

# ZH\_OBERGERICHT SB180541 vom 30. August 2019

ZH Obergericht, 2019-08-30, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_SB180541](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB180541)

FR: ZH\_OBERGERICHT SB180541 du 30 août 2019

IT: ZH\_OBERGERICHT SB180541 del 30 agosto 2019

## Erwägungen

### E. 1

Erstes Berufungsverfahren

#### E. 1.1

Im ersten Berufungsverfahren wurde der Beschuldigte wegen qualifizierte ungetreuer Geschäftsbesorgung im Sinne von Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 und 3 StGB schuldig gesprochen. Dem Schuldspruch wurde der Sachverhalt zugrunde gelegt, wonach die Privatklägerin mit dem Beschuldigten bzw. mit dessen Einzel-firma A.\_\_\_\_\_ Consulting am 12. März 2007 einen Vermögensverwaltungsvertrag abgeschlossen und den Beschuldigten beauftragt habe, Vermögenswerte in der

- 11 - Höhe von Fr. 80'000.– zu verwalten und im Umfang von höchstens 50% in wachstumsorientierte Anlagen, insbesondere Aktien, anzulegen. Der Beschuldigte sei in der Folge gegenüber B.\_\_\_\_\_ Kaufverpflichtungen für 227'273 Aktien der C.\_\_\_\_\_ AG zu einem Stückpreis von durchschnittlich Fr. 2.70 eingegangen. Diese Aktien habe der Beschuldigte anschliessend zu einem Preis von Fr. 4.– pro Titel weiterverkauft. Der Privatklägerin habe er 3'750 solcher Aktien zu Fr. 4.– verkauft, wodurch ihr ein Vermögensschaden von mindestens Fr. 4'875.– entstanden sei, da der Wert der verkauften Aktien zum damaligen Zeitpunkt höchstens Fr. 2.70 betragen habe. Der hochrisikoreiche Kauf der C.\_\_\_\_\_ Aktien für die Privatklägerin habe damit vor allem im wirtschaftlichen Interesse des Beschuldigten und nicht im Nutzen der Privatklägerin gelegen. Der Beschuldigte habe über keine vertragliche oder rechtliche Grundlage verfügt, der Privatklägerin bei diesem Aktienkauf anstelle der im Vermögensverwaltungsvertrag vereinbarten Kaufs- und Verkaufskosten in der Grössenordnung von 1% mindestens Fr. 1.30.– pro gekauftem Titel zu verrechnen. Das Veranschlagen von so hohen Verkaufskosten sei folglich pflichtwidrig gewesen, womit sich der Beschuldigte in entsprechendem Umfang bewusst unrechtmässig bereichert habe (Urk. 81 S. 16 ff.).

#### E. 1.2

Das Bundesgericht erwog mit Urteil vom 7. Dezember 2018, dass der im ersten Berufungsurteil als erstellt erachtete Sachverhalt nicht mit dem Anklagesachverhalt übereinstimme. Während die Anklage dem Beschuldigten vorwerfe, er habe im Namen und auf Rechnung der Privatklägerin 3'750 Aktien der C.\_\_\_\_\_ AG zum Stückpreis von Fr. 4.– aus dem Bestand von B.\_\_\_\_\_ erworben, habe es die erkennende Kammer im ersten Berufungsverfahren als erstellt erachtet, der Beschuldigte habe zunächst selbst Aktien der C.\_\_\_\_\_ AG zu einem Durchschnittspreis von Fr. 2.70 von B.\_\_\_\_\_ gekauft und davon 3'750 Titel zum Preis von Fr. 4.– an die Privatklägerin weiterverkauft. Während die Anklage davon ausgehe, dass in erster Linie B.\_\_\_\_\_ bereichert worden sei und der Interessenkonflikt bzw. die Bereicherung des Beschuldigten darin bestanden habe, dass

ihm pro verkaufte Aktie Provisionszahlungen von B.\_\_\_\_\_ im Umfang von Fr. 1.50 in Aussicht gestanden hätten, werde im ersten Berufungsurteil erwogen, dass der Wert einer C.\_\_\_\_\_ Aktie zum damaligen Zeitpunkt allerhöchstens Fr. 2.70 betragen habe, womit der Beschuldigte pro Aktie einen Gewinn von Fr. 1.30 erzielt habe.

- 12 - Die erkennende Kammer im ersten Berufungsverfahren habe diesen Gewinn schliesslich als Kommission im Rahmen des Vermögensverwaltungsvertrags mit der Privatklägerin betrachtet. Diese Feststellungen, welche in massgeblichen Punkten vom Anklagesachverhalt abweichen würden, seien auch der rechtlichen Würdigung im ersten Berufungsurteil zugrunde gelegt worden. Vor diesem Hintergrund schloss das Bundesgericht auf eine Verletzung von Art. 350 Abs. 1 StPO sowie des Anklagegrundsatzes, weshalb es das erste Berufungsurteil aufhob und die Sache zur neuen Entscheidung an die erkennende Kammer zurückwies (Urk. 93 S. 6 f.). Dementsprechend ist die Strafbarkeit der dem Beschuldigten in der Anklage zur Last gelegten Tathandlung gemäss den Feststellungen im Anklagesachverhalt erneut zu überprüfen.

### **E. 1.3**

Nach der Durchführung der mündlichen Berufungsverhandlung erging gleichentags das erste Berufungsurteil (Urk. 81), in welchem vorab mit Beschluss festgestellt wurde, dass auf die Berufung der Privatklägerin nicht eingetreten werde und das vorinstanzliche Urteil hinsichtlich des Schuldspruchs betreffend das fahrlässige Fahren in dienstunfähigem Zustand, der Zivilansprüche und der Kostentfestsetzung in Rechtskraft erwachsen sei. Im Erkenntnis sprach die erkennende Kammer den Beschuldigten wegen qualifizierter ungetreuer Geschäftsbesorgung schuldig und bestrafte ihn mit einer Geldstrafe von 150 Tagessätzen zu Fr. 250.–, teilweise als Zusatzstrafe zum Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich, I. Strafkammer, vom 12. Dezember 2011. Der Vollzug der neu ausgefallenen Geldstrafe wurde unter Ansetzung einer Probezeit von 2 Jahren aufgeschoben und die mit Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 12. Dezember 2011 ausgefallene Geldstrafe nicht widerrufen. Schliesslich wurden dem Beschuldigten die Kosten beider gerichtlichen Instanzen auferlegt (Urk. 81 S. 50 f.).

### **E. 1.4**

Mit Eingabe vom 15. Januar 2018 liess der Beschuldigte Beschwerde in Strafsachen beim Bundesgericht erheben (Urk. 87/2). Das Bundesgericht hiess die Beschwerde des Beschuldigten mit Urteil vom 7. Dezember 2018 gut, hob das Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich, II. Strafkammer, vom 3. November 2017 auf und wies die Sache zur neuen Entscheidung an die erkennende Kammer zurück (Urk. 93).

## **E. 2**

Anklagevorwurf

### **E. 2.1**

Ergänzend ist festzuhalten, dass der Beschuldigte die heute zu beurteilende Straftat vor Inkrafttreten der seit 1. Januar 2018 geltenden neuen Bestimmungen des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches (Änderung des Sanktionenrechts; AS 2016 1249) begangen hat. Das geltende (neue) Recht ist daher auf diese nur anzuwenden, sofern es für den Beschuldigten im konkreten Fall zu einem günstigeren Ergebnis führt (Art. 2 Abs. 2 StGB; OFK/StGB-Donatsch, 20. Auflage 2018, Art. 2 StGB N 10). Das ist vorliegend nicht der Fall, da das seit dem 1. Januar 2018 geltende (neue) Sanktionsrecht grundsätzlich keine

mildere Bestrafung vorsieht. Wie weiter zu zeigen sein wird, kann ein Widerruf der mit Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich, I. Strafkammer, vom 12. Dezember 2011 bedingt ausgefallenen Geldstrafe von 10 Tagessätzen zu Fr. 600.– nicht erfolgen (nachfolgend, Erw. V.2.). Eine Gesamtstrafenbildung gemäss revidiertem Art. 46 Abs. 1 StGB, welche zu einem für den Täter günstigeren Ergebnis führt, steht damit ebenfalls nicht zur Diskussion. Die Sanktion ist folglich gestützt auf das alte Recht festzulegen.

## **E. 2.2**

Der Grundtatbestand des Fahrens in fahruntüchtigem Zustand gemäss geltendem, am 1. Januar 2014 in Kraft getretenen Bundesgesetz über die Binnenschifffahrt (SR 747.201) sieht als abstrakte Strafandrohung eine Bestrafung mit Busse vor und stellt somit einen Übertretungstatbestand dar (Art. 41 Abs. 1 1. Satz BSG). Liegt hingegen eine qualifizierte Blutalkoholkonzentration vor (Art. 24b Abs. 6 lit. a oder b BSG), umfasst der abstrakte Strafrahmen Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe (Art. 41 Abs. 1 2. Satz BSG). Der Bundesrat hat die qualifizierte Angetrunkenheit in der Binnenschifffahrt ab einer Blutalkoholkonzentration von 0,80 Gewichtspromille festgelegt (Art. 40a Abs. 3 BSV). Nachdem der Beschuldigte eine auf den Ereigniszeitpunkt zurückgerechnete Blutalkoholkonzentration von minimal 1,02 Gewichtspromille und maximal 1,76

- 39 - Gewichtspromille, mithin 1,02 Gewichtspromille, aufwies, lag eine qualifizierte Blutalkoholkonzentration vor, weshalb seine Tat vom 11. August 2012 gemäss geltender Fassung des BSG ein Vergehen darstellt und die Möglichkeit einer Bestrafung mit Busse entfällt.

### **E. 2.2.1**

Die anklagegegenständliche Fahrt des Beschuldigten auf dem Zürichsee fand indessen bereits am 11. August 2012 und damit vor dem Inkrafttreten dieser Bestimmungen statt, sodass zunächst der von der Vorinstanz nicht thematisierte zeitliche Geltungsbereich des anwendbaren Rechts herzuleiten ist.

### **E. 2.2.2**

Gemäss der früheren und der geltenden Fassung von Art. 54 BSG gelten für Widerhandlungen nach den Artikeln 40 – 48 BSG die allgemeinen Bestimmungen des Strafgesetzbuches. Damit gilt auch für das BSG die Regelung von Art. 2 Abs. 2 StGB, wonach bei einem Täter, welcher ein Verbrechen oder Vergehen vor Inkrafttreten dieses Gesetzes begangen hat und dessen Beurteilung erst nachher erfolgt, dieses Gesetz anzuwenden ist, wenn es für ihn das mildere ist (lex mitior).

### **E. 2.2.3**

Da nur der aktuell geltende Art. 41 BSG eine Regelung für eine qualifizierte Blutalkoholkonzentration (Art. 24b Abs. 6 lit. a oder b BSG) vorsieht und dafür Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe androht, während Art. 41 aBSG (Fassung vom 13. Dezember 2002, in Kraft seit 1. Januar 2007) lediglich einen Grundtatbestand mit einer Strafandrohung von Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen aufweist, ist das neue Recht nicht milder.

### **E. 2.2.4**

Im angefochtenen Urteil wurde der für diese Tat anwendbare Strafrahmen von einem bis zu 180 Tagessätzen Geldstrafe gemäss Art. 41 aBSG somit ohne Begründung korrekt

abgesteckt (Urk. 67 S. 51).

