantial loss") und insbesondere auch ein Totalverlust ("a total loss") der investierten Gelder erlitten werden kann. Erwähnt wird zudem das allfällige Erfordernis erheblicher zusätzlicher Kapitaleistungen ("substantial amount of additional capital") zur Abdeckung der Positionen. Aus diesem Grunde wird der Kunde ermahnt, nur reines Risikokapital ("purely risk capital") einzusetzen bzw. zu übermitteln. Der Privatkläger postuliert denn auch nicht generell, auf das Verlustrisiko seiner Anlagen nicht aufmerksam gemacht worden zu sein ("Es sei sehr schnell gegangen", Prot. I S. 103), sondern lediglich, dies sei nicht mündlich geschehen – was die Beschuldigten bestreiten – und es sei ihm nicht bewusst gewesen, dass er alles verlieren könnte. Damit war dem

Privatkläger ein Verlustrisiko bekannt, was naturgemäss auch das Risiko eines Totalverlustes miteinschliesst.

#### **E. 2.2.5.2**

Die Kontoauszüge der F.\_\_\_\_\_ (vgl. Urk. 14-1.50036 bis 50103 = Urk. 21-1.50036 bis 50103; nur der Beleg für den 20. Oktober 2006 fehlt) wiesen die belasteten Kommissionen aus, so dass der Privatkläger diese seit Erhalt der Auszüge (ab 18. Oktober 2006) erkennen konnte. Diese Abrechnungen bestehen weitgehend aus Zahlen, welche sprachlich neutral, einfach zu lesen und rechnerisch nachvollziehbar sind, zumal auch (die vom Privatkläger stets geprüften) Anfangs- und Endsaldi immer aufgelistet waren. Dass die Auszüge mit Verzögerung beim Privatkläger eintrafen, lag offenbar an der F.\_\_\_\_\_ und nicht an den Beschuldigten. Nach entsprechender Reklamation beim Mitbeschuldigten C.\_\_\_\_\_ wurden dem Privatkläger dann diese auch im CAA in Aussicht gestellten "statements" der F.\_\_\_\_\_ auf elektronischem Weg übermittelt (vgl. Urk. 21-1.50029). Die Erkennbarkeit der Kommissionsbelastungen ist gegeben. Dass Handelsgegenstand Futures (und allenfalls auch Optionen) waren, ist neben dem zu Vertragsbeginn vom Privatkläger unterzeichneten CAA ebenso jedem einzelnen Kontoauszug der F.\_\_\_\_\_ mit dem darauf vermerkten Firmenlogo zu

- 22 - entnehmen. Es kann deshalb nicht gesagt werden, die Beschuldigten hätten den Privatkläger über die Verwendung seiner Vermögenseinlagen zu täuschen beabsichtigt bzw. getäuscht. Auch die Intensität des Handelns bzw. die Häufigkeit der Handelstransaktionen sowie das Ausmass der totalen Kommissionshöhe lässt sich bei genauerem Betrachten der Kontoauszüge beurteilen, zumal die Anzahl Trades (Käufe und Verkäufe) offensichtlich in Korrelation zu den angefallenen Kommissionen steht. Den Beschuldigten kann daher keine Verheimlichung bzw. Verheimlichungsabsicht betreffend die Kommissionslast vorgeworfen werden. Der Privatkläger hätte die Kommissionsbelastung einzeln und totalisiert nachvollziehen und deren Verhältnis zum eingesetzten Kapital erkennen können (vorne Ziffer II. 2.2.4.1; für weitere Beispiele siehe die folgende Ziffer II. 2.2.5.3). Ob er gestützt auf die Abrechnungen auch seine realistische Gewinnmöglichkeit – bei der es sich nicht um eine Tatsache im Sinne von Art. 146 StGB handelt – hätte einschätzen können, ist beim Vorwurf der ungetreuen Geschäftsbesorgung zu prüfen (hinten Ziffer II. 3.3).

#### **E. 2.2.5.3**

An den Handelstagen zwischen dem Empfang des ersten Kontoauszuges am 18. Oktober 2006 und der Leistung des zweiten Nachschusses über USD 60'000.– am 27. Oktober 2006 wurden sowohl Gewinne als auch Verluste erzielt (vgl. Urk. 14-1.50073 bis 50083; Urk. 2 S. 43 f.). Dabei fielen immer Kommissionen an, unabhängig vom jeweils erzielten Handelserfolg. An vier Handelstagen in dieser Zeitspanne resultierte ein Gewinn, so am 18. Oktober 2006 mit einem Plus von USD 11'000.–, bei Kommissionen von nur USD 495.–. Weiter standen am 19. Oktober 2006 einem Gewinn von rund USD 3'500.– Kommissionen von USD 1'770.– gegenüber, mithin von ca. 50 %. Am 23. Oktober 2006 betrug die fraglichen Zahlen rund USD 9'900.– zu USD 4'435.– (ca. 45 %) und am 25. Oktober 2006 rund USD 6'900.– zu USD 2'950.– (ca. 43 %). Die zwei Handelstage vom 24. und 26. Oktober 2006 brachten hingegen Verluste: nämlich der 24. Oktober 2006 knapp USD 4'500.– Verlust bei Kommissionen von USD 6'490.– (fast das Anderthalbfache) und der

- 23 - 26. Oktober 2006 annähernd USD 42'000.– Verlust bei Kommissionen von USD 22'420.– (ca. 53 %). Aus diesen Darlegungen ist unschwer feststellbar – was dem Privatkläger, entgegen seiner wiederholt geäusserten Ansicht (Urk. 20-1.40007 S. 17; Prot. I S. 107), aufgrund der ihm ab 18. Oktober 2006 zugestellten Abrechnungen der F.\_\_\_\_\_ und seiner Erfahrungen im Börsengeschäft klar sein musste –, dass nicht nur bei Gewinn Kommissionen verrechnet wurden, sondern auch bei erlittenem Verlust, und dass die Kommissionen nicht einem festen Satz von 15 % entsprachen, wo- von der Privatkläger nach seiner Aussage ausging, sondern in der Regel viel höher ausfielen und sogar das (negative) Handelsergebnis übertreffen konnten. Als rechnerisches Fazit ergibt sich daraus, dass Gewinne aufgrund der anfallenden Kommissionen um diese (erheblich) geschmälert wurden und umgekehrt Verluste und Kommissionen sich kumulativ auswirkten. Das Tagesergebnis umfasste somit jeweils Handelsgewinne und -verluste einschliesslich die Kommissionen (Prot. I S. 19). Einen zentralen Erfahrungswert bietet zweifellos der 26. Oktober 2006, an welchem Tag das Kapital von über USD 80'000.– um USD 65'000.– auf noch USD 15'000.– schrumpfte (vgl. die Tagesanalyse Urk. 18-900.004 S. 25), was dann zum zweiten Nachschuss durch den Privatkläger führte.

#### **E. 2.2.5.4**

Zusammengefasst kann bei dieser Ausgangslage und insbesondere aufgrund der ab 18. Oktober 2006 regelmässig zugestellten (handels)täglichen Kontoauszüge den Beschuldigten – entgegen der Anklage (Urk. 2 S. 26) – keine Täuschung des Privatklägers über die Verwendung seiner Vermögensanlagen und die Häufigkeit der Handelstransaktionen vorgeworfen werden, ebenso wenig ein Verheimlichen der erfolgsunabhängigen Kommissionen. Insbesondere war auch die Geschäftsbezogenheit der anfallenden Kommissionen ersichtlich, mithin ein Konnex zwischen der Handelsintensität und der resultierenden Kommissionslast. Desgleichen erkennbar war die sukzessive Verringerung der Guthaben durch die repetitiven Kommissionsbelastungen. Darüber hinaus musste dem Privatkläger angesichts früherer Erfahrungen und der allgemeinen Lebenserfahrung bei seinem beruflichen Hintergrund bewusst sein, dass Börsengeschäfte infolge der schnell schwankenden und entsprechend unberechenbaren (globalen) Märkte

- 24 - stets risikobehaftet sind, ungeachtet der konkreten Fähigkeit und Geübtheit eines Vermögensverwalters bzw. Brokers. Insoweit lässt sich bei Börsengeschäften im (hoch)spekulativen Bereich weder eine realistische Gewinnmöglichkeit noch eine solche Wertvermehrung noch ein Werterhalt einer Investition garantieren oder versprechen, ausser die Parteien hätten ausschliesslich Investitionen in kapitalgeschützte Produkte bzw. Anlageinstrumente vereinbart, was hier niemand behauptet. Soweit sich der Privatkläger über die Gewinnchancen täuschte, ist festzuhalten, dass eine Täuschung darüber zu Recht nicht Bestandteil der Anklage bildet, da Marktchancen keine Tatsachen sind. Es kommt hinzu, dass die dem Privatkläger zugestellten Abrechnungen mehrfach Gewinne auswiesen, was er der Entwicklung seines Saldos entnehmen konnte (vgl. Urk. 18-900 004 S. 37). Abschliessend ist daran zu erinnern, dass der Privatkläger gewisse Risiken einzugehen bereit war und zumindest anfänglich den Beschuldigten volle Handlungsfreiheit einräumte. Darauf und auf die Frage der Kommissionen ist in Ziffer II. 3. zurückzukommen.

#### **E. 2.2.5.5**

Exkurs: Frage der Retrozessionen 2.2.5.5.1 Die Vorinstanz kam mit der folgenden Begründung (kursiv dargestellt) zum Schluss, es würden keine Retrozessionen vorliegen (vgl. Urk. 53 S. 13-15): Unbestrittenerweise war zwischen dem Privatkläger und dem Beschuldigten resp. der D. \_\_\_\_\_ GmbH mündlich vereinbart, dass diese mit den vom Privatkläger auf sein Konto bei F. \_\_\_\_\_ einbezahlten Mitteln Anlagen tätigt (Urk. 13-401.020 S. 4; Urk. 13-401.022 S. 15; Urk. 14-401.025 S. 32; Urk. 20-1.40007 S. 9,10; Prot. S. 30, 102, 103, 107). Nach 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 Grunde zugekommen ist, zu erstatten. Das Bundesgericht hat mit wegleitendem Urteil vom 22. März 2006 entschieden, dass indirekte Vorteile, welche in einem inneren Zusammenhang zur Auftragsausführung stehen, wie Rabatte, Provisionen und sog. Retrozessionen, die dem Beauftragten von Dritten zukommen, gestützt auf Art. 400 Abs. 1 OR dem Auftraggeber abzuliefern sind. Der Beauftragte soll abgesehen von einem allfälligen Honorar weder gewinnen noch verlieren. Diese Herausgabepflicht ist

- 25 - zwar nicht zwingend. Doch bedingt ein im Voraus ergangener Verzicht des Auftraggebers, dass er über die zu erwartenden Retrozessionen vollständig und wahrheitsgetreu informiert ist und dass sein Wille, auf deren Ablieferung zu verzichten, deutlich aus der Vereinbarung hervorgeht (BGE 132 III 460, E. 4.1 und 4.2, mit weiteren Hinweisen). Die Verteidigung des Mitbeschuldigten C. \_\_\_\_\_ ist der Auffassung, dass es sich vorliegend bei den Zahlungen der F. \_\_\_\_\_ an die D. \_\_\_\_\_ GmbH nicht um eigentliche Retrozessionen handle. Jene stammten direkt aus dem Vermögen des Privatklägers, nicht aus jenem der F. \_\_\_\_\_. D. \_\_\_\_\_ GmbH habe kein Produkt der F. \_\_\_\_\_ verkauft, sondern diese sei der Broker für den Futures- Handel gewesen. Dass die Kommissionen derart flossen, sei eine reine Zahlungsmodalität gewesen (Urk. 43 S. 23 f.). Der Privatkläger unterzeichnete die im Customer Account Agreement der F. \_\_\_\_\_ vorformulierte Erklärung, die D. \_\_\_\_\_ GmbH als Drittpartei zu ernennen und zu bevollmächtigen sowie diese resp. den Beschuldigten als Bezugsperson mit transactional commissions zu entschädigen. Wenn auch einzuräumen ist, dass diese Erklärung als eine von mehreren im ganzen Antrag etwas verborgen ist, so ist diese dennoch auch bei geringen Englisch-Kenntnissen verständlich (Bestimmung der D. \_\_\_\_\_ GmbH als sog. "Third Party Account Controller"; darauf sogleich folgend "My relationship to the Third Party Controller is A. \_\_\_\_\_. I am ... paying ... him transactional commissions as his compensation for trading my account. [Unterschrift]"; Urk. 4-300.005/29; auf der folgenden Seite, oben, "I hereby authorize [... name of account controller] as my agent and attorney-in-fact ... ; Urk. 4-300.005/30). Der Privatkläger war jedenfalls mit seinem persönlichen Hintergrund und Wissen in der Lage, eine für ihn nachteilige vertragliche Abmachung zu erkennen und von einem Abschluss abzusehen. Es ist nicht nachzuvollziehen, inwiefern der Privatkläger – was bestritten ist – bei Vertragsschluss unter zeitlichem Druck gestanden sein soll. Der Beschuldigte unterzeichnete anschliessend jeweils an den entsprechend vorgesehenen Stellen (Urk. 4-300.005/29 und 30). Damit erklärte er sich nicht nur betreffend seine Eigenschaft als Bezugsperson des Third Party Controller und Bevollmächtigter einverstanden, sondern insbe-

