

# ZH\_OBERGERICHT SB150028 vom 25. September 2018

ZH Obergericht, 2018-09-25, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_SB150028](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB150028)

FR: ZH\_OBERGERICHT SB150028 du 25 septembre 2018

IT: ZH\_OBERGERICHT SB150028 del 25 settembre 2018

## Erwägungen

### E. 1

Verfahrensgang

#### E. 1.1

Die erstinstanzliche Kostenfestsetzung wurde nicht angefochten und ist bereits rechtskräftig. Angesichts des Freispruchs sind die Kosten der Untersuchung und des erstinstanzlichen Verfahrens auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 426 Abs. 1 und 2 StPO). 2. Kosten des Berufungsverfahrens

#### E. 1.2

Der Beschuldigte bestritt, sich diesbezüglich schuldig gemacht zu haben, welchen Standpunkt er auch an der Berufungsverhandlung vertrat. 2. Entscheid der Vorinstanz und Kritik

#### E. 1.3

Subjektiv ist Vorsatz erforderlich. Vorsätzlich begeht ein Verbrechen oder Vergehen, wer die Tat mit Wissen und Willen ausführt. Vorsätzlich handelt bereits, wer die Verwirklichung der Tat für möglich hält und in Kauf nimmt (Art. 12 Abs. 2 StGB). Beim Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung muss sich der Vorsatz auf die Pflichtwidrigkeit des Handelns oder Unterlassens, die Vermögensschädigung und den Kausalzusammenhang zwischen dem pflichtwidrigen Verhalten und dem Schaden beziehen. Eventualvorsatz genügt. Ein solcher liegt indes erst dann vor, wenn sich dem Täter der Erfolgseintritt als so wahrscheinlich aufdrängt, dass sein Handeln vernünftigerweise nicht anders denn als Billigung des Erfolgs betrachtet werden kann (vgl. BSK Strafrecht II-Niggli, Art. 158 N 137 mit Hinweisen). Es genügt, wenn der Beschuldigte nach landläufiger Anschauung Kenntnis von den entsprechenden Umständen hatte (vgl. Guido Urbach, Die ungetreue Geschäftsbesorgung gemäss Art. 158 StGB, Zürich 2002, S. 78). An den Nachweis des (Eventual-)Vorsatzes sind hohe Anforderungen zu stellen, da der objektive Tatbestand, namentlich das Merkmal der Pflichtverletzung, relativ unbestimmt ist (BGE 142 IV 346 E. 3.2. mit Hinweisen). Bloss grobfahrlässige Pflichtverletzung bleibt straflos (vgl. BSK Strafrecht II-Niggli, Art. 158 N 137 mit Hinweis auf Vollmar). Eine fahrlässige Verletzung der vertraglich vereinbarten Anlagestrategie bzw. -richtlinien reicht somit nicht aus. Es braucht (und es genügt gleichzeitig) Eventualvorsatz. Ein solcher liegt vor, wenn der Vermögensverwalter zwar den Kunden nicht absichtlich schädigen will, jedoch eine Schädigung im Vermögen des Anlegers für möglich hält und bewusst in Kauf nimmt. Da ein professioneller und gegen Entgelt agierender Vermögensverwalter die mittels vertraglicher Vereinbarung von Anlagerichtlinien- und -strategien festgelegten Leitplanken kennt bzw. zurechenbar kennen muss sowie der Zusammenhang zwischen erhöhtem Risiko und erhöhtem

Verlustpotential als branchenweit bekannt gilt, liegt eine Inkaufnahme einer Schädigung und damit Eventualvorsatz grundsätzlich vor, wenn der Vermögensverwalter zu hohe, nicht mehr

- 23 - durch die vorgegebene Anlagestrategie und/oder spezifische Anlagerichtlinien gedeckte Risiken eingeht (vgl. Jean-Marc Schaller, Handbuch des Vermögensverwaltungsrecht, 2013, N 830 S. 312 f.).

#### **E. 1.4**

Der qualifizierte Treubruchtatbestand gemäss Art. 158 Ziff. 1 Abs. 3 StGB, der zu einer Strafverschärfung führt, setzt die Absicht unrechtmässiger Bereicherung voraus. Eine solche Strafverschärfung kann zur Diskussion stehen, wenn der Vermögensverwalter die Risiken im Portefeuille des Anlegers nachweislich aus dem Grunde unzulässig erhöhte, weil er sich hiervon eine bessere Performance und abgeleitet davon eine höhere Erfolgsprämie erhoffte (vgl. Jean-Marc Schaller, Handbuch des Vermögensverwaltungsrecht, 2013, N 833 S. 313). Nachdem das vorsätzliche Handeln ohne weitere Absichten ohnehin bereits nach Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 und 2 StGB strafbar ist und diese Handlung ihrerseits in den weitaus meisten Fällen - zumindest auch - erfolgt, um sich oder einen anderen unrechtmässig zu bereichern, kann die Absicht unrechtmässiger Bereicherung nach der Auffassung verschiedener Autoren nur das eigentliche Handlungsziel (mithin also dolus directus ersten Grades) und nicht eine Vorsatzform meinen. Dabei wird argumentiert, dass andernfalls für den eigentlichen Grundtatbestand praktisch kein Anwendungsbereich bliebe, bzw. dass der qualifizierte zum Regelfall wird (vgl. BSK Strafrecht II-Niggli, Art. 158 N 140; vgl. auch BSK Strafrecht II-Niggli/Riedo, vor Art. 137 N 72 ff.; vgl. auch Stratenwerth/Jenny/Bommer, Schweizerisches Strafrecht Besonderer Teil I: Strafe gegen Individualinteressen,

#### **E. 1.5**

Beweisanträge wurden keine gestellt.

#### **E. 1.6**

Ein Verteidigerwechsel bewirkte die Abnahme der Vorladungen für die für den 1. Oktober 2015 vorgesehene Berufungsverhandlung (vgl. Urk. 66, 68 und 71). Am 7. Dezember 2015 ergingen die neuen Vorladungen für die Berufungsverhandlung (vgl. Urk. 72). Diese wurde auf den 14. März 2016 terminiert. Indessen wurden die Ladungen in der Folge abgenommen. Mit Verfügung vom 12. Juli 2016 wurde den Parteien Frist angesetzt, um zur Frage einer möglichen Rückweisung des Verfahrens an die Vorinstanz Stellung zu nehmen (vgl. Urk. 79). Die Stellungnahme der Staatsanwaltschaft wurde am 19. September 2016 erstattet (vgl. Urk. 98), diejenigen des Privatklägers B.\_\_\_\_\_ und des Beschuldigten datieren vom 26. September 2016 (vgl. Urk. 100 und Urk. 102). Am 17. Oktober 2017 erfolgte die Terminabsprache mit den Parteien zur erneuten Vorladung zur Berufungsverhandlung (vgl. Urk. 104). Die Berufungsverhandlung fand am 12. Juli 2018 statt.

#### **E. 1.7**

Die Berufungsverhandlung fand in Anwesenheit des Beschuldigten und seines Verteidigers, Rechtsanwalt Dr. iur. X.\_\_\_\_\_, sowie der Staatsanwältin, lic. iur. F. Keller, in Begleitung des Revisors, F.\_\_\_\_\_, und des Rechtsvertreters des Privatklägers B.\_\_\_\_\_, Rechtsanwalt Dr. iur. Y.\_\_\_\_\_, statt (vgl. Prot. II S. 6).

## **E. 2**

Verletzung des rechtlichen Gehörs

### **E. 2.1**

Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist auf Fr. 20'000.-- festzusetzen.

- 74 -

### **E. 2.2**

Im Rechtsmittelverfahren tragen die Parteien die Kosten nach Massgabe ihres Obsiegens und Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Der appellierende Beschuldigte obsiegt mit seinen Anträgen im Berufungsverfahren vollumfänglich. Die Anklagebehörde und der Privatkläger B.\_\_\_\_\_, die beide die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils beantragten (vgl. Prot. II S. 6 f.) unterliegen vollumfänglich. Damit sind die Kosten des Berufungsverfahrens zur Hälfte auf die Gerichtskasse zu nehmen und zur Hälfte dem Privatkläger B.\_\_\_\_\_ aufzuerlegen. 3. Parteientschädigung

#### **E. 2.2.1**

Mit Bezug auf die Kunden E.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ führt die Anklageschrift jeweils unter dem Titel «Übersicht und Ablauf der Vermögensverwaltung» für die Kunden B.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ auf, der Beschuldigte habe sich ohne Wissen und Einverständnis nicht an die in Beilage 1 «Anlagepolitik» vorgesehene Beschränkung der Derivate auf 10% gehalten (vgl. Anklage S. 14 Ziff. 39 betr. B.\_\_\_\_\_, Zeitraum: 6.5. bis 30.11.2004 und Anklage S. 18 Ziff. 49 betr. E.\_\_\_\_\_, Zeitraum: 17.10.2003 bis 13.4.2005), sondern während der (ganzen) Dauer der Vermögensverwaltung Transaktionen von insgesamt 53,43% bzw. 54,78% in Derivate (Währungsoptionen und Währungszertifikaten) vorgenommen (vgl. Anklage a.a.O.). Nachdem die Anklageschrift an anderem Ort den Deliktszeitraum ausdrücklich einschränkt, mithin nicht den gesamten Zeitraum der durch den Beschuldigten für die erwähnten Kunden durchgeführten Vermögensverwaltung erfasst (vgl. im Einzelnen oben), wird im Folgenden davon ausgegangen, dass die Handelstätigkeit des Beschuldigten unter diesem Blickwinkel vom Anklagevorwurf nicht erfasst ist. Dies entspricht im Übrigen auch der Auffassung der Anklagebehörde. Diese führte im Berufungsverfahren im Zusammenhang mit der Rüge der Verteidigung betreffend Verletzung des Anklageprinzips (vgl. Urk. S. 100, Rz 365) aus, der Verstoss gegen die 10%-Regel sei nicht als eigenständiger strafrechtlicher Vorwurf formuliert in dem Sinne, als dass die Missachtung der Regel kausal für den Schaden sein solle, sondern nur als Indiz dafür aufgeführt, dass eine Verletzung der 10%-Regel ein Hinweis auf Churning darstelle, mithin auf eine Beschränkung des Risikos seitens der Anleger E.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ (Prot. II S. 19).

#### **E. 2.2.2**

Klarzustellen ist sodann, dass nach Auffassung der Anklagebehörde dem Beschuldigten ebenso wenig vorgeworfen wird, zum Nachteil der Kunden (insbesondere der Kunden E.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_) überhaupt Retrozessionen bezogen zu haben (vgl. Urk. 117 S. 5), sondern diese in übermässigem Ausmass zur Erzielung höherer Einkünfte generiert zu haben (bezüglich des Kunden B.\_\_\_\_\_ vgl. aber Anklage lit. C. S. 26 ff. der Anklageschrift und nachfolgend Ziff. 2.4.).

### **E. 2.3**

Vorauszuschicken ist, dass sich die Berufungsinstanz dabei nicht mit je- dem einzelnen Vorbringen der Parteien auseinandersetzen muss. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken. Es müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich das Gericht hat leiten lassen und auf die sich sein Entscheid stützt (BGE 141 IV 249 E. 1.3.1 mit Hinweisen). V. Unbestrittener Sachverhalt  
1. Zur Geschädigten E.\_\_\_\_\_

#### **E. 2.3.1**

Verletzung der Treue- und Sorgfaltspflicht durch übermässige Umschich- tung der Anlagekonten der Kunden B.\_\_\_\_\_, C.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ (Anklage Ziff. B. IV S. 19 ff. Tatzeitraum zum Nachteil von C.\_\_\_\_\_: 2. August bis 2. De- zember 2004 [Datum Entzug Auftrag: 30. November 2004]; Tatzeitraum zum Nachteil von B.\_\_\_\_\_: August bis 12. November 2004 [Datum Entzug Auftrag bzw. Auftrag um Liquidation des Depots: 10. November 2004]; Tatzeitraum zum Nachteil von E.\_\_\_\_\_: Januar bis 13. April 2005),

#### **E. 2.3.2**

Verletzung der Treuepflicht durch mangelnde Transparenz gegenüber der Kundin C.\_\_\_\_\_ (Anklage B. V. S. 22, Tatzeitraum: Ende der Monate August, September und Oktober 2004),

#### **E. 2.3.3**

Verletzung der Treue- und Sorgfaltspflicht durch wirtschaftlich sinnlose Transaktionen (vgl. Anklage B. VI. S. 22 f. und Anhänge 4, 5 und 6, Tatzeitraum zum Nachteil von C.\_\_\_\_\_: 5. August bis 2. Dezember 2004; Tatzeitraum zum Nachteil von B.\_\_\_\_\_: 25. Juni bis 12. November 2004; Tatzeitraum zum Nachteil von E.\_\_\_\_\_: 1. November 2004 bis 15. April 2005).

#### **E. 2.3.4**

Verursachung eines in der Anklage im Einzelnen bezifferten Schadens bei den Kunden C.\_\_\_\_\_, B.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ (vgl. Anklage B. VII., S. 23 f.).

#### **E. 2.3.5**

Handeln mit dem Ziel, möglichst umfangreiche Retrozessionen von der G.\_\_\_\_\_ zu erhalten und damit ein Einkommen zu erzielen, mithin in Bereiche- rungsabsicht und fehlende Ersatzfähigkeit bzw. -willigkeit (vgl. Anklage B. VIII., S. 24 ff.).

#### **E. 2.4**

Unter dem Titel Veruntreuung, evtl. ungetreue Geschäftsbesorgung wirft die Anklage dem Beschuldigten weiter vor, über die bei seiner Handelstätigkeit mit dem Kundenvermögen von B.\_\_\_\_\_ empfangenen Retrozessionen keine Re- chenschaft abgelegt und diese Entschädigungen diesem Kunden auch nicht her- ausgegeben zu haben (vgl. Anklage C. S. 26 f.).

- 10 - III. Prozessuales 1. Beweisanträge

### **E. 3**

Konstituierung der Geschädigten als Privatklägerschaft

#### **E. 3.1**

Wird eine beschuldigte Person freigesprochen, hat sie Anspruch auf Entschädigung ihrer Aufwendungen für die angemessene Ausübung ihrer Verfahrensrechte (lit. a), wozu die Kosten der frei gewählten Verteidigung gehören, Entschädigung der wirtschaftlichen Einbussen (lit. b) sowie Genugtuung für besonders schwere Verletzungen ihrer persönlichen Verhältnisse (Art. 429 Abs. 1 lit. c StPO).

#### **E. 3.1.1**

Es ist nicht ersichtlich, dass dem Beschuldigten wirtschaftliche Einbussen aus seiner notwendigen Beteiligung am Strafverfahren entstanden sind. Solche machte er auch nicht geltend und sind damit nicht zu entschädigen. Ebenso wenig steht vorliegend eine Genugtuung zur Diskussion, zumal eine besonders schwere Verletzung der persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten nicht ersichtlich ist.

#### **E. 3.1.2**

Die Höhe der Entschädigung für die anwaltliche Verteidigung richtet sich nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (Anwaltsgebührenverordnung, LS 215.3, nachstehend: AnwGebV). Die Grundgebühr für die Führung eines Strafprozesses einschliesslich Vorbereitung des Parteivortrags und Teilnahme an der Hauptverhandlung beträgt nach der hier massgebenden Verordnung über die Anwaltsgebühren des Kantons Zürich (AnwGebV) vor den Bezirksgerichten in der Regel Fr. 1'000.– bis Fr. 28'000.– (§ 17 Abs. 1 lit. b AnwGebV). Gemäss § 18 Abs. 1 AnwGebV wird die Gebühr im Berufungsverfahren grundsätzlich nach den für die Vorinstanz geltenden Regeln bemessen, wobei auch berücksichtigt wird, ob das Urteil vollumfänglich oder nur teilweise angefoch-

- 75 - ten worden ist. Gemäss § 17 Abs. 2 AnwGebV können u.a. für weitere notwendige Rechtschriften Zuschläge hinzugerechnet werden, die jedoch in ihrer Summe in der Regel höchstens die Grundgebühr betragen können (§ 11 Abs. 3 in Verbindung mit § 17 Abs. 3 und § 18 Abs. 1 AnwGebV). Innerhalb dieses Rahmens wird die Grundgebühr nach den besonderen Umständen, namentlich nach Art und Umfang der Bemühungen und Schwierigkeiten des Falles, bemessen (vgl. § 2 AnwGebV). Im Vorverfahren bemisst sich die Gebühr nach dem notwendigen Zeitaufwand (§ 16 Abs. 1 AnwGebV).

#### **E. 3.1.3**

Für seine erbetene anwaltliche Verteidigung macht der Beschuldigte einen Aufwand von total 450 Stunden zu einem Ansatz von Fr. 350.-- pro Stunde (vgl. Urk. 115 S. 107), mithin eine Entschädigung von CHF 157'500.-- geltend. Dabei beziffert er den Aufwand für die Untersuchung auf 200 Stunden und denjenigen für die erstinstanzliche Hauptverhandlung auf 80 Stunden. Weitere insgesamt 170 Stunden werden für das Berufungsverfahren, das von einem neuen Rechtsvertreter geführt wurde, geltend gemacht.

#### **E. 3.1.4**

Der von der Verteidigung geltend gemachte Stundenansatz von Fr. 350.-- bewegt sich im oberen Rahmen von § 3 AnwGebV und ist nicht zu beanstanden. Der für das Vorverfahren veranschlagte Aufwand von 200 Stunden und derjenige von 80 Stunden für das erstinstanzliche Verfahren ist angesichts des Aktenumfangs und der diversen Einvernahmen ausgewiesen und erscheint angemessen. Damit beläuft sich die diesbezügliche Entschädigung auf CHF 98'000.--, welche dem Beschuldigten aus der Gerichtskasse zuzusprechen ist. Aber auch der für das Berufungsverfahren geltend

gemachte Aufwand von insgesamt 170 Stunden ist angesichts des überdurchschnittlichen Aktenumfangs und der sich stellenden nicht alltäglichen Fragen ausgewiesen. Damit ist dem Beschuldigten für das Berufungsverfahren eine Entschädigung von CHF 59'500.-- (einschliesslich MwSt.) zuzusprechen.

### **E. 3.1.5**

Diese Entschädigung ist dem Beschuldigten in Anwendung von Art. 432 Abs. 1 StPO im Umfang von 10%, mithin im Umfang von CHF 5'950.-- vom Privatkläger B.\_\_\_\_\_ zu bezahlen. Im Übrigen ist die Entschädigung (mithin im Umfang von CHF 53'550.--) dem Beschuldigten aus der Gerichtskasse auszurichten.

- 76 -

### **E. 3.2**

Dem Privatkläger B.\_\_\_\_\_ ist ausgangsgemäss weder für das Haupt- noch für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 433 Abs. 1 StPO e contrario). Es wird beschlossen: 1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 9. Abteilung, vom 16. Dezember 2014 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist: 1. ... 2. ... 3. ...

