



Geschäfts-Nr.: DG060090/U EH/sc

II. Abteilung

Mitwirkend: Vizepräsident lic.iur. A. Fischer, Bezirksrichter lic.iur. St. Blättler, Ersatzrichter lic.iur. A. Kessler sowie die juristische Sekretärin lic.iur. E. Hättenschwiler

Urteil vom 4. Juni 2007

in Sachen

Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich,

vertreten durch LSTA lic.iur. Ch. Weber, STA lic.iur. Hp. Hirt,
STA lic.iur. R. Ringger, STA lic.iur. T. Armbruster,

Anklägerin

sowie Geschädigte gemäss separater Liste

gegen

A._____,

Angeklagter

erbeten verteidigt durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

betreffend **Gläubigerschädigung durch Vermögensminderung etc.**

Anklage:

Siehe Anklageschrift der Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich vom 11. Juli 2006 (diesem Urteil beigegeben).

Hauptverhandlung:

Zur persönlichen Befragung in Sachen "Restrukturierung" (Anklagepunkte II./1.1 und 1.2) vom 22. Januar 2007 erschienen der Angeklagte in Begleitung seines Verteidigers RA Dr. iur. X.____, der Mitangeklagte B.____ in Begleitung seines Verteidigers RA Dr. iur. C.____, RA lic.iur. D.____ als Verteidiger der Mitangeklagten E.____, RA lic.iur. F.____ als Verteidiger des Mitangeklagten G.____, RA Dr. iur. H.____ als Verteidiger des Mitangeklagten I.____, RA in lic.iur. J.____ und RA Dr. iur. K.____ als Verteidiger(in) des Mitangeklagten L.____, RA lic.iur. M.____ als Verteidiger des Mitangeklagten N.____; der leitende Staatsanwalt lic.iur. Ch. Weber, die Staatsanwälte lic.iur. H. P. Hirt und lic.iur. Th. Armbruster, die Geschädigtenvertreter RA lic.iur. O.____ (für die Konkursmasse P.____), RA in lic.iur. Q.____ (für die R.____ in Nachlassliquidation) und RA lic.iur. S.____. Ferner erschienen auch der in anderen Anklagepunkten angeklagte T.____ sowie RA lic.iur. U.____ und RA Dr. iur. V.____ (Prot. S. 5).

Bei der persönlichen Befragung in Sachen "Milliardenkredit" (Anklagepunkt II./5.1) vom 23. Januar 2007 waren nebst dem Angeklagten und dessen Verteidiger RA Dr. iur. X.____ sowie dem Mitangeklagten W.____ in Begleitung seines Verteidigers RA Dr. iur. AA.____ folgende Personen anwesend: Der leitende Staatsanwalt lic.iur. Ch. Weber sowie der Staatsanwalt lic.iur. R. Ringger; B.____ in Begleitung von RA Dr. iur. V.____ und RA Dr. iur. AB.____; die Geschädigtenvertreter RA Dr. iur. AC.____ (für die AD.____), RA lic.iur. O.____ (für die Konkursmasse P.____) sowie RA Dr. iur. AE.____ (für die R.____ in Nachlassliquidation).

Bei der persönlichen Befragung in Sachen "Falschbeurkundung" (Anklagekomplex II/1.3) vom 24. Januar 2007 waren der Angeklagte in Begleitung seines Ver-

theidigers RA Dr. iur. X._____, der Mitangeklagte AF._____, in Begleitung seines Verteidigers RA lic.iur. et lic.oec. AG._____, der leitende Staatsanwalt lic.iur. Ch. Weber und Staatsanwalt lic.iur. Hp. Hirt sowie die Geschädigtenvertreterin RAin lic.iur. Q._____, (für die R._____, in Nachlassliquidation) zugegen (Prot. S. 221).

Zur persönlichen Befragung in Sachen "AH._____" (Anklagepunkt II./2) vom 25. Januar 2007 erschienen der Angeklagte in Begleitung seines Verteidigers Rechtsanwalt Dr. iur. X._____, der Mitangeklagten AI._____, in Begleitung seines Verteidigers Rechtsanwalt Dr. iur. AJ._____, der leitende Staatsanwalt lic.iur. Ch. Weber und Staatsanwalt lic.iur. Hp. Hirt sowie verschiedene Geschädigtenvertreter und Verteidiger von in anderen Anklagepunkten angeklagten Personen (vgl. Prot. S. 261).

An den den Angeklagten betreffenden Plädoyers der Staatsanwaltschaft vom 15. und 19. Februar 2007 waren sodann nebst dem leitenden Staatsanwalt lic.iur. Ch. Weber und den Staatsanwälten lic.iur. Hp. Hirt, lic.iur. Th. Armbruster und lic.iur. R. Ringger der Verteidiger des Angeklagten, diverse Mitangeklagte und/oder deren Verteidiger sowie Geschädigtenvertreter anwesend (vgl. Prot. S. 309 und S. 312)

Zum Plädoyer des Verteidigers des Angeklagten vom 23. Februar 2007 erschienen schliesslich der Angeklagte, Vertreter der Staatsanwaltschaft, der Mitangeklagte AF._____, in Begleitung seines Verteidigers RA lic.iur. et lic.oec. AG._____, RAin lic.iur. J._____, und RA Dr. iur. V._____, sowie die Geschädigtenvertreterin RAin lic.iur. AK._____, (Prot. S. 338).

Schlussanträge:

I. Der Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich:

- Schuldigsprechung im Sinne der Anklage
- Bestrafung mit 18 Monaten Freiheitsstrafe zuzüglich eine Geldstrafe von 200 Tagessätzen zu je CHF 800.– (entsprechend CHF 160'000.–) bedingt vollziehbar bei einer Probezeit von 3 Jahren, und CHF 10'000.– Busse
- Definitive DL. _____ der aufgrund der Verfügung der BAK III vom 2. April 2003 bei der UBS Obligationenfonds Depot Nr. 2 lautend auf den Angeklagten, sichergestellten CHF 150'000.– und Verwendung derselben zur Deckung der Verfahrenskosten.

II. Des erbetenen Verteidigers des Angeklagten:

1. Der Angeklagte sei freizusprechen.
2. Auf allfällige Schadenersatzforderungen sei nicht einzutreten.
3. Die den Angeklagten betreffenden Kosten seien auf die Staatskasse zu nehmen.
4. Die Beschlagnahme von Vermögenswerten des Angeklagten sei aufzuheben.
5. Dem Angeklagten sei eine angemessene Entschädigung zuzusprechen.

III. Des Angeklagten:

Es liegen keine weiteren Anträge vor.

IV. Der Mitangeklagten:

Es liegen keine Anträge vor.

V. Der Geschädigtenvertreter:

RA AM. _____ für die Konkursmasse P. _____ betreffend die Anklagepunkte II/1.1-2 (Restrukturierung), II/6.1 (Zahlungen vor ...) und II/6.3 (Zahlung an DZ. _____) (sinngemäss)

1. Der Angeklagte sowie die Mitangeklagten V._____, G._____, L._____, AN._____, I._____, AO._____, B._____, E._____, N._____ und AP._____ seien im Sinne der Anklage schuldig zu sprechen.
2. Es sei festzustellen, dass der Angeklagte sowie die in Antrag 1 vorgenannten Mitangeklagten den Geschädigten einen zivilrechtlich relevanten Schaden in einstweilen nicht bezifferbarer Höhe zugefügt haben, für welchen sie je einzeln solidarisch haften; die entsprechenden Schadenersatzansprüche der Geschädigten seien aber, weil zur Zeit noch nicht bezifferbar, auf den Zivilweg zu verweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Angeklagten sowie der in Antrag Ziff. 1 genannten Mitangeklagten.

RA AQ. _____ für den Staat AR. _____, AS. _____, AT. _____ betreffend den Anklagepunkt II/1 (Restrukturierung) (sinngemäss)

1. Der Angeklagte sei im Sinne der Anklage schuldig zu sprechen.
2. Die Schadenersatzansprüche der Geschädigten Staat AR._____, AS._____ und der AT._____ seien auf den Zivilweg zu verweisen.

Das Gericht zieht in Betracht:

I. Einleitung

1. Die Aktenstellen in dieser Begründung werden jeweils mit KA für Komplexakten des jeweils betreffenden Komplexes (vorliegend Komplex "Umstrukturierung" bzw. Komplex "Unwahre öffentliche Verlautbarungen") und mit VA für Verfahrensakten zitiert, gefolgt von der Ordernummer und der Aktoerennummer (z.B. "KA 7 act. 200238 S. 2" bedeutet Ordner Nr. 7 der Komplexakten, act. 200238 S. 2). Aktenstücke aus den Gerichtsverfahrensakten sind mit HD und der entsprechenden Aktoerennummer bezeichnet (z.B. HD act. 42 S. 2).
2. Am 30. März 2006 reichte die Anklägerin beim Bezirksgericht Bülach im Zusammenhang mit Vorgängen rund um die R._____ vor deren Nachlassstundung Anklage gegen den Angeklagten sowie die Mitangeklagten W._____ (Prozess-Nr. DG060079), G._____ (Prozess-Nr. DG060080), L._____ (Prozess-Nr. DG060081), AN._____ (Prozess-Nr. DG060082), I._____ (Prozess-Nr. DG060084), AO._____, (Prozess-Nr. DG060085), B._____ (Prozess-Nr. DG060086), E._____ (Prozess-Nr. DG060087), N._____ (Prozess-Nr. DG060088), Al._____ (Prozess-Nr. DG060089), AF._____ (Prozess-Nr. DG060093) sowie sieben weitere Angeklagte ein. Mit Präsidialverfügung vom 5. Mai 2006 wurde die Anklage jedoch einstweilen nicht zugelassen und zur Überarbeitung an die Anklägerin zurückgewiesen. Am 12. Juli 2006 reichte die Anklägerin sodann die überarbeitete Anklage beim Bezirksgericht Bülach erneut ein, welche mit Präsidialverfügung vom 24. Juli 2006 zugelassen wurde. Die Hauptverhandlung vor dem Bezirksgericht Bülach fand aus Platzgründen vom 16. Januar 2007 bis 9. März 2007 in der Stadthalle Bülach statt.

II. Zur Sache

A. Ausgangslage

1. Zur R. _____

Die AU. _____ Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich („AU'. _____“) war eine Gesellschaft, die den ... in der Schweiz bezweckte. 1996/97 wurde das Geschäft dieser Gesellschaft in einen Konzern mit Holdingstruktur übergeführt. Das Geschäft wurde auf diverse operative Gesellschaften verteilt. Die AU. _____ Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich änderte dabei ihre Firma in R. _____. Sie fungierte fortan als herrschende Konzernobergesellschaft (KA 7 act. 200271 S. 3, in der Anklageschrift manchmal „Topholding“ genannt). Das ...-geschäft wurde unter einer Subholding, der AV. _____, betrieben, die eine 100-prozentige Tochtergesellschaft von R. _____ war. R. _____ bezweckte laut Statuten Erwerb, Verwaltung und Veräusserung von Beteiligungen, insbesondere der Beteiligung an der AV. _____.

2. Ausgewählte Begriffe

In den Erwägungen haben die nachfolgend aufgeführten Begriffe die angegebene Bedeutung.

R. _____¹ (vormals AU. _____ Aktiengesellschaft mit Sitz in **Zürich**) meint die oberste Holdinggesellschaft des Konzerns und nie den Konzern selbst. In den Beweisunterlagen ist mit R. _____ jedoch in vielen Fällen der Konzern gemeint.

R' _____ Konzern meint den Konzern an sich, also die Gesamtheit der vollkonsolidierten Gruppengesellschaften unter der R. _____. Die ab 25. April 2001 vom R' _____ Konzern dafür verwendete Bezeichnung „AU'. _____-Group“ wird nicht verwendet.

¹ Diese Gesellschaft führt in ihrer Firma (im Sinne des Namens) keinen Bestandteil "AG" oder "Aktiengesellschaft". Da es sich bei "R. _____" um eine Fantasiebezeichnung handelt, ist der Firmenbestandteil "AG" oder "Aktiengesellschaft" nicht vorgeschrieben (Art. 950 Abs. 1 OR). Analog wurde die Firma der AV. _____ gebildet. Bei der Firma anderer Subholdings wurde dagegen eine andere Schreibweise gewählt und der Bestandteil "AG" darin aufgenommen: R'. _____ Relations AG, R'. _____ Services AG, R'. _____ Logistics AG.

AU"._____ meint die im Rahmen der Umwandlung in eine Holdingstruktur neu gegründete ...-gesellschaft AU._____ Aktiengesellschaft mit Sitz in **AW**._____ (Eintrag ins Handelsregister tt. mm. 1997).

Eigenkapital meint in der Regel Aktiven minus Fremdkapital. Wenn negativ, entspricht dies der Überschuldung. Der Begriff wird auch in den Unterlagen selten als Umschreibung des Passivpostens „Eigenkapital“ gebraucht, was ebenfalls möglich wäre.

Passiven meint Fremdkapital, inklusive Rückstellungen.

3. ...-strategie und Dualstrategie

3.1. ...-strategie

Nach der Liberalisierung des europäischen ... 1987 und dem EWR-Volksentscheid 1992 kam der Verwaltungsrat der damaligen AU"._____ zum Schluss, dass die Gesellschaft wachsen musste, wollte sie den ...-betrieb langfristig profitabel gestalten. Nach dem Abbruch des Projekts AX._____ im Jahre 1995, das eine Fusion der AU"._____ mit AY._____, AZ._____ und BA._____ vorsah, beschloss der Verwaltungsrat der R._____ nach Prüfung verschiedenster strategischer Varianten anfangs 1998 die sogenannte ...-strategie. Diese Wachstumsstrategie sah vor, sich mit Kapital an europäischen ...-gesellschaften zu beteiligen. In diesem Zusammenhang erwarb der R'_____ Konzern zwischen 1998 und 2000 im Wesentlichen Beteiligungen an der BB._____ und an BC._____ (Frankreich), an BD._____ (Italien) und an der BE._____. Zudem wurde die Erhöhung der bereits seit 1995 bestehenden Beteiligung an P._____ vertraglich in die Wege geleitet. Im nämlichen Zeitraum wurden noch Beteiligungen an der BF._____ sowie an BG._____ akquiriert. Da für die Beurteilung der vorliegenden Anklage nicht relevant, werden keine Aussagen darüber zu machen versucht, ob und in welchem Umfang die genannten Beteiligungen von der ...-strategie gedeckt waren.

Hielt der Verwaltungsrat am 7. August 2000 noch an der ...-strategie fest (KA 7 act. 200247 S. 7), beschloss er am 14. Dezember 2000 eine Anpassung der Stra-

ategie (KA 8 act. 200275 S. 10). Mit der Trennung von Konzernchef Al. _____ am 20. Januar 2001 wurde die ...-strategie aufgegeben (KA 8 act. 200295 Ziff. 1 u. 2).

3.2. Dualstrategie

Neben dem eigentlichen ...-geschäft betrieb die AU'. _____ und deren Tochtergesellschaften, bzw. nachher der R' _____ Konzern über diverse Gesellschaften, Geschäfte in Bereichen, welche mit dem ...-betrieb mehr oder weniger direkt zusammenhängen. Der R' _____ Konzern bezeichnete diesen Teil des Geschäftes als Nicht-...-geschäft. Unter ...-geschäft wurde dagegen das ...-geschäft im engeren Sinne verstanden. Die Dualstrategie besagte, dass der R' _____ Konzern sowohl im ...- als auch im Nicht-...-geschäft tätig ist und bleiben wollte. Das Nicht-...-geschäft war in unterschiedlichem Masse vom ...-betrieb der ...-gesellschaften, an denen die R. _____ indirekt Beteiligungen hielt, abhängig. Andererseits konnte dank diesem Geschäftszweig meistens ein ausgeglichenes oder positives Ergebnis der Unternehmung erzielt werden. Mit der zunehmenden Verschärfung der finanziellen Situation wurden in wachsendem Ausmass Mittel aus dem Nicht-...-geschäft verwendet, um Verluste aus dem ...-geschäft und deren Auswirkungen zu kompensieren.

4. Stellung des Angeklagten

Der Angeklagte war vom 1. September 1995 bis zum 16. August 2001 bei der AU". _____ bzw. R. _____ tätig; zwischen dem 1. Januar 1996 und dem 23. Mai 2001 als Finanzchef und Mitglied der Konzernleitung (VA B-1.2 act. 52905 S. 3). Gemäss seinem Lebenslauf war er als Finanzchef u.a. für das Treasury, die Steuern sowie das Controlling und Planning verantwortlich (VA B-1.2 act. 52906 S. 5). Ferner ist seinen eigenen Angaben im Lebenslauf zu entnehmen, dass der Angeklagte diverse Mandate ausübte, u.a. war er von 1996 bis 2001 Verwaltungsratsmitglied bei der Bl. _____ Inc., BJ. _____, und von 1996 bis 2000 Verwaltungsratspräsident der AH. _____ AG, AW. _____ (VA B-1.2 act. 52906 S. 6). Als Schwerpunkte seiner beruflichen Erfahrung bezeichnet der Angeklagte u.a. die aktive Mitarbeit bei der Devestition nichtstrategischer Aktiven wie beispielsweise Bl. _____ (VA B-1.2 act. 52906 S. 3).

Den betreffenden Handelsregisterauszügen ist zu entnehmen, dass der Angeklagte sowohl für die R. _____ als auch für die AH. _____ AG kollektivzeichnungs-berechtigt zu zweit war.

B. Vorbemerkungen

1. Zeitlicher Ablauf

1.1. Anklage

Die Anklage ist in den Anklagepunkten II 1.1 bis 3 nicht chronologisch aufgebaut. Punkt 2 (AH. _____-Transaktion) umschreibt die älteste, Punkte 1.1 und 1.2 (Restrukturierung) die jüngste der angeklagten Transaktionen. Dazwischen liegt Punkt 3 (P. _____-Zahlung). Dieser Aufbau kann vorliegend verwirrend wirken, weil die sich entwickelnde finanzielle Situation der R. _____ und anderer Gesellschaften sowie der Informationsstand der Beteiligten zu bestimmten Zeitpunkten eine Rolle spielen können. Die Anklage beginnt mit Transaktionen von Ende März 2001 und verleitet daher dazu, den damaligen Wissensstand der Beteiligten bei den nachfolgend umschriebenen Transaktionen ebenfalls vorauszusetzen, was selbstverständlich nicht stimmt, weil diese früher stattfanden. Zum Teil stolpert die Anklage auch selbst über diesen Aufbau. So erwähnt sie im Anklagepunkt 3 (P. _____-Zahlung) den BK. _____ Bericht „EA. _____ II“ (VA I.A act. 1032 S. 27), dem sie selbst das Datum 2. März 2001 zuordnet (VA I.A act. 1032 S. 10). Der Anklagepunkt P. _____-Zahlung betrifft jedoch Dezember 2000 und Januar 2001.

1.2. Urteilsabwägungen

Es erscheint sinnvoll, in den Erwägungen die Anklagepunkte chronologisch zu behandeln, was die Staatsanwaltschaft in ihrem Plädoyer denn auch tat (P-STA/2).

2. Negative Abgrenzung der Anklage

2.1. ...-strategie ist nicht Gegenstand der Anklage

2.1.1. Festzuhalten ist, dass die Anklage dem Angeklagten nur Transaktionen **in und nach der Zeit der Abkehr** von der ...-strategie vorwirft. Die ...-strategie ist dagegen in keiner Weise Gegenstand der Anklage. Ob die Staatsanwaltschaft keine Hinweise auf ein strafrechtliches relevantes Verhalten im Zusammenhang mit Annahme, Umsetzung und Aufgabe der ...-strategie hatte oder aber davon ausging, dass allfällige strafbaren Handlungen ohnehin verjähren würden, kann offen bleiben. Auf Vorwürfe, welche die Staatsanwaltschaft dem Angeklagten im Zusammen mit Annahme, Umsetzung und Aufgabe der ...-strategie im Plädoyer nicht aber in der Anklage macht, ist jedenfalls nicht einzugehen. Solche Ausführungen sind einerseits zur Beurteilung des **Anklagesachverhaltes** vermutungsweise irrelevant und erfolgen andererseits ohne abschliessend durchgeführte Untersuchung. Die Staatsanwaltschaft setzt sich mit den Ausführungen zur ...-strategie vielmehr dem Verdacht reiner Stimmungsmache aus. Sie behauptet: „Die ...-strategie beziehungsweise ihre weitab von der von BK. _____ ursprünglich empfohlenen Variante liegende Umsetzung hat schliesslich zum ... geführt und nicht der 11. September 2001“ (P-STA/2 S. 4). Sie gibt damit zu Unrecht vor, die Schuldfrage in diesem zentralen Punkt unter strafrechtlichen Gesichtspunkten geklärt zu haben. Ein strafrechtlich relevantes Verhalten erblickt sie in diesem **Kernvorwurf** indessen selber gerade nicht.

2.2. Allfällige Relevanz der Konzernentwicklung

Der Zeitraum von 1996 bis zum Anklagesachverhalt kann jedoch nicht ausgeblendet werden. In dieser Zeit wurde der Konzern komplett umgebaut und dem Angeklagten werden auch konzerninterne Transaktionen vorgeworfen. Zu deren Beurteilung können die Funktionen der betreffenden Gesellschaften, ihre Verflechtungen aller Art, namentlich auch durch (haftungsbegründende) Handlungen der leitenden Gesellschaft, unter Umständen aber relevant sein.

3. Beweisaspekte (Beweislast, Beweismass, Beweiswürdigung)

3.1. Allgemeines zum Grundsatz „im Zweifel für den Angeklagten“

Strafbar ist menschliches Verhalten, wenn es tatbestandsmässig, rechtswidrig und schuldhaft ist (statt vieler: Donatsch/ Tag, Strafrecht I, 8. Aufl., Zürich 2006, § 7 Ziff. 1). Unter Tatbestand ist dabei die generell abstrakte Strafnorm zu verstehen. Um die Frage nach der Strafbarkeit letztlich beantworten zu können, sind meist sowohl Tatfragen wie auch Rechtsfragen zu beantworten. Tatfragen befassen sich mit den konkreten Umständen, also mit der Frage des relevanten Sachverhaltes. Rechtsfragen befassen sich damit, ob der erstellte Sachverhalt unter eine generell abstrakte Norm fällt (sogenannte Subsumtion). Auf Tatfragen ist der Grundsatz „in dubio pro reo“ („im Zweifel für den Angeklagten“) anwendbar, der wie nachfolgend kurz ausgeführt wird, die Aspekte Beweislast, Beweismass und Beweiswürdigung abdeckt. Auf Rechtsfragen ist der Grundsatz in dubio pro reo nicht anwendbar.

3.2. Beweislastregeln

Als Beweislastregel besagt der Grundsatz in „dubio pro reo“, dass es Sache des Staates ist, diejenigen relevanten konkreten Umstände zu beweisen, welche für den Angeklagten belastend sind. Dies gilt sowohl bei der Prüfung der Frage des Schuldspruches als auch bei der Frage der Strafzumessung (siehe dazu ZR 104, 2005, Nr. 77). Scheitert der rechtsgenügende Beweis des Staates, gelten solche Umstände als nicht vorhanden. Ist der Tatbestand erfüllt und bringt der Angeklagte Umstände vor, die eine Rechtfertigungsnorm (z.B. Notwehr) oder Schuldausschlussnorm erfüllen, trägt der Angeklagte die Beweislast. Erscheinen solche Vorbringen nicht glaubhaft, sind sie ebenfalls nicht zu berücksichtigen (zum anderen Beweismass siehe Ziff. B 3.3 Abs. 2 nachfolgend). Diese Beweislastverteilung regelt aber nur die Folgen einer allfälligen Beweislosigkeit und sagt nichts über den Abklärungsauftrag aus, den die Staatsanwaltschaft als Untersuchungsbehörde hat. Als Untersuchungsbehörde ist sie verpflichtet, den belastenden und den entlastenden Tatsachen (Umständen) mit gleicher Sorgfalt nachzugehen (§ 31 StPO). Dies unabhängig davon, ob es sich um Umstände handelt, die bei der

Frage der Tatbestandserfüllung, der Rechtfertigung oder des Verschuldens eine Rolle spielen.

3.3. Beweismassregeln

Damit eine Verurteilung erfolgen kann, ist zunächst beim Richter eine persönliche Gewissheit hinsichtlich der Tatschuld notwendig. Es reicht folglich nicht aus, wenn die vorliegenden Beweise objektiv zwar klar auf eine Schuld des Angeklagten hinweisen, den Richter aber persönlich nicht zu überzeugen vermögen. Es kann freilich nicht verlangt werden, dass die Tatschuld gleichsam mathematisch sicher und unter allen Aspekten unwiderlegbar feststeht. Eine bloss theoretische, entfernte Möglichkeit, dass der wirkliche Sachverhalt anders sein könnte, genügt nicht, um einen Freispruch zu begründen. Es muss genügen, wenn vernünftige Zweifel an der Schuld des Angeklagten ausgeschlossen werden können. **Blosse Wahrscheinlichkeit kann aber nie für einen Schuldspruch genügen** (Schmid, Strafprozessrecht, 4. Aufl., Zürich 2004, § 17 N 288). Aus dem Grundsatz „in dubio pro reo“ ergibt sich denn auch die weitere Regel, dass das Gericht sich nicht von der Existenz eines für den Angeklagten ungünstigen Sachverhalts überzeugt erklären darf, wenn bei objektiver Betrachtung erhebliche und nicht zu unterdrückende Zweifel bestehen, ob sich der Sachverhalt so verwirklicht hat (BGE 127 I 41). Dieser Aspekt von „in dubio pro reo“ wird regelmässig als Beweiswürdigungsregel bezeichnet, wobei er aber nicht die Beweiswürdigung im engeren Sinne (Verwertbarkeit und Beweiswert konkreter Beweismittel) betrifft.

Stehen dagegen Umstände in Frage, welche eine Rechtfertigungs- oder Schuld-ausschlussnorm erfüllen können, ist für den beweisbelasteten Angeklagten kein strenger Beweis verlangt. Es genügt, wenn seinen entlastenden Behauptungen eine gewisse Überzeugungskraft zukommt; sei dies in Form konkreter Indizien oder in Form einer natürlichen Vermutung, welche die Behauptung zumindest glaubhaft machen (Kass.-Nr. AC050005 vom 5. Oktober 2005, Erw. II 8 mit Verweisungen).

3.4. Beweiswürdigungsregel

Als Beweiswürdigungsregel erschöpft sich der Grundsatz „in dubio pro reo“ im Verbot der willkürlichen Beweiswürdigung (z.B. Kass.-Nr. AC050114 vom 28. August 2006, Erw. II 1.).

3.5. Abgrenzung von Tat- und Rechtsfrage

Die Abgrenzung von Tat- und Rechtsfrage ist oft schwierig, insbesondere wenn sogenannte innere Tatsachen im Bereich von Wissen und Willen in Frage stehen und der Beweis, mangels Geständnis, über äussere Umstände (Indizien) geführt werden muss.

3.6. Expertenberichte der BM._____ Consulting

3.6.1. Die Frage, was als Beweismittel überhaupt in Frage kommen kann, wurde im vorliegenden Verfahren namentlich mit Bezug auf die sogenannten Expertenberichte von Dr. BM._____ aufgeworfen. Die Verteidiger machen geltend, diese seien nicht unter Beachtung der Prozessformen erhoben worden, folglich keine Sachverständigengutachten im Sinne von § 109 ff. StPO und daher der richterlichen Beweiswürdigung unzugänglich. Die Staatsanwaltschaft räumt zwar ausdrücklich ein, dass es sich bei seinen Berichten nicht um Gutachten im strafprozessualen Sinne handle, stellt sich indessen auf den Standpunkt, dass diese Berichte gleichwohl der freien richterlichen Beweiswürdigung unterlägen. Dem ist zu widersprechen. Die freie Beweiswürdigung entbindet nicht von der Beachtung prozessualer Formen, deren Zweck es ist, die Rechte von Beschuldigten zu wahren und einer Verfälschung der Wahrheit vorzubeugen. Denn Gegenstand der freien Beweiswürdigung können grundsätzlich nur diejenigen Beweismittel sein, deren Verwertung nach den Regeln des Strafprozesses zulässig ist (BGer in 6S.59/2006, E. 2.1). Die Bestimmungen von § 111 und § 113 StPO bezwecken, die Rechte des Beschuldigten zu wahren und einer Verfälschung der Wahrheit vorzubeugen. Erstere stellt sicher, dass ein Experte unabhängig und unparteiisch ist, zweite soll bewirken, dass das Gutachten unter der schweren Strafandrohung von Art. 307 StGB nach bestem Wissen und Gewissen wahrheitsgemäss erstellt

wird. Die Staatsanwaltschaft setzte sich indessen über beide Vorschriften hinweg, indem der Experte Dr. BM. _____ während des ganzen Verfahrens als eigentlicher Berater der Anklagebehörde in Erscheinung getreten ist und bei der Beauftragung nie unter Hinweis auf die strafrechtlichen Folgen ermahnt wurde.

3.6.2. Das Gericht hat keinen Anlass, an den fachlichen Fähigkeiten von Dr. BM. _____ im Bereich der Rechnungslegung zu zweifeln. An seiner Objektivität dagegen sehr wohl. Wie die nachfolgenden Beispiele zeigen, deutet vieles darauf hin, dass er im Verlauf des Verfahrens Positionen verteidigte, die als Grundpfeiler der Anklage mit allen Mitteln einfach verteidigt werden mussten. Dies liess eine anfänglich wohl noch vorhandene Objektivität vollends in den Hintergrund treten.

3.6.3. Die von der Staatsanwaltschaft beigezogenen Berichte der BM. _____ Consulting sind daher keine verwertbaren Beweismittel, welche der freien richterlichen Beweiswürdigung unterstehen. Vielmehr handelt es sich dabei um blosser Behauptungen der Staatsanwaltschaft ohne Beweiswert.

C. Anklagepunkt II/2: AH. _____ Transaktion (ungetreue Geschäftsbesorgung)

1. Ausgangslage

1.1. AH. _____ AG

Bei der AH. _____ AG handelte es sich ursprünglich um eine 100%ige Tochter der R. _____. Sie war ihrerseits eine reine Holdinggesellschaft, deren Zweck gemäss Handelsregister im Erwerben, Verwalten und Veräussern von Beteiligungen im Bereich von Reiseinformationssystemen bestand. Das mit Abstand grösste Aktivum der AH. _____ AG war die Beteiligung an "BI. _____ Inc." mit einem Buchwert von Fr. 76'968'926 per 30. September 2000. Insgesamt betrug der buchwertige Aktiven der AH. _____ AG per 30. September 2000 Fr. 81'036'709 inklusive einem Guthaben von Fr. 2'561'044 gegenüber der R. _____ (Revisionsstellebericht über die AH. _____ AG per 30. September 2000: KA 7 act. 200273). Wegen dieser Aktivenstruktur war im Verwaltungsrat der R. _____ denn auch nie von

AH._____, sondern immer von der BI._____-Beteiligung die Rede (z. B. KA 7 act. 200238 S. 2 und 3; KA 7 act. 200247 S. 3 und 7; KA 7 act. 200270 S. 3).

Nachdem die AH._____-Beteiligung ursprünglich zum Anlagevermögen der R._____-Tochter gehörte, wurde sie gemäss Information des Angeklagten an der Sitzung des Verwaltungsrates der R._____-Tochter vom 17. August 2000 im Jahr 2000 wegen der beabsichtigten Veräusserung ins Umlaufvermögen umgebucht (KA 7 act. 200247 S. 3).

1.2. Hintergrund der AH._____-Transaktion

1.2.1. Durch die so genannte AH._____-Transaktion wurde die AH._____-AG im Dezember 2000 auf die (ebenfalls 100%ige R._____-Tochter) AV._____-Tochter übertragen und mit dieser fusioniert.

1.2.2. Zum Hintergrund dieser Transaktion führte der Mitangeklagte Al._____- (DG060089) aus, dass der Verwaltungsrat der R._____-Tochter bereits anlässlich der 1997 durchgeführten Reorganisation beschlossen habe, die BI._____-Tochter über ihre Halterin, die AH._____-AG, in die AV._____-Tochter zu integrieren. Angesichts dessen, dass die von ihr gehaltene BI._____-Tochter ein ...-Reservationssystem betrieben habe, sei unbestritten gewesen, dass die AH._____-AG in die ...-Division gehöre. Es sei für alle Beteiligten klar gewesen, dass der Erlös aus einem Verkauf der BI._____-Tochter den ..., hauptsächlich der AU"._____-Tochter, zukommen sollte, da es auch die Letztere gewesen sei, welche dieses Reservationssystem zusammen mit den anderen 10 ... aufgebaut habe. Aus steuerlichen Gründen habe man die AH._____-AG indes vorerst gleichwohl noch bei der R._____-Tochter belassen. Nachdem die steuerlichen Abklärungen abgeschlossen gewesen seien, habe die AH._____-Transaktion schliesslich per 18. Dezember 2000 im Sinne der 1997 beschlossenen Restrukturierung vollzogen werden können (KA 2 act. 200100 S. 2 f., KA 2 act. 200103 S. 5 f., Prot. S. 277). Gemäss dem Mitangeklagten Al._____- sowie dessen Verteidiger war die AH._____-Transaktion nicht als Sanierungsmassnahme gedacht, zumal eine solche mangels Vorliegen einer Überschuldung auch gar nicht notwendig gewesen sei. Zwar habe die AH._____-Transaktion eine Bilanzverbesserung mit

sich gebracht, doch sei dies bloss ein Nebeneffekt und nicht der Anlass zu dieser Transaktion gewesen (Prot. S. 281, 283; DG060089 HD act. 40 S. 18 f.).

1.2.3. Wie die Verteidigung des Mitangeklagten Al._____ in ihrem Plädoyer (DG060089 HD act. 40 S. 17 f.) richtig ausführte, wurde offenbar tatsächlich bereits mit der Reorganisation der AU"._____ im Jahre 1996 (Überführung der Stammhaus-Struktur in eine reine Holding-Struktur) beschlossen, die AH._____ AG in eine neu zu gründende BN._____ AG einzubringen (vgl. Ziff. 52 der Beilage 7 des am 18. Dezember 1996 vom Verwaltungsrat genehmigten Antrages der Konzernleitung, zitiert in DG060089 HD act. 40 S. 18 und zu finden in der Beweisakte "BO._____ A07.000VR\07.004\00065658"). Dass die Übertragung schliesslich erst in der zweiten Hälfte 2000 in Angriff genommen wurde, lässt sich sodann damit erklären, dass zu jenem Zeitpunkt offenbar der Verkauf der BI._____ möglich wurde und man deshalb die AH._____ AG als deren Halterin noch vor dem Verkauf auf die AV._____ übertragen wollte. Ein Indiz dafür liefert die bereits erwähnte Tatsache, dass die AH._____ -Beteiligung schon Mitte 2000 vom Anlagevermögen ins Umlaufvermögen umgebucht wurde (vgl. Information des Angeklagten an der Sitzung des Verwaltungsrates der R._____ vom 17. August 2000, KA 7 act. 200247).

1.2.4. Dass die AH._____ -Transaktion indessen absolut nichts mit der angeschlagenen Bilanz der AV._____ zu tun hatte, lässt sich angesichts eines am 8. September 2000 von BP._____, der Revisionsstelle der AH._____ AG, erstellten Memos (KA 7 act. 200256A) in Zweifel ziehen. So enthält dieses Memo, welches sich mit den rechtlichen Varianten für die geplante Fusion sowie der steuerlichen Beurteilung dieser Varianten befasst, unter dem Titel "Ausgangslage und Auftrag" die Bemerkung, wonach die AH._____ AG **zum Ausgleich des hälftigen Kapitalverlustes** in die AV._____ fusioniert werden soll. Da nicht davon auszugehen ist, dass BP._____ den entsprechenden Auftrag, welcher seitens der R._____ von AF._____, Chef Konzernsteuern, erfolgte (vgl. KA 7 act. 200256), in ihrem Memorandum falsch wiedergab, erscheint es offensichtlich, dass die AH._____ -Transaktion jedenfalls noch Anfang September 2000 (auch) als Massnahme zur Beseitigung des Kapitalverlustes der AV._____ per 31. Dezember 1999 (ausge-

wiesen im Revisorenbericht zur Jahresrechnung 1999, KA 6 act. 200227) gedacht war. Daran ändert auch nichts, dass der anlässlich der Sitzung des Verwaltungsrates der AV. _____ vom 10. Oktober 2000 präsentierte Halbjahresabschluss der AV. _____ per 31. August 2000 (KA 7 act. 200261) keinen Bilanzverlust mehr aufwies, dieser mithin bis zum Zeitpunkt der AH. _____-Transaktion bereits durch andere Massnahmen bereinigt worden war. So wurden nämlich die Abklärungen betreffend einer Übertragung der AH. _____ AG auf die AV. _____ offensichtlich bereits vor Ende August und damit zu einem Zeitpunkt in die Wege geleitet, in dem wohl noch nicht von einer bereinigten Bilanz der AV. _____ ausgegangen werden konnte (vgl. dazu Schreiben von BQ. _____ an AF. _____, in dem er eine telefonische Besprechung vom 29. August 2000 erwähnt, KA 7 act. 200256). Der Verteidiger des Angeklagten räumte denn in seinem Plädoyer auch selbst ein, dass mangels Überschuldung der AV. _____ zwar keine Sanierung geboten gewesen sei, dass indessen die Gesellschaft gleichwohl einer Stütze durch die Muttergesellschaft bedurft habe (HD act. 47 S. 77).

1.2.5. Was letztlich tatsächlich den Ausschlag dafür gab, dass die AH. _____ AG schliesslich im Dezember 2000 auf die AV. _____ übertragen und mit dieser fusioniert wurde, kann an dieser Stelle offen gelassen werden. Soweit diese Frage nachfolgend von Beutung ist, wird bei den entsprechenden Erwägungen darauf eingegangen.

2. Zusammenfassung Anklagevorwurf

Die Anklagebehörde wirft dem Angeklagten unter Ziff. II/2 der Anklageschrift vom 11. Juli 2006 (VA I.A act. 1032 S. 22 ff.) im Wesentlichen vor, gemeinsam mit dem Mitangeklagten Al. _____ (DG060089) die R. _____ dazu veranlasst zu haben, die von ihr zu 100% gehaltene AH. _____ AG der ebenfalls zu 100% von ihr gehaltenen AV. _____ zur Verfügung zu stellen, zwecks Realisierung einer Fusion nach Art. 748 OR zwischen der AV. _____ und der AH. _____ AG. Obschon dem Angeklagten aufgrund seiner Geschäftsleitungsfunktion im Konzern bekannt gewesen sei, dass sich die R. _____ zum Zeitpunkt der Vornahme des Geschäftes in einer lamentablen finanziellen Lage befunden habe, sei der Transfer der AH. _____ AG an die AV. _____ nach dem Willen des Angeklagten unentgeltlich

erfolgt. So habe zwar die Tatsache, dass in den Büchern der R._____ die Tochter AH._____ AG zum Buchwert von Fr. 100'000.– ausgebucht und als Gegenbuchung die Beteiligung an der AV._____ im gleichen Umfang erhöht worden sei, den Eindruck erweckt, die R._____ habe als Gegenleistung für die Übertragung der AH._____ -Beteiligung eine Wertveränderung von Fr. 100'000.– auf der Beteiligung an der AV._____ erfahren, doch sei dieser Eindruck falsch. Vielmehr habe die R._____ als Folge der AH._____ -Transaktion einerseits einen Abfluss an stillen Reserven erlitten und sei andererseits die Werthaltigkeit der von der R._____ an die AH._____ AG gewährten Darlehen gesunken, womit bei der R._____ eine Vermögensverminderung eingetreten sei.

Durch das Veranlassen der umschriebenen unentgeltlichen Weggabe der AH._____ AG an die AV._____ zwecks Fusion habe sich der Angeklagte der ungetreuen Geschäftsbesorgung im Sinne von Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 StGB schuldig gemacht.

3. Erstellung des Sachverhaltes

3.1. Tathandlung

Die Anklage umschreibt die eigentliche Tathandlung zunächst mit "Veranlassen" des unentgeltlichen "Zur-Verfügung-Stellens", bzw. der unentgeltlichen "Weggabe" der AH._____ AG von der R._____ an die AV._____, "zwecks Realisierung einer Fusion" (vgl. S. 23 der Anklageschrift).

3.1.1. Fusion

Dass der Angeklagte an der eigentlichen Fusion der AH._____ AG mit der AV._____ mitwirkte, indem er am 18. Dezember 2000 für die AH._____ AG einen Vertrag unterzeichnete, gemäss welchem die AV._____ sämtliche Aktiven und Passiven der AH._____ auf dem Weg der Universalsukzession rückwirkend per 30. September 2000 übernahm, ist unbestritten sowie angesichts des vorhandenen schriftlichen Vertrages offensichtlich (vgl. Fusionsvertrag vom 18. Dezember 2000, KA 8 act. 200277).

3.1.2. Übertragung der AH._____-Beteiligung

3.1.2.1. Weniger offensichtlich erscheint demgegenüber auf den ersten Blick die konkrete Mitwirkung des Angeklagten an der Übertragung der AH._____-Beteiligung von der R._____ auf ihre Tochter AV._____. Überhaupt bleibt zunächst der gesamte Vorgang dieser Übertragung weitestgehend unklar.

3.1.2.2. Fest steht, dass die AH._____ AG ursprünglich, ebenso wie die AV._____ AG, eine 100%ige Tochter der R._____ war (vgl. unter anderem Jahresrechnung 1999 der R._____, List of holdings per 31. Dezember 1999, KA 17 act. 000806 S. 32). Von dieser Ausgangslage geht denn auch BP._____, die damalige Revisionsstelle der AH._____ AG, sowohl in ihrem am 8. September 2000 erarbeiteten Memorandum, welches sich mit den rechtlichen und steuerlichen Aspekten einer Annexion der AH._____ AG durch die AV._____ befasst (KA 7 act. 200256A), als auch in dem am 24. November 2000 erstellten Bericht an die ausserordentliche Generalversammlung der AH._____ AG zum geprüften Zwischenabschluss per 30. September 2000 aus. Konsequenterweise wird sowohl im genannten Memorandum als auch im Bericht an die ausserordentliche Generalversammlung festgehalten, dass die Übernahme der AH._____ AG durch die AV._____ eine Annexion einer **Schwester**gesellschaft darstellen würde. Umso mehr erstaunt, dass der - ebenfalls mit Unterstützung von BP._____ verfasste (vgl. diesbezügliche Bestätigung des Mitangeklagten Al._____ anlässlich der Hauptverhandlung, Prot. S. 280) - Fusionsvertrag vom 18. Dezember 2000 plötzlich von einer Mutter-Tochter-Fusion ausgeht. So wurde der Vertrag (KA 8 act. 200277) mit dem Titel "Absorption / Mutter / Tochter-Fusion" versehen und enthält unter Ziff. 4 zudem die Feststellung, dass die AV._____ bereits sämtliche Aktien der AH._____ AG besitze. Folgerichtig ist daraus der Schluss zu ziehen, dass es vor der Fusion zu einer Übertragung der AH._____-Aktien von der R._____ auf die AV._____ gekommen sein musste, es sei denn, der Wortlaut des Fusionsvertrages wäre falsch.

3.1.2.3. Letzteres anzunehmen, scheint nicht ganz abwegig, zumal keine plausiblen Gründe für den plötzlichen Wandel - weg von der Schwesternfusion hin zur

Mutter-Tochterfusion - erkennbar sind und weiter aus den Akten auch kein Rechtsgeschäft ersichtlich ist, mit welchem die AH. _____ AG vorgängig zur Fusion bereits auf die AV. _____ übertragen worden wäre. Aus den Akten ergibt sich lediglich die buchhalterische Abwicklung dieser Übertragung, wobei auch hier auffällt, dass diese erst Ende Dezember 2000 und somit nach Unterzeichnung des Fusionsvertrages am 18. Dezember 2000 vorgenommen wurde. So geht aus dem "Asset History Sheet" der R. _____ hervor, dass am 31. Dezember 2000 vom Konto der AH. _____ AG (Beteiligungsnummer 6000520) der Betrag von Fr. 100'000.– ausgebucht wurde (KA 17 act. 000809 S. 1 = KA 17 act. 000808), welche Transaktion zudem auch im Auszug "Overview of Asset Accounting Documents" ersichtlich ist (KA 17 act. 000809 S. 2). Der Ausdruck "Display Document: Overview" aus dem Buchhaltungssystem der R. _____ (KA 17 act. 000809 S. 3) zeigt sodann nebst der Verbuchung des Abgangs der Beteiligung an der AH. _____ die gleichzeitige Beteiligungserhöhung an der AV. _____ (Beteiligungsnummer 6000514) im Umfang von Fr. 100'000.– auf.

3.1.2.4. Weder der Angeklagte, welcher sowohl in der Untersuchung als auch an der Hauptverhandlung von seinem Aussageverweigerungsrecht Gebrauch machte, noch sein Verteidiger führten etwas zum Vorgang der Übertragung der AH. _____ Aktien auf die AV. _____ aus.

3.1.2.5. Auch der Mitangeklagte AI. _____ konnte anlässlich der Hauptverhandlung nicht schlüssig erklären, ob bzw. wie vor der Fusion tatsächlich eine Übertragung der AH. _____ Aktien auf die AV. _____ stattfand. So erklärte er auf die entsprechende Frage, dass eine solche Übertragung "offenbar" stattgefunden habe, dass dies aber ein technisches Detail dieser Transaktion sei, welche von internen und externen Fachleuten aufgesetzt und geprüft worden sei (Prot. S. 281).

3.1.2.6. Nach dem Gesagten als erstellt betrachten zu wollen, dass es vor Unterzeichnung des Fusionsvertrages keine Übertragung der AH. _____ AG auf die AV. _____ gegeben habe und der Wortlaut des Fusionsvertrages somit falsch sei, ginge zu weit. Ob dem allenfalls tatsächlich so war, kann an dieser Stelle auch offen gelassen werden, da diese Frage an sich nicht Gegenstand der Anklage ist. Immerhin wird aufgrund der genannten Umstände offensichtlich, dass, falls vor

der Unterzeichnung des Fusionsvertrages noch eine Übertragung der AH._____-Beteiligung auf die AV._____ stattfand, diese so zu sagen in einem "Gesamtpaket" zusammen mit der Fusion passierte. Insofern erscheint es auch naheliegend, dass die Unterzeichnenden des Fusionsvertrages, welche in ihrer Stellung als CFO (Angeklagter) bzw. CEO (Mitangeklagter Al._____) der R._____ (beide mit Kollektivunterschrift zu zweien) zumindest faktisch die Kompetenz hatten, die aufgrund des Vertrages notwendige Übertragung einer Beteiligung selbständig zu veranlassen, dies auch taten. Angesichts dessen und da dies zudem auch seitens der Verteidigung mit keinem Wort bestritten wird (HD act. 47 S. 68-79), kann es als erstellt gelten, dass der Angeklagte nicht bloss an der eigentlichen Fusion mitwirkte, sondern die R._____ AG gleichsam veranlasste, die AH._____ AG der AV._____ zwecks Realisierung eben dieser Fusion zur Verfügung zu stellen.