### **E. 2.3**

Durch das pflichtwidrige Verfügen über das Vermögen der Privatklägerin mit diesem Aktienkauf vom 17. August 2007 habe der Beschuldigte diesen einen Vermögensschaden verursacht, zumal über die C.\_\_\_\_\_ AG am 11. Dezember 2008 der Konkurs eröffnet worden sei. Der Vermögensschaden bestehe in der vollen Höhe des Kaufpreises von Fr. 15'000.–, evtl. in der Differenz zwischen dem wirklichen Wert der Aktie und dem bezahlten Kaufpreis von Fr. 4.– (Urk. 16 S. 7 f.).

### **E. 2.4**

Die Aktien der C.\_\_\_\_\_ AG hätten am 17. August 2007 einen wirklichen Wert von maximal Fr. 0.50, eventualiter von Fr. 2.20, pro Aktie aufgewiesen. B.\_\_\_\_\_ sei durch den Verkauf der C.\_\_\_\_\_ Aktien zu einem Preis von Fr. 4.– an die Privatklägerin unrechtmässig bereichert worden, da er keinen Anspruch gehabt habe, ihr Aktien aus seinem eigenen Portfolio zu einem Preis verkaufen zu können, welcher den damaligen wirklichen Wert derart massiv überstiegen habe. Der Beschuldigte habe von der Unrechtmässigkeit dieser Bereicherung B.\_\_\_\_\_s – von welcher er in dem den Betrag von Fr. 2.50 übersteigenden Ausmass selbst profitieren sollte – gewusst und diese willentlich herbeigeführt bzw. mindestens in Kauf genommen (Urk. 16 S. 8).

- 14 -

## **E. 3**

Standpunkt des Beschuldigten

### **E. 3.1**

Aufgrund der auszusprechenden Strafe von 15 Tagessätzen Geldstrafe wäre der bedingte Strafvollzug objektiv möglich.

### **E. 3.2**

Der Beschuldigte wurde innerhalb der letzten fünf Jahre denn auch nicht zu einer Geld- oder Freiheitsstrafe im Sinne von Art. 42 Abs. 2 StGB verurteilt. Was das Fehlen einer ungünstigen Prognose betrifft, ist zu bemerken, dass es sich bei den beiden Vorstrafen des Beschuldigten wegen Verleumdung und vollendeter Steuerhinterziehung nicht um einschlägige Vorstrafen handelt. Es rechtfertigt sich deshalb, den Vollzug der auszufällenden Geldstrafe von 15 Tagessätzen aufzuschieben und eine Probezeit von 2 Jahren anzusetzen. VI. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Angesichts des Verfahrensausgangs – es bleibt beim vorinstanzlichen Teilfreispruch – sind die erstinstanzliche Kostenaufgabe (Dispositivziffer 8) und die dem Beschuldigten erstinstanzlich zugesprochene Prozessentschädigung (Dispositivziffer 9) zu bestätigen (Art. 426 Abs. 1 StPO). 2. Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs 1 StPO). Die appellierende Staatsanwaltschaft unterliegt mit ihren Berufungsanträgen vollumfänglich. Unterliegt im Berufungsverfahren die Untersuchungsbehörde, trägt der verfahrensführende Kanton die Kosten (Schmid/Jositsch, StPO-Praxiskommentar, 3. Auflage 2018, Art. 428 StPO N 3). Dementsprechend sind die Kosten der beiden Berufungsverfahren auf die Staatskasse zu nehmen. 3. Dem Beschuldigten ist für die angemessene Ausübung seiner Verfahrensrechte in den beiden Berufungsverfahren eine Prozessentschädigung zuzusprechen (Art. 429

Abs. 1 lit. a StPO). Der erbetene Verteidiger macht für das erste Berufungsverfahren einen Aufwand von Fr. 13'305.60 geltend (entspricht 37.85 Stunden à Fr. 320.– sowie Auslagen von Fr. 208.–, je zuzüglich 8% MwSt;

- 46 - Urk. 104/1 S. 16). Den im zweiten Berufungsverfahren entstandenen Aufwand bezifferte er mit Fr. 5'420.– (entspricht 15.43 Stunden à Fr. 320.– sowie Auslagen von Fr. 94.90, je zuzüglich 7,7% MwSt.; Urk. 104 S. 16). Die beantragte Prozessentschädigung ist damit ausgewiesen und der geltend gemachte Aufwand erscheint angemessen. Dem Beschuldigten ist damit für anwaltliche Verteidigung in den beiden Berufungsverfahren eine Prozessentschädigung von insgesamt Fr. 18'730.– (inkl. MwSt.) aus der Gerichtskasse auszurichten. 4. Von der Zusprechung einer Prozessentschädigung an die Privatklägerin ist abzusehen, da auf deren Berufung mangels Einreichung einer Berufungserklärung nicht einzutreten ist (vorstehend, Erw. II.2.) und damit auch kein entsprechender Antrag auf Änderung des vorinstanzlichen Urteils vorliegt (Art. 433 Abs. 2 StPO). Es wird beschlossen:

### **E. 3.3**

Insgesamt ist das Verschulden noch als leicht einzustufen und rechtfertigt eine Einsatzstrafe im Bereich von 10 Tagessätzen Geldstrafe. 4. 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. (OFK/StGB-Hug, 20. Auflage 2018, Art. 47 StGB N 14 ff.).

### **E. 3.4**

Dass die Firmenliquidität der C.\_\_\_\_\_ zum damaligen Zeitpunkt angespannt gewesen sei, hat der Beschuldigte gemäss eigenen Angaben nicht als alarmierend oder als Problem empfunden. Er habe gewusst, dass genug Geld für ein marktfähiges Produkt dieser Art aufgetrieben werden könne. Es sei ihm plausibel aufgezeigt worden, dass noch 1 Million Franken fehlen würden, um das Produkt auf den Markt zu bringen. Auch im Fact Sheet vom Mai 2007 sei gestanden, dass die Marktreife des Produkts der C.\_\_\_\_\_ AG erreicht sei. Nach Ansicht des Beschuldigten sei das Produkt kurz vor dem Durchbruch gestanden. Das sei auch immer so kommuniziert worden. Der Sanierungsfall habe deshalb auf ihn nicht so gravierend gewirkt. Er habe gewusst, dass die Million aufzutreiben sei. In der Folge seien ja auch viel mehr als eine Million Franken beschafft worden. Neben weiteren Personen, welche nach den Produktdemonstrationen in die C.\_\_\_\_\_ AG investiert hätten, hätten insbesondere auch die ... Kantonbank und der Bund der C.\_\_\_\_\_ AG je ein Darlehen im Umfang von etwa Fr. 600'000.– oder Fr. 700'000.– gewährt. Der Beschuldigte selbst habe gemäss eigenen Angaben ebenfalls im Gesamtumfang von mehr als Fr. 1,2 Millionen in der Form von Beteiligungen und Darlehen in die C.\_\_\_\_\_ AG investiert. Mit dem grössten Teil dieser Investitionen habe er "Schiffbruch" erlitten. Sein Verlust sei hoch gewesen; wie hoch, könne er aber nicht genau sagen (Urk. 4 S. 004146 f.; Prot. I S. 19 und 23 ff.; Prot. II S. 12 f.).

- 16 -

### **E. 4**

## Grundsätze der Sachverhaltserstellung und Beweiswürdigung

### E. 4.1

Zum Werdegang und den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten ist bislang bekannt (Urk. 4 S. 004064 ff.; Urk. 9 S. 010005 und S. 010009; Urk. 15/97 S. 22; Urk. 48/1–3; Prot. I S. 8 ff.), dass er am tt. Februar 1972 im ...- Spital in Zürich zur Welt kam und in M.\_\_\_\_\_ ZH aufwuchs. Er erlernte den Beruf des Elektromonteurs und machte diverse Ausbildungen. Sein aktueller Beruf ist Finanzberater. Aus seiner inzwischen getrennten Ehe hat er drei Kinder im schulpflichtigen Alter. Aus den Angaben des Beschuldigten zu seinen finanziellen Verhältnissen vor Vorinstanz geht hervor, dass er von seiner Frau getrennt lebte und eine noch nicht rechtskräftige Unterhaltsverpflichtung seiner Frau und seinen Kindern gegenüber von Fr. 7'600.– aufwies. Zur Zeit der vorinstanzlichen Hauptverhandlung war der Beschuldigte wegen eines Schleudertraumas zu 100% arbeitsunfähig. Ein Unfalltaggeld wurde ihm bis zu jenem Zeitpunkt nicht ausbezahlt. Monatlich stand ihm ein Betrag von insgesamt Fr. 7'020.– zur Verfügung: Je 80%

- 41 - von Fr. 3'000.– für seine 50%-Pensen bei der N.\_\_\_\_\_ AG und der O.\_\_\_\_\_ AG, Fr. 900.– Kindergeld, Fr. 500.– für die Büromiete einer Gesellschaft, bei welcher er Verwaltungsrat sei, und ein Verwaltungsratshonorar von Fr. 12'000.– pro Jahr, welches damals allerdings gestundet war. Im Zeitpunkt der vorinstanzlichen Hauptverhandlung bewohnte der Beschuldigte ein 7½-Zimmer-Einfamilienhaus in M.\_\_\_\_\_, welches einen Vermögenswert von rund Fr. 2'500'000.– aufwies. Die monatlichen Hypothekarzinsen beliefen sich nach Angabe des Beschuldigten auf Fr. 3'000.– und die Nebenkosten auf Fr. 2'400.– pro Monat. Die Krankenkassenprämie kostete monatlich Fr. 170.–. Sein Vermögen betrug damals gemäss seinen Angaben Fr. 0.–, obwohl sich aus einem Verfahren betr. Strafrechtshilfeersuchen der Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich am Fürstlichen Landgericht des Fürstentum Liechtenstein aus dem Jahre 2015 Hinweise auf namhafte Vermögenswerte ergeben. Zu seinen Schulden wolle er keine Angaben machen. Die FINMA habe gemäss dem Beschuldigten eine Untersuchung gegen die Firmen N.\_\_\_\_\_ AG und der O.\_\_\_\_\_ AG angeordnet und die "P.\_\_\_\_\_ Rechtsanwälte" als Vertreter beauftragt. Dazu, ob er noch Beteiligungen an der Q.\_\_\_\_\_ AG habe, wollte er sich vor Vorinstanz nicht äussern (Prot. I S. 14 f.).

### E. 4.2

Anlässlich der Berufungsverhandlung vom 3. November 2017 führte der Beschuldigte ergänzend aus (Prot. II S. 6 ff.), dass er aktuell als Immobilienvermittler tätig sei. Er arbeite seit Februar 2017 in einem Anstellungsverhältnis. Er sei noch verheiratet, wobei das gerichtliche Trennungsverfahren noch andauere. Von seinem zum Zeitpunkt der vorinstanzlichen Hauptverhandlung noch bestehenden Schleudertrauma habe er sich noch nicht ganz erholt, sei aber wieder zu 100% arbeitsfähig. Sein aktuelles Einkommen betrage Fr. 6'500.– brutto pro Monat. Einen 13. Monatslohn erhalte er nicht. Weiter sei er jeweils einziges Verwaltungsratsmitglied der R.\_\_\_\_\_ AG, S.\_\_\_\_\_ AG, T.\_\_\_\_\_ AG, U.\_\_\_\_\_ AG, V.\_\_\_\_\_ AG und W.\_\_\_\_\_ AG. Durch diese Verwaltungsratsmandate erwirtschaftete er keine weiteren Einkommen, da es bei jeder dieser Firmen im Hinblick auf die Liquidität etwas "eng" aussehe. Bei drei der vorgenannten sechs Firmen besitze er aber Anteile im Umfang von 10%, 11% und 100%. Die Beteiligung im Umfang von 100% stelle als einzige einen Aktivwert dar, wobei deren Wert gemäss der letzten Steuerrechnung etwa Fr.

