

ZH_OBERGERICHT SB160130 vom 7. Juni 2017

ZH Obergericht, 2017-06-07, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB160130

FR: ZH_OBERGERICHT SB160130 du 7 juin 2017

IT: ZH_OBERGERICHT SB160130 del 7 giugno 2017

Erwägungen

E. 1

Gegen das eingangs im Dispositiv wiedergegebene Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 9. Abteilung, Einzelgericht, vom 27. Januar 2016 meldete die Staatsanwaltschaft mit Eingabe vom 1. Februar und die erbetene Verteidigung mit Eingabe vom 5. Februar 2016 rechtzeitig Berufung an (Prot. I S. 9; Urk. 56 f.; Art. 399 Abs. 1 StPO). Nach Erhalt des begründeten Urteils am 2. resp. 3. März 2016 reichten die Verteidigung mit Eingabe vom 7. März 2016 und die Staatsanwaltschaft mit solcher vom 8. März 2016 ihre Berufungserklärung im Sinne von Art. 399 Abs. 3 StPO ein (Urk. 60/1+2; Urk. 62 f.). Mit Präsidialverfügung vom 31. März 2016 wurden die Berufungserklärungen der jeweiligen Gegenpartei und zwei Verfahrensbeteiligten zugestellt sowie Frist für Anschlussberufung oder einen Nichteintretensantrag angesetzt (Urk. 64; Urk. 65/1–4; Urk. 68; Urk. 69/1–4). Die Staatsanwaltschaft verzichtete auf Anschlussberufung (Urk. 66). Die beiden Verfahrensbeteiligten liessen sich nicht vernehmen. Die Verteidigung hatte mit ihrer Berufungserklärung Beweisanträge ausdrücklich vorbehalten, aber keine gestellt (Urk. 62 S. 2).

E. 2

Anlässlich der Berufungsverhandlung vom 24. Januar 2017 erneuerte die Verteidigung den früheren Beweisantrag, H. _____ als Zeugen zu befragen (Prot. II S. 6). Im Anschluss an diese Verhandlung, fand eine interne Beratung statt, anlässlich welcher der Beweisantrag der Verteidigung gutgeheissen und entsprechend die Befragung von H. _____ sowie von E. _____ und Dr. I. _____ als Zeugen beschlossen wurde (Prot. II S. 30; Urk. 79).

E. 2.1

Liegt ein Fall retrospektiver Konkurrenz nach Art. 49 Abs. 2 StGB vor, ist der Zweitrichter im Rahmen der Zusatzstrafenbildung nicht befugt, die Strafart des rechtskräftigen ersten Entscheides zu ändern, die Grundstrafe aufzuheben und eine (nachträgliche) Gesamtstrafe für alle Taten auszusprechen. Die Rechtskraft und Unabänderlichkeit der Grundstrafe kann nicht beschränkt werden, sondern umfasst deren Art, Dauer und Vollzugsform. Die gedanklich zu bildende hypothetische Gesamtstrafe hat das Zweitgericht aus der rechtskräftigen Grundstrafe (für die abgeurteilten Taten) und der nach seinem freien Ermessen festzusetzenden Einzelstrafen für die neuen Taten zu bilden. Sein Ermessen beschränkt sich somit auf die gemäss Art. 49 Abs. 2 StGB vorzunehmende Asperation zwischen rechtskräftiger Grundstrafe und der für die noch nicht beurteilten Taten auszusprechenden Strafen (Urteil des Bundesgerichts 6B_829/2014 vom 30. Juni 2016 E. 2.3.2,

E. 2.1.1

Als Geschäftsführer im Sinne dieser Bestimmung gilt nicht nur, wer Rechtsgeschäfte nach aussen abzuschliessen hat, sondern auch, wer entsprechend seiner Fürsorgepflicht im Innenverhältnis für fremde Vermögensinteressen sorgen soll, insbesondere wer darüber in leitender Stellung verfügt (BGE 97 IV 10 E. 2). Dem Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft kommt die Tütereigenschaft gestützt auf Art. 716a OR zu. Dem Verwaltungsrat obliegt die zwingende und unübertragbare Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen, namentlich im Hinblick auf die Befolgung der Gesetze, Statuten, Reglemente und Weisungen.

E. 2.1.2

Der Beschuldigte erfüllt die vom objektiven Tatbestand verlangte Tütereigenschaft. Er war zur Tatzeit neben seiner Ehefrau, Q._____, Verwaltungsrat der C._____ AG. Ausserdem war er seit der Gründung der C._____ AG deren faktischer Geschäftsführer und Mehrheitsaktionär, was ihm bereits zuvor grosse Autonomie in der Gesellschaft verlieh. Bei seiner Einsetzung als Verwaltungsrat im Juli 2009 übernahm er neben dem operativen Geschäft auch die Oberaufsicht über die Gesellschaft. Als Geschäftsführer, Verwaltungsratspräsident und Mehrheitsaktionär verfügte der Beschuldigte weitgehend über die alleinige Kontrolle der Gesellschaft, zumal er gemäss Eintrag im Handelsregister des Kantons Zürich vom 27. Juli 2009 zu jener Zeit als Verwaltungsratspräsident mit Kollektivunterschrift zu zweien (Urk. 000061 S. 4) für die Einhaltung dieser Unterschriftenregelung einzig die Mitunterzeichnung seiner Ehefrau benötigte. Dieser zweiköpfige Verwaltungsrat der C._____ AG empfahl der Generalversammlung die Jahresrechnung 2008 zu genehmigen (vgl. vorstehend, Erw. III.3.12. f.; Urk. 141177 S. 5). Der Beschuldigte war in seiner Doppelseigenschaft als Geschäftsführer und Verwaltungsrat dazu verpflichtet, die Verwaltung der C._____ AG zu kontrollieren und das Vermögen der juristischen Person in deren Interesse zu verwalten. Seine Tütereigenschaft steht daher ausser Frage.

E. 2.1.3

Mit seiner Rechnung vom 12. Januar 2009 betr. Market Making (Urk. 012027 = Urk. 000061 = Urk. 141090) machte der Beschuldigte als natürliche Person einen persönlichen Aufwand und Anspruch gegenüber der Gesellschaft C._____ AG geltend, für welchen keine Rechtsgrundlage bestand (vgl. vorstehend, Erw. III.3.7. ff.). Dennoch und trotz der als Verwaltungsrat bestehenden Pflichten gegenüber der juristischen Person C._____ AG genehmigte der Beschuldigte als Organ der Gesellschaft seine eigene nicht autorisierte Rechnung vom 12. Januar 2009 über Fr. 253'634.– und liess diese in der Buchhaltung der Gesellschaft verbuchen. Der Vorinstanz ist darin zuzustimmen, dass es sich bei der Anerkennung und Genehmigung der Forderung unter den gegebenen Umständen um ein klassisches Insichgeschäft handelt, nachdem der Beschuldigte offenkundig auf beiden Seiten der Vereinbarung stand und einerseits als natürliche Person, andererseits als Organ und Vertreter der juristischen Person, eine klassische Doppelvertretung vornahm.

E. 2.1.4

Dass Insichgeschäfte grundsätzlich unzulässig sind, wird durch die Verteidigung nicht bestritten (Urk. 77 S. 20). Es wurde aber für den Fall, dass davon ausgegangen werde, dass kein Auftrag betreffend Market Making bestanden habe, vorgebracht, dass kein unzulässiges Insichgeschäft vorgelegen habe. So sei eine Benachteiligung der Gesellschaft nach der Natur des Geschäfts ausgeschlossen, wenn ein solches zu Marktpreisen

abgeschlossen worden sei (Maurenbrecher/Schott, Private Rechtsgeschäfte von Organpersonen, GesKR 2007 S. 24 ff.). Der Beschuldigte habe seinen Aufwand für das Market Making zu marktgerechten Preisen in Rechnung gestellt. Ausserdem wären die Kursverluste gemäss der Verteidigung auch dann entstanden, wenn das Market Making von einem Dritten durchgeführt worden wäre. Es stelle sich daher die Frage, ob für die Gesellschaft überhaupt die Gefahr einer Benachteiligung bestanden habe

- 26 - (Urk. 77 S. 20 f.). Ausserdem wies die Verteidigung darauf hin, dass die Generalversammlung der C._____ AG die Jahresrechnung 2008, in welcher auch die Rechnung über das Market Making enthalten gewesen sei, am 6. November 2009 abgenommen habe (Urk. 77 S. 18).

E. 2.1.4.1

Doppelvertretungen sind nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtes zivilrechtlich grundsätzlich unzulässig, soweit nicht die Gefahr einer Benachteiligung des Vertretenen nach der Natur des Geschäftes ausgeschlossen ist oder der Vertretene den Vertreter zum Vertragsschluss mit sich selbst besonders ermächtigt oder das Geschäft nachträglich genehmigt hat. Dieselben Regeln gelten auch für die gesetzliche Vertretung juristischer Personen durch deren Organe. Auch in diesen Fällen bedarf es einer besonderen Ermächtigung oder einer nachträglichen Genehmigung durch ein über- oder nebengeordnetes Organ, wenn die Gefahr einer Benachteiligung besteht (Urteil des Bundesgerichts 6B_86/2009 vom 29. Oktober 2009 E. 7.2.3.; BGE 127 III 332 E. 2a; BGE 126 III 361 E. 3a). Gemäss der neueren Praxis des Bundesgerichts bedarf es bei einem Insichgeschäft, das durch den Mehrheitsaktionär einer Gesellschaft abgeschlossen wird, aus Gründen des Minderheitenschutzes der Genehmigung der Generalversammlung mittels eines anfechtbaren Beschlusses, da in einer solchen Konstellation ein Interessenkonflikt nicht per se ausgeschlossen ist, wie wenn es sich um einen Alleinaktionär handeln würde (BGE 126 III 361 E. 5a; Maurenbrecher/Schott, a.a.O., S. 24).

E. 2.1.4.2

Ein zustimmungsbedürftiges Insichgeschäft kann durch einen zweiten, einzelzeichnungsberechtigten Verwaltungsrat genehmigt werden. Fehlt es in einer Gesellschaft an einer solchen Unterschriftenregelung mit der Möglichkeit, der Genehmigung durch einen einzelzeichnungsberechtigten Verwaltungsrat, obliegt die Zustimmungskompetenz für ein solches Insichgeschäft der Generalversammlung. Die Möglichkeit einer Genehmigung durch die Generalversammlung setzt indessen eine Offenlegung des Interessenkonfliktes voraus (BGE 127 III 332 E. 2a; Urteil des Bundesgerichts 6B_300/2016 E.4.4.2 E. 2a; vgl. Ansgar Schott, Insichgeschäft und Interessenkonflikt, Diss., Zürich 2002, S. 198; Dieter Zobl, Probleme der organschaftlichen Vertretungsmacht, in ZBJV 125 (1989) S. 309 f.;

- 27 - Dubs/Truffer, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Auflage 2016, N 8d zu Art. 698 OR; Watter, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Auflage 2016, N 21 zu Art. 718 OR).