- 26 - sondere auch bezüglich seiner Entschädigung für seine Handelstätigkeit mittels Transaktionskommissionen. F. \_\_\_\_\_ überwies aufgrund der mit der D. \_\_\_\_\_ GmbH abgeschlossenen Ausführungsvereinbarung (mit Anhang) dieser den ihre Kommission

übersteigenden Betrag. Diese Vergütungen sind somit weder ein Rabatt, eine Provision noch Retrozessionen, welche an den Auftraggeber abzu- liefern sind, sondern stellen die Entschädigung, das Honorar, dar für die geleiste- ten Dienste der D.\_\_\_\_\_ GmbH bzw. des Beschuldigten, die Anlagetätigkeit. Die- ses ist selbstredend nicht an den Auftraggeber auszurichten. 2.2.5.5.2 Zutreffend hat die Vorinstanz zunächst die Anwendbarkeit des Auftrags- rechts erwähnt und auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Retrozessi- onen hingewiesen. Ferner ist ihre Ansicht zu teilen, dass der Privatkläger die D.\_\_\_\_\_ GmbH zur Handelstätigkeit bevollmächtigt und sich verpflichtet hatte, dieser bzw. dem Beschuldigten dafür eine – nicht weiter spezifizierte – Entschädi- gung zu entrichten, hier bezeichnet als Transaktionskommissionen ("transactional commissions as his compensation for trading my account", vgl. Urk. 4-300.005/29; Urk. 53 S. 13 f.). Mit seinem persönlichen Hintergrund und Wissen und in Kombi- nation mit den ihm seit 18. Oktober 2006 zugestellten Auszügen seines Kontos bei der F.\_\_\_\_\_ war der Privatkläger ab jenem Zeitpunkt zwar in der Lage, die ihn treffende Kommissionsbelastung insgesamt, d.h. in absoluten Zahlen und auch in Relation zu seinem investierten Kapital zu erkennen, mithin festzustellen, dass regelmässig eine Vielzahl von Kommissionsbeträgen und ein hohes Total anfielen bzw. ihm verrechnet wurden. Der Privatkläger hatte jedoch unbestritten keinerlei Kenntnis von der Kommissionsstruktur und von einem allfälligen Verteilschlüssel. Insbesondere wusste er nicht, wieviel das Honorar des Beschuldigten für dessen Dienstleistung betragen würde bzw. betrug. Vielmehr waren die Kommissions- ansätze pro Trade sowie die Kommissionsstruktur nur zwischen der D.\_\_\_\_\_ GmbH und der F.\_\_\_\_\_, ohne Mitwirkung des Privatklägers, vereinbart worden, laut dem Beschuldigten im Rahmen der F.\_\_\_\_\_ Richtlinien und in Anlehnung an die amerikanische Gesetzgebung (vgl. Ausführungsvereinbarung und Ergänzung dazu, Urk. 4-300.005/53-59; Urk. 4-300.005/60-61; Urk. 13-401.001 S. 15; Prot. I S. 35, 37). Es wurden keine schriftlichen Verträge mit den Kunden abgeschlos- sen, auch nicht mit dem Privatkläger. Kommissionshöhe und -last wurden den

- 27 - Kunden nicht schriftlich mitgeteilt. Das CAA enthielt nur den Hinweis, dass im Rahmen der F.\_\_\_\_\_ Richtlinien Kommissionen erhoben werden dürfen (Urk. 13- 401.001 S. 15; Prot. I S. 20, 70). Daher war auch keine vorgängige Genehmigung möglich. Es lässt sich daher entgegen der Vorinstanz (Urk. 53 S. 15) nicht sagen, der Privatkläger habe von Anbeginn eine für ihn nachteilige vertragliche Abma- chung (hinsichtlich der Kommissionen) erkennen und von einem Abschluss ab- sehen können. Vorliegend bestand ein Dreiecksverhältnis zwischen dem Privatkläger als Kunden, dem Beschuldigten als externem Vermögensverwalter und der F.\_\_\_\_\_ als amerikanischem Broker und Kontoführerin: Die D.\_\_\_\_\_ GmbH bzw. der Beschuldigte war als externer Vermögensverwalter (= Beauftragter) des Privat- klägers (= Auftraggeber) tätig. Die F.\_\_\_\_\_ stellte dem Beschuldigten eine Online- Handels-Plattform für den Handel mit Futures zur Verfügung. Gemäss seiner Angabe konnte der Beschuldigte vom Computer aus die einzelnen Kundenkonten anklicken und die Trades eingeben. Alle Märkte waren auf der Plattform vorhan- den und man konnte innert einer Hundertstel Sekunde am Markt sein (Prot. I S. 27). Der Beschuldigte allein war für diesen Handel zuständig, nahm die Markt- analyse vor und traf die Kauf- und Verkaufsentscheide, auch bezüglich des Privatklägers. Pro Kontrakt erhielt die D.\_\_\_\_\_ GmbH Kommissionen, deren Höhe der Beschuldigte zuvor gestützt auf die F.\_\_\_\_\_ Richtlinien festgelegt hatte. Je höher das Handelsvolumen, desto höher waren die Kommissionen (Urk. 13- 401.001 S. 12 ff., 17 und 19; Prot. I S. 14, 27 f., 33 f., 42, 74 f., 80). Somit lag es einzig in den Händen des Beschuldigten, wieviel

Kommissionen automatisch erzeugt wurden. Nach – bestrittener – Auffassung der beiden Beschuldigten wollte der Privatkläger sein Kapital spekulativ anlegen, aggressiv handeln. Es sei sein Ziel gewesen, so schnell wie möglich sehr viel Geld zu verdienen. Er (Beschuldiger) habe beim Privatkläger einen Performancedruck verspürt, der höher gewesen sei als bei andern Kunden. Die Vorgabe des Privatklägers sei gewesen, mit einem grossen Hebel zu arbeiten. Bei einem grösseren Hebel gebe es höhere Kommissionen (Prot. I S. 30, 33-35, 39, 43, 76; Urk. 75 S. 4 f.; Urk. 76 S. 6). Unbestrittenmassen führte die F.\_\_\_\_\_ als Begünstigte der Bank, bei welcher der Privatkläger die Kapitaleinlagen vereinbarungsgemäss geleistet hatte (J.\_\_\_\_\_ Bank,

- 28 - ...) das Cash-Konto des Privatklägers, die offenen Positionen sowie die hierfür erforderliche sog. Margin (vgl. CAA Urk. 21-1.50010; Urk. 4-300.005/32) und war damit die Dritte im Bund. Sie belastete dem Konto ausser diversen Gebühren (Fees) die aus der Handelstätigkeit des Beschuldigten generierten Kommissionen und vergütete diese – reduziert um ihren eigenen Kommissionsanteil von USD 9.– pro Trade gemäss der Ergänzung zur Ausführungs-Vereinbarung – an die D.\_\_\_\_\_ GmbH, nämlich USD 50.– bzw. 90.– (Urk. 4-300.005/60-61; Urk. 13-401.001 S. 14 f.; Prot. I S. 35 f., 46). 2.2.5.5.3 Angesichts dieser Ausgangslage erscheint fraglich, ob Retrozessionen vorlagen. Die F.\_\_\_\_\_ entrichtete der D.\_\_\_\_\_ GmbH kein Entgelt für ihre Dienste (aus ihrem eigenen Vermögen), sondern belastete lediglich die mit dem Beschuldigten vereinbarten Abzüge dem Konto des Privatklägers, die freilich höher waren als diejenigen, die die D.\_\_\_\_\_ GmbH tatsächlich zahlen musste. Insofern war die F.\_\_\_\_\_ lediglich die Eintreiberin der von der D.\_\_\_\_\_ GmbH gegenüber dem Privatkläger verlangten Entschädigung. Es handelte sich mithin nicht um indirekte Vorteile, die dem Beauftragten infolge der Auftragserteilung von Dritten, hier der F.\_\_\_\_\_, zukamen, sondern ganz einfach bloss (auch) Entgelt für die Tätigkeit der D.\_\_\_\_\_ GmbH. Es waren also keine Zuwendungen der F.\_\_\_\_\_. Ebenso wenig kann gesagt werden, die D.\_\_\_\_\_ GmbH hätte sich durch die Zuwendungen Dritter (es waren ja Gelder des Privatklägers) veranlasst sehen können, die Interessen des Auftraggebers nicht ausreichend zu berücksichtigen. Selbst wenn man davon ausgehen wollte, es habe sich um Retrozessionen gehandelt, so war es im Jahre 2006 – und sogar später – branchenüblich, die Retrozessionen dem Auftraggeber nicht auszuliefern, weswegen den Beschuldigten daraus kein, insbesondere kein strafrechtlicher, Vorwurf gemacht werden kann (pro memoria: Der Retrozessionen-Entscheid des Bundesgericht datiert von März 2006 [BGE 132 III 460], der Entscheid, dass die Herausgabepflicht auf sämtliche Auftragsverhältnisse anwendbar ist, datiert von 2012 [BGE 138 III 755 E. 5.4 a.E.], hier steht die Zeitspanne Oktober bis Dezember 2006 zur Diskussion). Die Frage, ob es sich um Retrozessionen handelte oder nicht, braucht indes vorliegend gar nicht abschliessend geklärt zu werden, da – wie noch zu zeigen sein

- 29 - wird – der Tatbestand des Betruges mangels Arglist nicht erfüllt wurde und mangels strafrechtlich relevanter Pflichtverletzung auch die Voraussetzungen des Tatbestandes der ungetreuen Geschäftsbesorgung nicht erfüllt sind.

#### **E. 2.2.5.6**

In Würdigung aller Umstände, namentlich angesichts der grundsätzlichen Erkennbarkeit der schädigenden Kommissionsbelastungen, erscheint sehr zweifelhaft, ob eine strafrechtlich relevante Täuschung vorliegt (siehe auch vorne, Ziffer II. 2.2.5.4). Dies braucht indessen nicht abschliessend geklärt zu werden. Insofern der Privatkläger nicht über alle Informationen verfügte, lag es offensichtlich auch an mangelndem Interesse und Bemühen

seinerseits. Aber selbst wenn Täuschung als gegeben anzusehen wäre, würde es an deren Arglistigkeit fehlen.