### **E. 3.3**

Die dem Beschuldigten vorgeworfenen Tathandlungen unter dem Titel "Verletzung der Treue- und Sorgfaltspflicht durch übermässige Umschichtung der Anlagekonten" betreffen - wie der Anklage S. 19 Ziff. 55 unter Hinweis auf S. 13 Ziff. 38 zu entnehmen ist - ausschliesslich die Handelstätigkeit für den Privatkläger B.\_\_\_\_\_ ab August 2004. Das Vertragsverhältnis endete gemäss Anklage am 10. November 2004, an welchem Tag der Privatkläger B.\_\_\_\_\_ dem Beschuldigten mitteilte, "es dürfe kein Geld mehr verloren werden", worauf der Beschuldigte mit dem Einverständnis des Privatklägers B.\_\_\_\_\_ am 11. November 2004 alle noch offenen Positionen verkaufte (vgl. Anklage S. 15 Ziff. 43). Weiter erstreckt sich der Vorwurf bezüglich Verletzung der Treue- und Sorgfaltspflicht durch wirtschaftlich sinnlose Transaktionen auf die Zeitspanne zwischen dem 25. Juni 2004 und dem 12. November 2004 (vgl. Anklage S. 22 f. Ziff. 65 und 67 sowie Anhang 5), wobei lediglich die Transaktionsblöcke 1 und 2 vor dem August 2004 erfolgten (vgl. Anhang 5 der Anklageschrift). In diesem Zusammenhang ist an dieser Stelle schon darauf hinzuweisen, dass die Angaben zu Transaktionsblock Nr. 2 gemäss Anhang 5 der Anklage (betrifft Kunde B.\_\_\_\_\_) insofern fehlerhaft sind, als dort ein Verkauf mit dem Datum vom 27. Juli 2007 (Call-Option EUR/USD Valor ...) aufgeführt ist.

### **E. 3.4**

Aufgrund der - in diesem Punkt unbestritten gebliebenen - Aussagen des Privatklägers B.\_\_\_\_\_ steht weiter fest, dass er dem Beschuldigten nach einem Gespräch, anlässlich welchem er (der Privatkläger) über einen weiteren Verlust informiert wurde, den Auftrag erteilte, das Portfolio zu liquidieren (vgl. Ordner 12/20 Urk. 220029 f. und Urk. 220024), was freilich den Verlust noch erhöhte (vgl. Ordner 12/20 Urk. 220030 und Urk. 220024 f.).

- 21 - VI. Zum Vorwurf der qualifizierten ungetreuen Geschäftsbesorgung 1. Ungetreue Geschäftsbesorgung - gesetzlicher Tatbestand

### **E. 4**

Anwendbares Strafrecht Dem Beschuldigten werden Verfehlungen im Zeitraum August 2004 bis Mitte April 2005 zur Last gelegt, mithin vor Inkrafttreten des neuen allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches per 1. Januar 2007 bzw. vor der per 1. Januar 2018 in Kraft getretenen Revision des Sanktionenrechts. Beide Gesetzesänderungen sind vor- liegend im Ergebnis ohne Relevanz.

- 12 -

#### **E. 4.1**

...

#### **E. 4.2**

Die Privatklägerin C.\_\_\_\_\_ wird mit ihrem Schadenersatzbegehren auf den Weg des Zivilprozesses verwiesen. 5. Von der Verpflichtung des Beschuldigten zur Leistung einer Ersatzforderung an den Staat wird abgesehen. 6. Die sich in den Akten befindlichen Datenträger mit den gespiegelten Daten des Beschuldigten und der D.\_\_\_\_\_ GmbH werden bei den Akten belassen. 7. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf: Fr. 15'000.00 ; die weiteren Auslagen betragen: Fr. 15'000.00 Gebühr Anklagebehörde Fr. 2'460.00 Kosten Kantonspolizei Fr. 2'715.65 Auslagen Untersuchung Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten. 8. ... 9. ... 10. (Mitteilungen)

##### **E. 4.2.1**

Zutreffend stellte die Vorinstanz fest, dass der Beschuldigte schon von sei- ner prozessualen Stellung ein grosses Eigeninteresse am Ausgang des Verfah- rens hat, was allein indessen seine allgemeine Glaubwürdigkeit nicht zu schmä- lern vermag. Die Vorinstanz führte bezüglich des Aussageverhaltens des Be- schuldigten weiter ins Feld, er habe sich einerseits beispielsweise zur Anbahnung der Geschäftstätigkeit seiner Firmen für die Geschädigten äusserst detailliert und ausführlich geäußert, andererseits auf konkrete Fragen zu den erfolgten Ge- schäften sowie zu deren Zweck und Ziel sehr kurz gehalten, bzw. auf den im Zeit- punkt der Einvernahmen in den Jahren 2013/2014 langen Zeitablauf verwiesen und in diesem Zusammenhang auf Erinnerungslücken hingewiesen oder auf Vor- halte die Aussage verweigert. Wenn die Vorinstanz aus dem Gegensatz von äüs- serst ausführlichen Aussagen zu den Nebenthemen und kargen Aussagen in den Hauptpunkten auf ein Lügensignal schloss (vgl. Urk. 57 S. 17 f.), so ist dieser Schlussfolgerung entgegen zu halten, dass die Schilderungen zum Umfeld, zum Kennenlernen und zur Kontaktaufnahme der Geschädigten samt des Zustande- kommens der Vermögensverwaltungsverträgen einerseits und eine konkrete Stel-

- 26 - lungnahme zu einzelnen vor beinahe 10 Jahren abgewickelten Börsengeschäften andererseits zweierlei Dinge sind, die durchaus unterschiedliche Gedächtnis- leistungen erfordern. Der im Zeitpunkt der fraglichen Einvernahmen 68-jährige Beschuldigte hat wiederholt begründet, weshalb er zu den einzelnen konkreten Börsengeschäften keine genauen Erklärungen abzuliefern im Stande war. So bei- spielsweise, weil er im Einzelnen zufolge Zeitablaufs die damals herrschenden Marktverhältnisse nicht mehr rekonstruieren konnte, die für seine (jeweils mehr- mals täglich für sich selber und mehreren Kunden getroffenen) Entscheide mass- gebend waren (vgl. u.a. Ordner 17/20 Urk. 210086 ff., Einvernahme Beschuldigter vom 10. Juli 2013 S. 24 ff.). Weiter ist zu berücksichtigen, dass er für die - ohne sein Zutun - erst Jahre nach den Strafanzeigen erfolgten Befragungen selbst- redend keine Verantwortung trägt und damit aus den vom Beschuldigten geltend

gemachten Erinnerungslücken nichts zu seinen Ungunsten abgeleitet werden kann. Schliesslich war es das gute Recht des Beschuldigten, die Aussagen wann immer er es wollte, was ihm von seiner Verteidigung schliesslich auch geraten worden war, zu verweigern, weshalb ohnehin unzulässig ist, insbesondere seine Aussagenverweigerung als Lügensignal zu bewerten.

#### **E. 4.2.2**

Zur Geschädigten E. \_\_\_\_\_ ist festzuhalten, dass sie zwar kurz vor Anklageerhebung eine Desinteressenerklärung abgab, dass sie jedoch im Zeitpunkt der Einvernahmen als Anzeigeerstatlerin ein grosses (nicht nur ein „gewisses“, vgl. Vorinstanz Urk. 57 S. 18) Eigeninteresse am Ausgang des Verfahrens hatte, was freilich - wie beim Beschuldigten erwogen - ihre allgemeine Glaubwürdigkeit nicht a priori in Frage stellt. Sie wurde drei Mal einvernommen und zwar zwischen beinahe 5 und fast 9 Jahre nach Beendigung ihrer geschäftlichen Beziehung zum Beschuldigten. Gestützt darauf können - wie dies die Vorinstanz auch zutreffend festhielt (vgl. Urk. 57 S. 18 f.) - gewisse fehlerhafte Erinnerungen der Geschädigten nicht ausgeschlossen werden, wobei sie selber auf ihre fehlende Erinnerung hinwies.

#### **E. 4.2.3**

Nicht anders präsentiert sich die Interessenlage beim Privatkläger B. \_\_\_\_\_. Sein eminentes Interesse am Ausgang des Prozesses wird letztlich auch dadurch untermauert, dass er in diesem Strafprozess adhäsionsweise erkleckliche Zivilan-

- 27 - sprüche (über CHF 800'000.--) erhebt. Auch er wurde im Untersuchungsverfahren erst 5 1/3 bzw. 5 1/2 Jahre nach Beendigung seiner Geschäftsbeziehung zum Beschuldigten einvernommen.

#### **E. 4.2.4**

Die Privatklägerin C. \_\_\_\_\_ stellte adhäsionsweise eine Forderung in der Höhe von beinahe 1 Million Franken. Auch ihr enormes Interesse am Ausgang dieses Strafprozesses war - zumindest im Zeitpunkt der Befragung - daher evident. Sie wurde im Untersuchungsverfahren erst am 19. Dezember 2013 einvernommen, mithin mehr als neun Jahre nach ihrem Abbruch der Geschäftsbeziehung zum Beschuldigten.

#### **E. 4.2.5**

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass einerseits sowohl der Beschuldigte als auch die Geschädigte bzw. die Privatkläger ein wenn auch anders gelagertes so doch grosses Eigeninteresse am Ausgang des Verfahrens hatten (Geschädigte E. \_\_\_\_\_) bzw. haben, dass andererseits die Befragungen sämtlicher Beteiligten von der Untersuchungsbehörde erst mehrere Jahre nach den vom Beschuldigten vorgenommenen und ihm zur Last gelegten Transaktionen erfolgten. Entsprechend wiesen - wie oben dargestellt - auch alle (d.h. Beschuldigte und Geschädigte bzw. Privatkläger) nachvollziehbar auf fehlende Erinnerung hin. Dass der Beschuldigte die möglicherweise durch die schleppend geführte Untersuchung entstandenen Erinnerungslücken nicht zu verantworten hat und dass seine Aussagenverweigerung nicht als Lügensignal bewertet werden kann, wurde schon oben festgehalten. Gewiss können die Hinweise der Geschädigten bzw. der Privatkläger auf fehlende Erinnerung nicht als Indiz für generell falsche und unverlässliche Aussagen gewertet werden (so Vorinstanz mit Bezug auf E. \_\_\_\_\_ in Urk. 57 S. 19, B. \_\_\_\_\_ in Urk. 57 S. 28 und C. \_\_\_\_\_ Urk. 57 S. 30). Ebenso

wenig kann indessen gesagt werden - dies entgegen der Vorinstanz -, die von den Geschädigten bzw. Privatkläger geltend gemachten Erinnerungslücken sprächen - anders als dies beim Beschuldigten bewertet wurde - für die Glaubhaftigkeit ihrer Aussagen.

#### **E. 4.3**

Dass die vom Privatkläger B.\_\_\_\_\_ gelobte Anlagetätigkeit des Beschuldigten in der Anfangsphase sehr konservativ gewesen sein soll, trifft objektiv gesehen eindeutig nicht zu (vgl. die in Anhang 2 zur Anklage aufgeführten Transaktionen), was ihm eigentlich bei Durchsicht der ihm zugestellten Bankunterlagen auch hätte klar sein müssen (vgl. Vorhalt anlässlich der Befragung vor HG in Ord-

- 69 - ner 8/20 Urk. 140046). Dazu kommt, dass er nicht nur verschiedene Versionen dazu abgab, ob er die Bankunterlagen vor seiner Unterschrift las, sondern auch dazu, wann er den ihm überreichten Vertragsentwurf gelesen (gemäss Aussage bei der Staatsanwaltschaft ca. 1-2 Wochen nach dessen Aushändigung: vgl. Urk. 220028 ff. S. 5; gemäss Aussage vor Handelsgericht 1, 2 Monate später, "mittendrin": vgl. Urk. 140049 f.) und Kenntnis von der darin erwähnten Entschädigung- bzw. Retrozessionsregelung erfahren und entsprechend remonstriert haben soll. Diese uneinheitliche Darstellung in einem sehr wesentlichen Punkt (vgl. auch Vorhalt an der Befragung vor HG in Ordner 8/20 Urk. 140048) lässt sich selbst unter Berücksichtigung des Zeitablaufs nicht erklären. Ebenso wenig ist nachvollziehbar, dass B.\_\_\_\_\_ vor Vorinstanz behaupten liess, erst nach Beendigung des Vermögensverwaltungsauftrages erfahren zu haben, dass der Beschuldigte von der G.\_\_\_\_\_ Retrozessionen erhielt (vgl. Urk. 43 S. 5 Ziff. 27 am Schluss und 28). Es überrascht also, dass die Vorinstanz zu diesen von der Verteidigung aufgezeigten Widersprüche in den Darstellungen des Privatklägers B.\_\_\_\_\_ nicht Stellung bezog, sondern pauschal davon ausging, seine Aussagen seien glaubhaft (vgl. Urk. 57 S. 28 f.), lassen doch B.\_\_\_\_\_s Depositionen in verschiedener Hinsicht Zweifel betreffend deren Glaubhaftigkeit aufkommen. Es ist darüber hinaus als lebensfremd zu erachten, dass ein international tätiger Unternehmer, wie der Privatkläger B.\_\_\_\_\_ einer war und ist, unbedarft und ohne Kenntnisnahme des Vertragsentwurfes, insbesondere des damit verbundenen und zu entrichtenden Honorars, dem Beschuldigten 2 Mio. zur Vermögensverwaltung übergeben haben soll. Aufgrund der aufgezeigten widersprüchlichen Angaben verbietet sich aber auch die Annahme, der im Vertrag vorgesehene Verzicht auf Retrozessionen sei bereits vor Auflösung des Mandats bzw. bereits im Laufe der Vermögensverwaltungstätigkeit Diskussionspunkt gewesen, bzw. der Privatkläger B.\_\_\_\_\_ habe dem Beschuldigten gegenüber die im Vertrag festgehaltene Klausel betreffend Retrozessionen ausdrücklich abgelehnt. Solches geht auch nicht aus der zwischen dem Beschuldigten und B.\_\_\_\_\_ nach Mandatsauflösung geführten Korrespondenz hervor (vgl. vgl. C-Akten, Ordner 17/20 Urk. 14001256 und Urk. 14001080 f. sowie Urk. 14001524, Urk. 14001523, Urk. 14001519). Ebenso wenig sind in den beim Beschuldigten sichergestellten Besuchs- bzw. Te-

- 70 - lefonrapporten Anhaltspunkte zu finden, dass die Honorierungsfrage seitens des Privatklägers B.\_\_\_\_\_ nach Aushändigung des Vertrags und vor der Vertragsauflösung je Anlass zu Diskussionen gegeben haben soll (vgl. C-Akten, Ordner 17/20 Urk. 14001555 und 14001556, Urk. 14001512). Gestützt auf diese Ausführungen kann dem Beschuldigten nicht widerlegt werden, dass er davon ausging, der Privatkläger B.\_\_\_\_\_ habe die Regelung gemäss Vertragsentwurf zur Kenntnis genommen und diese akzeptiert, zumal ihm - dies nach seiner Darstellung - durch B.\_\_\_\_\_ die Zustellung des unterzeichneten

Vertrages mehrfach in Aussicht gestellt worden war. Dass dem Beschuldigten unter dem Titel Retrozessionen keine strafrechtlich relevante Pflichtverletzung gemacht werden kann, ergibt sich auch aus den nachfolgenden Erwägungen.

#### **E. 4.3.1**

Hinsichtlich des Aussageverhaltens der Geschädigten E. \_\_\_\_\_ hielt die Vorinstanz ohne konkreten Bezug zum Inhalt der Aussagen vorweg fest, "dass dieses grundsätzlich von Realitätskriterien geprägt ist". Wörtlich führte die Vorinstanz weiter aus: "So sagte sie plausibel, lebensnah und frei von relevanten Widersprüchen aus. Konnte sie Fragen aufgrund fehlender eigener Wahrnehmung, Erinnerung oder Fachwissens nicht beantworten, wies sie darauf hin. Auch finden sich in ihren Aussagen keine übermässigen Belastungen des Beschuldigten, obschon sie keinen Hehl daraus machte, dem Beschuldigten vor dem Hintergrund der zu beurteilenden Ereignisse, insbesondere aufgrund der erlittenen Verluste kritisch bzw. ablehnend gegenüber zu stehen" (vgl. Urk. 57 S. 19 lit. b) ba). Das Aussageverhalten der Privatkläger C. \_\_\_\_\_ (Urk. 57 S. 29 lit. b) ba) und B. \_\_\_\_\_ (Urk. 57 S.24 lit. b) bewertete die Vorinstanz mit identischem Wortlaut. Auffallend ist, dass die Vorinstanz vorweg die Glaubhaftigkeit der Aussagen der Geschädigten bzw. der Privatkläger bejaht, ohne die eigentlichen Aussagen zu erwähnen und diese losgelöst von den von der Anklage erhobenen Vorwürfen analysierte und bewertete.

#### **E. 4.3.2**

Erst nach der oben erwähnten Bewertung der (nicht dargelegten) Aussagen, setzte sich die Vorinstanz mit diversen Einwendungen der Verteidigung zur Glaubhaftigkeit der Aussagen der Geschädigten E. \_\_\_\_\_ (vgl. Urk. 57 S. 19 ff. bb; sowie der Privatkläger B. \_\_\_\_\_ (vgl. Urk. 57 S. 22 ff. bb) und C. \_\_\_\_\_ (Urk. 57 S. 30 ff. bb) auseinander.

#### **E. 4.3.3**

Im Zusammenhang mit der Glaubhaftigkeit der Aussagen dieser Kunden, hielt die Vorinstanz abschliessend fest, insgesamt seien ihre Depositionen "mit der genannten Einschränkung der allenfalls fehlenden Erinnerung in einigen Punkten grundsätzlich als glaubhaft zu bezeichnen und es könne zur Erstellung des Sachverhaltes darauf abgestellt werden, jedenfalls insoweit, als sich" die "Aussagen mit objektiven Beweismitteln und/oder den glaubhaften Aussagen anderer Aussagepersonen decken" würden (Vorinstanz in Urk. 57 S. 23: E. \_\_\_\_\_, Urk. 57 S. 28: C. \_\_\_\_\_, Urk. 57 S. 34: B. \_\_\_\_\_).

#### **E. 4.3.4**

Diese Erwägungen der Vorinstanz sind nicht nachvollziehbar und erweisen sich letztlich als inhaltsleere Floskeln. In der Untersuchung wurden - neben dem

- 29 - Beschuldigten - einzig die Kunden E. \_\_\_\_\_, C. \_\_\_\_\_ und B. \_\_\_\_\_ einvernommen (vgl. Ordner 12). Es ist daher nicht klar, wen die Vorinstanz mit den "anderen Aussagepersonen" meint. Der Begründung des erstinstanzlichen Entscheides ist aber auch nicht zu entnehmen, inwiefern sich die Aussagen des jeweiligen Kunden bzw. der jeweiligen Kundin mit den "glaubhaften Aussagen anderer Aussagepersonen" decken und um welche Aussagen es sich dabei überhaupt handelt.

#### **E. 4.4**

Handelt der Täter in einer irrigen Vorstellung über den Sachverhalt, so beurteilt das Gericht die Tat zugunsten des Täters nach dem Sachverhalt, den sich der Täter vorgestellt hat (Art. 13 Abs. 1 StGB). Die irrige Vorstellung über den Sachverhalt kann sich einerseits als sog. Sachverhalts- bzw. Tatbestandsirrtum, andererseits als Irrtum über das Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes auswirken. Bedeutsam sind falsche Vorstellungen über alle Tatbestandselemente, die vom Vorsatz erfasst sein müssen, auch wenn ihr Vorliegen von Rechtsnormen oder Rechtsverhältnissen abhängt, wobei allerdings diesbezüglich die Parallelwertung in der Laiensphäre genügt (Donatsch/Flachsmann/Hug/Weder, StGB-Kommentar, Zürich 2013, N 1f. zu Art. 13).