630'000.– betrage. Er bezahle Kinderunterhalts-

- 42 - beiträge in der Höhe von monatlich Fr. 3'090.– und er wohne nach wie vor im ehelichen Einfamilienhaus, wofür er auch die monatlich anfallenden Hypothekarzinsen von etwa Fr. 3'000.– sowie die Nebenkosten in der Höhe von etwa Fr. 1'500.– bezahle. Seine monatliche Krankenkassenprämie betrage nach wie vor Fr. 170.–. Seine Ausgaben für Steuern konnte der Beschuldigte aufgrund noch offener Steuerrechnungen nicht konkret benennen. Vermögen habe er mutmasslich keines. Er gehe eher davon aus, dass Schulden vorhanden seien, insbesondere solche beim Steueramt, wobei er auch deren genaue Höhe nicht kenne. Es sei gut möglich, dass es sich um Schulden im sechsstelligen Bereich handle.

#### **E. 4.3**

Die Depositionen zu seiner wirtschaftlichen Situation anlässlich der Berufungsverhandlung aktualisierte der Beschuldigte mit Eingabe vom 12. August 2019 und den dazugehörigen Beilagen (Urk. 112 und Urk. 113/1-5). Aus den eingereichten Unterlagen geht hervor, dass er bei der S. \_\_\_\_\_ AG, der T. \_\_\_\_\_ AG, der R. \_\_\_\_\_ AG und der W. \_\_\_\_\_ AG angestellt ist und insgesamt ein monatliches Nettoeinkommen von Fr. 8'500.–, ohne 13. Monatslohn, erwirtschaftet (Urk. 113/1 S. 1 f.). Der Mietzins für seine eigene Wohnung beträgt monatlich Fr. 1'000.– (Urk. 113/1 S. 2; Urk. 113/5 S. 2) und der von ihm für das eheliche Einfamilienhaus bezahlte Hypothekarzinsanteil Fr. 1'340.– pro Monat (Urk. 113/5 S. 1). Seine monatlichen Krankenkassenprämien belaufen sich auf Fr. 221.50 (Urk. 113/1 S. 2). Weiter bezahlt er für seine drei Kinder Unterhaltsbeiträge in der Höhe von insgesamt Fr. 4'100.– (Urk. 113/1 S. 2). Zu seinen Steuerausgaben gab der Beschuldigte an, dass er Nachsteuern in der Höhe von Fr. 69'000.– zu bezahlen hat (Urk. 113/1 S. 2). Vermögen besitzt er nach Abzug der zu leistenden Nachsteuern keines, dagegen haftet er solidarisch für Hypothekarschulden in der Höhe von Fr. 1,8 Mio. (Urk. 113/1 S. 2).

#### **E. 4.4**

Im Werdegang und den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten finden sich keine strafmassrelevanten Besonderheiten.

#### **E. 4.5**

Der Beschuldigte ist im Strafregister mit zwei Vorstrafen verzeichnet. Mit Urteil des kantonalen Steueramtes Zürich vom 31. Oktober 2018 wurde er wegen vollendeter Steuerhinterziehung im Sinne von Art. 175 DBG mit einer Bus-

- 43 - se von Fr. 64'640.– bestraft. Weiter wurde er mit Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich, I. Strafkammer, vom 12. Dezember 2011 wegen Verleumdung im Sinne von Art. 174 Abs. 1 StGB (begangen am 15. Februar 2010 zum Nachteil der Privatklägerin; vgl. Urk. 15) mit einer bedingten Geldstrafe von 10 Tagessätzen zu Fr. 600.–, bei einer Probezeit von 2 Jahren, bestraft (Urk. 94). Daraus erhellt, dass der Beschuldigte die inkriminierte Bootsfahrt vom 11. August 2012 noch während dieser laufenden Probezeit begangen hat, was sich strafferhöhend auswirkt.

#### **E. 4.6**

Aus den Aussagen des Beschuldigten zur Bootsfahrt ergeben sich keine Anhaltspunkte für aufrichtige Reue oder Einsicht ins Unrecht seiner Tat. Noch vor Vorinstanz bestritt er, fahruntüchtig gewesen zu sein (Prot. I S. 29 ff.). Da der Bootsunfall sich ereignet hatte,

konnte er nicht ernsthaft bestreiten, mit dem Boot gegen den Stein gefahren zu sein. Schliesslich kann auch aus der Nichtanfechtung des vorinstanzlichen Schuldspruches gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kein Geständnis erblickt werden, welches eine Strafreduktion im Berufungsverfahren rechtfertigen würde (Urteil 6B\_24/2012 vom 19. April 2012 E. 2.4.4, mit Hinweisen). Aus dem Nachtatverhalten zu dieser Tat ergeben sich somit keine strafmindernd zu berücksichtigenden Aspekte.

#### **E. 4.7**

Aufgrund des gegebenen Straferhöhungsgrundes des Delinquierens während laufender Probezeit (vorstehend, Erw. IV.4.5.) resultiert aus der Beurteilung der Täterkomponente insgesamt eine Straferhöhung auf 15 Tagessätze Geldstrafe. 5. Während die Anzahl der Tagessätze einer Geldstrafe nach dem Verschulden des Täters festgesetzt wird, wird die Höhe des Tagessatzes nach den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen des Täters im Zeitpunkt des Urteils, namentlich nach Einkommen und Vermögen, Lebensaufwand, allfälligen Familien- und Unterstützungspflichten sowie nach dem Existenzminimum bestimmt, wobei ein Tagessatz höchstens Fr. 3'000.– betragen darf (Art. 34 Abs. 1 und 2 StGB). Ausgangspunkt für die Tagessatzberechnung ist somit das Einkommen, welches dem Täter durchschnittlich an einem Tag zufließt. Davon abzuziehen ist, was gesetzlich geschuldet ist oder dem Täter nicht zufließt, insbe-

- 44 - sondere die notwendigen Berufsauslagen, die laufenden Steuern und die Krankenkassenprämien. Nicht zu berücksichtigen sind Wohnkosten und Abzahlungsverpflichtungen (OFK/StGB-Hug, 20. Auflage 2018, Art. 34 StGB N 20 f.).

#### **E. 5**

Inhalt des Vermögensverwaltungsvertrags vom 12. März 2007

##### **E. 5.1**

Die finanziellen Verhältnisse wurden, soweit bekannt, bereits aufgeführt (vorstehend, Erw. IV.4.1. ff.). Angesichts des vom Beschuldigten aktuell erwirtschafteten monatlichen Nettoeinkommens von Fr. 8'500.–, rechtfertigt es sich, die Tagessatzhöhe mit Fr. 220.– zu bemessen. 6. Zusammengefasst ist der Beschuldigte wegen fahrlässigen Fahrens in dienstunfähigem Zustand im Sinne von Art. 41 Abs. 1 aBSG i.V.m. Art. 50 Abs. 1 aBSG mit 15 Tagessätzen Geldstrafe zu Fr. 220.– zu bestrafen. V. Widerruf und Vollzug 1. Begeht der Verurteilte während der Probezeit ein Verbrechen oder Vergehen und ist deshalb zu erwarten, dass er weitere Straftaten verüben wird, so widerruft das Gericht die bedingte Strafe oder den bedingten Teil der Strafe (Art. 42 Abs. 1 StGB). Der Widerruf darf jedoch nicht mehr angeordnet werden, wenn seit dem Ablauf der Probezeit drei Jahre vergangen sind (Art. 46 Abs. 5 StGB). 2. Der Beschuldigte wurde mit Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich, I. Strafkammer, vom 12. Dezember 2011 wegen Verleumdung im Sinne von Art. 174 Abs. 1 StGB mit einer Geldstrafe von 10 Tagessätzen zu Fr. 600.– bedingt, bei einer Probezeit von 2 Jahren, bestraft. Da seit Ablauf der Probezeit am

##### **E. 5.2**

Die Vorinstanz stellte im Zusammenhang mit dem konkreten Vertragsinhalt zunächst unter Hinweis auf das Beratungsprotokoll vom 12. März 2007 fest, dass sich die Privatklägerin für eine Investition von Fr. 80'000.– gemäss Plan 3 entschlossen habe. Damit habe sie dem Beschuldigten das Recht eingeräumt, das zu verwaltende Vermögen zu 50%

in wachstumsorientierte Anlagen, insbesondere in Aktien, anzulegen, wobei der Anlagehorizont als mittel- bis langfristig zu bezeichnen sei. Dass die Privatklägerin gemäss ihren Angaben mit dem Beschuldigten hinsichtlich des Investitionsrisikos oder der Verfügbarkeit des investierten Kapitals mündlich etwas anderes vereinbart habe, als im Beratungsprotokoll schriftlich festgehalten worden war, sah die Vorinstanz dagegen nicht als erstellt an. Die Aussagen der Privatklägerin, wonach ihr vom Beschuldigten mündlich zugesichert worden sei, dass bei der Investition ihres Geldes kein Risiko bestehe und sie jederzeit über ihre investierten Vermögenswerte verfügen könne, würden nach Ansicht der Vorinstanz weder mit dem von ihr gewählten Investitionsprofil gemäss Plan 3 noch mit ihrem eigens geäusserten Wunsch übereinstimmen, das Geld arbeiten zu lassen und einen kleinen Gewinn zu erzielen. Hätte die Privatklägerin eine konservativere Wertanlage wählen wollen, hätte sie sich für eine Investition gemäss Plan 4 entscheiden oder gänzlich von einer Unterzeichnung des Beratungsprotokolls absehen müssen. Gemäss den vorinstanzlichen Erwägungen habe die Privatklägerin mit der Unterzeichnung des Beratungsprotokolls auch bestätigt, dass ihr klar sei, dass ihr Kapital nicht garantiert werden könne, und dass sie das sicherheitsorientierte Investitionskapital voraussichtlich in den nächsten 5 Jahren und das wachstumsorientierte Investitionskapital voraussichtlich in den nächsten 10 Jahren nicht brauchen werde. Wenn die Privatklägerin tatsächlich jederzeit über ihr Geld hätte verfügen wollen, hätte sie sich nach Ansicht der Vorinstanz für eine Geldanlage auf einem Bankkonto entscheiden müssen, da nur so die jederzeitige Verfügbarkeit der Vermögenswerte gewährleistet sei (Urk. 67 S. 18 ff.).

### **E. 5.3**

Die appellierende Staatsanwaltschaft machte im Berufungsverfahren keine über die Anklage hinausgehenden Ausführungen zu allfälligen zwischen der Privatklägerin und dem Beschuldigten mündlich vereinbarten Verwaltungsvorgängen

- 19 - und der angeblich versprochenen jederzeitigen Möglichkeit des Bezugs des Investitionsvermögens.