3.2. Unentgeltlichkeit der Übertragung

3.2.1. Nachdem aufgrund des Gesagten feststeht, dass der Angeklagte die R._____ dazu veranlasste, ihre Beteiligung an der AH._____ AG der AV._____ zwecks Fusion zur Verfügung zu stellen, bleibt zu prüfen, ob dieses "Zur-Verfügung-Stellen" unentgeltlich erfolgte und der Anklage insofern gefolgt werden kann.

3.2.2. Will man die Unentgeltlichkeit so verstehen, wie sie landläufig definiert wird, nämlich als das Ausbleiben einer unmittelbaren geldwerten Gegenleistung, so ist sie vorliegend zweifellos zu bejahen. Es ergibt sich nämlich weder aus den Akten (vgl. Kontoauszüge der AV._____ vom 1. Januar bis 31. Dezember 2000, KA 17 act. 000812, welche im relevanten Zeitraum keine Zahlung von Fr. 100'000.– an die R._____ aufweisen), noch wird vom Angeklagten geltend gemacht, dass die AV._____ gegenüber der R._____ für die Übertragung der AH._____ AG eine solche Geldzahlung geleistet hätte. Vielmehr führte die Verteidigung anlässlich der Hauptverhandlung aus, dass deshalb nicht von einer unentgeltlichen Weggabe bzw. einem unentgeltlichen zur Verfügung Stellen die Rede sein könne, weil sowohl die AH._____ AG als auch die AV._____ AG 100%ige Tochtergesellschaften gewesen seien und deshalb die Gegenleistung für die R._____ in der ent-

sprechenden Erhöhung des Beteiligungswertes der AV. _____ gelegen habe (HD act. 47 S. 71 f.).

3.2.3. Ob eine solche Wertsteigerung der Beteiligung an der AV. _____ tatsächlich eintrat, hängt eng mit der Frage einer allfälligen Überschuldung der AV. _____ zum Zeitpunkt der AH. _____-Transaktion zusammen. Erbringt nämlich eine Konzernobergesellschaft ihrer Tochter eine Leistung, so nimmt zwar das Vermögen, aus welchem die Leistung erfolgte, ab, doch steigt damit in der Regel gleichzeitig der Wert der Beteiligung an der Tochtergesellschaft. Die Gesamtheit des Vermögens der Konzernobergesellschaft als Aktionärin der Tochtergesellschaft nimmt somit nicht ab, sondern wird lediglich zu Gunsten ihrer Beteiligung umgeschichtet. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz besteht jedoch dann, wenn die Tochtergesellschaft überschuldet ist. Diesfalls erhöht sich der Wert der von der Konzernobergesellschaft gehaltenen Beteiligung auch bei einem Vermögenszufluss nicht mehr, solange der Vermögenszufluss kleiner ist als die Überschuldung (Rubli, Sanierungsmassnahmen im Konzern aus gesellschaftsrechtlicher Sicht, Zürich 2002, S. 129 f.; Druey/Vogel, Das schweizerische Konzernrecht in der Praxis der Gerichte, Zürich 1999, S. 202 FN 84; in diesem Sinne, jedoch im Zusammenhang mit der Passivlegitimation einer Muttergesellschaft bei der Absichtspauliana, auch Vogel, Die Haftung der Muttergesellschaft als materielles, faktisches oder kundgebendes Organ der Tochtergesellschaft, Bern 1997, S. 222, FN 377).

3.2.4. Es kann somit davon ausgegangen werden, dass bei intakten Finanzen der Tochtergesellschaft eine Wertsteigerung auf der entsprechenden Beteiligung der Muttergesellschaft eintritt, während bei einer Überschuldung der Tochtergesellschaft eine solche Wertsteigerung ausbleibt. Angesichts dieses Zusammenhanges ist vorab zu klären, ob zum Zeitpunkt der AH. _____-Transaktion bei der AV. _____ eine Überschuldung vorlag.

3.3. Überschuldung der AV. _____

3.3.1. Standpunkt der Staatsanwaltschaft

3.3.1.1. Die Staatsanwaltschaft geht in ihrer Anklage vom 11. Juli 2006 davon aus, dass die AV. _____ am 31. Dezember 2000 an einem negativen Eigenkapital in der Höhe von Fr. 2'451'926'000.– gelitten habe.

3.3.1.2. Zu diesem Resultat gelangt sie mittels folgender Rechnung, welche offensichtlich dem Kurzbericht von Dr. BM. _____ vom 22. Mai 2006 zur Schadensbemessung i.S. AH. _____ AG (nachfolgend "Kurzbericht BM. _____ i.S. AH. _____", KA 17 act. 000800) entnommen wurde:

Aktiven der AV. _____ AG per 31.12.2000 nach Wertberichtigungen auf den vollkonsolidierten Beteiligungen (gemäss "Balance sheet as per 31.12.2000")	Fr.	1'033'052'722.–
- Aktiven der AH. _____ AG gemäss Fusionsbilanz	Fr.	- 81'037'000.–
- Aufwertung der Beteiligung BI. _____ Int. Inc. auf den Marktwert per 31.12.2000	Fr.	- 145'222'000.–
Aktiven der AV. _____ AG per 31.12.2000 vor Zurechnung der Aktiven der AH. _____ AG sowie der Aufwertung der Beteiligung BI. _____ Int. Inc.	Fr.	806'794'000.–
Passiven der AV. _____ gemäss "zitiertem Bilanzentwurf"	Fr.	1'155'712'000.–
+ transitorische Passiven	Fr.	64'000'000.–
+ Rückstellungen für ausländische ...-beteiligungen	Fr.	2'093'000'000.–
- Verbindlichkeiten der AH. _____ AG gegenüber Dritten	Fr.	14'279'000.–
- langfristige Verbindlichkeiten der AH. _____ AG gegenüber der R. _____ AG	Fr.	39'713'000.–
Total Passiven der AV. _____ AG per 31.12.2000	Fr.	3'258'720'000.–
"negatives Eigenkapital" der AV. _____ AG per 31.12.2000	Fr.	2'451'926'000.–

3.3.1.3. Dr. BM. _____ geht bei seiner Berechnung von den Aktiven gemäss Bilanzentwurf der AV. _____ per 31. Dezember 2000 (KA 17 act. 000811) in der Hö-

he von Fr. 1'348'052'722.– aus. Davon zieht er die mittels Nachtragsbuchungen vorgenommenen Wertberichtigungen auf den vollkonsolidierten Beteiligungen (Fr. 315'000'000.–), die Aktiven der fusionierten AH. _____ AG gemäss Fusionsbilanz (Fr. 81'037'000.–) sowie die auf den Aktien der Bl. _____ International Inc. vorgenommene Aufwertung (Fr. 145'222'000.–) ab und gelangt so zu Aktiven der AV. _____ per 31. Dezember 2000, jedoch ohne Fusion der AH. _____ AG, von Fr. 806'794'000.– (Kurzbericht BM. _____ i.S. AH. _____, KA 17 act. 000800, S. 11 f.).

3.3.1.4. Auf der Passivseite geht Dr. BM. _____ ebenfalls vom genannten Bilanzentwurf (KA 17 act. 000811) aus, worin die Passiven Fr. 1'155'712'434.– betragen. Wie sich aus obenstehender Aufstellung ergibt, zieht er davon die Verbindlichkeiten der AH. _____ AG (Fr. 14'279'000.– und Fr. 39'713'000.–) ab und addiert die nachträgliche Erhöhung der Rechnungsabgrenzungsposten (transitorische Passiven gegenüber Dritten, Fr. 64'000'000.–) sowie die nachträglich vorgenommenen Rückstellungen für ausländische ... Beteiligungen (Fr. 2'093'000'000.–). Insgesamt gelangt er so zu Passiven der AV. _____ (wiederum per 31. Dezember 2000, jedoch ohne Fusion der AH. _____ AG) von Fr. 3'258'720'000.– und damit (nach Abzug der Aktiven von Fr. 806'794'000.–) zu einer Überschuldung der AV. _____ per Ende Dezember 2000 von Fr. 2'451'926'000.– (Kurzbericht BM. _____ i.S. AH. _____, KA 17 act. 000800, S. 12 f.).

3.3.1.5. In ihrem Plädoyer vom 15. Februar 2007 wartete die Staatsanwaltschaft zum Beweis dessen, dass die AV. _____ spätestens im Dezember 2000 überschuldet gewesen sei, mit einer neuen Berechnung auf. Ausgehend vom Eigenkapital der AV. _____ gemäss Jahresrechnung 1999 von Fr. 233,46 Mio. sowie den gemäss MIS Oktober 2000 zu erwartenden Gewinnen aus AU". _____, BR. _____, BS. _____ etc. von rund Fr. 102 Mio. kommt die Staatsanwaltschaft zum Schluss, dass das Eigenkapital der AV. _____ per Ende Oktober 2000 vor Berücksichtigung der ausländischen ...-beteiligungen rund Fr. 336 Mio. betragen habe. Von diesem Eigenkapital zieht die Anklagebehörde die gemäss MIS Oktober 2000 auf die AV. _____ entfallende und in den Büchern noch nicht berücksich-

tige Verlustquote auf ausländischen Beteiligungen von Fr. 288 Mio. sowie die aufgrund diverser Verträge von der AV. _____ AG zu tragenden Verlustanteile Dritter in der Höhe von Fr. 332 Mio. und der zum Auskauf der Altgesellschafter von BF. _____ benötigte Betrag von Fr. 154 Mio. ab. Ingesamt gelangt die Staatsanwaltschaft so zum Ergebnis, dass die AV. _____ mutmasslich bereits per Oktober 2000 an einem negativen Eigenkapital von Fr. - 438 Mio gelitten habe (P-STA/2 S. 22 ff.).

3.3.2. Standpunkt der Verteidigung

3.3.2.1. Nach Ansicht der Verteidigung scheitert die Argumentation der Staatsanwaltschaft bereits am ungenügenden Anklagefundament. So basiere die Anklage auf der Behauptung, dass die AV. _____ am 31. Dezember 2000 überschuldet gewesen sei. Der Fusionsvertrag sei indessen bereits am 18. Dezember 2000 unterzeichnet worden, weshalb es an einer dem Anklageprinzip genügenden Behauptung fehlte, dass die AV. _____ bereits zum Zeitpunkt der AH. _____ - Transaktion überschuldet gewesen sei (HD act. 47 S. 73).

3.3.2.2. Im Übrigen bestreitet die Verteidigung auch, dass die AV. _____ per 31. Dezember 2000 überschuldet gewesen sei. Wie die Privatgutachter BT. _____ und BU. _____ bereits in ihrem für den Zivilprozess erstellten Gutachten vom 22. Mai 2006 nachgewiesen hätten, sei die AV. _____ AG weder am 18. noch am 31. Dezember 2000 überschuldet gewesen. Der ebenfalls zu diesem Thema erstellte Kurzbericht von Dr. BM. _____ vom 22. Mai 2006 sei zum einen prozessual nicht verwertbar und enthalte zum anderen auch Ungereimtheiten und teilweise krasse Fehlüberlegungen (HD act. 47 S. 11 ff. und S. 74 f.). Hinsichtlich dieser Ungereimtheiten und Fehlüberlegungen verweist der Verteidiger des Angeklagten auf die entsprechenden Ausführungen von Rechtsanwalt AJ. _____ (Verteidiger des Mitangeklagten AI. _____, DG060089). Dieser kritisiert in seinem Plädoyer insbesondere die Berücksichtigung der im definitiven Jahresabschluss der AV. _____ vorgenommenen Rückstellungen für ausländische ... Beteiligungen im Umfange von knapp Fr. 2.1 Mia.. So seien Rückstellungen in diesem Ausmass zum einen erst durch die nach dem 18. Dezember 2000 beschlossene Strategiemkehr notwendig geworden und demnach zum Zeitpunkt der AH. _____ -Transaktion noch

nicht voraussehbar gewesen (DG060089 HD act. 40 S. 48 f. und 52). Zum anderen sei für diese Rückstellungen die AV. _____ nur für den Betrag von Fr. 84 Mio. direkt verpflichtete Partei gewesen, womit man am 18. Dezember 2000 noch davon habe ausgehen können, dass die nötigen Rückstellungen für die ... Beteiligungen von der R. _____ getragen würden (DG060089 HD act. 40 S. 47). Im Übrigen zeige Dr. BM. _____ in seinem neuesten Bericht vom 21. November 2006 (Bericht betreffend Zuweisung der Rückstellungen in den Jahresabschlüssen 2000 der R. _____ Holding und der AV. _____, DG060097 HD act. 47) nun selbst auf, dass auf Stufe AV. _____ lediglich Rückstellungen von Fr. 354 Mio. und nicht wie ursprünglich behauptet über zwei Milliarden Franken hätten vorgenommen werden müssen (DG060089 HD act. 40 S. 53).

3.3.3. Gutachten BT. _____/BU. _____

3.3.3.1. Zum Beweis dessen, dass zum Zeitpunkt der AH. _____-Transaktion bei der AV. _____ keine Überschuldung bestanden habe, verweist die Verteidigung auf die von den Rechtsanwälten C. _____ und K. _____, Verteidiger der im Anklagekomplex II/1 (Restrukturierung) angeklagten B. _____ und L. _____, eingereichten Gutachten von BT. _____ und BU. _____ vom 16. November 2006 (Gutachten im Zusammenhang mit den Restrukturierungshandlungen im Frühjahr 2001, DG060081 HD act. 23, nachfolgend: "Restrukturierungs-Gutachten BT. _____/BU. _____") und vom 22. Mai 2006 (Gutachten zur AH. _____ Transaktion, DG060081 HD act. 24/1, nachfolgend: "AH. _____-Gutachten BT. _____/BU. _____").

3.3.3.2. Das AH. _____-Gutachten BT. _____/BU. _____ befasst sich detailliert mit der vorliegenden Frage einer allfälligen Überschuldung der AV. _____ zum Zeitpunkt der AH. _____-Transaktion. Bei ihrer Beurteilung der finanziellen Situation der AV. _____ per 18. Dezember 2000 gehen die Gutachter von der geprüften Jahresrechnung der AV. _____ per 31. Dezember 2000 aus, welche ein positives Eigenkapital von rund Fr. 293 Mio. aufzeigt. In einem ersten Schritt eliminieren sie sodann die Effekte der AH. _____-Transaktion und nehmen schliesslich in einem zweiten Schritt eine Rückrechnung der Nachtragsbuchungen vor. Aufgrund dieser Rückrechnung gelangen sie zu einem positiven Eigenkapital der AV. _____ per

18. Dezember 2000 von rund Fr. 8 Mio. (vgl. nachfolgende tabellarische Darstellung der vorgenommenen Berechnung).

Eigenkapital der AV._____ gemäss Jahresrechnung per 31. Dezember 2000	Fr.	293'079'000
<i>Eliminierung der Effekte der AH._____ -Transaktion vom 18. Dezember 2000:</i>		
Eingebrachtes Agio	Fr.	- 27'045'000
Aufwertung Bl._____ Beteiligung	Fr.	- 145'222'000
Auflösung Steuerrückstellung AH._____	Fr.	- 11'229'000
Dividende Bl._____	Fr.	- 1'118'000
Eigenkapital vor AH._____ -Transaktion	Fr.	108'465'000
<i>Eliminierung der Nachtragsbuchungen vom März 2001:</i>		
Sacheinlage R._____	Fr.	- 1'847'658'000
Aufwertung AU"._____ Beteiligung	Fr.	- 294'000'000
Forderungsverzicht R._____	Fr.	- 726'690'000
Rückstellung ... Beteiligungen	Fr.	+ 2'093'000'000
Rückstellung AV._____ Europe BV	Fr.	+ 609'000'000
Rückstellung BV._____ -Swap	Fr.	+ 64'000'000
Übrige Nachtragsbuchungen	Fr.	+ 1'610'000
Eigenkapital AV._____ per 18. Dezember 2000 ohne Nachtrags- buchungen	Fr.	7'727'000

(AH._____ -Gutachten BT._____/BU._____ S. 8 ff.)

3.3.3.3. Wie die Gutachter BT._____ und BU._____ weiter ausführen, hätten bei der AV._____ nebst den mit den Nachtragsbuchungen aufgelösten stillen Reserven von Fr. 294 Mio. auf der AU"._____ Beteiligung zusätzlich auch solche von mindestens Fr. 83 Mio. auf der BS._____ Beteiligung bestanden. Unter Berücksichtigung der vorhandenen stillen Reserven seien der AV._____ somit per 18.

Dezember 2000 rund Fr. 385 Mio. zur Verfügung gestanden (AH.____ - Gutachten BT.____/BU.____ S. 13 f.).

Eigenkapital der AV.____ per 18. Dezember 2000 ohne AH.____-Transaktion und ohne Nachtragsbuchungen	Fr.	7'727'000
<i>Stille Reserven:</i>		
AU".____ Beteiligung	Fr.	+ 294'000'000
BS.____ Beteiligung	Fr.	+ 83'000'000
Eigenkapital per 18. Dezember inkl. stille Reserven	Fr.	384'727'000

3.3.3.4. In einem weiteren Schritt untersuchen die Gutachter BT.____ und BU.____ die Nachtragsbuchungen vom März 2001 daraufhin, inwieweit diese bereits am 18. Dezember 2000 von den Organen der R.____ resp. der AV.____ in einer "hypothetischen" Zwischenbilanz der AV.____ hätten berücksichtigt werden müssen.

a) Rückstellungen ... Beteiligungen (Fr. 2'093 Mio.)

Die Gutachter analysieren vorab die vertragliche Basis der Rückstellungen und nehmen eine Einteilung der Rückstellung in folgende Gruppen vor:

- (1) Vertragliche Verpflichtung der R.____
 - als direkt verpflichtete Partei (Fr. 1'324 Mio.)
 - als Garantiegeberin (Fr. 354 Mio.)
- (2) Vertragliche Verpflichtung der AV.____ als direkt verpflichtete Partei (Fr. 84 Mio.)
- (3) Keine vertragliche Basis; Rückstellungen aufgrund von Beschlüssen und Absichten des Konzerns (Fr. 331 Mio.)

BT.____/BU.____ stellen sich auf den Standpunkt, dass es für die Rückstellungen der Kategorien (1) und (3) im Ermessen der R.____ gelegen habe zu entscheiden, in welcher juristischen Einheit die Rückstellungen gebucht würden. Eine

mehrfache Erfassung der Rückstellungen sei dabei nicht erforderlich gewesen, da die Gesellschaften über den Umfang und die Abdeckung der Rückstellungen gegenseitig informiert gewesen seien (AH.____-Gutachten BT.____/BU.____ S. 16).

Die Gutachter gehen weiter davon aus, dass erst im März 2001 beschlossen wurde, einen Grossteil der Rückstellungen auf Stufe AV.____ zu verbuchen. Damit hätten die Organe der AV.____ am 18. Dezember 2000 (Zeitpunkt der AH.____-Transaktion) noch nicht damit rechnen müssen, dass die Rückstellungen der Kategorien (1) und (3) nicht in der R.____, sondern auf Stufe AV.____ verbucht würden, zumal auch in der Vergangenheit keine Rückstellungen der AV.____ zugeteilt worden seien. Hinsichtlich der Rückstellungen der Kategorie (2) im Umfange von Fr. 84 Mio., für welche keine vertragliche Verpflichtung der R.____ bestanden habe, wäre die AV.____ sodann durchaus in der Lage gewesen, diese selbständig zu tragen, da sie ja nach den obenstehenden Berechnungen über ein Eigenkapital (inkl. stille Reserven) von rund Fr. 385 Mio. verfügt habe. Abschliessend geben BT.____/BU.____ zusätzlich zu bedenken, dass ein substantieller Teil sämtlicher Rückstellungen erst im Zeitraum Januar bis März 2001 aufgrund des beschlossenen Strategiewechsels ausgelöst worden sei (AH.____-Gutachten BT.____/BU.____ S. 16 ff.).

b) Rückstellungen AV.____ Europe BV (Fr. 609 Mio.) und BV.____ Swap (Fr. 64 Mio.)

Betreffend dieser Rückstellungen kommen die Gutachter ebenfalls zum Schluss, dass sie zum Zeitpunkt der AH.____-Transaktion noch nicht ersichtlich gewesen seien. So seien die Rückstellungen für AV.____ Europe BV auf einen Beschluss des Verwaltungsrates der R.____ vom Frühjahr 2001 zurückzuführen, während die Rückstellungen für BV.____ Swap erst aufgrund einer nach dem 31. Dezember 2000 eingetretenen Wertminderung der Aktien der BV.____ notwendig geworden seien (AH.____-Gutachten BT.____/BU.____ S. 18 f.).

- c) Aufwertung AU"._____ Beteiligung (Fr. 294 Mio.), Forderungsverzicht der R._____ (Fr. 727 Mio.), Sacheinlage (Fr. 1'848 Mio.)

Gemäss BT._____/BU._____ stellen die Aufwertung der AU"._____ Beteiligung wie auch der Forderungsverzicht der R._____ und die Sacheinlage eine Folge des Entscheides vom März 2001, die Rückstellungen mehrheitlich in der AV._____ zu verbuchen, dar. Nach Ansicht der Gutachter sind Forderungsverzicht und Sacheinlage im Gesamtzusammenhang mit allen Nachtragsbuchungen zu sehen und dürfen nicht getrennt von diesen betrachtet werden.

3.3.4. Vergleich Darstellung der Anklage vs. Darstellung der Verteidigung

Bei einem Vergleich der Darstellung der finanziellen Situation der AV._____ per 18. Dezember 2000 durch die Anklage einerseits sowie durch die Verteidigung andererseits fällt auf, dass die Differenz beim errechneten Eigenkapital im Wesentlichen aufgrund der unterschiedlichen Auffassungen hinsichtlich der Frage entstand, inwieweit die erst im Frühjahr 2001 mittels Nachtragsbuchungen vorgenommenen Rückstellungen für ausländische ... Beteiligungen (operative Beteiligungen) in der Höhe von Fr. 2'093 Mio., die Rückstellung für die AV._____ Europe B.V.² im Umfang von Fr. 609 Mio. sowie die Rückstellung "BV._____-Swap" von Fr. 64 Mio. bereits am 18. Dezember 2000 hätten berücksichtigt werden müssen. Während die Anklage sämtliche dieser Nachtragsbuchungen in ihre Berechnung mit einbezieht, stellt sich die Verteidigung (mit Verweis auf das AH._____-Gutachten BT._____/BU._____) auf den Standpunkt, dass die Notwendigkeit dieser Rückstellungen - oder zumindest eines grossen Teils davon - zum Zeitpunkt der AH._____-Transaktion noch nicht bekannt gewesen sei, weshalb sie in einer

² Wie sich aus Ziff. 33 des Anhangs zur Erfolgsrechnung der revidierten Jahresrechnung der AV._____ per 31. Dezember 2000 (KA 17 act. 000801) ergibt, wurde die entsprechende Transaktion in der Erfolgsrechnung zwar als "Wertberichtigung" bezeichnet und unter dem Posten "Neubewertung von finanziellen Beteiligungen" aufgeführt. Da die Beteiligung an der AV._____ Europe B.V. jedoch bereits vorher auf Fr. 30'657.- abgeschrieben worden war, konnte die erneute "Wertberichtigung" in der Höhe von rund Fr. 609'031'000.- nur im Umfange des noch bestehenden Buchwertes von rund Fr. 31'000.- bei den Beteiligungen abgeschrieben werden. Der restliche Betrag (entspricht der Überschuldung der AV._____ Europe B.V.) von Fr. 609 Mio. wurde unter dem Passivposten "Rückstellungen ... Participations" verbucht (vgl. Ziff. 20 des Anhangs zur Bilanz, KA 17 act. 000801).

hypothetischen Bilanz der AV. _____ per 18. Dezember 20001 noch nicht hätten berücksichtigt werden müssen.

3.3.5. Verwertbarkeit der BM. _____-Berichte

3.3.5.1. Einwände der Verteidigung zur Verwertbarkeit der BM. _____-Berichte

Die Verteidigung wendet ein, die von der Staatsanwaltschaft bei Dr. BM. _____ eingeholten Berichte seien nicht verwertbar. Nachdem Dr. BM. _____ an zahlreichen Einvernahmen teilgenommen und selbst Fragen gestellt habe sowie bei Lagebesprechungen bei der Zürcher Justizdirektion anwesend gewesen sei, gehe ihm die erforderliche Unabhängigkeit und Unbefangenheit eines Sachverständigen klarerweise ab. Ebenso wenig sei er auf die Rechtsfolgen eines wissentlich falschen Gutachtens aufmerksam gemacht worden. Überdies sei es den Parteien verwehrt gewesen, Dr. BM. _____ Ergänzungsfragen zu stellen. Die Berichte von Dr. BM. _____ seien somit nicht unter Beachtung der Prozessformen erhoben worden und folglich keine Sachverständigengutachten im Sinne von § 109 ff. StPO. Auch seien sie bei der richterlichen Beweiswürdigung unbeachtlich (HD act. 47 S. 12 f., 75).

3.3.5.2. Standpunkt der Staatsanwaltschaft

Die Staatsanwaltschaft räumt zwar ausdrücklich ein, dass Dr. BM. _____ lediglich als Hilfsperson beigezogen worden sei und es sich bei seinen Berichten nicht um amtliche Gutachten im Sinne von § 109 StPO handle. Sie stellt sich indessen auf den Standpunkt, dass diese Berichte gleichwohl der freien richterlichen Beweiswürdigung unterlägen (Prot. S. 74 f. in DG060081 = Replik des leitenden Staatsanwaltes im Verfahren gegen L. _____).

3.3.5.3. Keine freie richterliche Beweiswürdigung der BM. _____-Berichte

a) Der Verteidigung ist insofern beizupflichten, dass die Tätigkeit von Dr. BM. _____ während des Verfahrens seiner Ernennung als Sachverständiger im Sinne von §§ 109 ff. StPO entgegen stehen. So war er beispielsweise bei Einvernahmen des Angeklagten sowie des Mitangeklagten Al. _____ anwesend und

stellte auch Ergänzungsfragen (vgl. VA G-19.1 act. 087263 S. 1, VA G-2.1 act. 080420 S. 1, 9 und 11). Ausserdem nahm er an mehreren Tagen an der Hauptverhandlung teil und unterstützte die Staatsanwaltschaft bei ihren Vorträgen (vgl. z.B. Prot. S. 333 und 338). Dr. BM. _____ hat somit in einer Sache einer "Partei" Rat erteilt, was gemäss § 96 Ziff. 2 GVG ausdrücklich einen Ablehnungsgrund bildet. Er könnte somit als Richter abgelehnt werden, weshalb er gemäss § 111 StPO auch nicht als amtlicher Sachverständiger beigezogen werden kann. Da in Missachtung eines Ablehnungsgrundes von § 95 f. GVG erstellte Expertisen unverwertbar sind (vgl. Donatsch/Schmid, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, Zürich 2000, § 111 N 9; BGE 97 323), hat dies auch für die vorliegenden Berichte von Dr. BM. _____ zu gelten.

b) Den Akten kann zudem nicht entnommen werden, dass Dr. BM. _____ je unter Hinweis auf Art. 307 zur Wahrheit ermahnt wurde. Seine Berichte sind auch deshalb nicht als Gutachten im Sinne von § 109 StPO verwertbar (Donatsch/Schmid, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, Zürich 2000, § 113 N 8; Schmid, Strafprozessrecht, 4. Aufl., Zürich 2004, S. 230 f.; ZR 95 Nr. 37 S. 111; ZR 102 (2003) Nr. 47 S. 230).

c) Die in Verletzung der strafprozessualen Vorschriften unverwertbaren Gutachten können nicht dadurch, dass sie in schriftliche Berichte unbenannt werden, der freien richterlichen Beweiswürdigung zugänglich gemacht werden. Im Entscheid 6S.59/2006 hält das Bundesgericht fest, dass die freie Beweiswürdigung nicht von der Beachtung prozessualer Formen entbindet, deren Zweck es ist, die Rechte des Beschuldigten zu wahren und einer Verfälschung der Wahrheit vorzubeugen. Denn Gegenstand der freien Beweiswürdigung können grundsätzlich nur diejenigen Beweismittel sein, deren Verwertung nach den Regeln des Strafprozesses zulässig ist. Dass die Bestimmungen von § 111 und § 113 StPO bezwecken, "die Rechte des Beschuldigten zu wahren und einer Verfälschung der Wahrheit vorzubeugen" ergibt sich aus der Natur dieser Vorschriften. § 111 StPO stellt sicher, dass ein Experte unabhängig und unparteiisch ist, § 113 StPO soll bewirken, dass das Gutachten unter der schweren Strafandrohung von Art. 307 StGB nach bestem Wissen und Gewissen wahrheitsgemäss erstellt wird.

d) Die von der Staatsanwaltschaft beigezogenen Berichte von Dr. BM._____ sind daher keine verwertbaren Beweismittel, welche der freien richterlichen Beweiswürdigung unterstehen. Vielmehr handelt es sich dabei um blosser Behauptungen der Staatsanwaltschaft ohne Beweiswert (vgl. hierzu auch Ziff. II.B.3.6.).

3.3.6. Würdigung Gutachten BT._____/BU._____

3.3.6.1. Bei den vorliegenden Privatgutachten BT._____/BU._____ handelt es sich formal betrachtet nicht um Beweismittel i.S.v. §§ 109 ff. StPO (Donatsch/Schmid, StPO-Kommentar, a.a.O., § 109 N 13). Vielmehr gelten solche Privatgutachten als Bestandteil der Parteivorbringen (BGE 6P.93/2004 vom 15. Nov. 2004, BGE 127 I 73 E. 3f/bb) und unterstehen als solche der freien richterlichen Beweiswürdigung.

3.3.6.2. Die Vorgehensweise der Gutachter BT._____ und BU._____ zur Bestimmung des bei der AV._____ zum Zeitpunkt der AH._____-Transaktion vorhandenen Eigenkapitals ist nachvollziehbar. Insbesondere die Annahme, dass in einer (hypothetischen) Zwischenbilanz per 18. Dezember 2000 noch nicht sämtliche der im Frühjahr 2001 vorgenommenen Rückstellungen auf der Stufe AV._____ hätten verbucht werden müssen, erscheint durchaus plausibel. So kommt selbst Dr. BM._____ in seinem neuesten Bericht vom 21. November 2006 zum Schluss, dass aufgrund der tatsächlich eingegangenen Verpflichtungen bei der AV._____ lediglich Rückstellungen von Fr. 354 Mio. hätten gebildet werden müssen (DG060079 HD act. 47 S. 80). Ausserdem ergibt sich aus den Akten, dass sich die Finanzkommission der R._____ noch am 17. März 2001 für eine Verbuchung der Rückstellungen auf der Stufe R._____ ausgesprochen hatte (KA 9 act. 200331 S. 6), womit im Dezember 2000 noch nicht von entsprechenden Rückstellungen bei der AV._____ ausgegangen werden musste. Auch erscheint es durchaus nachvollziehbar, die Rückstellungen für AV._____ Europe B.V. in der Höhe von Fr. 609 Mio., welche offenbar erst durch eine im 1. Quartal 2001 abgeschlossene so genannte "Rangrücktrittsvereinbarung" zwischen der AV._____ und der AV._____ Europe B.V. (KA 8 act. 200289) notwendig wurden, in einer hypothetischen Zwischenbilanz per 18. Dezember 2000 noch nicht zu berücksichtigen. Es ist nicht einzusehen, weshalb bereits vor Abschluss dieses Rangrücktrittes mit

den entsprechenden Rückstellungen bei der AV._____ hätte gerechnet werden müssen, zumal auch aus dem Bilanzentwurf vom 23. Februar 2001 noch keine Forderung der AV._____ gegenüber der AV._____ B.V. in der Höhe von Fr. 609 Mio. hervorgeht (vgl. KA 8 act. 200313, Ziff. 17 des Anhangs zur Bilanz, worin lediglich eine Forderung der AV._____ gegenüber der AV._____ Europe B.V. im Umfang von Fr. 777'000.– aufgeführt ist) und die Beteiligung der AV._____ an der AV._____ B.V. bereits auf Fr. 1.– wertberichtigt worden war (KA 8 act. 200313, Liste der vollkonsolidierten Beteiligungen). Auch vermögen die Ausführungen im Restrukturierungs-Gutachten BT._____/BU._____ zu überzeugen, wonach die Rückstellungen von rund Fr. 609 Mio. für die AV._____ B.V. primär im Interesse der R._____ lagen. So ist belegt, dass R'._____ B.V. mit rund Fr. 1'200 Mio. Hauptgläubigerin der AV._____ Europe B.V. war und die R'._____ B.V. ihrerseits Anleihen ausstehend hatte, welche durch die R._____ garantiert waren (Restrukturierungs-Gutachten BT._____/BU._____ S. 29 N 132).

3.3.6.3. Ohne an dieser Stelle die Frage beantworten zu wollen, wo und wann nach den Regeln der Buchführung welche Rückstellungen letztlich tatsächlich hätten vorgenommen werden müssen, kann immerhin festgestellt werden, dass die Gutachten BT._____/BU._____ nach dem Gesagten doch erhebliche Zweifel an der Darstellung der Anklage zu erwecken vermögen.

3.3.7. Notwendigkeit eines amtlichen Gutachtens?

3.3.7.1. Bedarf es zur Feststellung oder tatsächlichen Würdigung eines Sachverhaltes besonderer Kenntnisse oder Fertigkeiten, so sind gemäss § 109 StPO Sachverständige beizuziehen. Die Pflicht zum Beizug eines Sachverständigen hängt dabei nicht davon ab, ob das mit der Sache befasste Justizorgan über besondere Sachkunde verfügt oder nicht. Massgebend ist vielmehr, ob die Feststellung und Beurteilung des rechtlich relevanten Sachverhalts besondere Kenntnisse erfordern. Ob dies der Fall ist, ist aufgrund eines objektiven Massstabes zu beurteilen, wobei dem Richter ein Ermessensspielraum zuzugestehen ist (Donatsch/Schmid, StPO-Kommentar, a.a.O., § 109 N 28 f.; BGE 122 IV 160).

3.3.7.2. Um vorliegend das Bestehen einer Überschuldung der AV._____ zum Zeitpunkt der AH._____ -Transaktion abschliessend beurteilen zu können, bedürfte es der nachträglichen Erstellung einer (hypothetischen) Zwischenbilanz der AV._____ per 18. Dezember 2000. Hierzu wären wiederum die bereits erwähnten und nicht wenig komplexen Fragen zu beantworten, in welcher Höhe bei der AV._____ per 18. Dezember 2000 bereits Rückstellungen hätten vorgenommen werden müssen sowie ob und in welchem Umfang stille Reserven vorhanden waren, welche zur Deckung dieser Rückstellungen hätten verwendet werden können.

3.3.7.3. Aus der Tatsache, dass der Gesetzgeber in Art. 725 Abs. 2 OR der Gesellschaft aufträgt, bei begründeter Besorgnis der Überschuldung eine geprüfte Zwischenbilanz zu Fortführungs- und Liquidationswerten zu erstellen und es somit nicht dem Richter anheimstellt, aus etwelchen Buchhaltungs- und anderen Unterlagen die Frage einer allfälligen Überschuldung zu klären, kann geschlossen werden, dass der Gesetzgeber dem sachunkundigen Richter diese Aufgabe eben gerade nicht überlassen will.

3.3.7.4. Zwar liegen zur Frage der Überschuldung der AV._____ die vorgenannten und soweit plausibel erscheinenden Privatgutachten vor, doch kann nicht ausser Acht gelassen werden, dass die Gutachter BT._____ und BU._____ von am Ausgang des Prozesses interessierten Personen ausgewählt und instruiert wurden und sie sodann für den Inhalt ihrer Expertisen auch nicht nach Massgabe von Art. 307 StGB strafrechtlich belangt werden können. Angesichts dessen bleiben letzte Zweifel an der Sachdarstellung der Privatgutachter bestehen, weshalb nicht ohne Weiteres darauf abzustellen ist.

3.3.7.5. Zusammenfassend würde sich nach dem Gesagten zur Klärung der Frage einer allfälligen Überschuldung der AV._____ per 18. Dezember 2000 ein amtliches Gutachten als unerlässlich erweisen. Da indessen eine strafbare Handlung des Angeklagten bereits aus anderen nachfolgend zu erläuternden Gründen nicht vorliegt, ist kann auf eine entsprechende Beweisergänzung (im Sinne von § 183 Abs. 2 StPO) gleichwohl verzichtet werden.

4. Rechtliche Würdigung

4.1. Tatbestand der Ungetreuen Geschäftsbesorgung

Gemäss Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 StGB macht sich der ungetreuen Geschäftsbesorgung 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.

Handelt der Täter zudem in der Absicht, sich oder einen anderen unrechtmässig zu bereichern, erfüllt er den qualifizierten Tatbestand von Art. 158 Ziff. 1 Abs. 3 StGB.

4.2. Sondereigenschaft des Täters als Vermögensverwalter

Der Tatbestand von Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 StGB erfordert zunächst das Bestehen einer besonderen Vermögensfürsorgepflicht des Täters. Nur derjenige, welcher gegenüber dem Berechtigten als Garant erscheint hinsichtlich des Vermögens, für das er zu sorgen hat, kann den Tatbestand von Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 StGB überhaupt erfüllen. Diese Sondereigenschaft des Täters setzt in Übernahme der auch unter dem neuen Recht weiterhin gültigen (vgl. Urbach, Die ungetreue Geschäftsbesorgung gemäss Art. 158 StGB, Diss., Zürich 2002, S. 32) bundesgerichtlichen Definition zum altrechtlichen Begriff des Geschäftsführers (Art. 159 aStGB) voraus, dass der Täter in tatsächlich oder formell selbständiger und verantwortlicher Stellung im Interesse eines anderen für einen nicht unerheblichen Vermögenskomplex zu sorgen hat (BGer, KassH, 2.3.2000, 6S.604/1999, E.2c). Erforderlich ist damit namentlich, dass der Täter fremdes Vermögen verwaltet, dass er bei seiner Tätigkeit über ein hohes Mass an Selbständigkeit verfügt, seine Pflichten gerade auf die Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen gerichtet sind und es sich dabei um Vermögensinteressen von einigem Gewicht handelt.

4.2.1. Fremdheit des Vermögens

Bei der Vermögensinhaberin handelt es sich vorliegend um die R. _____ AG. Da eine Aktiengesellschaft selbständige Vermögensträgerin ist und ihr Vermögen nicht nur nach aussen, sondern auch im Verhältnis zu den einzelnen Gesellschaftsorganen fremd ist (BGE 97 IV 10, 16; 85 IV 224, 231; 100 IV 108, 113 f.), stellte das Vermögen der R. _____ AG auch für den Angeklagten ein fremdes im Sinne von Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 StGB. dar.

4.2.2. Selbständige Vermögensfürsorge

4.2.2.1. Mit Blick auf das Erfordernis der Selbständigkeit bei der Verwaltung des fremden Vermögens kommen bei einer Aktiengesellschaft als potentielle Täter des Treuebruchtatbestandes diejenigen natürlichen Personen in Frage, welche die Gesellschaft oder einzelne Teilbereiche derselben in leitender Stellung und in Bezug auf wesentliche Bestandteile des Vermögens selbständig vertreten. Dies trifft in erster Linie auf das geschäftsführende Organ zu (BGE 100 IV 108, 113; 100 IV 167; Donatsch, ZStrR 120, 2002, S. 4). Nicht als Geschäftsführer gemäss Art. 158 StGB gilt dagegen in der Regel, wer der ständigen Kontrolle und Überwachung eines Vorgesetzten unterliegt, wobei die blosser Pflicht zur Beachtung genereller Weisungen nichts an der Selbständigkeit ändert. Aufgrund unzureichender Selbständigkeit keine Geschäftsführereigenschaft liegt somit nur dann vor, wenn der Betreffende der ständigen Kontrolle durch eine mit der selbständigen Vermögensverwaltung betraute Person unterliegt und durch Weisungen derart eingeschränkt ist, dass ihm lediglich ein sehr begrenzter Handlungsspielraum bei der Verwaltung verbleibt. Ebenso wenig als Geschäftsführer gilt nach höchstrichterlicher Rechtsprechung, wer in untergeordneter Stellung bei der Betreuung von Vermögensinteressen mitwirkt oder lediglich als Berater für die Verwaltung beigezogen wird (Urteil des Kassationshofs vom 8.1.2003, 6S.711/2000; BGE 105 IV 30 E. 2a; Donatsch, ZStrR 120, 2002, S. 3 f.; ders., ZStrR 114, 1996, S. 205 f.; Urbach, a.a.O., S. 34). Anhaltspunkte für eine hinreichende Selbständigkeit können sein: Unterschriftsberechtigung mit Bezug auf das zu verwaltende Vermögen, Verfügungsberechtigung über Guthaben, Entscheidungsfreiheit in eigenverant-

wortlicher Weise über Personal und Sachmittel zu verfügen oder dem Ausmass an Freiheit bei der Organisation der eigenen Tätigkeit (Urteil des Kassationshofs vom 8.1.2003, 6S.711/2000; Donatsch, ZStrR 120, 2002, S. 3).

4.2.2.2. Die Geschäftsführung obliegt nach der rechtlichen Grundordnung von Art. 716 Abs. 2 OR dem Verwaltungsrat. Dieser vertritt gemäss Art. 718 Abs. 1 OR denn auch die Gesellschaft nach aussen. Mit Ausnahme der unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben (Art. 716a OR) kann der Verwaltungsrat indessen sowohl die Geschäftsführung als auch die Vertretung der Gesellschaft einem oder mehreren Mitgliedern oder Dritten übertragen (Art. 716 Abs. 2 und Art. 718 Abs. 2 OR).

4.2.2.3. Mit Arbeitsvertrag vom 15. Dezember 1995 bzw. 31. Januar 1996 (KA 6 act. 200207) wurde der Angeklagte noch von der damaligen AU._____ AG in seiner Funktion als Mitglied der Konzernleitung angestellt. Angesichts dessen, dass die Konzernleitung ebenfalls zur Geschäftsführung der Holding gehört, wurde dem Angeklagten damit zweifellos mindestens ein Teil der Geschäftsführung der R._____ übertragen. Zu beantworten bleibt indessen die Frage, ob er dabei mit zureichender Selbständigkeit über das Vermögen der R._____ verfügen konnte, um als Geschäftsführer im Sinne von Art. 158 StGB zu gelten.

4.2.2.4. Gemäss dem genannten Arbeitsvertrag richteten sich der Leistungsauftrag und die Kompetenzen des zum Mitglied der Konzernleitung ernannten Angeklagten nach dem Organization Manual (ORM) der Konzernleitung sowie dem Organisationsreglement und der Finanzkommission der damaligen "AU._____" (AU._____ AG). Das Organisationsreglement vom 22. November 2000 (wie auch schon jenes vom 6. Mai 1999) wies in Art. 24 dem Angeklagten in seiner Funktion als Mitglied der Konzernleitung zusammen mit den anderen Konzernleitungsmitgliedern die Gesamtleitung des Unternehmens zu (KA 6 act. 200214 S. 11; KA 7 act. 200271 S. 12). Nach Art. 31 Ziff. 1 des Organisationsreglementes war der Angeklagte als Konzernleiter Finanzen konzernweit u.a. für den Erlass von Richtlinien bezüglich Rechnungswesen, Budgetierung, Controlling, Berichterstattung, Finanzierung und Treasuring zentral zuständig (KA 6 act. 200214 S. 14; KA 7 act. 200271 S. 15). Die Finanzkompetenz als solche lag dagegen gemäss Art. 13 Ziff.

2 und Art. 28 Ziff. 2 des Organisationsreglementes beim Konzernleitungspräsidenten bzw. (für Investitionen von über 30 Millionen Franken) beim Verwaltungsrat (KA 7 act. 200271, S. 7 und 14). Dem Angeklagten als Konzernleiter Finanzen stand demnach formell keine Kompetenz zu, über das Vermögen der R._____ zu verfügen. Dies schliesst indessen seine Qualifikation als Geschäftsführer im Sinne von Art. 158 StGB nicht aus. So ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung für die Qualifikation als Geschäftsführer nicht die Umschreibung des Aufgabenbereichs im Anstellungsvertrag oder Stellenbeschrieb entscheidend, sondern die ihm faktisch zukommende Entscheidungskompetenz (Urteil des Kassationshofs vom 8.1.2003, 6S.711/2000). Als Geschäftsführer im Sinne von Art. 159 StGB gilt sodann nicht nur, wer für einen andern Rechtsgeschäfte nach aussen abzuschliessen hat, sondern auch, wer im Innenverhältnis in leitender Stellung für fremde Vermögensinteressen zu sorgen hat (BGE 97 IV 13; BGE 100 IV 167 S. 172 f.).

4.2.2.5. Als Finanzchef hatte der Angeklagte zweifellos eine leitende Stellung inne. Er informierte den Verwaltungsrat sowie die Finanzkommission in ihren Sitzungen nicht nur regelmässig über die finanzielle Situation der R._____, sondern präsentierte unter anderem auch Devestitions- bzw. Sanierungsvorschläge und stellte entsprechende Anträge (vgl. z.B. KA 6 act. 200215 Ziff. 2; KA 7 act. 200236; KA 9 200342 Ziff. 4.2 und 4.3). Zwar mussten diese vom Verwaltungsrat noch abgesegnet werden; aufgrund der Tatsache, dass der Angeklagte als Mitglied der Konzernleitung über die notwendigen Sachkenntnisse sowie über einen Wissensvorsprung gegenüber dem Verwaltungsrat verfügte, dürfte es sich bei der Zustimmung des Verwaltungsrates indessen oftmals nicht um mehr denn um eine Formalität gehandelt haben, so dass dem Angeklagten faktisch eine hohe Eigenständigkeit zukam.