#### **E. 4.4.1**

Die Verteidigung rügte die von der Vorinstanz vorgenommene Bewertung der Glaubhaftigkeit der Aussagen der Kunden des Beschuldigten in mehrfacher Hinsicht (vgl. Urk. 115 S. 6 - 54). Zusammengefasst hielt die Verteidigung u.a. fest, alle drei Kunden hätten vorgegeben, dass sie das Geld sehr konservativ und ohne Risiko hätten anlegen wollen, was unzutreffend sei. Unzutreffend seien weiter die Aussagen von E. \_\_\_\_\_ und B. \_\_\_\_\_, es habe sich bei dem vom Beschuldigten verwalteten Geldbetrag um einen Grossteil ihres bzw. ihres gesamten Vermögens gehandelt. Unglaublich seien sodann die Ausführungen aller drei Kunden, die vorgegeben hätten, den Inhalt der unterzeichneten Dokumente wahlweise nicht gelesen oder nicht verstanden zu haben. Gleich verhalte es sich mit den übereinstimmenden Depositionen, trotz anderslautender Vereinbarung nichts von Retrozessionen gewusst zu haben. Aufgrund ihrer Aussagen stehe immerhin fest, dass C. \_\_\_\_\_ und B. \_\_\_\_\_ auf Empfehlung von Herrn und Frau E. \_\_\_\_\_ den Beschuldigten als Vermögensverwalter engagiert hätten, was den Schluss zulasse, dass Herr E. \_\_\_\_\_ seinen Freunden (C. \_\_\_\_\_ und B. \_\_\_\_\_) die Handelsstrategie des Beschuldigten erläutert habe. Insgesamt seien ihre Aussagen nicht nur als unglaubhaft, sondern auch als ergebnisorientiert erfolgt zu bezeichnen (vgl. Urk. 115 S. 53 f.). Darauf ist im Rahmen der Würdigung der einzelnen Aussagen - sofern von Relevanz - zurückzukommen.

#### **E. 4.4.2**

Unbestritten ist, dass alle drei Kunden (E. \_\_\_\_\_, C. \_\_\_\_\_ und B. \_\_\_\_\_) auf Empfehlung von Herrn E. \_\_\_\_\_ (dem früheren Ehemann der Geschädigten E. \_\_\_\_\_), oder sonst von sich aus, den Beschuldigten kontaktierten, um seine Vermögensverwaltungstätigkeit in Anspruch zu nehmen (Aussage E. \_\_\_\_\_: Ord-

- 30 - ner 12/20 Urk. 220003, Aussage C. \_\_\_\_\_: Ordner 12/20 Urk. 220156, Aussage B. \_\_\_\_\_: Ordner 12/20 Urk. 220021 und auch vor Handelsgericht Ordner 8/20 Urk. 140045 und 140049 ff.). Wie oben mehrfach erwähnt, ist der Inhalt der Vermögensverwaltungsverträge der Kundinnen E. \_\_\_\_\_ und C. \_\_\_\_\_ (vgl. oben) grundsätzlich unbestritten und durch die unterzeichneten Urkunden belegt.

#### **E. 4.4.3**

Dass die Kundin E. \_\_\_\_\_ dem Beschuldigten mitgeteilt haben soll, ihr Vermögen solle wie das Geld einer Witwe verwaltet werden, es dürfe kein Risiko entstehen, was sie mehrfach wiederholte (vgl. Ordner 12/20 Urk. 220003, 220009, 220011, 220226 und 220226), widerspricht dem schriftlich erteilten Vermögensverwaltungsauftrag und ist auch deswegen wenig glaubhaft, weil sie selber einräumte, den Beschuldigten mit der Investition ihres Vermögens betraut zu haben, weil sie dort wo ihr Geld früher angelegt war, nichts verdient und keinen Gewinn erzielt hatte (Ordner 12/20 Urk. 220003). Im

Übrigen ist zum Thema "Witwengeld- verwaltung" darauf hinzuweisen, dass E.\_\_\_\_\_ mal von einer (eigenen) Erwar- tung sprach (Ordner 12/20 Urk. 220009 auf Frage 38), mal von ihrer diesbezügli- chen Äusserung, mithin Weisung, an den Beschuldigten (Ordner 12/20 Urk. 220003) und zu Letzt - worauf die Verteidigung zu Recht hinwies (vgl. Urk. 115 S. 17 Rz 47) - äusserte, der Beschuldigte (also nicht sie) habe ihr das gesagt (Ordner 12/20 Urk. 220226). Die von ihr unterzeichneten Dokumente (Ri- sikoauflklärung im Vermögensverwaltungsvertrag und Risikoauflklärung gegenüber der Bank) zeigen deutlich, dass sie auch über die Risiken gewarnt, jedenfalls in- formiert wurde, weswegen ihre anderslautenden Aussagen nicht überzeugen (vgl. u.a. Ordner 12/20 Urk. 220011 auf Frage 45; vgl. Vorbringen Verteidigung in Urk. 115 S. 15 ff.). Bemerkenswert ist ihre Aussage auf Vorhalt der Clarification of Risks, sie habe damals gemeint (wie sie auch jetzt noch meine, d.h. im Zeitpunkt der Aussage), "dass Risiko gar kein Risiko bedeute" (Ordner 12/20 Urk. 220118 auf Frage 63). Immerhin räumte sie ein, mit dem Beschuldigten während laufen- der Vertragsbeziehung regelmässig Kontakt gehabt zu haben (einmal oder zwei- mal monatlich: Ordner 12/20 Urk. 220018 auf Frage 69). Schliesslich ist in Zu- sammenhang mit der Würdigung der Aussagen von E.\_\_\_\_\_ auf ihre deklarierten Erinnerungslücken hinzuweisen, die sie auch in der letzten Einvernahme, welche

#### **E. 4.4.4**

Die Kundin C.\_\_\_\_\_ konzedierte, vom Beschuldigten eine möglichst effizi- ente Vermögensverwaltung und mit möglichst grossem Gewinn gewünscht zu ha- ben (vgl. Ordner 12/20 Urk. 220159), was auch mit der von ihr unterzeichneten dynamischen Anlagepolitik (vgl. Ordner 12/20 Urk. 220187) übereinstimmt. Mehr- fach äusserte sie, davon ausgegangen zu sein, dass sie sehr grosse Gewinne machen werde (vgl. Ordner 12/20 Urk. 220157), ja gar solche in der Höhe von 20% erwartet zu haben (Urk. 220160). Weiter bestätigte sie, dass ihr die dadurch eingegangenen Risiken bewusst waren (Urk. 220159, 220161, 220162, 220164). Mit der Verteidigung (vgl. Urk. 115 S. 30 f.) ist der Einwand der Privatklägerin C.\_\_\_\_\_, nichts von Retrozessionen gewusst zu haben (vgl. Urk. 220166 f.) in Frage zu stellen, nachdem sie jede Seite des Vertrags mit ihrem Kürzel versah und die Retrozessionsziffer am Schluss von S. 3 des Vertrages just oberhalb ih- res Kürzels angebracht ist (vgl. Urk. 135004). Nachdem sie jede Seite des Ver- trags mit ihrem Kürzel versah und nachdem die Retrozessionen nach ihrer Dar- stellung bereits anlässlich einer Vorbesprechung vor der Vertragsunterzeichnung Thema waren (vgl. Urk. 220158: "dieser Absatz über die Retrozessionen hatte ich aus- drücklich rausgenommen..."), erscheint es als nicht glaubhaft, dass sie den Vertrag ohne jede Überprüfung oder ohne ihn durchzulesen unterzeichnet haben soll (vgl. Urk. 220258). Im Zusammenhang mit den Retrozessionen erwähnte sie so- dann den nach ihrer Auffassung vertraglich stipulierten Kommissionsprozentsatz von 1,5%, was offensichtlich unzutreffend ist (vgl. Urk. 135004 = im Vertrag waren

- 32 - 0,5% vereinbart) und ihre mit der Wirklichkeit nicht übereinstimmende Erinnerung offenbart. Die Verteidigung wies weiter zu Recht darauf hin, dass die Aussagen von Frau C.\_\_\_\_\_ auch in einem weiteren Punkt als unzutreffend zu bezeichnen sind (vgl. Urk. 115 S. 32 Rz 102). So wiederum im Zusammenhang mit den Re- trozessionen, über welche sie erst im zivilrechtlichen Verfahren erfahren haben will (vgl. Urk. 220161 und 220170), obschon sie in ihrem Schreiben Ende November 2004 an die G.\_\_\_\_\_ solche erwähnte (vgl. C-Akten Ordner 20/20 Urk. 16040051). Die Kundin C.\_\_\_\_\_ wurde das einzige Mal neun Jahre nach Abbruch ihrer Ge- schäftsbeziehungen zum Beschuldigten einvernommen (vgl.

Urk. 220153). Es ist daher nicht verwunderlich, dass sie zu verschiedenen Themen keine Auskunft geben konnte, worauf sie auch verschiedentlich hinwies. Inwiefern ihre mehrfach zugestandenen Erinnerungslücken auf die Glaubhaftigkeit ihrer Aussagen schliessen lassen soll, ist - dies entgegen der Auffassung der Vorinstanz (vgl. u. a. Urk. 57 S. 32) - nicht ersichtlich. Die Frage, ob sie wünschte, dass die Korrespondenz banklagernd aufbewahrt wird, wie dies der Beschuldigte geltend machte (vgl. Urk. 220167 auf Frage 51), beantwortete sie damit, sie könne sich überhaupt nicht daran erinnern. Ebenso wenig konnte sie sich daran erinnern, ob ein entsprechendes Telefonat mit dem Beschuldigten stattfand (Urk. 220168 auf Frage 55). Auf Vorhalt des Besuchsrapportes des Beschuldigten vom 24. August 2004 antwortete sie, sich nicht daran erinnern zu können, was genau besprochen worden sei (vgl. Urk. 220172), womit sie immerhin die Tatsache, dass ein Treffen stattfand, nicht in Abrede stellte. Auch dass am 18. Oktober 2004 ein Telefon- gespräch mit dem Beschuldigten stattfand, stellte sie nicht in Abrede, wobei sie das Datum in Frage stellte (vgl. Urk. 220171: "Ich weiss nicht mehr, ob dieses Telefonat am 18. Oktober stattfand."). Bezüglich der seitens des Beschuldigten erhaltenen In- formationen während laufender Vermögensverwaltung konzidierte sie, ein oder zweimal über Verluste mit dem Beschuldigten gesprochen zu haben (vgl. Urk. 220176), um im Widerspruch dazu nachzuschieben, Tatsache sei ein- fach, dass sie nicht informiert worden sei, die ganze Zeit über nicht (a.a.O.). Auch auf Vorhalt der Aussagen des Beschuldigten, im September zwei oder dreimal miteinander über die ganze Entwicklung gesprochen zu haben, wiederholte sie,

- 33 - es seien ihr keine Auskünfte darüber gegeben worden (vgl. Urk. 220177). Diese Aussage steht im Widerspruch zu den Kontakten mit dem Beschuldigten, die sie - wie oben aufgeführt - nicht in Abrede stellte und sie ist auch deshalb nicht über- zeugend, weil die Privatklägerin C.\_\_\_\_\_ selber das Vorbringen des Beschuldig- ten bestätigte, die Verwaltung ihrer (anderen) Vermögen ziemlich genau verfolgt zu haben (a.a.O.). Es trifft wohl zu, dass verschiedene an sie gerichtete Vorhalte auf Behauptungen des Beschuldigten oder auf anlässlich der Hausdurchsuchung beschlagnahmten Telefon- und Besprechungsnotizen basieren (so Vorinstanz z.B. in Urk. 57 S. 34). Ihre oben aufgezeigten Aussagen lassen indessen insgesamt den Schluss nicht zu, ihre Depositionen seien glaubhaft, jedenfalls diese seien glaubhafter als dieje- nigen des Beschuldigten. Bemerkenswerterweise machte sie (ungefragt) in ihrer Befragung eine Kosten/Nutzenanalyse, die hier beiläufig noch Erwähnung ver- dient: "Das Ganze bringt für mich hier überhaupt nichts. Ausser dass es meine Zeit kostet" (vgl. Urk. 220176).

#### **E. 4.4.5**

Mit Bezug auf den Inhalt des Vermögensverwaltungsvertrages zwischen der D.\_\_\_\_\_ GmbH des Beschuldigten mit dem Privatkläger B.\_\_\_\_\_ ist unklar, welche Vorgaben bezüglich Anlagepolitik verabredet wurden. Unbestritten ist, dass B.\_\_\_\_\_ den Vertragsentwurf nie unterzeichnete.

##### **E. 4.4.5.1**

Die Anklagebehörde geht davon aus, dass für den Privatkläger B.\_\_\_\_\_ eine Beschränkung der Derivate auf 10% zustande kam. Sie begründet dies mit dem anlässlich der Anzeigeerstattung eingereichten Vertragsentwurf, der in einem Annex 1 die "Investment Policy" u.a. so regelte (vgl. dazu Ordner 12/20 Urk. 220081).

##### **E. 4.4.5.2**

Demgegenüber machte der Beschuldigte geltend, B.\_\_\_\_\_ sei mit einer Anlagepolitik gemäss einem Annex 1, der keine Beschränkung für den Handel mit Derivaten vorgesehen habe (vgl. Ordner 12/20 Urk. 220080), einverstanden gewesen.

- 34 -

#### **E. 4.4.5.3**

Der Privatkläger B.\_\_\_\_\_ seinerseits stellte sich auf den Standpunkt, für ihn sei es darum gegangen, keine hohen Risiken einzugehen und keinen Kapitalverlust zu riskieren (vgl. Ordner 12/20 Urk. 220034). Die Vorinstanz bewertete die Aussagen von B.\_\_\_\_\_ als glaubhaft und überzeugend (vgl. Urk. 57 S. 40 lit. bc). Die Interessenlage sowohl des Beschuldigten als auch von B.\_\_\_\_\_ in diesem Prozess wurde schon oben dargetan. In Zusammenhang mit dem Vorwurf der Veruntreuung, evtl. ungetreuen Geschäftsbesorgung (Retrozessionen Kunde B.\_\_\_\_\_ ) wird nachfolgend dargetan, dass die Aussagen von B.\_\_\_\_\_ nicht überzeugen (vgl. nachfolgend Ziff. VII 4.2.). Die Vorinstanz erwog, der Umstand, dass B.\_\_\_\_\_ keine hohen Risiken eingehen wollen, spiegle sich auch in der im Vertragsentwurf festgehaltenen Beschränkung der derivativen Finanzinstrumente auf maximal 10% des Anlagevermögens (vgl. Urk. 57 S. 40 f.). Damit blendet die Vorinstanz aus, dass die besprochene und dann evtl. vereinbarte Anlagestrategie von den Beteiligten kontrovers geschildert wird. Abgesehen davon, offenbart die gemäss B.\_\_\_\_\_ vereinbarte Anlagepolitik gemäss Annex 1 keine geringe Risikobereitschaft (z.B. Aktien: 0% - 100%, vgl. Ordner 12/20 Urk. 220081). Korrekt ist, dass die Vertragsdokumente nie unterschrieben wurden, was freilich dem mündlichen Zustandekommen eines Vermögensverwaltungsvertrages nicht im Wege stand. Weshalb der Umstand, dass B.\_\_\_\_\_ den betreffenden Annex 1 der D.\_\_\_\_\_ GmbH zusammen mit der Strafanzeige einreichte, zum zwingenden Rückschluss führen soll, dass die Parteien von diesem ausgingen, wie dies die Vorinstanz erwog, ist nicht schlüssig. Denn ebenso wenig kann die Darstellung des Beschuldigten ausgeschlossen werden, B.\_\_\_\_\_ sei im Besitze beider Annex 1 gewesen und habe im Rahmen der Strafanzeige das für ihn vorteilhaftere Dokument eingereicht (so Beschuldigter in Ordner 10/20 Urk. 210280). Weshalb die Vorinstanz als Tatsache bezeichnete, dass sich in den elektronisch gespiegelten Daten des Beschuldigten für den Geschädigten B.\_\_\_\_\_ kein anderes Vertragsdokument finden liess als jenes, bleibt ihr Geheimnis. Es trifft zwar zu, dass die Anklagebehörde den Beschuldigten damit konfrontierte (vgl. Ordner 10/20 Urk. 210282 unter Vorhalt der Vorlagen 3/1 [210322 ff.] und 3/2 [Urk 210334]). Ebenso zutreffend ist indessen, dass der Beschuldigte den Vorhalt und die ihm vorgelegten Dokumente (zum Teil schon wegen des Schriftbildes] spricht die Rich-

- 35 - tigkeit der "Metadaten" in Abrede stellte, worauf die Staatsanwältin in Aussicht stellte, diesbezüglich Erkundigungen beim Computerspezialisten einzuholen (a.a.O. 210282). Ob eine solche Abklärung erfolgte, ist den Akten nicht zu entnehmen. Damit ist es aber unzulässig, zulasten des Beschuldigten Beweis mit zweifelhaft erhobenen Dokumenten zu führen. Dass sich B.\_\_\_\_\_ im Übrigen in Zusammenhang mit dem Zustandekommen des Vermögensverwaltungsvertrages in Widersprüche verstrickte und - man kann es nicht anders sagen - dazu geneigt war, ergebnisorientiert auszusagen, wird im Rahmen der Beurteilung des Vorwurfes betreffend Retrozessionen (Anklage S. 26 ff.) nachfolgend noch dargetan (vgl. unten Ziff. VII 4.2. f.).

#### **E. 4.4.5.4**

Damit kann nicht als erstellt betrachtet werden, dass zwischen der D.\_\_\_\_\_ GmbH des Beschuldigten und dem Privatkläger B.\_\_\_\_\_ eine Begrenzung der Derivate auf 10% vereinbart wurde.

#### **E. 4.4.6**

Zusammenfassend steht fest, dass alle drei Kunden des Beschuldigten keine Buy-and-hold-Strategie, sondern eine Tradingstrategie verfolgten, die zwar hohe Gewinne erlaubte, indessen auch erhebliche Risiken beinhaltete. 5. Zusammenfassung der gemäss Anklage begangenen Pflichtverletzungen

#### **E. 4.5**

Abgesehen von der Würdigung der Aussagen von B.\_\_\_\_\_ bezüglich Vertragsinhalt ist zu berücksichtigen, dass die hier eingeklagten fehlbaren Handlungen im Jahre 2004 stattfanden, zu einem Zeitpunkt also, als das Bundesgericht in der Frage betreffend Retrozessionen noch nicht seine Leitentscheide BGE 132 III 460 und BGE 137 III 393 gefällt hatte. Im massgeblichen Urteil vom 22. März 2006 (BGE 132 III 460) hatte sich das Bundesgericht mit der Frage der Gültigkeit eines stillschweigenden Verzichts auf Retrozessionen auseinandergesetzt, wobei es sich erst im Urteil vom 29. August 2011 (BGE 137 III 393) über die Anforderungen an einen gültigen expliziten Verzicht äusserte und es im selben Entscheid insbesondere festhielt, dass in der Lehre über die konkreten Anforderungen an

- 71 - die Information des Auftraggebers für einen gültigen Verzicht auf die Ablieferung Uneinigkeit herrsche.

#### **E. 4.6**

Ob es sich bei der Unterlassung der Rechenschaftsablegung und Nichtweiterleitung der Retrozessionen um eine strafrechtlich relevante Pflichtverletzung handelt, wurde in der Literatur selbst nach dem ersten Leitentscheid des Bundesgerichtes und damit Jahre nach der hier zur Diskussion stehenden Zeitspanne August bis November 2004 unterschiedlich beantwortet (vgl. Entscheid dieser Kammer SB150207 vom 3. Februar 2016 mit den entsprechenden Hinweisen in E. III. 1.3.: nämlich bejahend: Eliane Hiestand, Strafrechtliche Risiken von Vergütungszahlungen [Retrozessionen etc.] im Vermögensverwaltungsgeschäft, Diss. Zürich 2014, S. 182 m.w.H., Andreas Donatsch, Simone Zuberbühler, Strafrechtliche Fallgruben für Treuhänder, in: Vermögensverwaltung II, hrsg. Peter Isler/ Romeo Cerutti, Zürich 2009, S. 96, Renate Schwob, Retrozessionen: Betrachtungen zur strafrechtlichen Relevanz für eine Bank, ZStrR 130 [2012] S. 134, ablehnend: vgl. Schubarth, "Retrozessionen und Ungetreue Geschäftsbesorgung" in: Anlagerecht, Basel 2007, S. 167 ff., Susan Emmenegger, Anlagerechte: Retrozessionen im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: Anlagerecht, Schweizerische Bankrechtstagung 2007, hrsg. von Susan Emmenegger, Basel 2007, S. 99, vgl. dazu auch den aktuellen Entscheid des Bundesgerichtes 6B\_689/2016 vom 14. August 2018 zur Publikation vorgesehen).