E. 2.1.4.3

Da der Beschuldigte und seine Ehefrau als einzige Verwaltungsräte lediglich über eine Kollektivunterschrift zu zweien verfügten (vgl. vorstehend, Erw. IV.2.1.2.), bestand die Möglichkeit einer Genehmigung durch einen anderen Verwaltungsrat von vornherein nicht.

Es stellt sich daher die Frage, ob die Abnahme der Jahresrechnung 2008, in welcher die Market Making Rechnung enthalten war, durch die Generalversammlung vom 6. November 2009 eine hinreichende Genehmigung dieses In-sichgeschäfts darstellt.

E. 2.1.4.4

Der Beschuldigte war zum Zeitpunkt der Generalversammlung vom

E. 2.1.4.5

Auch wenn die Form der Zustimmung im Rahmen der Abnahme der Jahresrechnung 2008 als für eine Genehmigung hinreichend zu erachten wäre, ist fraglich, ob die Teilnahme des Beschuldigten selbst an dieser Entscheidung der Genehmigung nicht entgegenstehen würde. Die Verteidigung machte geltend, dass sich der Beschuldigte bei der Abstimmung über die Jahresrechnung nicht in einem Interessenkonflikt befunden habe. Bei einer Abstimmung nehme ein Aktio-

- 28 - när, selbst wenn es um die Genehmigung eines eigenen In-sichgeschäftes gehe, nur seine eigenen Interessen wahr (Urk. 77 S. 23).

E. 2.1.4.6

Gemäss der Lehre handelt es sich bei der Zustimmung durch die Generalversammlung zu einem In-sichgeschäft nicht um einen Generalversammlungsbeschluss im formellen Sinne. Aufgrund des Paritätsprinzips ist die Generalversammlung gar nicht in der Lage, selbst Geschäftsführungsentscheidungen zu treffen. Die Genehmigung eines In-sichgeschäftes durch die Generalversammlung hat bloss die Funktion einer Konsultation und stellt deshalb eine Beschlussform *extra lege* dar. Aufgrund der besonderen Funktion des Beschlusses können nur die konfliktfreien Aktionäre teilnehmen. Ansonsten würde die fehlende Treuepflicht der Aktionäre gegenüber der Gesellschaft dazu führen, dass der Verfolgung von Eigeninteressen keine Schranken gesetzt wären (Straessle/von der Crone, Die Doppelvertretung im Aktienrecht, SZW 2013 S. 338, S. 348 f.; Stutz/von der Crone, Kontrolle von Interessenkonflikten im Aktienrecht, SZW 2003 S. 102, S. 110). Entgegen der Ansicht der Verteidigung stand die Beteiligung des Beschuldigten an der Abstimmung über die Abnahme der Jahresrechnung 2008 (Urk. 000077 S. 5), welche gemäss Vorbringen des Beschuldigten die Genehmigung des In-sichgeschäftes hätte bewirken sollen, einer solchen im Wege.

E. 2.1.4.7

Dadurch, dass der Beschuldigte die Market Making Rechnung als Verwaltungsrat der C._____ AG anerkannte und zu seinen Gunsten verbuchen liess, liegt ein unrechtmässiges In-sichgeschäft vor, welches keine nachträgliche Genehmigung mittels eines rechtswirksamen Beschlusses der Generalversammlung erfahren hat.

E. 2.1.4.8

Die Verteidigung machte sodann geltend, dass es vorliegend um die Frage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Beschuldigten gehe und diese nicht mit einem möglicherweise formell mangelhaften GV-Beschluss begründet werden könne. Entscheidend sei vielmehr, dass die fragliche Rechnung der Revisionsstelle bekannt gewesen sei und der Beschuldigte die Vorbereitung der Generalversammlung, insbesondere auch die Traktandierung, von einer renommierten Wirtschaftskanzlei habe begleiten lassen. Davon, dass die Rechnung betreffend Market Making Gegenstand eines

separaten Beschlusses hätte sein müs-

- 29 - sen, habe nie jemand gesprochen (Urk. 77 S. 22). Dass er die Verbuchung mit der Revisionsstelle und die Traktandierung der Generalversammlung mit einer Anwaltskanzlei besprochen habe, zeige gerade, dass er sich darum bemüht habe, keine Fehler zu machen, weil es vor allem auch um diese Auseinandersetzung mit I._____ und E._____ gegangen sei (Prot. II S. 29). Ausserdem sei vorliegend auch dem Aspekt des Minderheitenschutzes dadurch, dass die Generalversamm- lung von der Rechnung betreffend Market Making Kenntnis erhalten habe, ent- sprochen worden (Urk. 77 S. 22).

E. 2.1.4.9

Aus dem E-Mail des Beschuldigten vom 17. Mai 2009 an H._____ geht unter anderem hervor, dass er diesem wahrheitswidrig angab, es liege ein Verwaltungsratsbeschluss vor, gemäss welchem er zum Verantwortlichen für das Market Making bestimmt worden sei und in diesem Zusammenhang Kosten ange- fallen seien. Ausserdem findet sich in seinen diesbezüglichen Angaben ein Hin- weis darauf, dass diese Ausführungen allenfalls durch die R._____ ergänzt wür- den (Urk. 320027 S. 5). Da er nicht schrieb, die Angaben würden durch die R._____, der Wirtschaftskanzlei, mit welcher er die Generalversammlung vorbe- reitete, abgeändert, ist nicht anzunehmen, dass er diese davon in Kenntnis setzte, dass tatsächlich gar kein solcher Verwaltungsratsbeschluss besteht. Jedenfalls zeigt sich dadurch, dass der Beschuldigte unter anderem gegenüber H._____ bewusst falsche Angaben machte, welche seinen Interessenkonflikt verschleiern. Ausserdem ist dadurch erkennbar, dass er nicht nur um den Interessenkonflikt selbst, sondern auch um die damit verbundenen Probleme wusste. Hätte er an- gestrebt, sicherzugehen, dass die Verbuchung der Fr. 253'634.- rechtmässig er- folgt, so wäre zu erwarten gewesen, dass er dies einerseits gegenüber jenen Per- sonen, auf deren rechtliche Einschätzung er vertraute, angesprochen hätte und er andererseits von sich aus die Form eines separaten Generalversammlungsbe- schlusses zur Genehmigung dieses Geschäfts gewählt hätte. Da er es aber nicht nur unterliess, von sich aus Vorkehrungen zu treffen, um der Unrechtmässigkeit dieses Geschäfts entgegenzuwirken, sondern jene Personen, auf deren Fach- kenntnisse er sich nun berief, falsch informierte, vermag auch das angebliche Vertrauen auf die Revisionsstelle und die R._____ die Pflichtwidrigkeit seines Verhaltens nicht zu relativieren.

- 30 -

E. 2.1.5

Damit bleibt es dabei, dass es sich um ein unzulässiges Insichge- schäft handelte und dies dem Beschuldigten bewusst war.

E. 2.2

Beim Tatbestand der Urkundenfälschung gemäss Art. 251 Ziff. 1 StGB sieht das Gesetz einen ordentlichen Strafrahmen von Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe vor, während beim Tatbestand der qualifizierten unge-

- 35 - treuen Geschäftsbesorgung gemäss Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 158 Ziff. 1 Abs. 3 StGB ein solcher von einem Jahr bis zu fünf Jahren Frei- heitsstrafe vorgesehen ist: "Handelt der Täter in der Absicht, sich oder einen an- dern unrechtmässig zu bereichern, so kann auf Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu fünf Jahren erkannt werden" (Art. 158 Ziff. 1 Abs. 3 StGB).

E. 2.2.1

Auf den ersten Blick erscheint der untere Strafrahmen beim Tatbestand der qualifizierten ungetreuen Geschäftsbesorgung als fakultative Mindeststrafe, was im Sanktionensystem des Strafgesetzbuches allerdings als singulär erschien. In einem Urteil des Bundesstrafgerichts, Einzelgericht, vom 29. September 2014 wurde dazu erwogen, dass eine Geldstrafe neu auch beim qualifizierten Tatbestand gemäss Art. 158 Ziff. 1 Abs. 3 StGB möglich sein müsse, da die Strafandrohung ("kann auf Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu fünf Jahren erkannt werden") nicht zur Ausfällung einer Freiheitsstrafe in diesem Bereich zwingt. Mit dieser Formulierung sei bei der Anpassung der Strafandrohungen an das neue Sanktionensystem per 1. Januar 2007 gerade nicht eine Mindeststrafe eingeführt worden (Urteil des Bundesstrafgerichts, Einzelgericht, SK.2013.30 vom 29. September 2014 E.1.4.3).

E. 2.2.2

Bei der Formulierung einer Mindeststrafe als Kann-Vorschrift scheint es sich um ein gesetzgeberisches Versehen zu handeln, weshalb sie nicht so zu verstehen ist, dass damit eine Mindeststrafe gemeint wäre. Auch beim Handeln in Bereicherungsabsicht ist eine Freiheitsstrafe von weniger als einem Jahr, mithin wohl auch eine Geldstrafe, durchaus möglich (vgl. Niggli, in: Basler Kommentar, Strafrecht II, 3. Auflage 2013, N 177 ff., insbes. N 180 zu Art. 158 StGB vgl. auch Botschaft 1998, 358). Dies entspricht im Übrigen auch den Revisionsbestrebungen gemäss Vorentwurf zum Bundesgesetz über die Harmonisierung der Strafrahmen im Strafgesetzbuch, im Militärstrafgesetz und im Nebenstrafrecht, laut welchen "die Mindeststrafe zu streichen und die „kann“-Vorschrift durch eine „ist“-Vorschrift zu ersetzen" sei (Erläuternder Bericht zum Bundesgesetz über die Harmonisierung der Strafrahmen, S. 20).

- 36 -

E. 2.2.3

Es kommt demnach der von der Vorinstanz im Ergebnis korrekt abgesteckte Strafrahmen von Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe zur Anwendung (Urk. 61 S. 32).

E. 2.3

Dem Strafschärfungsgrund der Tatmehrheit ist im Rahmen von Art. 49 Abs. 1 StGB innerhalb dieses Strafrahmens strafferhöhend Rechnung zu tragen. Aufgrund des untrennbaren sachlichen Zusammenhangs der Urkundenfälschung mit der qualifizierten ungetreuen Geschäftsbesorgung erscheint zudem eine gemeinsame, einheitliche Strafzumessung für beide Delikte als sachgerecht, wie dies bereits im angefochtenen Urteil gehandhabt wurde (vgl. zu diesem Vorgehen: Urteil des Bundesgerichts 6B_1011/2014 vom 16. März 2015 E. 4.4).