### **E. 2.3**

Der amtliche Verteidiger des Beschuldigten, Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_, reichte dem Gericht für das Berufungsverfahren für seine Aufwendungen bis und mit 10. Juni 2015 einen Tätigkeitsausweis über 8.58 Stunden sowie Barauslagen von Fr. 20.05 ein (Urk. 73). Ausserdem ist der Aufwand für die Berufungsverhandlung vom 15. Juni 2015 sowie für die Abschlussarbeiten (Urteilsstudium sowie Nachbesprechung mit dem Beschuldigten) zu berücksichtigen. Die Berufungsverhandlung dauerte etwa 7 ½ Stunden, wobei ca. 2 Stunden auf die Mittagspause entfielen (Prot. II S. 4 ff.). Zudem ist eine Stunde Aufwand für die An- und Rückreise zur Berufungsverhandlung zu veranschlagen. Für die Abschlussarbeiten sind weitere 2 ½ Stunden einzusetzen. Dies ergibt – neben dem Aufwand gemäss Tätigkeitsausweis vom 10. Juni 2015 – weitere 9 Stunden à Fr. 220.–/h, die zu entschädigen sind. Angemessen erscheint es daher, Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_ als amtlicher Verteidiger des Beschuldigten im Berufungsverfahren für seine Aufwendungen und Auslagen mit Fr. 4'128.45 (inkl. Barauslagen und MwSt.) aus der Gerichtskasse zu entschädigen. 3. Umtriebs- und Parteientschädigung

#### **E. 2.3.1**

Anlagevorwurf Die Anklägerin macht geltend, das Verhalten der Beschuldigten A.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ sei ein komplexes System aufeinander abgestimmter Täuschungshandlungen gewesen. Die Beschuldigten hätten gewusst und mit Gewissheit vorausgesehen oder mindestens billigend in Kauf genommen, dass für den investitionsbereiten Privatkläger aus verschiedenen Gründen die Täuschung nicht erkennbar gewesen sei, eine Überprüfung der Angaben über die Verwendung seiner Einlagen und über die Gewinnchancen auf seiner Einlage nicht möglich oder zumutbar gewesen sei oder er davon absehen würde, sodass sich auch ein kritisches Opfer hätte täuschen lassen (Urk. 2 S. 27).

#### **E. 2.3.2**

Rechtliche Grundlagen Das täuschende Verhalten muss objektiv als arglistige Irreführung zu qualifizieren sein. Arglist ist gegeben, wenn der Täter ein ganzes Lügengebäude errichtet, d.h. besonders hinterhältige Lügen sind derart raffiniert aufeinander abgestimmt, dass sich auch ein kritisches Opfer täuschen lässt. Ebenfalls liegt ein arglistiges Vorgehen vor, wenn der Täter sich täuschender Machenschaften bedient, also seine Behauptungen durch Belege oder Handlungen stützt, die sie als glaubhaft erscheinen lassen. Einfache Lügen sind nur arglistig, wenn sie nicht oder nur mit

- 30 - besonderer Mühe auf ihre Richtigkeit hin überprüft werden können, der Täter den Getäuschten absichtlich von der Überprüfung abhält oder aufgrund bestimmter Umstände und eines besonderen Vertrauensverhältnisses voraussieht, dass der Getäuschte sie gar nicht überprüfen wird. Arglist scheidet jedoch aus, wenn das Opfer die angesichts der konkreten Umstände und seiner persönlichen Verhältnisse grundlegendsten Vorsichtsmassregeln nicht beachtet (Donatsch, Strafrecht III, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, S. 224 ff.; Stratenwerth/Jenny/Bommer, Schweiz. Strafrecht BT I, 7. Aufl., Bern 2010, S. 383 ff.).

#### **E. 2.3.3**

Beurteilung durch das Gericht

##### **E. 2.3.3.1**

Unter Hinweis auf die Ausführungen zur Täuschung unter Ziffer II. 2.2 hiervor kann nicht von einem Lügengebäude gesprochen werden. Ebenso wenig sind täuschende Machenschaften, d.h. durch Dokumente oder Handlungen gestützte Behauptungen der Beschuldigten, ersichtlich, zumal die Parteien weitestgehend mündlich/telefonisch verkehrten, namentlich ohne schriftlichen Vermögensverwaltungsvertrag. Arglist aus diesen Gründen scheidet somit aus. Geschäftsmodell und Vorgehen der D.\_\_\_\_\_ GmbH waren bei entsprechender Aufmerksamkeit und, wo nötig, ergänzendem Nachfragen jedenfalls in groben Zügen erkennbar.

#### **E. 2.3.3.2**

Sodann kann nicht gesagt werden, die Angaben der Beschuldigten bzw. der D.\_\_\_\_\_ GmbH seien nur mit besonderer Mühe überprüfbar gewesen. Soweit der Arglistvorwurf die angefallenen Kommissionen betrifft, ist wiederum auf die Ausführungen in Ziffer II. 2.2 hiervor zu verweisen. Danach war der Privatkläger ab dem 18. Oktober 2006 imstande, die Kommissionslast in den täglich (an den Handelstagen) erstellten Abrechnungen bzw. Kontoauszügen der F.\_\_\_\_\_ selbst bei einer nur rudimentären Prüfung mit einem Mindestmass an Aufmerksamkeit sofort und mühelos zu erkennen. Dass – von der verzögerten Zustellung und dem fehlenden Auszug betreffend den 20. Oktober 2006 abgesehen – Belege fehlen würden oder dem Privatkläger gar bewusst vorenthalten worden wären, wurde nicht geltend gemacht und lässt sich auch nicht den Akten entnehmen. Ebenso hätte der Privatkläger aus den Abrechnungen ersehen können, dass Kommissionen (und Gebühren) nicht nur bei erzieltm Gewinn, sondern gleichermassen bei

- 31 - erlittenem Verlust und regelmässig in einem Umfang von deutlich mehr als den vermeintlichen 15 % erhoben wurden. Aufgrund der optischen Darstellung und trotz geringer Englischkenntnisse sowie mangelnder Erfahrung im Handel mit Futures hätte sich zudem das Verhältnis der Kommissionen zum eingesetzten Kapital und auch gemessen am jeweiligen Gewinn oder Verlust rechnerisch ungefähr eruieren und nachvollziehen lassen. Der Privatkläger interessierte sich nach eigenen Angaben indessen primär für den jeweiligen Saldo auf den Abrechnungen und nicht für die konkrete Höhe der Kommissionen. Folglich hatte er nie Rechenschaft (über die Handelstätigkeit der D.\_\_\_\_\_ GmbH) verlangt oder sich nach dem Umfang der Transaktionskommissionen erkundigt. Weil den Beschuldigten ferner keine Absicht nachgewiesen werden kann, dem Privatkläger die täglichen Kontoauszüge vorzuenthalten oder verspätet zukommen zu lassen, würde überdies von Beginn weg keine Arglist vorliegen.

#### **E. 2.3.3.3**

Auch hinsichtlich der Rückvergütungen der F.\_\_\_\_\_ kann den Beschuldigten mangels Lügengebäude oder besonderer Machenschaften kein arglistiges Handeln vorgeworfen werden. Die Beschuldigten wären lediglich, aber immerhin der ihnen auferlegten Aufklärungspflicht nicht nachgekommen. Umgekehrt gilt als erstellt, dass der Privatkläger auch nie Rechenschaft über die Geschäftstätigkeit verlangt oder sich näher betreffend die Kommissionsbelastung der D.\_\_\_\_\_ GmbH (namentlich Umfang, Struktur, Verteilschlüssel) erkundigt hatte. Erstellt ist vielmehr, dass ihn sogar die konkrete Höhe der Kommissionen überhaupt nicht interessierte (vgl. vorne Ziff. II. 2.2.3; Urk. 20-1.40001 S. 7 f.; Prot. I S. 108). Wie schon die Vorinstanz zutreffend darlegte, lässt sich nicht nachweisen, ob und inwieweit die Beschuldigten dieses Verhalten des Privatklägers zu verantworten haben oder begünstigten.

#### E. 2.3.3.4

Es bleibt die Frage zu klären, ob zwischen der D.\_\_\_\_\_ GmbH bzw. den Beschuldigten und dem Privatkläger ein besonderes Vertrauensverhältnis bestand. Ein besonderes Vertrauensverhältnis lässt sich nicht allgemein umschreiben, sondern es ist im Einzelfall zu prüfen, ob ein solches als gegeben zu erachten ist. Von einem besonderen Vertrauensverhältnis ist etwa auszugehen, wenn eine

- 32 - Geschäftsbeziehung von gewisser Intensität über mehrere Jahre andauert hat. Bei unterjähriger Zusammenarbeit ist ein solches zu verneinen, denn es ist (noch) nicht von einer langen, unproblematischen Geschäftsbeziehung auszugehen (Urteil des Bundesgerichts 6B\_642/2013 vom 3. Februar 2014). Ebenso wenig führt eine nicht sehr ausgeprägte (angebliche) familiäre Verbundenheit zur Annahme eines besonderen Vertrauensverhältnisses (Urteil des Bundesgerichts 6S.414/2004 vom 28. Februar 2005). Ein besonderes Vertrauensverhältnis kann zum Beispiel entstehen zwischen Versicherung und Versicherungsnehmerin im Anschluss an eine Schadensmeldung. Aus der dadurch begründeten näheren Beziehung zur Versicherung obliegt der Versicherungsnehmerin aufgrund des Versicherungsvertragsgesetzes und der Allgemeinen Versicherungsbedingungen die auf klaren Regelungen beruhende Pflicht zu wahrheitsgemässer und vollständiger Mitteilung aller für die Leistungspflicht der Versicherung massgeblicher Tatsachen, konkret die Mitteilung über das Auffinden der als gestohlen gemeldeten Gegenstände (Urteil des Bundesgerichts 6S.364/2005 vom 9. März 2006 E. 1). Ähnlich verhält es sich im Fall, der dem Urteil 6B\_750/2012 vom 12. November 2013 E. 2.5.4 zugrunde liegt, wo der Versicherungsnehmer in der Befragung Tatsachen nicht offenlegte bzw. verschwieg, die für die Leistungspflicht der Versicherung massgeblich waren. Vorliegend kann die Arglist nicht damit begründet werden, der Privatkläger habe die Abrechnungen der F.\_\_\_\_\_ nicht (weiter) geprüft oder beachtet, weil ein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen ihm und den Beschuldigten bestanden hätte. Die Beziehung basierte nicht auf einer mehrjährigen Geschäftsbeziehung und entsprechender Erfahrung, sondern erstreckte sich insgesamt nur über wenige Wochen von Ende September 2006 bis Dezember 2006. Selbst wenn der Privatkläger bereits früher mit der D.\_\_\_\_\_ GmbH bzw. den Beschuldigten Geschäfte abgeschlossen hätte, würde dies nicht ein besonderes Vertrauensverhältnis bewirken, aufgrund dessen die Beschuldigten die begründete Erwartung haben konnten, dass der Privatkläger jegliche Überprüfung unterlassen werde (vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B\_102/2011 vom 14. Februar 2012 E. 3.4.2). Wie schon im angefochtenen Urteil korrekt dargelegt, war für die Beschuldigten nicht voraussehbar, dass sich der Privatkläger nie nach den Kommissionen bzw. Vergütungen

- 33 - erkundigen und die Abrechnungen diesbezüglich nicht kontrollieren oder analysieren werde. Entsprechend konnten sie nicht davon ausgehen, er werde die Kommissionen gar nicht überprüfen wollen, da ihn jeweils nur der Saldo interessierte. Dagegen spricht insbesondere auch der Umstand, dass der Privatkläger im Oktober 2006 beim Mitbeschuldigten C.\_\_\_\_\_ intervenierte, weil er zunächst (bis zum 18. Oktober 2006) – wohl versehentlich, etwas anderes ist nicht nachweisbar – von der F.\_\_\_\_\_ keine Abrechnungen erhalten hatte. Der vom Privatkläger angebrachte Wunsch nach fortlaufender Dokumentation deutet vielmehr auf einen Überprüfungswillen betreffend die Handelstätigkeit der D.\_\_\_\_\_ GmbH hin. Darauf, ob eine Überprüfung durch den Privatkläger detailliert oder eher rudimentär ausfallen würde, hatten die Beschuldigten

keinen Einfluss. Daran ändert nichts, sollten die Beschuldigten allenfalls darauf spekulieren haben, dass der Privatkläger die Kommissionslast nicht weiter überprüfe bzw. sich nicht näher mit seiner realistischen Gewinnmöglichkeit befasse. Es ist der Vorinstanz beizupflichten, wenn sie die nicht weiter dargelegte These in der Anklageschrift, im Moment der Nachzahlungen durch den Privatkläger habe gestützt auf das Vertragsverhältnis zwischen ihm und den Beschuldigten bzw. D.\_\_\_\_\_ GmbH ein besonderes Vertrauensverhältnis bestanden (Urk. 2 S. 28 lit. m), als nicht nachvollziehbar bezeichnet. Der Privatkläger hoffte wohl, als er die Nachschüsse leistete, offene Positionen damit absichern und/oder die eingefahrenen Verluste wieder wettmachen zu können. In diesem Sinne vertraute er letztlich in gewisser Weise auch den Fähigkeiten der Beschuldigten. Damit wird aber kein besonderes Vertrauensverhältnis begründet, das den Privatkläger davon abhielte, die laufenden Kontoauszüge – mit Ausnahme eines blossen Blickes auf den jeweiligen Saldo – nicht weiter zu überprüfen. Zudem liesse sich die Auffassung vertreten, dass der in relativ kurzer Zeit wiederholt stark gefallene Kontostand und die darauf basierende Frage nach weiteren Geldüberweisungen Anlass zu Misstrauen hätte bieten können. Schliesslich handelte es sich bei der D.\_\_\_\_\_ GmbH resp. deren Vertretern, den Beschuldigten, im Moment der Nachzahlungen nach wie vor um dem Privatkläger nicht näher bekannte Anbieter einer Finanzdienstleistung, die Kunden telefonisch anwerben.