#### **E. 4.7**

Diese - jedenfalls im Zeitpunkt des eingeklagten Deliktszeitraums herrschende - unklare Rechtslage ist in strafrechtlicher Hinsicht nicht ohne Belang. In subjektiver Hinsicht ist zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte in Ziff. 3 des dem Privatkläger B.\_\_\_\_\_ unterbreiteten Entwurfes des Vermögensverwaltungsvertrages die Retrozessionen

ausdrücklich erwähnte und diesbezüglich einen Verzicht des Kunden auf deren Weitergabe aufnahm. Unbestritten ist, dass der Beschuldigte die Vermögensverwaltungstätigkeit im Einverständnis des Privatklägers B.\_\_\_\_\_ aufnahm, obschon jener den Vertrag noch nicht unterzeichnet hatte. Es trifft zwar zu, dass die in Ziff. 3 erwähnte Regelung - wie die oben erwähnten später ergangenen Bundesgerichtsentscheide klarstellten - zivilrechtlich den für die Gültigkeit eines Verzichts gestellten Anforderungen nicht genügt. Dies ändert

- 72 - indessen nichts daran, dass der Beschuldigte gestützt auf die vertraglich vorge-sehene Regelung von der Gültigkeit des Verzichts des Kunden (hier des Privat- klägers B.\_\_\_\_\_) auf die Aushändigung der erwirtschafteten Retrozessionen aus- gehen durfte. Angesichts der erst später durch die Rechtsprechung erfolgten Klarstellung, kann dem Beschuldigten auch nicht zum (strafrechtlichen) Vorwurf gereichen, dass er - wie die Anklagebehörde vorbringt (vgl. Urk. 42 S. 15) - zuvor schon von anderen Kunden diesbezüglich zur Rede gestellt worden war.

#### **E. 4.8**

Zusammenfassend kann dem Beschuldigten aufgrund des Gesagten ge- stützt auf den Grundsatz "in dubio pro reo" nicht vorgeworfen werden, an die Gül- tigkeit seiner - wie er annehmen konnte - dem Privatkläger bekannten und im Ver- trag formulierten Verzichtserklärung geglaubt zu haben, dies insbesondere auch deshalb, weil selbst ein Teil der Lehre - wie das Bundesgericht noch im Urteil vom 29. August 2011 festhielt - die Ansicht vertrat, dass eine ausdrückliche Verzichts- klausel ohne Kenntnis der genauen oder auch nur ungefähren Höhe der Retro- zessionen genügt (vgl. BGE 137 III 393 E. 2.2. m.w.H.). Damit unterlag der Be- schuldigte einem unvermeidbaren Rechtsirrtum, wonach der Privatkläger B.\_\_\_\_\_ gültig auf die Retrozessionen verzichtet habe. Im Übrigen erwog das Bundesge- richt in einem aktuellen Entscheid, dass die Berufung auf guten Glauben für Handlungen vor dem 22. März 2006 (Datum Entscheid BGE 132 III 460) - wie sie hier vorliegen - Berücksichtigung finden kann (vgl. Entscheid des Bundesgerich- tes 6B\_689/2016 vom 14. August 2018, zur Publikation vorgesehen, E 3.4.).

#### **E. 4.9**

Nachdem im vorinstanzlichen Dispositiv ein Schuldspruch wegen mehrfa- cher qualifizierter Veruntreuung im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 und Ziff. 2 StGB Aufnahme fand, hat diesbezüglich ein Freispruch zu erfolgen (vgl. dazu BGE 142 IV 378), wobei der Beschuldigte hinsichtlich dieses Anklagepunktes (Anklage lit. C) auch vom Vorwurf der (eventualiter eingeklagten) ungetreuen Ge- schäftsbesorgung im Sinne von Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 und 3 StGB frei zu spre- chen ist.

- 73 - VIII. Fazit Die oben aufgeführten Erwägungen führen zu einem vollumfänglichen Freispruch des Beschuldigten. Demgemäss ist er von den Vorwürfen der mehrfachen qualifi- zierten ungetreuen Geschäftsbesorgung im Sinne von Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 und 3 StGB und der mehrfachen qualifizierten Veruntreuung im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 und Ziff. 2 StGB freizusprechen. IX. Zivilansprüche Das Gericht entscheidet über die anhängig gemachte Zivilklage, wenn es den be- schuldigten freispricht und der Sachverhalt spruchreif ist (Art. 126 Abs. 1 lit. b StPO). Ist der Sachverhalt hingegen nicht spruchreif und wird der Beschuldigte freigesprochen, so ist die Zivilklage auf den Zivilweg zu verwiesen (Art. 126 Abs. 2 lit. d StPO). Da der Beschuldigte - wie soeben dargelegt - vollumfänglich freizusprechen ist und sich der Sachverhalt nicht als spruchreif erweist, ist die Zivilklage des Privat- klägers B.\_\_\_\_\_ in Anwendung von Art. 126 Abs. 2 lit. d StPO

auf den Zivilweg zu verweisen. X. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Kosten der ersten Instanz

## **E. 5**

Anwendbares Strafprozessrecht

### **E. 5.1**

Wie bereits oben präzisiert wurde, wird die in der Anklage unter dem Titel "Übersicht und Ablauf der Vermögensverwaltung" mit Bezug auf die Kunden E.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ aufgeführte Überschreitung der Beschränkung der Derivate auf 10% vom Anklagevorwurf nicht erfasst. Der Vollständigkeit halber ist dazu noch folgendes auszuführen:

#### **E. 5.1.1**

Eine Begrenzung der Derivate auf 10% zwischen der D.\_\_\_\_\_ GmbH des Beschuldigten und dem Privatkläger B.\_\_\_\_\_ konnte, wie oben gezeigt, nicht erstellt werden und steht damit nicht mehr zur Debatte.

#### **E. 5.1.2**

Unbestritten ist, dass der schriftliche Vermögensverwaltungsvertrag mit der Kundin E.\_\_\_\_\_ eine Beschränkung der Derivate auf 10% vorsah (vgl. Ordner 12/20 Urk. 220126 ff, insbesondere Urk. 220132: "Anlagepolitik"). Offen zu lassen ist, ob eine mündliche Vereinbarung zu einer Änderung der Anlagepolitik, nament-

- 36 - lich zur Aufhebung der 10% Beschränkung bei Derivaten, kam, wie dies der Beschuldigte behauptet hatte (vgl. 210076, 210081 ff.; vgl. oben bei der Würdigung der Aussagen der Kundin E.\_\_\_\_\_). Denn die Verteidigung stellte in Abrede, dass diese Beschränkung vorliegend missachtet wurde (vgl. 115 S. 100 f.), zumal die Anklageschrift unzutreffend nicht den Prozentsatz des anvertrauten Vermögens, sondern den Prozentsatz aller Transaktionen (53,43% der gesamthaft getätigten Transaktionen; vgl. Anklage S. 18 Ziff. 49) erwähne. Diese Rüge der Verteidigung wurde von der Staatsanwältin an der Berufungsverhandlung nicht substantiiert widerlegt. Wenn die Staatsanwältin ausführt, es sei egal, ob man die Beschränkung auf 10% des Vermögens oder auf 10% der ausgewählten Produkte beziehe (vgl. Prot. II S. 14), so ist ihr zu widersprechen und sie auf das Anklageprinzip hinzuweisen. Ob diesbezüglich eine Pflichtverletzung des Beschuldigten vorliegt, ist im Übrigen - ohne Expertise - auch nicht überprüfbar. Nachdem ohnehin für die Erfüllung des objektiven Tatbestandes von Art. 158 Ziff. 1 StGB ein Kausalzusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Schaden erforderlich ist, könnte die Nichteinhaltung dieser 10%-Regel vorliegend - selbst wenn eine solche vorläge - auch nicht von Belang sein, weil sie selbst nach Darstellung der Anklagebehörde nicht zu einem Schaden führte (vgl. Prot. II S. 19 und vorne Ziff. II. 2.2.1.).

#### **E. 5.2**

Im Übrigen wirft die Anklageschrift dem Beschuldigten folgende konkrete Pflichtverletzungen vor: - Verletzung der Treue- und Sorgfaltspflicht durch übermäßige Umschichtung der Anklagekonten der Kunden B.\_\_\_\_\_, C.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ - Verletzung der Treuepflicht durch mangelnde Transparenz gegenüber der Kundin C.\_\_\_\_\_ - Verletzung der Treue- und Sorgfaltspflicht durch wirtschaftlich sinnlose Transaktionen (Anklage S. 22 f. ab Ziff. 65 und Anhänge 4-6 der Anklage)

- 37 - 6. Zum Vorwurf der Verletzung der Treue- und Sorgfaltspflicht durch wirtschaftlich sinnlose Transaktionen

### **E. 5.3**

Im vorliegenden Verfahren ist damit das neue Prozessrecht (StPO) anwendbar, wobei für Fragen nach der Gültigkeit von Verfahrenshandlungen, die vor Inkrafttreten der StPO vorgenommen wurden, das alte kantonale Prozessrecht, namentlich die bis Ende 2010 gültige Fassung der Strafprozessordnung des Kantons Zürich (StPO ZH) massgebend ist.

### **E. 6**

Vorhandene Beweismittel und deren Verwertbarkeit

#### **E. 6.1**

Die Anklage wirft dem Beschuldigten vor, zwecks Generieren von erhöhten Einnahmen und damit in Verletzung seiner auftragsrechtlichen Sorgfalts- und Treuepflicht, bei den Kunden E.\_\_\_\_\_, B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ eine Vielzahl von aus Kundensicht unnötigen und wirtschaftlich keinen Sinn ergebenden Börsentransaktionen ausgeführt zu haben. Die Transaktionen, die nach Darstellung der Anklageschrift weder durch den Kursverlauf noch durch sonstige kursbeeinflussende Ereignisse angezeigt gewesen sein sollen und zudem unter Berücksichtigung der vereinbarten Anlagestrategie wirtschaftlich keinen Sinn ergeben hätten, sind in der Anklageschrift in den Anhängen 4 (betreffend C.\_\_\_\_\_: Tatzeitraum 5.8.2004 bis 2.12.2004), 5 (betreffend B.\_\_\_\_\_: Tatzeitraum 25.6. bis 12.11.2004) und 6 (betreffend E.\_\_\_\_\_: Tatzeitraum 1.11.2004 bis 15.4.2005) im Einzelnen aufgeführt (vgl. Anklageschrift S. 22 f. und Anhänge Urk. 030059 - 030092).

#### **E. 6.2**

Die frühere Verteidigung nahm zu diesen Vorwürfen an der Hauptverhandlung vor Vorinstanz detailliert Stellung. In ihrem Plädoyer sind diesen Vorwürfen sechs Seiten gewidmet (vgl. Urk. 45 S. 58 ff.). Weiter werden die durch die Staatsanwaltschaft in den Anhängen 4, 5 und 6 der Anklageschrift bemängelten „Transaktionsblocks“ in drei mehrseitigen separaten Beilagen zum Plädoyer nebst allgemeinen Vorbemerkungen und einer grundlegenden Kritik umfangreich einer Einzelanalyse unterzogen (vgl. Urk. 46/6 betreffend „Transaktionsblocks“ C.\_\_\_\_\_: 51 Seiten, 46/7 betreffend „Transaktionsblocks“ E.\_\_\_\_\_: 41 Seiten und 46/8 betreffend „Transaktionsblocks“ B.\_\_\_\_\_: 56 Seiten).

#### **E. 6.3**

Die Vorinstanz äusserte sich dazu in ihrem Entscheid auf knapp 1 ½ Seiten (vgl. Urk. 57 S. 51 f.). Zum Ganzen führte sie wörtlich aus: „fa) Unterzieht man die in den Anhängen 4 - 6 der Anklage aufgeführten, dem Beschuldigten in mehreren Einvernahmen detailliert vorgehaltenen Transaktionen einer eingehenden Betrachtung, ist festzustellen, dass diese sich jeweils effektiv entgegenstehen, so dass ein wirtschaftlicher Sinn darin entgegen der Ansicht der Verteidigung (act. 45 S. 58 ff.) nicht ersichtlich ist. Entgegen des Einwands der Verteidigung (act. 45 S. 61) wurde seitens der Staatsanwaltschaft nicht einfach gewissermassen willkürlich ein Teil der Transaktionen herausgepickt. Vielmehr beschränkte sich die Staatsanwaltschaft hierbei in den Anhängen 4 - 6 der Anklage auf Geschäfte, in denen die wirt-

- 38 - schaftliche Sinnlosigkeit ins Auge springt. Angemerkt sei, dass die seitens der Verteidigung als Beilagen eingereichten Anmerkungen (46/6-8) diesen Eindruck nicht zu

widerlegen vermögen, stehen doch diese jeweils gegenläufigen Geschäfte insbesondere der vom Beschuldigten selbst genannten, von ihm damals verfolgten Handelsstrategie nahe an den Marktentwicklungen entgegen. Unerheblich ist entgegen der Ansicht der Verteidigung auch (act. 45 S. 62), wenn die Staatsanwaltschaft von Valutadaten statt von Handelsdaten ausging. An der Tatsache der Gegenläufigkeit der Transaktionen vermag dies nichts zu ändern. Dasselbe gilt für die Frage, ob Transaktionen, die am gleichen Tag ausgeführt wurden, gleichzeitig oder um einige Stunden verschoben veranlasst wurden. Wurde ein früheres Geschäft nicht beendet, liefen die Geschäfte gegenläufig weiter, bisweilen über Tage oder Wochen. Auch wenn im Übrigen im selben Zeitraum noch für die jeweiligen Geschädigten weitere Geschäfte getätigt wurden, denen der wirtschaftliche Sinn nicht ohne Weiteres abgesprochen werden kann, so ändert dies nichts am fehlenden Sinn der in den Anhängen 4 - 6 der Anklage aufgeführten Geschäfte. fb) Der Beschuldigte machte auf entsprechende Vorhalte jeweils geltend, es sei bei diesen Geschäften stets darum gegangen, erwartete Marktbewegungen auszunutzen. Dem steht jedoch entgegen, dass er häufig mit mehreren Geschäften gegenläufig spekulierte, also gleichzeitig auf steigende und sinkende Kurse z.B. einer gewissen Währung, ohne zuvor das gegenläufige Geschäft durch Verkauf zu beenden. Auch unter der Prämisse betrachtet, eine Handelsstrategie durch marktnahe Geschäftstätigkeit zu betreiben, ergeben derartige Geschäfte keinen Sinn. Allein bezüglich der Kursschwankungen bewirken derartige gegenläufige Geschäfte - je nach eingesetzten Beträgen - zwangsläufig mehr oder weniger ein Nullsummenspiel, während sie aber stets kommissionsrelevant sind. fc) Dass wirtschaftlich sinnlose Transaktionen die Treue- und Sorgfaltspflicht des Beschuldigten als Auftragsnehmer verletzen, ist daher zu bejahen. Die Verletzung der auftragsrechtlichen Treue- und Sorgfaltspflicht durch wirtschaftlich sinnlose Transaktionen gemäss Ziff. B.VI.65.-68. der Anklage ist somit erstellt."

#### **E. 6.4**

Unerfindlich ist, wie die Vorinstanz in ihren knappen Erwägungen von einer „eingehenden Betrachtung“ sprechen kann. Die oben im Originalwortlaut wieder gegebenen Erwägungen zeigen deutlich, dass die Vorinstanz bei der Würdigung dieser Anklagevorwürfe sich überhaupt nicht mit den umfangreichen und teils präzisen Ausführungen der Verteidigung auseinandersetzte. Weder begründete sie - dort wo sie überhaupt Stellung bezog -, weshalb die von der Verteidigung geäußerte grundlegende Kritik unzutreffend sein soll (vgl. z.B. allgemeine Kritik in Urk. 46/6 S. 2: „Die StA führt nur 50% aller Transaktionen auf. Die Transaktionen werden auf den ‚Transaktionsblocks‘ mit den Valutadaten aufgeführt. Diese Darstellungsweise verfälscht den

- 39 - korrekten Überblick über die jeweils bestehenden offenen Positionen, da nicht alle Transaktionen mit dem gleichen Abstand zwischen Abschlussdatum und Valutadatum gehandelt wurden. Optionen in CHF: 3 Tage, Optionen in Euros: 2 Tage, DAX + SMI Futures: 1 Tag. Voraussetzung für eine Analyse ist die korrekte Aufzeichnung der Transaktionen, u.a. mit den jeweiligen Handelstagen. Die Transaktionen sind von der StA isoliert dargestellt und vermitteln ein falsches Gesamtbild, indem die StA nicht berücksichtigt, dass Positionen in verschiedenen Titeln einen Bezug zueinander haben. Z.B. werden Cross rate Positionen ignoriert.“ Dazu die Vorinstanz: „Unerheblich ist entgegen der Ansicht der Verteidigung..., wenn die Staatsanwaltschaft von Valutadaten statt von Handelsdaten ausging.“ (vgl. Urk. 57 S. 51), noch kümmerte sich die Vorinstanz darum, dass die Verteidigung bei diversen „Transaktionsblocks“ gerügt hatte, dass diese in den

Anhängen gar nicht korrekt erfasst wurden bzw. die in den Anhängen daraus gezogenen Schlüsse falsch sind (vgl. Urk. 46/6, 46/7 und 46/8, lediglich beispielhaft sei die folgende Kritik der Verteidigung aufgeführt, z.B. in Urk. 46/6 S. 2: "Auf den "Transaktionsblock Nr. 14 und Nr. 16 sind 7 Transaktionen als "Put" anstatt als "Call" aufgelistet und kommentiert." Weiter z.B. zu Transaktionsblock 5 betreffend C.\_\_\_\_\_ (vgl. Urk. 46/6 S. 25): „Die Valorenummer 1 war keine Put-Option auf 4 ¼ TSY Treasury Bonds, sondern ein „Interest Put Warrant“, wie auf den Abrechnungen und den Vermö- gensausweisen der G.\_\_\_\_\_ eindeutig angegeben. Beide Instrumente gehen in die gleiche Rich- tung, d.h. beide Instrumente profitieren von sinkenden Zinsen. Die Behauptung der StA, dass die Instrumente in entgegengesetzte Richtung gehen, ist falsch.“ Weiter in Urk. 46/6 S. 3: "Die verschiedenen Schlussfolgerungen der StA entsprechen nicht dem damaligen Sachverhalt. Die StA ignoriert in ihrer Analyse die ständig sehr hohe Liquidität im Depot. Der Depotwert war zwi- schen 25% - 65%, die meiste Zeit ca. 40%, auf Kontokorrent und Call-Gelder parkiert, und damit frei "Courtage zu generieren". Dies widerspricht der These der StA, "generieren von Courtage" sei das Ziel der Verwaltung gewesen." Weiter in Urk. 46/6 S. 3: "Transaktionen vom "Transakti- onsblock 2" führt die StA nochmals auf "Transaktionsblock 3" und "Transaktionsblock 4" auf." Weiter in Urk. 46/6 S. 3: "A.\_\_\_\_\_ tätigte für sein Privatkonto eine fast 6 x höhere Anzahl Transaktionen wie die D.\_\_\_\_\_ GmbH für Dr. C.\_\_\_\_\_."). Nachdem die Vorinstanz auf die konkreten Einwände der Verteidigung in den Urk. 46/6, 46/7 und 46/8 nicht ein- geht, ist nicht ersichtlich, worauf sie die pauschale Schlussfolgerung stützen kann, die Gegenläufigkeit sämtlicher eingeklagten Transaktionen sei eine Tatsache. Ebenso wenig ist die Feststellung der Vorinstanz nachvollziehbar, die Staatsan- waltschaft hätte sich in den Anhängen 4 - 6 der Anklage auf Geschäfte be- schränkt, in denen die wirtschaftliche Sinnlosigkeit ins Auge springe, womit sie die Rüge der Verteidigung, seitens der Staatsanwaltschaft sei willkürlich ein Teil der - 40 - Transaktionen herausgepickt worden (vgl. Urk. 45 S. 61) mit einer unbegründeten Behauptung ausräumen will. Unerfindlich ist sodann, inwiefern die vom Beschul- digten avisierte Ausnützung von erwarteten Marktbewegungen nicht auch gegen- läufige Geschäfte zugelassen haben soll. Denn der Beschuldigte hat in seinen Einvernahmen wiederholt auf entsprechende Vorhalte geltend gemacht, er habe nicht gleichzeitig, sondern zeitlich verschoben, mithin in Berücksichtigung der je- weiligen Marktentwicklung, solche Geschäfte abgeschlossen. Bei diesem Stand der Dinge kann im Übrigen das oben schon erwähnte Vorbringen der Verteidi- gung nicht als abwegig bezeichnet werden, es komme bei der Beurteilung solcher Geschäfte nicht auf das Valutadatum - wovon die Transaktionsaufzeichnungen in den Anhängen 4 - 6 der Anklage ausgehen -, sondern vielmehr auf das Ab- schlussdatum nämlich den Handelstag an.