### **E. 5.4**

Den zutreffenden vorinstanzlichen Erwägungen, wonach sich eine vom Beratungsprotokoll vom 12. März 2007 abweichende mündliche Abrede zwischen der Privatklägerin und dem Beschuldigten hinsichtlich des erlaubten Investitionsrisikos oder der Verfügbarkeit des investierten Kapitals nicht erstellen lasse, ist zu folgen. Ergänzend ist anzumerken, dass die grundsätzlich widersprüchlichen Angaben der Privatklägerin, wonach sie ihr Geld gewinnbringend, aber ohne Risiko, habe anlegen wollen und zudem den jederzeitigen Zugriff auf ihr Investitionsvermögen gewünscht habe, nicht zwingend als Ausdruck eines ungläubhaften Aussageverhaltens zu werten sind. Die Privatklägerin selbst gab an, keinerlei Kenntnisse von Aktiengeschäften oder Ähnlichem gehabt und sich vor dem Beratungsgespräch vom 12. März 2007 auch nie bei anderen Vermögensverwaltern oder Banken über mögliche Geldanlagen erkundigt zu haben (Urk. 4 S. 004020). Ihr in sich konträrer Wunsch nach einer gewinnbringenden und risikofreien Anlage mit der Möglichkeit des jederzeitigen Bezugs des investierten Vermögens, wie bei einem normalen Bankkonto, könnte damit auch ihren fehlenden grundlegenden Kenntnissen über Geldanlagen geschuldet sein. Wie die Vorinstanz aber zutreffend erwog, hätte es der Privatklägerin spätestens aufgrund des ihr vom Beschuldigten ausgehändigten Beratungsprotokolls und den darin enthaltenen Informationen zur Verfügbarkeit des

Investitionskapitals ("Verfügbarkeit normalerweise in- nert 5 bis 10 Arbeitstage", "Das sicherheitsorientierte Kapital brauche ich voraus- sichtlich die nächsten 5 Jahre nicht", "Das wachstumsorientierte Kapital brauche ich voraussichtlich die nächsten 10 Jahre nicht") und aufgrund des unmissver- ständlichen Hinweises zum Investitionsrisiko ("Es ist mir klar, dass mein Kapital nicht garantiert werden kann") bewusst werden müssen, dass eine Investition gemäss Plan 3 nicht völlig risikofrei erfolgen kann und auch kein jederzeitiger Zu- griff auf die investierten Vermögenswerte möglich ist (vgl. Urk. 3 S. 001064 Kreu- ze 2, 4, 5 und 21). Da die Privatklägerin das Beratungsprotokoll vom 12. März 2007 dennoch unterzeichnete, kann davon ausgegangen werden, dass sie den Inhalt desselben zur Kenntnis genommen und sich mit diesem einverstanden er- klärt hat. Dass die Privatklägerin vom Beschuldigten über den Inhalt des von ihr

- 20 - unterzeichneten Beratungsprotokolls getäuscht und wider ihren Willen zum Ab- schluss eines Vermögensverwaltungsvertrags gebracht worden wäre, dessen In- halt sie nicht gekannt und dessen Tragweite sie nicht verstanden hat, wird dem Beschuldigten schliesslich weder von der Privatklägerin vorgeworfen noch in der Anklage zur Last gelegt.

## **E. 6**

Pflichtverletzung aufgrund des Aktienkaufs zu einem überhöhtem Preis und in Absicht unrechtmässiger Bereicherung

### **E. 6.1**

In Bezug auf die konkrete Tathandlung wirft die Anklage dem Beschul- digten zunächst vor, mit dem Kauf der C.\_\_\_\_\_ Aktien zu einem Preis von Fr. 4.– pro Titel wider die Interessen der Privatklägerin gehandelt zu haben. Die Pflicht- verletzung habe darin bestanden, dass der Beschuldigte die Aktien zum besagten Preis erworben habe, obwohl er gewusst habe, dass sie zum damaligen Zeitpunkt einen wirklichen Wert von lediglich Fr. 0.50, eventualiter von Fr. 2.20, aufgewie- sen hätten. Damit sei der Privatklägerin beim Kauf ein Schaden in der Differenz des Kaufpreises zum wirklichen Wert der Aktie entstanden und B.\_\_\_\_\_ im glei- chen Betrag unrechtmässig bereichert worden. Der Beschuldigte habe überdies die Absicht gehabt, die unrechtmässige Bereicherung von B.\_\_\_\_\_ herbeizufüh- ren. Letzterer habe ihm für die Vermittlung von C.\_\_\_\_\_ Aktien den Betrag von Fr. 2.50 übersteigenden Anteil am Verkaufserlös jeder Aktie als Provision in Aus- sicht gestellt. Entsprechend habe der Beschuldigte die Bereicherung B.\_\_\_\_\_s gewollt oder diese wenigstens in Kauf genommen (Urk. 16 S. 7 f.).

### **E. 6.2**

Die Vorinstanz vertrat die Ansicht, dass es sich nicht erstellen lasse, dass der Beschuldigte im Zeitpunkt des Aktienkaufs im August 2007 von einem wahren Wert der C.\_\_\_\_\_ Aktien von Fr. 0.50 bzw. Fr. 2.20, statt dem von der Privatklägerin bezahlten Wert von Fr. 4.– hätte ausgehen müssen. Die Aktien der C.\_\_\_\_\_ AG seien von der G.\_\_\_\_\_ noch nach dem inkriminierten Aktienkauf des Beschuldigten für die Privatklägerin mit Fr. 8.– bewertet und von der I.\_\_\_\_\_ - Börse der ... Kantonalbank ab dem 1. April 2008 zu einem Stückpreis von Fr. 4.– gelistet worden. Dieser Umstand widerspreche der Anklage, welche von einem wirklichen Wert der C.\_\_\_\_\_ Aktien von Fr. 0.50, eventualiter Fr. 2.20, ausgehe, in der C.\_\_\_\_\_ AG einen Sanierungsfall gesehen und nichts erwähnt habe, was

- 21 - eine Besserung der wirtschaftlichen Situation der C.\_\_\_\_\_ AG ab dem August 2007 und damit eine Bewertung der Aktien an der I.\_\_\_\_\_ -Börse mit Fr. 4.– erklä- ren würde.

Wenn selbst die G. \_\_\_\_\_ und hernach die I. \_\_\_\_\_-Börse der ... Kantonalbank noch im April 2008 von einem Aktienwert von Fr. 4.– ausgegangen seien, so lasse sich aufgrund der Anklage und der Beweislage nicht erstellen, weshalb der Beschuldigte im Zeitpunkt des Aktienkaufs im August 2007 von einem wahren Wert der Aktien von Fr. 0.50, eventualiter Fr. 2.20, hätte ausgehen sollen (Urk. 67 S. 22 f.). Zusammengefasst lasse sich nach Ansicht der Vorinstanz weder erstellen, dass der wirkliche Wert der C. \_\_\_\_\_ Aktien zum Zeitpunkt des Erwerbs für die Privatklägerin lediglich bei Fr. 0.50 bzw. bei Fr. 2.20 pro Aktie gelegen noch dass der Beschuldigte gewusst habe oder hätte wissen müssen, dass er die Aktien für die Privatklägerin zu einem überhöhten Kaufpreis erworben habe. Weiter lasse sich auch nicht erstellen, dass der Beschuldigte dies in der Absicht getan habe, B. \_\_\_\_\_ im Differenzbetrag eine unrechtmässige Bereicherung zu verschaffen (Urk. 67 S. 24).

### **E. 6.3**

Die Staatsanwaltschaft vertritt im Berufungsverfahren dagegen die Ansicht, dass der Beschuldigte gewusst habe, dass der von der Privatklägerin für die C. \_\_\_\_\_ Aktien bezahlte Kaufpreis von Fr. 4.– deutlich über dem wirklichen Wert dieser Aktien gelegen habe. Unter Hinweis auf insgesamt vier zwischen dem Beschuldigten und B. \_\_\_\_\_ geschlossene Kaufverträge für C. \_\_\_\_\_ Aktien beziffert die Staatsanwaltschaft den wirklichen Wert der Aktien mit allerhöchstens Fr. 2.70. Dieser Betrag entspreche dem Durchschnittspreis, welchen der Beschuldigte gemäss den besagten Kaufverträgen für die für sich selbst bzw. die A. \_\_\_\_\_ Consulting erworbenen C. \_\_\_\_\_ Aktien bezahlt habe. Entsprechend der Differenz zwischen dem wirklichen Wert der Aktie und dem von der Privatklägerin effektiv bezahlten Kaufpreis sei Letzterer somit ein Schaden von mindestens Fr. 1.30 pro gekauftem Titel entstanden (Urk. 98 S. 3 f.). Gleichzeitig sei B. \_\_\_\_\_ um denselben Betrag pro Aktie bereichert worden, da er die Aktien zu einem überhöhten Preis habe verkaufen können. Der von B. \_\_\_\_\_ auf diese Weise erzielte Gewinn von mindestens Fr. 1.30 pro Aktie habe aus Sicht der Privatklägerin Verkaufskosten dargestellt, welche die im Beratungsprotokoll vereinbarten Kaufkosten von 1- 1,9% deutlich überstiegen hätten, womit die Bereicherung von B. \_\_\_\_\_ unrecht-

- 22 - mässig gewesen sei. Nach Ansicht der Staatsanwaltschaft habe zwischen B. \_\_\_\_\_ und dem Beschuldigten sodann eine Provisionsabrede bestanden. Danach hätte der Beschuldigte den Fr. 2.50 übersteigenden Betrag des Verkaufspreises einer C. \_\_\_\_\_ Aktie als Provision erhalten sollen. Das Erzielen solcher Provisionen durch den Beschuldigten habe jedoch keine Grundlage im mit der Privatklägerin geschlossenen Vermögensverwaltungsvertrag gefunden. Gemäss dem Beratungsprotokoll vom 12. März 2007 sei lediglich eine Verwaltungsvergütung von 0.65% p.a. für die sicherheitsorientierten Anlagen bzw. von 1,5% p.a. für die dynamischen Anlagen sowie eine Performance-Fee von 15% für den Fall einer die Marke von 5% übersteigenden Rendite als Vergütung für den Beschuldigten vereinbart worden. Überdies wären die dem Beschuldigten ausbezahlten Provisionen der Privatklägerin herauszugeben gewesen, da sie ihm im Rahmen seiner Tätigkeit als Vermögensverwalter zugekommen wären und kein Herausgabeverzicht mit der Privatklägerin vereinbart worden sei. Ob und in welcher Form dem Beschuldigten Provisionen von B. \_\_\_\_\_ zugeflossen seien, habe sich gemäss der Staatsanwaltschaft im Zuge der Strafuntersuchung jedoch nicht restlos klären lassen. Jedoch sei die blosser Absicht der unrechtmässigen Eigen- oder Drittbereicherung bereits strafbegründend. Ob der Beschuldigte von der Bereicherung eines Dritten auch selbst habe

profitieren können, sei unerheblich. Mit der Überweisung des Kaufpreises für die C.\_\_\_\_\_ Aktien an B.\_\_\_\_\_, sei zumindest bei diesem auch tatsächlich eine unrechtmässige Bereicherung eingetreten (Urk. 77 S. 13 ff. und Urk. 98 S. 3 ff.).

#### **E. 6.4**

Den zutreffenden vorinstanzlichen Erwägungen, wonach sich der wirkliche Wert der C.\_\_\_\_\_ Aktien zum Zeitpunkt des anklagegegenständlichen Erwerbs vom 17. August 2007 nicht erstellen lasse, ist zu folgen.

##### **E. 6.4.1**

Zunächst ist festzuhalten, dass sich aus den Aussagen der einvernommenen Verfahrensbeteiligten keine verlässlichen Hinweise auf den wirklichen Wert der C.\_\_\_\_\_ Aktien zum Zeitpunkt des inkriminierten Kaufs am 17. August 2007 entnehmen lassen. Der Beschuldigte machte in diesem Zusammenhang von seinem Aussageverweigerungsrecht Gebrauch (Urk. 4 S. 004001 ff., S. 004008 ff., S. 004041 ff., S. 004085 ff., S. 004130 ff.; Prot. I S. 17 f.). B.\_\_\_\_\_ bezifferte den

- 23 - Wert der C.\_\_\_\_\_ Aktien schliesslich mit Fr. 4.– (Urk. 1 S. 004026), Fr. 2.50 (Urk. 1 S. 004107 und S. 004063), Fr. 2.20 (Urk. 1 S. 004107), mehr als Fr. 0.10 (Urk. 1 S. 005018) oder Fr. 0.01 (Urk. 5 S. 005783). Angesichts der Widersprüchlichkeit der Depositionen von B.\_\_\_\_\_ lassen sich daraus keine verlässlichen Rückschlüsse auf den wirklichen Wert der C.\_\_\_\_\_ Aktien ziehen.