4.2.2.6. Die weitgehende Verfügungsmacht des Anklagten in seiner Stellung als Konzernleitungsmitglied offenbart sich auch im Zusammenhang mit der AH._____-Transaktion. Wie die Verteidigung des Mitangeklagten Al._____ in ihrem Plädoyer richtig ausführt, genehmigte der Verwaltungsrat am 18. Dezember 1996 die Gründung der Subholding "BW._____", in welche unter anderem auch

die AH._____ AG eingebracht werden sollte (vgl. Protokoll der Sitzung des Verwaltungsrates vom 18. Dezember 1996, S. 4, zu finden in der elektronischen Beweisakte "Z- Nicht zugeordnet\40358\00585699" sowie Ziff. 52 der Beilage 7 des am 18. Dezember 1996 vom Verwaltungsrat genehmigten Antrages der Konzernleitung, zitiert in HD act. 40 S. 18 und zu finden in der Beweisakte "BO._____ A07.000VR\07.004\00065658"). Dem Protokoll der Verwaltungsratssitzung vom 18. Dezember 1996 kann entnommen werden, dass der Mitangeklagte Al._____ damals die Vorteile der im Rahmen der zweiten Verselbständigungsphase beantragten Holding-Struktur erläuterte, woraufhin der Verwaltungsrat den entsprechenden Antrag der Konzernleitung einstimmig genehmigte. Einwendungen oder Bedenken gab es offenbar lediglich in Bezug auf die neue Namensgebung sowie im Zusammenhang mit der geplanten Eliminierung der Aktonärs-...bons. Die eigentliche Neustrukturierung wurde indes - jedenfalls soweit aus dem Protokoll ersichtlich - kaum kritisch hinterfragt. Wie sich zeigte, wurde die AH._____ AG anschliessend entgegen des vom Verwaltungsrat genehmigten Antrages vorerst gleichwohl bei der Holdinggesellschaft R._____ belassen, was vom Verwaltungsrat offenbar nie moniert wurde. Die Konzernleitung erachtete es später denn auch nicht als notwendig, den Verwaltungsrat nochmals über das Vorhaben, Bl._____ via AH._____ in die AV._____ zu fusionieren, zu unterrichten, obwohl seit dem genannten Entscheid des Verwaltungsrates immerhin bereits rund vier Jahre vergangen waren. Nach Ansicht des Mitangeklagten Al._____ sei die Konzernleitung hierzu auch nicht verpflichtet gewesen, da der Verwaltungsrat der R._____ diese Transaktion sinngemäss bereits im Rahmen des 1997 verabschiedeten Restrukturierungs- und Reorganisationspaketes genehmigt habe (KA 2 act. 200101, S. 12 f.). Ob die schliesslich vorgenommene Transaktion tatsächlich von der damaligen Zustimmung des Verwaltungsrates gedeckt war, kann an dieser Stelle offen bleiben, zumal die Anklage keinen auf die allenfalls fehlende Zustimmung des Verwaltungsrates abzielenden Vorwurf enthält. Relevant ist vorliegend, dass der Entscheid, wann und unter welchen Umständen der Transfer der AH._____ AG geschehen soll, offenbar der Konzernleitung überlassen wurde und diese die "AH._____ -Transaktion" schliesslich faktisch selbständig und ohne Mitwirkung des Verwaltungsrates veranlassen konnte.

4.2.2.7. Angesichts dessen bestehen keine Zweifel, dass der Angeklagte bei seiner Tätigkeit als CFO der R._____ und Mitglied der Konzernleitung über ein hohes Mass an Selbständigkeit in der Verwaltung des Vermögens der R._____ verfügte.

4.2.2.8. Daran, dass die Sondereigenschaft des Angeklagten als Geschäftsführer im Sinne von Art. 158 StGB zu bejahen ist, ändert schliesslich auch die Tatsache nichts, dass er lediglich mit Kollektivunterschrift zu zweien zeichnungsberechtigt war. Zwar wird die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach der Umstand der Kollektivzeichnungsberechtigung eines Organs einer Gesellschaft für sich allein bereits dem Kriterium der Selbständigkeit genügen soll (BGE 105 IV 311; 105 IV 106 = Pra 68 (1979) Nr. 195, 490), in der Literatur mit dem berechtigten Hinweis kritisiert, dass dem bloss kollektivzeichnungsberechtigten Mitglied der Geschäftsführung die notwendige Selbständigkeit fehle, da ihm das diese Stellung kennzeichnende Vertrauen eben gerade nicht entgegengebracht werde (Donatsch, ZStrR 120, 2002, S. 5; zustimmend auch Urbach, a.a.O., S. 35). Doch erübrigt es sich vorliegend, weiter auf diese Frage einzugehen. So gilt nämlich gemäss der weiteren und anerkannten Auffassung des Bundesgerichtes nicht nur als Geschäftsführer, wer für einen anderen Rechtsgeschäfte nach aussen abzuschliessen hat, sondern auch, wer im Innenverhältnis in leitender Stellung für fremde Vermögensinteressen zu sorgen hat (BGE 100 IV 172; 97 IV 13). Kann demnach die betreffende Person innerhalb der Gesellschaft weitgehend frei über deren Vermögen verfügen, so ist die Unterschriftsberechtigung nicht zwingende Voraussetzung der Geschäftsführereigenschaft, sondern stellt lediglich ein weiteres Indiz für das Vorliegen einer solchen dar. Da dem Angeklagten aufgrund seiner Stellung als Finanzchef und Konzernleitungsmitglied grosse Eigenständigkeit bei der Vermögensverwaltung zukam, gilt er auch ohne Einzelzeichnungsberechtigung als Geschäftsführer im Sinne von Art. 158 Ziff. 1 StGB.

4.2.3. Auf Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen gerichtete Pflicht

Dass dem Angeklagten in seiner Position als CFO und Arbeitnehmer der R. _____ die Pflicht oblag, die Vermögensinteressen der R. _____ zu wahren, ergibt sich bereits aus den gesetzlichen Bestimmungen von Art. 717 Abs. 1 OR sowie Art. 321a Abs. 1 OR. So verpflichtet die arbeitsrechtliche Bestimmung von Art. 321a Abs. 1 OR den Arbeitnehmer dazu, die ihm übertragene Arbeit sorgfältig auszuführen (Sorgfaltspflicht) sowie die berechtigten Interessen des Arbeitgebers in guten Treuen zu wahren (Treuepflicht). Diese Treuepflicht des Arbeitnehmers verpflichtet diesen unter anderem dazu, alles zu unterlassen, was den Arbeitgeber wirtschaftlich schädigen kann. Auch nach der gesellschaftsrechtlichen Bestimmung von Art. 717 Abs. 1 OR haben die mit der Geschäftsführung der AG befassten Personen ihre Aufgaben mit aller Sorgfalt zu erfüllen und die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen zu wahren.

4.2.4. Vermögensinteressen von einigem Gewicht

Dass vorliegend die geforderte Erheblichkeit des vom Angeklagten verwalteten Vermögens gegeben ist, erscheint angesichts der in Frage stehenden Millionenbeträge offensichtlich und bedarf keiner weiteren Erläuterung.

4.2.5. Ergebnis

Zusammenfassend ist die von Art. 158 StGB geforderte besondere Vermögensfürsorgepflicht des Angeklagten gegenüber der R. _____ zu bejahen.

4.3. Pflichtverletzung

4.3.1. Keine Konkretisierung von Pflicht und Pflichtverletzung im Tatbestand

4.3.1.1. Die Tathandlung von Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 StGB besteht in der Verletzung einer dem Täter in seiner Funktion als Geschäftsführer auferlegten besonderen Pflicht. Art. 158 StGB schützt damit unspezifisch unterschiedliche Arten, für Vermögen Sorge tragen zu müssen, ohne die Tathandlung näher zu umschreiben

(Niggli, in: Basler Kommentar Strafgesetzbuch II (zit. BSK StGB II), Basel 2003, N 17 zu Art. 158 StGB).

4.3.1.2. Die im Sinne von Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 StGB massgeblichen Pflichten sowie deren Schutzzweck können sich aus ausserstrafrechtlichen gesetzlichen Bestimmungen, aber auch aus Vertrag, Statuten (BGE 97 IV 10, 15), Reglementen, Generalversammlungsbeschlüssen (Donatsch, ZStrR 114, 1996, S. 212) und dem Gesellschaftszweck (BGE 109 IV 111 f, 103 IV 227, 238; 80 IV 243, 248) ergeben. Der genaue Inhalt der jeweiligen Pflicht ist jedoch letztlich nicht generell-abstrakt, sondern für den Einzelfall unter Berücksichtigung der konkreten Umstände festzulegen (Donatsch, ZStrR 120, 2002, S. 8).

4.3.2. Gesellschaftsrechtliche Vorgaben

4.3.2.1. Eine allgemeine Umschreibung der dem Geschäftsführer einer Aktiengesellschaft obliegenden Pflicht findet sich zunächst in Art. 717 OR, wonach die mit der Geschäftsführung befassten Personen die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen zu wahren haben. Das Interesse einer Gesellschaft ergibt sich aus ihrem Zweck, welcher in den Statuten umschrieben ist. Der Endzweck liegt bei Aktiengesellschaften jedoch vermutungsweise, d.h. ohne anderweitige Bestimmung in den Statuten, immer in der Verfolgung eines wirtschaftlichen Ziels (vgl. Art. 620 Abs. 3 OR) und wird ebenfalls durch die in Art. 660 Abs. 1 OR verankerte Gewinnstrebigkeit bestimmt, wonach jeder Aktionär Anspruch auf einen verhältnismässigen Anteil am Bilanzgewinn hat (Rubli, a.a.O., S. 229).

4.3.2.2. Der Geschäftsführer einer gewinnstrebigen Aktiengesellschaft, wie es die R. _____ AG zweifellos war, muss sich demnach bemühen, den Wert der Gesellschaft nachhaltig zu maximieren. Das Prinzip der Gewinnstrebigkeit verbietet ihm, die Gesellschaft zu einer Leistung zu verpflichten, welcher keine adäquate Gegenleistung gegenüber steht (vgl. Rubli, a.a.O., S. 241 f., i.d.S. auch ZR 98, 1999, N 52, S. 249; BGE 97 IV 15; ZR 1960, N 130, S. 333; ZK-Homburger, N 817 zu Art. 717 OR; BSK OR II-Watter, N 11 zu Art. 717 OR; ders., Gewinnverschiebungen bei Aktiengesellschaften im schweizerischen Handelsrecht, AJP 1996, 135 ff.). Unerlaubt sind somit Geschäfte ohne eine mindestens in der Grössenor-

dung angemessene und in der Zeit ihrer Vornahme als vertretbar nachvollziehbare Gegenleistung (Böckli, Schweizer Aktienrecht, 3. Aufl., Zürich 2004, § 13 N 569). Ein solches Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung liegt vor, wenn die Nachteile des betreffenden Geschäfts dessen Vorteile für die Gesellschaft überwiegen. Massgebend für die Beurteilung des Missverhältnisses ist dabei nicht nur der objektive Wert der Leistung bzw. Gegenleistung im engeren Sinne, sondern auch alle mittelbaren Vor- und Nachteile des betreffenden Geschäfts für die Gesellschaft. Damit ist für die Beurteilung des Missverhältnisses nicht ein eng verstandenes Äquivalenzprinzip, sondern vielmehr ein weit verstandenes Äquivalenzprinzip im Sinne des Adäquanzprinzips heranzuziehen, womit sich letztlich die Frage stellt, ob das betreffende Geschäft in Berücksichtigung aller konkreten Umstände geschäftsmässig begründet, das heisst adäquat ist oder nicht. Beurteilungszeitpunkt ist dabei der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses (BGE 123 III 303).

4.3.2.3. Die mit dem Prinzip der Gewinnstrebigkeit der AG verbundene Wertmaximierungspflicht bedeutet zudem nicht, dass sich der Geschäftsführer auf kurzfristige Erfolge konzentrieren muss (BSK OR II-Watter, N 37 f. zu Art. 717 OR). Vielmehr ist auch jede Tätigkeit, die aufgrund künftiger Gewinnerwartungen (bzw. künftig erwarteter Gegenleistungen) vorgenommen wird, mit dem Prinzip der Gewinnstrebigkeit vereinbar (Rubli, a.a.O., S. 229 und S. 241 f.).

4.3.2.4. Entscheidungen im Rahmen der Unternehmensführung wirken sich höchstens zufällig unmittelbar positiv auf die Rechnung des Unternehmens aus, denn letztlich sollen sie ja das nachhaltige Produktionspotenzial verbessern. Auch bei interessewahrenden Entscheidungen ist ohne weiteres möglich, dass die unmittelbare Auswirkung auf die Rechnung negativ ist. So tragen beispielsweise Forschungs- und Entwicklungsausgaben mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit zur Sicherung der Ertragskraft eines Unternehmens bei, obwohl sie weder aktivierbar sind, noch unmittelbar Erlöse generieren, mithin das Jahresergebnis verschlechtern. Unter Umständen stellen sie aber auch Fehl-"Investitionen" dar, welche ein Unternehmen in den Ruin treiben können. Entlassung von teuren Wissensträgern und Ersetzung durch billigere unbedarfte Arbeitnehmer führt unmittelbar zu Kostensenkungen schafft aber unter Umständen Risiken, welche den Nutzen mehr

als nur neutralisieren. Hohe Werbe- oder Kommunikationsausgaben können sich lohnen, vielleicht sind sie aber auch sinnlos und damit gewinnmindernd bzw. verlustfördernd etc.. Für die Frage, ob ein unternehmerischer Entscheid interessewährend ist, ist die unmittelbare Auswirkung auf die Rechnung des Unternehmens somit nicht entscheidend. Kosten, Nutzen, Chancen und Risiken eines Entscheides sind vielmehr im relevanten Gesamtzusammenhang zu beurteilen. Zu beachten ist auch die Selbstverständlichkeit, dass der "Nutzen" einer Ausgabe auch darin bestehen kann, einen sich abzeichnenden Schaden für das Unternehmen abzuwenden oder zu minimieren.

4.3.3. Interessenwahrung im Konzern

Zwar hält das Bundesgericht nach wie vor am Trennungsprinzip, wonach die einzelnen Konzerngesellschaften als rechtlich selbständig zu betrachten sind, fest und lehnt folglich eine "konzernweite" Treuepflicht ab. Demnach haben die Organe der einzelnen Konzerngesellschaften ihre Handlungen am Interesse der eigenen Gesellschaft und nicht am Konzerninteresse zu orientieren, falls diese beiden Interessen gegenläufig sind (BGE 130 III 219). Aufgrund konzerninterner Verflechtungen können jedoch auch Leistungen zugunsten einer anderen Konzerngesellschaft, welche bei der leistenden Gesellschaft kurzfristig zu einer Vermögensverminderung führen und damit auf den ersten Blick scheinbar ihrem Interesse widersprechen, in Wahrheit sehr wohl in deren Interesse liegen. Zu denken ist beispielsweise an jenen Fall, wo das eigentliche operative und unter Umständen kapitalintensive jedoch besonders prestigeträchtige Geschäft durch die eine Konzerngesellschaft geführt wird, Kapital jedoch vorwiegend durch andere Konzerngesellschaften generiert wird. Auch in ZR 98, 1999, S. 242, 249 wurde (mit Hinweis auf Druey, Aufgaben eines Konzernrechts, ZSR 1980 II, S. 313) festgestellt, dass nicht jedes Rechtsgeschäft, welches von einer Konzerngesellschaft abgeschlossen wird, ohne dass ihr daraus offensichtliche Vorteile erwachsen, gegen das Gesellschaftsinteresse verstosse. Im Rahmen der verschiedenen Rechtsbeziehungen innerhalb des Konzerns könne sich nämlich herausstellen, dass ein Geschäft isoliert betrachtet für eine Konzerngesellschaft zwar nachteilig erscheinen, die mit der Konzernzugehörigkeit verbundenen Vorteile aber so gross seien,

dass die Nachteile des konkreten Geschäftes im Interesse des Weiterbestandes des Konzerns gleichwohl gerechtfertigt erschienen. Dem ist zuzustimmen. Insofern muss zur Beurteilung der Pflichten eines Geschäftsführers einer Konzerngesellschaft gleichsam auch eine Gesamtkonzernbetrachtung zulässig sein.

4.3.4. Exkurs: Sanierungsleistungen im Konzern

4.3.4.1. Naturgemäss bleibt bei Sanierungsleistungen innerhalb eines Konzerns eine unmittelbare geldwerte Gegenleistung aus. Gleichwohl sind solche Sanierungsleistungen als zulässig zu erachten, wenn sie nicht etwa in Schenkungsabsicht, sondern zur Erhaltung eines Unternehmens und im Hinblick auf einen damit verbundenen zukünftigen Gewinn erfolgen und zu erwarten ist, dass die Leistung mindestens längerfristig durch eine - wenn auch bloss mittelbare - Gegenleistung abgegolten wird (Rubli, a.a.O., S. 241 f.). Insbesondere die Konzernobergesellschaft hat nur schon aufgrund ihrer Kapitalbeteiligung ein langfristiges Interesse primär an der Sicherung der Existenz ihrer Konzernuntergesellschaften und sekundär an der Sicherung und Steigerung derer Rentabilität. Denn ihre eigene Existenz und Rentabilität ist unter Umständen entscheidend von derselben ihrer Tochtergesellschaften abhängig. Dient eine konzernabwärts gerichtete Sanierungsleistung zur Erhaltung der Existenz einer sanierungsbedürftigen Tochtergesellschaft, so kann dies aufgrund zukünftiger Gewinnausschüttungen auch die Sicherung bzw. Verbesserung der Gewinnerzielung oder die Sicherung der Existenz der sanierenden Muttergesellschaft zur Folge haben. Die Sanierungsleistung ist insofern als eine Investition im Rahmen einer Beteiligungsfirma zu verstehen, welche bei erfolgreichem Ausgang der Sanierung mittel- bis langfristig zu einem finanziellen Vorteil führt (Rubli, a.a.O., S. 244; Druey/Vogel, Das schweizerische Konzernrecht in der Praxis der Gerichte, Zürich 1999, S. 106 und 202). Im Zusammenhang mit der Frage nach der Zulässigkeit von Sanierungsleistungen sind schliesslich auch die mit dem Ausbleiben solcher Leistungen verbundenen Folgen zu beachten. So kann der Niedergang einer Konzerngesellschaft wegen der bestehenden Verflechtung innerhalb des Konzerns einen Dominoeffekt auslösen und damit einen negativen Einfluss auf die finanzielle Situation des gesamten Konzerns haben oder gar den Zusammenbruch weiterer Konzerneinheiten nach

sich ziehen (Rubli, a.a.O., S. 243 mit Verweis auf Forstmoser, Haftung im Konzern, in: Vom Gesellschafts- zum Konzernrecht, Hrsg. Charlotte M. Baer, Bern 2000, in: St. Galler Studien zum Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht, Bern/Stuttgart/Wien, Bd. 59, S. 103; ZR 98, 1999, S. 242, 249; Druey/Vogel, a.a.O., S. 112, 412).

4.3.4.2. Zusammenfassend widersprechen Sanierungsleistungen einer Konzernobergesellschaft an ihre Töchter nicht zum Vornherein ihrem Gesellschaftsinteresse, obwohl auf solche Leistungen naturgemäss nie eine unmittelbare Gegenleistung folgt. Vielmehr ist eine derartige Transaktion immer dann als mit dem Gesellschaftsinteresse vereinbar und somit zulässig zu qualifizieren, wenn aufgrund der Konzernverflechtung zum Zeitpunkt der Erbringung der Leistung der Eintritt eines (zukünftigen) mittelbaren Vorteils in Aussicht steht oder sich zumindest als möglich erweist. Kann nach ordentlicher und gewissenhafter Abwägung von Chancen und Risiken nicht ernsthaft mit der Verwirklichung eines adäquaten Vorteils gerechnet werden, ist die Sanierungsleistung mit dem Interesse der leistenden Gesellschaft nicht vereinbar und stellt damit eine Pflichtverletzung des die Sanierungsleistung veranlassenden Geschäftsführers dar.

4.3.5. Anwendung auf den konkreten Fall

4.3.5.1. Wie bereits erwähnt, sieht die Anklage die pflichtverletzende Handlung des Angeklagten in einem Veranlassen der unentgeltlichen Übertragung der AH._____ AG auf die AV._____ zum Zwecke der Fusion. Sie geht davon aus, dass die R._____ als Folge des unentgeltlichen Transfers der AH._____ AG einen Abfluss von stillen Reserven erlitten habe und sich durch die Fusion die Werthaltigkeit der von der R._____ an die AV._____ sowie an die AH._____ AG gewährten Darlehen verändert habe. Die Anklage wirft dem Angeklagten vor, durch diese Handlung gegen die ihm obliegende Pflicht, das Vermögen der R._____ sorgfältig und werterhaltend zu verwalten, verstossen zu haben.

4.3.5.2. Wie vorangehend ausgeführt, kann eine solche Pflicht zur werterhaltenden oder gar gewinnbringenden Vermögensverwaltung aus der gesellschaftsrechtlichen Bestimmung von Art. 717 OR hergeleitet werden. Als Grundsatz gilt

dabei, dass es dem Geschäftsführer einer Aktiengesellschaft nicht erlaubt ist, Leistungen zu Lasten der Gesellschaft vorzunehmen, sofern damit keine zu erwartenden adäquaten Vorteile verbunden sind. In der Folge ist daher zu prüfen, ob die vorliegend zu beurteilende AH.____-Transaktion eine solche gegenleistungs- bzw. vorteilslose Transaktion darstellte.

4.3.5.3. Annahme: AV.____ war überschuldet

a) Folgt man der Anklage und geht davon aus, dass die AV.____ am 18. Dezember 2000 überschuldet war, so ist Folgendes festzustellen:

Wie unter Ziff. 3.2.3. ausgeführt, erfährt der Grundsatz, wonach, bei einer Leistung der Konzernobergesellschaft an ihre nicht überschuldete 100%ige Tochter der Wert der Beteiligung an der Tochtergesellschaft im entsprechenden Umfang steigt, eine Ausnahme, wenn die Tochtergesellschaft überschuldet ist. Der Leistung der Muttergesellschaft steht in diesem Falle kurzfristig gesehen kein adäquater Gegenwert gegenüber. Wie indes ebenfalls bereits festgestellt wurde (vgl. Ziff. 4.3.2.2. ff.), ist bei der Beurteilung, ob eine bestimmte Transaktion gegen die Vermögensinteressen einer Gesellschaft verstösst, nicht (einzig) darauf abzustellen, ob bei dieser vorübergehend eine Vermögensminderung eintrat. Die unmittelbare Auswirkung auf die Rechnung des Unternehmens ist nicht entscheidend. Vielmehr kann auch eine Tätigkeit, die aufgrund eines künftig zu erwartenden Gegenwertes, vorgenommen wird, interessewährend sein. Ein solcher Gegenwert kann wie erwähnt auch darin bestehen, einen sich abzeichnenden Schaden für das Unternehmen abzuwenden oder zu minimieren.

b) Die Anklage geht bekanntlich davon aus, dass die AV.____ per 18. Dezember 2000 überschuldet gewesen sei und taxiert die AH.____-Transaktion sinngemäss als Bilanzsanierungsleistung zu Gunsten der AV.____, welche sie aufgrund der von ihr errechneten Vermögensverminderung als nicht im Interesse der R.____ liegend qualifiziert. Bei den entsprechenden Berechnungen stützt sich die Anklage ausschliesslich auf Fortführungswerte und lässt damit die im Falle einer (nicht beseitigten) Überschuldung unweigerlich eintretenden Folgen eines Konkurses oder einer Nachlassstundung der AV.____ unberücksichtigt. Diese

Betrachtung erscheint etwas kurzsichtig. So ist nämlich bei der Frage, ob die Übertragung der AH.____-Beteiligung an die AV.____ im Interesse der R.____ stand, gerade von entscheidender Bedeutung, wie sich die Situation voraussichtlich entwickelt hätte, wenn die gesamte AH.____-Transaktion nicht stattgefunden hätte. Dass ein allfälliger Konkurs oder eine Nachlassstundung der AV.____ auch negative finanzielle Auswirkungen auf die R.____ gehabt hätte, ist offensichtlich. Es ist gar davon auszugehen, dass ein solcher mit grösster Wahrscheinlichkeit auch den Konkurs oder die Nachlassstundung der R.____ nach sich gezogen hätte.

c) So ist zum einen zu beachten, dass die R.____ diverse Garantieverpflichtungen für Verbindlichkeiten der AV.____ eingegangen war, welche im Falle eines Konkurses oder einer Nachlassstundung der AV.____ zum Tragen gekommen wären. Als Beispiel sind die "BF.____-Verträge" vom 14. November 2000 (Verträge zwischen der AV.____ sowie der R.____ und der BY.____, Vertrag Nr. 3647, KA 16 act. 200701 und Vertrag Nr. 3646, KA 16 act. 200703) zu nennen, in welchen die R.____ die Erfüllung der sich für die AV.____ aus dem jeweiligen Vertrag ergebenden Verbindlichkeiten garantierte [KA 16 act. 200701 (Vertrag Nr. 3647), § 9 und KA 16 act. 200703 (Vertrag Nr. 3646), Ziff. 17.2]. Die AV.____ verpflichtete sich in diesen Verträgen unter anderem dazu, eine ihr von den Familiengenossenschaftlern eingeräumte Call Option (Nennwert der Beteiligung: DM 19'950'000.–, Ausführungspreis: DM 159'600'000.–) mit Wirkung zum 31. Dezember 2000 auszuüben und diese sowie die von ihr selbst gehaltenen Geschäftsanteile an der BZ.____ (im Nennwert von 24'950'000.–) für DM 1.– an BY.____ zu verkaufen [KA 16 act. 200701 (Vertrag Nr. 3647), Ziff. 2.1, 2.2. und 3.1]. Weiter ergibt sich aus den BF.____-Verträgen eine Nachschusspflicht der AV.____ zur Deckung des Verlustes der BZ.____ für das Jahr 2000 [KA 16 act. 200701 (Vertrag Nr. 3647), Ziff. 5.1.], die Verpflichtung der AV.____ zur Beteiligung an der Erhöhung des Stammkapitals von CA.____ im Umfang von € 49'900.– und zur Leistung einer Gesellschaftereinlage von € 108'382'800.– [KA 16 act. 200703 (Vertrag Nr. 3646), Ziff. 3.1 und 4.1], sowie zur Gewährung eines Darlehens an BY.____ in der Höhe von bis zu € 86'920'000.– zur Finanzierung deren Beteiligung an CA.____ [KA 16 act. 200703 (Vertrag Nr. 3646), Ziff. 14.1].

d) Weiter ist zu bedenken, dass mindestens ein Teil der schliesslich bei der AV._____ vorgenommenen Rückstellungen im Zusammenhang mit ursprünglichen Verpflichtungen der R._____ [als Beispiel hierfür sind die Rückstellungen für CB._____ / BB._____ zu nennen, welche Verpflichtungen aus der "Promesse d'Achat et de Vente" vom 6. April 2000 zwischen CC._____ und R._____ (KA 7 act. 200228) abdecken sollten] oder nicht mehr einbringbaren Darlehensforderungen derselben standen. Im Falle eines Konkurses oder einer Nachlassstundung der AV._____ wären die entsprechenden Verbindlichkeiten und Verluste bei der R._____ angefallen, ohne dass sie durch etwelche Rückstellungen abgedeckt gewesen wären.

e) Sodann muss zweifellos davon ausgegangen werden, dass es bei einem Konkurs oder einer Nachlassstundung der AV._____ auch zu Defaults bei Kredit- und Darlehensverträgen der R._____ gekommen wäre, was dazu geführt hätte, dass die entsprechenden Gelder unverzüglich zur Rückzahlung fällig geworden wären.

f) Angesichts der Tatsache, dass die Eigenkapitaldecke der R._____ bereits Ende 2000 offenkundig dünn sowie ihre Liquiditätsslage angespannt war, wäre es geradezu absurd, davon auszugehen, die R._____ hätte die vorangehend beschriebenen Auswirkungen eines allfälligen Konkurses oder einer Nachlassstundung der AV._____ finanziell verkraften können.

g) Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass ein Fallenlassen der AV._____ auch im Widerspruch zur Zweckbestimmung der R._____ gestanden hätte. So bestand der im Handelsregister eingetragene statutarische Zweck der R._____ im Erwerb, der Verwaltung und Veräusserung von Beteiligungen, *insbesondere an der AV._____*. Bereits daraus ergibt sich, dass die AV._____ und damit der gesamte ...-betrieb klar im Zentrum des Konzerns stand.

h) Im Ergebnis ist somit davon auszugehen, dass die AH._____ -Transaktion selbst unter der Annahme, dass die AV._____ per 18. Dezember 2000 tatsächlich überschuldet war, gleichwohl auch der R._____ zum Vorteil gereichte. So hätte es sich diesfalls faktisch um eine Leistung zur Sanierung der Bilanz der AV._____ gehandelt.

gehandelt, welche in Anbetracht der mit einem allfälligen Konkurs bzw. einer Nachlassstundung der AV. _____ verbundenen Folgen klar im Interesse der R. _____ lag. Ein solches Interesse könnte lediglich dann negiert werden, wenn bereits im Dezember 2000 nicht mehr ernsthaft mit der Möglichkeit eines going concern der AV. _____ hätte gerechnet werden können oder die AH. _____ - Transaktion zu einer Überschuldung der R. _____ selbst geführt hätte. Dies ergibt sich indessen weder aus den Akten noch sind entsprechende Vorwürfe in der Anklage enthalten.

4.3.5.4. Annahme: AV. _____ war nicht überschuldet

a) Wie bereits erwähnt (vgl. Ziff. 3.2.3.), verstossen gemäss Rubli (a.a.O.) Leistung einer Konzernobergesellschaft an ihre 100%ige, nicht überschuldete Tochter nicht gegen ihre Vermögensinteressen, da in der Regel gleichzeitig der Wert der Beteiligung an dieser Tochtergesellschaft steige, womit die Gesamtheit des Vermögens der Konzernobergesellschaft als Aktionärin der Tochtergesellschaft nicht abnehme, sondern lediglich zu Gunsten ihrer Beteiligung umgeschichtet werde. Diese Feststellung ist zu relativieren. Zwar ist wohl richtig, dass bei einer solchen Leistung der Muttergesellschaft der so genannte "innere Wert" der Tochter steigt, indessen ist darauf hinzuweisen, dass dieser kaum jemals mit dem - beispielsweise bei einem allfälligen Verkauf entscheidenden - Marktwert übereinstimmen wird. Weiter ist zu bedenken, dass Leistungen der Muttergesellschaft an ihre nicht überschuldete Tochter ebenfalls gegen die Vermögensinteressen der Ersteren verstossen, wenn zum Zeitpunkt, in welchem die Leistung der Muttergesellschaft erfolgt, zwar noch keine Überschuldung der Tochter vorliegt, jedoch bereits eine Verschlechterung der finanziellen Situation im Gange ist, welche auch durch die Leistung der Muttergesellschaft nicht mehr gestoppt werden kann und schliesslich in einer Überschuldung der Tochtergesellschaft endet. In einem solchen Fall wird es faktisch weder je zu steigenden Gewinnen bei der Tochtergesellschaft noch zu einer Wertsteigerung der Beteiligung der Muttergesellschaft an der Tochter kommen.

b) Zur Beurteilung von Vermögensverschiebungen einer Muttergesellschaft an ihre Tochter kann deshalb nicht einzig darauf abgestellt werden, ob zum Zeit-

punkt des Vermögenstransfers eine Überschuldung der Tochtergesellschaft vorlag. Vielmehr ist auch zu prüfen ob in jenem Zeitpunkt bereits ernsthaft damit gerechnet werden musste, dass eine solche Überschuldung demnächst eintreten würde. Lediglich wenn dies verneint werden kann, erscheinen Vermögensverschiebungen zum Vornherein als unproblematisch, da diesfalls der Vermögensabgang durch die Erhöhung des Beteiligungswertes der Tochter ausgeglichen wird. Muss hingegen mit einer baldigen Überschuldung der Tochter gerechnet werden, so beurteilt sich die Situation gleich wie bei einer bereits bestehenden Überschuldung. Auch in dem Fall kann nämlich davon ausgegangen werden, dass die Vermögensverschiebung durch das Interesse der Muttergesellschaft gedeckt ist, wenn ihre Leistung dazu beiträgt, die drohende Überschuldung zu verhindern. Steht indessen zum Vornherein fest, dass ein going concern der Tochtergesellschaft ausgeschlossen ist, stellt der Vermögenstransfer auch dann eine unzulässige a fond perdu-Leistung dar, wenn er in einem Zeitpunkt erfolgte, in dem noch keine Überschuldung bestand.

c) Angesichts der Tatsache, dass schon die Jahresrechnung 1999 der AV._____ eine Unterbilanz ausgewiesen hatte und sich ihre Eigenkapitaldecke im Verlauf des Jahres 2000 nicht wesentlich verbesserte, wäre es blauäugig zu behaupten, es habe im Dezember 2000 keinesfalls damit gerechnet werden müssen, dass die AV._____ - ohne Sanierungsmassnahmen - in näherer Zukunft überschuldet sein könnte. Indessen musste die AV._____ im Dezember 2000 auch nicht als "offensichtlich nicht mehr sanierbar" qualifiziert werden. Wie sich zeigte, wies die AV._____ im Jahresabschluss 2000 ein positives Eigenkapital aus und überlebte faktisch bis im Oktober 2001. Ausreichende Hinweise darauf, dass bei Beachtung der geforderten Sorgfalt bereits im Dezember 2000 nicht mehr mit einem going concern der AV._____ und/oder der R._____ selbst hätte gerechnet werden dürfen, ergeben sich keine.

d) Nachdem die AH._____ -Transaktion mit Hinweis auf die Verflechtungen zwischen der AV._____ und der R._____ schon unter der Annahme einer bestehenden Überschuldung der AV._____ als im Interesse der R._____ liegend qualifiziert wurde, muss dies erst recht für den Fall gelten, dass die AV._____ zum

Zeitpunkt der AH._____-Transaktion nicht überschuldet war. Andernfalls würde man zum absurden Schluss gelangen, dass Sanierungsleistungen erst nach bereits eingetretener Überschuldung vorgenommen werden dürften, vorher jedoch nicht zulässig wären.

4.3.6. Fazit

4.3.6.1. Wie sich aus den vorangegangenen Erwägungen ergibt, versties die AH._____-Transaktion nicht gegen die Vermögensinteressen der R._____, weshalb vorliegend eine Pflichtverletzung des Angeklagten nicht ersichtlich ist.

4.3.6.2. Obwohl die Erfüllung von Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 StGB nach dem Gesagten bereits am objektiven Tatbestandselement der Pflichtverletzung scheitert, wird in der Folge im Sinne einer Eventualbegründung gleichwohl noch kurz auf den Vermögensschaden sowie den subjektiven Tatbestand eingegangen.

4.4. Vermögensschaden

4.4.1. Die Definition des Vermögensschadens bei der ungetreuen Geschäftsbesorgung entspricht jener, welche zum Betrugstatbestand entwickelt wurde. Demnach liegt ein Schaden vor, wenn durch die tatbestandsmässige Handlung die Aktiven der Gesellschaft vermindert bzw. nicht erhöht oder die Passiven erhöht resp. nicht vermindert wurden (BGE 121 IV 104; 122 IV 281; 123 IV 2). Ebenfalls in Anlehnung an den Betrugstatbestand steht bezüglich der ungetreuen Geschäftsbesorgung der zivilrechtliche Schadensbegriff im Vordergrund, wonach der Schaden in der Differenz zwischen der effektiven Gesamtvermögenslage und der hypothetischen Vermögenslage ohne dem schädigenden Ereignis besteht (Urbach, a.a.O., S. 71). Das Vermögen setzt sich dabei aus der Summe der rechtlich geschützten wirtschaftlichen Werte zusammen (BGE 117 IV 148). Als Vermögenswerte gelten alle vermögenswerten Interessen, so Mobilien und Immobilien, Geld, Forderungen auf Geld oder Sachen, Arbeitsleistungen, Immaterialgüterrechte wie auch hinreichend gefestigte Anwartschaften (Donatsch, Aspekte der ungetreuen Geschäftsbesorgung gemäss Art. 158 Ziff. 1 StGB in der Aktiengesellschaft, ZStrR Bd. 120, 2002, S. 20). Zur Erfüllung des Tatbestandes genügt nach Lehre

und Praxis auch ein bloss vorübergehender Schaden (Donatsch, Aspekte der ungetreuen Geschäftsbesorgung nach Art. 158 StGB, ZStrR Bd. 114, 1996, S. 216, BGE 87 IV 11).

4.4.2. Die Anklage geht davon aus, dass die R._____ AG durch die AH._____ - Transaktion einen Vermögensschaden in der Höhe von Fr. 103'076'000.– erlitten habe. Während zwar auf dem von der R._____ AG an die AV._____ AG gewährten Darlehen eine Wertsteigerung von Fr. 69'468'000.– eingetreten sei, so habe die R._____ sowohl einen Verlust der stillen Reserven auf der Beteiligung an BI._____ Intl. Inc. von Fr. 145'222'000.– sowie eine Wertminderung des von ihr der AH._____ AG gewährten Darlehens im Umfang von Fr. 27'322'000.– hinnehmen müssen.

4.4.3. Die Beurteilung eines allfälligen Schadens hängt wiederum von der hier offen zu lassenden Frage der Überschuldung der AV._____ zum Zeitpunkt der AH._____ -Transaktion ab. Denn nur bei Annahme einer Überschuldung, kann auch davon ausgegangen werden, dass sich die Werthaltigkeit der von der R._____ AG an die AH._____ AG sowie die AV._____ gewährte Darlehen durch die Fusion der beiden Gesellschaften veränderte.

4.4.4. Doch selbst wenn man der Anklage folgend von einer Überschuldung der AV._____ per Ende Dezember 2000 ausgehen und zum Schluss gelangen würde, dass bei der R._____ infolge der AH._____ -Transaktion aus buchhalterischer Sicht eine Vermögensverminderung eingetreten sei, ist ein Schaden gleichwohl nicht leichthin zu bejahen.

4.4.5. Wie vorgehend erwähnt, definiert sich der Schaden als Differenz zwischen der effektiven Gesamtvermögenslage und der hypothetischen Vermögenslage ohne dem schädigenden Ereignis.

4.4.6. Die Anklage nimmt zwar eine Überschuldung der AV._____ per Ende Dezember 2000 an, geht indessen bei der Berechnung des Vermögensstandes vor der AH._____ -Transaktion von Fortführungswerten aus. Die Anklage verkennt damit, dass unter der von ihr selbst getroffenen Annahme der bereits bestehen-

den Überschuldung der AV. _____ zum Zeitpunkt der AH. _____-Transaktion ohne Sanierungsmassnahmen kein going concern der AV. _____ mehr möglich gewesen wäre. Diese Tatsache sowie die mit ihr verbundenen Auswirkungen (allfällige Konkursöffnung oder Nachlassstundung) wären jedoch bei der Berechnung der hypothetischen Vermögenslage ohne dem schädigenden Ereignis zu berücksichtigen. Dafür, dass sich die hypothetische Vermögenslage der R. _____ ohne AH. _____-Transaktion aber unter Berücksichtigung der Folgen einer Konkursöffnung oder einer Nachlassstundung der AV. _____ besser präsentiert hätte, als mit der AH. _____-Transaktion, fehlen indessen die Beweise.

4.5. Subjektiver Tatbestand

4.5.1. Der Tatbestand von Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 erfordert Vorsatz, der sich insbesondere auf die Pflichtwidrigkeit der Handlung, den Vermögensschaden und den zwischen der Handlung und dem Schaden bestehenden Kausalzusammenhang beziehen muss. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung genügt Eventualvorsatz, der jedoch nicht leichthin angenommen werden darf (BGE 123 IV 17, 23). Vielmehr wird gefordert, dass der Täter ernsthaft mit dem Erfolg gerechnet haben und damit einverstanden gewesen sein muss, für den Fall, dass er eintreten sollte. Eventualvorsatz darf deshalb nur angenommen werden, wenn sich dem Täter der Eintritt des Erfolges als so wahrscheinlich aufdrängt, dass sein Handeln vernünftigerweise nicht anders denn als Billigung des Erfolges ausgelegt werden kann (Niggli, StGB-Kommentar II, Basel 2003, Art. 158 N 116 mit Hinweis auf OGer ZH, 12.12.1966, ZR 1969, 93, Nr. 37, BGE 86 IV 12, 17; vgl. auch BGE 122 IV 281; BGE 120 IV 193).

4.5.2. Der Angeklagte wusste und wollte zweifellos, dass die AH. _____ von der R. _____ in die AV. _____ verschoben und mit dieser fusioniert wurde. Ebenfalls war ihm klar, dass keine direkte Gegenleistung im Sinne einer Zahlung erfolgte. Fraglich ist indessen, ob der Angeklagte mit der Pflichtwidrigkeit seines Handelns sowie mit dem Eintritt eines Vermögensschadens bei der R. _____ rechnete und sowohl die Pflichtwidrigkeit als auch den Vermögensschaden mindestens in Kauf nahm.

4.5.3. Wie bereits ausgeführt, wäre vorliegend die Pflichtwidrigkeit des Angeklagten in einem Verstoss gegen die Vermögensinteressen der R. _____ zu sehen. Nach dem unter Ziff. 4.3. Gesagten ist indessen davon auszugehen, dass die AH. _____-Transaktion den Interessen der R. _____ AG nur bei einer nicht mehr zu beseitigenden Überschuldung der AV. _____ zuwiderlief. Dem Angeklagten wäre demnach in subjektiver Hinsicht nachzuweisen, dass er mit einer bestehenden oder demnächst eintretenden Überschuldung der AV. _____ rechnete sowie auch damit, dass ein going concern der AV. _____ trotz AH. _____-Transaktion nicht mehr möglich sein würde. Hinsichtlich der Vermögensschädigung wäre ausserdem zu fordern, dass der Angeklagte zumindest in Kauf nahm, dass es sich bei der AH. _____-Transaktion um eine reine "a fond perdu-Leistung" handelte und die R. _____ demzufolge eine Verminderung ihrer Aktiven hinnehmen musste.

4.5.4. Aus den Akten ergeben sich keinerlei Hinweise darauf, dass der Angeklagte mit der Aussichtslosigkeit einer Sanierung der AV. _____ rechnete. Überdies sind auch keine vernünftigen Gründe ersichtlich, weshalb der Angeklagte eine Schädigung der R. _____ gewollt oder in Kauf genommen haben sollte. Vielmehr ist der Aussage des Angeklagten Glauben zu schenken, wonach seine Anstrengungen darauf gerichtet waren, das Überleben des gesamten Konzerns im Interesse der Mitarbeiter, Aktionäre und weiterer Betroffener zu sichern (Prot. S. 78). Da das Überleben des Konzerns zweifellos auch im Interesse der R. _____ war, wäre es geradezu absurd, dem Angeklagten eine gegen die Holding gerichtete Schädigungsabsicht unterstellen zu wollen.

5. Ergebnis

Aus all den vorangehend erwähnten Gründen ist der Angeklagte vom Vorwurf der ungetreuen Geschäftsbesorgung im Sinne von Art. 158 StGB freizusprechen.

D. Anklagepunkte II/1.1 und 1.2: Restrukturierung (Gläubigerschädigung durch Vermögensverminderung und ungetreue Geschäftsbesorgung)

1. Analyse des Anklagevorwurfs

1.1. Direkte Handlung

Kern dieses Anklagepunktes bildet der Beschluss des Verwaltungsrates der R._____ vom 24. März 2001. Gemäss diesem Beschluss seien Beteiligungen der R._____ an den Zwischenholdings R'_____. AG, R''_____. AG und R'''_____. AG (Schreibweise der Zwischenholdings gemäss Anklageschrift), der BR._____ AG und weiterer Tochtergesellschaften unentgeltlich auf die Tochtergesellschaft AV._____ übertragen worden, um deren Überschuldung von mindestens Fr. 2,28 Mia. zu beseitigen. Die Beteiligungen hätten einen Buchwert von Fr. 1,848 Mia. und einen Marktwert von Fr. 10,517 Mia. gehabt. Darüber hinaus habe die R._____ gemäss diesem Beschluss gegenüber der AV._____ auf Forderungen im Betrag von Fr. 726'689'706 verzichtet. Eine adäquate Gegenleistung habe die R._____ dafür nicht erhalten, namentlich sei zufolge der bleibenden immanenten Nachlass- und Konkursrisiken der AV._____ keine Wertvermehrung auf deren Aktien, welche die R._____ zu 100% hielt, eingetreten.

1.2. Zustand von R._____ und R'_____ Konzern Ende 2000

Die Anklage behauptet weiter, dass dem Angeklagten nicht nur die Elemente der Handlung bekannt waren, sondern auch, dass die R._____ per Ende 2000 ebenfalls überschuldet sein könnte und in absehbarer Zeit mit Zahlungsunfähigkeit und Bankrott des gesamten Konzerns gerechnet werden musste (Anklage S. 14).

1.3. Auswirkungen

Die Anklage geht davon aus, dass der R._____ dadurch ein Schaden von mindestens Fr. 2'575 Mio. und höchstens Fr. 9'129 Mio. und den Gläubigern der R._____ ein Schaden von Fr. 1'177 Mio. entstanden sei.

2. Position des Angeklagten

Der Angeklagte bestreitet den Vorwurf der ungetreuen Geschäftsbesorgung wie auch den Vorwurf der Gläubigerschädigung durch Vermögensminderung. Er macht geltend, der Restrukturierungsbeschluss vom 24. März 2001 habe nicht zu einer Vermögensverminderung bei der R. _____ geführt. Es seien somit weder die R. _____ noch deren Gläubiger geschädigt worden. Ebenso wenig habe er bei der Ausarbeitung des Antrages 6/01 eine Pflichtverletzung begangen. Weder die R. _____ noch die AV. _____ seien per 31. Dezember 2000 oder per 24. März 2001 überschuldet gewesen. Auch habe nicht mit einer Zahlungsunfähigkeit und dem Bankrott der gesamten R. _____ gerechnet werden müssen.

3. Die Bedeutung der diversen Tatsachenbehauptungen, Prognosen und Werturteile auf S. 13 und 14 der Anklageschrift

Die Anklage listet auf Seite 13 und 14 diverse Tatsachenbehauptungen, Prognosen und Werturteile auf, deren Bedeutung zum Teil nur im Zusammenhang mit anderen Umständen erfasst werden könnte, zu welchen aber keine Aussage gemacht wird. So ist beispielsweise die Bedeutung der Aussage, den französischen ... hätten ab Winter 2000/20001 monatlich Fr. 80 Mio. zur Verfügung gestellt werden müssen, für sich alleine völlig rätselhaft, solange nicht mindestens gesagt wird, dass dieser Betrag in den Businessplänen nicht vorgesehen war. Dasselbe gilt für die Aussage, dass sich bei P. _____ für 2001 ein Cashbedarf von € 519 Mio., und für 2002 ein solcher von € 216 Mio. konkret abzeichnete. **Als Kernaussagen sind aus dieser Aufzählung wohl zu werten, dass die AV. _____ per 31. Dezember 2000 überschuldet war, die R. _____ per Ende 2000 hätte überschuldet sein können und in absehbarer Zeit mit der Zahlungsunfähigkeit und Bankrott des gesamten Konzerns gerechnet werden musste.** Die letzte Behauptung wird unterstützt durch die Behauptung, der EBIT [des Konzerns] habe die Schuldzinsen nicht zu decken vermögen, der Konzern habe also (nach Zinsen und Steuern) Verluste geschrieben. Darüber hinaus listet die Anklage diverse Informationen auf, welche zum grössten Teil aus Protokollen des Verwaltungsrates zu diversen Zeitpunkten und aus Berichten von Beratern (EA. _____ I und II, EB. _____, BP. _____ Financial Exposure Report) stammen. Es ist davon

auszugehen, dass darin nichts ausgedrückt werden soll, was über die genannten Kernaussagen hinausgeht, sondern darin die Begründung für die Aussage liegt, es habe in absehbarer Zeit mit der Zahlungsunfähigkeit und dem Bankrott des gesamten Konzerns gerechnet werden müssen. Es ist zudem davon auszugehen, dass die einzelnen Informationsbrocken, welche die Anklage auf Seite 13 auflistet, soweit relevant, in den genannten Berichten verarbeitet sind (dazu nachstehend Ziffer 4). Klar ist indessen auch, dass sich der Konzern im Frühjahr 2001 in einer schwierigen finanziellen Situation befand. Entscheidend musste für die Zukunftsprognose nach Abnahme der Jahresrechnung 2000 vor allem sein, ob die gemachten Rückstellungen reichen würden, um die Verlustquellen für den R'. _____-Konzern zum Versiegen zu bringen bzw. abzustossen.