## **E. 6.5**

Die Ausführungen zeigen, dass die Vorinstanz zu den oben aufgeführten Anklagevorwürfen zum Teil ohne Auseinandersetzung mit den konkreten und de- taillierten Vorbringen der Verteidigung und ohne (jedenfalls ohne nachvollzieh- bare) Begründung die Behauptungen der Anklagebehörde übernahm und gestützt darauf das Urteil sprach. Diese Vorgehensweise ist in zweifacher Hinsicht unzu- lässig. Zum einen bedeutet sie eine Missachtung des rechtlichen Gehörs, zum anderen übersieht sie, dass die Beantwortung der Frage, ob es sich bei den in den Anhängen 4 - 6 der Anklageschrift aufgeführten Transaktionen um aus Kun- densicht unnötigen und wirtschaftlich keinen Sinn ergebenden Börsentransaktio- nen handelt, Fachwissen erfordert bzw. voraussetzt.

### **E. 6.5.1**

Art. 182 StPO schreibt u.a. den Gerichten vor, sachverständige Personen beizuziehen, wenn sie nicht über die besonderen Kenntnisse und Fähigkeiten verfügen, die zur Feststellung oder Beurteilung eines Sachverhaltes erforderlich sind. Art. 182 StPO ist in dem Sinne zwingend, dass sachverständige Personen beigezogen werden müssen, wenn zur Beurteilung eines Sachverhalts besonderes Wissen aus einem Gebiet ausserhalb des Rechts erforderlich ist (vgl. N. Schmid, StPO Praxiskommentar, 2. Auflage, Zürich / St. Gallen 2013, Art. 182 N 3). Regelmässig ungenügend ist, wenn der Staatsanwalt oder ein Richter auf Grund früherer Studien oder sonstwie angeeigneter besonderer Kenntnisse an sich nicht auf ein Gutachten angewiesen wäre. Denn beim Gutachten geht es auch darum, besondere Sachverhalte nicht nur für die Strafbehörde, sondern für alle Verfahrensbeteiligten sowie für die später mit der Sache befassten Instanzen fachkundig zu beurteilen (vgl. N. Schmid, StPO Praxiskommentar, 2. Auflage, Zürich / St. Gallen 2013, Art. 182 N 4).

### **E. 6.5.2**

Die Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich (Wirtschaftsdelikte) hat zwar fachkundige Personen zur Seite. Die in Zusammenarbeit mit diesen Personen vorgenommenen Abklärungen und Beurteilungen stellen - wie schon oben dargestellt - indessen lediglich Parteibehauptungen dar. Der vorhandene Sachverstand dieser Behörde bzw. deren sachkundigen Mitarbeitern ändert damit nichts daran, dass zur Feststellung oder Beurteilung des Sachverhaltes eine unabhängige und prozessual korrekt instruierte sachverständige Person beizuziehen gewesen wäre. Dasselbe gilt mit Bezug auf allenfalls vorhandenes Sachwissen seitens der Vorinstanz.

### **E. 6.5.3**

Dass die Staatsanwaltschaft im Berufungsverfahren sich auf den Standpunkt stellte, Sachverständigenwissen sei nicht erforderlich (vgl. Urk. 98), erstaunt doch angesichts der Tatsache, dass dieser Behörde verschiedene Sachverständige zur Seite stehen, die nicht nur Berichte verfassen, sondern - wie hier geschehen - auch bei den durchzuführenden Befragungen tätig sind. Dies ist aber - wie dargetan - auch nicht massgebend. Immerhin kann hier in diesem Zusammenhang nicht unerwähnt bleiben, dass selbst die Vertreterin der Anklagebehörde, die während der ganzen Untersuchung fachkundig begleitet wurde, vor Vorinstanz offenbar dennoch auf "fremde" Unterstützung angewiesen war, um zu den Ausführungen der Verteidigung zu den (hier allein interessierenden) in den Anhängen 4 - 6 der Anklage aufgeführten Transaktionen Stellung zu nehmen. Denn sonst hätte sie wohl kaum darum ersucht, dazu den bei dieser Behörde angestellten Revisor und Banken/Börsenspezialisten F.\_\_\_\_\_ (mithin "ihren" Sachverständigen) plädieren zu lassen, was freilich richtigerweise nicht gestattet wurde (vgl. Prot. I S. 13). Auch der Vertreter des Privatklägers stellte sich im Berufungsverfahren auf den Standpunkt, dass die sich stellenden Fragen kein Sachverständigenwissen erforderten (vgl. Urk. 100). Auch hier sei in Erinnerung gerufen, dass

- 42 - es derselbe Vertreter (Rechtsanwalt Dr. Y.\_\_\_\_\_) war, der früher selber Antrag auf Einholung eines unabhängigen Gutachtens gestellt hatte (Ordner 9/20 Urk. 160008 f., Ziff. 5). Weiter sei darauf hingewiesen, dass auch Rechtsanwalt Prof. Dr. Z.\_\_\_\_\_, LL.M., ebenfalls Vertreter des Privatklägers B.\_\_\_\_\_, im Hinblick auf die Hauptverhandlung vor Vorinstanz selber (aber in anderem Zusammenhang) ein Kurzgutachten einholte (vgl. Urk.

38 S. 10 und 39/3). All das zeigt in optima forma die Notwendigkeit von fachkundiger Unterstützung für die Beurteilung der in den Anhängen 4 - 6 der Anklage aufgeführten Transaktionen auf.

#### **E. 6.5.4**

Die (aktuelle) Verteidigung stellte sich u.a. auf den Standpunkt, eine Abklärung der Handelstätigkeit des Beschuldigten durch Einholung eines Sachverständigengutachtens sei zwar erforderlich, indessen nunmehr zufolge Zeitablaufs nicht mehr möglich (vgl. Urk. 102 S. 9). Im Plädoyer zur Berufungsverhandlung äusserte sich die Verteidigung in extenso zu den in den Anhängen 4 - 6 der Anklage aufgeführten Transaktionsblöcken und wiederholte bzw. erneuerte und konkretisierte zusätzlich die bereits vor Vorinstanz vorgebrachten Einwendungen (vgl. Urk. 110 ab S. 22 ff.). Im Hinblick auf die hier zur Beurteilung anstehenden Transaktionsblöcken in den Anhängen 4 - 6 der Anklage liess der Beschuldigte insbesondere geltend machen, es sei u.a. schlichtweg unmöglich zu beurteilen, ob die Kauf- und Verkaufsentscheidungen sinnvoll waren oder nicht, weil die Staatsanwaltschaft die falschen Transaktionszeiten mittels Valutadaten verwendet habe (vgl. Urk. 110 S. 28 Rz 100). Weiter bemängelte die Verteidigung die Auswahl der einzelnen Transaktionen sowie die Bildung der Transaktionsblöcke, bei welchen es u.a. auch zur Mehrfachverwendung einiger unter Weglassung anderer Transaktionen gekommen sei (vgl. Urk. 110 S. 30 Rz. 107 und 108). Nebst dieser als willkürlich und nicht nachvollziehbar bezeichneten Vorgehensweise der Anklagebehörde, prangerte die Verteidigung die viele Fehler aufweisenden Auflistungen samt den vorgenommenen falschen Interpretationen an (vgl. Urk. 110 S. 30 Rz 110 unter Hinweis auf die Ausführungen in den Urk. 46/6-8). Diese Kritik konkretisierte sie, indem sie Beispiele aus den Transaktionsblöcken C.\_\_\_\_\_ (Urk. 110 S. 31 - 34 ab Rz 111 ff.) und E.\_\_\_\_\_ (Urk. 110 S. 34 f., ab Rz 123) nannte und detaillierte Ausführungen zu den Transaktionsblöcken in Zusammenhang mit den Währungsgeschäften vorbrachte (vgl. Urk. 110 S. 35 - 41 ab Rz129

- 43 - ff). Zusammenfassend hält die Verteidigung dafür, aus den unübersichtlichen, unvollständigen und fehlerhaften Transaktionsblöcken der Staatsanwaltschaft ergäbe sich absolut nichts, was man dem Beschuldigten vorwerfen könne. Zuerst sei ein Grossteil der Transaktionen willkürlich weggelassen worden, um sodann den Rest willkürlich zusammenzustellen. Auf dieser Basis könne die Handelstätigkeit unmöglich als sinnlos bezeichnet werden. Sodann würden die Blöcke diverse entscheidende Fehler aufweisen, indem Käufe und Verkäufe sowie Put- und Call-Positionen verwechselt worden seien. Darüber hinaus mache ein Zusammenfassen und Beurteilen von Transaktionen, losgelöst von politischen und wirtschaftlichen Ereignissen, keinen Sinn, weil der vom Beschuldigten verfolgte Handelsansatz komplett ignoriert werde (vgl. Urk. 110 S. 41 Rz 153 f.).

#### **E. 6.5.5**

Die Staatsanwaltschaft erwiderte die Kritik der Verteidigung an der Berufungsverhandlung indem sie an ihren Ausführungen zu ausgewählten Börsentransaktionen in den Anhängen 3 - 6 (recte 4 - 6) der Anklage vollumfänglich festhielt und bekräftigte, dass es sich dabei um wirtschaftlich sinnlose Transaktionen handelte. Weiter führte sie aus, der Börsenspezialist habe sämtliche Entgegnungen der Verteidigung überprüft. Kurz zusammengefasst resultiere daraus, dass die Vorbringen der Verteidigung einer näheren

Überprüfung nicht standhielten, sondern offenbarten - um es mit den Worten der Verteidigung auszudrücken - dass der Verfasser der betreffenden Bemerkungen keine Ahnung vom Optionenhandel habe (Urk. 117 S. 15 f.). Dazu reichte sie eine Stellungnahme zu den wesentlichen Entgegnungen betreffend die sog. Transaktionsblöcke zu den Akten (vgl. Urk. 118/1 - 3).

#### **E. 6.5.6**

Es ist evident, dass die Beurteilung der durch den Beschuldigten vorgenommenen Transaktionen und der gemäss Anklage in den Transaktionsblocks als sinnlos bezeichneten Trades (Anklage S. 22 Ziff. 65 f. und Anhänge 4 - 6 der Anklage) in jeder Hinsicht sachverständiges Wissen voraussetzen. Wie oben zitiert, werfen Verteidigung und Staatsanwaltschaft auch vor Berufungsgericht einander diesbezügliche Ahnungslosigkeit vor. Ohne Erstellung einer Expertise ist daher eine Beurteilung der gemäss Anklage lit. B. VI Ziff. 65 bis 68 erhobenen Vorwürfen der Treue- und Sorgfaltspflichtverletzung ebenso wenig möglich wie die Über-

- 44 - prüfung und Verifizierung der oben skizzierten Behauptungen der Verteidigung. Dass die auf Wirtschaftsstraffälle spezialisierte Anklagebehörde intern "Experten" beschäftigt und auf ihr Fachwissen während der Untersuchungsführung greifen kann, ändert nichts daran, denn die in der Anklage aufgenommenen Transaktionsblocks und die darin aufgeführten Schlussfolgerungen stellen keine Beweismittel im Sinne von Art. 139 ff. StPO dar, sondern lediglich Parteivorbringen. Dass die Staatsanwaltschaft die fraglichen Transaktionen dem Beschuldigten im Rahmen der Befragungen vorhielt, war nichts anderes als ihre Pflicht (vgl. Vorbringen in Urk. 98 S. 6 Ziff. 2.2). Wenn die Anklagebehörde dazu ausführt, dem Beschuldigten seien die Transaktionen gemäss Anhängen 4 bis 6 vom Börsenspezialisten der Staatsanwaltschaft vorgehalten worden (vgl. Urk. 98 S. 6), so räumt sie selber ein, dass die mit der Untersuchung betraute und für die Befragungen zuständige Staatsanwältin offenbar nicht in der Lage war, dies alleine zu tun, sondern vielmehr (wohl wegen fehlender Sachkunde) auf Hilfe angewiesen war. Wie die Anklagebehörde bei diesem Stand der Dinge gleichzeitig die Notwendigkeit von spezifischem Fachwissen verneinen konnte (vgl. Urk. 98 S. 6), bleibt damit ihr Geheimnis. Im Übrigen ist bei der hier diskutierten Problematik auch nicht von Relevanz, ob in den Einvernahmen entsprechende Vorhalte erfolgten oder nicht, sondern ob die Vorbringen des Beschuldigten und seiner Verteidigung einer von der Anklagebehörde unabhängigen fachkundigen Abklärung bedürfen. Nachdem der Beschuldigte weiter geltend machte, für sich selber solche Börsengeschäfte abgeschlossen zu haben, was aufgrund der Tatsache, dass seine Buchhaltung und seine Bankunterlagen zu den Akten erhoben wurden, ohne weiteres hätte verifiziert werden können, kann sein Vorbringen, will man ihm nicht unterstellen, die Vernichtung seines eigenen Vermögens beabsichtigt zu haben, nicht einfach ungeklärt bleiben.

#### **E. 6.6**

Es stellt sich mithin die Frage, ob solche fachkundige Abklärungen noch einzuholen sind. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass die gemäss Anklage aus Kundensicht unnötigen und wirtschaftlich keinen Sinn ergebenden Börsentransaktionen (Anklage S. 22 f. und Anhänge 4 - 6) im Zeitraum Juli 2004 bis April 2005 erfolgten, mithin vor beinahe 14 Jahren, so dass äusserst fraglich ist, ob von einem entsprechenden Auftrag (Gutachten) in allen Punkten

- 45 - noch Klärung erwartet werden kann. Von solchen Weiterungen ist im jetzigen Zeitpunkt aber auch deshalb abzusehen, weil sich in diesen Transaktionen nach Ansicht der Anklagebehörde bloss "exemplarisch" die zahlenmässig mittels der Analyse der Kennzahlen der Handelstätigkeit belegte übermässige Umschichtung der Depots der drei Geschädigten, mithin zusätzlich, manifestiert (vgl. Urk. 98 S. 5 unten) bzw. das Kriterium der wirtschaftlichen Sinnlosigkeit lediglich ein Gesichtspunkt von vielen bei der Gesamtbeurteilung der Handelstätigkeit darstellt (vgl. Urk. 98 S. 6 oben). Nach über 14-jähriger Verfahrensdauer ist weiter auch unter dem Blickwinkel des Beschleunigungsgebotes, nämlich dem Anspruch des Beschuldigten auf Abschluss des Verfahrens innert angemessener Frist auf die Einholung eines Gutachtens zu verzichten, zumal ein solcher Auftrag eine zusätzliche Verfahrensverzögerung bedeuten würde. Schliesslich lehnte auch jede Partei die Ausdehnung bzw. Ergänzung des Beweisverfahrens grundsätzlich ab (vgl. Urk. 98, 100 und 102). Damit erübrigt sich aber auch, auf den an der Berufungsverhandlung diesbezüglich gestellten Eventualbeweisanspruch (vgl. Urk. 117 S. 102 Rz 375) einzugehen.

#### **E. 6.7**

Gewiss ist von Belang, ob die in den Anhängen 4 - 6 der Anklage aufgeführten Transaktionen unnötig bzw. wirtschaftlich komplett sinnlos und damit den Interessen der Kunden zuwiderliefen. Diese Frage kann indessen ohne Sachkunde aufgrund der Akten und der diversen Parteivorbringen nicht einfach zulasten des Beschuldigten bejaht werden. Damit ist - entsprechend den Vorbringen der Verteidigung - zu Gunsten des Beschuldigten davon auszugehen, dass der Sachverhalt gemäss Anklage lit. B. VI und Anhänge 4 - 6 nicht erstellt ist, womit dem Beschuldigten diesbezüglich auch keine Verletzung der Treue- und Sorgfaltspflicht vorgeworfen werden kann. Gleichzeitig sind damit alle Einwände der Verteidigung zu diesem Anklagekomplex ohne Relevanz und es kann daher auch offengelassen werden, ob die entsprechenden Transaktionen in der Anklage überhaupt richtig erfasst wurden oder nicht.