##### **E. 6.4.2**

Weiter kann auch nicht der Durchschnittspreis, zu welchem der Beschuldigte Aktien der C.\_\_\_\_\_ AG von B.\_\_\_\_\_ erworben hatte zur Bestimmung des wirklichen Wertes der Aktien herangezogen werden. B.\_\_\_\_\_ stand es frei, zu welchem Preis er seine eigenen C.\_\_\_\_\_ Aktien an den Beschuldigten verkaufen wollte, ohne dass er dabei in irgendeiner Hinsicht an den wirklichen Wert der Aktien gebunden war. Die in den fraglichen Kaufverträgen festgelegten Preise basieren auf geschäftlichen Interessen der Vertragsparteien und spiegeln damit nicht zwingend den wirklichen Wert der C.\_\_\_\_\_ Aktien wider.

##### **E. 6.4.3**

Objektive Beweismittel, mittels welchen sich der wirkliche Wert der C.\_\_\_\_\_ Aktien am 17. August 2007 bestimmen lassen würde, liegen ebenfalls nicht vor.

##### **E. 6.4.3.1**

Wie die Vorinstanz zutreffend erwog, bestimmt sich der wirkliche Wert einer Aktie aufgrund des Gesamtwerts einer Gesellschaft unter Einschluss von Substanz- und Ertragswert. Die Bewertung habe grundsätzlich unter der Annahme der Fortführung des Unternehmens zu erfolgen, weshalb der Liquidationswert ausser Acht zu lassen sei. Ausgenommen davon werde der Fall einer Gesellschaft, die vor der Auflösung stehe oder unrentabel sei. Letzteres entspreche den allgemeinen Regeln der betriebswirtschaftlichen Unternehmensbewertung. Massgebender Zeitpunkt der Bestimmung des wirklichen Wertes der Aktien sei grundsätzlich der Zeitpunkt der Anmeldung zur Eintragung in das Aktienbuch (Art. 686 Abs. 4 OR). Dieser Wert werde in der Regel auch von der zukünftigen Entwicklung der Gesellschaft beeinflusst (Urk. 67 S. 21, unter Hinweis auf BGE 120 II 259).

### **E. 6.4.3.2**

Eine Bezifferung des Unternehmenswertes der C.\_\_\_\_\_ AG liegt in der Form eines Berichts der G.\_\_\_\_\_ vom 11. Oktober 2006 bei den Akten (Urk. 9

- 24 - S. 011252 ff.). Darin wurde der Eigenkapitalwert der C.\_\_\_\_\_ AG per 1. April 2006 mit Fr. 69 Mio. beziffert, woraus die Staatsanwaltschaft in ihrer Anklage den wirklichen Wert einer C.\_\_\_\_\_ Aktie von Fr. 2.20 (Fr. 69 Mio. geteilt durch 31,1 Mio. Aktien) ableitete. Neben dem Umstand, dass die Unternehmensbewertung fast ein Jahr vor dem fraglichen Aktienkauf erfolgte und damit nicht die Situation zum Zeitpunkt des fraglichen Aktienkaufs vom 17. August 2007 widerspiegelt, ist weiter zu beachten, dass der Bericht der G.\_\_\_\_\_ gemäss dem darin enthaltenen Disclaimer im Wesentlichen auf Angaben basiert, welche von der C.\_\_\_\_\_ AG selbst zur Verfügung gestellt wurden. Diese Angaben wurden weder von der G.\_\_\_\_\_ noch von unabhängigen Dritten überprüft. Hinzu kommt, dass die Bewertung der Gesellschaft durch die G.\_\_\_\_\_ auf Annahmen und Schätzungen zur zukünftigen Markt- und Unternehmensentwicklung basierte, welche wiederum vom Management der C.\_\_\_\_\_ AG zur Verfügung gestellt wurden und deren Sicht widerspiegeln (vgl. Urk. 9 S. 011256). Der Bericht des G.\_\_\_\_\_ vom 11. Oktober 2006 stellt damit keine tatsächlich unabhängige Bewertung der C.\_\_\_\_\_ AG dar, weshalb die darin enthaltenen Informationen auch keine direkten Rückschlüsse auf den wirklichen Wert der C.\_\_\_\_\_ Aktien zum Zeitpunkt des 17. August 2007 zulassen.

### **E. 6.4.3.3**

Neben dem Bericht der G.\_\_\_\_\_ liegt als einziges weiteres objektives Beweismittel, welches direkten Bezug auf den Wert der C.\_\_\_\_\_ Aktien nimmt, eine Liste der ... Kantonalbank bei den Akten. Aus dieser geht hervor, dass die Aktien der C.\_\_\_\_\_ AG am 1. April 2008 in die I.\_\_\_\_\_ -X, eine elektronische Handelsplattform der ... Kantonalbank für nichtkотиerte Schweizer Aktien, zu einem Preis von Fr. 4.– pro Titel aufgenommen wurden (Urk. 5 S. 006106 f.). Da die C.\_\_\_\_\_ Aktien nur über einen kurzen Zeitraum von zwei Monaten an der I.\_\_\_\_\_ -X gehandelt wurden und eine Situation lange nach dem Kauf der Aktien am 17. August 2007 abbilden, lassen sich aufgrund des Listing-Preises keine direkten Schlüsse auf den wirklichen Aktienwert zum Zeitpunkt des inkriminierten Kaufs ziehen. Umgekehrt bildet aber der Umstand, dass die C.\_\_\_\_\_ Aktien acht Monate nach ebendiesem Kauf von der ... Kantonalbank, also einem unabhängigen Finanzinstitut, zum Preis von Fr. 4.– pro Titel gelistet wurden, ein Indiz dafür, dass der von der Privatklägerin am 17. August 2007 bezahlte Preis für die

- 25 - C.\_\_\_\_\_ Aktien von Fr. 4.– deren wirklichem Wert entsprach oder dass der Kaufpreis zum damaligen Zeitpunkt wenigstens nicht zu hoch angesetzt war.

### **E. 6.4.4**

Aus dem Vorerwähnten erhellt, dass sich weder aufgrund der Aussagen der einvernommenen Verfahrensbeteiligten noch aus den verfügbaren objektiven Beweismitteln der wirkliche Wert der C.\_\_\_\_\_ Aktien zum Zeitpunkt des 17. August 2007 zweifelsfrei bestimmen lässt. Zudem deutet der Umstand, dass die ... Kantonalbank die C.\_\_\_\_\_ Aktie acht Monate nach dem inkriminierten Kauf nachweislich zu einem Preis von Fr. 4.– in ihre Handelsplattform aufnahm, eher darauf hin, dass der von der Privatklägerin am 17. August 2007 bezahlte Kaufpreis von Fr. 4.– dem wirklichen Wert dieser Aktien entsprach. Vor diesem Hintergrund kann es nicht rechtsgenügend als erstellt gelten, dass der wirkliche Wert der C.\_\_\_\_\_ Aktien am 17. August 2007 anklagegemäss Fr. 0.50 bzw.

Fr. 2.20 oder überhaupt weniger als Fr. 4.– betragen hat.

### **E. 6.5**

In der Konsequenz lässt sich auch ein bei der Privatklägerin unmittelbar im Zeitpunkt des Kaufs der C.\_\_\_\_\_ Aktien eintretender Vermögensschaden nicht erstellen, welcher sich gemäss Anklage aus der Differenz des von der Privatklägerin bezahlten Kaufpreises von Fr. 4.– und dem nicht erstellten, tiefer liegenden wirklichen, Aktienwert errechnet hätte (Urk. 16 S. 8).

#### **E. 6.5.1**

Ein solcher unmittelbarer Vermögensschaden liegt auch nicht unter dem Aspekt vor, dass der Beschuldigte die für sich von B.\_\_\_\_\_ zu einem Durchschnittspreis von Fr. 2.70 erworbenen Aktien an die Privatklägerin zu einem höheren Preis von Fr. 4.– weiterverkauft und ihr damit einen Vermögensschaden verursacht hätte. Ein solcher Weiterverkauf eigens erworbener Aktien unter Erzielung eines Gewinns wird dem Beschuldigten in der Anklage denn auch nicht vorgeworfen (vgl. Urk. 16 S. 5 f.).

#### **E. 6.5.2**

Ein unmittelbarer Vermögensschaden kann auch nicht im Umstand erblickt werden, dass die Privatklägerin nach dem Kauf der C.\_\_\_\_\_ Aktien nie im Aktienregister der Gesellschaft eingetragen bzw. angemeldet wurde (Urk. 16 S. 6). Die Staatsanwaltschaft sieht in diesem Umstand eine durch den Beschuldigten verursachte Vermögensentäusserung ohne Gegenleistung, da das Eigen-

- 26 - tum an nicht börsenkotierten, vinkulierten Aktien, wie diejenigen der C.\_\_\_\_\_ AG, erst mit der Zustimmung der Gesellschaft auf den Erwerber übergehen würde. Indem der Beschuldigte der Zustimmung der Gesellschaft im Wissen um deren Relevanz keine weitere Beachtung geschenkt habe, habe er zumindest in Kauf genommen, dass die Privatklägerin um Fr. 15'000.– erleichtert würde, ohne dass sie im Gegenzug überhaupt das Eigentum an den Aktien erlange (Urk. 77 S. 6 f.).

#### **E. 6.5.3**

Es trifft zu, dass gemäss Art. 686 Abs. 4 OR im Verhältnis zur Gesellschaft nur diejenige Person als Aktionär gilt, welche im Aktienbuch eingetragen ist. Dem Aktienbuch kommt somit eine Legitimationsfunktion im Verhältnis der Aktionäre zur Gesellschaft zu. Diese Wirkung des Aktienbuches ist allerdings beschränkt. Sein Inhalt hat bloss die Bedeutung einer widerlegbaren Vermutung. Diese Vermutung kann umgestossen werden durch den Nachweis, dass ein Eingetragener nicht Aktionär ist, oder umgekehrt, dass ein Nichteingetragener Aktionär ist. Für die Rechtsträgerschaft ist der Eintrag im Aktienbuch somit nicht wesentlich (BGE 137 III 460 E. 3.2.2. mit Hinweis auf BGE 124 III 350 E. 2c und BGE 90 II 164 E. 3). Vor diesem Hintergrund lässt sich folglich nicht erstellen, dass die unterlassene Anmeldung der Privatklägerin im Aktienbuch der C.\_\_\_\_\_ AG einer Vermögensentäusserung ohne Gegenleistung entsprach, welche einen unmittelbar mit dem Aktienkauf eintretenden Vermögensschaden der Privatklägerin zur Folge hatte.