4. EA. _____, EB. _____ und BP. _____ Financial Exposure Report

4.1. Einleitende Bemerkung

Zu fragen ist, ob der R' _____ Konzern aus der Sicht Frühling 2001 noch überlebensfähig war. Aus obigen Gründen (siehe Ziff. 3 vorstehend) scheint die Anklage zu implizieren, dass aus Sicht Frühling 2001 von einer Unsanierbarkeit des gesamten Konzerns auszugehen ist. Explizit formuliert wird dies aber nirgends. Im Plädoyer der Staatsanwaltschaft zu Anklagepunkt II/6.1 (Zahlungen vor ...) spricht die Staatsanwaltschaft dagegen explizit davon, dass auch nach dem 11. September 2001 noch Aussicht auf Sanierung bestanden habe, was mit der Grundannahme zum Komplex Restrukturierung nur schlecht in Einklang zu bringen ist (P-STA/4 S. 115).

4.2. Aktenmässige Dokumentierung und Erwähnung in der Anklage

4.2.1. Die erwähnten Projekte EA. _____ und EB. _____ waren offensichtlich darauf ausgerichtet, Zukunftsperspektiven des R' _____ Konzerns aufzuzeigen. Die aktenmässige Aufarbeitung der genannten Projekte EA. _____ und EB. _____, bzw. der Berichterstattungen dazu, lässt indessen vor allem für die Zeit Frühling 2001 stark zu wünschen übrig, was angesichts der Bedeutung erstaunt. Die Anklage erwähnt die Berichterstattung vom 10. Oktober 2000 im Project EA. _____ I

(damals naturgemäss noch lediglich als EA.____ bezeichnet), die Berichterstattung vom 31. Januar 2001 im Project EB.____, sinngemäss den BP.____ Financial Exposure Report vom 26. Februar 2001 und die Berichterstattung im Project EA.____ II vom 2. März 2001 (Anklage S. 10). In die Komplexakten der Anklagepunkte II/1.1 bis II/3 wurden von den erwähnten Unterlagen lediglich die Berichterstattung vom 10. Oktober 2000 im Project EA.____ I (KA 7 act. 200263) und der BP.____ Financial Exposure Report vom 26. Februar 2001 (KA 8 act. 200317A) aufgenommen. Zum BP.____ Financial Exposure Report ist zur Präzisierung anzumerken, dass er zwar von BP.____, die Revisionsstelle war, erstellt wurde. Verantwortlich war aber nicht das Revisorenteam (namentlich CD.____ und CE.____) sondern ein Spezialteam (CF.____ und CG.____ [KA 9 act. 200320 S. 5]).

4.2.2. Berichte im Rahmen von EA.____ II finden sich in den Komplexakten nicht, auch nicht der Bericht vom 2. März 2001, den die Anklage erwähnt. Dieser befindet sich immerhin in den Verfahrensakten (VA R6 act. 175307). Ebenso wenig befindet sich in den Komplexakten der EB.____ Bericht vom 31. Januar 2001, den die Anklage ebenfalls speziell erwähnt. Auch dieser befindet sich immerhin in den Verfahrensakten, und zwar in einem der Ordner "...-strategie" (VA G 27.19), dessen Aktenstücke nicht weiter akturiert sind. Im selben Ordner findet sich auch noch eine ausführliche Version von EA.____ II, datiert vom 27. Februar 2001. Die aktuellste Berichterstattung von BK.____ erfolgte am 23. März 2001 an den Angeklagten W.____ und ist lediglich in den Beweisakten zu finden (Beweisakten, nachträglich gescannt, B 1.66 52.pdf).

4.2.3. Dagegen finden sich in den Komplexakten die in der Anklage nicht erwähnten EB.____ Berichte mit Daten vom 22. November 2000 (KA 7 act. 200272) und 14. Dezember 2000 (act. KA 8/200276) sowie, für die zweite Anklageschrift nachgereicht, der EB.____ Bericht vom 2. März 2001 (KA 18 act. 000908). Klar erscheint unter diesen Umständen, dass es sich bei EA.____ II und EB.____ nicht um Berichte, sondern um Projekte mit periodischen Berichterstattungen handelte, die anfangs März 2001 noch nicht abgeschlossen waren. Wenn die Staatsanwaltschaft vom EB.____ Bericht spricht, meint sie damit manchmal den-

jenigen vom 31. Januar 2001 (P-STA/2 S. 42), dann aber auch, ohne dies auszudrücken, denjenigen vom 2. März 2001 (P-STA/2 S. 57).

4.3. Abstimmung untereinander

Die Berichte in den Projekten EB._____ und EA._____ waren untereinander sowie mit dem BP._____ Financial Exposure Report abgestimmt (siehe EA._____ II-Bericht vom 2. März 2001 [VA R6 act. 175307 S. 1], EB._____ -Bericht vom 2. März 2001 [KA 18 act. 000908 S. 3]).

4.4. Die am 2. März 2001 aufgezeigten Szenarien am Beispiel EA._____ II

4.4.1. Nachdem das Problem des Konzerns direkt hauptsächlich in den verlustgenerierenden ausländischen Beteiligungen lag, kam einer Lösung in diesem Bereich klarerweise höchste Priorität zu. Zentral sind daher Aussagen des EA._____ II-Berichtes unter dem Titel „Cash und equity impact of scenarios for participations“. Hier werden die Szenarien „Festhalten“ („Maximum exposure if no exit“) und „Ausstieg“ („Exposure if exited by end of 2001 (without additional exit cost“) gegenüber gestellt (VA R-6 act. 175307: EA._____ II, Summary document, March 2, 2001, S. 3). Die Gegenüberstellung beruht dabei auf den gleich hohen Rückstellungen. Dieser Bericht wurde der Finanzkommission am 2. März 2001 von CH._____ und Cl._____ präsentiert. Im Protokoll dieser Sitzung heisst es dazu folgendes: Herr CH._____ zeigt anhand von S. 3 (Cash and equity impact on scenarios for participations) des Summary Document auf, dass der Konzern den zusätzlichen negativen Einfluss eines Festhaltens an den Beteiligungen P._____, Frankreich und BF._____ auf das Eigenkapital der R._____ [gemeint ist wohl der Konzern] (in der Höhe von ca. Fr. 3'500 Mio.) selbst bei Vornahme von Devestitionen nicht verkraften könnte. Der negative Einfluss eines Ausstieges (in der Höhe von ca. Fr. 600 Mio.) aus diesen Beteiligungen **auf Ende Jahr 2001** wäre hingegen bilanzmässig verkraftbar. Daraus ergibt sich die Notwendigkeit, diese Beteiligungen abzustossen (KA 9 act. 200320 S. 4). CH._____ geht als Zeuge davon aus, dass diese Protokollierung seine Aussagen korrekt wiedergibt (VA I-5 act. 102820 S. 5). An diesem 2. März 2001 beschloss die Finanzkommission zu Händen des Verwaltungsrates namentlich, dass die Problematik der Cash-out ge-

nerierenden Aktivitäten bis Ende 2001 zu lösen sei, da eine **spätere Lösung** bilanzmässig nicht verkräftbar wäre und den Konzern erheblich gefährden würde (KA 9 act. 200320 S. 5). Der zusätzliche negative Einfluss eines Ausstieges (additional impact on equity) wurde im Bericht vom 23. März 2001 von Fr. 600 Mio. auf Fr. 400 Mio. nach unten korrigiert (nachträglich gescannte Beweisakten B1.66, 52, S. 5).

4.4.2. Die Staatsanwaltschaft integriert in ihre Anklage **ausschliesslich das Szenario des vollständigen Festhaltens an den betreffenden Beteiligungen**, also dasjenige Szenario, das nach Ansicht von BK._____ und der Finanzkommission tatsächlich nicht verkräftbar war. So entnimmt sie nämlich aus EA._____ II vom 2. März 2001, dass "der durch ...-verwandte Konzerntätigkeiten nicht deckbare Liquiditätsbedarf bis 2003 bei mindestens Fr. 5,5 Mia. lag" und dass "**bis 2003** hohe Cash-Drains, nämlich bei P._____ Fr. 1,5 Mia. bei den französischen Gesellschaften Fr. 1 Mia. und bei BF._____ Fr. 0,5 Mia. zu erwarten waren", sowie aus dem Bericht EB._____ vom 31. Januar 2001, dass "die durch die ausländischen ...-beteiligungen generierten Verluste und Geldabflüsse durch die Erträge der ...-verwandten Geschäfte nicht zu kompensieren waren, womit die Zahlungsfähigkeit der Gruppe bedroht und deren Eigenkapital gefährdet war.

4.5. Aussage aus dem BP._____ Financial Exposure Report

Auch aus anderen Bericht werden Aussagen in die Anklage integriert, ohne dass die zum Verständnis notwendigen Erklärungen geliefert werden, auch nicht im Plädoyer. Die Aussage in der Anklage, es hätten "eingangs 2001 feste Gruppenverbindlichkeiten von Fr. 10 Mia., wovon Fr. 3,6 Mia. 2001 und Fr. 1,6 Mia. 2002 fällig waren, bestanden" stammt wohl aus dem BP._____ Financial Exposure Report vom 26. Februar 2001 (KA 8 act. 200317, namentlich Übersicht Seite 4). Dazu ist zu bemerken, dass sich dieser Bericht einerseits zwar nicht nur mit bilanzierten sondern auch mit nicht bilanzierten Verbindlichkeiten befasst (so auch Plädoyer RA C._____: DG060086 HD act. 53 S. 20), andererseits aber nicht alle Gruppengesellschaften betrifft (KA 8 act. 200317A S. 2 "specific undertakings"). Allein das bilanzierte Fremdkapital (inkl. Abgrenzungen und Rückstellungen) des R'_____ Konzerns betrug ja gemäss geprüfter Konzernbilanz per 31. Dezember

2000 Fr. 18,863 Mia. (Konzernbilanz 2000: VA N2.2 act. 151093). Es ist also ohne nähere Erklärung nicht einleuchtend, warum der genannten Zahl von Fr. 10 Mia. eine zusätzliche Bedeutung zukommen sollte. Weiter ist anzumerken, dass darin Fr. 4,696 Mia. geplante Investitionen ("Capex = Capital expenditures") der ...-lease enthalten sind, die brutto ("gross") ausgewiesen werden. Netto werden sie auf Fr. 1,56 Mia. veranschlagt (Bericht S. 2, letzter Abschnitt). Von den erwähnten Fr. 3,6 Mia., die 2001 vorgesehen waren, betrafen Fr. 2,217 Mia. P._____, die französischen BW.____ und BF.____, also diejenigen Bereiche, die bei einem Ausstieg wegfallen würden (womit aber selbstverständlich noch nichts über die Ausstiegskosten gesagt ist). Fr. 1,19 Mia. für das Jahr 2001 betrafen ...-lease in ihrer auf die ...-strategie ausgerichteten Grösse (siehe dazu unten Ziff. 4.8.2). Von den erwähnten Fr. 1,6 Mia. für das Jahr 2002 betrafen Fr. 1,259 Mia. die ...-lease und der Rest die französischen BW.____ und BF.____. Auch die Zahlen in der Anklage, die aus dem BP.____ Financial Exposure Report stammen, betreffen also das Szenario "Festhalten an der ...-strategie". Die Eintretenswahrscheinlichkeit der Verpflichtungen wurde in diesem Bericht nicht gewichtet (KA 9 act. 200321 S. 4).

4.6. Begründung ?

Eine Begründung, warum nur das erkantermassen nicht mehr durchführbare Szenario "vollständiges Festhalten an der ...-strategie" in die Anklage integriert ist, ist nur ansatzweise ersichtlich. So findet sich in der Anklage die Aussage, R.____ habe im Jahr 2000 nicht über die zur Sanierung der ausländischen ...-beteiligungen notwendigen Mittel verfügt, womit sich zufolge Unverkäuflichkeit bzw. wegen der eingegangenen vertraglichen Verpflichtungen ein Ausstieg aus den Beteiligungen nicht bzw. nur zu ruinösen Bedingungen hätte realisieren lassen (Anklage S. 13). Weiter heisst es in der Anklage auch, dass keine betriebswirtschaftliche Sanierung aufgegleist gewesen sei, was im Falle einer reinen Subholding, bei der es naturgemäss operativ direkt nichts zu sanieren gibt, auch heissen kann, dass an den verlustbringenden Beteiligungen festgehalten werde (Anklage S. 18). Im Plädoyer fügte die Staatsanwaltschaft dann zudem an, es könne nicht überbetont werden, dass die Rückstellungen im Ausmass von Fr. 2'423 Mio.

nur im Betrag von Fr. 190 Mio. im Zusammenhang mit dem am 31. Januar 2001 beschlossenen Ausstieg aus der ...-strategie gestanden hätten (P-STA/2 S. 43 und 55, wobei sie aber auf S. 20 desselben Plädoyers im Widerspruch dazu ausführt, die Angeklagten³ hätten am 14. Dezember 2000 die Strategieumkehr beschlossen mit all ihren Folgen wie z.B. dem Auflaufen des Rückstellungs- und Abschreibungsbedarfs). Auch der Bericht BM._____ zur Sanierung der AV._____ vom 27. Juni 2005 spricht immer von den Rückstellungen für die Sanierung der ausländischen ... Beteiligungen und nicht etwa von Rückstellungen für den Ausstieg. Demgegenüber heisst es im Protokoll der Finanzkommission des Verwaltungsrates vom 17. März 2001, das die Staatsanwaltschaft zur Erhärtung ihres Standpunktes heranzieht (P-STA/2 S. 55 f.), Folgendes: "Die Finanzdelegation nimmt zur Kenntnis, dass bei einem Fortführungszenario (gemeint ist offensichtlich die Fortführung der ...-strategie) die obgenannten Verpflichtungen als Eventualverpflichtungen verbucht worden wären (analog Vorjahr) bzw. nicht Rückstellungen in dieser Höhe hätten gebildet werden müssen" (KA 9 act. 200331 S. 56 oben). Die Position der Angeklagten, wonach die Rückstellungen per Jahresabschluss 2000 durch die Abkehr von der ...-strategie bedingt worden seien, steht daher nicht in eklatantem Widerspruch zu den aktenkundigen Fakten, wie die Staatsanwaltschaft behauptet (P-STA/2 S. 56).

4.7. Würdigung der Position der Anklage

4.7.1. Letztlich spielt es für die Beurteilung der Zukunftsaussichten keine Rolle, warum die Rückstellungen gebildet worden sind. Entscheidend ist vielmehr, was diese Rückstellungen unter Annahme eines der möglichen Szenarien abdecken. Es liegt daher auf der Hand, das zu tun, was BK._____ im Bericht EA._____ II auch getan hat, nämlich die Szenarien „Ausstieg“ und „Festhalten“ unter Berücksichtigung der gemachten Rückstellungen durchzurechnen, ohne danach zu fragen, ob mit den Rückstellungen Sanierungs- oder Ausstiegskosten abgedeckt werden sollten.

³ Wenn in der Folge von "den Angeklagten" gesprochen wird, so sind damit nebst dem vorliegend Angeklagten auch die mitangeklagten Verwaltungsräte gemeint.

4.7.2. Im Resultat geht also die Anklage davon aus, der Verwaltungsrat der R._____ habe die Restrukturierung unter einem Szenario beschlossen, das der Konzern nicht würde verkraften können, obwohl es auch Szenarien gab, die nach damaliger Einschätzung hätten verkraftet werden können. Die Anklage baut also auf einem worst case Szenario auf und suggeriert, die Angeklagten hätten im Wissen um dessen Unabwendbarkeit noch Vermögen von der R._____ in die AV._____ verschoben. Diese mutmassliche Annahme der Staatsanwaltschaft zu Lasten der Angeklagten erscheint nicht gerechtfertigt und lässt sich mit den genannten Aussagen nicht begründen, geschweige denn belegen. Anzunehmen ist vielmehr, dass die Angeklagten im März 2001 davon ausgingen, der Ausstieg im erforderlichen Umfang bis Ende 2001 sei möglich, werde durchgeführt und die Kosten würden sich im Bereich des Ausstiegsszenarios von EA._____ II bewegen.

4.8. In der Folge tatsächlich getroffene Massnahmen

4.8.1. Es ist belegt, dass der Mitangeklagte W._____ nach seinem Amtsantritt im März 2001 die dringendste Aufgabe darin sah, den R'_____ Konzern von den verlustbringenden Beteiligungen und Verpflichtungen (BC._____, CB._____/BB._____, P._____, BF._____ etc.) zu befreien (Stichworte: Strategieumkehr, "stop the bleeding"). Der Konzern verfügte - davon geht auch die Anklage im Anklagekomplex Zahlungen vor ... aus - über bedeutende Mehrwerte in ihren ...-nahen Betrieben (CJ._____, CK._____, CL._____, DY._____, Liegenschaften, ... etc.). Die ...-nahen Betriebe waren gewinnbringend und der Mitangeklagte W._____ (bzw. der Verwaltungsrat) gingen davon aus, dass eine "nackte" BW._____ es schwer haben würde, die gewichteten Kapitalkosten zu verdienen, weshalb sich der Verwaltungsrat im damaligen Zeitpunkt entschied, an der Dualstrategie, allerdings einer redimensionierten, festzuhalten. Der Mitangeklagte W._____ prägte in dieser Zeit, aufgrund der Zuversicht, dass eine Restrukturierung des Konzerns möglich ist, den Ausdruck: "Ein schmaler aber gangbarer Weg." Angestrebt wurde, dass die ...-gesellschaften AU"._____ und BS._____ zumindest ihre Kapitalkosten verdienen, die ...-verwandten Betriebe hingegen mehr als ihre Kapitalkosten. Weiter sollte die Konzernstruktur radikal vereinfacht

und die Bilanz rasch gestärkt werden (vgl. DG060079 HD act. 61/4 S. 4-7, act 63/1; VA D.4.2. act. 076094, act. 076097 und act. 076099).

4.8.2. Der Ausstieg aus den französischen Beteiligungen und der P._____ konnte bis zum 10. September 2001 (im Rahmen der Rückstellungen) geregelt werden (vgl. DG060079 HD act. 62/59 und 62/71). Der Mitangeklagte W._____ hat ferner belegt, dass die CM._____ die Dualstrategie in ihren Präsentationen vom 12. und 19. April 2001 unterstützte. In dieser Studie wurde empfohlen, die Restrukturierung der ...-lease, d.h. die Monetarisierung der ... unter Aufgabe des Drittleasing-geschäftes als Kernstück einer angemessenen Finanzierungsstrategie durchzuführen, neben anderen Verkäufen (CN._____, Immobilien und sofern notwendig Teile von DY._____). Neben der Monetarisierung der ... und Desinvestitionen von nicht zum Kerngeschäft gehörenden Vermögenswerten sah diese Studie eine Kapitalerhöhung im Jahre 2002 vor (vgl. DG060079 HD act. 63/2+3). Diese von der ...-lease bereits vorbereitete Restrukturierung (Monetarisierung) der ...-ease wurde vom Verwaltungsrat am 27. Juni 2001 - auch dies ist belegt und unbestritten - in Gang gesetzt. Geplant waren vier zeitlich gestaffelte (Verkaufs-) Pakete (DG060079 HD act. 63/4: Verwaltungsrats-Protokoll inklusive Anträge an Verwaltungsrat, Bulletin und detaillierte Package-Planung; sowie HD act. 63/ 5: ...-lease Financing Planning and Forecasting vom 25. Mai 2001). Das erste Verkaufspaket wurde noch im ersten Halbjahr 2001 im Umfang von Fr. 390 Mio. realisiert (DG060079 HD act. 63/6 S. 53, act. 63/7 S. 16, act. 63/8 S. 38). An dieser Verwaltungsratssitzung vom 27. Juni 2001 zeigte sich der Mitangeklagte W._____ besorgt über die Liquidität und hielt fest, dass das Financial Management der Gruppe wesentlich verbessert werden müsse (DG060079 HD act. 63/4 S. 2). Bis zum 30. August 2001 wurden weitere Fr. 307 Mio. aus ...-verkäufen realisiert (DG060079 HD act. 63/8 S. 38). Bis Ende 2001 waren weitere ...-verkäufe im Umfang von Fr. 1'397 Mio. geplant (DG060079 HD act. 63/8 S. 38). Weiter realisiert bzw. geplant wurden der Verkauf der CO._____-Gruppe (April/Juni), BI._____, CP._____. BI._____ sowie von Beteiligungen an CQ._____, CP._____ und BA._____ (DG060079 HD act. 63/7 S. 14-16 und DG060079 HD 63/8 S. 38). Von der CS._____ wurde am 12. Juli 2001 ein rollender Restrukturierungsplan vorgelegt (DG060079 HD act. 63/7 S. 1-39 und act. 63/10 [Bulletin Nr. 18/01]).

Anfangs Juni 2001 wurde vom Mitangeklagten W._____ schliesslich das Kostensenkungsprogramm "... " gestartet mit dem (ambitiösen) Planziel, bis Ende Jahr im Vergleich zur zweiten Halbjahresperiode 2000 mindestens Fr. 500 Mio. an Kosten einzusparen (vgl. dazu DG060079 HD 62/63-70 sowie DG060079 HD act. 63/4 S. 4). Als weitere Massnahme wurde die Finanzabteilung und Liquiditätsplanung durch die Besetzung der seit rund einem Jahr verwaisten Stellung des Treasurers (CT._____), die Einsetzung der neuen Finanzchefin per 1. Juli 2001 (AP._____) und den Beizug der CS._____ reorganisiert. Mit Hilfe der CS._____ sollten verlässliche Liquiditätspläne und Abschlüsse, eine verbesserte Businessplanung sowie ein "Daily Cash reporting" sichergestellt werden (vgl. dazu DG060079 HD act. 61/4 S. 12-16).

4.9. Aussagekraft der Berichte mit Bezug auf die handelsrechtlichen Abschlüsse von AV._____ und R._____

Für die handelsrechtlichen Abschlüsse und damit auch für die technische Frage der Überschuldung der R._____ und der AV._____ haben die erwähnten Berichte soweit ersichtlich keine direkte Relevanz, da sie sich mit der Konzernsituation als Ganzes befassen.

5. Keine Vorbereitungen zum Verkauf werthaltiger Tochtergesellschaften

5.1. Die Bedeutung des Vorwurfes

Allgemein gesehen kann in der Aussage, ein Konzern habe keine Vorbereitungen zum Verkauf werthaltiger Tochtergesellschaften getroffen, kein Vorwurf erblickt werden. Werthaltig sind in der Regel diejenigen Gesellschaften, die nachhaltig einen hohen free cash flow produzieren. Eine häufige Methode zur Unternehmensbewertung ist denn auch die "Discounted cash flow Methode" (DCF-Methode). Der Verkauf einer werthaltigen Tochtergesellschaft verbessert zwar oft die Bilanz, weil der Erlös häufig über deren Buchwert liegt. Er hat auch einen hohen einmaligen Cash-Zufluss zur Folge. In der Regel bewirkt er aber gleichzeitig einen Verlust von zukünftigem Free Cashflow, ausser der Erlös könne sofort in ein gleich produktives System investiert werden. Ein solcher Verkauf sollte daher in der Re-

gel nur vorgenommen werden, wenn der Erlös zur Abdeckung von dringenden Cash Needs unbedingt erforderlich ist.

5.2. Position der Angeklagten

Die Angeklagten bestreiten, dass keine Vorbereitungen zum Verkauf werthaltiger Tochtergesellschaften getroffen worden waren. Wie der Verteidiger des Mitangeklagten B._____ im einzelnen darlegt, wurden bezüglich mehrerer Tochtergesellschaften Verkäufe geprüft und zum Teil auch vorbereitet (DG060086 HD act. 53 S. 52 f.).

5.3. Würdigung

Offensichtlich hing die Frage, welche Tochtergesellschaften sinnvollerweise verkauft würden, mit der weiteren Frage zusammen, ob die Dual Strategie vollständig aufgegeben werden sollte. Dies erachtete CU._____ als notwendig (EB._____ vom 2. März 2001: KA 18 act. 000908 S. 27). Im Gegensatz dazu hielt BK._____ eine Weiterführung der Dual Strategie für möglich (Bericht vom 23. März 2001 S. 3 ["focus on ... versus services or both"] und S. 8). Letztlich entschloss sich der Verwaltungsrat am 24. März 2001, eine (redimensionierte) Dual-Strategie weiter zu verfolgen, und damit auf den Verkauf von CK._____ und DY._____ zu verzichten, vorausgesetzt, dass sie finanziert werden könne (KA 9 act. 200342 S. 7). Dass der Verkauf von Tochtergesellschaften die einzige Möglichkeit zur Beschaffung flüssiger Mittel war und dass die oben erwähnte Restrukturierung der ...-lease dazu nicht auch geeignet war (vgl. oben Ziffer 4.8.2), behauptet die Staatsanwaltschaft nicht. BK._____ sah in der Reduktion der überdimensionierten Flotte eine hohe Priorität ("Resolving excess fleet capacity has high priority" [Bericht vom 23. März 2001 S. 6]). Die Staatsanwaltschaft hat nicht dargelegt, dass und gegebenenfalls in welchem Umfange Verkäufe von Tochtergesellschaften im März 2001 schon zwingend vorbereitet sein mussten, um die Fortführung des Konzerns zu sichern. Demnach ist daraus auch kein Vorwurf abzuleiten. Im Nachhinein betrachtet mag es zwar sein, dass bei Aufgabe der Dual-Strategie und konsequenten Verkäufen von Tochtergesellschaften der ...-betrieb den 11. September 2001 aus eigener Kraft (mindestens länger) hätte überleben kön-

nen, was die Wahrscheinlichkeit einer Rettung erhöht hätte, weil mehr flüssige Mittel vorhanden gewesen wären. Dies ändert aber nichts daran, dass die Angeklagten im Frühling 2001 ein Ereignis mit solchen Auswirkungen nicht in ihre Überlegungen einbeziehen mussten.

6. Motiv der Umgehung der Publizitätsvorschriften

6.1. Mit Bezug auf die R. _____

6.1.1. Die Staatsanwaltschaft bringt vor, dass die R. _____ (vorerst) eine Überschuldung ausgewiesen hätte, wenn die gesamten Rückstellungen von Fr. 2'493 Mio. auf Stufe R. _____ verbucht worden wären. Eine bilanzielle Sanierung der R. _____ hätte in der Folge nur durch die Auflösung stiller Reserven nach Art. 670 OR erfolgen können, was der Öffentlichkeit – im Gegensatz zum versteckten Sanierungsversuch auf Stufe AV. _____ – nicht verborgen geblieben wäre (P-STA/2 S. 53 f., S. 61).

6.1.2. Die Angeklagten bringen vor, dass letztlich allein steuerliche Aspekte für die Zuordnung der Rückstellungen massgebend waren.

6.1.3. Die Argumente der Staatsanwaltschaft sind nicht von der Hand zu weisen. So existiert in den Akten ein E-mail des Revisionsleiters CD. _____ von der BP. _____ an seine Mitarbeiter CE. _____ und CU. _____ vom 27. Februar 2001. Darin fasst er laut eigenem Bekunden eine Lösung für das HB I der R. _____ zusammen, die er im Anschluss an Diskussionen mit dem Angeklagten und CW. _____ von der R. _____ entworfen hat. In den Überlegungen findet sich explizit der Satz „R. _____ Holdings statutory financial statements are published in the Geschäftsbericht and are the basis for dividend payments to the shareholders. The client intends not to show a revaluation reserve“ (act. 200318). Auch die vom Verteidiger des Mitangeklagten B. _____ ins Feld geführte Beilage 13 zum Bericht BM. _____ vom 21. November 2006 beweist nichts anderes (DG060086 HD act. 53 S. 37 und 60). Nach Ansicht dieses Verteidigers ergibt sich daraus, dass die Zuordnung der Rückstellungen auf Stufe R. _____ zu teuer gekommen wäre (handschriftliche Anmerkung: "Too expensive, would give rise to stamp duty and

withholding tax"). Dies überzeugt nicht. Die handschriftliche Anmerkung bezieht sich wohl nicht auf die Buchung der Rückstellungen und die Aufwertung im Sinne von Art. 670 OR, sondern vielmehr auf die anschliessend geplante Eliminierung von Aufwertungsreserve und Bilanzverlust durch Erhöhung und Wiederherabsetzung des Aktienkapitals. Dieses Dokument deutet somit auch darauf hin, dass es ein Motiv war, letztlich keine Aufwertungsreserve ausweisen zu müssen. Umgekehrt ist aber auch festzuhalten, dass die Finanzkommission am 17. März 2001 die Bildung von Rückstellungen auf Stufe R._____ begrüsst und zwar in Kenntnis der Problematik mit den Aufwertungsreserven, die nach damaligem Plan durch Beschlüsse der Generalversammlung wieder hätten eliminiert werden sollen (KA 9 act. 200331 S. 6). Auch bei dieser Lösung wäre also die Aufwertungsreserve letztlich wieder eliminiert worden, was zweifellos angestrebt wurde. Den Aktionären wäre die Aufwertungsreserve und ihr Betrag aber vorher gezeigt worden. Das Motiv, in der Bilanz letztlich keine Aufwertungsreserve ausweisen bzw. behalten zu müssen, ist somit lediglich ein Indiz dafür, dass die Aufwertungsreserve vor der Generalversammlung geheim gehalten werden wollte. Für die Finanzkommission war es am 17. März 2001 offenbar kein Bestreben, die Aufwertungsreserven vor den Aktionären zu verheimlichen. Letztlich kann indessen offen bleiben, welcher von den Angeklagten sich welche Überlegung gemacht hat, denn auf die aktuelle finanzielle Situation von R._____ und AV._____, um die es hier primär geht, kann das Motiv keinen Einfluss haben.

6.2. Mit Bezug auf die AV._____

Auch mit Bezug auf die AV._____ macht die Staatsanwaltschaft geltend, an Stelle einer „offenen Sanierung“ mit Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) habe „still“ saniert werden wollen (P-STA/2 S. 49 mit Verweisung auf KA 9 act. 200335 S. 5). Sie stützt sich dabei auf entsprechende, untechnische Formulierungen der betreffenden Version des Antrages 6/01 und übernimmt diese zulasten der Angeklagten unkritisch. Damit suggeriert die Staatsanwaltschaft, auch hier habe eine Publizitätsvorschrift umgangen werden wollen. Dies trifft indessen nicht zu. An der angegebenen Stelle im Antragsentwurf 6/01 wurde vorab die Möglichkeit einer Aktienkapitalerhöhung (Art. 650 OR) der AV._____ ins Auge

gefasst. Diese hätte tatsächlich zu einer Publikation im SHAB geführt, allerdings nicht wegen des Sanierungscharakters, sondern weil die Kapitalerhöhung zu einer Änderung des Handelsregistereintrages geführt hätte und eine solche zu publizieren ist (Art. 652h OR, Art. 931 Abs. 1 OR). Das schweizerische Aktienrecht schreibt nicht vor, dass Sanierungstransaktionen an sich im SHAB zu publizieren sind. Es erwähnt gegenteils den Kapitalschnitt (Herabsetzung des Aktienkapitals mit gleichzeitiger Wiedererhöhung durch voll einzubezahlendes Kapital auf den ursprünglichen Betrag) als zulässige (Rekapitalisierungs-)Massnahme (Art. 732 Abs. 1 OR). Zu einer Publikation führt der Kapitalschnitt indessen nicht. Dabei dürften Hauptanwendungsfälle des Kapitalschnittes Sanierungen sein.

7. Pflichtverletzungen nach Art. 725 OR ?

7.1. Mit Bezug auf AV. _____

7.1.1. Die Anklage wirft den Angeklagten namentlich vor, sie hätten die Leistungen (Sacheinlage/Forderungsverzicht) vorgenommen, ohne die Auswirkungen einer Bilanzdeponierung nach Art. 725 Abs. 2 OR oder einer Nachlassstundung der AV. _____ auf das Vermögen zu prüfen. Damit wird zwar explizit nicht gesagt, die Angeklagten hätten für die AV. _____ den Richter anrufen müssen. Doch im Bericht BM. _____ vom 27. Juni 2005 wird genau zum Vorwurf gemacht, dass für die AV. _____ keine Zwischenbilanz zu Veräusserungswerten erstellt worden sei, sondern unter Umgehung des Richters direkt Sanierungsmassnahmen beschlossen worden seien. Dies sei unzulässig gewesen, weil gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung dafür eine echte betriebswirtschaftliche Sanierung erfolgen müsse. Eine rein finanzielle Umstrukturierung erfülle diese Anforderungen nicht. BM. _____ verweist dazu auf BGE 116 II 541 (KA 15 act. 200600 S. 12).

7.1.2. Vorab ist festzuhalten, dass es sich hier um eine reine Rechtsfrage handelt. Auch die Meinung eines rechtsgültig bestellten Experten zu dieser Frage hätte also niemals Beweiswert, sondern höchstens Überzeugungswert. Der Rechtsauffassung von BM. _____ ist indessen nicht zu folgen. Sie schliesst aus der Möglichkeit, dass überschuldete Gesellschaften weiter existieren dürfen, wenn Aussicht auf echte Sanierung besteht, dass es nicht zulässig sein soll, eine Über-

schuldung sofort bilanziell zu beseitigen. Darum ging es indessen im zitierten, noch unter Art. 725 altOR ergangenen, BGE 116 II 541 nicht. Dieser befasste sich nämlich mit der Frage, ob der Verwaltungsrat einer überschuldeten, also auch nicht Bilanz sanierten, Aktiengesellschaft von der Anrufung des Richters absehen darf, wenn die Voraussetzungen eines Konkursaufschubes (Aussicht auf echte Sanierung) gegeben sind.

7.1.3. Die im Jahre 1992 in Kraft getretene Aktienrechtsreform hat im Bereich Bilanzdeponierung Neuerungen gebracht. Namentlich muss eine Überschuldung zu Fortführungs- und Veräusserungswerten bestehen (früher war allein die Zwischenbilanz zu Veräusserungswerten massgebend), im Falle eines genügenden Rangrücktrittes ist die Bilanz trotz Überschuldung nicht zu deponieren und die Revisionsstelle ist subsidiär zur Überschuldungsanzeige verpflichtet (Art. 725 Abs. 2 und Art. 729b Abs. 2 OR). Ob der Verwaltungsrat einer überschuldeten Aktiengesellschaft auch nach der Revision des Aktienrechtes noch die Möglichkeit hat, die Bilanz einer zu beiden Werten überschuldeten Gesellschaft nicht zu deponieren, wenn er von einer Sanierungsaussicht ausgeht, wird von einem Teil der Lehre mit guten Argumenten abgelehnt (BISchKG 2002 S. 166; AJP 2003 S. 1329 ff.). Letztlich spielt diese Frage aber vorliegend keine Rolle.

7.1.4. Der nach Art. 725 Abs. 2 OR angerufene Richter hat entweder den Konkurs zu eröffnen oder kann einen Konkursaufschub gewähren, wenn Aussicht auf echte Sanierung besteht (Art. 725a Abs.1 OR). **Beides** setzt indessen voraus, dass die betreffende Gesellschaft im Zeitpunkt des Entscheides sowohl zu Fortführungs- wie auch zu Veräusserungswerten nach wie vor überschuldet ist. Dem Richter ist es verwehrt, über eine Gesellschaft den Konkurs zu eröffnen mit der Begründung, sie sei zwar aktuell nicht mehr überschuldet, sei es aber gewesen und habe lediglich die Bilanz saniert. Auf die Deponierung der Bilanz tritt der Richter in einem solchen Fall gar nicht ein, womit auch die Frage des Konkursaufschubes entfällt (siehe auch Urteil des Bundesgerichtes vom 24. März 2005, 5P.61/2005 Erw. 4).

7.1.5. Es ist nicht verboten, eine bestehende Überschuldung sofort zu beseitigen. Art. 725 Abs. 2 OR sieht sogar ausdrücklich vor, dass die Bilanz trotz Überschul-

derung zu beiden Werten nicht zu deponieren ist, wenn Gesellschaftsgläubiger im Ausmass dieser Unterdeckung im Rang hinter alle anderen Gesellschaftsgläubiger zurücktreten (Rangrücktritt). Der Rangrücktritt ist aber sicher keine echte betriebswirtschaftliche Sanierung. Bilanziell gesehen ist er nicht einmal geeignet, die Überschuldung zu beseitigen. Dies im Gegensatz zu einem genügenden Forderungsverzicht oder einem genügenden Kapitaleinschuss. Das Gesetz erwähnt den Rangrücktritt aber auch nicht deshalb, weil er in irgendeiner Art sinnvoller wäre als ein Forderungsverzicht oder ein Kapitaleinschuss. Das Gesetz erwähnt den Rangrücktritt ohne weitere Voraussetzungen (also namentlich ohne dass die Frage einer Aussicht auf echte Sanierung zu prüfen wäre) als Möglichkeit, trotz weiterbestehender Überschuldung den Richter nicht anrufen zu müssen. Dass vor einer Bilanzdeponierung alle Möglichkeiten ausgeschöpft werden, eine allfällig bestehende Überschuldung sofort wieder zu beseitigen, setzt das Gesetz als selbstverständlich voraus (der Gedanke ergibt sich auch aus Art. 670 OR).

7.1.6. Es ist deshalb mit Druey davon auszugehen, dass auch die finanziellbilanzielle Sanierung geeignet ist, die Überschuldung zu beseitigen und in diesem Fall von der Benachrichtigung des Konkursrichters entbindet oder diesen veranlasst, den schon pendenten Fall abzuschreiben (Guhl/Druey, 9. Auflage, Zürich 2000 § 66 N 32). Selbst wenn also mit der angeklagten Transaktion eine selbstständig bestehende Überschuldung beseitigt worden wäre, wäre der Verwaltungsrat nicht verpflichtet gewesen, die Bilanz der AV._____ zu deponieren. Solches wäre nach der Restrukturierung viel mehr gar nicht mehr möglich gewesen.

7.1.7. Der Vollständigkeit halber ist anzufügen, dass die Pflichten gemäss Art. 725 Abs. 2 OR unentziehbar und undelegierbar beim Verwaltungsrat liegen (Art. 716a Ziff. 7 OR). Soweit ersichtlich war jedoch keiner der unter dem Anklagepunkt Restrukturierung angeklagten Personen je Mitglied des Verwaltungsrates der AV._____.

7.2. Mit Bezug auf R._____ (gilt aber auch für AV._____)

Im Plädoyer, nicht aber in der Anklage, wird den Angeklagten auch vorgeworfen, sie hätten nach Art. 725 Abs. 2 OR die Pflicht gehabt, eine Zwischenbilanz zu

Veräusserungswerten der R._____ zu erstellen (P-STA/2 S. 45, 51 und 69). Im Plädoyer behauptet die Staatsanwaltschaft denn auch, es habe eine begründete Besorgnis einer Überschuldung bestanden (P-STA/2 S. 69). Mit dieser Behauptung übersieht sie, dass Art. 725 Abs. 1 OR zunächst darauf abstellt, ob die letzte **Jahresbilanz** eine qualifizierte Unterdeckung aufweist. Damit ist aber unzweifelhaft die Jahresbilanz in ihrer endgültigen, geprüften Ausgestaltung gemeint, und nicht eine erste Rohbilanz. Eine solche qualifizierte Unterdeckung wiesen die geprüften Jahresbilanzen von R._____ und AV._____ indessen nicht auf (KA 8 act. 200286, KA 10 act. 200354). Ist keine solche Unterdeckung vorhanden, kann im selben Zeitpunkt auch keine begründete Besorgnis der Überschuldung im Sinne von Art. 725 Abs. 2 OR bestehen. Selbst wenn aber von begründeter Besorgnis einer Überschuldung auszugehen gewesen wäre, muss eine Zwischenbilanz zu Veräusserungswerten nur erstellt werden, wenn eine solche zu Fortführungswerten eine Überschuldung zeigt (BSK OR II-Hanspeter Wüstiner, 2. Auflage 2002, Art. 725 N 38, davon geht auch BM._____ in seinem undatierten Bericht über das Bestehen eines Financial oder Economical Distress etc. aus [KA 16 act. 200700 S. 7]). Wie nun aber eine Zwischenbilanz zu Fortführungswerten im Frühjahr 2001 massiv anders hätte aussehen sollen als die gerade erstellte Jahresbilanz 2000, in der noch diverse Informationen als Events after Closing zu berücksichtigen waren, ist nicht ersichtlich. Die Zwischenbilanz zu Fortführungswerten ist ja auf der Grundlage der letzten Jahresbilanz unter Berücksichtigung aller Geschäftsvorfälle bis zum Stichtag, einschliesslich derjenigen, welche begründete Besorgnis zu einer Überschuldung gegeben haben, zu erstellen (BSK OR II-Hanspeter Wüstiner, a.a.O., Art. 725 N 36). Demnach bestand für die Angeklagten keine Pflicht, im Frühjahr 2001 eine Zwischenbilanz der R._____ zu Veräusserungswerten zu erstellen. Selbst wenn sie eine solche erstellt hätten und diese eine Überschuldung gezeigt hätte, hätten sie die Bilanz nicht deponieren können, wenn die Zwischenbilanz zu Fortführungswerten noch keine Überschuldung gezeigt hätte.

8. Nachlassstundung als richtige Lösung im Frühling 2001?

Im Plädoyer zum Anklagepunkt Restrukturierung wird den Angeklagten auch vorgeworfen, sie hätten anstatt im Frühling 2001 die Restrukturierung vorzunehmen, "das gebotene Gesuch" um Nachlassstundung vorbereiten müssen (P-STA/2 S. 47, richtigerweise Gesuche für einige Konzerngesellschaften, nachdem ein Gesuch für den Konzern nicht möglich ist). Dieses Vorbringen geht an der Anklage vorbei, denn darin wird dem Mitangeklagten W. _____ vorgeworfen, das Gesuch um Nachlassstundung hätte sofort nach dem 17. September 2001 vorbereitet und bis zum 24. September 2001 eingereicht werden müssen (Anklage S. 71).

9. Überschuldung der AV. _____ per 31. Dezember 2000 vor Forderungsverzicht und Sacheinlage ?

9.1. Standpunkt der Staatsanwaltschaft

Gemäss Anklage wies die AV. _____ per 31. Dezember 2000 eine Überschuldung wie folgt auf:

Aktienkapital	Fr.	400'000'000.--
+ Agio-Reserven	Fr.	+ 127'045'132.--
- Verlustvortrag	Fr.	- 266'539'383.--
- Jahresverlust	Fr.	- 2'541'774'830.--
Total EK vor Restrukturierung (=Überschuldung)	Fr.	- 2'281'269.081.---

Wie die Staatsanwaltschaft auf diese Zahlen kommt, ist aufgrund des geprüften Jahresabschlusses der AV. _____ per 31. Dezember 2000 ohne weiteres nachvollziehbar (KA 8 act. 200286 S. 3). Die in dieser geprüften Bilanz ausgewiesenen Zahlen werden um die positiven Auswirkungen von Forderungsverzicht und Sacheinlage korrigiert. Dies erklärt die in der Anklage enthaltenen Zahlen wie folgt: Die ausgewiesenen Fr. 400'000'000.-- Aktienkapital werden unverändert aus der geprüften Bilanz übernommen. Die ausgewiesenen Agio-Reserven von Fr. 1'974'703'819.-- werden um den Buchwert der Sacheinlage von Fr. 1'847'658'687.-- reduziert, was den angegebenen Betrag von Fr. 127'045'132.-

ergibt. Der ausgewiesene Verlustvortrag von Fr. 266'593'383.-- wird unverändert übernommen. Der ausgewiesenen Jahresverlust von Fr. 1'815'085'124.-- wird um den Betrag des Forderungsverzichtes von Fr. 726'689'706.-- erhöht, was den angegebenen Betrag von Fr. 2'541'774'830.-- ergibt.

9.2. Standpunkt der Angeklagten

Die Angeklagten machen geltend, dass im Rahmen des Jahresabschlusses 2000 entschieden worden sei, Rückstellungen von Fr. 2'702 Mio. auf Stufe AV. _____ zu buchen, die zum grössten Teil ebenso gut auf Stufe R. _____ hätten gemacht werden können. Die Buchung der Rückstellungen auf Stufe AV. _____ und der Ausgleich durch Forderungsverzicht und Sacheinlage seien untrennbar miteinander verknüpft gewesen. AV. _____ sei deshalb vor der Restrukturierungstransaktion nicht überschuldet gewesen und im Rahmen der Transaktion höchstens für eine logische Sekunde (HD act. 47 S. 29 f., DG060079 HD act. 61/2A S. 7 f.). Sie verweisen dazu namentlich auf die von den Mitangeklagten L. _____ und B. _____ eingereichten Privatgutachten von BT. _____ und BU. _____ vom 22. Mai 2006 betreffend AH. _____ Transaktion (DG060081 HD act. 24/1 mit Beilagen DG060081 HD act. 24/1/1 bis 24/1/21), nachfolgend "AH. _____-Gutachten BT. _____/BU. _____") und vom 16. November 2006 betreffend Restrukturierungshandlungen im Frühjahr 2001 (DG060081 HD act. 23 = DG060086 HD act. 22, nachfolgend "Restrukturierungs-Gutachten BT. _____/BU. _____"). Verwiesen wird von den Verteidigern zum Teil auch auf eine Stellungnahme vom 7. Dezember 2006 zu den Expertenberichten der Firma BM. _____ consulting, CX. _____, welche der Verteidiger des Mitangeklagten I. _____ eingereicht hat (DG060084 HD act. 21, nachfolgend "Stellungnahme H. _____"). Mit Eingabe vom 24. Januar 2007 hat die Staatsanwaltschaft zu diesen Gutachten und der Stellungnahme H. _____ durch Dr. BM. _____ schriftlich Stellung genommen (HD act. 39B).

9.3. Vermögenssituation der AV. _____ vor Nachtragsbuchungen

Auch Dr. BM. _____ geht davon aus, dass AV. _____ vor Vornahme von Nachtragsbuchungen, worunter auch die genannten Rückstellungen fallen, ein Eigenkapital (Aktivenüberschuss) von Fr. 192'340'000.-- aufwies, mithin also nicht überschuldet war (Expertenbericht zur Sanierung der AV. _____ AG S. 6 [KA 15 act. 200600]), so auch die von Dr. BM. _____ erstellte Übersicht AV. _____: Nachtrags-, Sanierungs- und Abschlussbuchungen zur Jahresrechnung 2000 [KA 8 act. 200288]). Wie die Rückstellungen zuzuordnen sind, ist daher von entscheidender Bedeutung für die Frage einer allfälligen Überschuldung.