- 46 - 7. Zum Vorwurf der Verletzung der Treue- und Sorgfaltspflicht durch übermässige Umschichtung der Anlagekonten der Kunden B.\_\_\_\_\_, C.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ (Anklage S. 19 ff. Ziff. IV)

#### **E. 7**

Auflage, 2010, § 19 N 20 unter Hinweis auf Noll, Schubarth und Honsell). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung genügt demgegenüber die Eventualabsicht (vgl. BGE 142 IV 346 E. 3.2 i.f.; vgl. auch PK StGB - Trechsel/Cramer Art. 158 N 16 unter Hinweis auf vor Art. 137 N 10 ff., insbesondere N 11: Absicht wird in einem weiteren Sinne verwendet und meint nicht die Identität von Handlungsziel und Verwirklichungswillen, weshalb die eventuelle Bereicherungsabsicht ausreichend ist). Unrechtmässig ist die Vermögensverschiebung dann, wenn diese im Widerspruch zur Rechtsordnung erfolgt ist. Hinsichtlich der Unrechtmässigkeit muss der Täter zumindest in Eventualabsicht handeln (vgl. BGE 105 IV 29 E. 3a i.f. = Pra 1979

- 24 - Nr. 87). Diese (Eventual-)Bereicherungsabsicht liegt dann vor, wenn der Täter in Kauf nimmt, dass er möglicherweise keinen Anspruch hat. Beim Entscheid über diese Absicht geht es um eine Beweisfrage. Was der Täter wusste, wollte und in Kauf nahm, betrifft nämlich sowohl beim (Eventual-)Vorsatz wie bei der (Eventual-)Absicht den inneren Sachverhalt und ist damit Tatfrage. 2. Zeitraum Tatbegehung / Verjährung

### **E. 7.1**

Die Anklage stützt ihren Vorwurf - nebst den Aussagen der Kunden E.\_\_\_\_\_, C.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ und den gesammelten Bank- und sonstigen Unterlagen - im Wesentlichen auf die Feststellungen und Schlussfolgerungen in den Berichten des dipl. Wirtschaftsführers I.\_\_\_\_\_ und der Betriebsökonomin FH J.\_\_\_\_\_, die auf derselben Amtsstelle (Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich) tätig sind. Dazu führte die Staatsanwältin an der Hauptverhandlung vor Vorinstanz aus, die Wirtschaftsprüfer der Staatsanwaltschaft hätten für alle drei Kunden aufgrund der Konto- und Depotauszüge der G.\_\_\_\_\_ eine lückenlose Zusammenstellung sämtlicher tatsächlich erfolgter Börsentransaktionen, deren Kosten und der Bankgebühren erstellt. Es handle sich nicht um Gutachten, die Berichte enthielten lediglich eine Zusammenstellung und rechnerische Auswertung der Zahlen, wie sie aus den Bankunterlagen der G.\_\_\_\_\_ hervorgingen. Mit den ermittelten Daten und Zahlen seien anschliessend Berechnungen vorgenommen worden, wobei es sich um einfache Rechengrundfunktionen (wie Addition, Multiplikation, Division) handle, die ohne Weiteres nachvollzogen werden könnten (vgl. Urk. 42 S. 4). Bezüglich des Hauptanklagevorwurfs der übermässigen Umschichtung der Kundendepots müsse zur Beurteilung der Frage, ob ein Vermögensverwalter mit einem Kundendepot Churning (bzw. „Spesenreiterei“) betrieben habe, eine Gesamtbeurteilung aller Umstände vorgenommen werden. In der schweizerischen und internationalen Rechtsprechung zum Bereich Churning seien in den letzten Jahrzehnten verschiedene Merkmale und Kennzeichen etabliert worden, die für die Beurteilung wesentlich seien (namentlich prozentuales Verhältnis der erhobenen Kommissionen zu den investierten Mitteln und Anteil der Kommissionen am Verlust; vgl. Urk. 42 S. 5 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung und die Publikation im EBK-JB 2007 S. 87). Genau nach diesen Kriterien habe das Wirtschaftsprüfer- team der Staatsanwaltschaft die ermittelten Zahlen analysiert und ausgewertet (vgl. Urk. 42 S. 5, vgl. auch Urk. 98 S. 2 ff.). Daran hielt die Anklagebehörde auch an der Berufungsverhandlung fest (vgl. Urk. 117 S. 6ff.)

- 47 -

### **E. 7.2**

Die Vorinstanz bezeichnete die seitens des Wirtschaftsprüfers und der Betriebsökonomin der Staatsanwaltschaft in ihren Berichten vom 5. Juli 2013 (Urk. 010001 ff.), 29. November 2013 (Urk. 010063 ff.) und 18. Februar 2014 (Urk. 010087 ff.) erhobenen Handels- und Vermögenszahlen - insbesondere die erfolgten Umschlagszahlen des Durchschnittskapitals - sowie deren Auswirkungen auf die notwendige Gewinnschwelle, um mit den erzielten Gewinnen die entstandenen Spesen decken zu können, ohne weitere Begründung als schlüssig, nachvollziehbar und überzeugend (vgl. Urk. 57 S. 39 betr. die Privatklägerin C.\_\_\_\_\_, Urk. 57 S. 40 betr. den Privatkläger B.\_\_\_\_\_ und Urk. 57 S. 43 betreffend die Geschädigte E.\_\_\_\_\_).

### **E. 7.3**

Die Verteidigung erhob an der Hauptverhandlung vor Vorinstanz diverse Einwände gegen diese Berichte.

#### **E. 7.3.1**

Der Beschuldigte liess geltend machen, sowohl bei seinen Kunden als auch bei seiner eigenen Anlagetätigkeit eine sogenannte "Trading Strategie" verfolgt zu haben. Dabei werde das Anlagevermögen verwaltet, indem durch die Ausnützung von kurzfristigen

Marktbewegungen versucht werde, eine erhöhte Rendite zu erzielen, was den häufigen Kauf und Verkauf der Anlagen erfordere (vgl. Urk. 45 S. 49). Die Trading Strategie stütze sich auf eine Analyse von politischen und wirtschaftlichen Ereignissen und Entwicklungen im Hinblick auf die Auswirkungen auf Wertschriften-, Devisen- und Rohstoffmärkte und auf einzelne Wertschriften, um Einstiegs- und Ausstiegssignale zu erkennen; dabei könne durchaus eine Kombination von Long/Short-Aktienpositionen, Long/Short-Währungen sowie Long/Short-Rohstoffen eingegangen werden. Für den wirtschaftlichen Erfolg für die Kunden sei bei einer Trading Strategie nicht die Höhe der Kommission entscheidend, sondern die richtige Einschätzung des Marktes durch den Vermögensverwalter (Urk. 45 S. 50 ff. unter Hinweis auf weitere mit der Trading Strategie tätigen Vermögensverwaltungsgesellschaften).

### **E. 7.3.2**

Die frühere Verteidigung bemängelte weiter die Behauptungen der Anklagebehörde, der Beschuldigte hätte bei den Kunden B.\_\_\_\_\_, E.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ Renditen von jährlich 40,74% bzw. 123,6% bzw. 50,4% bezogen auf das durchschnittliche Nettovermögen erwirtschaften müssen (vgl. Anklageziffern 40,

- 48 - 50, 30, 57, 58, 59, 60, 61 und 70) und bezeichnet die Berechnung dieser theoretisch zu erzielenden Rendite als falsch (vgl. Urk. 45 S. 59 f.). Wenn die Anklagebehörde auf das "durchschnittliche Vermögen" abstelle, um eine theoretische Rendite zu berechnen, so begehe sie einen Fehler; sie hätte vielmehr, wenn schon eine solche Renditeüberlegung gemacht werde, vom Umsatz ausgehen müssen. Überdies - so die Verteidigung weiter - hätte selbst in diesem Fall einer Berechnung mit Basisgrösse Umsatz noch die Hebelwirkung von einzelnen Instrumenten berücksichtigt werden müssen (was die Staatsanwaltschaft nie gemacht habe), woraus sich ergebe, dass bei einer kleinen Veränderung des Basiswertes der Wert des Finanzinstrumentes bedeutend stärker ansteige als der Basiswert; die Courtage werde aber nur auf dem Wert des Finanzprodukts berechnet. All dies habe die Staatsanwaltschaft nicht abgeklärt und insbesondere gehe die Staatsanwaltschaft entsprechend von völlig falschen Voraussetzungen aus. Falsch sei deshalb auch die Tabelle auf S. 20 der Anklage, bei Anklageziffer 57, bei der auf eine "notwendige Rendite" abgestellt werde. Im Ergebnis sei für den Erfolg der Verwaltung die richtige Einschätzung des Marktes und nicht die Höhe der Courtage entscheidend (vgl. Urk. 45 S. 60).

### **E. 7.3.3**

Ähnliche Kritik am vorinstanzlichen Urteil und am Standpunkt der Anklagebehörde äusserte die Verteidigung auch im Berufungsverfahren (vgl. Urk. 110 und 115). Stark zusammengefasst brachte sie unter Nennung von Beispielen und Hinweise auf entsprechende Fachliteratur vor, ein Blick in die Befragung des Beschuldigten vor der ersten Instanz zeige, dass das Gericht wie auch die Staatsanwaltschaft nicht verstanden hätten, wie der Handel mit Optionen bzw. Optionen auf Währungen funktioniere (vgl. Urk. 110 S. 6 ff. ab Rz 7). Weiter wiederholte die Verteidigung, die in der Anklage aufgeführte Renditeberechnung sei falsch, die gesamten angefallenen Spesen hätten ins Verhältnis zum gehandelten Kapital gesetzt werden müssen (vgl. Urk. 110 S. 10 ff. ab Rz 26). Bei der vom Beschuldigten ausgeübten Handelstätigkeit sei für den Einzelentscheid allein der Break-even der einzelnen Transaktion massgebend und nicht die Rendite, die notwendig sei, um die (allfällig) aufgelaufenen Verluste und früheren Kosten oder Spesen zu decken (vgl. Urk.

110 S. 13 Rz 38). Dass die erforderliche Rendite trotz gleichem Handelsansatz und trotz Handel mit ähnlichen Produkten, welche die gleichen

- 49 - Bankspesen verursachen, gemäss Staatsanwaltschaft einmal 40%, einmal 50% und einmal 123% betragen solle, beweise, dass die Berechnung nicht stimmen könne, wobei der Fehler daran liege, dass die Spesen zu Unrecht ins Verhältnis zum Vermögen gesetzt worden seien (vgl. Urk. 110 S. 13 f. Rz 42). Für die Beurteilung der Handelstätigkeit spiele sodann die Vermögensumschichtung absolut keine Rolle (vgl. Urk. 110 S. 14 ff. ab Rz 43), jedenfalls sage diese Kennzahl alleine absolut nichts darüber aus, ob die Handelstätigkeit pflichtgemäss gewesen sei oder nicht (vgl. Urk. 110 S. 16 Rz 54). Die Staatsanwaltschaft habe bei ihren Berechnungen aber auch nicht die noch vorhandene Liquidität, nämlich nicht berücksichtigt, dass der Beschuldigte Teile des von den Privatkägern investierten Kapitals gar nicht zu Transaktionszwecken verwendet habe (vgl. Urk. 110 S. 17 Rz 57). Die Verteidigung erläuterte anhand von diversen Beispielen den Handelsansatz des Beschuldigten, der auf die Ausnützung kurzfristiger Marktbewegungen gezielt habe, welche grundsätzlich kurzfristige Handelsstrategie auch eine längere Haltedauer gewisser Positionen nicht ausschliesse (vgl. Urk. 110 S. 22 ff. ab Rz 78). Für die Beurteilung, ob eine Transaktion sinnvoll sei oder nicht, seien im Rahmen dieser Handelsstrategie die genauen Kauf- und Verkaufsdaten (genaue Uhrzeit) relevant, welche indessen vorliegend durch die Staatsanwaltschaft nicht erhoben worden seien (vgl. Urk. 110 S. 25 ff. ab Rz 89). Zu guter Letzt warf die Verteidigung der Anklagebehörde tendenziöse Unterstellungen vor, namentlich tendenziös manipulierte Grafiken, falsche Zahlenbeispiele und die bewusste Verschweigung von realisierten Gewinnen vor (vgl. Urk. 110 S. 18 ff. ab Rz 60).

#### **E. 7.3.4**

Weiter machte die Verteidigung unter Aufzeichnung der Lehre zur Rechtsprechung und der dort abgehandelten objektiven Indizien betreffend Spesenreiterei geltend, bei allen Privatkägern sprächen sowohl die unter Anwendung der Commission-to-Equity-Rate, als auch unter Anwendung der Commission-to-Investment-Rate errechneten Kennzahlen klar gegen ein Indiz für Churning (vgl. Urk. 115 S. 81 ff.). Hinsichtlich des dritten objektiven Indizes des Anteiles an Day-Trades habe die Staatsanwaltschaft sämtliche Transaktionen bloss aufgrund des Valutadatums erhoben, anstatt auf die tatsächlichen Handelszeiten abzustellen, so dass sich nicht erstellen und auch nicht überprüfen lasse, wie viele Day-Trades tatsächlich stattgefunden hätten (vgl. Urk. 115 S. 83 f.). Dies lasse

- 50 - aus strafprozessualen Gründen und unter dem Aspekt von "in dubio pro reo" zwingend nur eine Schlussfolgerung zu, nämlich, dass auch dieses objektive Indiz nicht für Churning spreche (a.a.O.). Im Übrigen seien Day-Trades nicht per se unzulässig und solche hätten zu der von den Kunden gewünschten Handelstätigkeit des Beschuldigten dazu gehört.

#### **E. 7.4**

Unter dem hier zur Diskussion stehenden Vorwurf des Churning (Gebührenreiterei, Spesenschinderei) wird das dem Interesse des Kunden zuwiderlaufende häufige Umschichten eines Depots ohne wirtschaftlichen Grund verstanden, mit dem der Vermögensverwalter oder Broker Provisionen, Gebühren oder Kommissionen generieren kann. Bei dieser Vorgehensweise wird das betreute Anlagekonto unter Ausnutzung einer erteilten Vollmacht in sachwidriger Häufigkeit und Frequenz zu dem Zweck umgeschichtet,

den variablen handelsumsatzabhängigen Vergütungsanteil zu erhöhen, wodurch in der Regel innerhalb kurzer Zeit ein erheblicher Teil des eingesetzten Kapitals aufgezehrt und dem Anleger durch die Steigerung der Umschlagshäufigkeit die Chance entzogen wird, einen Gewinn zu erzielen (vgl. BGE 142 IV 346 E. 3.3 mit diversen Hinweisen). Das Bundesgericht hielt im Entscheid 142 IV 346 fest, objektives Merkmal von Churning sei das Vorliegen einer übermässigen Handelstätigkeit bzw. die überproportional häufige Umschichtung des Anlagekontos. Meist trete auch eine - nicht bloss durch Kursverluste bedingte - Verringerung des Kontovolumens beim Anleger ein. Indiz für eine übermässige Handelstätigkeit bilde eine besonders hohe Anzahl von Transaktionen innerhalb einer kurzen Zeitspanne (Day Trades). Dabei sei die Übermässigkeit des Handels an den Anlagezielen des Kunden, nämlich seiner Bereitschaft zu Risikogeschäften, zu messen. Churning liege jedenfalls dann vor, wenn das Anlageverhalten des Vermögensverwalters nicht mehr mit der Anlagestrategie und den Zielen des Anlegers übereinstimme bzw. nicht mehr von diesen gedeckt sei (BGE 142 IV 346 E. 3.3 am Ende mit Hinweisen auf Literatur). Das Bundesgericht hatte sich schon mehrfach mit dem Vorwurf des Churning zu befassen. Dabei wurde die Frage, ob bloss eine schlechte Geschäftsführung oder eine strafbare Spesenschinderei vorlag, anhand von Verhältniszahlen beurteilt

- 51 - (vgl. BGE 142 IV 346 E. 3 und 4 mit diversen Hinweisen; vgl. auch Entscheide des Bundesgerichtes 6B\_1070/2014 vom 14. Juli 2015 E. 1.3 und 1.4, 6P.37/2007 bzw. 6S.82/2007 vom 24. August 2007 E. A und 2.5.1, 6B\_10/2009 vom 6. Oktober 2009, E. 3.9, 6B\_697/2013 vom 21. Februar 2014, E. B.d und 3.2.1, 6S.410/2005 vom 7. Juni 2006, u.a. E. 15.4.6). Börsengeschäfte haben immer den wirtschaftlichen Grund der Gewinnerzielung. Beim Vorwurf der Spesenschinderei geht es um ein erhebliches Missverhältnis zwischen Kommissionen für den Vermögensverwalter einerseits und Verlusten des Kunden andererseits, welches auf eine wirtschaftlich nicht vertretbare Anzahl von getätigten Geschäften zurück zu führen ist. Dieses Missverhältnis ist stets im Rahmen einer Gesamtbeurteilung zu beurteilen, insbesondere einer gewissen Zeitspanne oder beispielsweise einer gewissen Anzahl von Kunden.

#### **E. 7.4.1**

Im Entscheid des Bundesgerichtes 6B\_697/2013 vom 21. Februar 2014 lagen die jährlichen Kommissionsbelastungen zwischen 5,01% und 26,24% des investierten Kapitals (vgl. E. b.d. und 3.2.1). In jenem Fall konnte nicht nachgewiesen werden, dass die Beschuldigten mehrere Transaktionen ohne jeden Anlass (oder Berechtigung) vorgenommen hatten, so dass ihnen nicht vorgeworfen werden konnte, Spesenschinderei betrieben zu haben. Dennoch wurde den Beschuldigten vorgeworfen, dass sie trotz Volatilität des Marktes mit der Strategie von Investitionen kurzer Dauer fortfuhren, ohne die damit verbundenen signifikanten Kommissionen zu berücksichtigen bzw. ohne die Kunden darüber aktiv zu informieren. So hätten die vielen Transaktionen zu übermässigen Kommissionen im Verhältnis zum investierten Kapital geführt. Gleichzeitig hielt das Bundesgericht unter Verweis auf Stoll (*Mélanges en l'honneur de François Dessemontet*, Lausanne 2009, S. 361) fest, dass sich die üblichen Kommissionssätze im Bereich von 0,3% - 1% des investierten Kapitals bewegten bzw. zwischen 7% - 15% des Gewinns. Das Bundesgericht gelangte zum Schluss, die Beschuldigten hätten damit ihre Pflicht verletzt, die Interessen ihrer Kunden zu wahren, so dass ihr Handeln als ungetreue Geschäftsbesorgung zu qualifizieren sei. Ohne Erfolg beriefen sich die Beschuldigten im Übrigen darauf, dass die Kunden über die einzelnen Trades, insbesondere auch der in

Abzug gebrachten Kommissionen infor-

- 52 - miert worden waren und dass die Kunden in den Kontostand Einsicht hatten (vgl. E. 3.2.1 letzter Absatz).

#### **E. 7.4.2**

In konstanter Rechtsprechung bestätigte das Bundesgericht, dass zur Beurteilung der Handelstätigkeit eines Vermögensverwalters eine Gesamtbetrachtung aller Umstände des gesamten Handelszeitraums vorgenommen werden muss, wobei die Umschlagszahlen des Durchschnittskapitals und die Auswirkungen der Bankgebühren bzw. Spesen und/oder Kommissionen auf die notwendige Gewinnsschwelle von Belang sind (vgl. u.a. BGE 142 IV 346 mit diversen Hinweisen).

#### **E. 7.4.3**

In den von I.\_\_\_\_\_ und J.\_\_\_\_\_ verfassten Berichten (vgl. Ordner 1/20 Urk. 010001 ff.) wurden anhand der einzelnen durch den Beschuldigten für die Kunden E.\_\_\_\_\_, C.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ unbestrittenermassen vorgenommenen Transaktionen (vgl. Urk. 41 S. 8 Befragung Beschuldigter vor Vorinstanz) die Verhältniszahlen nach der vom Bundesgericht als massgeblich bezeichneten Kriterien errechnet. Entsprechend der in den höchstrichterlichen Entscheiden aufgezeigten Vorgehensweise wurden in den erwähnten Berichten vorerst sämtliche Börsentransaktionen des Beschuldigten für die drei Kunden sowie sämtliche dadurch verursachten Bankspesen gemäss den zu den Akten erhobenen Abrechnungen der G.\_\_\_\_\_ erfasst (vgl. Anhänge 1 – 3 der Anklageschrift). Gestützt darauf wurde die Zahl des Break-even, d.h. die zur Deckung der Bankgebühren erforderliche Gewinnsschwelle errechnet, die sich aus dem Verhältnis der Bankgebühren zum durchschnittlichen monatlichen Vermögen der drei Geschädigten ergab. Dass die Gewinnsschwelle für den Anleger wegen der Bankspesen nach oben verschoben wird, weil letztere zuerst zurück verdient werden müssen, wurde in der Praxis wiederholt festgehalten. Mehrfach bestätigt wurde sodann, dass zwingend eine Gesamtbetrachtung der Handelstätigkeit vorzunehmen ist und die in der Vergangenheit entstandenen Unkosten ins Verhältnis zum vorhandenen Kapital zu setzen sind (vgl. BGE 142 IV 346 E. 4.2 Abs. 4 sowie Urteile des Bundesgerichts 6S.410/2005 und 6P.133/2005 E. 15.4.6; 6S.82/2007 E. 7.5.). Die Berechnungen der Wirtschaftsprüfer, deren Ergebnisse in die Anklageschrift Aufnahme fanden, ergaben, dass für den eingeklagten und damit hier einzig relevanten Zeitraum (jeweils auf ein Jahr hochgerechnet) bei der Privatklägerin C.\_\_\_\_\_

- 53 - die Depot-Wertsteigerung mehr als 50,4% (vgl. Ordner 1/20 Urk. 010003 bzw. 49,23% vgl. Urk. 010089), beim Privatkläger B.\_\_\_\_\_ mehr als 40,74% (vgl. Ordner 1/20 Urk. 010082) und bei der Geschädigten E.\_\_\_\_\_ mehr als 123,6% (vgl. Ordner 1/20 Urk. 010073) hätte betragen müssen, um die Investitionen des Beschuldigten erfolgreich zu machen. Die Sachverhaltsfeststellungen in diesen Berichten, die unter Anwendung der vom Bundesgericht als korrekt bezeichneten Kriterien erfolgten, lassen sich anhand der Kontoauszüge nachvollziehen und wurden im Übrigen nicht bestritten. Wie oben bereits festgehalten, führte die Handelsaktivität des Beschuldigten bei diesen drei Kunden zu erheblichen Verlusten, die allerdings - wie oben aufgeschlüsselt wurde - nur zum Teil auf die anfallenden Kosten bzw. Spesen entfielen, im Übrigen aber auf hohe Handelsverluste zurückzuführen waren (vgl. oben Ziff. V unbestrittener Sachverhalt).