#### **E. 2.3.3.5**

Andere Gründe, die für Arglist sprechen könnten, sind nicht ersichtlich.

- 34 -

#### **E. 2.3.3.6**

Abschliessend ist festzuhalten, dass selbst bei zu bejahender Täuschung das Erfordernis der Arglist nicht erfüllt wäre.

#### **E. 2.4**

Fehlt es bereits am Tatbestandsmerkmal der Arglist, erübrigt sich die Prüfung der weiteren Betrugsvoraussetzungen im Sinne von Art. 146 StGB. Es liegt kein Betrug vor. 3.

Qualifizierte ungetreue Geschäftsbesorgung

#### **E. 3**

Gegen dieses Urteil meldete der Beschuldigte mit Schreiben vom 3. Oktober 2014 rechtzeitig Berufung an (Urk. 47). Seine Berufungserklärung vom 5. November 2014 ging ebenfalls fristgerecht beim Obergericht ein (Urk. 56). Die Staatsanwaltschaft erhob mit Eingabe vom 25. November 2014 fristgemäss Anschlussberufung (Urk. 60), und auch der Privatkläger 1 liess in der Frist Anschlussberufung erheben (Urk. 62). Beweisanträge wurden von keiner Partei gestellt (Prot. II S. 7).

#### **E. 3.1**

Wird eine beschuldigte Person freigesprochen, hat sie Anspruch auf Entschädigung ihrer Aufwendungen für die angemessene Ausübung ihrer Verfahrensrechte (lit. a), Entschädigung der wirtschaftlichen Einbussen (lit. b) sowie Genugtuung für besonders schwere Verletzungen ihrer persönlichen Verhältnisse (Art. 429 Abs. 1 lit. c StPO). Dieser Anspruch ist von Amtes wegen zu prüfen

- 55 - (Art. 429 Abs. 2 StPO). Der Beschuldigte liess hierzu lediglich beantragen, ihm sei eine angemessene Entschädigung zuzusprechen, und führte auch zur Begründung nichts Weiteres aus (Urk. 77 S. 1 und S. 5). Ferner wurden keine Belege eingereicht. Es erscheint daher als angemessen, dem Beschuldigten eine Umtriebsentschädigung von Fr. 500.– aus der Gerichtskasse zuzusprechen.

### **E. 3.1.1**

Nach dem sogenannten Treuebruchtatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung (Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 StGB) wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft, wer aufgrund des Gesetzes oder eines Rechtsgeschäfts damit betraut ist, 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. Handelt der Täter in der Absicht, sich oder einen andern unrechtmässig zu bereichern, kann auf Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu fünf Jahren erkannt werden (Art. 158 Ziff. 1 Abs. 3 StGB). Täter kann sein, wer in tatsächlicher oder formell selbstständiger und verantwortlicher Stellung im Interesse eines andern für einen nicht unerheblichen Vermögenskomplex zu sorgen hat. Nach herrschender Lehre und Praxis ist der Tatbestand des Treuebruchs namentlich auf selbstständige Geschäftsführer (sowie auf operationell leitende Organe) von juristischen Personen bzw. Kapitalgesellschaften anwendbar, unter Einschluss derjenigen, die unter Benutzung von Stroh Männern die tatsächliche Leitung innehaben oder die sich als Stroh Männer benutzen lassen (Urteile des Bundesgerichts 6B\_223/2010 vom 13. Januar 2011 E. 3.3.1 und 6B\_66/2008 vom 9. Mai 2008 E. 6.3.2 mit Hinweisen auf Lehre und Rechtsprechung).

- 35 -

### **E. 3.1.2**

Die Pflichtwahrnehmung bezüglich fremder Interessen muss den typischen und wesentlichen Inhalt des Rechtsverhältnisses bilden, und die verwalteten Vermögensinteressen müssen von einigem Gewicht sein. Der Inhalt der Treuepflicht des Geschäftsbesorgers ergibt sich aus dem jeweiligen Grundverhältnis und ist im Einzelfall näher zu konkretisieren. Massgebliche Basis sind insbesondere gesetzliche und vertragliche Bestimmungen, aber auch Statuten, Reglemente oder Beschlüsse der Generalversammlung, der Gesellschaftszweck oder branchenspezifische Usancen. Dabei geht es in erster Linie um Treuepflichten in Bezug auf das Vermögen als ganzes und nur sekundär um einzelne Handlungspflichten (Urteil des Bundesgerichts 6B\_223/2010 vom 13. Januar 2011 E. 3.3.2).

### **E. 3.1.3**

Ein Vermögensschaden ist unter anderem gegeben bei tatsächlicher Schädigung durch Verminderung der Aktiven oder Nichtvermehrung der Aktiven (BGE 129 IV 124 E. 3.1). Zwischen der Verletzung der Treuepflicht und dem Vermögensschaden muss ein Kausalzusammenhang bestehen. Tätigkeiten, die sich im Rahmen einer ordnungsgemässen Geschäftsführung bewegen, sind nicht tatbestandsmässig, auch wenn geschäftliche Dispositionen vielfach mit Verlustrisiken verbunden sind. Strafbar ist einzig das Eingehen von Risiken, die ein umsichtiger Geschäftsführer in derselben Situation nicht eingehen würde. In subjektiver Hinsicht genügt Eventualvorsatz. Dieser muss sich auf Tatmittel, Erfolg und Kausalzusammenhang richten. Als Qualifikationsgrund tritt in Art. 158 Ziff. 3 StGB das Handeln unter Bereicherungsabsicht hinzu (Urteile des Bundesgerichts

6B\_223/2010 vom 13. Januar 2011 E. 3.3.3 und 6B\_66/2008 vom 9. Mai 2008 E. 6.3.4 und 6.3.5 mit Hinweisen auf Literatur und Rechtsprechung).

### **E. 3.2**

Dem Privatkläger ist ausgangsgemäss weder für das Haupt- noch für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 433 Abs. 1 StPO e contrario). Es wird beschlossen:

#### **E. 3.2.1**

Der Anklage (Urk. 2 S. 34) und dem angefochtenen Urteil (Urk. 53 S. 19 f.; Art. 82 Abs. 4 StPO) folgend, verfügte der Beschuldigte über die von Art. 158 StGB geforderte selbständige Stellung als Geschäftsführer (vgl. auch BSK StGB II - Marcel Alexander Niggli, 3. Aufl., Basel 2013, Art. 158 N 13 ff. und vorne Ziffer II. 1.3).

- 36 -

#### **E. 3.2.2**

Aufgrund einer Vollmacht und eines mündlichen Vermögensverwaltungs- vertrages besass der Beschuldigte in seiner Eigenschaft als alleiniger Geschäftsführer der D.\_\_\_\_\_ GmbH mit Einzelunterschrift das Recht und die Möglichkeit, mit den vom Privatkläger auf das Konto bei der J.\_\_\_\_\_ Bank zu Gunsten von F.\_\_\_\_\_ einbezahlten Mitteln nach eigenem Ermessen, aber auf Rechnung und Risiko des Privatklägers mit Futures und Optionen zu handeln. Er verwaltete damit fremdes Vermögen in fremdem Interesse, wobei es angesichts der durch den Privatkläger insgesamt investierten Gelder von rund USD 230'000.– um Vermögensinteressen von einigem Gewicht ging (BSK StGB II - Niggli, a.a.O., Art. 158 N 15, 17, 19 f., 51). Der Privatkläger will dabei der D.\_\_\_\_\_ GmbH freie Hand gegeben haben, unter der Bedingung, dass sie die Gelder diversifiziert anlegt, ungleiche Kontrakte abschliesst und dass kein Klumpenrisiko eingegangen würde (Urk. 20-1.40001 S. 4; Urk. 20-1.40007 S. 4, 13 f. und 20; Urk. 20-1.40008 S. 4 f.; Prot. I S. 102 und 117). Die Beschuldigten sagten ebenfalls aus, freie Hand für den Handel gehabt zu haben, hoben aber stets hervor, der Privatkläger habe auf ihre Beratung hin einzelne Anlageentscheide getroffen oder das einzugehende Risiko definiert. Der Beschuldigte habe allerdings die Anzahl Trades bestimmt (Urk. 13-401.001 S. 17; Urk. 9-400.001 S. 8 f; Urk. 9-400.014 S. 5-8; Urk. 9-400.015 S. 17; Urk. 11- 400.018 S. 69; Prot. I S. 25-27, 34 f., 76 f. und 80). Im Zentrum stand der Handel mit dem vom Privatkläger zur Verfügung gestellten Vermögen. Die Vermögensverwaltung bzw. Pflicht zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen bildete mithin den typischen und wesentlichen Inhalt des Rechtsverhältnisses (BSK StGB II - Niggli, a.a.O., Art. 158 N 50). Da der Beschuldigte allein Rechtsgeschäfte abschloss (Kauf und Verkauf von Futures) und damit die Handelstätigkeit festlegte, verfügte er – im Rahmen genereller Weisungen des Privatklägers – über ein hohes Mass an Selbständigkeit. Die hohe Selbständigkeit zeigte sich vor allem darin, dass er innerhalb eines – auf seine Beratung bzw. jene seines Kundenbetreuers der D.\_\_\_\_\_ GmbH, hier des Mitbeschuldigten C.\_\_\_\_\_, hin (Prot. I S. 16 ff., 25) – vorgegebenen Produktes oder Risikos die Anzahl Trades bestimmte. Die Anzahl der Kontrakte wurde somit nicht durch den

- 37 - Kunden, hier den Privatkläger, definiert, sondern erfolgte einzig nach dem Gutdünken des Beschuldigten (Prot. I S. 27, 34 f.). Die generelle Weisung des Privatklägers, im Anlegen zu diversifizieren und kein Klumpenrisiko einzugehen, bzw. dessen vorgängig eingeholtes Einverständnis spricht nicht gegen die hohe Selbständigkeit des Beschuldigten.

Es kommt hinzu, dass der Privatkläger unbestrittenermassen über keine Erfahrung im Handel mit Futures verfügte und entsprechend davon auszugehen ist, dass er die den Kontrakten zugrundeliegenden Märkte nicht kannte. Der Beschuldigte konnte daher letztlich eine einzuschlagende Strategie oder einen konkreten Anlageentscheid massgeblich beeinflussen und entsprechend durchführen. Er hatte weitgehende Freiheit in der Organisation der eigenen Tätigkeit hinsichtlich des zur Verfügung stehenden Vermögens des Privatklägers (Donatsch/Flachsmann/Hug/Weder, Kommentar Schweizerisches Strafgesetzbuch, 19. Aufl., Zürich 2013, Art. 158 N 2).