E. 2.4

Das Gericht misst die Strafe sodann nach dem Verschulden des Täters zu. Es berücksichtigt das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf dessen Leben (Art. 47 Abs. 1 StGB). Der Begriff des Verschuldens muss sich auf den gesamten Unrechts- und Schuldgehalt der konkreten Straftat beziehen. Zu unterscheiden ist zwischen der Tat- und Täterkomponente (Hug, in: Donatsch/Flachsmann/Hug/Weder, Kommentar zum StGB, 19. Auflage, Zürich 2013, N 5 ff. zu Art. 47 StGB). Bei der Tatkomponente sind die objektive und die subjektive Tatschwere zu gewichten. Als

Gradmesser für die objektive Tatschwere dient das Mass der Beeinträchtigung des strafrechtlich geschützten Rechtsguts. Es lässt sich am Ausmass des verschuldeten Erfolges hinsichtlich Deliktsbetrag, Gefährdung, Sachschaden etc. sowie anhand der Art und Weise der Herbeiführung dieses Erfolges bemessen. Als Gradmesser für die subjektive Schwere der Tat dienen die Willensrichtung, mit der der Täter gehandelt hat und dessen Beweggründe. Weiter bedeutsam sind das Mass der Entscheidungsfreiheit beim Täter und die Intensität seines deliktischen Willens. Je leichter es für den Täter gewesen wäre, die verletzte Norm zu respektieren, desto schwerer wiegt die Entscheidung gegen diese (Hug, a.a.O., N 6 ff. zu Art. 47 StGB; Wiprächtiger/Keller, a.a.O., N 85 zu Art. 47 StGB; Trechsel/Affolter-Eijsten, in: Trechsel/Pieth, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2013, N 17 ff. zu Art. 47 StGB).

- 37 -

E. 2.4.1

Bei der objektiven Tatschwere ist zu gewichten, dass der Beschuldigte ein einzelnes Vermögensdelikt beging, dabei aber über einen gewissen Zeitraum ein erhebliches kriminelles Engagement mit diversen aufeinander abgestimmten Teilhandlungen an den Tag legte, um den zunächst zurückgewiesenen, ihm nicht zustehenden Rechnungsbetrag schliesslich doch noch zu erlangen. Der bei der C._____ AG dadurch verursachte Vermögensschaden belief sich auf die ansehnliche Deliktsumme von Fr. 253'634.-. Dabei bediente sich der Beschuldigte zudem einer Falschbeurkundung, um den Buchhalter P._____ zur Verbuchung seiner Rechnung zu veranlassen. Gegenüber dem Buchhalter und den damaligen Revisoren H._____ und O._____ (vgl. Urk. 390208 S. 51) gab er beispielsweise per E-Mail vom 17. Mai 2009 (Urk. 320027 S. 1 und S. 5) wahrheitswidrig und täuschend vor, gemäss Verwaltungsratsbeschluss aus dem Jahre 2006 zum Verantwortlichen für das Market Making bestimmt worden zu sein und dass der Verwaltungsrat die entsprechenden Kostensätze genehmigt habe. Zwar traf der Beschuldigte keine Anstalten, die widerrechtliche Verbuchung seiner Rechnung geheimzuhalten oder zu vertuschen, vermied es aber tunlichst, sein Vorgehen gegenüber der Generalversammlung der Gesellschaft offenzulegen. Vielmehr machte er sich seine Position als Geschäftsführer und Verwaltungsratspräsident der C._____ AG zu Nutze. Als Verwaltungsratspräsident der C._____ AG verletzte er seine dieser gegenüber bestehende Treuepflicht gezielt und verfolgte seine persönlichen wirtschaftlichen Interessen. Die objektive Schwere der Tat erweist sich daher als nicht mehr leicht und rechtfertigt ohne Weiteres eine hypothetische Einsetzungstrafe in der Grössenordnung von 12 Monaten Freiheitsstrafe resp. 360 Tagessätzen Geldstrafe.

E. 2.4.2

Bei der subjektiven Tatschwere ist sein einzig geldwerter Beweggrund und die Inkaufnahme der wirtschaftlichen Schädigung der C._____ AG zu berücksichtigen. Da der Beschuldigte wissentlich und willentlich einen ihm nicht zustehenden Rechnungsbetrag zu seinen Gunsten in der Buchhaltung der C._____ AG verbuchen liess, um diese Geldsumme in der Folge erlangen zu können, ist diesbezüglich direkter Vorsatz gegeben. Dabei nahm der Beschuldigte in Kauf, der C._____ AG als börsenkotierte Publikumsgesellschaft, mithin ihren Aktionären, eine erhebliche Geldsumme zu entziehen und das wirtschaftliche Fortkom-

- 38 - men der Gesellschaft zu gefährden. Sein deliktisches Handeln ist keine Folge des mit dem vormaligen Verwaltungsrat der C._____ AG ausgetragenen Konflikts, sondern seine Reaktion auf die erfolgte Zurückweisung der unberechtigten Rechnung durch den damaligen Verwaltungsrat. Mit der Vorinstanz ist dem Beschuldigten aber immerhin zu Gute zu halten, dass dem in Rechnung gestellten Betrag ein tatsächlicher, aber nicht von der C._____ AG in Auftrag gegebener Aufwand des Beschuldigten gegenüberstand und der damalige Verwaltungsrat ihn quasi im auftragslosen Zustand gewähren liess (vgl. vorstehend, Erw. III.3.7.). Eine verschuldensmindernde Beeinträchtigung seiner Schuldfähigkeit im Sinne von Art. 19 StGB im Tatzeitraum oder andere Strafmilderungsgründe im Sinne von Art. 48 StGB sind nicht gegeben. Insgesamt führt die subjektive Schwere der Tat nicht zu einer veränderten Gewichtung des Gesamtverschuldens.

E. 2.5

Das Verschulden ist daher insgesamt als nicht mehr leicht einzustufen. Es bleibt daher bei einer Einsatzstrafe in der Grössenordnung von 12 Monaten Freiheitsstrafe resp. 360 Tagessätzen Geldstrafe. 3. Bei der Würdigung der Täterkomponente kann die verschuldensangemessene Strafe aufgrund von Umständen, die mit der Tat grundsätzlich nichts zu tun haben, erhöht oder herabgesetzt werden. Massgebend hierfür sind im Wesentlichen täterbezogene Komponenten wie die persönlichen Verhältnisse, Vorstrafen, Leumund, Strafempfindlichkeit und Nachtatverhalten, wie Geständnis, Einsicht, Reue etc. (HUG, in: DONATSCH/FLACHSMANN/HUG/WEDER, Kommentar Schweizerisches Strafgesetzbuch, 19. Auflage, Zürich 2013, N 14 ff. zu Art. 47 StGB).

E. 3

Der bestrittene, insbesondere subjektive Teil des Anklagesachverhaltes ist daher mit Hilfe der Untersuchungsakten sowie der Aussagen der befragten Zeugen nach den allgemeingültigen Beweisregeln zu erstellen.

E. 3.1

Der Beschuldigte ist am tt. Dezember 1960 in S._____ (BRD) geboren und aufgewachsen. Nach dem Wirtschaftsgymnasium habe er für ein paar Jahre Ökonomie studiert. Danach habe er eine Ausbildung als System Engineer bei der T._____ absolviert. Am 19. Oktober 1986 sei er in die Schweiz gekommen. Er habe eine Tochter, die am tt.mm 2012 geboren sei. Momentan lebe er in U._____ (TI). Beruflich sei er nach wie vor CEO und Verwaltungsratspräsident der C._____ AG. In finanzieller Hinsicht verdiene er ein Fixgehalt von ca. Fr. 20'000.– pro Monat, zuzüglich 13. Monatslohn und Bonus. Dieser habe im Jahre 2015 ca.

- 39 - Fr. 50'000.– bis Fr. 70'000.– betragen. Die Wohnkosten würden sich auf ca. Fr. 5'000.– pro Monat belaufen, wobei sie sich nach einer günstigeren Wohnung umsehen würden. Für die Krankenkassenprämien der ganzen Familie bezahle er rund Fr. 7'000.– pro Jahr. In der letzten Steuererklärung habe er ein Vermögen von Fr. 1,2 Mio deklariert. Ungefähr zwei Drittel davon seien Aktien der C._____ AG. Seine Steuerrechnung belaufe sich jährlich auf ca. Fr. 60'000.– bis Fr. 70'000.– (Urk. 000059 S. 13 ff.; Urk. 49 S. 1 ff.; Prot. II S. 7 ff.).

E. 3.1.1

Das Vertrauen darauf, dass eine Urkunde nicht verfälscht wird, ist und darf grösser sein als das Vertrauen darauf, dass jemand in schriftlicher Form nicht lüge. Deshalb sind an die Beweisbestimmung und Beweiseignung einer Urkunde bei der Falschbeurkundung hohe Anforderungen zu stellen. Art. 251 StGB ist deshalb restriktiv anzuwenden, soweit es um die Falschbeurkundung geht (BGE 117 IV 37 E. 1d). Mit anderen Worten wird eine qualifizierte Lüge vorausgesetzt. Dabei sind Rechnungen nach ständiger Rechtsprechung keine Urkunden. Dies kann sich jedoch mit dem Verwendungszweck der Rechnung ändern. Eine Rechnung stellt dann eine Urkunde dar, wenn sie als Buchhaltungsbeleg Eingang in die kaufmännische Buchhaltung findet. Die kaufmännische Buchführung und ihre Bestandteile sind kraft Gesetzes bestimmt und geeignet, Tatsachen von rechtlich erheblicher Bedeutung zu beweisen (BGE 138 IV 130 E. 2.2.1).

E. 3.1.2

Im Verhältnis zwischen Rechnungsaussteller und Rechnungsempfänger sind Rechnungen nur unter besonderen Umständen Urkunden, da sie in der

- 32 - Regel blosser Behauptungen des Ausstellers über die vom Empfänger geschuldete Leistung enthalten (BGE 138 IV 130 E. 2.4.2).

E. 3.1.3

Der Rechnungsaussteller kann sich der Falschbeurkundung strafbar machen, wenn die inhaltlich unwahre Rechnung nicht nur Rechnungsfunktion hat, sondern objektiv und subjektiv in erster Linie als Beleg für die Buchhaltung der Rechnungsempfängerin bestimmt ist, deren Buchhaltung damit verfälscht wird. Eine objektive Zweckbestimmung als Buchhaltungsbeleg ist gegeben, wenn der Rechnungsaussteller mit der buchführungspflichtigen Rechnungsempfängerin bzw. deren Organen oder Angestellten zusammenwirkt und auf deren Geheiss oder Anregung hin oder mit deren Zustimmung eine inhaltlich unwahre Rechnung erstellt, die als Buchhaltungsbeleg dient (BGE 138 IV 130 E. 2.4.3 und 3.1). In subjektiver Hinsicht muss der Rechnungsaussteller zumindest für möglich halten und in Kauf nehmen, dass die abgeänderte Rechnung als Beleg für die Buchhaltung der Rechnungsempfängerin bestimmt ist und die Buchhaltung damit verfälscht werden soll (ebenda, E. 3.2.1-3.2.3). Die Bereicherungsabsicht ist zu bejahen, wenn der Rechnungsaussteller in der Absicht handelt, der Rechnungsempfängerin oder deren Organen einen unrechtmässigen Vorteil zu verschaffen (ebenda, E. 3.2.4).