9.4. Nachtragsbuchungen ohne Zusammenhang mit der Restrukturierung

Im Rahmen der Abschlussbuchungen wurden bei den Aktiven der AV. _____ die folgenden Wertanpassungen vorgenommen: Die Beteiligung AU". _____ wurde um Fr. 294 Mio. aufgewertet. Aus einer Abgrenzung der Verluste BV. _____-Swap resultierte ein Minus von Fr. 64 Mio. Ein weiteres Minus von Fr. 1,6 Mio. resultierte aus einer anderen Wertberichtigung (Arbeitspapier BM. _____ [KA 8 act. 200288], Restrukturierungs-Gutachten BT. _____/BU. _____ [DG060081 HD act. 23 S. 20]). Damit betrug das Eigenkapital der AV. _____ Fr. 420'740'000.--, wenn weder Rückstellungen noch Forderungsverzicht und Sacheinlage berücksichtigt werden.

9.5. Die in Frage stehenden Rückstellungen

Betroffen sind einmalige Rückstellungen von Fr. 2'423 Mio. unter dem Titel "... Beteiligungen" und eine Rückstellung von Fr. 609 Mio. unter dem Titel "AV. _____ ... B.V.". Die Rückstellungen unter dem Titel "... Beteiligungen" wurden letztlich im Betrag von Fr. 2'093 Mio. in der AV. _____ und im Betrag von Fr. 330 Mio. in der R. _____ verbucht (Jahresrechnung 2000 der R. _____: Ziffern 3 und 9 des Anhangs [KA 10 act. 200354]; Jahresrechnung 2000 der AV. _____: Ziffer 20 des Anhangs [KA 8 act. 200286 S. 6]). Die Rückstellung von Fr. 609 Mio. wurde vollständig in der AV. _____ verbucht. Zusammen mit der vorerwähnten Rückstellung von Fr. 2'093 Mio. ergibt sich daraus in der Bilanz der AV. _____ per 31. Dezember 2000 die Passivposition Rückstellungen "... Participations" im Betrag von Fr.

2'702 Mio. Die Höhe der Rückstellungen wird weder von der Staatsanwaltschaft noch von den Angeklagten in Frage gestellt.

9.6. Anteil der AV._____ aufgrund direkter Verpflichtung

9.6.1. Rückstellungen "... Beteiligungen" von Fr. 2'493 Mio.

In seinem Expertenbericht zur Sanierung der AV._____ vom 27. Juni 2005 hat Dr. BM._____ keine eigene Meinung zur Aufteilung der Rückstellungen auf R._____ und AV._____ abgegeben. Vielmehr hat er angemerkt, es sei nicht ersichtlich, wer genau die entsprechenden Verbindlichkeiten eingegangen sei bzw. wer von den beiden Gesellschaften verpflichtet sei, die Rückstellungen zu bilden (KA 15 act. 200600 S. 8). In einer noch laufenden Untersuchung betreffend Fragen der Buchführung gab die Staatsanwaltschaft bei Dr. BM._____ einen Bericht zur Aufteilung der Rückstellungen auf R._____ und AV._____ in Auftrag. Dieser datiert vom 21. November 2006. Dr. BM._____ kommt darin zum Schluss, dass aufgrund der tatsächlich eingegangenen Verpflichtungen AV._____ Rückstellungen von nur Fr. 354 Mio. hätte bilden müssen (DG060079 HD act. 47 S. 80). Das Restrukturierungs-Gutachten BT._____/BU._____ geht davon aus, dass AV._____ sogar nur im Betrag von Fr. 84 Mio. direkt verpflichtete Partei war (DG060081 HD act. 23 S. 29). Die Stellungnahme H._____ geht von Fr. 272 Mio. aus (DG060084 HD act. 21 S. 38).

9.6.2. Rückstellung für AV._____ Europe B.V.:

Die Stellungnahme H._____ wie auch das Restrukturierungs-Gutachten BT._____/BU._____ gehen davon aus, dass die Rückstellung von rund Fr. 609 Mio. für die AV._____ Europe B.V. primär im Interesse der R._____ lag. Hauptgläubiger der AV._____ Europe B.V. war die R'._____ B.V. und zwar mit rund Fr. 1'200 Mio. R'._____ B.V. ihrerseits hatte Anleihen ausstehend, welche durch die R._____ garantiert waren (Restrukturierungs-Gutachten BT._____/BU._____ S. 29 N 132, Stellungnahme H._____ S. 33 ff.). Die Staatsanwaltschaft bzw. BM._____ nehmen zu diesen Aussagen weder in der Stellungnahme vom 24. Januar 2007 noch an der Hauptverhandlung Stellung.

9.6.3. Die Ausführungen von BT._____ und BU._____ sowie Dr. H._____ überzeugen und sind belegt. Es ist demnach davon auszugehen, dass die Rückstellung für die AV._____ Europe B.V. primär im Interesse der R._____ lagen. Der Vollständigkeit halber ist dazu Folgendes auszuführen. Während im Verhältnis von unabhängigen Geschäftspartnern Verträge ausgehandelt und abgeschlossen werden, die sich dann auf die Buchhaltung auswirken, wird im Konzern vielfach ein bestimmtes buchhalterisches Resultat gesucht und danach der entsprechende Vertrag zwischen den betroffenen Konzerngesellschaften abgeschlossen. So auch hier. Vorliegend wurde ein Vertrag gesucht, der die AV._____ Europe BV weiterhin aufrecht stehen liess und die Rückstellung in der AV._____ rechtfertigte bzw. dazu führen musste (VA N-2.3 act. 151094, Beilage 15). Wie aus Anklagepunkt II/1.3 b) ersichtlich, wurde dann in der Folge eine völlig untaugliche Rangrücktrittsvereinbarung aufgesetzt. Aus den Akten geht nicht hervor, ob auch andere Lösungen geprüft aber verworfen wurden, namentlich solche, bei denen das Passivum bei einer Obergesellschaft (z.B. AV._____) im Betrag von Fr. 609 Mio. zu einem entsprechenden Aktivum bei AV._____ Europe B.V. geführt und deren Überschuldung bilanziell beseitigt hätte.

9.7. Zwischenresultat

Selbst wenn also bei der Frage, in welchem Betrag die Rückstellungen zwingend bei der AV._____ zu buchen waren, auf Dr. BM._____ abgestellt wird, würde keine Überschuldung der AV._____ resultieren. Es ergäbe sich vielmehr ein Eigenkapital von rund Fr. 66'740'000.- (Fr. 420'740'000.- minus Fr. 354'000'000.-).

9.8. Standpunkt der Staatsanwaltschaft zur Frage der Verpflichtung

9.8.1. Die Staatsanwaltschaft weicht der Frage aus, ob die Verpflichtungen, für welche letztlich auf Stufe AV._____ Rückstellungen gebildet wurden, auch primär die AV._____ betroffen hätten. Der angesprochene Expertenbericht BM._____ vom 21. November 2006 sei vom vorliegenden Verfahren strikte zu trennen (DG060089 HD Prot. S. 202 f.). Indessen äussert sie sich, wenn auch nur generell abstrakt, darüber, bei welcher Gesellschaft die Rückstellungen zu bilden seien. Sie bringt vor, dass Rückstellungen Schulden gegenüber Dritten seien, dass

Rückstellungen bei derjenigen Gesellschaft auszuweisen seien, die tatsächlich und/oder rechtlich zur Zahlung verpflichtet sei und im Konzern kein Wahlrecht bestehe. Die Verbuchung der Rückstellungen in der Jahresrechnung der AV. _____ habe deren Überschuldung noch in gewaltigem Ausmass verschlimmert (P-STA/2 S. 52 bis 56).

9.8.2. Dieser Argumentation ist nicht zu folgen. Die Rückstellungen von Fr. 2'702 Mio. können nur dann in die Berechnung der Passiven der AV. _____ vor der Restrukturierung eingerechnet werden, wenn sie auch vorbestandene Verpflichtungen der AV. _____ betrafen. Ob es zulässig war, die Rückstellungen auf Stufe AV. _____ zu bilden, wenn die zugrunde liegenden Verpflichtungen die R. _____ betrafen, ist eine umstrittene Rechnungslegungsfrage und Fragen der Rechnungslegung hat die Staatsanwaltschaft im Rahmen dieser Anklage ausgeklammert. Um sie beantworten zu können bedarf es Fachwissen. Ohne ein Gutachten im Sinne von § 109 StPO kann sie nicht beantwortet werden. Hier offenbart sich das Problem der Untersuchungsbehörde, Anklage auf der Hypothese (Prämisse) zu erheben, die Rechnungslegung sei richtig, obwohl sie die Richtigkeit anzweifelt und darüber eine laufende Untersuchung führt.

9.8.3. Für die Frage, ob die AV. _____ vor der Restrukturierung überschuldet war, ist es aber nicht relevant, ob die Verbuchung der Rückstellungen auf Stufe AV. _____ zulässig war, weil es um den Zustand der AV. _____ vor der tatsächlichen Verbuchung dieser Rückstellungen geht. Betrafen die Verpflichtungen, für welche Rückstellungen zu bilden waren, aber nicht die AV. _____, scheitert nicht nur der Beweis, dass AV. _____ vor der Restrukturierung mit mindestens Fr. 2,28 Mia. überschuldet war, wie die Anklage behauptet, sondern auch der Beweis, dass AV. _____ damals überhaupt überschuldet war.

9.8.4. Im Restrukturierungs-Gutachten BT. _____/BU. _____ haben die Angeklagten deutlich den Standpunkt vertreten, dass die Rückstellungen grösstenteils primäre Verpflichtungen der R. _____ betrafen. Ebenfalls haben sie den Standpunkt vertreten, dass für die Verbuchung der Rückstellungen auf Stufe AV. _____ oder R. _____ (nicht bei einer beliebigen Konzerngesellschaft) ein Wahlrecht bestanden habe (Restrukturierungs-Gutachten BT. _____/BU. _____ S. 26 bis 35). Dieser

Standpunkt konnte der Staatsanwaltschaft nicht neu sein, hat sie doch der Verteidiger des Mitangeklagten I. _____ bereits mit Eingabe vom 16. September 2005 bzw. einer damit eingereichten Aktennotiz vom 15. September 2005 ausführlich und detailliert auf diesen Umstand aufmerksam gemacht (Aktennotiz zur AH. _____-Klage vom 15. September 2005, S. 5 ff., als solche nicht akturiert, hinter Einvernahme des Mitangeklagten I. _____ vom 30. August 2005 (VA G-12 act. 84440a) eingeordnet [Verweisung in VA RA 4 act. 172606]). Es ist daher nicht leicht verständlich, weshalb Anklage erhoben wurde, ohne dass dieser Punkt vorgängig abgeklärt worden war.

9.9. Trennbarkeit von Rückstellungen und Sacheinlage?

9.9.1. Unter Verweisung auf das Restrukturierungs-Gutachten

BT. _____/BU. _____ bringen die Angeklagten vor, die Allokierung der Rückstellungen auf Stufe AV. _____ sei durch den Forderungsverzicht und die Sacheinlagen finanziert worden. Die Allokierung der Rückstellungen sowie die entsprechenden Restrukturierungshandlungen seien untrennbar verknüpft gewesen und hätten nicht getrennt behandelt werden dürfen (Restrukturierungs-Gutachten BT. _____/BU. _____ S. 13 f. und S. 35).

9.9.2. Die Staatsanwaltschaft bringt vor, die Argumentation der Angeklagten, dass die Rückstellungen zusammen mit den zu deren Deckung notwendigen Aktiven in einem Paket in die AV. _____ transferiert worden seien, entbehre jeder Glaubwürdigkeit (P-STA/2 S. 56). Dieser Auffassung ist nicht zu folgen. Die Varianten im Antrag 6/01 zeigen im Gegenteil klar, dass die Sacheinlage nur zur Diskussion stand, wenn die Rückstellungen auf Stufe AV. _____ gebildet wurden. Bis zum endgültigen Entscheid waren nach wie vor andere Varianten denkbar. Wie die Anklage zu Recht selbst festhält, war noch bis ins letzte Drittel März 2001 in Betracht gezogen worden, die Rückstellungen auf Stufe R. _____ zu machen, womit eine entsprechende Rückstellung bei AV. _____ nicht vorgenommen worden wäre und für eine Sacheinlage kein Grund bestanden hätte. So war die Sacheinlage in den Anträgen vom 20. und 23. März 2001 auch nicht mehr vorgesehen (KA 9 act. 200333, act. 200335, act. 200336). Zur dort aufgezeigten Überschuldung der AV. _____ ist der Vollständigkeit halber anzuführen, dass sich diese unter Berück-

sichtigung der Rückstellung in der Höhe von Fr. 609 Mio. für AV._____ Europe B.V. ergab. War die Bildung der Rückstellungen auf Stufe AV._____ mit der Rekapitalisierung verknüpft, sind die Auswirkungen auch nur insgesamt und nicht getrennt zu beurteilen.

9.10. Sanierung oder Gegenleistung?

9.10.1. Es stellt sich die Frage, ob AV._____ nur deshalb rekapitalisiert wurde, weil sie Rückstellungen für Verpflichtungen der R._____ bildete. Darauf deutet indessen nichts hin. Anzunehmen ist, dass die Bildung der Rückstellungen auf Stufe AV._____ und der Ausgleich durch Forderungsverzicht und Sacheinlage genau gleich vorgenommen worden wäre, wenn die AV._____ verpflichtete Partei gewesen wäre, wie wenn die R._____ verpflichtete Partei war. Es gibt keinen Hinweis darauf, dass sich die Angeklagten bewusst waren, dass die Verpflichtungen, für welche Rückstellungen auf Stufe AV._____ gebildet wurden, grösstenteils die R._____ betrafen. Für das vorliegende Verfahren ist die Frage aber relevant. War die AV._____ verpflichtet, hatten Forderungsverzicht/Sacheinlage Sanierungscharakter. War R._____ verpflichtet, waren Forderungsverzicht/Sacheinlage Gegenleistung für die Übernahme der Rückstellungen. Zu Gunsten der Angeklagten und in Übereinstimmung mit dem Expertenbericht BM._____ über die Zuweisung der Rückstellungen (DG060079 HD act. 47 S. 80), ist davon auszugehen, dass Forderungsverzicht und Sacheinlage grösstenteils Gegenleistungscharakter hatten.

9.10.2. Nicht ersichtlich ist, dass R._____ gegenüber den Steuerbehörden aufzeigte, dass AV._____ Rückstellungen für Verpflichtungen der R._____ gebildet hatte und Forderungsverzicht und Sacheinlage somit Gegenleistungscharakter hätten haben können. Im Memorandum vom 28. März 2001, das von den Steuerbehörden gegengezeichnet ist, wie auch in einem Schreiben vom 13. Juli 2001 wird die AV._____ per 31. Dezember 2000 den Steuerbehörden gegenüber vielmehr so dargestellt, wie es die Anklage tut. AV._____ wird als hoch überschuldetes Sanierungsobjekt dargestellt (KA 9 act. 200349 S. 1 f.; DG060081 HD act. 24/11 S. 3).

9.11. Die Bedeutung der Protokolle vom 2. März 2001

9.11.1. In der Sitzung der Finanzkommission vom 2. März 2001 informierte der Angeklagte die Mitglieder der Finanzkommission darüber, dass AV._____ per Ende Geschäftsjahr 2000 ein negatives Eigenkapital von Fr. 2'080 Mio. aufweisen würde und damit gemäss Art. 725 Abs. 2 OR überschuldet sei (KA 9 act. 200320 S. 7). Offensichtlich ist, dass dies auf der Annahme beruhte, die Rückstellungen würden definitiv auf Stufe AV._____ gebildet, worüber der Verwaltungsrat ja erst am 24. März 2001 entschied. Dies ergibt sich auch aus dem Protokoll der Verwaltungsratssitzung vom gleichen Datum. Dort wird ausgeführt, dass AV._____ rekapitalisiert werden müsse, weil sie infolge der hohen Rückstellungen ein negatives Eigenkapital aufweisen würde (KA 9 act. 200321 S. 3). Die Rückstellungen waren ihr aber am 2. März 2001 noch gar nicht definitiv zugeordnet. Aus den besagten Protokollen lässt sich also keine Überschuldung der AV._____ per 2. März 2001 ableiten.

9.11.2. In diesem Zusammenhang schreibt Dr. BM._____ in seiner Stellungnahme vom 24. Januar 2007 zum Restrukturierungs-Gutachten BT._____/BU._____ Folgendes: Die zu bildenden Rückstellungen hatten nichts mit der Sanierung zu tun; sie **ergaben sich** aus **bestehenden** Verpflichtungen aus den ...-Beteiligungen (act. 39B: Stellungnahme zum Bericht BT._____/BU._____ vom 16. November 2006, S. 4). Nachdem Dr. BM._____ in seinem Expertenbericht vom 21. November 2006 selbst zur Auffassung gelangte, dass es sich grösstenteils um Verpflichtungen der R._____ und nicht der AV._____ handelte, ist diese Aussage nicht mehr nachvollziehbar, bezieht sich seine Aussage vom 24. Januar 2007 doch auf Rückstellungen bei der AV._____. Als unbewiesen oder falsch ist aber auch die Aussage in der Anklage zu werten, die aus dem Geschäftsjahr 2000 resultierenden Verluste der BF._____ Gruppe, der P._____ und der französischen Gesellschaften hätten vollständig, d.h. auch die Anteile der Dritteigentümer, durch die AV._____ übernommen werden müssen (Anklage S. 13).

9.12. Die Bedeutung der Off-Balance-Sheet Verpflichtungen von Fr. 5'660 Mio.

9.12.1. In Beilage 8 zu seiner Stellungnahme vom 24. Januar 2007 zum Restrukturierungs-Gutachten BT._____/BU._____ und zur Stellungnahme H._____, bringt BM._____ erstmals Off-Balance-Sheet Verpflichtungen von Fr. 5'660 Mio. ins Spiel, die den inneren Wert von AV._____ in genau diesem Betrag reduzieren sollen (act. 39B, Beilage 8). Letztlich soll ein negativer innerer Wert der AV._____ von Fr. 1'994 Mio. nach Restrukturierung vorhanden sein. Ein Gedanke, der sich aus der Anklageschrift nicht ergab. Erklärende Ausführungen fehlen weitgehend. In der Stellungnahme zum Bericht BT._____/BU._____ bricht BM._____ seine Ausführungen nach der Einleitung: "Wie die Berechnung in Beilage 8 zeigt, wurde", sogar einfach ab (act. 42B: Stellungnahme zum Bericht BT._____/BU._____ vom 16. November 2006, S. 14). Die Staatsanwaltschaft integriert die Zahlen aus der genannten Beilage 8 in ihr Plädoyer (P-STA/2 S. 59 f.).

9.12.2. Offensichtlich ist, dass diese Off-Balance-Sheet Verpflichtungen direkt gar nicht die AV._____ betreffen. Fr. 3'324 Mio. davon betreffen alleine die BR._____ AG, die vor der Restrukturierung eine Tochter der R._____ war. Fr. 625 Mio. betrafen DY._____ und Fr. 925 Mio. die CY._____ Group. Wenn die Off-Balance-Sheet Verpflichtungen tatsächlich als Passiven zu berücksichtigen gewesen wären, hätten sie also in erster Linie den Wert der Sacheinlage herabgesetzt, also desjenigen Vermögens, das die R._____ gemäss Anklage entschädigungslos an die AV._____ übertrug. Das Argument der Off-Balance-Sheet Verpflichtungen trägt daher wenig zur Stützung der Anklage bei. Es würde sich gegenteils die Frage stellen, ob R._____ per saldo überhaupt noch Vermögen an die AV._____ übertragen hat.

9.12.3. BU._____ hat mit Schreiben vom 22. Februar 2007 auf die Stellungnahme von Dr. BM._____ vom 24. Januar 2007 und das Plädoyer von Staatsanwalt Hirt geantwortet. Dieses Schreiben reichte der Verteidiger des Mitangeklagten L._____ anlässlich seines Plädoyers ein (DG060081 HD act. 55). BU._____ legt in diesem Schreiben in plausibler Weise dar, dass Off-Balance-Sheet Verpflichtungen von der Gesellschaft zu bewerten und falls notwendig, dafür Rückstellun-

gen zu bilden seien. Nicht bilanzierten Leasingverbindlichkeiten würden auch Aktiven gegenüber stehen, vorliegend Dass keine Rückstellungen auf Leasingverbindlichkeiten notwendig gewesen seien, sei auch dadurch belegt, dass CS._____ bei der Prüfung der Konzernrechnung vom 30. Juni 2001 ein Restatement vorgeschlagen habe. Dabei seien Operating Leases in Financial Leases umklassiert worden, d.h. aus der "Ausserbilanz" in die Bilanz verbucht worden, ohne dass dies wesentliche Auswirkungen auf das Eigenkapital gehabt hätte (DG060081 HD act. 55 S.11 ff.). Diese Ausführungen erscheinen plausibler als die nicht näher begründete Ansicht von Dr. BM._____, dass alle Off-Balance-Sheet Verpflichtungen im jeweiligen Betrag ohne jeden Gegenposten als Passiven zu betrachten wären. Eine Aussage, die ohne jeden Bezug zu den konkreten Umständen, aus denen sich die Off-Balance-Sheet Verpflichtungen herleiten, gemacht wird. Die Grundlage für die Ansicht der Staatsanwaltschaft über die Behandlung der Off-Balance-Sheet Verpflichtungen ist also weder dargelegt noch ersichtlich, geschweige denn bewiesen.

9.13. Notwendigkeit eines amtlichen Gutachtens?

9.13.1. Bedarf es zur Feststellung oder tatsächlichen Würdigung eines Sachverhaltes besonderer Kenntnisse oder Fertigkeiten, so sind gemäss § 109 StPO Sachverständige beizuziehen. Die Pflicht zum Beizug eines Sachverständigen hängt dabei nicht davon ab, ob das mit der Sache befasste Justizorgan über besondere Sachkunde verfügt oder nicht. Massgebend ist vielmehr, ob die Feststellung und Beurteilung des rechtlich relevanten Sachverhalts besondere Kenntnisse erfordern. Ob dies der Fall ist, ist aufgrund eines objektiven Massstabes zu beurteilen, wobei dem Richter ein Ermessensspielraum zuzugestehen ist (Donatsch/Schmid, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, Zürich 2000, N 28 f. zu § 109; BGE 122 IV 160).

9.13.2. Aus der Tatsache, dass der Gesetzgeber in Art. 725 Abs. 2 OR der Gesellschaft aufträgt, bei begründeter Besorgnis der Überschuldung eine geprüfte Zwischenbilanz zu Fortführungs- und Liquidationswerten zu erstellen und es somit nicht dem Richter anheimstellt, aus etwelchen Buchhaltung- und anderen Unterlagen die Frage einer allfälligen Überschuldung zu klären, kann geschlossen wer-

den, dass der Gesetzgeber dem Richter diese Aufgabe eben gerade nicht überlassen will. Wenn die Staatsanwaltschaft sich also auf Zahlen stützen will, die den geprüften Abschlüssen widersprechen, hätten sie den Beweis dafür mit einem amtlichen Gutachten zu führen.

9.14. Zusammenfassung zum finanziellen Zustand der AV. _____ vor Sacheinlage und Forderungsverzicht.

Werden die Zahlen in den Abschlüssen 2000 in ihrer Höhe als korrekt angenommen, könnte nur von einer Überschuldung der AV. _____ per 31. Dezember 2000 ausgegangen werden, wenn diese Gesellschaft schon vor dem Restrukturierungsbeschluss Trägerin derjenigen Verpflichtungen war, für welche letztlich Rückstellungen im Betrag von Fr. 2'702 Mio. bei ihr gebildet wurden. Dies hat die Untersuchung nicht ergeben. Selbst wenn Rückstellungen im Betrag von Fr. 354 Mio. zwingend in der AV. _____ zu bilden gewesen wäre, wie dies Dr. BM. _____ in seinem Bericht vom 21. November 2006 annimmt, hätte dies noch keine Überschuldung der AV. _____ zu Folge gehabt. Daran ändert nichts, wenn mit der Staatsanwaltschaft davon auszugehen wäre, Rückstellungen für Verpflichtungen der R. _____ hätten nicht auf Stufe AV. _____ gebildet werden dürfen. Wenn die Staatsanwaltschaft hingegen die Richtigkeit der Zahlen an sich anzweifelt, hätte sie über den finanziellen Zustand der AV. _____ ein amtliches Gutachten erstellen und die Anklage auf eine andere Grundlage stellen müssen.

10. Tatvorwurf und Mitangeklagte

Dem Angeklagten wird zum Vorwurf gemacht, dass er den Antrag 6/01 ausarbeiten liess und diesen an der Verwaltungsratssitzung vom 24. März 2001 als "aus steuerlichen Gründen einzig praktikabler Weg" anpries. Dadurch habe er den Verwaltungsrat der R. _____ in seinem Willen, die Überschuldung von AV. _____ im Sinne des präsentierten Antrages zu beseitigen, bestärkt. Der Angeklagte wird als Mittäter zusammen mit den Mitgliedern des Verwaltungsrates angeklagt, denen die Mitwirkung am betreffenden Verwaltungsratsbeschluss vorgeworfen wird.

11. Vorwürfe in rechtlicher Hinsicht

11.1. Vorgeworfene Tatbestände

Die Anklage geht davon aus, dass unter den Anklagepunkten II/1.1 und 1.2 einheitlich umschriebene Verhalten der Angeklagten erfülle

- den Tatbestand der Gläubigerschädigung durch Vermögensverminderung im Sinne von Art. 164 Ziffer 1 StGB in Verbindung mit Art. 172 Abs. 1 StGB und
- den Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung im Sinne von Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 StGB

11.2. Frage der Konkurrenz

11.2.1. Es stellt sich die Frage, ob die Angeklagten, würde ihr Verhalten gleichzeitig beide Tatbestände erfüllen, auch beider Delikte schuldig zu sprechen wären oder ob einer der genannten Tatbestände den anderen konsumieren würde.

11.2.2. Gemäss herrschender Lehre stehen die beiden Tatbestände in Konkurrenz (BSK StGB II - Alexander Brunner, Art. 164 N 2). Gemeint ist offensichtlich ungleichartige Idealkonkurrenz. Eine solche liegt vor, wenn der Täter durch eine einzige Handlung oder auch durch ein „einheitliches zusammenhängendes Tun“ verschiedene nebeneinander anwendbare Tatbestände erfüllt (Rehberg/Donatsch, Strafrecht I, 7. Auflage Zürich 2001, S. 324).

11.2.3. Die Ansicht, dass diese beide Tatbestände in ungleichartiger Konkurrenz stehen, überzeugt, weil Täter und geschütztes Rechtsgut unterschiedlich sind. Art. 164 Ziff. 1 StGB schützt die Gläubiger vor dem Schuldner. Art. 158 StGB dagegen schützt eine Person (vorliegend den Schuldner) vor denjenigen Personen, welche über sein Vermögen Verfügungen treffen.

12. Exkurs: Aspekte des Konzerns

12.1. Vorbemerkung

Zentral für die Beurteilung der Anklagepunkte II/1.1 und 1.2 sind Fragen rund um den Konzern. Vorliegend wären die angeklagten Handlungen mit grosser Wahrscheinlichkeit gar nicht möglich und auch nicht notwendig gewesen, wenn die AU'_____ ein Stammhaus geblieben wäre. Die Folgen eines Cash Drain aus dem ...-geschäft hätten sich vielmehr direkt in den Büchern der alten AU"_____ niedergeschlagen. Es rechtfertigt sich daher, vorab einige grundsätzliche zur Fragen zur Rechtslage bei Sanierungen im Konzern kurz zu erörtern.

12.2. Zum Konzern

12.2.1. Das schweizerische Recht kennt kein umfassendes Konzernrecht. In diversen Erlassen wird der Konzern indessen angesprochen (Holdingprivileg gemäss diversen kantonalen Steuergesetzen, Gruppenbesteuerung gemäss Art. 22 Mehrwertsteuergesetz, etc.). Seit 1. Juli 1993 in Kraft sind zudem Art. 663e bis 663g OR, die sich explizit mit der Konzernrechnung befassen. Der Konzern wird also als zulässige Organisationsform vorausgesetzt.

12.2.2. Gemäss Art. 663e OR ist eine Konzernrechnung zu erstellen, wenn eine Gesellschaft durch Stimmenmehrheit oder auf andere Weise eine oder mehrere Gesellschaften unter einheitlicher Leitung zusammenfasst. Vorliegend ist klar, dass der R'_____ Konzern diese Voraussetzungen erfüllte und selbst als erfüllt betrachtete, namentlich indem er eine Konzernrechnung erstellte. Er drückte dies nach aussen auch bewusst aus, zum Beispiel indem die Holding den Firmenbestandteil „Group“ (in diesem Zusammenhang das englische Wort für Konzern) führte und das operative Leitungsgremium als Konzernleitung bezeichnet wurde. R._____ war oberste Holding und leitende Gesellschaft. Unter „R._____“ wurde landläufig aber wohl meist der Konzern, vielfach aber auch die AU._____ verstanden. Eine zentrale Rolle in diesem Konzern spielte das ...-geschäft. Dies ergibt sich aus dem Zweckartikel der R._____, der die Beteiligung an der AV._____ speziell erwähnt.

12.2.3. Das schweizerische Konzernrecht ist geprägt von einem dogmatisch letztlich nicht lösbaren Paradox (Peter Forstmoser, Haftung im Konzern, in: Charlotte M. Baer (Hrsg.), Vom Gesellschafts- zum Konzernrecht, Bern 2000, S. 97).

- Das Gesetz setzt den Konzern im Sinne einer *einheitlichen Leitung mehrerer Gesellschaften* explizit voraus, es nimmt daher auch in Kauf, dass im Zuge dieser einheitlichen Leitung die Interessen einer Einzelgesellschaft denen des Konzerns als Ganzes untergeordnet werden.
- Gleichzeitig aber verlangt der Gesetzgeber von den Exekutivorganen *aller* Aktiengesellschaften – auch der konzernverbundenen – das sie die grundlegenden organisatorischen, finanziellen und personellen Entscheide in *eigener Verantwortung und ausgerichtet auf das Eigeninteresse der eigenen Gesellschaft* zu fällen haben.

Von dem dem Konzern immanenten Gegensatz „wirtschaftliche Einheit und rechtliche Selbständigkeit“ interessiert den Betriebswirt vor allem die Konsequenzen aus dem ersten Aspekt, den Juristen diejenige aus dem zweiten. Beide können und dürfen aber bei ihren Untersuchungen nicht vergessen, dass dieser Gegensatz existiert, ansonsten die Ergebnisse zwangsläufig verfälscht werden (Sebastian Harsch, Die einheitliche Leitung im Konzern, Bern/Stuttgart/Wien 2005, S. 22).

12.2.4. Eine Pflicht, Geschäfte konzernmässig zu organisieren, besteht nicht. Es ist einer Organisation unbenommen, sämtliche Tätigkeiten in einer Gesellschaft zusammen zu fassen oder auf verschiedene Gesellschaften aufzuteilen. Sind alle Geschäftstätigkeiten in einer Gesellschaft zusammengefasst, erfolgen allfällige Quersubventionierungen zwischen rentablen und unrentablen Bereichen naturgemäss automatisch. Das Gesamtunternehmen trägt auch automatisch die Schulden, auch wenn sie nur in einem spezifischen Bereich entstanden sind.

12.2.5. Aus rechtlicher Sicht ist im Konzern grundsätzlich vom Trennungsprinzip auszugehen. Der Konzern ist als solcher nicht rechtsfähig. Er kann als solcher keine Rechte und Pflichten haben, auch wenn er es möchte. Träger von Rechten und Pflichten sind die einzelnen Konzerngesellschaften. Dies sagt aber nichts darüber aus, ob und inwiefern die einzelnen Konzerngesellschaften selbständig wirtschaftlich überlebensfähig sind. Es ist nicht verboten, Konzerngesellschaften zu gründen, die ausserhalb des Konzerns keinerlei Existenzchancen und keine Existenzberechtigung haben, also nur im Zusammenspiel mit anderen Konzern-

gesellschaften einen Sinn ergeben. Zwischen einzelnen Konzerngesellschaften bestehen meist verschiedenartigste Abhängigkeiten und oft auch Klumpenrisiken (wie zum Beispiel in der R. _____ ... B.V.).

12.2.6. Aus dem Trennungsprinzip ergibt sich zwangsläufig, dass sich der Gläubiger nur an seinen Schuldner, und nicht an die Unternehmensgruppe an sich halten kann (siehe Thomas Rebsamen, Die Gleichbehandlung der Gläubiger durch die Aktiengesellschaft, Freiburger Diss. 2004, N11). Dies schliesst aber nicht aus, dass in gewissen Rechtsverhältnissen bewusst auf die Situation des Konzerns Bezug genommen wird, namentlich bei Finanzierungsgeschäften. In Kreditverträgen und Anlehensbedingungen von Konzernobergesellschaften oder Konzernfinanzgesellschaften werden bei der Definition, was eine Vertragsverletzung (Default) darstellt, typischerweise auch Vorgänge in verbundenen Unternehmen berücksichtigt.

12.2.7. Sind die Auswirkungen eines bestimmten Ereignisses im Konzern zu prüfen, müssen daher alle Verflechtungen in Betracht gezogen werden, nicht nur die kapitalmässigen, sondern ebenso sehr die operativen, die rechtlichen, die finanzierungstechnischen, die haftungsmässigen etc.. Eine solche Prüfung kann daher nicht abstrakt anhand eines Lehrbuches, sondern nur unter Berücksichtigung der **konkreten Verhältnisse** erfolgen. Konsequenterweise hat der Vorsitzende in der Nichtzulassungsverfügung vom 5. Mai 2006 für die Schadensberechnung denn auch realistische Annahmen verlangt (HD act.1/9 S. 12).

12.3. Atypizität und Selektion des Anklagesachverhaltes

12.3.1. Wie Forstmoser feststellt, ist in der Lehre die Problematik der Vernachlässigung der Eigeninteressen von Konzerntochtergesellschaften im Interesse des Gesamtkonzerns und damit der Obergesellschaft ausführlich behandelt worden (Forstmoser, Haftung im Konzern, a.a.O., S. 115). Die Anklage befasst sich dagegen ausschliesslich mit dem atypischen Fall des Schutzes der Obergesellschaft und deren Gläubiger.

12.3.2. Der Zusammenbruch des R'._____ -Konzerns führte dazu, dass diverse Gesellschaften in Zwangsliquidationsverfahren gerieten. Neben der R._____ befinden sich in der Schweiz bekanntermassen auch die AV._____, die BR._____ AG, die CZ._____ AG und nicht zuletzt die AU"._____ in Nachlassliquidation. Über DA._____/DB._____ wurde der Konkurs eröffnet. Anzunehmen ist, dass sich auch im Ausland diverse ehemalige Konzerngesellschaften des R'_____ Konzerns in Zwangsliquidationsverfahren befinden, namentlich AV._____ Europe B.V. und R._____ ... B.V.. Interessen von Gläubigern dieser Gesellschaften werden in der Untersuchung und der Anklage vollkommen ausgeblendet. Komplette ausgeblendet bleiben auch die Interessen von Arbeitnehmern. Arbeitnehmer waren naturgemäss grösstenteils nicht bei der R._____ angestellt, sondern bei den operativen Gesellschaften, namentlich der AU"._____. Es ist daher immer vor Augen zu halten, dass diverse Gruppen mit Interessengegensätzen existierten und die Interessen der Gläubiger der Obergesellschaft R._____ nicht die einzig schützenswerten Interessen waren.

12.4. Aspekte der Sanierung im Konzern, namentlich die Berücksichtigung der Folgen einer Nichtsanierung infolge der Verflechtung der Konzerngesellschaften

Im Konzern ist für die Frage, unter welchen Umständen eine Konzerngesellschaft durch eine andere saniert werden darf, auch die konkrete Situation des betreffenden Konzerns entscheidend. Darüber, wie Konzerngesellschaften rechtlich und wirtschaftlich verflochten sind, können keine generellen Aussagen gemacht werden. Denkbar ist im Extremfall, dass der Konzern aus verschiedenen Gesellschaften besteht, die mit Bezug auf Lieferanten, Abnehmer, Infrastruktur und Finanzierung voll oder grösstenteils im Markt stehen und damit voneinander unabhängig sind (Konglomeratskonzern). In diesem Fall kann eine Konzernobergesellschaft den Kollaps einer Konzerngesellschaft theoretisch problemlos überleben, sieht man von einem möglichen Imageschaden ab. Denkbar ist im anderen Extremfall, dass ein einziger Gesamtproduktionsprozess arbeitsteilig derart auf Konzerngesellschaften verteilt ist, dass der Kollaps einer Gesellschaft zwangsläufig den Kollaps aller anderen mit sich bringt (Dominoeffekt). Hier besiegelt das Schicksal ei-

ner Gesellschaft das Schicksal aller anderen. Die Sanierung einer notleidenden Konzerngesellschaft wird dann zum notwendigen Akt der eigenen Existenzsicherung. Selbstverständlich sind zwischen den geschilderten Extremfällen allerlei Zwischenformen möglich. Den Kosten der Sanierung einer Konzerngesellschaft sind daher auch immer die Folgen einer Nichtsanierung bei den im betreffenden Konzern bestehenden konkreten Verhältnissen gegenüber zu stellen.

12.5. Haftung der R._____ gegenüber ihrer Subholding AV._____?

12.5.1. Wie Forstmoser überzeugend darlegt, ist die Haftung der Konzernobergesellschaft trotz einer reichlichen Literatur und trotz neuen Konzepten des Bundesgerichtes letztlich nach zwei Grundsätzen zu beurteilen, die seit je her galten (Forstmoser, Haftung im Konzern, a.a.O, S. 134 f.):

- Auszugehen ist von der rechtlichen Selbständigkeit einer jeden juristischen Person und somit auch davon, dass auch im Konzern grundsätzlich nur die Einzelgesellschaft für deren Verpflichtungen aus Vertrag, unerlaubter Handlung oder ungerechtfertigter Bereicherung einzustehen hat.
- Von diesem Grundsatz ist jedoch dann abzuweichen, wenn die Muttergesellschaft oder eine andere konzernverbundene Gesellschaft aufgrund von Treu und Glauben eine Verantwortung trifft bzw. – le revers de la medaille – wenn die Berufung auf die rechtliche Selbständigkeit der Tochtergesellschaft als missbräuchlich erscheint.

Die Untersuchung hat diejenigen Umstände nicht abgeklärt, welche diese Frage im Falle von R._____ und AV._____ beantworten liesse. In ihrem Plädoyer verneint die Staatsanwaltschaft auch eine konzernrechtliche Beistandspflicht ohne jegliche Begründung (P-STA/2 S. 67). Punktuell lässt sich dazu Folgendes sagen:

12.5.2. Gemäss Handelsregisterauszug wurde die AV._____ am tt. mm. 1997 gegründet. Ihr Aktienkapital betrug Fr. 400'000'000.–. Ihr Zweck besteht in Erwerb, Verwaltung und Veräussern von Beteiligungen, insbesondere im Bereich Die Sacheinlage-/Sachübernahmegründung erfolgte derart: Die Gesellschaft übernahm bei der Gründung gemäss Sacheinlage-/Sachübernahme-vertrag vom 16.12.1997 898'302 Namenaktien zu Fr. 250.– der BS._____ AG; 2'685'972'810 Namenaktien ohne Nennwert und 223'830'770 Partizipationsscheine ohne Nenn-

wert der P._____ SA; 260'000 Namenaktien zu ATS 1'000.– der BA._____; 2'500'000 Namenaktien zu US\$ 3.– der BV._____ Inc.; 8'000'000 Namenaktien zu SG\$ 1.– der DC._____ Ltd.; 2'700'100 Namenaktien zu INR 10.– der DD._____ Ltd.; 150'000 Namenaktien zu Fr. 1'000.– der AU._____ Aktiengesellschaft sowie 5'000 Namenaktien zu Fr. 1'000.– der DA._____/DB._____ AG. Im Gegenzug wurden dafür 400'000 Namenaktien zu Fr. 1'000.– ausgegeben und Fr. 425'382'396.– als Forderung gutgeschrieben.

12.5.3. Dies lässt Folgendes als wahrscheinlich erscheinen: Die AV._____ wurde als eine reine Holdinggesellschaft (Subholding) gegründet. Weil ihr Aktienkapital primär mit strategischen Beteiligungen liberiert wurde, erhielt sie bei ihrer Gründung keine liquiden Mittel, um Akquisitionen zu tätigen. Sie war im Gegenteil mit einer Schuld von Fr. 425'382'396.– belastet. Die ...-strategie als **Strategie des Konzerns** wurde also vermutlich mit Mitteln finanziert, welche die AV._____ weder selbst hatte noch selbst im Markt aufnahm. Es spricht alles dagegen, dass in solchen Fällen die Folgen des Abbruchs einer Konzernstrategie alleine bei dieser Gesellschaft hätte deponiert werden dürfen.

12.5.4. Gemäss provisorischer Bilanz per 31. Dezember 2000 (also noch vor Bildung der Rückstellungen und der Restrukturierung) betrug das Fremdkapital der AV._____ Fr. 1'155'712'433.–. Davon waren Fr. 1'116'727'550.– langfristige Darlehen der R._____ (KA 8 act. 200313: Bilanz und Anhang Ziffer 25). Entsprechend machen die Angeklagten geltend, R._____ sei zu 97% Gläubigerin der AV._____ gewesen (DG060082 HD act. 50 S. 20; DG060079 HD act. 61/2A S. 8; DG060086 HD act. 53 S. 54). Die Staatsanwaltschaft bestreitet diese Ansicht der Angeklagten und geht von einer Verschuldung von 4/5 gegenüber Konzernausstehenden aus. Darauf kommt sie, weil sie die Situation nach Rückstellungen betrachtet und davon ausgeht, Rückstellungen seien Schulden gegenüber Dritten (P-STA/2 S. 65).

Dieser Auffassung der Staatsanwaltschaft ist nicht zu folgen. Ob und gegenüber wem die AV._____ welche Verpflichtungen hatte, ist eine Rechtsfrage. Diese Rechtsfrage kann aber nur durch Würdigung der relevanten Tatsachen und nicht durch Interpretation von Buchhaltungszahlen beantwortet werden. Wie erwähnt,

wurden gerade diese Rückstellungen, aus denen die Staatsanwaltschaft die Schulden gegenüber Dritten ableitet, grösstenteils für die R._____ übernommen. Wenn beispielsweise AV._____ sich gegenüber R._____ verpflichtet, eine Schuld der R._____ an einen Gläubiger der R._____ zu zahlen, erhält der betreffende Gläubiger der R._____ damit noch keinen Anspruch gegenüber der AV._____. Vielmehr hat unter solchen Umständen R._____ einen Anspruch gegen AV._____, dass diese an den Dritten zahlt. Gläubiger von AV._____ wäre in einem solche Fall also die R._____ und nicht der Dritte. Es kann offen bleiben, ob die oben geschilderte Möglichkeit die Verhältnisse zwischen AV._____ und R._____ nach der Restrukturierung adäquat beschreibt. Jedenfalls bleibt die Staatsanwaltschaft den Beweis schuldig, dass R._____ nach der Restrukturierung nicht mehr einziger Grossgläubiger der AV._____ war.

12.5.5. Gemäss Übersicht über das Kollokationsverfahren der AV._____ im Zirkular Nr. 9 des Liquidators vom Dezember 2006 an die Gläubiger der AV._____, wurden in der Nachlassliquidation der AV._____ nur 18 Forderungen anerkannt ([www.liquidator-AU"._____ch](http://www.liquidator-AU)). Dies deutet darauf hin, dass die AV._____ nicht dazu bestimmt war, eigenständig im Geschäftsverkehr aufzutreten. AV._____ war damit wohl lediglich ein organisatorisches Hilfsmittel für die R._____, um das ...-Geschäft zu betreiben, wie dies auch BT._____/BU._____ vorbringen (Restrukturierungs-Gutachten BT._____/BU._____, S. 33).

12.5.6. Das Halten der Beteiligung an der AV._____ gehörte gemäss Zweckartikel der R._____ zu deren Gesellschaftszweck. Mit einer Aufgabe der AV._____ wäre dieser Zweckartikel verletzt worden.

12.5.7. Auch wenn die Situation, wie erwähnt, aufgrund des Aktenstandes nicht abschliessend beurteilt werden kann, deutet aufgrund der Umstände **des konkreten Falles** doch vieles darauf hin, dass R._____ aufgrund von Treu und Glauben eine Verantwortung gegenüber AV._____ traf. Wenn nun aber in solchen Fällen die **Berufung auf die rechtliche Selbständigkeit rechtsmissbräuchlich** ist, wie Forstmoser zu Recht ausführt, können Vermögensverschiebungen zwischen solchen Gesellschaften nicht gleichzeitig kriminell sein. Vieles deutet zudem auch darauf hin, dass R._____ aufgrund des eigenen finanziellen Zustandes sowie der

Verflechtungen und Rückkoppelungen einen Konkurs der AV. _____ ohnehin nicht hätte überstehen können

13. Vorwurf der Gläubigerschädigung durch Vermögensverminderung (Art. 164 Ziff. 1 StGB)

13.1. Tatbestand

Der Schuldner, der zum Schaden der Gläubiger sein Vermögen vermindert, indem er

Vermögenswerte beschädigt, zerstört, entwertet oder unbrauchbar macht,

Vermögenswerte unentgeltlich oder gegen eine Leistung mit offensichtlich geringerem Wert veräussert,

ohne sachlichen Grund anfallende Rechte ausschlägt oder auf Rechte unentgeltlich verzichtet,

wird, wenn über ihn der Konkurs eröffnet oder gegen ihn ein Verlustschein ausgestellt worden ist, mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder mit Gefängnis bestraft (Art. 164 Ziff. 1 StGB, Version bis 31. Dezember 2006).

wird, wenn über ihn der Konkurs eröffnet oder gegen ihn ein Verlustschein ausgestellt worden ist, mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft (Art. 164 Ziff. 1 StGB, Version ab 1. Januar 2007).

13.2. Tätereigenschaft

13.2.1. Schuldnerin im Sinne von Art. 164 StGB ist vorliegend die R. _____. Da es sich bei ihr um eine juristische Person handelt, wird das persönliche Merkmal der Schuldner-eigenschaft auf die Mitglieder der Gesellschaftsorgane oder deren Vertreter übertragen (BGE 131 IV 53 zu Art. 172 aStGB, Art. 29 lit. a StGB).

13.2.2. Der Angeklagte war als Finanzchef der R. _____ Organ im Sinne von Art. 29 lit. a StGB und für wesentliche Geschäftsführungsentscheide zuständig. Er kommt daher als Täter grundsätzlich in Frage.