### **E. 6.6**

Weiter lässt sich auch nicht erstellen, dass der Beschuldigte zum Zeitpunkt des Erwerbes der C.\_\_\_\_\_ Aktien für die Privatklägerin davon ausgegangen wäre, dass die C.\_\_\_\_\_ Aktien einen wirklichen Wert von Fr. 2.20 oder Fr. 0.50 aufwiesen. Er liess sich hierzu

nicht vernehmen (Urk. 4 S. 004001 ff, S. 004008 ff., S. 004041 ff., S. 004085 ff., S. 004130 ff.; Prot. I S. 17 f.). Eine solche Annahme des Beschuldigten kann auch nicht aus dem Umstand abgeleitet werden, dass er von B.\_\_\_\_\_ Aktien zum Preis von Fr. 2.20 oder Fr. 0.01 erwarb (vgl. Urk. 2 S. 006100 und 0061103). Wie bereits erwähnt, stand es B.\_\_\_\_\_ frei, zu welchem Preis er seine Aktien an andere Personen verkaufen wollte. Der Beschuldigte verpflichtete sich gegenüber B.\_\_\_\_\_ denn auch nicht nur zum Kauf von C.\_\_\_\_\_ Aktien zum Preis von Fr. 2.20 oder Fr. 0.01, sondern schloss auch

- 27 - zwei Kaufverträge mit einem Kaufpreis von Fr. 4.– pro C.\_\_\_\_\_ Aktie ab (Urk. 2 S. 006075 f.). Der vom Beschuldigten zu diesem Preis zu kaufende Aktienanteil überwiegt mit insgesamt 500'000 Titeln denn auch den Anteil von 427'273 Aktien, für welche ein Kaufpreis von Fr. 2.20 bzw. Fr. 0.01 vereinbart worden war. Es ist nicht ersichtlich, weshalb der Beschuldigte, wenn er tatsächlich von einem Wert der C.\_\_\_\_\_ Aktien von unter Fr. 4.– ausgegangen wäre, für mehr als die Hälfte der von ihm insgesamt zu erwerbenden Aktien freiwillig einen überhöhten Kaufpreis hätte bezahlen wollen. Selbst wenn er zusammen mit den günstigeren Aktien im Durchschnitt noch Fr. 2.70 pro Titel bezahlt hätte, würde dieser Preis immer noch deutlich über dem gemäss Anklage wirklichen Wert der Aktie von Fr. 2.20 bzw. Fr. 0.50 liegen. Weshalb er eine entsprechende Wertdifferenz zu seinem eigenen finanziellen Nachteil hätte hinnehmen sollen, ist nicht ersichtlich.

#### **E. 6.7**

Der Umstand, dass sich weder ein wirklicher Wert der C.\_\_\_\_\_ Aktien von weniger als Fr. 4.– zum Zeitpunkt des Erwerbes am 17. August 2007 noch die Annahme des Beschuldigten eines Fr. 4.– unterschreitenden Wertes der Aktien erstellen lassen, hat schliesslich auch zur Folge, dass eine durch den Aktienkauf der Privatklägerin herbeigeführte unrechtmässige Bereicherung von B.\_\_\_\_\_ nicht nachgewiesen werden kann. Wenn ein Wert der C.\_\_\_\_\_ Aktien am 17. August 2007 von unter Fr. 4.– nicht erstellt ist, konnte B.\_\_\_\_\_ durch den Verkauf eigener C.\_\_\_\_\_ Aktien an die Privatklägerin zum Preis von Fr. 4.– auch nicht unrechtmässig bereichert werden, da der von ihm festgesetzte Kaufpreis in dubio pro reo (Art. 10 Abs. 3 StPO) dem wirklichen Wert der Aktien entsprach. In der Konsequenz konnte auch der Beschuldigte nicht von einer Bereicherung von B.\_\_\_\_\_ in der Form angeblich vereinbarter Provisionen profitieren, da das Erzielen eines Gewinns, welcher unter dem Beschuldigten und B.\_\_\_\_\_ hätte aufgeteilt werden können, unter diesen Umständen nicht erstellt ist. In diesem Zusammenhang ist zudem auch darauf hinzuweisen, dass selbst die Staatsanwaltschaft es als nicht erwiesen ansieht, ob und in welchem Umfang dem Beschuldigten tatsächlich Provisionen von B.\_\_\_\_\_ ausgerichtet wurden (Urk. 77 S. 14).

#### **E. 6.8**

Als Zwischenfazit ist festzuhalten, dass sich weder erstellen lässt, dass der wirkliche Wert der C.\_\_\_\_\_ Aktien zum Zeitpunkt des inkriminierten Kaufs

- 28 - durch den Beschuldigten Fr. 2.20 bzw. Fr. 0.50 betragen hat noch dass der Beschuldigte wusste oder davon ausging, dass die Aktien einen wirklichen Wert von unter Fr. 4.– aufgewiesen haben. Damit entfällt auch der Nachweis des Handelns des Beschuldigten in der Absicht unrechtmässiger Bereicherung, da zufolge des Kaufs der Aktien zu ihrem mutmasslich wirklichen Wert auch kein Gewinn resultierte, welcher zwischen dem Beschuldigten und B.\_\_\_\_\_ hätte aufgeteilt werden können. Da sich die Absicht

unrechtmässiger Bereicherung nicht erstellen lässt, kann auch die von der Staatsanwaltschaft beantragte Verurteilung des Beschuldigten wegen Veruntreuung im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 sowie Ziff. 2 StGB, eventualiter wegen qualifizierter ungetreuer Geschäftsbesorgung im Sinne von Art. 158 Ziff. 1 Abs. 3 StGB, nicht ergehen.

## **E. 7**

Für den Vermögensschaden adäquat kausale Pflichtverletzung aufgrund einer Investition ausserhalb des Risikoprofils der Privatklägerin

### **E. 7.1**

In der Anklageschrift wird subeventualiter die Verurteilung des Beschuldigten wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung im Sinne von Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 StGB beantragt (Urk. 16 S. 9). Gemäss Anklage habe die Investition in C.\_\_\_\_\_ Aktien nicht dem Risikoprofil der Privatklägerin entsprochen, weshalb der Kauf der Aktien als solcher bereits eine Pflichtverletzung dargestellt habe. Die C.\_\_\_\_\_ AG sei gemäss Anklage zum Zeitpunkt des Aktienkaufs durch den Beschuldigten ein Sanierungsfall gewesen. Der Fortbestand des Unternehmens sei ernsthaft gefährdet gewesen, weshalb eine Investition in die C.\_\_\_\_\_ AG einem substantiellen Ausfallsrisiko unterworfen gewesen sei. Der Kauf der C.\_\_\_\_\_ Aktien für die Privatklägerin im Umfang von 20% des Gesamtportfoliowertes habe dem Risikoprofil der Privatklägerin widersprochen. Indem der Beschuldigte es unterlassen habe, sich vorgängig eingehend über die C.\_\_\_\_\_ AG zu informieren und im Sinne einer "due diligence" Prüfung nachvollziehbare und gesicherte Informationen einzuholen, habe er zumindest billigend in Kauf genommen, mit dem Kauf von C.\_\_\_\_\_ Aktien eine nicht dem Risikoprofil der Privatklägerin entsprechende Investition zu tätigen (Urk. 16 S. 7).

### **E. 7.2**

Die Vorinstanz erwog in diesem Zusammenhang, dass der Beschuldigte zum Erwerbszeitpunkt ohne Weiteres von der Fortführung der C.\_\_\_\_\_ AG ha-

- 29 - be ausgehen können. Auch die C.\_\_\_\_\_ AG selbst sei im Juni 2007 von der Fortführung des Unternehmens ausgegangen. Mit einer Liquidation oder einem Verkauf der Gesellschaft habe in absehbarer Zeit nicht gerechnet werden müssen. Die Revisionsstelle habe in ihrem Bericht vom 27. Juli 2007 zwar auf die Unsicherheit bezüglich der Fortführungsfähigkeit des Unternehmens aufmerksam gemacht, habe die Fortführung des Unternehmens allerdings als möglich erachtet. Hinzu komme, dass der Beschuldigte selbst in erheblichem Umfang in die C.\_\_\_\_\_ AG investiert habe, sei es in Form von gewährten Darlehen oder von Aktienkäufen in eigenem Namen und auf eigene Rechnung. Hätte er um das Risiko gewusst oder bei pflichtgemässer Vorsicht wissen müssen, so sei es realitätsfremd anzunehmen, dass er diesfalls selbst in die C.\_\_\_\_\_ AG investiert bzw. dieses Geld in Form von Darlehen zur Verfügung gestellt hätte (Urk. 67 S. 22 f.).

### **E. 7.3**

Die Staatsanwaltschaft bringt dagegen vor, dass der Beschuldigte mit dem Kauf der C.\_\_\_\_\_ Aktien für die Privatklägerin ein unerlaubtes Geschäftsrisiko eingegangen sei und damit eine strafbegründende Pflichtverletzung vorliege. Zur Begründung führte sie an, dass die C.\_\_\_\_\_ AG im August 2007 ein Start-Up-Unternehmen mit höchst angespannter Finanzlage gewesen sei. Die revidierte Jahresrechnung per 31. März 2007 habe einen Verlust von etwa Fr. 2,7 Mio. und eine Überschuldung von etwa Fr. 40'000.- ausgewiesen. Die C.\_\_\_\_\_ AG habe noch keinerlei Umsätze aus dem Verkauf ihres Produktes erzielt und

das Betriebsergebnis sei mit einem Minus von Fr. 2,2 Mio. klar negativ gewesen. Es sei notorisch, dass bei einer Gesellschaft in einer solchen finanziellen Lage die hohe Wahrscheinlichkeit eines Konkurses bestehe. Dies decke sich im Übrigen mit der ebenfalls allgemein bekannten Tatsache, dass ein hoher Prozentanteil solcher Start-Ups scheitere. Angesichts dieser Umstände hätten die vom Beschuldigten für die Privatklägerin in die C.\_\_\_\_\_ AG investierten Gelder eigentliches Venture-Capital, d.h. Risikokapital, dargestellt. Das mit einer solchen Investition verbundene Risiko habe der Privatklägerin in Anbetracht ihres Risikoprofils keinesfalls zugemutet werden dürfen. An der Unzulässigkeit der Investition ändere nach Ansicht der Staatsanwaltschaft auch der Umstand nichts, dass der Beschuldigte die Zukunftsaussichten der C.\_\_\_\_\_ AG positiv eingeschätzt habe. Auch dass Dritte bereit gewesen seien, das Risiko einer Investition in C.\_\_\_\_\_ Aktien zu tragen,

- 30 - wie dies vom Beschuldigten geltend gemacht werde, sei nicht relevant. Entscheidend sei einzig, ob das Risiko einer solchen Investition für die Privatklägerin selbst tragbar gewesen sei, was aufgrund von deren Risikoprofil klarerweise verneint werden müsse (Urk. 77 S. 8 ff.).

#### **E. 7.4**

Dass sich die C.\_\_\_\_\_ AG im Zeitraum des anklagegegenständlichen Aktienerwerbes des Beschuldigten für die Privatklägerin in einer angespannten finanziellen Lage befand, wird vom Beschuldigten nicht bestritten. Wie bereits erwähnt (Erw. III.3.4.), hat der Beschuldigte dies aber nicht als alarmierend oder als Problem empfunden. Er sei von der Marktreife des Produktes der C.\_\_\_\_\_ AG ausgegangen, da Letztere dies so propagiert habe, so auch im Fact Sheet der C.\_\_\_\_\_ AG vom Mai 2007. Der Sanierungsfall habe deshalb auf ihn nicht so gravierend gewirkt, da er gewusst habe, dass genug Geld für ein marktfähiges Produkt aufzutreiben sei. In der Folge seien ja auch viel mehr als die 1 Million Franken beschafft worden, welche gemäss der C.\_\_\_\_\_ AG noch benötigt wurden, um ihr Produkt auf den Markt zu bringen. Neben weiteren Personen, welche nach den Produktdemonstrationen in die C.\_\_\_\_\_ AG investiert hätten, hätten insbesondere auch die ... Kantonbank und der Bund der C.\_\_\_\_\_ AG je ein Darlehen im Umfang von etwa Fr. 600'000.- oder Fr. 700'000.- gewährt. Der Beschuldigte selbst hat gemäss eigenen Angaben ebenfalls im Gesamtumfang von mehr als Fr. 1,2 Mio. in der Form von Beteiligungen und Darlehen in die C.\_\_\_\_\_ AG investiert. Mit dem grössten Teil dieser Investitionen habe er "Schiffbruch" erlitten. Sein Verlust sei hoch gewesen; wie hoch, könne er aber nicht genau sagen (Urk. 4 S. 004146 f.; Prot. I S. 19 und 23 ff.; Prot. II S. 12 f.).