E. 3.2

Im Werdegang und den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten lassen sich keine Besonderheiten finden, aus denen sich strafmassrelevante Faktoren ableiten lassen.

E. 3.3

Entgegen den vorinstanzlichen Erwägungen (Urk. 61 S. 35) war der Beschuldigte bereits zur Zeit der erstinstanzlichen Verurteilung mit zwei Vorstrafen im Strafregister verzeichnet (Urk. 46; Urk. 61 S. 35). Mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich vom 3. Juni 2010 wurde er wegen Fahrens in fahruntüchtigem Zustand mit 90 Tagessätzen Geldstrafe zu Fr. 570.– bedingt, bei einer Probezeit von 4 Jahren, bestraft. Ferner wurde er mit Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 17. April 2013 wegen Übler Nachrede mit 150 Tagessätzen Geldstrafe zu Fr. 350.– bedingt als Zusatzstrafe zum zuvor genannten Strafbefehl, bei einer Probezeit von 3 Jahren, und mit Fr. 6'000.– Busse bestraft. Da diese Vorstrafen im Zeitpunkt der vorliegend beurteilten Tat noch nicht bestanden,

entfällt – im Ergebnis mit der Vorinstanz übereinstimmend – eine Straf- erhöhung.

E. 3.4

Im angefochtenen Urteil wurde strafferhöhend berücksichtigt, dass der Beschuldigte die Tat während laufender Strafuntersuchung begangen habe, allerdings ohne darzulegen, um welche Strafuntersuchung es sich dabei handle und ab welchem Zeitpunkt der Beschuldigte von der Existenz und der Eröffnung derselben Kenntnis erhalten haben musste (Urk. 61 S. 35, Ziff. 3.3.4.).

E. 3.4.1

Der Beschuldigte wurde am 23. Juli 2009 zusammen mit seiner Ehefrau als Verwaltungsrat resp. Verwaltungsratspräsident gewählt (vorstehend, Erw. III.3.12.1.). Die Anklage wirft dem Beschuldigten nicht vor, die Tat an einem

- 40 - exakt bestimmbar Datum begangen zu haben, sondern erwähnt einen nicht näher bekannten Tatzeitpunkt nach der Einsitznahme im Verwaltungsrat, jedoch vor dem 6. November 2009 (Urk. 000109 S. 3, Ziff. 4.).

E. 3.4.2

Am 24. Juli 2009 erteilte der Beschuldigte in Sachen Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich gegen A._____ betreffend Strafuntersuchung eine Vollmacht an seinen erbetenen Verteidiger (Urk. 021005), womit eine Kenntnis des gegen ihn eröffneten Strafverfahrens spätestens ab diesem Zeitpunkt belegt ist. Damit erweist sich der im angefochtenen Urteil berücksichtigte Straferhöhungsgrund als zutreffend. Diesem ist mit einer leichten Straferhöhung Rechnung zu tragen.

E. 3.5

Beim Nachtatverhalten ist dem Verhalten des Täters nach der Tat und im Strafverfahren Rechnung zu tragen. Ein Geständnis, das kooperative Verhalten eines Täters bei der Aufklärung von Straftaten sowie die Einsicht und Reue wirken strafmindernd. Dabei können umfangreiche und prozessentscheidende Geständnisse eine Strafreduktion von bis zu einem Drittel bewirken (BGE 121 IV 202 E. 2d/cc).

E. 3.5.1

Der Grad der Strafminderung hängt aber insbesondere davon ab, in welchem Stadium des Verfahrens das Geständnis erfolgte. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann ein Geständnis bei der Analyse des Nachtatverhaltens im Rahmen der Strafzumessung zugunsten des Täters berücksichtigt werden, wenn es Ausdruck von Einsicht und Reue ist. Ein Verzicht auf Strafminderung kann sich demgegenüber aufdrängen, wenn das Geständnis die Strafverfolgung nicht erleichtert hat, namentlich weil der Täter nur aufgrund einer erdrückenden Beweislage oder erst nach Ausfällung des erstinstanzlichen Urteils gestand (Urteile des Bundesgerichts 6B_426/2010 vom 22. Juli 2010 E. 1.5; 6B_558/2011 vom 21. November 2011 E. 2.3; 6B_853/2013 vom 20. November 2014 E. 2.4.7). In der Nichtanfechtung von Schuldsprüchen kann gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kein Geständnis erblickt werden, welches eine Strafreduktion rechtfertigen würde (Urteil 6B_24/2012 vom 19. April 2012 E. 2.4.4 mit Hinweisen). Entsprechendes gilt, wenn Nebenpunkte, wie die Verpflichtung zu Schadenersatzzahlungen, im Berufungsverfahren anerkannt werden. Zudem hat

- 41 - der Täter mit der blossen Anerkennung des Schadens noch keine besonderen Einschränkungen auf sich genommen und keinen greifbaren Beweis seiner Reue erbracht (vgl. Art. 64 al. 7 aStGB und Art. 48 lit. d StGB; Urteil des Bundesgerichts 6B_680/2012 vom 11. Januar 2013 E. 2.1).

E. 3.5.2

Die bundesgerichtliche Praxis zeigt, dass nur ein ausgesprochen positives Nachtatverhalten zu einer maximalen Strafreduktion von einem Drittel führen kann. Zu einem solchen gehört ein umfassendes Geständnis von allem Anfang an und aus eigenem Antrieb, also nicht erst auf konkrete Vorwürfe hin oder nach Vorlage entsprechender Beweise. Ferner gehört kooperatives Verhalten im Vorverfahren dazu, wozu gehört, dass beispielsweise aufgrund des Verhaltens eines Beschuldigten weitere Delikte aufgeklärt oder Mittäter zur Rechenschaft gezogen werden können, was ohne sein kooperatives Mitwirken nicht möglich gewesen wäre. Schliesslich gehört Einsicht ins Unrecht der Tat und Reue dazu. Nur wenn all diese Faktoren erfüllt sind, kann eine Strafreduktion von einem Drittel erfolgen. Fehlen einzelne Elemente, ist die Strafe entsprechend weniger stark zu mindern (Wiprächtiger/Keller, in: Basler Kommentar Strafrecht I, 3. Auflage 2013, N 169 ff. zu Art. 47 StGB; Trechsel/Affolter-Eijsten, in: Trechsel/Pieth, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2013, N 22 und N 24 zu Art. 47 StGB).

E. 3.5.3

Der Beschuldigte zeigte sich bis zuletzt nicht geständig, was den inneren Sachverhalt und den eigentlichen Tatvorwurf betrifft. Ebenso wenig lässt er Einsicht oder Reue für sein strafbares Verhalten erkennen. Hingegen gab er sich insofern kooperativ, als dass er bei den Einvernahmen jeweils ausführlich aussagte und auch auf schriftliche Fragen der Staatsanwaltschaft ausführlich antwortete. Mit der Vorinstanz ist seinem Teilgeständnis beim äusseren Sachverhalt und seiner Kooperation lediglich leicht strafmindernd mit einer Reduktion von maximal einem Zehntel Rechnung zu tragen, zumal sich der äussere Sachverhalt bereits weitestgehend aus den übrigen Beweismitteln ergab.

E. 3.6

Der Straferhöhungsgrund der Delinquenz während laufender Strafuntersuchung (vorstehend, Erw. V.3.5. ff.) und der Strafminderungsgrund des beschränkten Teilgeständnisses des Beschuldigten (vorstehend, Erw. V.3.6.3.) hal-

- 42 - ten sich in etwa die Waage, weshalb es bei der Höhe der Einsatzstrafe von 12 Monaten Freiheitsstrafe resp. 360 Tagessätzen Geldstrafe bleibt.

E. 3.7

Die Vorinstanz bejahte eine massive Verletzung des Beschleunigungsgebotes, da das Vorverfahren ab Dezember 2009 bis Ende 2014 einen langanhaltenden Unterbruch von rund fünf Jahren erlitten habe, und gewährte dem Beschuldigten daher eine Strafreduktion von äusserst wohlwollenden 70 % (Urk. 61 S. 36 f.).

E. 3.7.1

Die Anklagebehörde wendet mit ihrer Berufung dagegen ein (Urk. 63 S. 4 ff.; Urk. 76 S. 3), dass es zwar Stillzeiten sowie einen Wechsel der Verfahrensleitung im Vorverfahren gegeben habe, da die Geschäftslast der Amtsstelle die Setzung von Prioritäten verlangt habe. Das vorliegende Verfahren sei zudem sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher

Hinsicht komplex und äusserst zeit- intensiv, was sich beispielsweise aus der Einstellungsverfügung Nr. 3 der Staats- anwaltschaft III des Kantons Zürich vom 7. September 2015, welche aufgrund der zahlreichen Vorwürfe knapp 100 Seiten umfasse, verdeutliche. Zur Beurteilung sämtlicher erhobenen Vorwürfe hätten diverse Unterlagen erhoben und gesichtet werden müssen, was sich eindrücklich am Beispiel der Editions- und Auskunfts- begehren an die ehemalige Revisionsstelle der C._____ AG, die V._____ AG auf- zeigen lasse. Nachdem in der Anfangsphase des Vorverfahrens bereits diverse Unterlagen ediert worden seien, habe die neue Verfahrensleitung am 22. August 2013 ein Auskunfts- und Editionsbegehren gestellt (Urk. 400046), dessen Ergeb- nisse am 26. September 2013, am 23. Januar 2014, am 14. Februar 2014 und am 26. Juni 2015, weitere Anfragen bedingt habe. Ferner seien im April 2010, im Ja- nuar, April, August und September 2013 sowie im Dezember 2014, zum Teil mehrfach, bei verschiedenen Bankinstituten Unterlagen ediert worden (Urk. 355050; Urk. 355056; Urk. 355061; Urk. 358007; Urk. 353006; Urk. 352300; Urk. 360001; Urk. 352325; Urk. 351042; Urk. 351057; Urk. 361001; Urk. 363001; Urk. 364001; Urk. 351092; Urk. 351110). Im April 2013 seien zudem noch Unter- lagen bei der W._____ ediert worden (Urk. 410001). Im April resp. Mai 2013 seien Aufträge an die Wirtschaftsprüfer resp. den amtsinternen Revisor zwecks Prüfung konkreter Fragen erteilt worden (Urk. 161001; Urk. 162001). Ausserdem sei auch

- 43 - mit der erbetenen Verteidigung des Beschuldigten in unregelmässigen Abständen korrespondiert worden, so im August 2012, im Januar 2013 und im April 2014 (Urk. 021027; Urk. 021031; Urk. 021039). Trotz anerkanntermassen insbesondere in den Jahren 2013 und 2014 erfolgten Stillständen sei in dieser Strafuntersu- chung teilweise intensiv ermittelt worden, weshalb keineswegs von einem Still- stand von 5 Jahren auszugehen sei. Zweifellos habe der Beschuldigte diese Um- stände nicht selber verursacht. Die Strafreduktion sei daher bei immer noch sehr hohen 40 % zu veranschlagen.