13.3. Vorgeworfene Teilnahmeform

13.3.1. Die Anklage geht davon aus, der Angeklagte habe durch die ihm vorgeworfene Handlung (vgl. Ziff. 10 vorstehend) in Mittäterschaft mit den Mitgliedern des Verwaltungsrates für die R._____ unentgeltlich auf Rechte verzichtet und damit das Schuldnervermögen der R._____ zum Schaden ihrer Gläubiger vermindert. Gemäss Anklage erfolgte dieser "Verzicht auf Rechte" durch die auf S. 15 ff. der Anklageschrift umschriebene Reorganisation.

13.3.2. Mittäter ist, wer so genannte "Tatherrschaft" ausübt, d.h. wer bei der Entschliessung, Planung oder Ausführung des Deliktes vorsätzlich und in massgebender Weise mit anderen Tätern zusammenwirkt, so dass er als Hauptbeteiligter dasteht. Der Tatbeitrag begründet Tatherrschaft, wenn er nach den Umständen des konkreten Falles und dem Tatplan für die Ausführung des Deliktes so wesentlich ist, dass sie mit ihm steht oder fällt (BGE 133 IV 82; BGE 130 IV 58; BGE 126 IV 84)

13.3.3. Indem der Angeklagte als Finanzchef und Mitglied der Konzernleitung den Antrag 6/01 ausarbeiten liess und diesen an der Verwaltungsratssitzung vom 24. März 2001 als "aus steuerlichen Gründen einzig praktikabler Weg" anpries (KA 9 act. 200342 S. 8), leistete er zweifellos einen wesentlichen Tatbeitrag zur Durchführung der angeklagten Restrukturierung. Es ist davon auszugehen, dass dem Verwaltungsrat selbst das nötige Fachwissen fehlte und er sich demnach bei seinem Entscheid, die Restrukturierung antragsgemäss durchzuführen, weitgehend auf die Präsentation des Angeklagten verliess. Daran, dass der Angeklagte als Mittäter zu qualifizieren ist, ändert im Übrigen auch nichts, dass er am Reorganisationsbeschluss, welcher naturgemäss nur vom Verwaltungsrat gefällt werden konnte, selbst nicht mitwirkte. So steht ausser Zweifel, dass der Angeklagte diesen Beschluss jedenfalls mittrug.

13.4. Objektive Strafbarkeitsbedingung

13.4.1. Art. 164 StGB setzt im Sinne einer objektiven Strafbarkeitsbedingung voraus, dass über den Schuldner der Konkurs eröffnet worden ist (statt vieler: BSK StGB II - Alexander Brunner, Art. 164 N 10). Gemäss Art. 171 StGB gilt Art. 164

StGB Ziff. 1 StGB indessen auch, wenn ein gerichtlicher Nachlassvertrag angenommen und bestätigt worden ist.

13.4.2. Die R._____ schlug ihren Gläubigern einen Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung vor, den der Nachlassrichter am 20. Juni 2003 genehmigte (was voraussetzt, dass er von den Gläubigern mit den erforderlichen Mehrheiten gemäss Art. 305 SchKG angenommen worden war). Die objektive Strafbarkeitsbedingung ist daher erfüllt.

13.5. Tathandlung

Art. 164 StGB zählt abschliessend auf, welche vermögensvermindernden Handlungen strafbar sein können, wenn die übrigen Voraussetzungen erfüllt sind (Botschaft BBI. 1991 S. 1061; BGE 131 IV 52). Die Anklage geht davon aus, die R._____ habe mit den vorgeworfenen Handlungen im Sinne von Art. 164 StGB auf Rechte unentgeltlich verzichtet.

14. Objektiver Tatbestand

14.1. Veräusserung von Vermögenswerten/Verzicht auf Rechte

14.1.1. Vorab ist zu wiederholen, dass der Konzern als solcher nicht rechtsfähig ist (ZR 98 (1999) Nr. 52). Die einzelnen Konzerngesellschaften sind daher die Träger von Rechten und Pflichten und nicht nur Profitcenter innerhalb eines Rechtsträgers. Vermögensverschiebungen von einer Konzerngesellschaft an eine andere können daher grundsätzlich als Veräusserungen im Sinne von Art. 164 Ziff. 1 StGB gelten.

14.1.2. Die R._____ verzichtete im Nominalbetrag von Fr. 726'689'706.– auf Forderungen gegenüber der AV._____. Damit verzichtete sie zweifellos auf Rechte im Sinne von Art. 164 StGB (zur Frage der Unentgeltlichkeit siehe Ziff. 14.2. nachfolgend). Obwohl Rechte auch Vermögenswerte im Sinne von Art. 164 Ziff.1 Abs. 2 StGB darstellen (Botschaft BBI 1991 II S. 1060 f.), fällt ein Forderungsverzicht im Gegensatz zu einer Zession nach der hier vertretenen Auffassung nicht unter

Abs. 2, da nicht von einer Veräusserung (Weggabe eines nach wie vor existierenden Vermögenswertes) gesprochen werden kann.

14.1.3. Mit Bezug auf den Vorwurf, die R. _____ habe die betreffenden Beteiligungen in die AV. _____ eingebracht, stellt sich dagegen die Frage, ob nicht die Tatbestandsvariante „Vermögenswerte [...] veräussert“ die richtige wäre. Der Begriff der Vermögenswerte umfasst auch Rechte und Forderungen (Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Strafbare Handlungen gegen das Vermögen und Urkundenfälschung) BBl 1991 II S. 1060, nachfolgend „Botschaft 1991“). Beteiligungen an Aktiengesellschaften fallen demnach auch unter den Begriff des Vermögenswertes, unabhängig davon, ob sie in Wertpapieren verbrieft sind oder nicht. Veräussern bedeutet in diesem Zusammenhang wohl, etwas jemandem zu übereignen (Duden Synonymwörterbuch, 3. Aufl., Mannheim 2004). Auf Rechte verzichten dagegen bedeutet - vor allem im Zusammenhang mit Forderungen - diese aufzugeben (Duden, a.a.O.). Landläufig fällt auch die Nichtannahme eines Rechtes unter den Begriff Verzicht. Von Art. 164 StGB wird dieser Vorgang indessen mit „anfallende Rechte ausschlägt“ umschrieben. Zwangsläufig verzichtet auch derjenige auf etwas, der etwas übereignet, was aber im Allgemeinen nicht als Verzicht bezeichnet wird. Daher fällt die Übertragung von Beteiligungsrechten nicht unter den Begriff „verzichten“ sondern unter den Begriff „veräussern“. Indem die R. _____ die betreffenden Beteiligungen auf die AV. _____ übertrug, veräusserte sie Vermögenswerte im Sinne von Art. 164 StGB.

Dass die Anklage die unrichtige Tatbestandsvariante nennt, schadet nicht. Der Hinweis auf die Gesetzesbestimmung im Sinne von § 162 Ziff. 3 StPO hat keinen Gültigkeitscharakter (Donatsch/Schmid, StPO-Kommentar, Zürich 1996 - 2000, § 162 N 13). Die Wahl der falschen Tatbestandsvariante verletzt auch den Anklagegrundsatz nicht, wenn der massgebliche Sachverhalt so präzise umschrieben ist, dass die Vorwürfe im objektiven und subjektiven Bereich genügend konkretisiert sind (siehe Urteil des Bundesgerichts 6P.27/2003 vom 3. August 2003).

14.2. Unentgeltlichkeit der Veräusserung bzw. des Verzichtes

14.2.1. Es stellt sich die Frage, ob die Übertragung der Beteiligungen bzw. der Forderungsverzicht im Sinne von Art. 164 StGB unentgeltlich erfolgten. Dabei stellt sich vorab die Frage, wann von Unentgeltlichkeit zu sprechen ist.

14.2.2. Art. 164 StGB ist eine relativ neue Strafnorm, die im Rahmen einer Revision des Vermögensstrafrechtes per 1. Januar 1995 in Kraft trat (AS 1994 2290). Neu daran ist, wie erwähnt, dass diese Norm die Handlungen, welche das Vermögen des Schuldners in strafbarer Weise vermindern, abschliessend aufzählt (siehe oben Ziff. D 35.5.). Andere Verhaltensweisen, die das Vermögen des Schuldners vermindern, können den Tatbestand der Misswirtschaft (Art. 165 StGB) erfüllen, der eine Art Auffangtatbestand zu Art. 164 StGB darstellt (Botschaft 1991, BBI 1991 II S. 1061). Art. 163 aStGB, der sich unter anderem mit der strafbaren Vermögensverminderung des Konkursschuldners befasste, die Tathandlungen aber nicht abschliessend aufzählte, sah die Tathandlung „unentgeltliche Veräusserung von Vermögenswerten“ nicht vor. Vielmehr war von ihm jede Veräusserung von Vermögenswerten (damals noch als Vermögensstücke bezeichnet), die das Vermögen zum Nachteil der Gläubiger verminderte, erfasst. Bewährte Lehre und Praxis existieren für die Frage, wann von Unentgeltlichkeit zu sprechen ist, demnach nicht.

14.2.3. Denkbar ist, Unentgeltlichkeit anzunehmen, wenn die andere Partei keine direkte Gegenleistung erbrachte oder zu erbringen hat. Denkbar ist aber auch, Unentgeltlichkeit nur anzunehmen, wenn der betreffende Aktivenabgang auch keinen anderen Gegenwert zur Folge hat. Zur Illustration möge folgendes Beispiel dienen: Eine Muttergesellschaft leistet an ihre hundertprozentige Tochtergesellschaft einen à fonds perdu-Zuschuss der zur Folge hat, dass der Wert ihrer entsprechenden Beteiligung sich genau um den Betrag des Zuschusses erhöht. Scheitert in einem solchen Fall die Anwendung von Art. 164 StGB schon daran, dass keine unentgeltliche Veräusserung von Vermögenswerten vorliegt oder erst daran, dass trotz unentgeltlicher Veräusserung von Vermögenswerten keine Vermögensverminderung eintritt?

14.2.4. Die Beantwortung dieser Frage lässt sich nicht direkt aus BGE 131 IV 49, Erw. 1.3.3, der eine Darlehensrückzahlung betraf, herleiten. Dort konnte das Bun-

desgericht darauf verweisen, dass der Rückzahlung die frühere Leistung des Darlehens an den Schuldner gegenüber stehe. Zusätzlich argumentierte das Bundesgericht allerdings auch damit, dass der Zahlung im gleichen Umfang der Wegfall von Passiven gegenüber stehe. Somit sei sie weder unentgeltlich noch gegen eine Leistung mit offensichtlich geringerem Wert erfolgt. Der Wegfall der Passiven ist unter den geschilderten Umständen indessen eine Folge der Zahlung und keine Leistung der Gegenpartei. Damit prüfte das Bundesgericht die Auswirkungen auf den Vermögensstand (auch) bei der Frage, ob die Schuldnerin den Vermögenswert unentgeltlich oder gegen eine Leistung mit offensichtlich geringerem Wert veräußerte und nicht erst bei der Frage, ob aus dieser Veräußerung (dort Zahlung) eine Vermögensverminderung resultierte. Dem genannten Bundesgerichtsentscheid ist aber wohl zu entnehmen, dass bei einer Erfüllungshandlung die Frage der Unentgeltlichkeit nicht losgelöst vom Rechtsgrund geprüft werden kann. Schon der Rechtsgrund der Veräußerung muss so sein, dass die Veräußerung als unentgeltlich im Sinne von Art. 164 StGB erscheint. Art 164 Ziff. 1 Abs. 3 StGB lehnt sich stark an die „Schenkungs pauliana“ an (BGE 131 IV 48). Das Gebot der Gleichbehandlung der Gläubiger (siehe dazu ZR 104, 2005, Nr.78), das typischerweise bei Erfüllungshandlungen zu beachten ist, wird nicht über Art. 164 StGB, sondern über Art 167 StGB und Art. 288 SchKG (sogenannte „Deliktspauliana“) durchgesetzt.

Art.164 StGB setzt implizit zusätzlich voraus, dass der Schuldner den Rechtsgrund der betreffenden Veräußerung setzen und gestalten kann. Wenn ein Schuldner beispielsweise seine Steuern zahlt, kann zweifellos nicht davon gesprochen werden, er habe im Sinne von Art. 164 StGB Vermögenswerte unentgeltlich veräußert. Eine Anfechtung dieser Zahlung unter Art. 288 SchKG dagegen erscheint nicht grundsätzlich ausgeschlossen.

14.2.5. Lehnt sich Art. 164 Ziff. 1 Abs. 3 stark an die „Schenkungs pauliana“ (Art. 286 SchKG) an, so drängt sich auch hier auf, die Frage der Unentgeltlichkeit direkt aus der Transaktion zu beantworten und dafür nur eine allfällige direkte Gegenleistung zu berücksichtigen. Auch systematisch wäre es wenig sinnvoll, wenn das Element Unentgeltlichkeit in der Tathandlung derart mit der Frage der

Vermögensverminderung verbunden wäre, dass es keine eigene Bedeutung mehr hätte. Steht also einer Vermögensveräusserung keine direkte Gegenleistung gegenüber, ist sie im Sinne von Art. 164 StGB als unentgeltlich anzusehen. Die Frage, ob deswegen eine Vermögensverminderung eingetreten ist, was typischerweise, aber nicht zwingend der Fall sein muss, ist dann unabhängig davon in einem weiteren Schritt zu prüfen.

14.2.6. Zu prüfen ist daher der Rechtsgrund der „Sacheinlage“ und des Forderungsverzichtes. Dieser beruht auf privaten rechtsgeschäftlichen Handlungen, welche offensichtlich durch die R. _____ gestaltet wurden (KA 8 act. 200282: Waiver of Outstanding Loans, angeblich vom 29. Dezember 2000; KA 9 act. 200345: Sacheinlagevertrag zwischen R. _____ und AV. _____ vom 27. März 2001). Diese Rechtsgründe können daher den Tatbestand grundsätzlich erfüllen, wenn der Inhalt entsprechend ist. Zum Inhalt: Erbringt die Konzernobergesellschaft als Aktionärin ihrer sanierungsbedürftigen Konzernuntergesellschaft eine Leistung ohne entsprechende Gegenleistung dieser Konzernuntergesellschaft, handelt es sich um eine Kapitaleinlage (Armand Rubli, Sanierungsmassnahmen im Konzern aus gesellschaftsrechtlicher Sicht, Diss. Zürich 2002, S. 129 mit zahlreichen Verweisungen). Eine solche hat als unentgeltlich im Sinne von Art. 164 Ziff. 1 Abs. 3 StGB zu gelten, da aus ihr weder ein Rückerstattungsanspruch noch ein sonstiger direkter Leistungsanspruch gegenüber dieser Tochter resultiert. Zudem, wollte man die Auswirkung trotzdem im Betracht ziehen, so hat diese Kapitaleinlage keine Erhöhung der Beteiligungsquote zur Folge.

14.2.7. Folgt man dagegen der Ansicht der Angeklagten, wären Forderungsverzicht und Sacheinlage keine selbständigen Sanierungsmassnahmen sondern Gegenleistungen der R. _____ an die AV. _____ dafür, dass AV. _____ Rückstellungen für Verpflichtungen der R. _____ tätigt. Dieser Ansicht ist zu folgen, nachdem davon auszugehen ist, dass die Verpflichtungen, welche den Rückstellungen zu Grunde lagen, tatsächlich grösstenteils die R. _____ betrafen (siehe oben Ziff. 9.10.1).

14.2.8. Demnach ist davon auszugehen, dass die R. _____ mit der am 24. März 2001 beschlossenen Rekapitalisierung der AV. _____ im Sinne von Art. 164 Ziff. 1

Abs. 3 StGB weder unentgeltlich Vermögenswerte (Beteiligungsrechte) veräußerte, noch im Sinne von Art. 164 Ziff. 1 Abs. 4 StGB unentgeltlich auf Rechte (Forderungen) verzichtete. Die Anklage scheitert demnach bereits an diesem Element. Der Vollständigkeit halber wird auf weitere Elemente ebenfalls eingegangen.

14.3. „Ohne sachlichen Grund“ als zusätzliches Element beim Verzicht auf Rechte

Der Vollständigkeit halber ist noch auf die Ansicht der Verteidigung einzugehen, dass bei einem Forderungsverzicht zusätzlich der Aspekt „ohne sachlichen Grund“ geprüft werden müsse. Nach der hier vertretenen Auffassung behandelt Art. 164 Ziff. 1 Abs. 3 StGB einerseits die Nichtannahme eines Rechtes ohne sachlichen Grund (Ausschlagung), also eine Handlung, mit der typischerweise eine anstehende Vermögensvermehrung verhindert wird. Andererseits behandelt Art. 164 Ziff. 1 Abs. 3 StGB die unentgeltliche Aufgabe eines Rechtes (Verzicht), mithin eine Handlung, aus der normalerweise eine Vermögensverminderung resultiert. Verpönte Weggabe eines sonstigen Vermögenswertes und verpönte Aufgabe eines Rechtes wären damit analog umschrieben, nämlich die Weggabe als unentgeltliche Veräußerung (Ziff. 1 Abs. 2) und die Aufgabe als unentgeltlicher Verzicht auf Rechte (Ziff. 1 Abs. 3). Das Erfordernis „ohne sachlichen Grund“ ist daher konsequenterweise nur bei einer Nichtannahme und nicht bei einer Aufgabe eines Rechtes zu prüfen. Würde man dagegen die Ansicht vertreten, Art. 164 Ziff. 1 Abs. 3 StGB regle nur verschiedene Fälle der Nichtannahme (z.B. Ausschlagung im engeren Sinne als aktive Verhinderung der Universalsukzession einerseits und Verzicht als Nichteinverständnis mit einem Schenkungsangebot andererseits), fiel der hier zu beurteilende Forderungsverzicht nicht mehr unter Abs. 3, sondern unter Abs. 1 „Vermögenswerte entwertet“ oder eben doch unter Abs. 2 „Vermögenswerte veräußert“. Dem Erfordernis „ohne sachlichen Grund“ kommt also beim vorliegenden Forderungsverzicht jedenfalls keine selbständige Bedeutung, weil er nicht unter "Rechte ausschlägt" im Sinne von Art. 164 Ziff. 1 Abs. 3 StGB fällt.

14.4. Verminderung des Vermögens des Schuldners (Tatobjekt)

14.4.1. Es stellt sich die Frage, ob die R. _____ mit den angeklagten Transaktionen ihr Vermögen vermindert hat. Dazu ist vorab festzuhalten, was unter Vermögen im Sinne von Art. 164 StGB zu verstehen ist. Art. 164 StGB schützt nicht den Vermögensbestand sondern den Wert des Vermögens (zur Unterscheidung siehe Marcel Alexander Niggli, Zum System des strafrechtlichen Vermögensschutzes, in Festschrift für Niklaus Schmid, Zürich 2001, S. 249 f.). Dieser Wert ist im Sinne einer Gesamtbetrachtung, unter Berücksichtigung der Passiven, festzustellen (was das Bundesgericht in BGE 131 IV 55 als selbstverständlich voraussetzt). Bei der Frage der Vermögensverminderung gemäss Art. 164 StGB sind daher für die Bestimmung des Vermögens die gleichen Grundsätze massgebend wie bei der Vermögensverringerung beim Tatbestand der betrügerischen Krida des österreichischen Rechts, nämlich Gesamtsaldierung, Kompensation von Aktiva mit Passiva und Äquivalenzprinzip (Wolfgang Thelesklav, Der Vermögensschaden im Wirtschaftsstrafrecht, Hamburg 2002 (Diss. Graz 2001), S. 209).

14.4.2. Weil die Passiven bei der Bestimmung des Wertes des Vermögens zu berücksichtigen sind, schützt Art. 164 StGB die Gläubiger nur, aber immerhin davor, dass der Schuldner sein Vermögen (Aktivenüberschuss) vermindert bzw. allenfalls seinen Passivenüberschuss erhöht. Er schützt die Gläubiger nicht vor einer Ungleichbehandlung. Dies ist Aufgabe von Art. 167 StGB (so im Resultat auch BGE 131 IV 49 ff.). Bezahlt also beispielsweise ein überschuldeter Schuldner ein (an sich berechtigtes) Dienstleistungshonorar, schädigt er damit die übrigen Gläubiger, weil er mehr als die Dividende zahlt, die sich bei einer Gleichbehandlung der Gläubiger im Rahmen einer Konkurs- oder Nachlassliquidation ergäbe (siehe auch ZR 104, 2005, Nr.78 E. 3.3.2.). Vermögensvermindernd im Sinne von Art. 164 Ziff. 1 StGB ist ein solcher Vorgang indessen nicht, weil der Betrag der wegfallenden Aktiven und Passiven gleich ist.

14.4.3. Erbringt eine Konzernobergesellschaft ihrer Tochter eine Leistung, so nimmt zwar das Vermögen, aus welchem die Leistung erfolgte, ab, doch steigt damit in der Regel gleichzeitig der Wert der Beteiligung an der Tochtergesellschaft. Die Gesamtheit des Vermögens der Konzernobergesellschaft als Aktionärin der Tochtergesellschaft nimmt somit nicht ab, sondern wird lediglich zu Guns-

ten ihrer Beteiligung umgeschichtet. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz besteht jedoch dann, wenn die Tochtergesellschaft überschuldet ist. Diesfalls erhöht sich der Wert der von der Konzernobergesellschaft gehaltenen Beteiligung auch bei einem Vermögenszufluss nicht mehr, solange der Vermögenszufluss kleiner ist als die Überschuldung (Rubli, Sanierungsmassnahmen im Konzern aus gesellschaftsrechtlicher Sicht, Zürich 2002, S. 129 f.).

14.4.4. Wie oben ausgeführt, ist in diesem Verfahren nicht bewiesen worden, dass die AV._____ vor den Nachtragsbuchungen überschuldet war (oben Ziff. 9.7.). Demnach ist auch nicht nachgewiesen, dass der Vermögenszufluss den inneren Wert der AV._____ Beteiligung bei der R._____ nicht im Umfange des Wertes von Sacheinlage und Forderungsverzicht, abzüglich der übertragenen bzw. übernommenen Rückstellungen, erhöht hat. Demnach ist auch keine Vermögensverminderung der R._____ infolge der Restrukturierungstransaktion nachgewiesen.

14.5. Schaden der Gläubiger

14.5.1. Art. 164 Ziff. 1 StGB setzt voraus, dass der Schuldner zum Schaden der Gläubiger handelt. Der Schaden der Gläubiger ist kein objektives Tatbestandsmerkmal, sondern ein subjektives, eine sogenannte Absicht. Eventualabsicht genügt (Stratenwerth/Jenny, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I, 6. Auflage Bern 2003, § 23 N 9). Auf dieses Element ist daher bei der Prüfung des subjektiven Tatbestandes einzugehen.

14.5.2. Der Vollständigkeit halber sei zum Schaden der Gläubiger folgendes angeführt. Aufgrund einer zu weit gehenden Ausführung in der Verfügung des Vorsitzenden vom 5. Mai 2006 (HD act. 1/9 S. 12) hat Dr. BM._____ den Gläubigerschaden berechnet und mit Fr. 529 Mio. (Fr. 1'177 Mio. minus Fr. 648 Mio.) veranlagt (KA18 act. 000900 S. 18 ff.). Die Anklage übernimmt diese Berechnung, wobei sie fälschlicherweise Fr. 1'177 Mio. anstatt Fr. 529 Mio. als Schadenshöhe nennt (VA I.A act. 1032 S. 20). Im Plädoyer bleibt die Staatsanwaltschaft bei dieser Schadenshöhe, wobei sie die stillen Reserven um etwa Fr. 5'000 Mio. nach unten korrigiert (P-STA/2 S. 64). In seiner Stellungnahme vom 7. Dezember 2006

führt der Verteidiger des Mitangeklagten I._____, Dr. H._____, aus, dass sich diese Differenz von Fr. 529 Mio. gar nicht deshalb ergebe, weil die Zustände mit und ohne die Restrukturierung verglichen würden. Vielmehr ergebe sich die Differenz von Fr. 529 Mio. daraus, da einmal bilanzierte Verbindlichkeiten und ausgewiesene Eventualverbindlichkeiten von Fr. 12'576 Mio. gemäss provisorischer Bilanz, andermal jedoch solche von Fr. 13'105 Mio. gemäss definitiver Bilanz in die Aufstellung aufgenommen worden seien. Diese Differenz habe nichts mit der Restrukturierung zu tun (DG060084 HD act. 21 S. 54). Dr. BM._____ schweigt sich in seiner Stellungnahme vom 24. Januar 2007 zu diesem zentralen Einwand schlicht aus (act. 39B , Stellungnahme zum Schreiben von DE._____ vom Dezember 2006 S. 31 [nach Bemerkungen zu Seite 51 folgen Bemerkungen zu Seite 58]). Auch die Staatsanwaltschaft nimmt zu diesem Einwand keine Stellung. Der Einwand erscheint indessen plausibel. Demnach scheidet der Beweis des in der Anklage behaupteten Gläubigerschadens, selbst wenn der Expertenbericht BM._____ ein verwertbares Beweismittel wäre.

15. Subjektiver Tatbestand

15.1. Elemente des subjektiven Tatbestandes von Art. 164 Ziff. 1 StGB

15.1.1. Der Tatbestand von Art. 164 Ziff. 1 StGB erfordert Vorsatz in Bezug auf sämtliche objektiven Tatbestandselemente, wobei Eventualvorsatz genügt.

15.1.2. War im Zeitpunkt der tatbestandsmässigen Handlung das Konkursverfahren (bzw. Nachlassverfahren) noch nicht eröffnet, so muss weiter vorausgesetzt werden, dass der Schuldner mindestens mit der Möglichkeit rechnete, es werde in absehbarer Zeit zu einem Zwangsvollstreckungsverfahren kommen. Er muss mit anderen Worten mit dem Vermögensverfall rechnen (Rehberg/Schmid/Donatsch, Strafrecht III, 8. Aufl., Zürich 2003, § 36 Ziff. 3 mit Verweisung auf BGE 74 IV 37 f., siehe auch Urteil des Bundesgerichts 6P.5/2003 vom 6. Juni 2003, Ziff. 3.2).

15.1.3. Ferner ist der Wille einer Gläubigerschädigung erforderlich, wobei auch diesbezüglich Eventualabsicht genügt (Urteil des Bundesgerichts 6P.5/2003 vom 6. Juni 2003, Ziff. 3.2). Dieses Urteil erging noch unter alt Art. 163 StGB, der vom

„Nachteil der Gläubiger“ statt „Schaden der Gläubiger“ sprach. Es ist jedoch davon auszugehen, dass Absicht bzw. Eventualabsicht mit Bezug auf die Gläubigerschädigung des neuen Rechts in gleicher Art vorhanden sein müssen, wie mit Bezug auf die Gläubigerbenachteiligung des alten Rechts.

15.2. Allgemeine Vorbemerkungen zu Vorsatz und Eventualvorsatz

Vorsätzlich handelt, wer die Tat mit Wissen und Willen ausführt (Art. 12 Abs. 2 Satz 1 StGB, identisch mit Art. 18 Abs. 2 aStGB). Dabei knüpft der Willen an die Tatherrschaft an und ist nicht mit „freiwillig wollen“ identisch. Wer z.B. zu einer kriminellen Handlung mit Waffengewalt gezwungen wird, handelt im strafrechtlichen Sinne willentlich, aber unfrei. Vorsätzlich handelt bereits, wer die Verwirklichung der Tat für möglich hält und trotzdem handelt (Art. 12 Abs. 2 Satz 2 StGB; sogenannter Eventualvorsatz). Die Rechtsprechung bejahte Eventualvorsatz schon unter Art. 18 Abs. 2 aStGB, und zwar, wenn der Täter den Eintritt des Erfolgs bzw. die Tatbestandsverwirklichung für möglich hält, aber dennoch handelt, weil er den Erfolg für den Fall seines Eintritts in Kauf nimmt, sich mit ihm abfindet, mag er ihm auch unerwünscht sein. Wer den Erfolg derart in Kauf nimmt, „will“ ihn im Sinne von Art. 18 Abs. 2 aStGB (BGE 130 IV 61). Bei Tätigkeitsdelikten, bei denen es naturgemäss keinen Erfolg im strafrechtlichen Sinne gibt, muss der Täter die Tatbestandsverwirklichung in der beschriebenen Art in Kauf nehmen (siehe BGE 104 IV 35, der allerdings untechnisch von Deliktserfolg spricht).

15.3. Eventualvorsatz und Eventualabsicht im Besonderen

15.3.1. Die Anklage wirft dem Angeklagten vor, er habe „unter Inkaufnahme der Auswirkungen“ gehandelt (VA I.A act. 1032 S. 17). Damit wirft sie dem Angeklagten keine direktvorsätzliche, sondern eventualvorsätzliche Tatbegehung mit Bezug auf die Vermögensverminderung vor. Auch die Absicht der Gläubigerschädigung wird damit in der Form der Eventualabsicht und nicht der direkten Absicht vorgeworfen.

15.3.2. Die Abgrenzung des Eventualvorsatzes von der bewussten Fahrlässigkeit und vom Handeln im erlaubten Risiko ist oft schwierig. Es rechtfertigen sich daher

vorab einige theoretische Erwägungen zum Eventualvorsatz. Allgemein gesagt ist Vorsatz (inklusive Eventualvorsatz) anzunehmen, wenn der Täter sich gegen das geschützte Rechtsgut entscheidet (BGE 130 IV 57).

15.3.3. Auch der Eventualvorsatz zerfällt in eine Wissens- und in eine Willensseite. Hinsichtlich der Wissensseite stimmen Eventualvorsatz und bewusste Fahrlässigkeit überein (BGE 130 IV 61). Auf der Wissensseite besteht aber auch nicht zwangsläufig eine Abweichung gegenüber dem Verhalten im erlaubten Risiko.

15.3.4. Ausgeschlossen ist Eventualvorsatz, wenn der Täter auf das Ausbleiben der Tatverwirklichung vertraute. Das gilt selbst für den Täter, der sich leichtfertig bzw. frivol über die Möglichkeit der Tatbestandserfüllung hinwegsetzt und mit der Einstellung handelt, es werde schon nichts passieren (BGE 69 IV 75, bestätigt in BGE 130 IV 61).

15.3.5. Was der Täter wollte und in Kauf nahm, betrifft sogenannte innere Tatsachen und ist damit Tatfrage. Rechtsfrage ist demgegenüber, ob im Lichte der festgestellten Tatsachen, der Schluss auf Eventualvorsatz berechtigt erscheint. Dies gilt grundsätzlich auch dann, wenn bei Fehlen eines Geständnisses des Täters aus äusseren Umständen auf jene inneren Tatsachen geschlossen werden muss. Es ist allerdings nicht zu übersehen, dass sich Tat- und Rechtsfrage insofern überschneiden. Wenn es um die Frage des Eventualvorsatzes geht, sind daher die in diesem Zusammenhang relevanten Tatsachen so erschöpfend wie möglich festzustellen, damit erkennbar wird, aus welchen Umständen die Inkaufnahme der Tatbestandsverwirklichung allenfalls abgeleitet wird. Denn der Sinngehalt der zum Eventualvorsatz entwickelten Formel lässt sich nur im Lichte der tatsächlichen Umstände des Falles erschliessen (BGE 130 IV 63, Entscheid des Bundesgerichtes 6P.149/2004 und 6S.404/2004 vom 11. Oktober 2005 Erw. 14).

15.3.6. Zu den äusseren Umständen aus denen der Schluss gezogen werden kann, der Täter habe die Tatbestandsverwirklichung in Kauf genommen, zählt die Rechtsprechung unter anderem (a) die Grösse des dem Täter bekannten Risikos der Tatbestandsverwirklichung, (b) die Schwere der Sorgfaltspflichtverletzung, (c) die Beweggründe und (d) die Art der Tathandlung. Der Schluss, der Täter habe

die Tatbestandsverwirklichung in Kauf genommen, darf aber jedenfalls nicht alleine aus der Tatsache gezogen werden, dass sich dieser des Risikos der Tatbestandsverwirklichung bewusst war und trotzdem handelte (BGE 130 IV 62).

15.3.7. Nach der im neueren Schrifttum wohl überwiegenden Auffassung soll die Struktur der Absicht (im technischen Sinn) stets mit derjenigen des Vorsatzes übereinstimmen, unter Einschluss des Eventualvorsatzes, dessen Gegenstück dann als Eventualabsicht bezeichnet wird (BSK StGB I-Guido Jenny, N 60 zu Art. 18).

15.4. Rechnen mit dem Vermögensverfall

15.4.1. Wie erwähnt, beschloss der Verwaltungsrat der R._____ die angeklagte Rekapitalisierung der AV._____ am 24. März 2001. Die dem Angeklagten konkret zur Last gelegten Handlungen ("anpreisen" des Antrages als einzig praktikablen Weg und ausarbeiten lassen des Sanierungsantrages 6/01) erfolgten ebenfalls zu diesem bzw. einem früheren Zeitpunkt. Am 4. Oktober 2001 ersuchte die R._____ um Nachlassstundung, die ihr am 5. Oktober 2001 (zuerst provisorisch) gewährt wurde. Die angeklagte Handlung erfolgte demnach etwas mehr als sechs Monate vor der Nachlassstundung. Keine Rolle spielen kann bei der Prüfung der Frage, ob der Angeklagte am 24. März 2001 mit dem Vermögensverfall der R._____ rechnete, dass Art. 164 StGB an die Bestätigung des Nachlassvertrages, die erst am 20. Juni 2003 erfolgte, und nicht an die Nachlassstundung anknüpft (Art. 171 Abs. 1 StGB). Denn spätestens als das Gesuch um Nachlassstundung gestellt wurde, war der Vermögensverfall zweifellos vorhanden.

15.4.2. Ob der Angeklagte spätestens am 24. März 2001 mit einem drohenden Zwangsvollstreckungsverfahren für die R._____ rechnete, ist eine innere Tatsache und damit Tatfrage. Als direktes Beweismittel kommen nur seine Aussagen, allenfalls Urkunden, die sein damaliges Wissen und Handeln zum Ausdruck bringen, in Frage. Weiter ist möglich, von äusseren Umständen auf den inneren Willen zu schliessen.

15.4.3. Der Angeklagte machte von seinem Aussageverweigerungsrecht Gebrauch und äusserte sich weder in der Untersuchung noch anlässlich der Hauptverhandlung zur Sache.

15.4.4. Die mitangeklagten Verwaltungsräte, welche Aussagen machten, gaben an, in diesem Zeitpunkt nicht mit einem drohenden Zwangsvollstreckungsverfahren für die R._____ gerechnet zu haben. Weil die Aussagen zu Gunsten des Angeklagten lauten, sind sie ohne Weiteres zu berücksichtigen.

15.4.4.1. Der Mitangeklagte W._____ hat sich nach dem 9. März 2001, als sich eine Führungskrise abzeichnete, von DF._____ getrennt und das Amt als Vorsitzender angenommen (KA 2 act. 200105 S. 15). Gemäss dem Protokoll der Konzernleitungssitzung vom 28. März 2001 schildert W._____, wie er 14 Tage vorher in den USA telefonisch von T._____ über dessen frühzeitigen und in keiner Weise so abgesprochenen Rücktritt als Präsident des Verwaltungsrates informiert worden sei und dass er ab der Generalversammlung 2002 als einziger Verwaltungsrat verbliebe. Er habe in DG._____ die vollen Auswirkungen dieses überraschenden Entscheids nicht im ganzen Umfang antizipiert. Nach den Medienreaktionen habe er innert wenigen Tagen entscheiden müssen, seine Position bei DF._____ aufzugeben. Den Entscheid, die Aufgabe bei der AU"._____ -Gruppe zu übernehmen, habe er aus Verantwortungsbewusstsein getroffen. Es sei der schwierigste Entscheid in seiner bisherigen Karriere gewesen. Er werde sich in den nächsten **fünf Jahren** auf die Probleme der Unternehmung konzentrieren und deshalb, von einem Mandat in der familieneigenen Gesellschaft abgesehen, keine weiteren kommerziellen Verwaltungsratsmandate in Drittfirmen annehmen und alle bestehenden Mandate abgeben (KA 9 act. 200352 S. 2).

15.4.4.2. Der Mitangeklagte AN._____ sagte in der Untersuchung aus, zwar [in der Zeit des betreffenden Beschlusses] gewusst zu haben, dass die AV._____ in einer desolaten Lage gewesen sei. Er habe aber immer gedacht, dass es Lösungen gebe, um das Unternehmen zu retten. Er habe auch, als er am 25. April 2001 aus dem Verwaltungsrat der R._____ zurückgetreten sei, nicht mit einem Konkurs der R._____ gerechnet (KA 2 act. 200116 S. 15 Frage 67). AN._____ führte aus, dass klar sei, wer im Konkursfall [von dieser Vermögensverschiebung] profitiere.

Er hielt aber fest, dass es zum damaligen Zeitpunkt nur darum gegangen sei, ein Unternehmen zu stärken. Er, die übrigen Mitglieder des VR sowie die Mitglieder der Geschäftsleitung hätten nie an einen Konkurs gedacht (KA 2 act. 200117 S. 15 Frage 77 u. S. 19 Frage 105).

15.4.4.3. Der Mitangeklagte T._____ äusserte sich in einer Befragung dahingehend, dass während seiner Zeit als VR-Präsident ein Nachlass der R._____ nie zur Diskussion gestanden habe. Der VR sei immer davon ausgegangen, dass die Gruppe saniert werden könne (KA 2 act. 200119 S. 14 Frage 86).

15.4.4.4. Der Mitangeklagte I._____ sagte aus, sie seien immer davon ausgegangen, dass die Sanierung notwendig sei, dass sie richtig gemacht werde, dass die Firma nicht Konkurs gehe und die Gläubiger nicht zu kurz kämen (KA 3 act. 200123 S. 20 Frage 101).

15.4.4.5. Der Mitangeklagte B._____ gab bei einer Einvernahme an, dass bei der Umsetzung des Sacheinlagevertrages ein Konkurs der R._____ klarerweise nicht absehbar gewesen sei. Man habe den anspruchsvollen ... restrukturiert, damit das Unternehmen auf neuer Basis weitergeführt werden konnte. Der Mitangeklagte B._____ unterstrich, dass im VR zu jenem Zeitpunkt, Frühjahr 2001, niemand in irgendeiner Weise davon ausgegangen sei, dass die R._____ konkursit würde und in diesem Sinne gefährdet wäre (KA 3 act. 200132 S. 18 Frage 85 und S. 23 Frage 111). Diese Aussage bestätigte B._____ anlässlich einer weiteren Befragung, als er auf die Frage, ob er oder der VR der R._____ davon ausgegangen sei (z.B. im Sommer/Herbst 2000 oder aber auch im März 2001), die R._____ werde in absehbarer Zeit in Konkurs gehen, das Folgende antwortete. Die Auffassung sei gewesen, dass es sich, wie im Übrigen für jede ... von damals bis heute, um eine anspruchsvolle Aufgabe handle. Neben dem kritischen ... hätten aber im Nicht...sektor doch sehr grosse Reserven gesteckt, die man habe einsetzen können. B._____ denkt dabei in erster Linie nicht an die stillen Reserven, sondern an Aktiven, die man gegen Aussen habe verkaufen können (KA 3 act. 200133 S. 22 Frage 104). Die Frage, ob er sich erinnern könne, ob er bei den Entscheidungen im VR je wissentlich in Kauf genommen habe, dass dadurch Gläubiger geschädigt würden, verneinte er. Seines Erachtens, ergänzte B._____, trete ein Schaden bei

Gläubigern dann ein, wenn ein Konkurs oder eine Nachlassstundung eintrete. Bis zu seinem Austritt sei von diesem Zustand aber keine Rede gewesen (KA 3 act. 200133 S. 22 Frage 107).

15.4.4.6. Die weiteren mitangeklagten Verwaltungsräte G._____, L._____, AO._____, E._____ und N._____ verweigerten ihre Aussagen.

15.4.5. Der Verwaltungsrat äusserte seine Ansicht in dieser Weise auch in der Konzernrechnung, indem er unter Ziffer 5 der Grundsätze zur Konzernrechnungslegung ausführte: „Die vorliegende Konzernrechnung wurde zu Fortführungswerten erstellt. Der Verwaltungsrat prüft verschiedene Massnahmen zur Beseitigung der knappen Eigenmittelbasis und überwacht deren konsequente Umsetzung und ist überzeugt von deren Erfolg.“ (VA N-2.2 act. 151093 S. 5 Ziff. 5).

15.4.6. Vorab ist festzuhalten, dass das Rechnen mit dem Vermögensverfall letztlich eine Zukunftsprognose darstellt. Von entscheidendem Gewicht für die Beantwortung ist daher, ob die Einschätzung der Situation vom professionellen Umfeld geteilt wurde. Grundsätzlich sind mehrere Interpretationen der Aussagen der Mitglieder des Verwaltungsrates möglich. Möglich ist, dass es sich um Schutzbehauptungen handelt und in Wirklichkeit der Angeklagte und die Mitglieder des Verwaltungsrates davon ausgingen, die R._____ sei unrettbar verloren. Möglich ist auch, dass tatsächlich niemand, weder der Angeklagte noch die mitangeklagten Verwaltungsräte, ernsthaft mit einem Zwangsvollstreckungsverfahren der R._____ rechnete, aber bei realistischer Betrachtungsweise damit hätten rechnen müssen. Möglich ist aber auch, dass die Einschätzung, es müsse nicht mit einem Zwangsvollstreckungsverfahren der R._____ gerechnet werden, wenn die beschlossene Strategieumkehr erfolgreich umgesetzt werden könne, einer professionellen Dritteinschätzung entsprach. Von letzterem ist, wie ausgeführt, auszugehen (oben Ziff. 3 und 4).

15.4.7. Die „R._____“ liess ihre Bonität erstmals im August 2000 von der Ratingagentur DH._____ bewerten, die bekanntlich neben DI._____ die grösste und bekannteste Ratingagentur ist. „R._____“ erhielt damals das Rating A3. Nachdem die Zahlen des Abschlusses 2000 bekannt waren, wurde R._____ am

2. April 2001 auf Baa3 heruntergestuft. Dies entspricht gerade noch einem Investment Grade-Rating, wenn auch dem schlechtesten. In der Folge wurde „R._____“ dann allerdings kontinuierlich heruntergestuft und zwar auf Ba3 per 19. Juni 2001 und auf B1 per 31. August 2001 (Beweisakten Banken E 06.014, 00013244 f.). Von Seiten der Bankanalysten ging man mehrheitlich davon aus, dass „R._____“ die Krise werde meistern können. Diesen Einschätzungen kommt deshalb hohes Gewicht zu, weil die betreffenden Analysten mit dem neuesten Zahlenmaterial bedient worden waren, also gegenüber den Angeklagten keinen wesentlichen Wissensrückstand aufwiesen (vgl. KA 2 act. 200101 S. 2; KA 9 act. 200331 S. 7). Hinzuweisen ist auch darauf, dass der R'_____ Konzern eine Konzernrechnung erstellte, die sich ohne die angeklagte Transaktion wohl nicht anders dargestellt hätte. Diese und nicht der handelsrechtliche Abschluss der Holding ist indessen die Entscheidungsgrundlage für die Aktionäre der Holding bei der Ausübung ihrer Rechte (BGE 132 III 71 ff). Alle diese Einschätzungen gingen demnach davon aus, dass der Gesamtkonzern und damit auch die R._____ das Problem der ausländischen ...-beteiligungen aufzufangen hatte, aber mit dieser Herausforderung fertig werden würde. Soweit ersichtlich, argumentierte auch nie jemand öffentlich damit, die ausländischen ...-beteiligungen seien deshalb nicht ein übermässiges Problem der R._____, weil deren negative Auswirkungen unmittelbar nur die AV._____ oder gar die AV._____ Europe B.V. treffen würden. Die öffentlichen Einschätzungen und das Rating betrafen im Resultat somit den R'_____ Konzern und nicht die R._____, was das Bundesgericht im eben erwähnten Entscheid als die naheliegende und richtige Sichtweise voraussetzt.

15.4.8. Auch in der Presse wurde in der betreffenden Zeit nicht die Meinung vertreten, die Obligationäre seien gefährdet. Vielmehr beklagte man die Verluste, welche die Aktionäre erlitten hatten und erwartete, dass der Tiefpunkt erreicht war (VA U-1.1 act. 180030, act. 180055, act. 180056 S. 2, act. 180087, act. 180094). Selbst der kritische ...-journalist DJ._____ schloss zwar einen Konkurs der ganzen R._____ nicht aus (gezielt wird damit wohl untechnisch auf den R'_____ Konzern, bzw. die Holding und einige Gruppengesellschaften), ging aber auch davon aus, dass die „R._____“ gerettet werde (VA U-1.2 act. 180152).

15.4.9. Es stellt sich die Frage, wie das Risiko einer Zwangsvollstreckung über die R._____ trotz Rekapitalisierung der AV._____ zu quantifizieren ist, wenn die Fakten und Zahlen zu Grunde gelegt werden, die dem Angeklagten im März 2001 bekannt waren. Differenzierte Aussagen über das Risiko eines Scheiterns aus der damaligen Sicht macht die Anklagebehörde nicht. Der Bericht BM._____ zur Schadensberechnung vom 8. Juni 2006 stützt seine Annahme, eine Liquidation (gemeint ist offensichtlich eine Zwangsliquidation) der AV._____ sei trotz vorgenommener Sanierungsmassnahmen unvermeidlich gewesen, explizit auf ein unzulässiges Faktum, nämlich auf die Tatsache des etwa ein halbes Jahr später notwendig gewordenen Nachlassverfahrens an sich (KA 18 act. 000900 S. 27). Demnach ist auch nicht dargelegt und belegt, dass der Angeklagte unter den gegebenen Umständen im März 2001 mit einem Zwangsvollstreckungsverfahren der R._____ hätte rechnen müssen, was wiederum ein wichtiges Indiz dafür gewesen wäre, dass der Angeklagte auch tatsächlich mit einem Zwangsvollstreckungsverfahren gerechnet hatte.

15.4.10. Nicht ausser Acht zu lassen ist auch, dass in der Zeit vor dem 11. September 2001 offenbar befürchtet wurde, die geschwächte R._____ könnte ein Übernahmeziel werden (KA 9 act. 200342 S. 7).

15.4.11. Zusammenfassend ist demnach nicht erwiesen, dass der Angeklagte im März 2001 mit einem Vermögensverfall der R._____ rechnete. Damit fehlt es auch an diesem subjektiven Element des Tatbestandes von Art. 164 StGB, weshalb der Angeklagte von diesem Vorwurf auch freizusprechen wäre, wenn der objektive Tatbestand erfüllt wäre. Im Sinne einer weiteren Eventualbegründung wird aber nachfolgend die Erfüllung des subjektiven Tatbestandes, soweit er die Schädigungsabsicht betrifft, geprüft.