### **E. 3.2.3**

Dem Beschuldigten kam somit Geschäftsführerstellung im Sinne von Art. 158 StGB zu, was auch die Verteidigung so sieht (Urk. 77 S. 4).

## **E. 3.3**

Treuepflicht und deren Verletzung

### **E. 3.3.1**

Anlagevorwurf Die Anklage wirft dem Beschuldigten im Zusammenhang mit dem Vorwurf der qualifizierten ungetreuen Geschäftsbesorgung folgende Tathandlungen vor (Urk. 2 S. 37 f.): Obwohl mehrfach die Möglichkeit zur Rückzahlung von Einlagen an den Privatkläger bestanden habe, sei dies in Missachtung der Vorgabe des Privatklägers nicht gemacht worden, sondern habe der Beschuldigte damit weiter gehandelt. Ferner wird dem Beschuldigten vorgeworfen, mit seiner Handelstätigkeit seine Treue- und Sorgfaltspflichten gegenüber dem Privatkläger verletzt zu haben, da er damit – wie unter Teil B Ziffer II aufgeführt – das Grundkapital des Kunden mit dem Abschöpfen der dadurch generierten Kommissionen aufgebraucht habe, welches Ergebnis zwingende Folge dieser Handelstätigkeit gewe-

- 38 - sen sei. Damit habe der Beschuldigte pflichtwidrig die eigenen Interessen vor diejenigen des Kunden gesetzt.

### **E. 3.3.2**

Position der Verteidigung Seitens der Verteidigung wird bestritten, dass beim getätigten Handel keine realistische Gewinnmöglichkeit bestanden habe. Unter Berufung auf das von ihr eingereichte Privatgutachten L.\_\_\_\_ (Urk. 35; Urk. 74) bringt sie vor, für den Einzelentscheid sei der Break Even – [Die Gewinnschwelle, auch Nutzenschwelle (engl. break-even point), in der Wirtschaftswissenschaft der Punkt, an dem Erlös und Kosten einer Produktion (eines Produktes) gleich hoch sind und somit weder Verlust noch Gewinn erwirtschaftet wird (<http://de.wikipedia.org/wiki/Gewinnschwelle>, 20.05.2015)] – des einzelnen Trades entscheidend und nicht die Rendite, die notwendig sei, um die aufgelaufenen Verluste und Kosten zu decken. In der relevanten Zeit hätte mit den auf dem K.\_\_\_\_ basierenden Futures grundsätzlich ein genügender Gewinn erzielt werden können (Urk. 42 S. 9; Urk. 77 S. 4). Ausserdem kritisiert die Verteidigung, dass die Anklägerin die durch den Handel entstandenen Gewinne nicht berücksichtige, insgesamt sei mehr Vermögen zum Handel zur Verfügung gestanden als das einbezahlte Kapital. Zudem wehrt sie sich gegen die rückwirkende Betrachtung (Urk. 42 S. 8 f. mit Ergänzung Ziff. 2, Prot. I S. 137). Schliesslich bringt die Verteidigung vor, dem Privatkläger sei die Höhe der Kommissionen bekannt gewesen (Urk. 42 S. 15).

### **E. 3.3.3**

Inhalt der Treuepflicht Wie die Vorinstanz zutreffend ausführte (Urk. 53 S. 21), ergibt sich der Inhalt der Treuepflicht im konkreten Einzelfall aus dem jeweiligen Grundverhältnis. Massgebend ist, ob die Pflicht, deren Verletzung geprüft wird, von ihrem Schutzzweck her als Ausfluss der Schutzgarantenstellung zugunsten des fremden Vermögens erachtet werden kann. Das ist vorliegend der Fall: Den Beschuldigten traf im Rahmen seiner Tätigkeit als Geschäftsführer auch eine Vermögensfürsorgepflicht. Er hatte der Sache nach die Stellung eines Schutzgaranten für die fremden Vermögensinteressen bzw. für das Vermögen des Privatklägers, d.h. er war verpflichtet, als Garant für den Bestand des fremden Vermögens Sorge zu tragen

- 39 - (Donatsch/Flachsmann/Hug/Weder, a.a.O., Art. 158 N 1; Stratenwerth/Wohlers, Schweizerisches Strafgesetzbuch Handkommentar, Bern 2007 Art. 158 N 3 mit Hinweisen; BSK StGB II - Niggli, a.a.O., Art. 158 N 12). Ist das Verhalten zivilrechtlich zulässig, so kann keine strafrechtliche Pflichtwidrigkeit vorliegen (Donatsch, Strafrecht III, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, S. 307 f.; Stratenwerth/Jenny/Bommer, Schweiz. Strafrecht BT I, 7. Aufl., Bern 2010, S. 470 f.). Umgekehrt ist zivilrechtlich nicht zulässiges Verhalten wohl als pflichtwidrig im Sinne von Art. 158 StGB zu qualifizieren (BSK StGB II - Niggli, a.a.O., Art. 158 N 120). Die mündliche Vereinbarung, dass die D.\_\_\_\_\_ GmbH bzw. der Beschuldigte mit dem vom Privatkläger zur Verfügung gestellten Geld mit Futures handle, stellt ein Auftragsverhältnis dar, in dessen Rahmen der Beschuldigte unter anderem verpflichtet war, das ihm übertragene Geschäft getreu und sorgfältig auszuführen (Art. 398 Abs. 2 OR). Der Beschuldigte als Beauftragter schuldete eine umfassende interessewahrende Tätigkeit, die sich nach dem Umfang des Auftrages richtete. Überdies hatte er alles zu unterlassen, was dem Auftraggeber Schaden zufügen könnte (BGE 115 II 62 E. 3.a). Ferner hatte er auch die Weisungen des Privatklägers zu beachten (Art. 397 OR).

### **E. 3.3.4**

Beurteilung durch das Gericht

#### **E. 3.3.4.1**

Anwendbarkeit des Treuebruchtatbestandes auf den Beschuldigten 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 unter anderem als Organ oder als deren Mitglied oder als Gesellschafter handelt. Wie aufgezeigt, war der Beschuldigte anerkanntermassen Gesellschafter und Geschäftsführer der D.\_\_\_\_\_ GmbH (Ziffer II. 1.3). Somit sind dem Beschuldigten die seinem Unternehmen obliegenden vertraglichen Pflichten zuzurechnen.

- 40 -

#### **E. 3.3.4.2**

Entwicklung der Anlagen des Privatklägers 3.3.4.2.1 Aus dem Bericht M.\_\_\_\_\_ (Urk. 18-900 004 S. 37) ist ersichtlich, dass ab 18. Oktober 2006 das Nettovermögen bis zum 23. Oktober 2006 stetig zunahm und am 23. Oktober 2006 USD 82'973.40 betrug. Damit war an diesem Tag das ganze vom Privatkläger bis zu diesem Zeitpunkt investierte Kapital (USD 50'000.- und USD 32'000.-) noch vorhanden und dies nota bene, obwohl auch bis zu diesem Tag etliche Kommissionen angefallen waren, welche vom Vermögen in Abzug gebracht worden waren. Dies zeigt, dass der Beschuldigte gut geschäftete, was dem Privatkläger aufgefallen sein muss. Auch am 25. Oktober 2006 waren nach dem Bericht

M.\_\_\_\_\_ – Kommissionen schon berücksichtigt, also abgezogen – noch USD 80'522.20 vorhanden und zwar bei bis zu diesem Zeitpunkt entstandenen und belasteten Kommissionen im Betrag von über USD 46'000.–. Bei diesem Stand der Dinge kann dem Beschuldigten nicht vorgeworfen werden, nicht im Interesse des Kunden gehandelt zu haben, zumal die D.\_\_\_\_\_ GmbH beauftragt war, das eingebrachte Kapital für den Handel mit Futures, hochrisikobehaftete Papiere, zu verwenden. Angesichts der Tatsache, dass der Privatkläger – wie er selber und sein Bankberater erklärten – bereit war, mit der ersten Zahlung von USD 50'000.– zu "gambeln" bzw. etwas zu riskieren, ist das von der D.\_\_\_\_\_ GmbH bis 25. Oktober 2006 erreichte Nettovermögen geradezu sensationell. Anzuführen ist, dass die Handelstätigkeit der D.\_\_\_\_\_ GmbH nicht beurteilt werden kann, weil die nötigen Informationen, insbesondere die im Verlaufe des jeweiligen Handelstages gemachte Entwicklung der gehandelten Papiere, nicht bekannt sind. Sind aber – wie aufgezeigt – die Resultate positiv, so kann dies im strafrechtlichen Verfahren nicht einfach ausgeblendet werden, weil das Resultat letztlich doch von Belang ist, zumal der Privatkläger dadurch keinen Schaden erlitt. Wenn man sich auf den Standpunkt stellen sollte, dass die tägliche Entwicklung doch von Belang sein sollte, um das Handeln der Beschuldigten zu beurteilen, so müsste der Untersuchungsbehörde vorgeworfen werden, dass sie dieser Frage nicht nachgegangen ist. Jedenfalls kann dieses Versäumnis nicht den Beschuldigten angelastet werden. Der Privatkläger reichte erst am 19. März 2008

- 41 - seine Strafanzeige ein (vgl. 0-0000 001). Sollte diese spät eingereichte Anzeige der Grund dafür sein, dass eine Abklärung der täglichen Kursbewegungen nicht mehr möglich war, so haben dies die Beschuldigten ebenso wenig zu verantworten. 3.3.4.2.2 Auch nach der zweiten Nachzahlung von USD 60'000.– am 27. Oktober 2006 (zwischen dem 25. und dem 26. Oktober 2006 war das Nettovermögen von USD 80'522.20 auf USD 15'160.60 geschmolzen) wurden wiederum Erfolge erzielt, am 3. November 2006 betrug das Nettovermögen gar USD 99'844.–, was einem Zuwachs von über USD 16'000.– entspricht (Urk. 18-900 004 S. 37). An jenem 3. November 2006 waren also die zwei Nachzahlungen komplett gedeckt (USD 60'000.– und USD 32'000.–) und zwar trotz der abgezogenen hohen Kommissionen. 3.3.4.2.3 Wenn die Anklageschrift unter dem Titel "Treuepflicht (Inhalt)" (Urk. 2 S. 36 f.) aufführt, die Beschuldigten hätten eine Handelsstrategie zu wählen gehabt, die nicht die in dem Kommissionssystem liegenden Möglichkeiten so ausreizt, dass für den Kunden keine realen Gewinnchancen mehr bestehen, so steht aufgrund der in der Anfangsphase erzielten Resultate fest, dass durchaus reale Gewinnchancen bestanden. Wenn weiter unter demselben Titel in der Anklageschrift behauptet wird, die Beschuldigten hätten gewusst, dass bei der betriebenen Vermögensverwaltung ihre Leistungen in einem offenbaren Missverhältnis zum Kommissionsertrag und mithin der Leistung des Privatklägers standen, so ist auch dies nicht zutreffend: Wie aufgezeigt waren trotz der verrechneten Kommissionen durchaus Gewinne (und zwar erhebliche) zu erzielen. Dass der Privatkläger das Kommissionsrisiko nicht erkannte (vgl. Urk. 2 S. 37 Ziff. 92) ist ebenfalls nicht zutreffend. Wie schon im Rahmen der Erwägungen zum Betrug und auch nachfolgend gezeigt wird, war er anhand der ihm täglich zugestellten Abrechnungen (ab 18. Oktober 2006) durchaus in der Lage, das Kommissionsrisiko zu erkennen, und er tat dies auch.