E. 3.7.2

Zur Garantie eines gerechten Verfahrens nach Art. 29 Abs. 1 BV ge- hören der ausdrückliche Anspruch auf Beurteilung innert angemessener Frist und das Verbot der Rechtsverzögerung. Sie gelten in allgemeiner Weise für sämtliche Sachbereiche und alle Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsbehörden. Über- dies konkretisiert Art. 5 StPO das Beschleunigungsgebot für den Bereich des Strafrechts; nach Abs. 1 dieser Bestimmung nehmen die Strafbehörden die Straf- verfahren unverzüglich an die Hand und bringen sie ohne unbegründete Verzöge- rung zum Abschluss. Diese Grundsätze kommen sowohl auf die Behörden der Strafverfolgung (Art. 12 und Art. 15 ff. StPO) wie auf die mit Strafsachen befass- ten Gerichte (Art. 13 und Art. 18 ff. StPO) zur Anwendung.

E. 3.7.2.1

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird der Anspruch auf Beurteilung innert angemessener Frist missachtet, wenn eine Sache über Ge- bühr verschleppt wird. Die Beurteilung der angemessenen Verfahrensdauer ent- zieht sich starren Regeln. Es ist vielmehr in jedem Einzelfall zu prüfen, ob sich die Dauer unter den konkreten Umständen als angemessen erweist. Der Streitgegen- stand und die damit verbundene Interessenlage können raschere Entscheide er- fordern oder längere Behandlungsperioden erlauben. Entscheidend ist weiter der Umfang und die Komplexität der aufgeworfenen Sachverhalts- und Rechtsfragen. Kriterien für die Angemessenheit der Verfahrensdauer im Rahmen von Strafver- fahren bilden etwa die Schwere des Tatvorwurfs, die Komplexität des Sachver-

halts, die dadurch gebotenen Untersuchungshandlungen, das Verhalten der beschuldigten Person und dasjenige der Behörden (z.B. unnötige Massnahmen oder Liegenlassen des Falls) sowie die Zumutbarkeit für die beschuldigte Person.

- 44 - Strafverfahren sind zügig voranzutreiben, um die beschuldigte Person nicht unnötig über die gegen sie erhobenen Tatvorwürfe im Ungewissen zu lassen (BGE 130 I 269 E. 2.3 und 3.1 S. 272 f.; Urteile des Bundesgerichts 1B_388/2011 vom 5. September 2011 E. 2.2 und 1B_208/2012 vom 22. Juni 2012 E. 2). Anspruch auf Verfahrensbeschleunigung haben primär beschuldigte Personen, in etwas geringerem Mass jedoch auch die übrigen Verfahrensbeteiligten, wie die Privatklägerschaft (vgl. Botschaft vom 21. Dezember 2005 zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, BBl 2006 1130 Ziff. 2.1.2; Schmid, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 2. Auflage 2013, N 1 zu Art. 5 StPO; Urteil des Bundesgerichts 1B_699/2011 vom 20. Februar 2012 E. 2.6).

E. 3.7.2.2

Eine Rechtsverzögerung liegt damit insbesondere vor, wenn die Behörde im Verfahren über mehrere Monate hinweg untätig gewesen ist (Wohlers, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Auflage 2014, N 9 zu Art. 5 StPO), mithin das Verfahren respektive der Verfahrensabschnitt innert wesentlich kürzerer Zeit hätte abgeschlossen werden können (SCHMID, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 2. Auflage 2013, N 147).

E. 3.7.3

Die Einwände der Anklagebehörde gegen die Höhe der wegen der Verletzung des Beschleunigungsgebotes von der Vorinstanz gewährten Strafreduktion von 70 % sind berechtigt, und die geltend gemachten, den fraglichen Zeitraum von fünf Jahren unterbrechenden Untersuchungshandlungen sind belegt und begründet (Urk. 355050; Urk. 355056; Urk. 355061; Urk. 358007; Urk. 353006; Urk. 352300; Urk. 360001; Urk. 352325; Urk. 351042; Urk. 351057; Urk. 361001; Urk. 363001; Urk. 364001; Urk. 351092; Urk. 351110; Urk. 410001; Urk. 161001; Urk. 162001; Urk. 021027; Urk. 021031; Urk. 021039). Zwar betreffen diese in weiten Teilen nicht den schliesslich zur Anklage gebrachten Tatvorwurf, doch war dies im Zeitpunkt der betreffenden Untersuchungshandlungen noch nicht absehbar, sondern ergab sich erst durch die entsprechende Sichtung der betreffenden Unterlagen. Angesichts des grossen Aktenumfangs ist es überdies offenkundig, dass es äusserst viele Unterlagen aus Editionen, etc. zu sichten gab. Die im Vorverfahren zu prüfenden Sachverhalts- und Rechtsfragen waren komplex und aufwendig. Dennoch verbleibt eine mehrjährige Bearbeitungslücke,

- 45 - welche sich damit nicht rechtfertigen lässt und als Ursache die vom Beschuldigten nicht zu vertretende Prioritätensetzung der Staatsanwaltschaft hatte. Insgesamt rechtfertigt sich daher eine immer noch ganz erhebliche Strafreduktion in der Grössenordnung von 50 %.

E. 3.7.4

Soweit sich der Beschuldigte auf einen möglichen konkludenten Auftrag auf Zusehen hin beruft, ist ihm entgegenzuhalten, dass dies vorausgesetzt hätte, dass er selber in gutem Glauben von einem solchen konkludenten Vertragsverhältnis überzeugt gewesen wäre. Dass dies nie der Fall war und er sich nicht in gutem Glauben darauf beruft, zeigt sich

exemplarisch im erwähnten E-Mail an H._____ vom 17. Mai 2009 (Urk. 320027 S. 1 und S. 5; vorstehend, Erw. III.3.6.), in welchem er diesem, O._____, P._____ und F._____ gegenüber wahrheitswidrig vorgegeben hatte, dass er gemäss Beschluss des Verwaltungsrates aus dem Jahr 2006, d.h. vor der Kotierung der Titel der C._____ AG, zum Verantwortlichen für das Market Making bestimmt worden und die entsprechenden Kostensätze damals vom Verwaltungsrat genehmigt worden seien.

E. 3.7.5

Für diesen Fall, dass das Gericht entgegen seiner Ansicht zum Ergebnis gelangen würde, dass kein Auftrag für das Market Making erteilt worden sei, machte die Verteidigung anlässlich der Berufungsverhandlung geltend, dass sich für den Beschuldigten aus den gesamten Umständen ein Anspruch auf Erstattung der Kosten auch unter der Annahme einer Geschäftsführung ohne Auftrag ergebe (Urk. 77 S. 13). So sei das Handeln des Beschuldigten geboten gewesen, und es habe auch ein Fremdgeschäftsführungswille bestanden. Gemäss der Verteidigung sei der Geschäftsherr demnach im Sinne von Art. 422 Abs. 1 OR verpflichtet, dem Geschäftsführer alle Verwendungen, die notwendig oder nützlich und den Verhältnissen angemessen waren, samt Zinsen zu ersetzen und ihn in - 16 - demselben Masse von den übernommenen Verbindlichkeiten zu befreien (Urk. 77 S. 13 f.). Diesem Vorbringen der Verteidigung ist entgegenzuhalten, dass gerade die Gebotenheit der Geschäftsführung im Sinne von Art. 422 Abs. 1 OR dann nicht bejaht werden kann, wenn der Geschäftsherr selbst rechtzeitig hätte handeln oder zumindest der Geschäftsführer um Instruktion hätte anfragen können. Ausserdem ist stets eine gewisse Hilfsbedürftigkeit des Geschäftsherrn und die Dringlichkeit der Geschäftsbesorgung erforderlich (BGE 95 II 93, E. II.2; Rudolph, in: Kren Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf [Hrsg.], Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, 2. Aufl., Zürich 2009, N 6 zu Art. 419 OR).

E. 3.7.5.1

Bei der C._____ AG handelte es sich als Geschäftsherrin um eine Aktiengesellschaft und beim Market Making als Geschäftsbesorgung um eine Tätigkeit, welche für den Geschäftsbetrieb der C._____ AG nicht unüblich war. Der C._____ AG als Aktiengesellschaft war es einerseits möglich, abzuschätzen, welche Geschäftsvorgänge für sie nötig waren, und sie war andererseits in der Lage, entsprechende Aufträge selbständig zu erteilen. Von einer Hilfsbedürftigkeit der C._____ AG in dieser Hinsicht kann daher nicht die Rede sein. Insbesondere ist darauf hinzuweisen, dass seitens des Beschuldigten stets betont wurde, dass die Durchführung des Market Makings im Verwaltungsrat der C._____ AG mehrfach besprochen worden sei (Urk. 000059 S. 6; Urk. 49 S. 5 Prot. II S. 12 und S. 18). Aus diesem Grund sowie in Anbetracht dessen, dass auch dem Börsengang der C._____ AG eine gewisse Planungszeit vorausging, ist auszuschliessen, dass es der C._____ AG nicht möglich gewesen wäre, diesen Auftrag zum Market Making selbst zu erteilen. Die Übernahme der Geschäftsbesorgung war daher nicht geboten im Sinne von Art. 422 Abs. 1 OR.

E. 3.7.5.2

Überdies machte auch der Beschuldigte in seinen Befragungen nie geltend, er habe das Market Making aufgrund der Dringlichkeit ohne vorgängige Absprache mit dem Verwaltungsrat betrieben. Somit lässt sich für den Beschuldigten auch aus der Geschäftsführung ohne Auftrag kein Entschädigungsanspruch ableiten.

E. 3.8

Insgesamt resultiert für die vorliegenden Tatvorwürfe daher eine Strafe von 6 Monaten Freiheitsstrafe resp. 180 Tagessätzen Geldstrafe.