#### **E. 7.4.4**

Korrekt hat demgemäss die Vorinstanz für ihre Beurteilung auf die in diesen Berichten ausgearbeiteten Berechnungen abgestellt. Der Beschuldigte hat im Übrigen die einzelnen vom Bericht erfassten Transaktionen nicht in Abrede gestellt, sondern deren Übermässigkeit (weil alles mit den Kunden abgesprochen worden sei; vgl. Ordner 10/20 Urk. 210300 zu Ziff. 77) bestritten und die Berichte der Wirtschaftsprüfer hauptsächlich hinsichtlich der Berechnungsmethode in Zweifel gezogen (vgl. u.a. Ordner 10/20 Urk. 210286), was auch dem Standpunkt seiner Verteidigung entspricht.

#### **E. 7.4.5**

Bereits die Vorinstanz hat sich mit diversen Rügen der (früheren bzw. damaligen) Verteidigung auseinandergesetzt und diese verworfen (vgl. Urk. 57 S. 45 ff.). Sie wurden im Berufungsverfahren erneut vorgetragen, so dass an dieser Stelle darauf einzugehen ist.

##### **E. 7.4.5.1**

Zutreffend hat die Vorinstanz erwogen, dass die Behauptung der (damaligen) Verteidigung, wonach der Umsatz massgebend sei für die Berechnung der theoretisch notwendig zu erzielenden Rendite um die Gewinnschwelle zu überschreiten, falsch ist (vgl. Urk. 57 S. 45), was sich im Übrigen auch schon aus der oben erwähnten auf die ständige Rechtsprechung gestützten Vorgehensweise ergibt. Wenn die Verteidigung im Berufungsverfahren die Renditeberechnung erneut als falsch bezeichnet, weil die gesamten angefallenen Spesen ins Verhältnis

- 54 - zum gehandelten Kapital (Handelsvolumen) hätten gesetzt werden müssen (vgl. Urk. 110 S. 10 ff. ab Rz 26), so widerspricht ihre Auffassung der oben dargelegten in der Rechtsprechung als richtig anerkannten Berechnungsweise und ist damit nicht korrekt.

##### **E. 7.4.5.2**

Unzutreffend ist sodann, dass bei der vom Beschuldigten ausgeübten Handelstätigkeit für den Einzelentscheid allein der Break-even der einzelnen Transaktion massgebend sei und nicht die Rendite, die notwendig sei, um die (allfällig) aufgelaufenen Verluste und früheren Kosten oder Spesen zu decken (vgl. Urk. 110 S. 13 Rz 38). Das Bundesgericht hat vielfach festgehalten, dass für die Beantwortung der Frage, ob ein übermässiges Umschlagen des Vermögens vorliegt, von einer Gesamtbetrachtung der Handelstätigkeit auszugehen ist. Denn die Pflichtwidrigkeit liege in der sachwidrigen Häufigkeit von Transaktionen, die für sich allein betrachtet nicht unangemessen sein müssten (vgl. BGE 142 IV 346 E. 4.2. Abs. 4). Wenn also die Verteidigung geltend macht, für die Entscheidung, einen bestimmten Titel zu kaufen und zu verkaufen sei stets der Break-even (Gewinnschwelle) des einzelnen Trades entscheidend (vgl. Urk. 110 S. 42 Rz 157), so trifft dies im Hinblick auf die Beurteilung des übermässigen Umschlagens nicht zu. In diesem Zusammenhang helfen dem Beschuldigten auch die verschiedenen Berechnungen von einzelnen Trades für die Kunden C.\_\_\_\_, E.\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_ (vgl. Urk. 109 S. 43 ff ab Rz 162) nicht weiter. Diese Sichtweise, die übrigens den Entscheiden dieser Kammer SB140492 und SB140493 zugrunde lag, wurde denn vom Bundesgericht im mehrfach zitierten Entscheid 142 IV 346 als falsch bezeichnet.

##### **E. 7.4.5.3**

Für die Beurteilung, ob eine übermässige Umschichtung der Anlagekonten vorliegt, ist aber auch irrelevant, dass die Transaktionen mit dem Valutadatum - statt mit dem Handelsdatum - erfasst wurden, denn dieses Kriterium berührt die Anzahl der Trades bzw.

der Umschichtung des Vermögens in keiner Weise.

#### **E. 7.4.5.4**

Es steht fest, dass die Geschädigte E.\_\_\_\_\_ und die Privatkläger C.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ mit ihrem Vermögen eine Trading-Strategie wählten, mithin eine risikoreiche Anlage wollten resp. befürworteten. Wer sich auf Spekulations- geschäfte einlässt, verliert nun nicht den strafrechtlichen Schutz. Wie das Bun-

- 55 - desgericht festhielt, bedeutet die Bereitschaft der Kunden, risikoreiche Geschäfte einzugehen und der Umstand, dass der Handel mit Derivaten mit hohen Risiken behaftet ist und auch bei einer sorgfältigen Handelsstrategie die Gefahr erheblicher Verluste bis hin zum Totalverlust droht, für den Vermögensverwalter keinen Freipass dafür, das Geld über Kommissionen abzuschöpfen, die durch übermässige Handelstätigkeit generiert werden. Das Einverständnis der Kunden richtet sich allein auf das Eingehen von Marktrisiken, bezieht sich mithin auf allfällige Verluste des eingesetzten Kapitals am Markt aufgrund von Kursverlusten im Rahmen einer ordnungsgemässen Geschäftsführung (vgl. BGE 142 IV 346 E 4.2. a.E.). Im Übrigen kann ergänzend auch auf die diesbezüglichen Ausführungen der Vorinstanz (vgl. Urk. 57 S. 39 betr. C.\_\_\_\_\_, S. 41 f betr. B.\_\_\_\_\_ und S. 44 betr. E.\_\_\_\_\_) verwiesen werden.

#### **E. 7.4.5.5**

Aus der fehlenden Beanstandung der Depotauszüge kann im Übrigen auch nicht auf eine Billigung oder aber Genehmigung der entsprechenden Transaktionen geschlossen werden, denn eine solche wäre ohnehin im Nachhinein erfolgt (vgl. BGE 142 IV 346 E. 4.3.). Weiter nimmt der Vermögensverwalter seine Fürsorgepflichten nicht in genügendem Umfang wahr, wenn er den Kunden über den Wert des Depots orientiert und Verluste erwähnt, ohne gleichzeitig gegebenenfalls erneut auf das Risikopotenzial einer Fortsetzung dieser Anlagepolitik aufmerksam zu machen. Damit kann der Beschuldigte nichts zu seinen Gunsten ableiten, wenn seine Kunden im Bestreben, die eingetretenen Verluste auszugleichen, ihn (auf sein Anraten) zur Fortsetzung dieser Handelsaktivität animierten (vgl. Entscheid des Bundesgerichtes 6B\_511/2016 vom 4. August 2016 E. 2.5.). Schliesslich liegt auch im blossen Verzicht auf den Widerruf des Vertrages trotz Kenntnis der hohen Verluste noch keine Genehmigung des vertragswidrigen Verhaltens, denn solange das Vertragsverhältnis bestand, war jede Partei zu vertragskonformem Verhalten verpflichtet.

#### **E. 7.4.5.6**

Den Berichten der Wirtschaftsprüfer ist zu entnehmen, dass die in Fremdwährung (USD, EUR) getätigten Transaktionen zum Zwecke der Vergleichbarkeit laufend in Schweizer Franken umgerechnet wurden (vgl. Ordner 1/20 Urk. 010002 f, 010018 f. und 010040 f.), wobei die genaue Vorgehensweise do-

- 56 - kumentiert wurde. In Zusammenhang mit der Errechnung der Gewinnschwelle wurden die in ein Verhältnis gesetzten Kennzahlen (Bankspesen zu durchschnittlichem Nettovermögen) laufend in Schweizer Franken umgerechnet. Damit wurde die während der Anlagetätigkeit eingetretene Veränderung des Wechselkurses laufend berücksichtigt. Inwiefern diese Vorgehensweise zu relevanten Verzerrungen hinsichtlich der Berechnung der Verhältniszahlen geführt haben soll (vgl. Rüge der Verteidigung in Urk. 110 S. 50 Rz 192), ist damit nicht ersichtlich und kann allenfalls in anderem Zusammenhang

(Zivilforderung) von Belang sein.

#### **E. 7.4.5.7**

Für die Beurteilung der übermässigen Umschichtung der Anlagekonten ist schliesslich - entgegen dem Vorbringen der Verteidigung (vgl. Urk. 109 S. 17 Rz 57) - auch der jeweilige Stand der Liquidität der Vermögen ohne Belang. Denn auch dieser Umstand ist nicht geeignet die Beurteilung der Umschichtungskadenz des Vermögens zu beeinflussen. Damit erübrigt es sich auch auf den Einwand der Anklagebehörde einzugehen, der Beschuldigte habe mit dem vorhandenen Barvermögen Day-Trades betrieben, was auch aus den Spesen hervorgehe (vgl. Urk. 117 S. 13 f.).

#### **E. 7.4.5.8**

Schliesslich macht der Beschuldigte selber sinngemäss geltend, im damaligen Zeitpunkt sei am Markt viel passiert, was häufiges Handeln aufgedrängt habe. Dem ist entgegenzuhalten, dass er mit der Marktlage unvernünftig häufige Transaktionen, die letztlich nicht im Interesse des Kunden sein können, weil sie überproportional hohe Spesen verursachen und damit das Verlustrisiko erhöhen, nicht rechtfertigen kann. Denn es gehört zu seiner primären Pflicht, das Kundenvermögen zu schützen. Berücksichtigt man den Zeitraum, der Gegenstand der Anklage bildet, so ist offenkundig, dass der Beschuldigte sowohl für die Kundin C.\_\_\_\_\_ als auch für den Kunden B.\_\_\_\_\_ bereits im Monat September 2004 sehr hohe Handelsverluste einfuhr, die auch sehr hohe Spesen verursachten (vgl. Aufstellung in der Anklage S. 11 und 13), worauf sein Handeln im Oktober zwar ein besseres Handelsergebnis erreichte, indessen noch höhere Spesen ergab. Immerhin ist an dieser Stelle festzuhalten, dass die Ergebnisse der Monate November 2004 für die Kunden C.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ insofern mit Vorsicht zu geniessen sind, als diese Kunden vom Beschuldigten die sofortige Veräusserung

- 57 - sämtlicher Positionen verlangten, was die Anzahl der Transaktionen und die dadurch verursachten Spesen zwangsläufig erhöhte.

#### **E. 7.4.6**

Zusammenfassend ist folgendes festzuhalten: Im Lichte der aktuellen bundesgerichtlichen Rechtsprechung, die in einem neueren Entscheid bestätigt wurde (vgl. BGE 142 IV 346 vom 21. September 2016), weisen vorliegend die in den Berichten I.\_\_\_\_\_ und J.\_\_\_\_\_ - entgegen der Verteidigung - ausgearbeiteten Verhältniszahlen unabhängig von der vereinbarten Anlagestrategie auf das Vorliegen einer übermässigen Umschichtung der Anlagekonten der drei Kunden E.\_\_\_\_\_, C.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ hin, was in objektiver Hinsicht - als rein rechnerische Komponente - ein Indiz für Spesenreiterei darstellt.

#### **E. 7.4.7**

Nun hat die Verteidigung - wie oben zusammengefasst - gestützt auf Lehre und Rechtsprechung auf weitere zu berücksichtigende Indizien für die Beurteilung, ob Spesenreiterei vorliegt, hingewiesen. Darauf ist im Folgenden einzugehen.

#### **E. 7.4.7.1**

Das Bundesgericht hat festgehalten, dass die Übermässigkeit des Handels (mitunter auch) an den Anlagezielen des Kunden, namentlich seiner Bereitschaft zu Risikogeschäften, zu messen ist (vgl. BGE 142 IV 346 E. 3.3 a.E.). In diesem Zusammenhang verwies die Verteidigung (vgl. Urk. 115 S. 81) auf Manuel Lorenz (Churning, Das Phänomen der

kapitalmarkt- und börsenrechtlichen Spesen- schinderei und die Sanktionierung im Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht, Heidelberg 2015, N 71 S. 41), der ausführt, dass ein übermässiges Umschichten eines Anlagekonto erst dann vorliegt, wenn der Geschäftsumfang nicht mit den Anlagezielen des Kunden übereinstimmt. Es ist vorliegend erstellt, dass alle drei Kunden eine Trading-Strategie verfolgten (vgl. oben Ziff. VI 4.4.6.). Dass das Anlageverhalten des Beschuldigten nicht mehr mit der Anlagestrategie und den Zielen der Anleger übereinstimmte bzw. nicht mehr von diesen gedeckt war, kann hier - gleich wie die Frage, ob die Handelstätigkeit des Beschuldigten eine schlüssige Handelsstrategie erkennen lässt bzw. ob der Beschuldigte wirtschaftlich unsinnige Geschäfte tätigte - ohne Verletzung des Grundsatzes "in dubio pro reo" nicht bejaht werden. Zum Einen erfordert die Beantwortung dieser Fragen (wiederum) sachverständiges Wissen und wäre daher mittels Expertise zu klären.

- 58 - Zum Anderen steht fest (vgl. oben), dass sich der von der Anklagebehörde erhobene Vorwurf der Vornahme von unnötigen und wirtschaftlich sinnlosen Transaktionen als wichtiger Indikator für Spesenreiterei (ohne Expertise) nicht erhärten lässt. Wenn die Anklagebehörde unter Hinweis auf Fend Securities, Expert Witness - Churning Analysis, ausführt, dass ein Vermögensverwalter ein Depot selbst unter Berücksichtigung einer spekulativen Anlagestrategie üblicherweise im Durchschnitt nicht mehr als 1,18 Mal pro Jahr umschlägt (vgl. Urk. 117 S. 10), so ist dem entgegen zu setzen, dass jede Anlagestrategie, jedes Portfolio und jede Marktlage eine andere Frequenz von Transaktionen erfordert (vgl. Sandro Abegglen, Schadenersatzansprüche des Kunden gegen den Vermögensverwalter - Beurteilung typischer Argumente, Europainstitut/Vermögensverwaltung III, Schulthess 2010, S. 55). Eine solche Regel wird daher nicht starr, sondern flexibel gehandhabt, so dass die zulässige Turn-over-Rate bei spekulativ ausgerichteten Anlegern auch höher liegen kann (vgl. Manuel Lorenz, Churning, Das Phänomen der kapitalmarkt- und börsenrechtlichen Spesenschinderei und die Sanktionierung im Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht, Heidelberg 2015, N 84 S. 46).

#### **E. 7.4.7.2**

Die Verteidigung bringt weiter vor, der überwiegende Teil des Verlustes sei im vorliegenden Fall (anders als im Fall, der BGE 142 IV 346 zugrunde lag) aufgrund der Handelstätigkeit und nicht aufgrund der Kommissionen entstanden (vgl. Urk. 110 S. 50 f. ab Rz 191), was zutreffend und auch nicht bestritten ist. So betrug der Handelsverlust bei B. \_\_\_\_\_ 70%, bei C. \_\_\_\_\_ 83% und bei E. \_\_\_\_\_ 55%. Entsprechend beliefen sich die Spesen bei B. \_\_\_\_\_ auf 30%, bei C. \_\_\_\_\_ auf 17% und bei E. \_\_\_\_\_ auf 45% (zum Ganzen vgl. die angegebenen Zahlen oben in Ziff. V [unbestrittener Sachverhalt]). In diesem Zusammenhang berief sich die Verteidigung auf die Commission-to-Investment-Rate, welche das Verhältnis der auf Kommissionen zurückzuführenden Verluste zur Gesamtinvestitionssumme angibt. Unter Berufung auf Lorenz, namentlich auf den Hinweis auf die vereinzelt vorgeschlagene Faustformel (a.a.O. N 101), brachte die Verteidigung vor, ein übermässiges Umschichten sei dann zu vermuten, wenn mehr als 50% der Verluste auf angefallene Kosten zurückzuführen sind. Daraus schliesst die Verteidi-

- 59 - gung, unter Berücksichtigung dieser Kennzahl liege hier kein Indiz für exzessives Handeln vor, welches Argument die Anklagebehörde nicht widerlegte.

#### **E. 7.4.7.3**

Weiter bildet eine besonders hohe Anzahl von Transaktionen innerhalb einer kurzen Zeitspanne (Day Trades) ein Indiz für eine übermässige Handelstätigkeit (vgl. BGE 142 IV 346 E. 3.3 am Ende). Entsprechend argumentierte auch die Verteidigung mit der Kennzahl Anteil Day-Trades (vgl. Urk. 115 S. 83 ff.) und zitierte die von Lorenz aufgeführte 30% Regel (vgl. Urk. 115 S. 83 f. unter Hinweis auf Lorenz., a.a.O. N. 90 f.). Die Staatsanwaltschaft wendete ein, diese 30% Kennzahl sei nur bei Futures anwendbar (vgl. Prot. II S. 18), es hätten nur sehr wenig Transaktionen Futures betroffen, weswegen diese Regel auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar sei. Der Verteidigung ist zuzustimmen, wenn sie in diesem Zusammenhang auf ein Beweisproblem hinweist. Sämtliche Transaktionen wurden in der Anklageschrift ausschliesslich mit dem Valutadatum statt mit dem Handelstag erfasst, was eine Ausscheidung der Day-Trades nicht zulässt. Dass der Beschuldigte eine besonders hohe Anzahl Day-Trades getätigt hätte, kann ihm gestützt auf den massgebenden Anklagevorwurf daher nicht vorgeworfen werden.

#### **E. 7.4.7.4**

Die Verteidigung machte zudem geltend, bei den hier relevanten Termingeschäften sei die Commission-to-Equity-Rate relevant. Diese Kennzahl beschreibe das Verhältnis der Kosten zum durchschnittlichen Anlagevermögen (vgl. Urk. 115 S. 81 unter Hinweis auf Lorenz, a.a.O. N 74 f.). Der massgebliche Grenzwert von 18%, dessen Überschreitung in der Regel zur Bejahung von Übermässigkeit führe (vgl. Lorenz, a.a.O. N. 74 und 75 S. 42 f.), sei weder bei der Kundin C. \_\_\_\_\_ (gemäss Anklageschrift S. 11: 2,21% bis 7.1%), noch bei der Kundin E. \_\_\_\_\_ (gemäss Anklageschrift S. 16: 0,67% bis 14.63%), noch beim Kunden B. \_\_\_\_\_ (gemäss Anklageschrift S. 13: 0.1% bis 5.17%) überschritten (vgl. Urk. 115 S. 81 f.). Die Anklagebehörde äusserte sich nicht dazu.