15.5. Absicht, die Gläubiger der R._____ zu schädigen

15.5.1. Vorerst ist festzuhalten, dass Gläubigerinteressen bei einer aufrecht stehenden Gesellschaft grundsätzlich keine Rolle spielen. Für eine solche Gesellschaft sind Gläubiger insofern kein Thema, als es als selbstverständlich angesehen wird, dass deren Forderungen, soweit berechtigt, bei Fälligkeit befriedigt wer-

den. Wenn also der Angeklagte davon überzeugt war, dass die R._____ nach Aufgabe der ...-strategie fortgeführt werden könnte und würde, ist nachvollziehbar, dass Gläubigerinteressen nicht im Vordergrund standen. Im Mittelpunkt der Überlegungen mussten vor allem die Interessen der Aktionäre stehen. Die Börsenkapitalisierung betrug am 24. März 2001 noch über Fr. 2'000 Mio. (12'716'245 Aktien à Fr. 181).

15.5.2. Die Grösse des dem Täter bekannten Risikos der Tatbestandsverwirklichung (hier Gläubigerschädigung) hängt eng mit der Frage zusammen, ob mit dem Vermögensverfall gerechnet werden musste. Solange von der Fortführungsfähigkeit von R._____ und AV._____ ausgegangen werden durfte, konnte von der R._____ in die AV._____ grundsätzlich problemlos Vermögen verschoben werden. Sonst hätte R._____ die AV._____ gar nie gründen dürfen, denn dort wurde zwangsläufig auch Vermögen von R._____ zu AV._____ verschoben. Vorliegend war das Risiko, dass der Konzern ohne fremde Hilfe gesamthaft nicht überleben könnte, objektiv nicht auszuschliessen, was dem Angeklagten zweifellos bekannt war. Auf der anderen Seite durfte er darauf vertrauen, dass der R'_____ Konzern entweder den Turnaround nach Aufgabe der ...-strategie schaffen oder aber lediglich seine Selbständigkeit verlieren würde.

15.5.3. Die angeklagte Transaktion erfolgte im Rahmen der Bereinigung der Jahresabschlüsse von R._____ und AV._____, innerhalb der wirtschaftlichen Einheit des R'_____ Konzerns. Sie stellte, jedenfalls aus der Sicht des Angeklagten, eine von mehreren Möglichkeiten dar, die Jahresabschlüsse von AV._____ und R._____ zu gestalten und zwar so, dass die Revisionsstelle ein Testat ohne Einschränkungen erteilen würde.

15.5.4. Dafür, dass nicht von einem Inkaufnehmen einer Gläubigerschädigung auszugehen ist, spricht weiter, dass die R._____ effektiv auch die Gläubigerinteressen einer bedeutenden Gläubigergruppe abgeklärt hatte. So liess der Mitangeklagte AF._____ noch bei einem renommierten Zürcher Anwaltsbüro die Frage klären, ob die Umstrukturierung unter den **Kreditverträgen und den Anleihsbedingungen** zulässig war, was dieses bejahte (KA 9 act. 200353). Es ist denn

auch nicht ersichtlich, dass z.B. eine Bank sich bei der R._____ über die Transaktion beschwert und ihr Gläubigerschädigung vorgeworfen hätte.

15.5.5. Der vorliegende Fall unterscheidet sich damit in entscheidenden Punkten vom Sachverhalt, welcher dem Bundesgerichtsentscheid 6P.149/2004 bzw. 6S.404/2004 vom 11. Oktober 2005 zugrunde lag. In jenem Fall gewährt der dortige Angeklagte zulasten der Munizipalgemeinde Darlehen an eine Genossenschaft, an der diese Munizipalgemeinde nur in untergeordnetem Masse beteiligt war. Daneben gewährte er ein Darlehen an eine Bürgergemeinde. Beide im Wissen um die Überschuldung aller drei Beteiligten. Dort ging es nur um eine Vertuschung der Situation, ohne reale Aussicht auf Schadensvermeidung für die Munizipalgemeinde. Im vorliegenden Fall war das Handlungsziel, die Geschäfte des R'_____ Konzerns unter Beachtung der Vorschriften, welche für die handelsrechtlichen Abschlüsse von R._____ und AV._____ galten, weiterführen zu können. Dies erschien aus damaliger Sicht als möglich.

15.5.6. Die Beweggründe sprechen daher gegen die Inkaufnahme einer Gläubigerschädigung.

15.5.7. Zusammenfassend liegen keine tatsächlichen Umstände vor, welche den Schluss nahe legen würde, der Angeklagte habe mit der angeklagten Handlung eine Schädigung der Gläubiger im strafrechtlichen Sinne in Kauf genommen.

Vorwurf der ungetreuen Geschäftsbesorgung (Art. 158 StGB)

16. Objektiver Tatbestand

16.1. Tatbestand von Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 StGB

Gemäss Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 StGB macht sich der ungetreuen Geschäftsbesorgung 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.

16.2. Sondereigenschaft des Täters als Vermögensverwalter

Diese Voraussetzung ist unstrittig erfüllt (vgl. oben Ziff. C 4.2.).

16.3. Pflichtverletzung

16.3.1. Keine Konkretisierung von Pflicht und Pflichtverletzung im Tatbestand

Dazu kann auf die Ausführungen zum Anklagepunkt AH._____ Transaktion verwiesen werden (vgl. oben Ziff. C 4.3.1.).

16.3.2. Gesellschaftsrechtliche Vorgaben

Auch hier wird auf die Ausführungen zum Anklagepunkt AH._____ Transaktion verwiesen (vgl. oben Ziff. C 4.3.2.).

16.3.3. Vermögensverwaltung durch Unternehmensführung im Besonderen

Um den Pflichtinhalt zu bestimmen, ist unumgänglich, sich die Art und Weise vor Augen zu halten, in der das Vermögen der Gesellschaft zu verwalten ist. Zu beachten ist grundsätzlich einmal, dass das Vermögen einer Aktiengesellschaft nicht in liquider Form Gewinne bringen soll und kann, sondern über den Betrieb eines Unternehmens. Der Geschäftsführer ist hier nicht ein Vermögensverwalter, der liquides Vermögen an der Börse zu mehrern versucht und dabei diverse, von einander unabhängige, reversible Anlageentscheide fällt, bei denen das Risiko frei wählbar ist. Im Vordergrund steht vielmehr die Leitung eines Unternehmens, also eines offenen, dynamischen, komplexen, teilweise probabilistischen, teilweise autonomem, zielgerichteten und zielsuchenden produktiven sozialen Systems (Edwin Rühli, Unternehmensführung und Unternehmenspolitik, 3. Auflage, Bern - Stuttgart - Wien 1996, S. 59). Kernziel eines Unternehmens ist die Erzielung einer marktgerechten Rentabilität auf dem investierten Kapital (Hugentobler/Schaufelbühl/Blattner, Hrsg., Integrale Betriebswirtschaftslehre, Zürich 2005, S. 65). Was bei der Unternehmensführung letztlich richtig und falsch ist, bestimmt sich nur beschränkt nach Rechtsregeln. Wenn indessen die Frage nach Pflichtverletzungen in diesem Bereich gestellt wird, muss auch klar sein, welchen Regeln das pflichtgemässe Verhalten hätte folgen müssen. Dies wiederum setzt ein Minimum an

Kenntnissen darüber voraus, wie ein Unternehmen funktioniert. Nachfolgend sollen ohne Anspruch auf Vollständigkeit einige Aspekte angeführt werden, die je nach konkreten Umständen für bei der Beurteilung der Frage, ob eine unternehmerische Pflichtverletzung vorliegt, relevant sein können.

16.3.4. Komplexität und Beurteilung einer isolierten Transaktion

Die Komplexität des Systems ergibt sich daraus, dass ein Unternehmen aus vielen Subsystemen und Elementen aufgebaut ist, die in sehr verschiedenartigen und wandelbaren Beziehungen zueinander stehen, zahlreiche Rückkoppelungsbeziehungen aufweisen und daher nicht vollständig erfassbar und abschliessend beschreibbar sind (Rühli, a.a.O., S. 59). Die Unternehmenstätigkeit besteht je nach Unternehmensgrösse täglich in dutzenden, hunderten und oder gar tausenden von Entscheiden und Vorgängen. Management erfordert demnach vor allem intelligenten Umgang mit Komplexität (Hugentobler/Schaufelbühl/Blattner, a.a.O., S. 77). Entscheidend ist letztlich, dass diese Vorgänge im Zusammenspiel längerfristig eine nachhaltig gewinnbringende Tätigkeit darstellen. Dann wird sich auch der Vermögensstand der Gesellschaft positiv verändern. Der Sinn oder die Sinnlosigkeit einer einzelnen Transaktion kann daher in der Regel nur in einem Gesamtzusammenhang beurteilt werden, wobei sämtliche nützlichen und schädlichen Auswirkungen zu berücksichtigen sind.

16.3.5. Ausgaben: Gegenleistung und Nutzen

16.3.5.1. Stehen Geldzahlungen oder Weggaben anderer Vermögensgegenstände in Frage, ist man, wie erwähnt, geneigt anzunehmen, solche seien regelmässig dann im Sinne von Art. 717 OR bzw. Art. 158 StGB pflichtwidrig, wenn ihnen keine oder keine adäquate Gegenleistung gegenüber steht. Diese Sichtweise ist im unternehmerischen Kontext einerseits zu eng, es sei denn der Begriff der Gegenleistung werde sehr weit ausgelegt. Andererseits ist es auch nicht so, dass eine adäquate Gegenleistung im engeren Sinne die Pflichtverletzung ausschliesst. Zu fragen ist richtigerweise nicht nach einer Gegenleistung im engeren Sinne, sondern nach dem adäquaten unternehmerischen Nutzen, also dem Nutzen für das produktive System. Dieser hat aber mit einer Gegenleistung im engeren Sin-

ne höchstens zufällig etwas zu tun, denn das System ist wie erwähnt komplex. Zur Illustration dieser Aussage mögen nachfolgende Beispiele dienen:

16.3.5.2. Keine Gegenleistung? Eine Schenkung ist das Musterbeispiel einer Leistung ohne Gegenleistung. Schenkt ein Unternehmen einer Person einen Vermögenswert einfach so, steht dieser Ausgabe keinerlei Nutzen für das Unternehmen gegenüber. Deshalb liegt in diesem Fall wohl eine Pflichtverletzung der handelnden Personen vor. Ist die Beschenkte eine bekannte wohltätige Institution und wird der Schenkungsvorgang werbemässig genutzt, ändert dies nichts daran, dass das Unternehmen von der Beschenkten keine Gegenleistung erhält. Indessen stellt die Schenkung in diesem zweiten Fall möglicherweise eine unternehmerisch nützliche Transaktion dar, deren positive Auswirkungen auf Umsatz und Gewinn den Schenkungsbetrag übertreffen. Die Schenkung darf dann wohl den Werbeausgaben zugeordnet werden. Würde im zweiten Fall der Zusammenhang zwischen Schenkung und Werbeeffect nicht berücksichtigt, käme man bei der Prüfung der Pflichtverletzung zu einem falschen Ergebnis.

16.3.5.3. Inadäquate Gegenleistung? Kauft ein Unternehmen in grossem Stil ein marktgängiges, leicht substituierbares Gut (z.B. Kerosin) von einer exotischen Gesellschaft weit über dem Marktpreis, nur weil ihm deren Logo gefällt, liegt darin wohl eine Pflichtverletzung der handelnden Personen. Schwieriger wird die Schlussfolgerung aber, wenn keine klaren Marktpreise vorhanden sind und anderweitig schützenswerte Beweggründe vorliegen. Beschäftigt eine Bauunternehmung ältere Arbeitnehmer weiter, die ihre Leistung aufgrund gesundheitlicher Verschleisserscheinungen nur noch zu einem Bruchteil der bisherigen erbringen können, liegt darin tendenziell eher keine unternehmerische Pflichtverletzung. Dem Geschäftsführer steht bei seinen Entscheiden nämlich ein Ermessensspielraum zur Verfügung (Bundesgerichtsentscheid 6S.327/2000 vom 22. Januar 2001 Erw. 3.a).

16.3.5.4. Aktivierbarkeit als Kriterium? Forschungs- und Entwicklungskosten sind nicht aktivierbar. Sie tragen jedoch in der Regel dazu bei, dass der Gesellschaft das Potenzial, nachhaltig Gewinne zu erzielen erhalten bleibt oder dieses steigert. Umgekehrt hat eine Investition in ein neues Gebäude unter Umständen keine po-

sitiven, sondern gar negative Auswirkungen auf die Möglichkeit, Gewinne zu erzielen, vor allem, wenn es überdimensioniert ist. Eine solche Investition ist indes in der Regel aktivierbar, eine Gegenleistung erscheint also vorhanden. In unternehmerisch sinnlosen Investitionen kann aber eine Pflichtverletzung liegen, obwohl sie, da substanzmässig eine Gegenleistung vorhanden ist, auf den ersten Blick als unverdächtig erscheinen. Die direkten Auswirkungen einer Transaktion auf die Bilanz sind daher für die Frage, ob eine unternehmerische Pflichtverletzung vorliegt, von trügerischer Relevanz.

16.3.6. Zukunftsorientiertheit der Entscheide

Unternehmerische Entscheidungen beruhen meist auf einer Abwägung von Chancen und Risiken und verlangen von Managern, Prognosen über zukünftige Entwicklungen aufzustellen. Die Zukunftsbezogenheit ist unbestrittenermassen auch der wichtigste Grundsatz in der Unternehmensbewertung (Carl Helbling, 25 Grundsätze für die Unternehmensbewertung; die wichtigsten unbestrittenen Grundsätze aus der Praxis der Unternehmensbewertung, Schweizer Treuhänder 2002 S. 736). Demgegenüber ist die richterliche Betrachtungsweise anlässlich eines Verantwortlichkeitsverfahrens gerade dadurch charakterisiert, dass Situationen ex post beurteilt werden können. Richter sind typischerweise erst mit Management-Entscheidungen konfrontiert, wenn etwas „schiefgegangen“ ist, wenn sich Gläubiger oder Aktionäre geschädigt fühlen und es zu einem Prozess kommt. Der Richter beurteilt das Verhalten der Geschäftsleitung im Nachhinein und hat Kenntnis von mittlerweile eingetretenen Tatsachen, welche vom Verwaltungsrat im Zeitpunkt seiner Entscheidungsfindung bloss prognostiziert werden konnten. Eine Entscheidung, die sich nachträglich als falsch erweist, weil sich die Dinge anders als vermutet entwickelt haben, soll dem Entscheidungsträger aber nicht zum Vorwurf gemacht werden können, wenn dieser bei der Entscheidungsfindung die Regeln der Sorgfalt beachtet hat (Grass, Management-Entscheidungen vor dem Richter, SZW 2000, S. 2).

16.3.7. Wettbewerb

Weiter ist zu beachten, dass Unternehmen normalerweise im Wettbewerb stehen. Dies bringt es mit sich, dass immer wieder Entscheidungen getroffen werden müssen, die neue Chancen eröffnen aber damit zwangsläufig auch Risiken bergen. Klar ist auch, dass im Rahmen der Führung eines Unternehmens, und erst recht eines solchen in der Krise, immer wieder vermögensrelevante, allenfalls gar schicksalsträchtige Entscheidungen gefällt werden müssen. In gewissen Situationen keine Entscheidung zu fällen, kann erst recht eine Pflichtverletzung darstellen.

16.3.8. Beurteilungsmassstab bei der Frage der Pflichtverletzung durch unternehmerische Entscheide

16.3.8.1. Im Zusammenhang mit der zivilrechtlichen Haftung von Organen, wird vermehrt gefordert, für die Frage der Pflichtverletzung bei Geschäftsführungsentscheidungen die sogenannte „business judgment rule“ anzuwenden, die aus der US-amerikanischen Rechtsprechung stammt (vgl. Grass, Management-Entscheidungen vor dem Richter, SZW 2000, 1 ff.). Gegen die Anwendung dieser Regel, vor allem auch der prozeduralen Aspekte wendet sich Böckli (Böckli, Schweizer Aktienrecht, a.a.O., § 18 N 403). Böcklis Ansicht ist zu folgen. Ohne spezifische gesetzliche Grundlage rechtfertigen sich bei der Prüfung von Entscheidungen keine Regeln, die einem anderen Rechtssystem entspringen.

16.3.8.2. Entscheidend ist in objektiver Hinsicht somit letztlich der Inhalt einer unternehmerischen Entscheidung und dessen Vertretbarkeit aus damaliger Sicht und nicht primär, dass die Entscheidung Resultat eines bestimmten Entscheidungsprozederes ist und dabei keine Leute mit Interessenkollision mitgewirkt haben. Der Prozess der Entscheidungsfindung kann indessen für die subjektive Seite wichtig sein. Wie im Zivilrecht muss erst recht im Strafrecht die „Regel der grossen Zurückhaltung“ gelten. Diese besteht darin, dass der Richter sich in der nachträglichen normativen Überprüfung von Handlungen und Unterlassungen im Bereich Führung der Geschäfte grosse Zurückhaltung auferlegt (Böckli, a.a.O., § 18

N 401, mit zahlreichen Verweisungen). Eine Strafverfolgung lässt sich nur rechtfertigen, wenn Risiken gewagt werden, welche ein umsichtiger Geschäftsmann in derselben Situation niemals eingehen würde (Botschaft zur Änderung des Vermögensstrafrechtes, BBl 1991 II S. 1048).

16.3.9. Pflichtverletzung im vorliegenden Fall?

16.3.9.1. Wie ausgeführt wird eine Verletzung der Pflichten zur Erstellung einer Zwischenbilanz nach Art. 725 Abs. 2 OR nicht angeklagt. Eine solche Pflicht wurde nicht verletzt (oben Ziff. D 7).

16.3.9.2. Eine Pflichtverletzung im Sinne von Art. 158 StGB, gestützt auf die Treuepflicht, ist wie erwähnt nur anzunehmen, wenn Risiken gewagt werden, welche ein umsichtiger Geschäftsmann in derselben Situation niemals eingehen würde. Vorliegend standen Transaktionen zwischen der R._____ und der AV._____ in Frage. AV._____ war nicht nur eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der R._____, sondern auch nur eine Subholding, die, soweit ersichtlich, rein organisatorischen Zwecken diente (siehe dazu oben Ziff. D 12). Die Transaktion wurde von Fachleuten mit Varianten geprüft und auch von der Revisionsstelle abgesegnet. Zu Buchwerten waren die Varianten im Resultat gleichwertig. Es kann unter diesen Umständen nicht gesagt werden, ein umsichtiger Geschäftsmann hätte sich in derselben Situation niemals so verhalten. Eine Pflichtverletzung im Sinne von Art. 158 StGB ist daher zu verneinen.

16.4. Schaden

16.4.1. Allgemein

Als Folge der pflichtwidrigen Handlungen muss es zu einem Vermögensschaden kommen (Niggli, a.a.O., Art. 158 N 110). In Anlehnung an den Betrugstatbestand steht bezüglich der ungetreuen Geschäftsbesorgung der zivilrechtliche Schadensbegriff im Vordergrund, wonach der Schaden in der Differenz zwischen der effektiven Gesamtvermögenslage und der hypothetischen Vermögenslage ohne dem schädigenden Ereignis besteht. Auch eine Nichtvermehrung des Vermögens stellt typischerweise einen Vermögensschaden dar, wenn ein Anspruch des Ge-

geschäftsherrn auf Vermögensvermehrung besteht. Eine Nichtvermögensvermehrung resultiert durch einen entgangenen Gewinn (Urbach, Die ungetreue Geschäftsbesorgung gemäss Art. 158 StGB, Diss. Zürich 2002, S. 71 f.). Besteht der Schaden in entgangenem Gewinn, entspricht er der Differenz zwischen den Einkünften, die nach dem schädigenden Ereignis tatsächlich erzielt worden sind und denjenigen, die ohne dieses Ereignis zugeflossen wären (BGE 132 III 324). Nachdem vor allem im unternehmerischen Zusammenhang zusätzliche Einkünfte in der Regel nur mit zusätzlichen Ausgaben zu erzielen sind, ist bei der erwähnten Formel des Bundesgerichtes zum entgangenem Gewinn von Netto-Einkünften auszugehen. Die Bejahung eines Schadens setzt nicht voraus, dass dieser betragsmässig genau ausgewiesen ist (Donatsch, Aspekte der ungetreuen Geschäftsbesorgung nach Art. 158 StGB, ZStrR 114 (1996) S. 216 mit Verweisung auf BGE 101 IV 165 f.).

16.4.2. Die Bedeutung der Handelsbilanz bei der Schadensberechnung

16.4.2.1. Bei der Definition des Schadens erwähnt das Bundesgericht vielfach die Begriffe Aktiven und Passiven (z.B. BGE 132 III 323 f.). Dies könnte dazu verleiten, für die Frage, was Aktiven und Passiven sind, auf die Handelsbilanz abzustellen (gemeint ist damit die Bilanz im Sinne von Art. 662 Abs. 2 OR). Aus einer Handelsbilanz und deren Veränderung kann aber höchstens zufällig der strafrechtlich relevante Vermögensschaden abgeleitet werden, und zwar aus mehreren Gründen.

16.4.2.2. Der Vermögensbegriff von Art. 158 StGB, umfasst alle vermögenswerten Interessen, so unter anderem auch die Arbeitsleistung, auf welche der Arbeitgeber Anspruch hat, Gewinnaussichten und den durch den Eintrag einer Marke in das Registers entstandene Vorteil (Donatsch, Aspekte, a.a.O., S. 216). Die genannten vermögenswerten Interessen sind aber als solche nicht aktivierbar, in der Bilanz also nicht enthalten, so dass sich in den genannten Fällen eine Handelsbilanz durch die schädigende Handlung nicht verändert hätte. Umgekehrt können auch Prozessrisiken zum Schaden gerechnet werden (Donatsch, Aspekte, a.a.O., S. 217). Solche wiederum wären aber unter Umständen nicht als Passiven bilanzierbar, so dass die Handelsbilanz sich dadurch in gewissen Fällen ebenfalls nicht

verändern würde (siehe dazu z.B. Rückstellungen für Prozessrisiken nach IFRS, AJP 2005, S. 135 ff.).

16.4.2.3. Zu beachten ist auch, dass Buchwerte je nach Rechnungslegungsvorschriften unter dem wirklichen Wert liegen dürfen (wird in Art. 670 Abs. 1 OR vorausgesetzt. Den Begriff des wirklichen Wertes benutzt das Gesetz auch in Art. 685b Abs. 1 OR). Eine Veräusserung solcher Vermögensgegenstände gegen die Bezahlung des Buchwertes würde den Bilanzsaldo nicht verändern, würde aber effektiv eine Vermögensverminderung darstellen. Für die Bestimmung eines Schadens muss aber die wirkliche Veränderung des Vermögensstandes und nicht die buchmässige massgebend sein. Davon geht im Grundsatz wohl auch die Staatsanwaltschaft aus, sind doch bei der Schadensberechnung im Anklagepunkt Restrukturierung (II/1.1 und 1.2) stille Reserven mitberücksichtigt (VA I.A act. 1032 S. 19; VA N-2.5 act. 151096 S. 19).

16.4.2.4. Eine Bilanz ist immer eine Bestandesaufnahme an einem bestimmten Stichtag. Zukünftig entstehende Schulden sind darin in der Regel nicht enthalten, auch nicht solche aus Dauerverträgen. Schliesst beispielsweise jemand für eine Gesellschaft als Mieterin einen langjährigen Mietvertrag mit massiv überhöhten Mietzinsen ab, kann darin ein strafrechtlich relevanter Vermögensschaden liegen. Auf die Bilanz wirkt sich dieses Ereignis indessen nicht unmittelbar aus, weil die zukünftigen Mietzinsen damit nicht in die Passiven aufgenommen werden. Auf die zukünftigen Bilanzen wirkt sich dieser Mietvertrag dagegen insofern aus, als das Jahresergebnis während der Vertragslaufdauer schlechter ausfallen wird als bei einem Mietvertrag zu angemessenen Konditionen. Es kann jeweils Ende Geschäftsjahr weniger Bilanzgewinn ausgeschüttet oder einbehalten werden, bzw. es entsteht ein höherer Bilanzverlust, der zu verkraften ist. Analog verhält es sich, wenn ein Schaden in entgangenen Gewinnen besteht. Zu prüfen ist hier, wie oben ausgeführt, die Differenz zwischen den Einkünften, die nach dem vorgeworfenen Ereignis tatsächlich erzielt worden sind und denjenigen, die ohne dieses Ereignis zugeflossen wären. Diese Differenz kann unter Umständen auch zu Gunsten der tatsächlich erzielten Einkünfte ausfallen, was bei der Berechnung der durch das

vorgeworfene Ereignis bewirkten Vermögensveränderung nicht ausser Acht gelassen werden kann.

16.4.3. Schlussfolgerung für die Bestimmung des Vermögensschadens

Aus diesen Gründen sind nicht nur bei der Frage der Pflichtverletzung, sondern auch bei der Frage des Vermögensschadens, sämtliche wirtschaftlichen Auswirkungen zu berücksichtigen, die sich aus der vorgeworfenen Handlung ergeben.

16.4.4. Schaden im vorliegenden Fall?

Ein Schaden der R. _____ ist nicht nachgewiesen, weil nicht erstellt ist, dass eine Überschuldung der AV. _____ bestand und das Problem der ausländischen ...-beteiligungen sonst die R. _____ direkt betroffen hätte.

17. Entscheid

Aus den genannten Gründen ist der Angeklagte vollumfänglich freizusprechen.

18. Benchmark 1: Blick über die Grenze

18.1. Die Führung eines Konzerns ist eine Tätigkeit, die sich in vielen Fällen stark länderübergreifend darstellt. Dies spricht dafür, dass die Frage, was in diesem Bereich zulässig ist, in benachbarten Ländern tendenziell gleich beantwortet werden sollte, wenn die Gesetzgeber nicht bewusst eine unterschiedliche Regelung getroffen haben. Ein rechtsvergleichender Blick auf die wahrscheinliche Behandlung des Sachverhaltes unter deutschem Recht erscheint daher angebracht. Deutschland kennt ein Konzernrecht (§ 291 ff. des deutschen Aktiengesetzes „AktG“), jedoch kein Konzerninsolvenzrecht. Die Frage der Strafbarkeit von Zuwendungen unter in einem Konzern verbundenen Unternehmen ist in Deutschland höchstrichterlich geklärt. Danach sind **Zuwendungen** unter in einem Konzern verbundenen Unternehmen wegen derer **wirtschaftlicher Verflechtung regelmässig** nicht zu beanstanden (Urteil des deutschen Bundesgerichtshofes vom 22. November 2005, 1. Strafsenat, 1 StR 571/04, S. 16; Hervorhebungen nicht original). Der BGH stellt dabei auf die Möglichkeit des zuwendenden Unterneh-

mens ab, „die ausgereichten Zahlungen wieder für sich nutzbar zu machen“ und nicht auf eine direkte Gegenleistung oder einen unmittelbaren Gegenwert. Festzustellen ist auch, dass der BGH den besagten Grundsatz aus der wirtschaftlichen und nicht etwa der, im dortigen Konzernrecht geregelten, allfälligen rechtlichen Verflechtung ableitet. Wie sich eine wirtschaftliche Verflechtung darstellt, hat nun aber weniger mit dem anwendbaren Konzernrecht zu tun als vielmehr mit den konkreten Verhältnissen im betreffenden Konzern.

18.2. Es ist davon auszugehen, dass schweizerische Konzerne in gleicher oder ähnlicher Weise wirtschaftlich verflochten sind wie deutsche Konzerne. Dann ist aber nicht einzusehen, warum eine Handlung im ungeregelten Umfeld der Schweiz als ungetreue Geschäftsbesorgung strafbar sein soll, die im geregelten Umfeld in Deutschland unter dem vergleichbaren Tatbestand der Untreue (§ 266 deutsches StGB) nicht strafbar wäre. Dies erst recht, wenn wie vorliegend, Vermögensverschiebungen von der herrschenden Gesellschaft an eine 100%-ige Tochtergesellschaft zu prüfen sind. Im Strafrecht gilt der Grundsatz „keine Sanktion ohne Gesetz“ (Art. 1 StGB). Deshalb müssen sich die Unsicherheiten, zu welchen die nur punktuelle Regelung der Schweiz im Konzernbereich führt, zugunsten und nicht zulasten der Angeklagten auswirken (siehe auch Schubarth, Konzernstrafrecht, offenes Konzernprivatrecht, „nullum crimen sine lege stricta“ und Strafbarkeit verdeckter Vorteilszuwendungen im Konzern, SZW 2006, S. 161 ff.). Die mutmassliche Behandlung des Falles in Deutschland spricht daher für das unter schweizerischem Recht erhaltene Resultat.

18.3. Der geschilderte deutsche Fall betraf auch nicht etwa eine Gesellschaft die keine finanziellen Probleme hatte. Vielmehr hatte die zuwendende Gesellschaft schon im Mai 2001 Liquiditätsprobleme und war nicht mehr in der Lage, allen finanziellen Verpflichtungen nachzukommen. Bei der empfangenden Gesellschaft handelte es sich zudem um eine solche, die erst noch übernommen werden sollte, also noch gar nicht zum Konzern gehörte. Ein Sanierungskonzept der zuwendenden Gesellschaft scheiterte im August 2001. Erst diesen Zeitpunkt erachtete die Vorinstanz nach Ansicht des BGH zu Recht als relevant, indem sie festhielt, Kapitaltransfers zwischen einer Holding und konzernzugehörigen Unternehmen

seien im Wirtschaftsleben ohne Gewährung von Sicherheiten üblich, so dass Zuwendungen bis August 2001 aus strafrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden waren. Dies gelte allerdings nicht mehr für die nachfolgende Zeit, als eine Übernahme nicht mehr in Erwägung gezogen werden konnte (S. 9 f. des erwähnten BGH Urteils vom 22. November 2005). Darüber, wie ein Kapitaltransfer nach diesem Zeitpunkt zu behandeln gewesen wäre, wenn die empfangende Gesellschaft bereits zum Konzern gehört hätte, musste sich das Gericht nicht äussern.

19. Benchmark 2: Vergleich mit Stammhausstruktur

Im R' _____ Konzern wurden mehrere Milliarden Franken, die aus allen Bereichen stammten, in die Expansion im ...-bereich als dem zentralen Bereich gesteckt. Diese Ausgaben produzierten letztlich keinen entsprechenden Gegenwert. Dieser für den Gesamtkonzern zentrale, rückblickend betrachtet, vermögensvernichtende Vorgang wird von der Anklagebehörde als nicht strafrechtlich relevant oder als verjährt betrachtet, jedenfalls aber nicht angeklagt. Hätte der Konzern seine Stammhausstruktur beibehalten, hätten sich die Folgen der gescheiterten Expansion direkt im Stammhaus AU' _____, also der nachmaligen R. _____, niedergeschlagen. Die Anklage beruht im Resultat darauf, dass sich die R. _____ einen Teil dieser negativen Folgen dank der Holdingstruktur hätte ersparen können. Es spricht aber wenig dafür, dass die Folgen dieser gescheiterten Konzernstrategie die Topholding weniger treffen konnten, als sie das Stammhaus getroffen hätten.

20. Andere Würdigung, namentlich Misswirtschaft (Art. 165 StGB)

Die Anklage verzichtet zu Recht darauf, eventuell den Tatbestand der Misswirtschaft anzuführen, der wie erwähnt eine Art Auffangtatbestand darstellt. Die angeklagte Handlung führte weder die Überschuldung noch die Zahlungsunfähigkeit (Illiquidität) der R. _____ herbei.

F. Anklagepunkt I//1.3: Restrukturierung (Falschbeurkundung)

21. Einleitung

21.1. Anklagevorwurf

Des Weiteren wirft die Anklageschrift dem Angeklagten vor (VA I.A act. 1032 S. 20 ff.), er habe im Zusammenhang mit den am 24. März 2001 vom Verwaltungsrat der R._____ genehmigten Restrukturierungs-/Sanierungsmassnahmen zusammen mit dem Mitangeklagten AF._____ bei der Ausstellung zweier Schriftstücke, eines Forderungsverzichtsvertrages sowie einer Rangrücktrittserklärung, mitgewirkt und sich dabei der Falschbeurkundung schuldig gemacht. Das den Forderungsverzicht ausweisende Dokument, worin die Konzernmutter der R._____ auf ein der AV._____ AG gewährtes Darlehen verzichtete, sei zwischen dem 24. und 31. März 2001 erstellt, indessen auf den 29. Dezember 2000 zurückdatiert worden, um die wirtschaftlichen Verhältnisse der AV._____ AG in der noch nicht abgeschlossenen und revidierten Buchhaltung des Geschäftsjahres 2000 verbessert darzustellen. Mit der Rangrücktrittserklärung verpflichtete sich die AV._____ AG, ihre Forderung über angeblich fällige Fr. 609'263'000.– gegenüber ihrer Tochtergesellschaft, der AV._____ ... BV, hinter die Forderungen der bestehenden Drittgläubiger anzustellen. Tatsächlich habe die AV._____ AG gegenüber ihrer Tochter jedoch lediglich eine nicht wertberichtigte Forderung von Fr. 777'000.– in ihren Büchern ausgewiesen. Durch diesen Rangrücktritt hätten die Angeklagten bezweckt, die nach holländischem Recht zwingend vorgeschriebene Pflicht, die Überschuldung der AV._____ Europe BV anzuzeigen, zu umgehen. Der Angeklagte sei sich jeweils bei der Unterzeichnung dieser Urkunden der Umstände und des Zweckes bewusst gewesen.

21.2. Stellungnahme des Angeklagten

Der Angeklagte bestreitet sämtliche gegen ihn erhobenen Vorwürfe vollumfänglich (VA G-19.2 act. 87267; Prot. S. 221 f.; HD act. 47 S. 38 u. 58). Er bestätigt jedoch, dass er den Forderungsverzicht Ende März 2001 unterschrieben habe, wobei er das unrichtige, aber inhaltlich bedeutungslose Ausstellungsdatum überse-

hen habe. Bezüglich dem Rangrücktritt führt der Angeklagte aus, es sei anstelle einer Garantieerklärung versehentlich eine Rangrücktrittserklärung als Vorlage verwendet worden; die Nachtragsbuchungen seien jedoch korrekt vorgenommen worden (Prot. S. 235 f.).

21.3. Stellung und Funktion des Angeklagten

Zu den Aufgaben und der Funktion des Angeklagten innerhalb der R. _____ während der vorliegend interessierenden Zeit sei auf die Ausführungen oben unter Ziff. II A 4 verwiesen.

22. Forderungsverzichtsvertrag

22.1. Ausgangslage

Die Staatsanwaltschaft wirft dem Angeklagten bekanntlich eine Falschbeurkundung vor, indem er zum Einen wissentlich ein rückdatiertes Dokument, einen Forderungsverzicht, unterschrieben habe (VA I.A act. 1032 S. 21). Die Anklagebehörde stellt sich dabei auf den Standpunkt, bei diesem Schriftstück handle es sich um eine Urkunde im strafrechtlichen Sinne. Als Bestandteil der Buchhaltung komme ihm eine qualifizierte Beweiseignung, mithin eine erhöhte Überzeugungskraft zu (HD act. 43, P-STA/2 S. 70). Die Verteidigung bestreitet indessen vorab die Beweisbestimmung des Schriftstücks, denn der Forderungsverzicht sei nicht in die Buchhaltungen der beiden Gesellschaften aufgenommen worden; vielmehr werde in der Jahresrechnung 2000 der AV. _____ AG auf den Verwaltungsratsentscheid vom März 2001 Bezug genommen (HD act. 47 S. 42). Sodann stellt die Verteidigung in Abrede, dass mit dem Dokument eine rechtlich erhebliche Tatsache effektiv unrichtig beurkundet worden sei. So sei das unkorrekte Ausstellungsdatum nicht nachvollziehbar, weil sich aus dem Inhalt des Schreibens ergebe, dass es nur nach dem 31. Dezember 2000 unterschrieben werden konnte, da die Darlehensschuld, inkl. Kosten und Zinsen, per 31. Dezember 2000 ausgewiesen werde. Schliesslich sei das Ausstellungsdatum angesichts der rückwirkenden Valutierung per 31. Dezember 2000 letztlich ohne jede rechtliche Relevanz (HD act. 47 S. 43 f.). Der Forderungsverzicht gebe mit der Rückvalutierung in korrekter

Weise die wirtschaftlichen Verhältnisse und den Verwaltungsratsbeschluss wieder (HD act. 47 S. 45).

22.2. Beweisbestimmung

Lehre und Praxis setzen bezüglich der Beweisbestimmung eines Schriftstückes nicht voraus, dass dieses letztlich effektiv im Sinne der Aussteller verwendet wurde. Die Lehre knüpft hinsichtlich dem Erfordernis der Beweisbestimmung im Allgemeinen beim Willen des Ausstellers an, mit dem Schriftstück ein Beweismittel zu schaffen oder als solches zu benutzen, wobei die Beweisbestimmung objektiv erkennbar sein muss (Boog, StGB-Kommentar I, Basel 2003, Art. 110 N 31; Straatenwerth, Schweiz. Strafrecht BT II, 5. Aufl., Bern 2000, § 35 N 16; Donatsch/Wohlens, Strafrecht IV, 3. Aufl., Zürich 2004, S. 138). Der Forderungsverzicht ist in Briefform in englischer Sprache abgefasst (KA 8 act. 200282) und könnte daher zwar lediglich für den internen Gebrauch verstanden werden. Dennoch ist das Schriftstück eindeutig als zweiseitiger Vertrag abgefasst, in dem die R._____ gegenüber der AV._____ unwiderruflich und bedingungslos den Verzicht auf die Rückzahlung von einzeln aufgeführten Forderungen per 31. Dezember 2000 erklärt. Schliesslich trägt das Dokument die erforderlichen Kollektiv-Unterschriften seitens der Vertragsparteien. Dadurch haben die Parteien objektiv ihrem Willen Ausdruck gegeben, das Schreiben als Beweismittel zu verwenden. Gemäss bundesgerichtlicher Praxis ergibt sich die Beantwortung der Frage, ob ein Schriftstück zum Beweis bestimmt ist, unmittelbar aus dem Gesetz und wird für die Buchhaltung und ihre Bestandteile in ständiger Praxis bejaht (BGE 118 IV 40; BGE 79 IV 163, dieser Entscheid, wenn auch älteren Datums, hebt dies deutlich hervor, wenn er ausführt, dass die objektive, kraft Gesetzes bestehende Bestimmung zum Beweis genüge, die Buchhaltung zur Urkunde zu machen). Es ist somit erstellt, dass vorliegend der Forderungsverzichtsvertrag gemäss Lehre und Praxis zum Beweis bestimmt ist.

22.3. Falschbeurkundung

22.3.1. Nach Art. 251 Ziff. 1 Abs. 1 StGB macht sich u.a. der Urkundenfälschung schuldig, wer in der Absicht, einem anderen einen unrechtmässigen Vorteil zu verschaffen, eine rechtlich erhebliche Tatsache unrichtig beurkundet.

22.3.2. Die Falschbeurkundung ist von der straflosen einfachen schriftlichen Lüge abzugrenzen, wobei für jeden Einzelfall die konkreten Umstände zu berücksichtigen sind. Der Urkunde muss dabei eine erhöhte Überzeugungskraft oder Glaubwürdigkeit zukommen und der Adressat muss der Erklärung aufgrund der Glaubwürdigkeit besonders vertrauen. Nach der bundesgerichtlichen Praxis ist etwa dann von einer unwahren Urkunde auszugehen, wenn allgemein gültige objektive Garantien die Wahrheit der Erklärung gewährleisten. Diese werden in der besonders vertrauenswürdigen, garantenähnlichen Stellung des Ausstellers oder in gesetzlichen Vorschriften, die den Inhalt bestimmter Schriftstücke näher festlegen, erblickt. Letzteres trifft bei der Buchhaltung mit ihren Bestandteilen, wie Belege, Bilanzen, Konti, etc. aufgrund Art. 957 ff. OR und Art. 662a ff. OR zu (BGE 129 IV 134, m.w.H.; BGE 126 IV 68; BGE 122 IV 28 f.; Donatsch/Wohlers, a.a.O., S. 147 ff.; Trechsel, StGB Kurzkommentar, 2. Aufl., Zürich 1997, Vor Art. 251 N 8 f. u. Art. 251 N 9; Stratenwerth, a.a.O., § 36 N 35 ff.; Boog, a.a.O., Art. 251 N 40 ff.).

22.3.3. Wer Geschäftsvorgänge rückdatiert, deren Belege für die kaufmännische Buchhaltung bestimmt sind, begeht bereits mit der Rückdatierung eine Falschbeurkundung, wenn die Buchung das von der kaufmännischen Buchführung zu vermittelnde Bild verfälscht (BGE 129 IV 130). In dieser Entscheidung führte das Bundesgericht aus: "Die datumsmässig unrichtige Erfassung eines Geschäftsvorgangs stellt nach der Rechtsprechung in der Regel eine Falschbeurkundung dar [Hinweise auf Rechtsprechung]. In diesen Fällen ist zusätzlich erforderlich, dass die falsche Buchung gerade das Bild, das die Buchführung zu vermitteln bestimmt ist, verfälscht. Dies ist ausnahmsweise zu verneinen, wenn bspw. durch vertragliche Vereinbarung gewisse Geschäfte noch in alter Rechnung erfasst werden sollen und diese Transaktionen in der alten Periode valutiert werden." Unter Hinweis auf das Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung 1998 führt das Bundesge-

richt als Beispiel einer zulässigen rückwirkenden Valutierung u.a. einen Forderungsverzicht an. Es hält aber auch fest, dass bei einem solchen Vorgehen der Vertrag wirtschaftlich begründet sein muss und nicht rückdatiert werden darf (BGE 129 IV 135 f.).

22.4. Subsumtion

Mit der Verteidigung ist auszuführen, dass die aufgrund des rückdatierten Forderungsverzichts vorgenommene Buchung die Bilanz nicht verfälscht, denn diese gibt die am Stichtag bestehenden wirtschaftlichen Verhältnisse richtig wieder. Es wurde zwischen der Konzernmutter und ihrer Tochter vertraglich vereinbart, per 31. Dezember 2000 auf das Forderungsrecht zu verzichten (KA 8 act. 200282). Sodann gilt es, in Übereinstimmung mit der Verteidigung festzuhalten, dass eine zulässige rückwirkende Valutierung vorliegt, denn die Transaktion steht im Zusammenhang mit den Sanierungs-/Restrukturierungsmassnahmen, womit die wirtschaftliche Begründetheit ausser Zweifel steht. Es bleibt somit die Frage zu prüfen, ob allein durch die unkorrekte Datierung des Forderungsverzichts eine Falschbeurkundung durch den Angeklagten begangen wurde. Mit dem falschen Ausstellungsdatum wurde jedenfalls eine rechtlich erhebliche Tatsache unwahr angegeben. Selbstredend ist es notwendig, einen Geschäftsvorgang zeitlich einordnen zu können, um bspw. bei der Frage nach der Verantwortlichkeit dessen korrekte rechtliche Beurteilung vorzunehmen. Daran ändert nichts, dass der Verzicht auf einen bestimmten Stichtag vorgenommen wurde. Das Bundesgericht hebt in seiner oben zitierten Praxis denn auch hervor, dass, selbst wenn es zulässig sei, unter bestimmten Voraussetzungen Transaktionen in der alten Periode zu erfassen, der Vertrag dennoch nicht rückdatiert werden dürfe. Was die Abgrenzung der Falschbeurkundung von der straflosen einfachen Lüge anbelangt, ist aber zu betonen, dass keine allgemein gültigen objektiven Garantien, die das korrekte Datum auf dem Forderungsverzichtsvertrag gewährleisten, bestehen. Zwar erklärt die Konzernmutter den Verzicht auf ihrem Geschäftspapier (KA 8 act. 200282), was eine Haftung aus Konzernvertrauen, keineswegs jedoch eine besonders vertrauenswürdige, garantenähnliche Stellung für die Richtigkeit des Datums begründen kann. Genau so wenig vermögen dies die gesetzlichen Buchfüh-

rungsvorschriften zu garantieren, weil bekanntlich die Transaktion zulässigerweise noch in der alten Periode valuiert wurde. Schliesslich relativiert auch der Umstand, dass die Vertragsparteien in einem Konzernverhältnis zueinander stehen, die Überzeugungskraft oder Glaubwürdigkeit der Erklärung, der Forderungsverzicht datiere vom 29. Dezember 2000. Das falsche Datum ist somit lediglich eine schriftliche Lüge, keine unwahre Beurkundung.

22.5. Konklusion

Somit mangelt es für eine Verurteilung bereits an einem objektiven Tatbestandsmerkmal, so dass sich eine weitere Prüfung des subjektiven Tatbestandes erübrigt. Demnach ist der Angeklagte hinsichtlich des Forderungsverzichtsvertrags vom Vorwurf der Falschbeurkundung freizusprechen.

23. Rangrücktrittsvereinbarung

23.1. Ausgangslage

Sodann wird dem Angeklagten bekanntlich vorgeworfen, er habe für die AV._____ ... BV, eine überschuldete Tochtergesellschaft der AV._____ AG, eine Rangrücktrittsvereinbarung im Umfang der Überschuldung unterschrieben, um die nach holländischem Recht zwingend vorgeschriebene Pflicht, die Überschuldung anzuzeigen, zu umgehen (VA I.A act. 1032 S. 21 f.). Während die Anklagebehörde auch diesem Schriftstück als Bestandteil der Buchhaltung eine qualifizierte Beweiseignung zuspricht (HD act. 43, P-STA/2 S. 70), macht die Verteidigung aber geltend, das Dokument sei weder zum Beweis bestimmt noch geeignet. Aus der Anklageschrift ergebe sich nicht, dass die Rangrücktrittsvereinbarung als Beleg für die Buchhaltung bestimmt gewesen sei (HD act. 47 S. 60). Der Rangrücktritt sei irrtümlicherweise ausgestellt worden. Die Nachtragsbuchungen entsprechen hingegen dem Verwaltungsratsbeschluss der R._____ vom 24. März 2001, der eine Garantieerklärung vorgesehen habe. Dementsprechend habe auch keine unrichtige Beurkundung stattgefunden (HD act. 47 S. 60 ff.).