E. 3.9

Als Strafen sieht das Strafgesetzbuch Geldstrafe gemäss Art. 34 StGB, gemeinnützige Arbeit gemäss Art. 37 StGB, Freiheitsstrafe gemäss Art. 40 StGB sowie bei Übertretungen Busse gemäss Art. 106 StGB vor. Als Regelsanktion sieht das neue Recht für den Bereich der leichteren Kriminalität die Geldstrafe und die gemeinnützige Arbeit vor, für den Bereich der mittleren Kriminalität die Geldstrafe und die Freiheitsstrafe (BGE 134 IV 97 E. 4.2.2 und 5.2.3). Da sich die konkret zu beurteilende Tat des Beschuldigten im Bereich der mittleren Kriminalität bewegt, erweist sich die Ausfällung einer Geldstrafe als zweckmässig. 4. Da der Beschuldigte die vorliegend zu beurteilenden Taten vor der Ausfällung seiner beiden bereits erfolgten Verurteilungen beging (vgl. vorstehend, Erw. V.3.4.), liegt ein Fall retrospektiver Konkurrenz (Art. 49 Abs. 2 StGB) vor. Weil es sich um gleichartige Strafen in der Form der Geldstrafe handelt, ist für die vorliegend zu beurteilende Tat eine Zusatzstrafe auszufällen (vgl. vorstehend, Erw. V.2.1.). 4.1. Der Beschuldigte war mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich vom 3. Juni 2010 wegen Fahrens in fahruntüchtigem Zustand mit 90 Tagessätzen Geldstrafe zu Fr. 570.– bedingt, bei einer Probezeit von 4 Jahren, sowie mit einer Busse von Fr. 8'000.– bestraft worden. Das Obergericht des Kantons Zürich hatte ihn mit Urteil vom 17. April 2013 wegen Übler Nachrede mit 150 Tagessätzen Geldstrafe zu Fr. 350.– als Zusatzstrafe zum Strafbefehl der Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich vom 3. Juni 2010 bedingt, bei einer Probezeit von 3 Jahren, und mit Fr. 6'000.– Busse, bestraft (vorstehend, Erw. V.3.4.).

- 46 - 4.2. Die gedanklich zu bildende hypothetische Gesamtstrafe ist nunmehr aus der rechtskräftigen Grundstrafe (für die abgeurteilten beiden Taten) und der nach freiem Ermessen festzusetzenden Einzelstrafe für die neue Tat zu bilden (vorstehend, Erw. V.2.1.).

4.3. Die rechtskräftige Grundstrafe für die beiden abgeurteilten Taten beträgt zusammen 240 Tagessätze Geldstrafe. Die vorliegend beurteilte Tat wäre isoliert betrachtet mit 180 Tagessätzen zu bestrafen (vorstehend, Erw. V.3.9.). Es rechtfertigt sich daher, die in Anwendung von Art. 49 Abs. 2 StGB vorzunehmende Aspiration für die vorliegend beurteilte Tat mit 120 Tagessätzen Geldstrafe zu berücksichtigen. Demzufolge ist der Beschuldigte mit einer Geldstrafe von 120 Tagessätzen als Zusatzstrafe zu den mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich vom 3. Juni 2010 und mit Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 17. April 2013 ausgefallten Strafen zu bestrafen.

5. Bei der Berechnung der Tagessatzhöhe gilt grundsätzlich das Nettoeinkommensprinzip (BGE 134 IV 60 ff.). Wer seinen Lebensunterhalt aus laufenden Einkommen bestreitet, soll die Geldstrafe daraus bezahlen und sich in seiner gewohnten Lebensführung einschränken müssen, gleichviel, ob es sich um Arbeits-, Vermögens- oder Rentenertrag handelt.

Ausgangspunkt für die Bemessung bildet das Einkommen, das dem Täter durchschnittlich an einem Tag zufließt, ganz gleich, aus welcher Quelle die Einkünfte stammen. Was gesetzlich geschuldet ist oder dem Täter wirtschaftlich nicht zufließt, ist abzuziehen, so die laufenden Steuern, die Beiträge an die obligatorische Kranken- und Unfallversicherung sowie die notwendigen Berufsauslagen bzw. bei Selbständigerwerbenden die branchenüblichen Geschäftskosten (Botschaft 1998 S. 2019). Auch allfällige familiäre Unterstützungspflichten sind zu berücksichtigen. Nicht abzugsfähig sind gemäss der

bundesgerichtlichen Rechtsprechung dagegen Wohnkosten, Schulden, Abzahlungs- und Leasingverträge. Auch für einkommensschwache Personen gilt grundsätzlich das strafrechtliche Nettoeinkommen. Mit dem Hinweis auf das Existenzminimum gibt Art. 34 StGB dem Richter jedoch ein Kriterium in die Hand, das

- 47 - erlaubt, vom Nettoeinkommensprinzip abzuweichen und den Tagessatz bedeutend tiefer zu bemessen. Der Tagessatz für Verurteilte, die nahe oder unter dem Existenzminimum leben, ist daher in dem Masse herabzusetzen, dass einerseits die Ernsthaftigkeit der Sanktion durch den Eingriff in die gewohnte Lebensführung erkennbar ist und andererseits der Eingriff nach den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen als zumutbar erscheint. Als Richtwert lässt sich festhalten, dass eine Herabsetzung des Nettoeinkommens um mindestens die Hälfte geboten ist. Bei einer hohen Anzahl Tagessätze - namentlich bei Geldstrafen von mehr als 90 Tagessätzen - ist in diesen Fällen eine Reduktion um weitere zehn bis dreissig Prozent angebracht, da mit zunehmender Dauer die wirtschaftliche Bedrängnis und damit das Strafleiden progressiv ansteigt. 5.1. Der Beschuldigte erzielt ein Nettoeinkommen von monatlich Fr. 20'000.-. Hinzu kommt ein variabler jährlicher Bonus. Die Krankenkassenprämie beläuft sich auf rund Fr. 580.- pro Monat für die ganze Familie. Der Beschuldigte besitzt ca. Fr. 1,2 Mio. Vermögen, welches zu zwei Dritteln aus Aktien der C._____ AG besteht. Seine Steuerbelastung beträgt Fr. 60'000.- bis Fr. 70'000.- pro Jahr (vgl. vorstehend, Erw. V.3.1. f.). 5.2. Angesichts dieser aktuellen wirtschaftlichen Verhältnisse des Beschuldigten erweist sich ein Tagessatz von Fr. 680.- als angemessen. Demzufolge ist eine Geldstrafe von 120 Tagessätzen zu Fr. 680.- als Zusatzstrafe auszufallen. V. Vollzug 1. Im angefochtenen Urteil wurden die rechtlichen Voraussetzungen einer Gewährung des bedingten Strafvollzuges sowie die bei der Prognosestellung zu beachtenden Kriterien korrekt aufgeführt (Urk. 61 S. 41). Dies braucht nicht wiederholt zu werden. 2. Der Beschuldigte war im Zeitpunkt der Tatbegehung nicht vorbestraft (vorstehend, Erw. V.3.4. a.E.). Er dürfte seine Lehren aus dem durchlaufenen Strafverfahren gezogen haben. Es kann beim Beschuldigten vom Fehlen einer ungünstigen Prognose ausgegangen werden. Besonders günstige Umstände ge-

- 48 - mäss Art. 42 Abs. 2 StGB sind nicht erforderlich, da er seine Vorstrafen nach der vorliegenden Taten beging. Demzufolge ist der Vollzug der Geldstrafe unter Ansetzung einer Probezeit von 2 Jahren aufzuschieben (Art. 44 Abs. 1 StGB). VI. Ersatzforderung 1. Die Vorinstanz verpflichtete den Beschuldigten, dem Staat eine Ersatzforderung in der Höhe von Fr. 253'634.- für nicht mehr vorhandenen, widerrechtlich erlangten Vermögensvorteil zu bezahlen (Urk. 61 S. 42 f., Dispositivziffer 5). 2. Der Beschuldigte liess das Urteil der Vorinstanz vollumfänglich anfechten, folglich bezieht sich sein Rechtsmittel auch auf die Anordnung der Ersatzforderung (Urk. 77 S. 26). 3. Das Gericht verfügt die Einziehung von Vermögenswerten, die durch eine Straftat erlangt worden sind oder dazu bestimmt waren, eine Straftat zu veranlassen oder zu belohnen, sofern sie nicht dem Verletzten zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes ausgehändigt werden (Art. 70 Abs. 1 StGB). Sind die der Einziehung unterliegenden Vermögenswerte nicht mehr vorhanden, so erkennt das Gericht auf eine Ersatzforderung des Staates in gleicher Höhe (Art. 71 Abs. 1 StGB). Das Gericht kann von einer Ersatzforderung ganz oder teilweise absehen, wenn diese voraussichtlich uneinbringlich wäre oder die Wiedereingliederung des Betroffenen ernstlich behindern würde (Art. 71 Abs. 2 StGB; Urteil des Bundesgerichts 6B_430/2012 vom 8. Juli 2013, E. 3). 4. Durch das verübte Delikt erlangte der Beschuldigte

einen Vermögensvorteil in der Höhe von Fr. 253'634.–. Die betreffende Forderung des Beschuldigten gegenüber der C._____ AG in der Höhe von Fr. 253'634.– wurde mit Verfügung der Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich vom 14. Juli 2015 beschlagnahmt (Urk. 000030). Bereits die Vorinstanz wies jedoch darauf hin, dass sich diese Fr. 253'634.– nicht mehr auf dem Kontokorrent des Beschuldigten bei der C._____ AG befinden würden (Urk. 49 S. 7 f.; Urk. 61 S. 42 f.). Da der Beschuldigte aus seiner deliktischen Tätigkeit somit zwar Vermögenswerte erzielte, diese