- 42 -

### **E. 3.3.4.3**

Aussagen des Privatklägers Bereits anlässlich der polizeilichen Einvernahme vom 13. Januar 2009 (Urk. 20- 1.40001) erläuterte der Privatkläger, der ab 18. Oktober 2006 die F.\_\_\_\_\_ - Abrechnungen täglich erhielt, die Saldi vor dem zweiten Nachschuss überprüft und dabei festgestellt zu haben, dass der Saldo ziemlich konstant war. Dazu bemerkte er wörtlich: "Ich hoffte dann, es würde nur gut laufen und die D.\_\_\_\_\_ hat es im Griff" (a.a.O. S. 9 f.). Weiter erklärte er, er habe sich die F.\_\_\_\_\_ -Auszüge nicht erklären lassen. Als er vor dem zweiten Nachschuss die Auszüge angeschaut habe, habe es für ihn gestimmt (a.a.O. S. 10). Davon, dass er zu jenem Zeitpunkt die Rückzahlung des Kapitals oder aber zumindest des ersten Nachschusses verlangte, sprach er nicht, obwohl er täglich feststellen konnte, dass das Geld (vgl. Urk. 18-900 004 S. 37) vorhanden war. Aber eben, wie er selber sagte, hoffte er, dass es gut laufen würde, bzw. es stimmte für ihn, was zumindest einer konkludenten Genehmigung der Handelsaktivität der Beschuldigten gleichkommt (deshalb auch unzutreffend, wenn die Anklage davon ausgeht, der Privatkläger habe der Kommissionslast nie zugestimmt, vgl. Urk. 2 S. 38). Bei dieser Ausgangslage ist auch seine Darstellung – sollte sie überhaupt erfolgt sein –, er habe bei der Entrichtung der Nachschüsse deren sofortige Rückzahlung verlangt, nicht mehr von Relevanz. Gleich verhält es sich mit der in der Anklageschrift aufgeführten Anweisung (Urk. 2 S. 35), mit seiner Einlage von USD 50'000.– kein Klumpenrisiko einzugehen und die Einlage diversifiziert anzulegen, weil – wie oben darstellt – die Geschäfte in der Anfangsphase des Handels gut gingen und bis 23. Oktober 2006 die Anfangszahlung und der erste Nachschuss vollkommen bzw. bis 25. Oktober 2006 beinahe gedeckt waren. Ein fehlbares Verhalten der Beschuldigten kann somit im Ergebnis bis zu diesem Zeitpunkt nicht erkannt werden. Jedenfalls kann den Beschuldigten nicht vorgeworfen werden, weisungswidrig keine Rückzahlung getätigt zu haben, bzw. weisungswidrig die Nachzahlungen nicht vorgenommen zu haben. Auch nach dem zweiten Nachschuss wähnte sich der Privatkläger aufgrund der Saldoentwicklung bis zum 3. November 2006 offensichtlich auf einer Erfolgswelle, die er nicht unterbrechen wollte. Auch damals verlangte er keine Rückzahlung,

- 43 - zumindest behauptet er nicht, eine solche nach Einsicht in die F.\_\_\_\_\_ - Abrechnungen verlangt zu haben. Durch sein Schweigen in Kenntnis des Handels und der damit erzielten Resultate genehmigte er konkludent das Tun der Beschuldigten. Der Privatkläger schritt sodann weder am 6. November 2006 (Saldo von USD 99'844.00 auf USD 34'298.92 geschmolzen), noch am 7. November 2006 (Saldo auf USD 41'635.72 gestiegen) ein, obwohl er täglich die Abrechnungen erhielt und damit im Bilde war. Dabei zeigt die Abrechnung der F.\_\_\_\_\_ deutlich auf, dass die am 6. November 2006 erzielten Verluste hauptsächlich auf den Wert der gehandelten Futures und nicht auf die Kommissionen (294 Kontrakte) anfallen (vgl. Urk. 14-1 50065). Die Abrechnung vom 7. November 2006 weist zudem aus, dass trotz des Handels mit 260 Kontrakten und unter Berücksichtigung der dadurch angefallenen und in Abzug gebrachten Kommissionen von USD 15'340.– der Saldo des Nettovermögens um über USD 7'000.– zunahm (von USD 34'298.92 auf USD 41'635.72). Dasselbe (Verlust resultiert nicht vorwiegend aus belasteten Kommissionen, sondern aus Wertverlust der gehandelten Futures) geht aus der Abrechnung der F.\_\_\_\_\_ vom 8. November 2006 (Urk. 14-1 50061) hervor (189 Kontrakte = USD 11'151.– Kommissionen; Reduktion des Saldos des Nettovermögens von USD 41'635.72 auf USD 5'991.74). Der Privatkläger leistete danach noch eine Nachzahlung (am 21. November 2006). Dies zeigt, dass er nach wie vor die zuvor erzielten Verluste mit zusätzlichem Kapital und Handel wettmachen wollte und nicht aus dem Handel – dies trotz der

gemachten Erfahrungen – aussteigen wollte. Es wäre ihm jederzeit frei gestanden, keine Nachschüsse zu tätigen und so seine bereits entstandenen Ver- luste hinzunehmen. Der Privatkläger war – wie bereits beim Betrug ausgeführt (Ziff. II. 2.2.5.1) – sehr wohl in der Lage, die F.\_\_\_\_\_-Auszüge zu verstehen, hätte ihn dies nur interes- siert. Er erklärte in seiner polizeilichen Befragung ausdrücklich, nur den Saldo an- geschaut zu haben, die andere Zahlen hätten ihn nicht interessiert (a.a.O. S. 11). An dieser Stelle ist nochmals daran zu erinnern, dass es sich beim Privatkläger um einen Bauingenieur HTL handelt, der bei der G.\_\_\_\_\_, Strassen- und Tiefbau,

- 44 - als Geschäftsführer der Filiale ... amtete (vgl. a.a.O. S. 1). Das wussten auch die Beschuldigten, die ihn immer an seinem Arbeitsplatz kontaktiert hatten (vgl. a.a.O. S. 3). Weiter ist zu berücksichtigen, dass der Privatkläger schon bei seiner Haus- bank mit Lombardkrediten spekulierte und er gemäss seinem Bankberater H.\_\_\_\_ seinen bereits bestehenden Lombardkredit für seine Investition bei der D.\_\_\_\_ GmbH erhöhte, damit er weiterhin seine Wertpapiere behalten konnte (vgl. Urk. 17-0504 001 S. 3). Er war also mitnichten ein gewöhnlicher Anleger.

#### **E. 3.3.4.4**

Auch die E-Mail vom 23. November 2006 zeigt deutlich, dass der Privat- kläger nach wie vor Handel treiben wollte (Urk. 4-0300 005/45), obwohl er bis zum 20. November 2006 bereits praktisch USD 142'000.- (USD 50'000.- + USD 32'000.- + USD 60'000.-) verloren hatte und am 21. November 2006 USD 87'520.-, den dritten Nachschuss, geleistet hatte. Wie kommt ein Bauinge- nieur dazu, nochmals USD 87'520.- nachzuschüssen und dazu noch zwei Tage später zu schreiben, nur noch wenige „gute“ Kontrakte zu handeln? Weshalb stieg er nicht spätestens vor dieser letzten Zahlung aus? H.\_\_\_\_ führte aus, der Pri- vatkläger habe ihm erklärt, den dritten Nachschuss leisten zu wollen, weil er sonst sämtliches Geld verlieren würde, das er bereits überwiesen hatte (vgl. Urk. 17- 0504 001 S. 3). Dies tat der Privatkläger, obwohl sein Portfolio bei der I.\_\_\_\_ deswegen liquidiert werden musste. Auch dies deutet darauf hin, dass er bar je- der Vernunft im Geschäft bleiben wollte.

#### **E. 3.3.4.5**

Zu den Handnotizen, dem Memo und den entsprechenden Aussagen des Privatklägers ist zu bemerken, dass das Handmemo äusserst rudimentär ist. Geradezu peinlich ist der erste Eintrag "B.\_\_\_\_ versteht nichts" (Urk. 39 Innen- seite Kartondeckel), berücksichtigt man, dass der Privatkläger dennoch ins Ge- schäft einstieg und initial immerhin USD 50'000.- überwies, selbst wenn er mit diesem Geld zu "gamblen" bereit war. Die Aussagen des Privatklägers bei der Staatsanwaltschaft, die aus unerklärlichen Gründen erst am 13. März bzw. am 17. Oktober 2013 (vgl. Urk. 20-1 40007 und Urk. 20-1 40008), mithin 5 Jahre bzw. 5 ½ Jahre nach der Erstattung der Strafanzeige (19. März 2008, Urk. 0-0000 0001) erfolgten, welche Zeitverzögerung die Beschuldigten nicht zu verantworten haben,

- 45 - zeigen sein Bemühen auf, sich als unerfahrenen und ahnungslosen Anleger zu verkaufen. Immerhin räumte er ein, über die Höhe der Rendite sei nie gesprochen worden (Urk. 20-1 40007 S. 13), womit ausgeschlossen ist, dass die Beschuldig- ten ihm diesbezüglich falsche Hoffnungen oder gar Zusicherungen machten. Wei- ter erklärte er, eine Anlagestrategie sei nicht festgelegt worden (a.a.O. S. 13). Auch diesbezüglich waren die Beschuldigten also frei. Weiter fügte der Privatklä- ger hinzu: "Hinsichtlich der Risikobereitschaft, also in dem Sinne vielleicht, dass ich sagte kein Klumpenrisiko und

viele Kontrakte, eine möglichst grosse Diversifikation. Nochmals; von Futures war damals noch keine Rede" (a.a.O. S. 13 und später S. 20). Dazu ist zu bemerken, dass – wie bereits zum Betrug ausgeführt wurde – die von ihm unterzeichneten Vertragsunterlagen den Titel Futures und Options trugen und er zusätzlich eine überdeutliche Risikooffenlegung (Totalverlust, vgl. Erwägungen zum Betrug) unterzeichnete. Seine Aussagen erscheinen unter diesem Blickwinkel als ergebnisorientiert und nicht sonderlich glaubhaft. Auch zur Vergütung erklärte er, diese nicht zu kennen (vgl. a.a.O. S. 14), er wisse nicht, warum dies nicht vereinbart worden sei (a.a.O. S. 14); weiter erklärte er, er habe gemeint zu wissen, was sie abzweigen würden (a.a.O. S. 14). Vor der Polizei hatte er noch zum Besten gegeben, er habe gemeint, die Kommissionen beim Handel mit Futurekontrakten betrügen 15 % vom Gewinn (Urk. 20-1 40001 S. 8 f.). Es steht fest, dass der Privatkläger – selbst wenn ihm die Kommissionen nicht bekannt gegeben worden sein sollen, was die Beschuldigten bestreiten – die Kommissionshöhe aufgrund der täglich erhaltenen F.\_\_\_\_-Abrechnungen kannte und kennen musste und – wie oben geschildert – diese auch durch sein Still-schweigen genehmigte. Wenn der Privatkläger weiter ausführte, der Nachschuss hätte ihm so schnell wie möglich wieder zurückbezahlt werden sollen (a.a.O. S. 24), dies habe er dem Mitbeschuldigten C.\_\_\_\_ gesagt, und weiter noch behauptet, er habe diverse Male beim Mitbeschuldigten C.\_\_\_\_ nachgefragt, wann der Geldbetrag endlich zurückkommen würde (a.a.O. S. 24 f.), so ist dies vollkommen unglaubhaft. Denn der Privatkläger – wie oben dargetan – fand die nach der Nachschusszahlung erhaltenen Abrechnungen in Ordnung und er hegte die Hoffnung, alles würde gut gehen bzw. er war der Auffassung, dass dies stimme,

- 46 - also genehmigte er das Handeln der D.\_\_\_\_ GmbH und verlangte das Geld nicht, obwohl dieses auf dem Konto war. Äusserst interessant sind ferner seine Aussagen zur Frage, ob er der D.\_\_\_\_ GmbH mit der dritten Einzahlung Anlagevorgaben machte (vgl. a.a.O. S. 27): "Ich konnte noch akzeptieren, dass es, von der Wahrscheinlichkeit her, das zweite Mal passiert war. Aber das Geld soll ganz klar für Deckungskäufe gebraucht werden und mir möglichst sofort zurückbezahlt werden." Mit anderen Worten akzeptierte der Privatkläger das, was mit den zwei vorhergehenden Zahlungen bzw. Kapital passiert war, was wiederum als Genehmigung zugunsten der Beschuldigten aus-zulegen ist. Weiter äusserte er sich zur Frage, weshalb er sich zu einer vierten Einzahlung entschlossen habe, "weil es die einzige Chance war, das Geld zu sichern" (a.a.O. S. 29). Also zahlte er wiederum mit dem Ziel, durch den erneuten Handel Gewinn für den Ausgleich der bereits erlittenen Verluste zu erzielen. Das ist "gambeln". Er hätte ja auch die Möglichkeit gehabt auszusteigen und den Verlust zu realisieren, zumal er bekanntlich bereit war, USD 50'000.– zu riskieren. Weiter bestätigte er ausdrücklich und unter Vorhalt seiner E-Mail vom 23. November 2006 (Urk. 4-0300 005/44), er habe keine Anlagevorgaben gemacht (vgl. a.a.O. S. 30). Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Aussagen des Privatklägers, einem börsenerfahrenen und mit Zahlen vertrauten Bauingenieur, nicht als glaubhaft bezeichnet werden können. Sie sind jedenfalls nicht glaubhafter als jene der Beschuldigten. Die vom Privatkläger zu Protokoll gegebenen Aussagen und sein Handeln können nicht in Einklang gebracht werden. Anstatt den von ihm – durch-aus eingeplanten – Verlust von USD 50'000.– zu realisieren, liquidierte er weitere Vermögenswerte und investierte weiteres Geld bei der D.\_\_\_\_ GmbH.