#### **E. 7.5**

Aus der Jahresrechnung der C.\_\_\_\_\_ AG für das per 31. März 2007 abgeschlossene Geschäftsjahr ergibt sich ein Bilanzverlust von Fr. 2,79 Mio. Zudem wurde in der Jahresrechnung darauf hingewiesen, dass die Liquidität des Unternehmens zum Zeitpunkt der Revision sehr angespannt gewesen sei. Die Fortführung wurde nur als möglich erachtet, wenn die durch die Investoren zugesicherten Geldzuflüsse über Fr. 1,055 Mio. geleistet würden. Aufgrund dessen, dass von dieser Summe bis zum 23. Juli 2007 bereits Fr. 650'000.- geleistet worden seien und unter Hinweis auf das Budget 2007/2008, den Geschäftsgang im

- 31 - laufenden Geschäftsjahr 2007/2008 und dem für diese Zeitspanne erstellten Liquiditätsplan wurde die Fortführung der C.\_\_\_\_\_ AG aber als möglich erachtet (Urk. 5 S.

005919).

#### **E. 7.6**

Der Bericht der H.\_\_\_\_\_ AG vom 23. Juli 2007 empfahl, die Jahresrechnung mit einem Bilanzverlust von Fr. 2'790'188.38 zu genehmigen. Im Revisionsbericht wurde zudem darauf aufmerksam gemacht, dass die C.\_\_\_\_\_ AG im Sinne von Art. 725 Abs. 2 OR überschuldet sei, dass der Verwaltungsrat der C.\_\_\_\_\_ AG aber von einer Benachrichtigung des Richters abgesehen habe, da die Gläubiger des Unternehmens im Betrag von maximal Fr. 1,455 Mio., wovon per 23. Juli Fr. 1,13 Mio. einbezahlt gewesen seien, den Rangrücktritt erklärt hätten. Schliesslich wird im Revisionsbericht auf die Bemerkungen betreffend Unsicherheit der Fortführung der Gesellschaft im Anhang der Jahresrechnung verwiesen, ohne allerdings deswegen das eigene Prüfungsurteil einzuschränken, welches auf Genehmigung der Jahresrechnung lautete (Urk. 5 S. 005905).

#### **E. 7.7**

Dass die C.\_\_\_\_\_ AG zum Zeitpunkt des inkriminierten Kaufs durch den Beschuldigten sanierungsbedürftig war, ist angesichts vorstehender Erwägungen erstellt.

#### **E. 7.8**

Es ist aber auch zu berücksichtigen, dass der Überschuldung der Gesellschaft zu diesem Zeitpunkt immerhin dahingehend begegnet wurde, dass Gläubiger der C.\_\_\_\_\_ AG in genügendem Umfang Rangrücktritte erklärten, so dass von einer Benachrichtigung des Richters im Sinne von Art. 725 Abs. 2 OR abgesehen werden konnte. Gleichzeitig waren der C.\_\_\_\_\_ AG Investitionen im Umfang von Fr. 1,055 Mio. zugesichert worden, welche die Fortführung der Gesellschaft hätten gewährleisten sollen. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz (Urk. 67 S. 22) konnte der Beschuldigte aufgrund dieser Umstände zwar nicht "ohne Weiteres" von einer Fortführung der C.\_\_\_\_\_ AG ausgehen, jedoch bestand für ihn kein begründeter Anlass dazu, die Einschätzung der Revisionsstelle in Frage zu stellen, welche trotz der bestehenden Unsicherheiten die Abnahme der nach Fortführungswerten erstellten Jahresrechnung empfahl und von der Möglichkeit der Fortführung der Gesellschaft ausging.

- 32 -

#### **E. 7.9**

Dass der Beschuldigte gemäss seinen Depositionen mit dem Fortbestand der C.\_\_\_\_\_ AG rechnete, muss zudem auch vor dem Hintergrund gesehen werden, dass er gemäss eigenen Angaben davon ausging, dass deren Produkt zu diesem Zeitpunkt bereits die Marktreife erreicht habe bzw. kurz vor der Marktreife stehe (Urk. 4 S. 004147, Prot. I S. 24 f.; Prot. II S. 12). Der dem Beschuldigten bekannte Bericht der G.\_\_\_\_\_ vom 11. Oktober 2006 hält zur Marktreife des Produktes der C.\_\_\_\_\_ AG fest, dass die grundsätzliche Funktionsfähigkeit des Systems bei Erstkunden nachgewiesen worden sei und davon ausgegangen werde, dass die Testphase Mitte des Jahres 2007 abgeschlossen werden könne (Urk. 9 S. 011261). Im dem Beschuldigten ebenfalls bekannten Prospekt "Wachsen mit C.\_\_\_\_\_ AG" von Juni 2007 wurde schliesslich propagiert, dass die Produkte der C.\_\_\_\_\_ AG bereits marktreif seien und sich bei "ausgewählten Referenzen" im täglichen Einsatz befänden (Urk. 9 S. 011172). Hinzu kommt, dass der Beschuldigte gemäss eigenen Angaben anlässlich verschiedener Produktpräsentationen, u.a. in ... [Ort 1] im Juni 2007 und in ... [Ort 2] im August 2007, die Funktionsweise des Produktes der C.\_\_\_\_\_ AG

selbst miterlebte. Dieses scheint wenigstens während dieser Präsentationen funktioniert und offenbar nicht nur beim Beschuldigten einen positiven Eindruck hinterlassen zu haben. So waren Ende des Jahres 2007 neben zahlreichen weiteren Investoren auch diverse Banken, darunter die Bank J.\_\_\_\_\_, im Aktienbuch der C.\_\_\_\_\_ AG eingetragen (Urk. 5 S. 005609). Zudem gewährte die ... Kantonalbank der C.\_\_\_\_\_ AG ein Darlehen von Fr. 550'000.– (Urk. 13 S. 101237). Schliesslich deutet auch das Protokoll der ausserordentlichen Generalversammlung der C.\_\_\_\_\_ AG vom 30. Oktober 2008 darauf hin, dass der Beschuldigte von der Marktreife des Systems der C.\_\_\_\_\_ AG ausgegangen war. Dem Protokoll der Generalversammlung ist zu entnehmen, dass der Beschuldigte während der Diskussion zur Funktionstüchtigkeit des Systems der C.\_\_\_\_\_ AG anmerkte, dass gemäss dem Prospekt "Wachsen mit C.\_\_\_\_\_" das System im März 2007 die Marktreife erreicht habe, worauf K.\_\_\_\_\_, der damalige Vizepräsident des Verwaltungsrates der C.\_\_\_\_\_ AG, antwortete, dass die Marktreife nach wie vor nicht erreicht sei (Urk. 13 S. 101254). Der Beschuldigte scheint mit seiner Annahme denn auch nicht allein gewesen zu sein. Gemäss dem Protokoll schien wenigstens ein weiterer der anwesenden Gesell-

- 33 - schafter namens L.\_\_\_\_\_ aufgrund der Produktpräsentationen im Jahr 2007 ebenfalls von der Funktionstüchtigkeit des Systems überzeugt gewesen zu sein. Gemäss L.\_\_\_\_\_ sei das System im Jahr 2007 völlig anders präsentiert worden. Er habe nie gehört, dass es so grosse Probleme gebe. Seiner Ansicht nach sei er also an der Präsentation angelogen worden (Urk. 13 S. 101253). Angesichts vorstehender Erwägungen kann dem Beschuldigten jedenfalls nicht rechtsgenügend widerlegt werden, zum Zeitpunkt des Kaufs der C.\_\_\_\_\_ Aktien am 17. August 2007 von der Marktreife des Produktes der C.\_\_\_\_\_ AG ausgegangen zu sein.

#### **E. 7.10**

Vor dem Hintergrund, dass der Beschuldigte neben den verfügbaren schriftlichen Dokumentationen – insbesondere dem Bericht der G.\_\_\_\_\_ vom

#### **E. 7.11**

Dass es sich beim Kauf der C.\_\_\_\_\_ Aktien nicht um eine Investition mit gewöhnlichem Risiko handelte, ist angesichts der Kennzahlen der Gesellschaft zum Zeitpunkt des Kaufs erstellt. Die der Anklage zugrunde liegende Einschätzung, dass zur Zeit des inkriminierten Kaufs im Sommer 2007 in die C.\_\_\_\_\_ AG investierte Gelder eigentliches Hochrisikokapital dargestellt hätten, welche einem substantiellen Ausfallrisiko unterworfen gewesen wären, lässt sich aber nicht stützen.

##### **E. 7.11.1**

Wie bereits erwogen wurde, ging selbst die Revisionsstelle in ihrem Bericht vom 23. Juli 2007 angesichts der durch Investoren zugesicherten Gelder im Umfang von Fr. 1,055 Mio. von der Möglichkeit der Fortführung der C.\_\_\_\_\_ AG aus. Der unmittelbare Konkurs der Gesellschaft war sodann durch Rangrücktritte von Gesellschaftsgläubigern abgewendet worden. Gemäss den zutreffenden vorinstanzlichen Erwägungen ist es sodann gerichtsnotorisch, dass ein Start-Up-

- 34 - Unternehmen, wie die C.\_\_\_\_\_ AG, im Stadium der Marktreife Verluste schreibt, da noch keine oder nur eine sehr geringe Produktion vorhanden ist und den hohen Anfangsinvestitionen keine oder nur sehr geringe Einnahmen gegenüberstehen würden (Urk. 67 S. 38). Dass die C.\_\_\_\_\_ AG im gegenüber Dritten propagierten Stadium der

Marktreife Verluste schrieb, war damit nicht aussergewöhnlich und bedeutete auch nicht, dass das Schicksal der Gesellschaft zu diesem Zeitpunkt besiegelt und eine Investition in die C.\_\_\_\_\_ AG mit einem unmittelbaren Verlust der investierten Vermögenswerte verbunden gewesen wäre.