- 49 - jedoch nicht mehr vorhanden sind, ist zu prüfen, ob er zur Bezahlung einer Ersatzforderung an den Staat zu verpflichten ist. 4.1. In Bezug auf die Höhe des unrechtmässigen Vorteils, welcher durch die Ersatzforderung abgegolten werden soll, stellt sich die Frage, ob dieser nach dem Nettoprinzip, d.h. unter Abzug von allfälligen Aufwandpositionen, oder dem Bruttoprinzip zu berechnen ist (Baumann, in: Niggli/Wiprächtiger [Hrsg.]: Basler Kommentar StGB I, 3. Aufl., Basel 2013, N 34 zu Art. 70/71 StGB). Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts beruht das Bruttoprinzip auf der Überlegung, dass sich strafbares Verhalten nicht lohnen soll. Ausserdem würden Praktikabilitätsüberlegungen für das Bruttoprinzip sprechen, zumal die Veranschlagung der konkreten Aufwandpositionen beim Nettoprinzip kaum lösbare Beweisprobleme mit sich ziehe (Urteil des BGer vom 23. März 2006, 6P_236/2006, E. 11.2). Das Bundesgericht weist aber gleichzeitig darauf hin, dass bei der Einziehung bzw. bei der Ersatzforderung auch das Verhältnismässigkeitsprinzip zu beachten sei. Es sei einzelfallbezogen zu prüfen, ob die Abschöpfung des gesamten Bruttoerlöses der strafbaren Handlung vor dem Verhältnismässigkeitsprinzip standhält (BGE 124 I 6 E. 4 b cc); Urteil des BGer vom 23. März 2006, 6P_236/2006, E. 11.3). 4.2. Abgesehen davon, dass der Beschuldigte durch die C._____ AG nicht zum Market Making beauftragt wurde, ist unbestritten, dass die damaligen Verwaltungsräte Kenntnis dieser Tätigkeit des Beschuldigten hatten und ihn dabei gewähren liessen (vgl. vorstehend, Erw. III.3.7.). Ausserdem kann auch nicht in Abrede gestellt werden, dass das Market Making für den Beschuldigten mit Aufwand verbunden war. In Anbetracht dessen, dass der C._____ AG, auch wenn sie dies nicht einforderte, durch das Market Making des Beschuldigten ein gewisser Nutzen zugekommen sein dürfte, erscheint es unverhältnismässig, den Beschuldigten zur Leistung des gesamten Betrages von Fr. 253'634.– im Sinne einer Ersatzforderung zu verpflichten. 4.3. Lässt sich der Umfang der einzuziehenden Vermögenswerte nicht oder nur mit unverhältnismässigem Aufwand ermitteln, so kann das Gericht diesen schätzen (Art. 70 Abs. 5 StGB). Diese Bestimmung dürfte entgegen dem engen Wortlaut weniger auf das deliktische Korrektum als auf den abstrakten un-

- 50 - rechtmässigen Vorteil bzw. auf die Festsetzung der entsprechenden Ersatzforderung ausgerichtet sein (BAUMANN, a.a.O., N 42 zu Art. 70/71 StGB). 4.4. Der Nutzen, welcher der C._____ AG aufgrund des Market Making des Beschuldigten zukam, lässt sich nicht beziffern. Es rechtfertigt sich jedoch, diesen grob zu schätzen, resp. eine angemessene Reduzierung des grundsätzlich deliktisch erlangten Betrages von Fr. 253'634.– vorzunehmen. Eine Reduktion der Ersatzforderung in der Grössenordnung von 30 % erscheint angemessen. 4.5. Angesichts der günstigen finanziellen Verhältnisse des Beschuldigten (vgl. vorstehende Erw. V.3.1. f.), erscheint die Forderung einerseits einbringlich und andererseits wird auch die Wiedereingliederung des Beschuldigten dadurch nicht gefährdet. 5. Der Beschuldigte ist daher zu verpflichten, dem Staat als Ersatz für nicht mehr vorhandenen, widerrechtlich erlangten Vermögensvorteil Fr. 180'000.– zu

bezahlen. VII. Beschlagnahme Die durch die Vorinstanz vorgenommenen Anordnungen bei den Einziehungen und Herausgaben wurden von den Parteien nicht beanstandet, weshalb die vorinstanzlichen Anordnungen dazu vollumfänglich zu bestätigen sind. VIII. Kosten- und Entschädigungsfolgen

E. 3.10

Die vom Beschuldigten anerkannte Verbuchung seiner Rechnung betreffend Market Making vom 12. Januar 2009 im Geschäftsjahr 2008 der Buchhaltung der C._____ AG (vorstehend, Erw. III.2.) wurde auch von P._____, Buchhalter, CFO der C._____ AG ab 1. September 2008 und Weisungsempfänger des Beschuldigten (Urk. 143001 S. 2), anlässlich von dessen staatsanwaltschaftlichen Zeugeneinvernahme vom 30. Oktober 2009 ausdrücklich bestätigt (Urk. 143001 S. 9 u.).

E. 3.11

Die Buchhaltung der C._____ AG bis 31. Dezember 2008 wurde am 30. Juli 2009 erstellt (Urk. 300386). Auf dem Kontoauszug 2161 "Verbindlichkeiten A._____ vom 7. August 2009" ist die Verbuchung des Rechnungsbetrages über Fr. 253'634.– ersichtlich (Urk. 400070 f.). Die Verbuchung bestätigt die diesbezügliche Anerkennung des Beschuldigten.

E. 3.12

Wie bereits dargelegt, hat der Beschuldigte wiederholt geltend gemacht, der Gesamtbetrag seiner Abrechnung an die Finanzbuchhaltung der C._____ AG vom 12. Januar 2009 (Fr. 253'634.–) sei im Geschäftsjahr 2008 der

- 18 - C._____ AG verbucht und am 8. Oktober 2009 durch die Verabschiedung des Geschäftsberichts 2008 nochmals durch den Verwaltungsrat genehmigt worden, und die Genehmigung durch die Generalversammlung habe am 6. November 2009 stattgefunden (vorstehend, Erw. III.2.; Urk. 141177 S. 3; Urk. 141075).

E. 3.12.1

Zwar wurden die Konzernrechnung und der Geschäftsbericht 2008 der C._____ AG (Urk. 390208) am 8. Oktober 2009 durch den Verwaltungsrat genehmigt (Urk. 390208 S. 30), im Geschäftsbericht 2008 sind indessen Dienstleistungen und Provisionen an den Beschuldigten mit Fr. 335'062.– in der Erfolgsrechnung aufgeführt. Eine detailliertere Auflistung, insbesondere des Rechnungsbetrages für Market Making von Fr. 253'634.–, geht aus dem Geschäftsbericht dagegen nicht hervor (Urk. 390208 S. 29). Hinzu kommt, dass der Verwaltungsrat der C._____ AG am 8. Oktober 2009, zum Zeitpunkt der Genehmigung des Geschäftsberichtes 2008, lediglich noch aus dem Beschuldigten und seiner Ehefrau, Q._____, bestand, nachdem die bisherigen Verwaltungsräte (I._____, J._____ und E._____) anlässlich einer ausserordentlichen Generalversammlung am 23. Juli 2009 abgewählt und durch den Beschuldigten und seine Ehefrau ersetzt worden waren (vgl. Urk. 390208 S. 49). Faktisch genehmigte der Beschuldigte seine – allerdings eben nicht detailliert aufgelistete – vom vormaligen Verwaltungsrat zurückgewiesene persönliche Rechnung für Market Making vom 12. Januar 2009 an die C._____ AG somit (zusammen mit seiner Ehefrau) als Verwaltungsratspräsident im Namen der Gesellschaft kurzerhand in Eigenregie selber. Sein damaliger Interessenkonflikt ist offenkundig (vgl. nachfolgend, Erw. IV.2.1.3.).

E. 3.12.2

Die Rechnung des Beschuldigten für Market Making über Fr. 253'634.– wurde im Geschäftsbericht 2008 der C._____ AG weder separat aufgelistet noch erwähnt (vgl. Urk. 390208 S. 29: "Dienstleistungen und Provisionen A._____ CHF 335'062", ohne weitergehende Erklärungen oder einen Hinweis zu dieser Rechnung; vgl. vorstehend, Erw. III.3.12.1.). Auch aus dem Bericht der Revisionsstelle geht zu dieser Rechnung nichts hervor (Urk. 390208 S. 50 f.). Zudem ist dem Protokoll der Generalversammlung vom 6. November 2009 keine Erläuterung des Rechnungsbetrages für Market Making über Fr. 253'634.– zu ent-

- 19 - nehmen. Das Thema Market Making blieb gemäss dem Wortlaut des Protokolls vielmehr gänzlich unerwähnt (Urk. 000077 S. 2–8). Vom Verwaltungsrat der C._____ AG war an dieser Generalversammlung im Übrigen lediglich der Beschuldigte anwesend, da sich seine Ehefrau krankheitsbedingt entschuldigt hatte (Urk. 000077 S. 4, Ziff. 3.2.4).

E. 3.12.3

Demgegenüber liess der Beschuldigte sowohl vor Vorinstanz als auch im Rahmen der Berufungsverhandlung geltend machen, die ehemaligen Verwaltungsräte E._____ und I._____ hätten anlässlich der Generalversammlung vom 6. November 2009 Fragen zu den Positionen "Transaktionen mit nahestehenden Personen" und "Dienstleistungen und Provisionen A._____" gestellt. Insbesondere hätten sich diese Fragen auf die fragliche Rechnung betreffend das Market Making, welche ihnen bekannt gewesen sei, bezogen. H._____, der damalige Mandatsleiter der Revisionsstelle habe diese Fragen dann beantwortet. Zwar sei dies im Protokoll der Generalversammlung nicht besonders vermerkt, aber es sei dennoch festgehalten worden, dass E._____ und I._____ einige Fragen zur Jahresrechnung und Bilanz gestellt hätten, welche von H._____ beantwortet worden seien (Urk. 000077 S. 5; Urk. 50 S. 22; Urk. 77 S. 18 f.).

E. 3.12.4

Um dieser Frage, ob die fragliche Rechnung über Fr. 253'634.– im Rahmen der Generalversammlung vom 6. November 2009 thematisiert wurde, nachzugehen, wurden H._____ und E._____ am 10. Mai 2017 anlässlich der Fortsetzung der Berufungsverhandlung als Zeugen befragt (Prot. II S. 32 ff.).

E. 3.12.4.1

Während E._____ erklärte, sich nicht mehr daran zu erinnern, ob die Rechnung des Beschuldigten betreffend das Market Making in der Generalversammlung vom 6. November 2009 thematisiert worden sei (Prot. II S. 50), bestätigte H._____, dass man diese Rechnung angesprochen habe (Prot. II S. 37 ff.). Er erklärte, danach gefragt worden zu sein, wie sich die Position "Aufwände gegenüber Nahestehenden" zusammengesetzt habe. In der Folge habe er im Auftrag des Verwaltungsrates über die Zusammensetzung Auskunft gegeben. Bei dieser Gelegenheit habe er erklärt, dass unter anderem diese Rechnung über Fr. 253'634.– in den durch den Beschuldigten geltend gemachten Dienstleistungen enthalten gewesen sei (Prot. II S. 37 ff.). Gleichzeitig bezeichnete er diese

- 20 - Rechnung als die wesentlichste Position dieser Aufwände (Prot. II S. 38). Weiter erklärte er, nicht zu wissen, ob gegen diese Rechnung Opposition erwachsen sei. Er könne sich jedenfalls nicht daran erinnern. Er habe einfach Auskunft zu den gestellten Fragen erteilt. Argumente habe er aber keine bringen müssen (Prot. II S. 38 f.). Auf entsprechende

Ergänzungsfrage der Staatsanwaltschaft gab er an, nicht zu wissen, ob der vormalige Verwaltungsrat die Verbuchung der Market Making Rechnung verweigert habe, es sei seiner Ansicht nach aber sicher ein Diskussionspunkt gewesen (Prot. II S. 41). Ausserdem wurde er durch die Staatsanwaltschaft gefragt, ob es aus Sicht der Revisionsstelle ein Problem darstelle, wenn eine Person namens des Verwaltungsrates eine vom vormaligen Verwaltungsrat bestrittene Forderung gegenüber sich selbst anerkenne. Diesbezüglich erklärte er, dass der vormalige Verwaltungsrat im eigenen und nicht im Interesse der Gesellschaft gehandelt habe. Unter diesen Umständen könne er nichts dagegen haben, wenn eine Buchung vorgenommen werde, welche die damaligen Gegner des Beschuldigten allenfalls nicht hätten verbuchen wollen. Zudem sei für ihn massgebend, ob eine Forderung geschäftsmässig begründet sei oder nicht (Prot. II S. 43). Zudem gab er auf entsprechende Nachfrage an, dass der Interessenkonflikt bezüglich dieser Rechnung bei der Vorbereitung der Generalversammlung kein Thema gewesen sei, da für ihn diskussionslos sei, dass Bezüge von Nahestehenden separat ausgewiesen würden (Prot. II S. 44). Schliesslich führte er aus, dass er zum Market Making höchstens gesagt habe, dass eine Abrechnung vorliege, sich der Betrag in dieser Grösse bewege und bezüglich dieser Abrechnung im Detail nachvollziehbar sei, wie sie sich zusammensetzte (Prot. II S. 45).