#### **E. 3.3.4.6**

Aussagen H.\_\_\_\_s An dieser Einschätzung ändern auch die Aussagen des Zeugen H.\_\_\_\_ nichts. Vorauszuschicken ist zunächst, dass dieser mit dem Privatkläger bekannt (ein "Kollege"; Urk. 17-504 001 S. 1) und als dessen langjähriger Anlageberater tätig war. Auch H.\_\_\_\_ bestätigte, dass der Privatkläger USD 50'000.– investieren

- 47 - wollte, um etwas zu "gamblen". Der Privatkläger habe "es riskieren wollen" und gemeint, er könne sich leisten, USD 50'000.– zu verlieren (Urk. 17-504 001 S. 2). Wenn H.\_\_\_\_ im Folgenden ausführt, aus seiner Sicht habe der Privatkläger die getätigten Geschäfte nicht verstanden gehabt, auch habe er bemerkt, dass der Privatkläger von der ganzen Konsequenz dieser Anlagemittel, d.h. was sich da- hinter verberge, keine Ahnung gehabt (Urk. 17-504.001 S. 4; Urk. 17-504.005 S. 6-8, 14) und ebenso wenig die Tagesauszüge der F.\_\_\_\_ verstanden habe, so zum Beispiel, was sich hinter der Abkürzung ... verberge (Urk. 17-504.001 S. 6; Urk. 17-504.005 S. 19), dann ist auf das bereits Erwogene zu verweisen: Wenn der Privatkläger die Auszüge hätte verstehen wollen, wäre er dazu – ange- sichts seiner Ausbildung, seiner beruflichen Tätigkeit und seiner Börsenerfahrung – zweifelsohne in der Lage gewesen. Ferner war der Privatkläger anlässlich sei- ner polizeilichen Einvernahme imstande, relativ präzise zu erklären, was ein Fu- ture ist (Urk. 20-1 40001 S. 2 f.). Schliesslich umschrieb der Zeuge H.\_\_\_\_ den bisherigen (vor der Investition bei der D.\_\_\_\_ GmbH) Börsenhandel des Privat- klägers H.\_\_\_\_ als "leicht spekulativ" (Urk. 17-504 005 S. 14), was sich nahtlos in das vom Privatkläger gewonnene Bild als Anleger einfügt.

#### **E. 3.3.4.7**

Bericht von M.\_\_\_\_ (Urk. 18-0900 004) Vorerst steht fest, dass der Bericht des Wirtschaftsprüfers M.\_\_\_\_ keine Aus- kunft über das Investitionsverhalten gibt (ausdrücklich im Bericht S. 35 unten fest- gehalten). Das heisst, dem Bericht sind keine Aussagen über das Investitionsver- halten des Beschuldigten zu entnehmen. Die Anklage führt unter dem Titel "Anweisungen" das Klumpenrisiko auf (Ziff. 85 Anklage), ohne jedoch bei den Tathandlungen zu behaupten, ein solches sei durch den Beschuldigten eingegangen worden. Ob ein Klumpenrisiko eingegan- gen wurde, ist daher auch nicht Gegenstand des Anklagevorwurfes und kann den Beschuldigten nicht zu Last gelegt werden. Es trifft zwar zu, dass der Bericht in seiner Gesamtbetrachtung zum Schluss kommt, 89,4 % aller gekauften Futures hätten die IMM ..."-Futures betroffen. Er präziserte aber gleichzeitig, dass der grösste Verlust aus dem Handel mit IMM ...-Futures entstanden sei (Bericht S. 35). Damit lässt sich – zumal dies nicht abgeklärt wurde – nicht sagen, die Investi-

- 48 - tionsstrategie sei verfehlt gewesen, dies schon gar nicht, nachdem gemäss Vertrag mit Futures zu handeln war. Dies bedeutet, dass die getätigten Handelsgeschäfte bzw. die verfolgte Strategie nicht in Zweifel gezogen werden können. Weiter sind die Bemerkungen zum Handel von IMM ... im Bericht S. 16 bemerkenswert: Immerhin konzidiert er der D.\_\_\_\_ GmbH, dass mit einem günstigeren Future (wohl Marktpreis bzw. Kurs gemeint) mehr Kommissionen (wegen der Stückzahl) bei gleichbleibendem Handelsvolumen hätten in Rechnung gestellt und damit mehr Einkommen hätte erzielt werden können. Diese letzte Schlussfolgerung lässt den Schluss zu, dass die Käufe getätigt wurden, um für den Kunden Geld zu verdienen und nicht nur in der Absicht – wie die Anklage den Beschuldigten unterstellt – Kommissionen zu generieren. Insofern die Anklage dem Beschuldigten also sog. "Churning" (Spesenreiterei) vorwirft, ist zu erwäh- nen, dass die Anzahl der gehandelten Kontrakte nicht immer hoch war (vgl. Ab- rechnungen F.\_\_\_\_) und selbst

dann (z.B. 3. November 2006) nicht immer zu Verlust führte. Weiter fällt zwar auf, dass vor allem an Verlusttagen eine hohe Anzahl Kontrakte gehandelt wurden, wobei diesbezüglich aber nicht rekonstruierbar ist, ob dies mit der (unerwarteten) Marktentwicklung der Futures zusammenhing. Es kann in einer Gesamtbetrachtung festgestellt werden, dass die Intensität des Handels sowohl in Verlust- als auch in Gewinnzonen gleich war und kein Unterschied betreffend Anzahl gehandelter Kontrakte bemerkt werden kann. Es liegt somit kein "Churning" vor. Äusserst interessant und entscheidend ist weiter, dass der Bericht den Beschuldigten die Absicht zugesteht, mit dem Handel danach getrachtet zu haben, möglichst gute Ergebnisse zu erzielen (Bericht S. 36), was aufgrund der Akten nicht entkräftet werden kann. Nicht nachvollziehbar ist indes die vorgenommene Gesamtbetrachtung: Wie oben gezeigt, war die Handelstätigkeit der D.\_\_\_\_\_ GmbH zu verschiedenen Zeitpunkten (zum Teil erhebliche) Gewinne ab und dies gar unter Berücksichtigung erheblicher Kommissionen (vgl. oben). Es wurde auch aufgezeigt, dass der Privatkläger zu verschiedenen Zeitpunkten sogar mit Gewinn aus dem Handel hätte aussteigen können. Damit ist aber erstellt, dass für den Privatkläger die

- 49 - realistische Chance bestand, an einem positiven Handelsergebnis zu partizipieren (anders S. 35). Die Renditeberechnung von M.\_\_\_\_\_ ist unter diesem Blickwinkel nicht nachvollziehbar. Es mag zutreffend sein, dass die Transaktionskosten für die gesamte Periode sehr hoch waren (Bericht S. 35). Angesichts des von H.\_\_\_\_\_ eingereichten Dokuments betreffend Preise für den Effektenhandel der I.\_\_\_\_\_ (gültig ab 1. April 2008; Urk. 17-504 003-4) kann man sich indes mit Fug die Frage stellen, ob die Kosten bei einer Schweizer Bank oder bei einem anderen Broker tiefer gewesen wären. Zur Branchenüblichkeit der Kommissionen äussert sich der Bericht nämlich nicht. Als Binsenwahrheit erscheint die Bemerkung, die Analyse habe ergeben, dass die D.\_\_\_\_\_ GmbH aufgrund der Anzahl der gehandelten Futures den eigenen Ertrag beeinflussen konnte (Bericht S. 35). Gilt das nicht für jeden Handel und für jeden Händler? Gleiches gilt mit Bezug auf die Behauptung, die Bevorzugung von Overnight-Transaktionen habe den Ertrag der D.\_\_\_\_\_ GmbH zusätzlich positiv beeinflusst. Selbstverständlich wirkten sich Overnight-Transaktionen, die höhere Kommissionen verursachten, stärker aus. Von einer Bevorzugung kann jedenfalls nicht die Rede sein. Erstens ist nicht mehr nachvollziehbar, ob die Overnight-Transaktionen durch das nicht abgeklärte Investitionsverhalten opportun gewesen waren. Und zweitens fanden verschiedene Overnight-Transaktionen im Oktober (bis 17. Oktober 2006) noch vor der zweiten Nachzahlung statt (Bericht S. 20 f.) und auch danach wies das Nettovermögen (also nach Abzug sämtlicher Kommissionen plus Spesen) immer noch einen Gewinn aus. Inwiefern das Kundenvermögen gleichwohl mit der Zeit durch die Transaktionskosten vollständig aufgezehrt worden wäre, selbst wenn die D.\_\_\_\_\_ GmbH dauernd hervorragende Handelserfolge erzielt hätte (Bericht S. 36) erschliesst sich nicht. Wenn M.\_\_\_\_\_ schreibt, "hätte die D.\_\_\_\_\_ mit derselben Umsatzstrategie ein besseres Handelsergebnis erzielt, hätte die D.\_\_\_\_\_ noch mehr Kommissionen erwirtschaften können und den Handel länger aufrecht halten können" (Bericht S. 36), so blendet dies aus, dass der Kunde jeweils jederzeit hätte aussteigen können. Wenn im Bericht festgehalten wird, die Beschuldigten

- 50 - hätten deshalb durchaus die Absicht gehabt, mit dem Handel möglichst gute Ergebnisse zu erzielen (Bericht S. 36, schon oben erwähnt), so bestätigt er, dass die verfolgte Strategie mitunter die war, auch für den Kunden Geld zu verdienen. Gesamthaft gesehen, bestätigt der Bericht M.\_\_\_\_\_s letztlich die redliche Absicht der Beschuldigten,

mit dem Handeln auch für den Kunden Gewinne erzielt gewollt zu haben.