#### **E. 7.4.8**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass vorliegend ein Kriterium erfüllt ist, im Übrigen aber für die Beurteilung von weiteren Kriterien sachverständige Abklärungen fehlen, die in objektiver Hinsicht auf eine übermässige Umschichtung schliessen liessen. Selbst im von der Anklagebehörde zitierten Jahresbericht

- 60 - 2007 der EBK werden verschiedene Indizien und Fragen festgehalten, die in der Gesamtbeurteilung zu einer Bejahung einer Spesenschinderei führen können (vgl. EBK-JB 2007 S. 87). In diesem Zusammenhang ist auch auf Lorenz hinzuweisen, der eine zweifelsfreie Feststellung von Churning allein aufgrund des schematischen Überschreitens bestimmter objektiver Parameter als nicht möglich bezeichnet (a.a.O. N 115 S. 59) und weiter festhält, dass ein stures und scheuklappenartiges, nicht links und rechts schauendes Anwenden der aus den einzelnen Indizien hervorgegangenen Kennziffern den komplexen und dynamischen Prozessen des an der Börse stattfindenden Kapitalmarkts nicht gerecht wird, weswegen die konkreten Umstände des jeweiligen Einzelfalles in ihrer Gesamtschau entscheidend sind (vgl. auch Lorenz, a.a.O. N 71). Ob eine Verletzung der Treue- und Sorgfaltspflicht gegeben ist, kann bei dieser Ausgangslage und insbesondere unter Hinweis auf die nachfolgende Abhandlung der subjektiven Seite somit dahingestellt bleiben.

8. Zum Vorwurf der Verletzung der Treuepflicht durch mangelnde Transparenz gegenüber der Kundin C. \_\_\_\_\_

8.1. Die Anklageschrift wirft dem Beschuldigten vor, die Kundin C. \_\_\_\_\_ per Ende August, September und Oktober 2004 nicht über die jeweils eingetretenen Verluste und die Verminderung des Nettovermögens informiert zu haben, wodurch er eine Pflichtverletzung begangen habe, zumal die Entscheidungsfreiheit der Kundin nicht

gewährleistet gewesen sei. Der Beschuldigte habe damit die Wahrscheinlichkeit vermindern wollen, dass die Kundin den Vermögensverwaltungsvvertrag sofort kündigen würde (Anklage S. 22). 8.2. Der Beschuldigte bestritt mehrfach diesen Vorwurf und bekräftigte, mit der Kundin in regelmässigem Kontakt gestanden und sie insbesondere bei Eintritt der Verluste, insbesondere telefonisch, informiert zu haben (Prot. II. S. 27), was C.\_\_\_\_\_ in Abrede stellt. 8.3. Nun wurde oben im Rahmen der Würdigung der Aussagen von C.\_\_\_\_\_ dargetan, dass ihre Depositionen, insbesondere hinsichtlich jenen zum hier interessierenden Thema der vom Beschuldigten erstatteten Information insgesamt

- 61 - nicht glaubhaft sind, jedenfalls nicht glaubhafter als diejenigen des Beschuldigten (vgl. oben Ziff. VI. 4.4.4.). Damit steht Aussage gegen Aussage, was in Anwendung des Grundsatzes "in dubio pro reo" die Annahme einer Pflichtverletzung zu Lasten des Beschuldigten verbietet.

## **E. 9**

Zum Schaden

### **E. 9.1**

Es ist offenkundig, dass das Verhalten des Beschuldigten für seine Kunden eine Verringerung des investierten Kapitals bewirkte. Der dabei massgebende Schaden ist - wie oben dargetan - grundsätzlich weder auf die Handelsverluste, die dem Beschuldigten gar nicht vorgeworfen werden, noch auf wirtschaftlich sinnlose Transaktionen, weil solche nicht erstellt sind, zurückzuführen, sondern könnte lediglich in den für die Kunden verursachten Bankspesen gesehen werden (vgl. Anklageschrift S. 23 Ziff. VII. 69), mithin sich auf höchstens Fr. 520'000.— belaufen (vgl. Anklage S. 24, Tabelle mit den Bankspesen der drei Kunden).

### **E. 9.2**

Unter Hinweis auf die nachfolgenden Erwägungen zur subjektiven Seite kann indessen auf weitere Erörterungen zum Schaden, der auf eine Pflichtverletzung zurückgeführt werden müsste, verzichtet werden.

## **E. 10**

Zur subjektiven Seite und zu den subjektiven Indizien für Spesenreiterei

### **E. 10.1**

In subjektiver Hinsicht wirft die Anklagebehörde dem Beschuldigten vorsätzliches Handeln mit Bereicherungsabsicht vor (vgl. Anklage S. 24 Ziff. VIII).

### **E. 10.2**

Dazu wird in der Anklage u.a. aufgeführt, der Beschuldigte habe im Zeitraum zwischen Anfang August 2004 und Mitte April 2005 mit dem Ziel gehandelt, möglichst umfangreiche Retrozessionen der G.\_\_\_\_\_ zu erhalten und damit ein Einkommen für die D.\_\_\_\_\_ GmbH und seine Einzelfirma, von denen er wiederum letztlich sein Honorar bezog, zu erzielen. Er habe damit einen Vermögensvorteil erlangen wollen, auf den er keinen Anspruch gehabt habe. Da er die Retrozessionen über die Courtagen der G.\_\_\_\_\_ generiert habe, habe er zugleich jeweils auch der G.\_\_\_\_\_ einen Vermögensvorteil verschaffen wollen (Anklage S. 25 Ziff. 74).

### **E. 10.3**

Die Verteidigung brachte vor Vorinstanz vor, der Beschuldigte habe stets in bester Absicht und in guten Treuen für die Interessen seiner Kunden gehandelt. Dies ergebe sich aus dem Umstand, dass der Beschuldigte im anklagerelevanten Zeitraum mit seinem eigenen Vermögen für sich privat und somit auf eigene Rechnung und eigenes Risiko mehr oder weniger die genau gleichen Transaktionen und dies in einem weit höheren Umfang (ca. fünf- bis siebenmal höher) getätigt habe. Hätte der Beschuldigte zumindest mutwillig oder gar in Bereicherungsabsicht gegen die Interessen seiner Kunden gehandelt, so hätte er zweifelsohne nicht die gleichen und erst noch weit mehr solcher Transaktionen auf eigene Rechnung und auf eigenes Risiko getätigt. Der Vorwurf der Bereicherungsabsicht könne somit nicht als erstellt gelten (vgl. Urk. 45 S. 76 f.).

### **E. 10.4**

Die Vorinstanz hielt dafür, aus dem Eigenhandel des Beschuldigten könne nichts über den Handel im Namen der Geschädigten abgeleitet werden. So habe der Beschuldigte beim Handel für die Geschädigten sehr wohl ein Interesse daran gehabt, einen möglichst hohen Anteil der übermässigen Spesen durch Gewinne decken zu können oder diese mit Handelsgewinne gar zu übertreffen, hätte ihm dies doch eine umso längere Handelstätigkeit ermöglicht. Dass er somit allenfalls für sich selbst eine ähnliche oder dieselbe unzweckmässige, von übermässigen Umschlägen gekennzeichnete Handelsstrategie verfolgt haben mochte, lasse keine Rückschlüsse auf den Handel mit den Anlagevermögen der Geschädigten zu. Zudem wäre diesfalls auch zu beachten, dass dem Beschuldigten selbst bei entsprechenden Geschäften zumindest in der Schweiz nur die Netto-Bankspesen anfielen und ihm die Retrozessionen im Gegensatz zu den Geschädigten gemäss seinen Verträgen mit der G. \_\_\_\_\_ vollumfänglich durch die Bank zurückerstattet wurden, was die mit jeder Transaktion verbundenen Spesen von vorneherein zumindest rund halbierte (vgl. Urk. 57 S. 48 f., lit. df).

### **E. 10.5**

In der Berufungsverhandlung brachte die Verteidigung vor, es gäbe drei sehr gewichtige Umstände, die alle bei der Beurteilung der subjektiven Seite klar gegen einen Vorsatz mit Bezug auf Spesenreiterei hinwiesen (vgl. Urk. 115 S. 89). Vorerst sei zu berücksichtigen, dass objektiv gar kein Fall von Churning vorliege, weiter habe der Beschuldigte das ihm zur Verfügung gestellte Kapital

- 63 - nicht gesamthaft eingesetzt und schliesslich habe er Handel mit Produkten (Futures) getätigt, bei welchen die Kommissionen um ein vielfaches tiefer seien als der Handel mit Optionen oder Aktien (vgl. Urk. 115 S. 89 f.). Zum Eigenhandel wies die Verteidigung darauf hin, der Beschuldigte habe für sich und seine Kunden genau die gleiche Handelsstrategie und genau den gleichen Handelsansatz angewendet und dies aus einem einzigen Grund: Weil er vom Sinn und den Erfolgchancen seiner Strategie überzeugt gewesen und nach wie vor sei (vgl. Urk. 115 S. 91 f.). Dabei habe der Beschuldigte für sich selber noch mehr Transaktionen getätigt, nämlich das drei bis sechsfache, was aufzeige, dass er an seinen Handelsansatz geglaubt habe und er davon überzeugt gewesen sei, dass er trotz der anfallenden Kommissionen wirtschaftlich Sinn gäbe (Urk. 115 S. 96). Dass der Beschuldigte für sich die gleiche Handelsstrategie verfolgt habe und dies noch mit einem grösseren Ausmass, widerlege den anklägerischen Vorwurf, die Handelstätigkeit sei darauf ausgerichtet gewesen, Retrozessionen zu generieren bzw. Spesenschinderei zu betreiben

(vgl. Urk. 115 S. 97).

### **E. 10.6**

Ob der Täter vorsätzlich handelte, oder die Tatbestandsverwirklichung im Sinne eines Eventualvorsatzes in Kauf genommen hat oder gar mit (Eventual) Bereicherungsabsicht handelte, ist bei Fehlen eines Geständnisses des Beschuldigten aufgrund der Umstände zu entscheiden, wobei vom äusseren Sachverhalt auf die innere Einstellung zu schliessen ist. Auf die Umstände, welche auf die innere Einstellung des Beschuldigten schliessen lassen, ist im Folgenden einzugehen.

#### **E. 10.6.1**

Vorerst findet die Behauptung der Anklagebehörde, der Beschuldigte habe nachdem die Kunden B. \_\_\_\_\_ und C. \_\_\_\_\_ ihm den Vermögensverwaltungsauftrag im November 2004 entzogen hätten, den Handelsumfang bei der Kundin E. \_\_\_\_\_ markant erhöht (vgl. Anklage S. 21 Ziff. 62), insofern keine Stütze, als eine deutliche Erhöhung erst im Januar 2005 konstatiert werden kann. Nachdem die Kunden C. \_\_\_\_\_ und B. \_\_\_\_\_ bereits Mitte bzw. Ende November 2004 wegfielen, lässt die Handelstätigkeit des Beschuldigten für die Kundin E. \_\_\_\_\_, die bis Januar 2005 im seit Oktober 2003 praktizierten Rahmen ausfiel, eine solche Schlussfolgerung der Anklagebehörde demnach nicht zu.

- 64 -

#### **E. 10.6.2**

Die Anklagebehörde hat den Einwand der Verteidigung, der Beschuldigte habe nicht das ihm zur Verfügung gestellte Kapital gesamthaft eingesetzt (vgl. Urk. 115 S. 90) damit erwidert, mit der vorhandenen Liquidität habe der Beschuldigte Day-Trades vorgenommen (vgl. Urk. 117). Nun wurde oben dargetan, dass die Anzahl der Day-Trades nicht nachweisbar ist, weil die Anklageschrift lediglich die Valutadaten festhält. Ebenso wenig kann weiter das Vorbringen der Verteidigung entkräftet werden, der Beschuldigte habe sich mit seiner Handelstätigkeit nicht auf jene Titel fokussiert, welche die höchsten Spesen generiert hätten, wobei diesbezüglich die Anklagebehörde vorbrachte, es seien nur wenige Futures-Transaktionen erfolgt (vgl. Prot. II S. 18).

### **E. 10.7**

Bereits vor Vorinstanz hatte sich der Beschuldigte zum geltend gemachten Eigenhandel auf die aus dem bei ihm im Rahmen der Strafuntersuchung sichergestellten Unterlagen berufen (Bank- und Steuerunterlagen vgl. Ordner C-Akten 20/1 Urk. 16070031 ff. bzw. Ordner 13 ab Urk. 340009 bis Ordner 15). Auffällig ist dabei, dass der Beschuldigte in derselben Zeit sowohl für sich selbst als auch für seine Kunden mehrfach Transaktionen mit denselben Valorenummern tätigte (z.B. Valorenummer 2: 28 Transaktionen des Beschuldigten für sich selbst im Januar 2005 [vgl. Urk. 340614], 30 Transaktionen für die Kundin E. \_\_\_\_\_ [mit derselben Valorenummer 2 werden dem Beschuldigten wirtschaftlich sinnlose Transaktionen zum Nachteil der Kundin E. \_\_\_\_\_ in den Transaktionsblöcken 3, 5, 6 und 7 vorgeworfen], weiter z. B. Valorenummer 3: 28 Transaktionen im Januar bis 2. Februar 2005 für sich selbst [vgl. Urk. 340676], 21 für die Kundin E. \_\_\_\_\_ [mit derselben Valorenummer 3 werden dem Beschuldigten wirtschaftlich sinnlose Transaktionen zum Nachteil der Kundin E. \_\_\_\_\_ in den Transaktionsblöcken 5, 6 und 7 vorgeworfen]. Weitere Beispiele für häufige Transaktionen sowohl für den Beschuldigten selbst als auch für seine Kunden sind bei diversen anderen

Valorenummern vorhanden). Ob die Tätigkeit des Beschuldigten für sich selbst in Widerspruch zu seinem Handeln für die Kunden steht, ist dabei offen und ist ohne Fachkunde nicht zu beantworten. Ob weiter der Beschuldigte die Transaktionen in Missachtung der Interessen seiner Kunden (E.\_\_\_\_, C.\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_) allein tätigte, um möglichst hohe Retrozessionen vergütet zu bekommen, lässt sich angesichts des Eigenhandels des Beschuldigten nicht annehmen. Zwar ist von der Fremdnützigkeit des Vermögensverwaltungsauftrages auszugehen und zuzubilligen, dass Retrozessionsab-sprachen im Bereich des Wertschriftenhandels zu eigennützigen Transaktionen

- 65 - des Vermögensverwalters einladen können. Im Hinblick auf den dem Beschuldigten in subjektiver Hinsicht gemachten Vorwurf, er habe im Bestreben gehandelt, Kommissionen für sich (oder die Bank) zu generieren, erscheint das Handeln des Beschuldigten für sich selbst jedenfalls - entgegen der Vorinstanz - nicht einfach bedeutungslos, zumal der Eigenhandel für den Beschuldigten nicht einfach kostenlos war und im Übrigen auch für ihn zu hohen Handelsverlusten führte. Nicht in Abrede gestellt wurde zudem von der Anklagebehörde, dass ein Grossteil der Handelstätigkeit des Beschuldigten in Deutschland bzw. an der Börse in Frankfurt erfolgte, wo keine Retrozessionen ausgerichtet wurden (vgl. Verteidigung in Urk. 115 S. 95 Rz 347), weswegen ein Streben nach Kommissionen dem Beschuldigten diesbezüglich nicht unterstellt werden kann. Mit der Verteidigung entspricht es der allgemeinen Lebenserfahrung, dass der Beschuldigte die Handelsstrategie, die er bei den Kunden angewendet hat, niemals für sich selber anwenden würde, wenn diese wirtschaftlich sinnlos wäre, wenn er keine Gewinnaussichten hätte und wenn damit sein Vermögen allein schon aufgrund der Transaktionskosten vernichtet würde (vgl. Urk. 115 S. 91). Nicht nachvollziehbar ist, dass die Anklagebehörde den von der Verteidigung geschilderten Eigenhandel des Beschuldigten als bloße Behauptung bezeichnete, die nicht belegt sei (vgl. Urk. 117 S. 15 Ziff. 3). Denn sie blendet dabei aus, dass sie dem Eigenhandel des Beschuldigten in der Untersuchung nachzugehen gehabt hätte, was sie indessen nicht tat. Im Übrigen sind in den Akten sehr wohl Unterlagen vorhanden, die nota bene die Anklagebehörde beim Beschuldigten erhob, aus welchen der Eigenhandel hervorgeht und eine Überprüfung ermöglicht hätten (vgl. u.a. Steuerauszug der G.\_\_\_\_ AG für 2004: Ordner 14, Urk. 340302-410 und Steuerauszug der G.\_\_\_\_ AG für 2005: Ordner 15, Urk. 340606-711).

### **E. 10.8**

Zusammenfassend sprechen auch die aufgeführten Umstände in subjektiver Hinsicht gegen ein strafbares Verhalten.

### **E. 11**

(Rechtsmittel)

- 77 - 2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil. Es wird erkannt: 1. Der Beschuldigte A.\_\_\_\_ wird von den Vorwürfen der mehrfachen qualifizierten ungetreuen Geschäftsbesorgung im Sinne von Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 und 3 StGB und der mehrfachen qualifizierten Veruntreuung im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 und Ziff. 2 StGB freigesprochen. 2. Die Zivilklage des Privatklägers B.\_\_\_\_ wird auf den Weg des Zivilprozesses verwiesen. 3. Die Kosten der Untersuchung und des erstinstanzlichen Gerichtsverfahrens werden auf die Gerichtskasse genommen. 4. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 20'000.-- festgesetzt. 5. Die Kosten des Berufungsverfahrens

werden zur Hälfte dem Privatkläger B.\_\_\_\_\_ auferlegt und im Übrigen auf die Gerichtskasse genommen. 6. Dem Beschuldigten wird für die Untersuchung und das erstinstanzliche Gerichtsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 98'000.-- für anwaltliche Verteidigung aus der Gerichtskasse zugesprochen. 7. Der Privatkläger B.\_\_\_\_\_ wird verpflichtet, dem Beschuldigten für das Berufungsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 5'950.-- für anwaltliche Verteidigung zu bezahlen. Zudem wird dem Beschuldigten für das Berufungsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 53'550.-- für anwaltliche Verteidigung aus der Gerichtskasse zugesprochen. 8. Dem Privatkläger B.\_\_\_\_\_ wird keine Parteientschädigung zugesprochen. 9. Schriftliche Mitteilung in vollständiger Ausfertigung an – die Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten

- 78 - – die Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich – den Rechtsvertreter Dr. iur. Y.\_\_\_\_\_ im Doppel für sich und den Privatkläger B.\_\_\_\_\_ – den Rechtsvertreter Prof. Dr. iur. Z.\_\_\_\_\_ – die Privatklägerin C.\_\_\_\_\_ und nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an – die Vorinstanz – die Koordinationsstelle VOSTRA zur Entfernung der Daten gemäss Art. 12 Abs. 1 lit. d VOSTRA mittels Kopie von Urk. 58 10. Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche Beschwerde in Strafsachen erhoben werden. Die Beschwerde ist innert 30 Tagen, von der Zustellung der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen. Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes. Obergericht des Kantons Zürich I. Strafkammer Zürich, 25. September 2018 Der Präsident: Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. R. Naef lic. iur. C. Baumgartner

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