#### **E. 7.11.2**

Tatsächlich bestand die C.\_\_\_\_\_ AG nach dem inkriminierten Aktienkauf vom 17. August 2007 noch während knapp eineinhalb Jahren weiter, bevor am 11. Dezember 2008 der Konkurs eröffnet wurde. Angesichts dieser langen Zeitspanne zwischen der Investition in die C.\_\_\_\_\_ Aktien am 17. August 2007 und dem Eintritt des Vermögensschadens im Dezember 2008 kann es auch nicht als erstellt gelten, dass bereits der Kauf der C.\_\_\_\_\_ Aktien als solcher das Risiko eines Totalverlustes insichbar und eine für den später eingetretenen Vermögensschaden adäquat kausale Pflichtverletzung darstellte. Dies lässt sich dadurch veranschaulichen, dass die C.\_\_\_\_\_ Aktien am 1. April 2008, also noch acht Monate nach deren Kauf, von der ... Kantonalbank in ihre Handelsplattform I.\_\_\_\_\_ - X zum gleichen Preis aufgenommen wurden, welcher ursprünglich von der Privatklägerin bezahlt worden war. Wären die C.\_\_\_\_\_ Aktien vom Beschuldigten zum Zeitpunkt des Listings an der I.\_\_\_\_\_ -X zum Listing-Preis von Fr. 4.– verkauft worden, hätte die ursprüngliche Investition in C.\_\_\_\_\_ Aktien für die Privatklägerin keinen Vermögensschaden zur Folge gehabt. Wären die Aktien am Tag des Delistings am 5. Mai 2008 zum damaligen Höchstkurs von Fr. 4.60 verkauft worden, hätte die Privatklägerin gar einen Gewinn erzielt (vgl. Urk. 5 S. 006106 f.). Der Kauf der C.\_\_\_\_\_ Aktien hatte damit weder einen unmittelbar mit dem Kauf eintretenden Vermögensschaden zur Folge noch war er zwingend mit einem Totalverlust der investierten Gelder verbunden. In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, dass die Sorgfaltspflicht eines Vermögensverwalters nicht mit der sorgfältigen Auswahl eines Wertpapiers endet, sondern sich auch auf die weitere Verwaltung der getätigten Investition bezieht. Angesichts der zum Zeitpunkt des Aktienkaufs angespannten finanziellen Lage der C.\_\_\_\_\_ AG und der Unsicher-

- 35 - heiten betreffend die Fortführung der Gesellschaft wäre es geboten gewesen, die weitere Entwicklung der C.\_\_\_\_\_ AG genauestens zu beobachten, um im Fall der ausbleibenden Besserung oder gar einer Verschlechterung der Situation der Gesellschaft rechtzeitig die gebotenen Massnahmen ergreifen zu können, um die Privatklägerin vor einem möglichen Schaden zu bewahren oder um diesen möglichst gering zu halten. Ob der Beschuldigte seinen Sorgfaltspflichten in dieser Hinsicht nachgekommen ist, kann offenbleiben. Die Anklage wirft dem Beschuldigten lediglich vor, mit dem Aktienkauf als solchem eine für den im Dezember 2008 eingetretenen Vermögensschaden adäquat kausale Pflichtverletzung begangen zu haben. Dies kann gemäss vorstehenden Erwägungen aber nicht als erstellt gelten. 8. Fazit 8.1. Zusammengefasst lässt sich der Anklagesachverhalt in mehreren wesentlichen Punkten nicht rechtsgenügend erstellen. So lässt sich nicht erstellen, dass der Beschuldigte mit der Privatklägerin in Abweichung des Beratungsprotokolls vom 12. März 2007 mündlich einen Risikoabschluss vereinbarte und den jederzeitigen Zugriff auf die investierten Vermögenswerte versprach. Weiter kann weder der wirkliche Wert der C.\_\_\_\_\_ Aktien zum Zeitpunkt des inkriminierten Kaufs vom 17. August 2007 erstellt werden noch dass der Beschuldigte wusste oder davon ausgehen musste, dass der damalige wirkliche Wert der Aktien unter dem von der Privatklägerin bezahlten Kaufpreis von Fr. 4.– lag. Dies hat wiederum zur Folge, dass es auch nicht als

erstellt gelten kann, dass die Privatklägerin einen zu hohen Kaufpreis für die Aktien bezahlte und B. \_\_\_\_\_ durch den Verkauf der Aktien an die Privatklägerin einen Gewinn erzielte. Entsprechend kann auch die Absicht unrechtmässiger Eigen- oder Drittbereicherung des Beschuldigten nicht als erwiesen gelten, da mangels eines durch den Kauf der Aktien durch die Privatklägerin resultierenden Gewinns weder B. \_\_\_\_\_ noch der Beschuldigte be- reichert sein konnten. Schliesslich kann es auch nicht als erstellt gelten, dass der Beschuldigte mit dem Kauf der C. \_\_\_\_\_ Aktien ein nicht vom Vermögensverwaltungsprofil der Privatklägerin gedecktes Investitionsrisiko einging, welches sich als adäquat kausal für den bei der Privatklägerin eingetretenen Vermögensscha-

- 36 - den auszeichnete. Unter diesen Umständen kann eine Verurteilung des Beschuldigten weder wegen Veruntreuung im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 Abs. und Ziff. 2 StGB noch wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung im Sinne von Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 und Abs. 3 StGB ergehen, weshalb er in dubio pro reo (Art. 10 Abs. 3 StPO) von diesen Anklagevorwürfen freizusprechen ist. 8.2. In Bezug auf die ungetreue Geschäftsbesorgung ist ergänzend festzu- halten, dass ein diesbezüglicher Schuldspruch selbst dann nicht erfolgen könnte, wenn es erstellt wäre, dass der Kauf der C. \_\_\_\_\_ Aktien für die Privatklägerin nicht mit deren Risikoprofil vereinbar gewesen wäre und dieser Kauf eine für den eingetretenen Vermögensschaden adäquat kausale Pflichtverletzung dargestellt hätte. Der Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung verlangt in subjektiver Hinsicht einen Vorsatz, welcher sich insbesondere auf die Pflichtwidrigkeit der Handlung bzw. der Unterlassung, den Vermögensschaden und den zwischen ihnen bestehenden Kausalzusammenhang beziehen muss. Eventualvorsatz ge- nügt. Der Vorsatz bzw. Eventualvorsatz dürfen aber nicht leichthin angenommen werden, weil die Treuepflichten in Art. 158 StGB nicht genau umschrieben sind. Der Eventualvorsatz darf daher nicht schon angenommen werden, wenn der Tä- ter den möglichen Erfolg seiner Handlung einfach in Kauf nimmt. Er muss viel- mehr ernsthaft mit dem Erfolg gerechnet haben und mit dem Erfolg einverstanden gewesen sein für den Fall, dass dieser eintreten sollte. Der Eventualvorsatz darf nur angenommen werden, wenn sich dem Täter der Eintritt des tatbestandsmäs- sigen Erfolges als so wahrscheinlich aufdrängte, dass sein Handeln vernünftiger- weise nicht anders denn als Billigung des Erfolges ausgelegt werden kann (BSK StGB-Niggli, 4. Auflage 2019, Art. 158 StGB N 137). 8.3. Der Beschuldigte gab an, durch den Konkurs der C. \_\_\_\_\_ AG selbst einen finanziellen Verlust erlitten zu haben (Prot. I S. 18). So habe er Aktien der C. \_\_\_\_\_ AG erworben und der Gesellschaft überdies auch Darlehen gewährt. Wie viele Aktien er insgesamt gekauft habe, wisse er nicht, aber es seien sicher- lich mehr als die für die Privatklägerin erworbenen 3'750 gewesen. Insgesamt ha- be er etwa Fr.1,2 Mio. in die C. \_\_\_\_\_ AG investiert, davon rund Fr. 1 Mio. in der Form von Darlehen (Prot. I S. 17 ff.; Urk. 52/4). Diese Angaben des Beschuldigten

- 37 - sind nicht belegt, lassen sich anhand der Verfahrensakten aber auch nicht wider- legen. Aus dem bei den Akten liegenden Aktienregister der C. \_\_\_\_\_ AG lässt sich immerhin entnehmen, dass der Beschuldigte Ende des Jahres 2007 mit insge- samt 5'493'185 Titeln im Aktienbuch verzeichnet war (Urk. 5 S. 005617). Auch die Anklage geht davon aus, dass der Beschuldigte zwischen August und Dezember 2007 eine unbekannte Anzahl Aktien der C. \_\_\_\_\_ AG erworben und sich in eige- nem Namen im Aktienbuch der C. \_\_\_\_\_ AG habe eintragen lassen (Urk. 16 S. 5). Es ist jedoch nicht nachvollziehbar, weshalb der Beschuldigte für sich selbst Ak- tien der C. \_\_\_\_\_ AG hätte kaufen und der Gesellschaft überdies auch noch Dar- lehen hätte gewähren sollen, wenn er ernsthaft mit

einem Konkurs der C.\_\_\_\_\_ AG gerechnet hätte. Ein solches Verhalten würde einem bewussten Vernichten eigener Vermögenswerte gleichkommen. Vor diesem Hintergrund kann ihm nicht unterstellt werden, dass er die Privatklägerin mit dem Kauf der C.\_\_\_\_\_ Aktien vorsätzlich hätte schädigen wollen oder dass er mit einem aufgrund des Kaufs eintretenden Vermögensschadens gerechnet hätte. Ansonsten müsste man dem Beschuldigten gleichzeitig auch eine Selbstschädigungsabsicht attestieren, welche jeglicher Logik entbehren würde. IV. Strafzumessung 1. Die Staatsanwaltschaft beantragt die Bestrafung des Beschuldigten mit einer bedingten Geldstrafe von 270 Tagessätzen zu Fr. 500.– sowie mit einer Busse von Fr. 10'000.–, teilweise als Zusatzstrafe zum Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich, I. Strafkammer, vom 12. Dezember 2011, unter Ansetzung einer Probezeit von 3 Jahren. Für den Fall des schuldhaften Nichtbezahls der Busse sei eine Ersatzfreiheitsstrafe von 20 Tagen festzusetzen. Allerdings stellte die Staatsanwaltschaft diesen Antrag nicht nur als Bestrafung für das fahrlässige Fahren in dienstunfähigem Zustand, sondern auch unter Einbezug eines Schuldspruchs wegen Veruntreuung, eventualiter wegen ungetreuer Geschäftsbearbeitung. Ausserdem wird beantragt, der Vollzug der mit Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 12. Dezember 2011 bedingt ausgesprochenen Geldstrafe

- 38 - von 10 Tagessätzen zu Fr. 600.– sei anzuordnen (Urk. 47; Urk. 67 S. 2; Urk. 69 S. 2; Urk. 98). 2. Die allgemeinen Regeln und Kriterien der Strafzumessung wurden im vorinstanzlichen Urteil unter Hinweis auf Lehre und Rechtsprechung korrekt wiedergegeben (Urk. 67 S. 50 f.; Art. 82 Abs. 4 StPO).

#### **E. 11**

Oktober 2006, dem Businessplan der C.\_\_\_\_\_ von Dezember 2006, dem Prospekt "Wachsen mit C.\_\_\_\_\_" aus dem Juni 2007 und dem Revisionsbericht vom 23. Juli 2007 – zusätzlich auch noch Produktpräsentationen der C.\_\_\_\_\_ AG besuchte, anlässlich welchen die Funktionsweise deren Produktes – offenbar ein- drucksvoll – demonstriert wurde, kann dem Beschuldigten schliesslich auch nicht vorgeworfen werden, sich vor der Investition in die C.\_\_\_\_\_ AG nicht ausreichend über diese erkundigt zu haben. Sein Investitionsentscheid kann jedenfalls nicht als spontaner und unüberlegter Bauchentscheid qualifiziert werden.

#### **E. 12**

Dezember 2013 bis heute mehr als drei Jahre vergangen sind, kommt ein Widerruf des bedingt aufgeschobenen Vollzugs dieser Strafe nicht mehr in Frage. 3. Das Gericht schiebt den Vollzug einer Geldstrafe, von gemeinnütziger Arbeit oder einer Freiheitsstrafe von mindestens 6 Monaten und höchstens 2 Jahren in der Regel auf, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten (Art. 42 Abs. 1 StGB). Materiell ist demnach das Fehlen einer ungünstigen Prog-

- 45 - nose vorausgesetzt. Das heisst, dass auf das Fehlen von Anhaltspunkten für eine Wiederholungsgefahr abgestellt wird.