#### **E. 3.3.4.8**

Privatgutachten von L. \_\_\_\_\_ (Urk. 74) Es trifft zu, dass das Gutachten L. \_\_\_\_\_ – wie übrigens der Bericht M. \_\_\_\_\_ – kein Gutachten, sondern lediglich eine Parteibehauptung ist. Gewisse Erkenntnis- se sind aber dennoch relevant. Aufgrund der Akten können nämlich gewisse im Bericht L. \_\_\_\_\_ aufgestellte Thesen nicht entkräftet werden, andere werden so- gar durch die Akten gestützt. Der Bericht bestätigt zum einen, dass Transaktionskosten von USD 59.– "round- turn" sich im Rahmen des Branchenüblichen befinden (Bericht S. 6; was im Übrigen mit dem vom Zeugen H. \_\_\_\_\_ eingereichten Dokument betreffend Preise für den Effektenhandel der I. \_\_\_\_\_ [Urk. 17-504 003-4] korrespondiert). Ferner hält der Bericht L. \_\_\_\_\_ fest, dass, solange der Vermögensanteil spekulativ be- handelt werden solle, für den Einzelentscheid der Break even des einzelnen Tra- des entscheidend sei, nicht die Rendite, die notwendig sei, um die aufgelaufenen Verluste und Kosten zu decken (Bericht S. 6 f.). Dies trifft – entgegen der Auffas- sung von M. \_\_\_\_\_ – zu. Denn es leuchtet ohne weiteres ein, dass bei einem an- deren Handelsverlauf die Renditeentwicklung anders gelaufen wäre, wie dies L. \_\_\_\_\_ sagt. Der Bericht würdigt sodann die getätigten Handelsgeschäfte im K. \_\_\_\_\_ Termin und legt nachvollziehbar Gründe für die Investitionsstrategie dar (Bericht S. 9 ff.). Es wird aufgezeigt, dass der K. \_\_\_\_\_ Index im Juli 2006 eine Korrekturphase hat- te, welche beendet schien und einen erneuten Kursanstieg indiziert habe. Er kon- kretisiert, dass in der relevanten Zeit mit Trades K. \_\_\_\_\_ grundsätzlich ein genü- gender Nettogewinn im Daytrading hätte erzielt werden können. Dies sowohl mit

- 51 - einer geringen, als auch einer grossen Anzahl gehandelter Kontrakte pro Tag. Weiter führt er aus, dass aufgrund der zur Verfügung stehenden Informationen unmöglich ein Rückschluss auf die Qualität des Tradings durch die D. \_\_\_\_\_ GmbH zu ziehen ist. Dieser Problematik wurde im vorliegenden Verfahren nicht nachgegangen und kann daher zugunsten der Beschuldigten nicht einfach abge- tan werden. Der Bericht L. \_\_\_\_\_ bestätigt auch, dass es sich bei den vom Privatkläger getätig- ten Trades um hochspekulative Geschäfte mit entsprechendem Kapitaleinsatz handelte (Bericht S. 12). Konsequenterweise sei es aufgrund der Anzahl der ge- handelten Kontrakte zu einer entsprechenden Gebührenbelastung gekommen, wobei die Art und Höhe der Gebühren offen gelegt und in den Kontoauszügen ausgewiesen worden sei. Richtig ist zudem seine Schlussfolgerung, der Spekulant und Vollkaufmann B. \_\_\_\_\_ habe bewusst und in Kenntnis der Risiken Termingeschäfte über die D. \_\_\_\_\_ GmbH durchgeführt. Weiter ist dem Bericht beizupflichten, dass der Pri- vatkläger im Falle seines Nichteinverständnisses mit den schon erfolgten Verlus- ten sicherlich keine weiteren Einzahlungen auf die Konten von F. \_\_\_\_\_ getätigt hätte (Bericht S. 12). Ein Nichtwissen des finanziellen Zustandes der Anlagen kann spätestens ab Zustellung der täglichen Auszüge per email ausgeschlossen werden (Bericht S. 12 f.).

#### **E. 3.3.4.9**

Fazit Die D. \_\_\_\_\_ GmbH bzw. der Beschuldigte war auftragsrechtlich zwar verpflichtet, das vom Privatkläger eingebrachte Kapital für den Handel mit Futures zu verwen- den. Dabei waren die Anweisungen des Privatklägers zu befolgen (Art. 397 Abs. 1 OR) und der Beschuldigte war als Beauftragter nach Art. 398 Abs. 2 OR zur ge- treuen und sorgfältigen Ausführung des ihm übertragenen Geschäfts verpflichtet. Mit dieser Vorschrift wird

bezweckt, dass die von den Anlegern zur Verfügung gestellten Gelder geschützt sind und nicht für andere Anlagen oder sonstige Ausgaben verwendet werden.

- 52 - Vorliegend lag das Interesse der D.\_\_\_\_\_ GmbH am häufigen Handel nicht nur darin, dass sie für jeden Kauf/Verkauf Kommissionen in Rechnung stellen konnte, was übrigens durchaus der Usanz im Börsengeschäft entspricht, sondern auch – was M.\_\_\_\_\_ bestätigt – im Bestreben, ein gutes Resultat für den Privatkläger und Kunden zu erzielen. Es ist allgemein bekannt, dass jeder Handel auf diesem Gebiet mit Kommissionen belastet wird. Umso mehr musste dies dem im Börsenhandel nicht unerfahrenen Privatkläger klar sein. Seine Beteuerungen, er sei davon ausgegangen, es würden lediglich bei Erzielung eines Gewinns Kommissionen in Rechnung gestellt, ist vor dem Hintergrund seiner früheren Effektengeschäfte nicht nur unglaublich, sondern schlichtweg abwegig. Der Privatkläger erhielt zudem ab 18. Oktober 2006 unbestrittenermassen sämtliche Abrechnungen der F.\_\_\_\_\_. Für die Bemühungen der D.\_\_\_\_\_ GmbH wurde ihm nichts in Rechnung gestellt, was er auch nicht geltend macht. Damit musste für ihn auch klar sein, dass die in den Abrechnungen aufgeführten Kommissionen sämtliche Bemühungen, sowohl jene der F.\_\_\_\_\_ als auch jene der D.\_\_\_\_\_ GmbH beinhalteten. Weiter tätigte er in Kenntnis der F.\_\_\_\_\_ -Auszüge – und damit der Handelstätigkeit der D.\_\_\_\_\_ GmbH – diverse Nachzahlungen, beobachtete die Kontoentwicklung und letztlich genehmigte er dieses Tun. Rückzahlungen verlangte er trotz positiver Saldomeldungen nicht, sondern er liess bewusst weiter handeln. Selbst zum Teil zahlreiche Kontrakte führten zu Gewinnen. Die eingefahrenen Verluste ergaben sich nicht nur aus den Kommissionen, sondern auch vom sinkenden Kurs der gehandelten Kontrakte. Damit können auch die Häufigkeit der Bewegungen nicht als Churning qualifiziert werden. Es sind somit keine strafrechtlich relevanten Pflichtverletzung des Beschuldigten auszumachen. Dies hat zum Freispruch vom (Eventual-)Vorwurf der qualifizierten ungetreuen Geschäftsbesorgung zu führen. III. Zivilforderungen 1. Die Vorinstanz verpflichtete den Beschuldigten unter solidarischer Haftung mit dem Mitbeschuldigten C.\_\_\_\_\_, dem Privatkläger Fr. 6'000.– Schadenersatz für vorprozessuale Anwaltskosten zu bezahlen. Im Mehrbetrag wies sie die

- 53 - Schadenersatzbegehren (Ziffern 3 und 4) ab bzw. verwies sie auf den Zivilweg (Ziffern 1 und 2). Im Verhältnis zum Mitbeschuldigten C.\_\_\_\_\_ entschied sie, dass der Beschuldigte zwei Drittel des zugesprochenen Schadenersatzes übernehmen müsse (Urk. 53 S. 57 f.). 2. Im Berufungsverfahren verlangt der Privatkläger mit seinem Hauptantrag, der Beschuldigte und der Mitbeschuldigte C.\_\_\_\_\_ seien zu verpflichten, ihm Fr. 289'619.– (eventualiter USD 229'110.48) zu bezahlen, eventualiter Fr. 177'077.84 (eventualiter USD 136'600.–) und subeventualiter Fr. 183'820.54 (eventualiter USD 146'751.19), jeweils zuzüglich Zins zu 5 % seit 20. Dezember 2006 (Urk. 80 S. 1 f.). Der Beschuldigte lässt beantragen, er sei nicht zur Leistung von Schadenersatz zu verpflichten (Urk. 77 S. 1). 3. Da der Beschuldigte – wie soeben dargelegt – vollumfänglich freizusprechen ist und sich der Sachverhalt nicht als spruchreif erweist, ist die Zivilklage des Privatklägers in Anwendung von Art. 126 Abs. 2 lit. d StPO auf den Zivilweg zu verweisen. IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Untersuchungs- und Hauptverfahren Die Vorinstanz auferlegte dem Beschuldigten gestützt auf Art. 426 Abs. 1 und 2 StPO die gesamten Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens (mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung; Urk. 53 S. 52 f.). Zufolge des heutigen vollumfänglichen Freispruches sind die Kosten der Untersuchung und des erstinstanzlichen Verfahrens, inklusive der Kosten der amtlichen Verteidigung, auf die Gerichtskasse zu nehmen. 2.

## Berufungsverfahren

### **E. 4**

Der Beschuldigte ficht den Schuldspruch bezüglich Anklageabschnitt B, die Sanktion, die Regelung der Zivilansprüche und die Kosten- und Entschädigungsfolgen an. Er verlangt einen Freispruch auch vom Vorwurf der qualifizierten ungetreuen Geschäftsbesorgung im Sinne von Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 und 3 StGB sowie eine angemessene Entschädigung (Urk. 56 S. 2). Die Anschlussberufung der Staatsanwaltschaft richtet sich einerseits gegen die rechtliche Würdigung im Schuldpunkt. Sie beantragt wie bisher Schuldig-

- 8 - sprechung wegen Betrugs im Sinne von Art. 146 Abs. 1 StGB. Zudem hält sie an einer Freiheitsstrafe von 18 Monaten fest (Urk. 60 S. 1 f.). Der Privatkläger 1 [im folgenden: Privatkläger] stellt mit seiner Anschlussberufung hinsichtlich Zivilansprüchen und Parteientschädigung praktisch die gleichen Anträge wie vor Vorinstanz, ergänzt um einen Sub-Eventualantrag betreffend Schadenersatzhöhe (Urk. 62 S. 2 f.). Die Berufungsverhandlung fand am 15. Juni 2015 statt (Prot. II S. 4 ff.). Alle Parteien verzichteten auf eine mündliche Eröffnung und Begründung des Urteils (Prot. II S. 10).

### **E. 5**

Das vorinstanzliche Urteil ist bezüglich der Dispositiv-Ziffern 2 (Freispruch betreffend Anklageabschnitt C), 5 (Herausgabe beschlagnahmter Unterlagen), 7 (Nichteintreten auf das Schadenersatzbegehren der Privatklägerin 2), 8 (Kostenfestsetzung) und 10 (Entschädigung der amtlichen Verteidigung) nicht angefochten. Insoweit ist der vorinstanzliche Entscheid in Rechtskraft erwachsen, was vorzumerken ist.

### **E. 6**

Dem Beschuldigten werden Straftaten begangen im Jahr 2006 vorgeworfen (Urk. 2). Am 1. Januar 2011 ist die Schweizerische Strafprozessordnung (StPO-CH) in Kraft getreten; die Anklagevorwürfe gehen somit auf die Zeit vor deren Einführung zurück. Da der angefochtene Entscheid am 18. September 2014 und damit nach Inkrafttreten der Schweizerischen Strafprozessordnung gefällt wurde, gilt für das vorliegende Berufungsverfahren neues Recht (Art. 454 Abs. 1 StPO). Verfahrenshandlungen indes, die vor dem Inkrafttreten der neuen Strafprozessordnung angeordnet oder durchgeführt wurden, behalten ihre Gültigkeit (Art. 448 Abs. 2 StPO).

### **E. 7**

Auf die Argumente des Beschuldigten und seiner Verteidigung ist im Rahmen der nachstehenden Erwägungen einzugehen. Dabei muss sich das Gericht nicht ausdrücklich mit jeder tatsächlichen Behauptung und jedem rechtlichen Einwand auseinandersetzen und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegen; vielmehr kann es sich auf die für die Entscheidungsfindung wesentlichen Gesichtspunkte beschränken (BGE 139 IV 179 E. 2.2; BGE 138 I 232 E. 5.1; BGE 138 IV 81 E. 2.2; BGE 133 I 270 E. 3.1, je mit Hinweisen; Urteile 6B\_859/2013 vom 2. Oktober 2014 E. 1.2, 6B\_1021/2013 vom 29. September 2014 E. 2.5 und 6B\_484/2013 vom 3. März 2014 E. 3.2). II. Schuldpunkt 1. Grundlagen

- 9 -