E. 3.12.4.2

H._____ gab im Rahmen der Befragung zwar an, in einem neutralen Verhältnis zum Beschuldigten zu stehen, gleichzeitig erklärte er aber, heute neben dem Beschuldigten mit einem jährlichen Honorar von Fr. 20'000.– ebenfalls Verwaltungsrat der C._____ AG zu sein (Prot. II S. 34 f.). Ausserdem bestätigte er, mit dem Beschuldigten anlässlich einer Verwaltungsratssitzung rund eine Woche zuvor über die anstehende Zeugeneinvernahme und deren Gegenstand gesprochen zu haben (Prot. II S. 40 f.). In Anbetracht dessen, dass sich der Beschuldigte und H._____ ca. im Jahre 2008 kennenlernten (Prot. II S. 34) und noch

- 21 - heute durch ihr gemeinsames Verwaltungsratsmandat geschäftliche Beziehungen pflegen, entsteht der Eindruck, dass sie sich eher freundschaftlich und nicht bloss neutral gegenüberstehen. Aus diesem Grund sowie dem Umstand, dass sich H._____ im Vorfeld dieser Zeugeneinvernahme mit dem Beschuldigten darüber unterhielt, wird seine Glaubwürdigkeit in Bezug auf die Vorgänge im Zusammenhang mit dem Beschuldigten in nicht unerheblichem Ausmass eingeschränkt. Seine Aussagen sind entsprechend vorsichtig zu würdigen. Der Umstand, dass sich H._____ an die damaligen Ereignisse teilweise sehr präzise, teilweise gar nicht zu erinnern vermag, weckt gewisse Zweifel an der Glaubhaftigkeit seiner Aussagen. So fällt beispielsweise auf, dass er sich zwar noch sehr genau daran erinnern konnte, dass die inkriminierte Rechnung anlässlich der Generalversammlung vom 6. November 2009 thematisiert wurde, obwohl dies nicht explizit im Protokoll vermerkt wurde, er jedoch nicht mehr wusste, dass die Ehefrau des Beschuldigten zu jener Zeit ebenfalls ein Verwaltungsratsmandat der C._____ AG innehatte (Prot. II S. 39 f.). Ausserdem zeigten sich gewisse Widersprüche in Bezug auf seine Einschätzung der Problematik dieser Rechnung. So erklärte er einerseits, diese Rechnung sei ein Diskussionspunkt gewesen, weil er selbst in Frage gestellt habe, wie diese Rechnung entstanden sei, weshalb dies in Rechnung gestellt worden sei und wie es verbucht werden müsse (Prot. II S. 35 f.). Andererseits gab er an, dass die Entstehung dieser Rechnung im Detail nachgewiesen sei und sie auch plausibel sei (Prot. II S. 42). Hätte er die Entstehung der Rechnung aber tatsächlich als im Detail nachgewiesen erachtet, ist nicht ersichtlich,

weshalb er sich diesbezüglich beim Beschuldigten erkundigen musste.

E. 3.12.4.3

Nachdem E._____ zunächst behauptete, gar nicht an der Generalversammlung der C._____ AG vom 6. November 2009 teilgenommen zu haben, erklärte er nach Vorhalt der Protokollstelle betreffend seine Anwesenheit konstant, sich nicht mehr daran zu erinnern, ob die Market Making Rechnung damals thematisiert worden sei (Prot. II S. 50). Da er jedoch offen darüber Auskunft gab, dass sich sein Verhältnis zum Beschuldigten verschlechtert habe, nachdem dieser ihn verleumdet habe, erweist sich seine Glaubwürdigkeit aufgrund der negati-

- 22 - ven Gesinnung gegenüber dem Beschuldigten als zweifelhaft. Auch in Bezug auf die Würdigung seiner Aussagen ist daher Vorsicht geboten.

E. 3.12.4.4

H._____ wies im Verlaufe der Zeugeneinvernahme mehrmals und grundsätzlich widerspruchsfrei darauf hin, im Rahmen der im Protokoll der Generalversammlung vom 6. November 2009 vermerkten Beantwortung der Fragen von E._____ und I._____ mitgeteilt zu haben, dass die Market Making Rechnung des Beschuldigten Bestandteil der Postition "Transaktionen mit Nahestehenden" gewesen sei (Prot. II S. 32 ff.). Trotz der eingeschränkten Glaubwürdigkeit dieses Zeugen ist es angesichts der Bestimmtheit, mit welcher er diese Angaben tätigte, nicht widerlegbar, dass die Market Making Rechnung, wie durch den Beschuldigten geltend gemacht (Urk. 000077 S. 5; Urk. 50 S. 22; Urk. 77 S. 18 f.), im Rahmen jener Generalversammlung thematisiert wurde. Dass sich die im Protokoll festgehaltenen Fragen von E._____ und I._____ auf die inkriminierte Rechnung bezogen, ist in Anbetracht der vorgängigen Buchungsverweigerung durch diese beiden plausibel. Hingegen erklärte H._____ selbst, seine Angaben zum Market Making anlässlich der Generalversammlung darauf beschränkt zu haben, dass eine Abrechnung vorliege, sich der Betrag in dieser Grösse bewege und bezüglich dieser Abrechnung im Detail nachvollziehbar sei, wie sie sich zusammensetze (Prot. II S. 45). Vor diesem Hintergrund bestehen keine Hinweise, dass er auch darauf hingewiesen hätte, dass diese Rechnung zuvor durch den vormaligen Verwaltungsrat abgelehnt wurde und der Beschuldigte über keinen Auftrag der C._____ AG zur Durchführung des Market Makings verfügte. Dafür, dass er diese Aspekte unerwähnt liess, spricht zudem, dass er kein Problem in der Verbuchung dieser Rechnung durch den neuen Verwaltungsrat sah, obwohl die Rechnung durch den vormaligen Verwaltungsrat zunächst abgelehnt worden war (Prot. II S. 43). Darauf, dass H._____ gar nicht bewusst war, dass der Beschuldigte nicht zum Market Making beauftragt wurde, weist sodann der Umstand hin, dass ihm dieser am 17. Mai 2009 per E-Mail mitteilte, es habe ein entsprechender Beschluss des Verwaltungsrates vorgelegen (Urk. 320027 S. 5). Daher ist erstellt, dass die Rechnung des Beschuldigten betreffend das Market Making anlässlich der Gene-

- 23 - ralversammlung der C._____ AG vom 6. November 2009 als Bestandteil der Position "Transaktionen mit Nahestehenden" in der Jahresrechnung deklariert wurde. Dass dabei jedoch unerwähnt blieb, dass hinsichtlich des Market Makings kein Auftrag der C._____ AG bestand und der vormalige Verwaltungsrat die Auszahlung des Rechnungsbetrages verweigert hatte, erweist sich ebenfalls als erstellt. Da eine Einvernahme von I._____ an diesem Beweisergebnis nichts zu ändern vermögen würde, kann auf die ursprünglich gemäss Beschluss vom 24. Januar 2017 vorgesehene

Zeugenbefragung verzichtet werden (Urk. 79).

E. 3.13

Abgesehen davon, dass die Rechnung betreffend Market Making anlässlich der Generalversammlung der C._____ AG vom 6. November 2009 thematisiert wurde, erweist sich der Anklagesachverhalt somit als erstellt. IV. Rechtliche Würdigung 1. Im angefochtenen Urteil wurde der Beschuldigte anlagegemäss wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung im Sinne von Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 158 Ziff. 1 Abs. 3 StGB und wegen Urkundenfälschung im Sinne von Art. 251 Ziff. 1 StGB schuldig gesprochen (Urk. 61 S. 46; Urk. 109 S. 5). Der Beschuldigte verlangt mit seiner Berufung, wie vor Vorinstanz, einen vollumfänglichen Freispruch (Urk. 62 S. 2; Urk. 77 S. 26). 2. Der ungetreuen Geschäftsbesorgung macht sich strafbar, wer aufgrund des Gesetzes, eines behördlichen Auftrages oder eines Rechtsgeschäfts damit betraut ist, Vermögen eines andern zu verwalten oder eine solche Vermögensverwaltung zu beaufsichtigen, und dabei unter Verletzung seiner Pflichten bewirkt oder zulässt, dass der andere am Vermögen geschädigt wird (Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 StGB). Einer höheren Strafandrohung unterliegt der Täter, der in der Absicht handelt, sich oder einen andern unrechtmässig zu bereichern (Art. 158 Ziff. 1 Abs. 3 StGB).

E. 6

November 2009 nicht nur Verwaltungsrat, sondern auch Mehrheitsaktionär der C._____ AG (Urk. 000077 S. 1). Daher wäre gemäss der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts für die Genehmigung des Insichgeschäfts ein anfechtbarer Beschluss erforderlich gewesen, um dem Minderheitenschutz gerecht zu werden (Maurenbrecher/Schott, a.a.O., S. 24). Innerhalb der abgenommenen Jahresrechnung 2008 stellte die Market Making Rechnung lediglich einen Bestandteil von vielen dar. Ausserdem wurde anlässlich der Generalversammlung vom 6. November 2009 lediglich darauf hingewiesen, dass diese Rechnung in der Jahresrechnung enthalten sei. Dass sie zuvor durch den früheren Verwaltungsrat abgelehnt worden war, kein entsprechender Auftrag der Gesellschaft bestand und es sich mithin um ein Insichgeschäft handelte, wurde nicht ausdrücklich erwähnt. Dass die Abnahme der Jahresrechnung einem geforderten anfechtbaren Beschluss zur Genehmigung des Insichgeschäfts gleichkommt, ist bereits aus diesen Gründen zweifelhaft.

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