23.2. Beweisbestimmung und -eignung

Es trifft zu, dass in der Anklageschrift nicht festgehalten wurde, dass der Rangrücktritt als Beleg für die Buchhaltung bestimmt war. Indessen ist der Vorwurf in der Anklage im Zusammenhang unschwer erkennbar, nämlich, dass der Angeklagte (zusammen mit dem Mitangeklagten AF._____) unter Berufung auf die Rangrücktrittsvereinbarung die Pflicht zur Überschuldungsanzeige habe umgehen wollen. Daraus lässt sich ohne unzulässige Interpretation folgern, dass die Vereinbarung als Beweismittel habe verwendet werden sollen. Unter Hinweis auf die oben zitierte Lehre und Praxis (Ziff. F 2.2) ist auch bezüglich der Rangrücktrittsvereinbarung festzuhalten, dass bei der Beantwortung der Frage, ob diese zum Beweis bestimmt ist, der Wille des Ausstellers von Bedeutung ist, das Dokument als Beweismittel zu schaffen bzw. zu benutzen, wobei dieser objektiv erkennbar sein muss. Die Vereinbarung ist mit einer Präambel versehen und weist umfassende, detaillierte Bestimmungen auf. Darüber hinaus trägt sie die notwendigen Unterschriften (KA 8 act. 200289). Somit wird dem Willen der Aussteller deutlich Ausdruck verliehen, die Rangrücktrittsvereinbarung als Beweismittel zu verwenden, so dass sie zum Beweis bestimmt ist. Auch hinsichtlich der Beweiseignung ist nicht die tatsächliche, konkrete Verwendung relevant. Massgebend sind allgemeine und objektive Ansichten über den Beweiswert des Dokuments, so wie sie ihm im Geschäftsverkehr nach Treu und Glauben zukommen. Dabei hängt die Beweiseignung nicht von der konkreten Beweiskraft ab (Boog, StGB-Kommentar I, Basel 2003, Art. 110 N 28 f.; Stratenwerth, Schweiz. Strafrecht BT II, 5. Aufl., Bern 2000, § 35 N 12; Donatsch/Wohlens, Strafrecht IV, 3. Aufl., Zürich 2004, S. 140; Trechsel, StGB Kurzkommentar, 2. Aufl., Zürich 1997, Vor Art. 251 N 6 f.). Die Rangrücktrittsvereinbarung ist daher in ihrer Form und Ausgestaltung (Präambel, detaillierte Bestimmungen, Unterschriften) sehr wohl zum Beweis geeignet.

23.3. Falschbeurkundung

23.3.1. Der Verteidigung ist zuzustimmen, dass in der Jahresrechnung 2000 der AV.____ der Rangrücktritt nirgends zur Sprache kommt. Der Anhang zur Bilanz

erläutert bezüglich dem Aktivum „Forderungen aus Lieferungen und Leistungen gegenüber Konzerngesellschaften“ eine Forderung von Fr. 777'000.– gegen die AV. _____ Europe BV (Anhang-Ziff. 12, KA 8 act. 200286 S. 3 u. 5), wohingegen der Rangrücktritt über € 400,6 Mio. bzw. Fr. 609,3 Mio. in der entsprechenden Rubrik unerwähnt bleibt (KA 8 act. 200286 S. 10, oben). Der Anhang zur Bilanz weist sodann im Umfang der zurückgetretenen Forderung eine bei den Passiven separat aufgeführte Rückstellung in Höhe von Fr. 609 Mio. aus („Rückstellungen ... Participations“, vgl. Anhang-Ziff. 20, KA 8 act. 200286 S. 3 u. 6). Dies entspräche tatsächlich der in den Entwürfen zum Verwaltungsratsbeschluss vom 20. bzw. 23. März 2001 erwähnten und genaueren Abklärungen überlassenen Garantieerklärung zu Gunsten der AV. _____ Europe BV (KA 9 act. 200333, S. 4; KA 9 act. 200336, S. 5). Ob ein entsprechender Beschluss tatsächlich vom Verwaltungsrat getroffen wurde, ergibt sich jedoch, entgegen der Auffassung der Verteidigung, nicht aus den Akten (vgl. die Anträge 06/01 vom 24. März 2001, KA 9 act. 200338, KA 9 act. 200339, KA 9 act. 200340, sowie Sitzungsprotokoll KA 9 act. 200342 S. 8). Diese, soweit vorliegend überprüfbar, korrekte Verbuchung befreit allerdings nicht von der Beurteilung der Frage, ob mit dem Ausstellen der Rangrücktrittsvereinbarung in objektiver Hinsicht eine Falschbeurkundung begangen wurde.

23.3.2. Wie oben dargelegt (Ziff. 2.3.2.), ist bei der Falschbeurkundung die qualifizierte von der straflosen schriftlichen Lüge zu unterscheiden. Unter Beachtung des konkreten Einzelfalles muss der Urkunde bekanntlich eine erhöhte Überzeugungskraft oder Glaubwürdigkeit zukommen, so dass der Adressat gerade deshalb der Erklärung besonders vertraut. Diese allgemein gültigen, objektiven Garantien können u.a. in gesetzlichen Vorschriften, die gerade den Inhalt bestimmter Schriftstücke genauer festlegen, bestehen, oder in einer besonders vertrauenswürdigem, garantenähnlichen Stellung des Ausstellers begründet sein.

23.3.3. Das Bundesgericht hat in seiner bei der Falschbeurkundung geübten – und von der Lehre begrüßten – restriktiven Praxis bei der Unterscheidung der qualifizierten von der einfachen Lüge jeweils das konkrete Schriftstück im Hinblick auf den entsprechenden Adressatenkreis geprüft (BGE 125 IV 273, 279 f.; BGE

132 IV 12, 19). Der Adressat einer Rangrücktrittserklärung ist der Verwaltungsrat der überschuldeten Aktiengesellschaft, der dank der Erklärung eines Gläubigers, seine Forderung trete hinter denjenigen der anderen Gläubiger zurück, den Richter nicht über die Überschuldung zu benachrichtigen hat (Art. 725 Abs. 2 OR). Als Verwaltungsrat der AV. _____ Europe BV amtierte indessen der Mitangeklagte AF. _____ (KA 4 act. 200140 S. 11), der die Rangrücktrittserklärung bekanntlich mitunterzeichnete (KA 8 act. 200289). Als mutmasslicher Mittäter kann sich der Mitangeklagte AF. _____ selbst gar nicht belügen, so dass keine qualifizierte Lüge und somit gar keine Falschbeurkundung vorläge. Die Revisionsstelle hat zwar zu prüfen, ob eine Überschuldung vorliegt bzw. ob der Verwaltungsrat seinen Anzeigepflichten nachkommt oder eben, ob er davon korrekterweise absieht. Neben diesen gesetzlichen Prüfungspflichten erwachsen ihr aber aus dem Rangrücktritt keine Pflichten, so dass sie nicht Adressatin des Rangrücktritts ist. Solange die Gesellschaft nicht in Konkurs oder in die Nachlassstundung fällt, richtet sich der Rangrücktritt auch nicht an die anderen Gläubiger. Sie könnten sich allerdings im Falle des Konkurses (oder der Nachlassstundung) der AV. _____ Europe BV auf die Rangrücktrittsvereinbarung berufen. Insofern sind sie als Adressaten zu berücksichtigen.

23.3.4. Was gesetzliche Vorschriften anbelangt, die den Inhalt einer Rangrücktrittserklärung näher festlegen, so stellt Art. 725 OR keine diesbezüglichen Bestimmungen auf, wenngleich selbstredend die unbedingte Erklärung eines Gesellschaftsgläubigers, seine Forderung gegenüber jenen der Anderen im Rang hinten zu stellen, erforderlich ist. Immerhin sind aber die weitreichenden Konsequenzen dieser Norm zu beachten. Unterlässt der Verwaltungsrat die Überschuldungsanzeige, macht er sich im Hinblick auf eine Verantwortlichkeitsklage einer schweren Pflichtverletzung schuldig. Auf die Benachrichtigung hin eröffnet der Richter den Konkurs, falls kein Antrag auf Aufschub vorliegt (Art. 725a OR). Vor diesem Hintergrund erreicht eine Rangrücktrittserklärung eine besondere rechtliche und wirtschaftliche Bedeutung, so dass ihr durchaus eine gewisse Glaubwürdigkeit entgegengebracht werden könnte. Dieser Grundsatz ist vorliegend allerdings insofern zu relativieren, da es sich um einen Rangrücktritt der Alleinaktionärin, einer Subholding innerhalb des nämlichen Konzerns, handelt. Ausserdem ist zu beden-

ken, dass Art. 725 des schweizerischen Obligationenrechts auf die Tochtergesellschaft holländischen Rechts keine Anwendung findet, obschon es im holländischen Gesellschaftsrecht eine ähnliche Bestimmung geben dürfte.

Schliesslich ist festzuhalten, dass der zurücktretenden Gläubigerin selbstredend keine besondere, garantenähnliche Vertrauensstellung gegenüber den Mitgläubigern zuzusprechen ist.

23.3.5. Zusammenfassend ergibt sich, dass als Adressaten des Rangrücktritts zum Einen der Verwaltungsrat der überschuldeten Gesellschaft, zum Anderen deren Gläubiger zu berücksichtigen sind. Hinsichtlich ersterem ist zu bedenken, dass der Mitangeklagte AF._____, der den Rangrücktritt mitunterzeichnete, sich als Verwaltungsrat nicht belügen kann, eine für die Falschbeurkundung erforderliche, qualifizierte Lüge somit nicht vorliegt. Gegenüber den Gläubigern gewährleisten keine allgemein gültige objektive Garantien die Wahrheit der Rangrücktrittsvereinbarung. So fehlen gesetzliche Vorschriften, die gerade den Inhalt eines Rangrücktritts näher festlegen. Immerhin könnten die weitreichenden rechtlichen und wirtschaftlichen Konsequenzen von Art. 725 OR die Glaubwürdigkeit erhöhen, allerdings findet diese Bestimmung auf die holländische Gesellschaft keine Anwendung. Ausserdem besteht keine garantenähnliche Vertrauensstellung der mit ihrer Forderung zurücktretenden Alleinaktionärin gegenüber den weiteren Gläubigern. Demnach ist hinsichtlich der Gläubiger ebenfalls nicht von einer qualifizierten Lüge auszugehen.

23.4. Irrtümlicher Rangrücktritt?

Der Angeklagte führte anlässlich der Hauptverhandlung aus, der vorliegende Rangrücktritt sei aus Versehen anstelle einer Garantieerklärung erfolgt (vgl. oben Ziff. 1.2.). Hierzu ist, unter Beizug der weiteren Untersuchungsakten, das Folgende zu beachten. Die AV._____ Europe BV wies per Ende 2000 eine Überschuldung von rund € 400 Mio. (entsprechend etwa Fr. 609 Mio.) auf, wobei die Hauptgläubigerin der AV._____ Europe BV die R._____ ... BV war (vgl. Beilage 1 der „Akttenotiz zur AH._____ -Klage“, eingereicht mit Eingabe von Rechtsanwalt Dr. H._____ vom 16. September 2005, anschliessend an VA G-9 act. 82840a, sog.

„Financial Statements 2000 AV. _____ Europe BV“ S. 6 u. 9). Naheliegenderweise hätte diese den Rangrücktritt abgeben können. Dies wäre allerdings problematisch gewesen, weil die R. _____ Finance BV Publikumsanleihen ausstehend hatte. Es wurde daher offensichtlich nach einer Lösung gesucht, um Forderungen (namentlich der R. _____ Finance BV und der AV. _____) gegen die AV. _____ Europe BV werthaltig zu erhalten (VA N-2.3 act. 151094, Beilage 12). Die Lösung wurde darin gefunden, dass die AV. _____ eine Rückstellung im erwähnten Betrag für AV. _____ Europe BV bildete. Während im Verhältnis von unabhängigen Geschäftspartnern Verträge ausgehandelt und abgeschlossen werden, die sich dann auf die Buchhaltung auswirken, wird im Konzern vielfach ein bestimmtes buchhalterisches Resultat gesucht und danach der entsprechende Vertrag zwischen den Konzerngesellschaften abgeschlossen. Vorliegend wurde ein Vertrag gesucht, der die AV. _____ Europe BV weiterhin aufrecht stehen liess und die Rückstellung in der AV. _____ rechtfertigte bzw. dazu führen musste (VA N-2.3 act. 151094, Beilage 15). Der darauf erstellte Rangrücktritt ist dafür indessen untauglich. Weder machte er die AV. _____ Europe BV werthaltig, noch rechtfertigte er die Rückstellung in der AV. _____. Es drängt sich daher in tatsächlicher Hinsicht der Schluss auf, dass mit dem Erstellen der Rangrücktrittsvereinbarung in die falsche Schublade gegriffen wurde. Es ist aber nicht ersichtlich, warum es keinen Vertrag geben konnte, der das gewünschte Resultat erzielt hätte. Jedenfalls werden mit Rückstellungen oft Schulden gegenüber Dritten buchhalterisch erfasst, und es fragt sich vorliegend, warum die AV. _____ Europe BV nicht die entsprechende Forderung gegen AV. _____ haben sollte und dann gar nicht mehr überschuldet war. Diesem Gedanken wurde aber offensichtlich nicht nachgegangen, weil man fälschlicherweise eine Rangrücktrittssituation im Kopf hatte. Dem Irrtum unterlag aber auch die Revisionsstelle (VA N-2.3 act. 151094, Beilage 15).

Wenn man naheliegenderweise davon ausgeht, der Rangrücktritt sei irrtümlich erstellt worden, kann freilich keine Rede davon sein, der Angeklagte habe, mit dem Mitangeklagten AF. _____ zusammen, eine rechtlich erhebliche Tatsache vorsätzlich unrichtig beurkundet, geschweige denn, darüber hinaus beabsichtigt, jemandem einen unrechtmässigen Vorteil zu verschaffen. Ein Freispruch vom Vorwurf der Falschbeurkundung hat somit vorliegend nicht nur mangels qualifizierter

schriftlicher Lüge zu erfolgen, sondern auch, weil kaum davon ausgegangen werden kann, der Angeklagte habe vorsätzlich und mit Absicht gehandelt.

G. Anklagepunkt II/5.1: Milliardenkredit

1. Anklagevorwurf

1.1. Die Anklagebehörde wirft dem Angeklagten in Ziffer II/5.1 der Anklageschrift vom 11. Juli 2006 (S. 45 ff.) vor, er habe in seiner Funktion als Finanzchef der R._____ aufgrund gemeinsamer Entschlussfassung, Planung und Absprache mit dem Mitangeklagten W._____ durch massgebliches, arbeitsteiliges Zusammenwirken bei der Tatausführung wissentlich und willentlich zu den nachfolgenden vier öffentlichen, nicht den Tatsachen entsprechenden Verlautbarungen des Mitangeklagten W._____ beigetragen, um der im damaligen Zeitpunkt bei Aktionären, weiteren Investoren, Gläubigern und der Öffentlichkeit bestehenden Verunsicherung bezüglich der wirtschaftlichen Lage der R._____ Einhalt zu gebieten:

Anlässlich der Generalversammlung der R._____ vom 25. April 2001 habe W._____ in einem Referat vor Aktionären und Medienvertretern das Statement "Liquiditätssicherung durch neue Kreditlinie von CHF 1,0 Mrd mit DK._____, CM._____, DM._____" auf die Leinwand projiziert und dazu tatsachenwidrig ausgeführt: ***"Wir haben, ich darf Ihnen das heute sagen, mit den drei führenden internationalen Grossbanken DK._____, CM._____ und DM._____ ein Agreement erzielt für***

die Errichtung einer neuen Kreditlinie von 1 Mia. Franken und damit ist auf alle Fälle sichergestellt, dass wir nun die Sanierung der Gruppe in Angriff nehmen können, ohne dass die Liquidität als solche gefährdet ist".

Im Anschluss an die Generalversammlung habe W._____ an einer Medienkonferenz folgende, auch in der Hauptausgabe der Tagesschau ausgestrahlte, tatsachenwidrige Erklärung abgegeben: ***"Es ist eben auch so, dass an sich diese Liquidität jetzt durch diese neue Kreditlinie in genügendem Ausmass gesichert ist, und wir stehen aber in engem Kontakt auch mit diesem vierten***

Institut, aber sie haben an dieser neuen Kreditlinie in dieser Form nicht mitgemacht". Sodann habe er an derselben Medienkonferenz auf die Frage eines Journalisten "Wie lange reicht diese Milliarde und warum ist die DL._____ nicht dabei?" tatsachenwidrig geantwortet: **"Gut, also schauen Sie, diese Milliarde das ist ja nicht so gedacht, dass wir das in nächster Zeit ziehen, weil uns jetzt eben gewissermassen das Geld ausgeht, sondern das ist gedacht primär als ein Signal, dass eben die Liquidität der Gruppe kein Problem ist...."**. Schliesslich habe W._____ durch die Kommunikationsabteilung des R._____ Konzerns in einer Pressemitteilung an die Medien im In- und Ausland mit Sperrfrist bis 25. April 2001, 22.00 Uhr, tatsachenwidrig Folgendes verbreiten lassen: **"Die Liquidität ist durch eine neue Kreditlinie von CHF 1 Milliarde bei DK._____, CM._____ und der DM._____ gesichert"**.

1.2. Der Tatbeitrag des Angeklagten wird durch die Anklage zusammenfassend wie folgt umschrieben: In Absprache mit dem Mitangeklagten W._____ habe er vor der Generalversammlung vom 25. April 2001 das Bankenkonsortium angefragt, ob die Mitglieder trotz Stillschweigeverpflichtung einverstanden seien, wenn W._____ an dieser Versammlung bekannt geben würde, dass die R._____ mit dem Bankenkonsortium eine neue Kreditfazilität in Höhe von Fr. 1 Mia. vereinbart habe. Nach Eingang der Antworten der Banken sowie des Finanzierungsvorschlages habe der Angeklagte dem Mitangeklagten W._____ die Dokumente zu einem nicht näher bestimmbareren Zeitpunkt vor dem 25. April 2001, 15.00 Uhr, präsentiert. Letzterer habe dem Angeklagten anlässlich dieser Unterredung erklärt, er werde an der Generalversammlung bekanntgeben, dass die Liquidität der R._____ und des Konzerns durch eine neue Kreditlinie gesichert sei, und dies gleichzeitig mit einer schriftlichen Pressemitteilung verkünden. Der Angeklagte habe geantwortet, dass dies aus seiner Sicht so kommuniziert werden könne und damit "grünes Licht" zu den Verlautbarungen gegeben. Damit habe sich der Angeklagte einerseits die Verlautbarungen W._____s zu eigen gemacht und andererseits die Tatbereitschaft des Mitangeklagten gestützt und gefördert.

1.3. Die vom Mitangeklagten W._____ verbreiteten Verlautbarungen soll der Angeklagte nach Ansicht der Anklagebehörde unterstützt und gefördert haben,

obwohl er gewusst habe, dass der R._____ seitens des Bankenkonsortiums am 25. April 2001 lediglich ein gemeinsamer Finanzierungsvorschlag vorgelegt wurde, welcher die einzelnen von den Konsortialbanken früher abgegebenen Vorschläge ersetzte und bei dem es sich um eine Absichtserklärung bzw. eine Offerte handelte, in der die Bedingungen für einen Vertragsschluss dargelegt wurden. Die Anklage geht weiter davon aus, dass die einzelnen Auflagen und Bedingungen des Finanzierungsvorschlages (vgl. dazu Anklageschrift S. 48 ff.) äusserst restriktiv waren und teilweise von der R._____ binnen nützlicher Frist kaum erfüllt werden konnten, so dass einerseits im Hinblick auf einen Abschluss des Kreditvertrages noch umfangreiche und zeitintensive Verhandlungen geführt werden mussten, und andererseits voraussehbar war, dass nach Vertragsschluss der Kredit - wenn überhaupt - zumindest nicht innerhalb von drei Monaten beansprucht werden konnte. Der Kreditvertrag sei dann auch erst am 11. Juli 2001 abgeschlossen worden. Den Angeklagten wird in diesem Zusammenhang vorgeworfen, sie hätten wissentlich und willentlich den unwahren Anschein erweckt, die Kreditlinie sei vereinbart, ziehbar und zur Sicherung der Liquidität des Konzerns geeignet. Sie hätten es bewusst unterlassen, auf die im Hinblick auf den Abschluss und die Ziehbarkeit eines solchen Kredites äusserst harten Bedingungen und auf die Tatsache hinzuweisen, dass es sich nicht um einen eigentlichen Liquiditätskredit, sondern um einen Überbrückungskredit handelte. Diese unwahren Angaben waren nach Ansicht der Anklagebehörde geeignet, die (potentiellen) Anleger zu schädigenden Vermögensdispositionen zu veranlassen.

1.4. der Angeklagte habe durch dieses Verhalten den Tatbestand der mehrfachen unwahren Angaben über kaufmännisches Gewerbe im Sinne von Art. 152 StGB erfüllt. Eventualiter habe er den Tatentschluss W._____s erweckt und sich damit der Anstiftung im Sinne von Art. 152 StGB schuldig gemacht. Subeventualiter erblickt die Anklagebehörde im Verhalten des Angeklagten lediglich eine Gehilfenschaft zu der vom Mitangeklagten W._____ verübten Haupttat.

2. Sachverhalt

2.1. Unbestrittener Sachverhalt

Aufgrund der bestehenden wirtschaftlichen Probleme und der damit verbundenen Liquiditätsbedürfnisse wurden seitens der R._____ bereits im Februar 2001 Verhandlungen mit verschiedenen Banken aufgenommen im Hinblick auf die Errichtung einer dritten Kreditlinie. Die Verhandlungen wurden anfänglich vom Angeklagten in seiner Funktion als Finanzchef der R._____ geführt. Der Mitangeklagte W._____ war vor seiner Ernennung zum Verwaltungsratspräsidenten und Delegierten des Verwaltungsrates an den Gesprächen mit den Banken nicht beteiligt. Der Angeklagte wies an der Sitzung der Finanzkommission des Verwaltungsrates vom 2. März 2001 auf den Ernst der Liquiditätslage hin, welche unter anderem gebiete, Devestitionen bei massgeblichen Aktivitäten des Konzerns vorzunehmen. Er teilte mit, dass zur Zeit mit drei Banken Verhandlungen über eine dritte Kreditlinie in der Höhe von Fr. 1 Mia. stattfänden, welche dem Verwaltungsrat in seiner letzten Sitzung beantragt worden seien. Die geplante dritte Kreditlinie diene zur Überbrückung des Liquiditätsengpasses bis zum Cash-in aus der Veräusserung von Aktiven (KA X, act. 404002 S. 2). Aus den Protokollen der Konzernleitungssitzung vom 13. März 2001 (KA XXI, act. 411439 und act. 411440) ergibt sich, dass das Gespräch mit der DL._____ betreffend die Stand-by Kredit-Fazilität nicht zufriedenstellend verlief, währenddem die beiden anderen Banken (CM._____ (nachfolgend CM._____)) und DK._____ positive Signale abgegeben haben. Bereits damals äusserte der als Berater beigezogene Dr. DN._____ die Ansicht, dass die Kreditlinie nur gegen Aufträge zum Verkauf von wesentlichen Unternehmen zur Verfügung gestellt werde. Anlässlich der Verwaltungsratssitzung vom 24. März 2001 konnte der Mitangeklagte W._____ in seinem Antrittsbericht als Verwaltungsrats-Delegierter mitteilen, dass CM._____ und DM._____ schriftlich eine Kredit-Fazilität von Fr. 750 Mio. zugesagt hätten (KA X, act. 404005 S. 6). Dies aufgrund eines Finanzierungsvorschlages der beiden Banken vom 23. März 2001, welcher an die R._____ gerichtet war und eine Offerte bzw. eine Absichtserklärung bezüglich einer "Credit Facility" über die genannte Summe enthielt (KA X, act. 404006 und 404007). W._____ informierte den Verwaltungsrat sodann über

seine Absicht, die Kreditlinie durch vier Banken bereitstellen zu lassen. Er sei deshalb inzwischen persönlich in Kontakt mit CM._____, DM._____ und DO._____. Zudem sei für die kommende Woche ein Gespräch mit DP._____ (DL._____) geplant (KA X, act. 404005 S. 6). Da W._____ aus seiner Tätigkeit als Finanzchef der DF._____ langjährige Erfahrung mit DO._____ hatte, führte sein persönlicher Kontakt zu deren Vice-Chairman DQ._____ dazu, dass er von dieser Bank positiven Bescheid erhielt. Demgegenüber zeitigten die Gespräche mit der DL._____ schliesslich nicht den gewünschten Erfolg.

Unbestritten ist, dass W._____ aufgrund der positiv verlaufenen Verhandlungen mit den drei Banken CM._____, DK._____ und DM._____ den Angeklagten zu einem nicht mehr genau bestimmbareren Zeitpunkt vor dem 20. April 2001 über seine Absicht informierte, an der Generalversammlung der R._____ vom 25. April 2001 bekannt zu geben, dass mit diesen Banken eine dritte Kreditlinie von Fr. 1 Mia. habe vereinbart werden können und dadurch die Liquidität des Konzerns gesichert sei. W._____ beauftragte den Angeklagten, ihm vor der GV grünes oder rotes Licht zu geben mit Bezug auf die explizite Erwähnung der Kreditlinie (KA X, act. 404000 S. 21). Daraufhin teilte der Angeklagte den drei Banken mittels Telefax am 20. April 2001 mit, dass W._____ anlässlich der GV das folgende Statement abgeben wolle: *"We have agreed a new CHF 1 billion credit facility with DK._____, CM._____ and DM._____."* Gleichzeitig bat er um Bestätigung des Einverständnisses mit der vorgeschlagenen Formulierung (KA XIV, act. 404411). Mit E-Mail vom 21. April 2001 gab Managing Director DR._____ namens der CM._____ das Einverständnis für die von W._____ beabsichtigte Mitteilung (KA X, act. 404017). Ebenso teilten DS._____ für die DK._____ mit Faxschreiben vom 23. April 2001 (KA X, act. 404018) und DT._____ für die DM._____ mit Faxschreiben vom 24. April 2001 (KA X, act. 404019) ihr Akzept zum vorgesehenen Statement mit. Die Antwortschreiben der Banken waren an den Angeklagten gerichtet. Mit Schreiben vom 24. April 2001 unterbreiteten DK._____, CM._____ und DM._____ der R._____ zudem einen Vorschlag ("financing proposal") betreffend eine 364-Tage-Kreditfazilität über Fr. 1 Mia., unter Beilage der "summary terms and conditions" (KA XIV, act. 404413). Diese Dokumente gingen per Telefax am 24. April 2001 um 20.36 Uhr beim Angeklagten ein. Die Banken terminierten ihr

Angebot bis 30. April 2001 und forderten die R._____ auf, eine mit dem schriftlichen Akzept versehene Kopie des Briefes bis zu diesem Datum zurückzuschicken.

2.2. Bestrittener Sachverhalt

In seinem Plädoyer vom 23. Februar 2007 (HD act. 47 S. 81 ff.) vertrat der Verteidiger des Angeklagten die Ansicht, sein Mandant habe zu keinem Zeitpunkt beabsichtigt oder auch nur in Kauf genommen, dass in öffentlichen Bekanntmachungen über die R._____ oder deren Tochtergesellschaften unwahre oder unvollständige Angaben von erheblicher Bedeutung gemacht wurden. Bei der Anfrage des Angeklagten an das Bankenconsortium habe es sich entgegen der Anklage nicht um eine "Vereinbarung" zwischen den beiden Angeklagten gehandelt, sondern um einen üblichen Auftrag des CEO an den CFO im Hinblick auf die Kommunikation an der Generalversammlung. Der Mitangeklagte W._____ habe sicherstellen wollen, dass jede in Bezug auf die dritte Kreditlinie gemachte Äußerung in vollem Einklang mit der Haltung der drei Bankinstitute sei. Der Angeklagte habe dementsprechend im Auftrag von W._____ die involvierten Banken über den Inhalt der Information gegenüber den Aktionären vorinformiert und um deren Einverständnis ersucht. In der Anklage würden die Erörterungen zwischen den beiden Angeklagten im Vorfeld der Generalversammlung falsch wiedergegeben. Die Mitteilung des Angeklagten an W._____ habe sich auf die simple Message beschränkt, dass nunmehr die Zustimmungen aller drei Banken zur vorgesehenen Kommunikation der Kreditlinie eingegangen seien. Die stillschweigende Zustimmung des Angeklagten zur Kommunikation habe sich allein auf den Wortlaut bezogen, wie er der Anfrage an die drei Banken entsprochen habe. Von irgendwelchen weitergehenden Äußerungen gegenüber Aktionären oder Dritten sei für ihn nicht die Rede gewesen. Als unrichtig erweise sich auch die Behauptung der Staatsanwaltschaft, wonach der Angeklagte den Wortlaut der an der Generalversammlung präsentierten Slides gekannt und diesen vorgängig genehmigt habe. Sodann treffe ebenfalls nicht zu, dass das "grüne Licht" des Angeklagten sich auch auf den weiteren vom Mitangeklagten W._____ an der Generalversammlung gesprochenen Satz bezogen habe.

Die Verteidigung macht somit zusammenfassend geltend, entgegen der Anklage seien keine Vereinbarungen oder heimlichen Abmachungen zwischen den beiden Angeklagten im Hinblick auf die Kommunikation des Milliardenkredites getroffen worden. Die von der Staatsanwaltschaft geltend gemachte gemeinsame Entschlussfassung, Planung und Absprache bei der Tatausführung (Anklage S. 46) wird somit bestritten und damit die Mitverantwortung des Angeklagten an den Verlautbarungen von W. _____ in Abrede gestellt. Es gilt deshalb aufgrund der vorliegenden Beweismittel zu prüfen, ob der dem Angeklagten zur Last gelegte Tatbeitrag als erstellt gelten kann.

2.2.1. Aussagen des Angeklagten

Der Angeklagte wurde zum vorliegenden Anklagepunkt von der Staatsanwaltschaft in einer Konfrontationseinvernahme mit dem Mitangeklagten W. _____ vom 10. November 2005 (KA XIV act. 404410) befragt. Sodann wurde ihm der Anklagesachverhalt in der Schlusseinvernahme vom 6. März 2006 (VA G-19.2 act. 087268) vorgehalten. Bei beiden Einvernahmen machte der Angeklagte von seinem Aussageverweigerungsrecht Gebrauch. Auch anlässlich der Hauptverhandlung vom 23. Januar 2007 schwieg der Angeklagte zu sämtlichen vom Gericht zum Anklagesachverhalt gestellten Fragen (Prot. S. 156 ff.).

2.2.2. Aussagen des Mitangeklagten W. _____

2.2.2.1. In der Einvernahme durch die Staatsanwaltschaft vom 24. August 2005 sagte W. _____ aus, er habe unter allen Umständen sicherstellen wollen, dass jede in Bezug auf die dritte Kreditfazilität gemachte Äusserung an der GV in vollem Einklang sei mit der Haltung der Banken sei. Aus diesem Grunde habe A. _____ ein Faxschreiben an die drei Banken gerichtet, dem jeweils eine Kopie des von ihm (W. _____) unterzeichneten Briefes beigelegt habe. A. _____ und er seien sich völlig einig gewesen, dass eine schriftliche Zusage seitens der drei Bankinstitute eine unabdingbare Voraussetzung gewesen sei, um an der GV überhaupt etwas zur dritten Kreditlinie sagen zu können (KA X act. 404000 S. 19 f.). Wenn die Zustimmungen der Banken nicht eingetroffen wären, hätte man diesen Punkt des Fortschrittsberichts einfach fallen lassen. A. _____ sei über seine Absicht ge-

nau im Bilde gewesen; seine Aufgabe sei es gewesen, ihm vor der GV grünes oder rotes Licht zu geben, ob die Kreditlinie im skizzierten Sinne erwähnt werden dürfe. Nachdem er von A._____ grünes Licht erhalten habe, habe er an der GV zur gezeigten Folie mündliche Ausführungen in Form von zwei Sätzen gemacht, welche sich auf die am 20. April 2001 geführte Korrespondenz gestützt hätten (KA X act. 404000 S. 21 ff.).

2.2.2.2. In der Konfrontationseinvernahme vom 10. November 2006 sagte der Mitangeklagte W._____ aus, A._____ und er hätten den für die GV erstellten Slide zum Milliardenkredit unter den Vorbehalt gestellt, dass man von den drei Banken die nötige Autorisierung erhalte. A._____ habe den ihm erteilten Auftrag gewissenhaft ausgeführt und ihm gemeldet, dass der Einfügung dieser Folie in die Präsentation zur Zukunft der AU"._____ nichts im Wege stehe (KA XIV act. 404410 S. 11). Ansonsten wurde W._____ in dieser Einvernahme nicht zur Rolle des Angeklagten A._____ befragt.

2.2.2.3. In der Hauptverhandlung vom 23. Januar 2007 sagte W._____ auf Befragen aus, er habe nach Verfassen des Briefes an die Banken vom 20. April A._____ den Auftrag erteilt, sicherzustellen, dass die Banken mit der Nennung ihres Namens und ihrer Bereitschaft, an der Fazilität im skizzierten Sinne mitzuwirken, einverstanden seien. Diesen Auftrag habe er auch ausgeführt (Prot. S. 120). Der Begriff "grünes Licht" habe bedeutet, dass A._____ die Bankinstitute angefragt habe und deren Antworten "ja" lauteten. A._____ habe ihm diesbezüglich vor der Generalversammlung grünes Licht gegeben (Prot. S. 121 f.). Auf Vorhalt, wonach dem Angeklagten mit Bezug auf die gemachten Äusserungen vom 25. April 2001 Mittäterschaft zur Last gelegt werde, sagte W._____ aus, A._____ sei nicht Mittäter. Er (W._____) übernehme die volle Verantwortung für das, was er an der Generalversammlung gesagt habe (Prot. S. 124; S. 133). Er sei damals davon ausgegangen, das von A._____ erteilte "grüne Licht" sei kongruent in Bezug auf die Ausführungen, die er in seinem Schreiben gegenüber den Banken gemacht habe (Prot. S. 127.).

2.2.3. Weitere Beweismittel

Aktenkundig mit Bezug auf den Tatbeitrag des Angeklagten sind die bereits erwähnten Fax-Schreiben des Angeklagten an die drei Banken (KA XIV act. 404411) sowie die an den Angeklagten gerichteten Antwortschreiben der zuständigen Bankmanager mit dem Einverständnis, dass W. _____ an der Generalversammlung das folgende Statement abgeben dürfe: "We have agreed a new CHF 1 billion credit facility with DK. _____, CM. _____ and DM. _____." (KA X act. 404017-19). Weitere Urkunden; Zeugenaussagen oder andere Beweismittel, welche den Anklagesachverhalt stützen, liegen keine vor. Die Anklagebehörde hat in ihrem Plädoyer vom 19. Februar 2007 zum Anklagepunkt "Milliardenkredit" mit Bezug auf den dem Angeklagten A. _____ zur Last gelegten Tatbeitrag auch keine solchen Beweismittel genannt (P-STA/9 S. 111 ff.).

2.2.4. Sachverhaltswürdigung

2.2.4.1. Aufgrund der vorstehenden Ausführungen steht fest, dass der Angeklagte über den Entscheid des Mitangeklagten W. _____, den Milliardenkredit an der Generalversammlung zu kommunizieren, zu einem nicht mehr bestimmbareren Zeitpunkt Mitte April 2001 informiert wurde, spätestens aber am 20. April 2001, als er beauftragt wurde, die Banken um Entbindung von der Stillhalteklauselel anzugehen. Ebenfalls als erstellt gelten kann, dass der Angeklagte mit Fax-Schreiben vom 20. April 2001 die drei Bankinstitute um schriftliche Einwilligung zur Bekanntgabe des in den Schreiben enthaltenen Wortlautes durch W. _____ an der Generalversammlung ersuchte und nach Eingang der Antworten sowie des Term Sheet der Banken am 23. April 2001 seinem Vorgesetzten das erwünschte "grüne Licht" erteilte. Dieses bezog sich allerdings einzig und allein auf den vom Angeklagten an die Banken übermittelten Satz "We have agreed a new CHF 1 billion credit facility with DK. _____, CM. _____ and DM. _____". Demgegenüber betraf diese Rückmeldung offenkundig nicht den Inhalt der von W. _____ persönlich an die Banken gerichteten, ebenfalls vom 20. April 2001 datierenden Schreiben, da zu Gunsten des Angeklagten davon auszugehen ist, dass er diese Dokumente gar nicht kannte. Dass W. _____ das "grüne Licht" nach seinen Aussagen offenbar irrtümlicher-

weise auf den Wortlaut seiner Briefe bezogen hat, kann dem Angeklagten jedenfalls nicht angelastet werden.

2.2.4.2. Soweit die Anklagebehörde dem Angeklagten eine weitergehende Mitwirkung oder Mitverantwortung an den von W._____ an der Generalversammlung vom 25. April 2001, der anschliessenden Pressekonferenz sowie in der Pressemitteilung gemachten Verlautbarungen anlastet, konnte der diesbezügliche Beweis nicht erbracht werden. Insbesondere kann nicht als erstellt gelten, dass sich die beiden Angeklagten nach Eingang des Finanzierungsvorschlages der Banken (24. April 2001, 20.36 Uhr) vor der Generalversammlung im Bürogebäude DV._____ trafen und W._____ dabei gegenüber dem Angeklagten erklärte, um der Verunsicherung der Gläubiger und Aktionäre Einhalt zu gebieten werde er mündlich sowie mittels Pressemitteilung verkünden, die Liquidität der R._____ und des Konzerns sei durch eine neue Kreditlinie von Fr. 1 Milliarde gesichert, und ihn fragte, wie er sich dazu stelle (Anklageschrift S. 51). Hiefür konnte die Staatsanwaltschaft keine relevanten Beweismittel liefern. Der Angeklagte W._____ hat weder in der Untersuchung noch anlässlich der Hauptverhandlung bestätigt, dass eine solche Besprechung überhaupt stattgefunden hatte. In der Einvernahme vom 24./25. August 2005 sagte er aus, es sei die Aufgabe von A._____ gewesen, ihm vor der GV grünes oder rotes Licht zu geben für die Erwähnung der Kreditlinie; er wisse allerdings nicht mehr, auf welchen genauen Grundlagen letztlich die Erteilung des grünen Lichts erfolgt sei (KA X act 40400 S. 21). Auf die Frage, ob er sich mit A._____ vor der GV nochmals abgesprochen habe, welche Formulierung er mit Bezug auf die Bekanntgabe der Kreditlinie wähle bzw. ob er sich von ihm habe beraten lassen, sagte W._____ in der Hauptverhandlung vom 23. Januar 2007 aus, sie hätten für eine solche Besprechung gar keine Zeit gehabt (Prot. S. 124). Er (W._____) übernehme die volle Verantwortung für das, was er kommuniziert habe. A._____ habe ihm allerdings als Finanzchef kein Warnsignal mit Bezug auf diesen Aspekt gegeben (Prot. S. 133).

3. Rechtliche Würdigung

3.1. Mittäterschaft

3.1.1. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung gilt als Mittäter, wer bei der Entschliessung, Planung oder Ausführung eines Delikts vorsätzlich und in massgeblicher Weise mit anderen Tätern zusammenwirkt, so dass er als Hauptbeteiligter erachtet werden kann. Damit von Tatherrschaft ausgegangen werden kann, muss der Betreffende somit in einer für die Tat massgebenden Weise mit den anderen Tätern zusammenwirken (BGE 118 VI 230, 399 f.; 120 IV 271 f.; 125 IV 136; 126 IV 88; 130 IV 66).

3.1.2. Im vorliegenden Fall war es der Mitangeklagte W._____, welcher sich aufgrund von zahlreichen Anfragen von Aktionären entschloss, wenn immer möglich an der Generalversammlung vom 25. April 2001 über das Zustandekommen eines Kreditvertrages mit DK._____, CM._____ und DM._____ zu informieren. Dass er überhaupt Angaben dazu machen durfte, hing davon ab, ob ein ausdrückliches Einverständnis aller drei Banken zur Bekanntgabe des Milliardenkredites vorlag. Aus diesem Grund beauftragte er den Angeklagten - wie bereits erwähnt - , die Banken diesbezüglich anzufragen. Darauf beschränkte sich die Rolle des Angeklagten. Er unterstützte W._____ in diesem Sinne bei der Planung zur Bekanntgabe des Milliardenkredites. Indessen lag der Entschlussfassung und Planung nach glaubwürdigen Aussagen des Mitangeklagten W._____ kein gemeinsames Vorgehen zugrunde, sondern die Initiative ging ausschliesslich von W._____ aus. Entgegen der Anklage gab es insbesondere keine gemeinsamen Absprachen zwischen den beiden Angeklagten, was die Art und Weise sowie den genauen Inhalt der Verlautbarungen anlässlich der Generalversammlung betraf. Es ist davon auszugehen, dass der Angeklagte auf diese Entscheidungen keinen massgeblichen Einfluss hatte, sondern nur Hilfsdienste leistete im Hinblick auf das "grüne Licht" der kreditgebenden Banken. Insbesondere ist nicht erstellt, dass der Angeklagte auf die von W._____ am 25. April 2001 verwendete, von der Anklagebehörde als unwahr betrachtete Formulierung, wonach die Liquidität durch die neue Kreditlinie gesichert sei, in irgend einer Weise Einfluss genommen hat.

Auch wenn davon ausgegangen werden muss, dass der Angeklagte den von W. _____ auf einer Folie projizierten Text "*Liquiditätssicherung durch neuen Kreditlinie von CHF 1,0 Mrd. mit DK. _____, CM. _____, DM. _____*" an der Konzernleitungssitzung vom 21. April 2001, bei der gemäss Aussage von W. _____ die gesamte Folienpräsentation im Entwurf gemeinsam durchgearbeitet wurde (KA XIV act. 404410 S. 10), zur Kenntnis nahm, muss zu seinen Gunsten angenommen werden, dass dieses Statement nicht von ihm verfasst wurde und er mit Bezug auf Inhalt und Formulierung auch keine Entscheidungsbefugnis hatte.

3.1.3. Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass der Angeklagte hinsichtlich der Kommunikation des Milliardenkredites weder bei der Planung noch bei der Ausführung massgeblich beteiligt war. Sein Tatbeitrag beschränkte sich auf das Beschaffen des Einverständnisses der Banken zu Bekanntgabe des Kredites. Es fehlt somit an der Tatherrschaft, weshalb er im Hauptanklagepunkt von der Mittäterschaft betreffend unwahre Angaben über kaufmännisches Gewerbe freizusprechen ist.

3.2. Anstiftung

3.2.1. Durch die Anstiftung wird in einem anderen der Entschluss zu einer bestimmten rechtswidrigen Tat hervorgerufen (BGE 116 IV 2, 69 IV 205). Mit "Bestimmen" ist sinngemäss die unmittelbare Einflussnahme auf die Willensbildung des Anzustiftenden gemeint. Der Tatentschluss muss auf das motivierende Verhalten des Anstifters zurückzuführen sein; es bedarf insofern eines Kausalzusammenhangs (BGE 127 IV 127, 116 IV 2). Der Anstifter "bestimmt" jemand anderen "vorsätzlich" zur Begehung einer Straftat. Er ruft im Angestifteten wissentlich und willentlich den Tatentschluss für eine konkrete Straftat hervor und er will, dass der Angestiftete den Tatentschluss verwirklicht, indem er die Straftat vollendet (BSK StGB I-Forster, Art. 24 N 3). Dabei ist nicht erforderlich, dass der Anstifter zur Bewirkung des Tatentschlusses einen erheblichen Widerstand überwinden muss (BGE 100 IV 2). Da das Verhalten des Anstifters für den Tatentschluss des Täters kausal sein muss, können nur solche Personen angestiftet werden, welche im betreffenden Zeitpunkt nicht schon ohnehin den Entschluss gefasst haben, die fragliche Tat zu begehen (BGE 124 IV 37).

3.2.2. Im vorliegenden Fall geht die Anklagebehörde - wie bereits erwähnt - davon aus, der Angeklagte habe anlässlich einer Unterredung vor der Generalversammlung auf die Frage des Mitangeklagten W._____, wie er sich zur Art und Weise der vorgesehenen Kommunikation stelle, geantwortet, dass dies aus seiner Sicht so kommuniziert werden könne ("grünes Licht"). Mit dieser Antwort habe er eventualiter vorsätzlich den Tatentschluss W._____'s erweckt. Der Beweis dafür, dass eine Besprechung dieses Inhalts zwischen den beiden Angeklagten stattfand, konnte nicht erbracht werden. Es kann diesbezüglich auf die vorstehenden Ausführungen unter Ziffer 2.2.5. verwiesen werden. Auch sonst liegen keinerlei Anhaltspunkte dafür vor, dass der Angeklagte den Entscheid von W._____, an der Generalversammlung vom 25. April 2001 über das Zustandekommen eines Kreditvertrages und die damit verbundene Liquiditätssicherung zu orientieren, in massgeblicher Weise beeinflusste, indem er ihn vorsätzlich dazu anstiftete und dadurch den Tatentschluss hervorrief. Die Eventualanklage betreffend Anstiftung zum Tatbestand von Art. 152 StGB entbehrt daher jeder Grundlage, weshalb der Angeklagte auch diesbezüglich freizusprechen ist.

3.3. Gehilfenschaft

3.3.1. Als Gehilfe ist nach Art. 25 StGB strafbar, wer zu einem Verbrechen oder Vergehen vorsätzlich Hilfe leistet. Nach der Rechtsprechung gilt als Hilfeleistung jeder kausale Beitrag, der die Tat fördert, so dass sich diese ohne Mitwirkung des Gehilfen anders abgespielt hätte. Der Gehilfe fördert eine Tat, wenn er sie durch einen untergeordneten Tatbeitrag unterstützt bzw. wenn er die Ausführung der Haupttat durch irgendwelche Vorkehren oder durch psychische Hilfe erleichtert (BGE 129 IV 126).

3.3.2. Vorerst gilt es festzuhalten, dass die Anklagebehörde dem Angeklagten - wie erwähnt - subeventualiter zwar vorwirft, er habe dem Mitangeklagten W._____ zu dessen Verlautbarungen vom 25. April 2001 vorsätzlich Hilfe geleistet (Anklage S. 45). Indessen fehlt es an einer Konkretisierung der für die Gehilfenschaft relevanten Tathandlungen. Der Anklageschrift lässt sich nicht entnehmen, welche konkreten Handlungen aus Sicht der Staatsanwaltschaft als Hilfeleistungen zur Haupttat des Angeklagten W._____ zu qualifizieren sind. Es fehlt in

dieser Hinsicht bereits an einer genügenden Umschreibung des Anklagesachverhaltes, weshalb ein Schuldspruch schon aus diesem Grund nicht erfolgen kann.

3.3.3. Geht man davon aus, dass die Staatsanwaltschaft die Ansicht vertritt, die dem Angeklagten an und für sich unter dem Titel "Mittäterschaft" zur Last gelegten Handlungen seien eventualiter unter dem Aspekt von Art. 25 StGB zu prüfen, so führt dies zu folgendem Resultat: Es dürfte zwar grundsätzlich unstrittig sein, dass der Angeklagte dadurch, dass er auf Geheiss von W._____ drei Fax-Schreiben an die Banken verfasste und nach Eingang der Antworten "grünes Licht" zur Kommunikation des Milliardenkredites gab, zu den vom Mitangeklagten W._____ an der GV vom 25. April 2001 gemachten Äusserungen in objektiver Hinsicht im Sinne von Art. 25 StGB Hilfe geleistet hat. Die Strafbarkeit des Gehilfen hängt aber von der Tatbestandsmässigkeit und Rechtswidrigkeit des Verhaltens des Haupttäters ab (limitierte Akzessorietät; BGE 129 IV 126). Der Angeklagte W._____ wurde in diesem Anklagepunkt vom Vorwurf der unwahren Angaben über kaufmännisches Gewerbe freigesprochen, da das Gericht den subjektiven Tatbestand als nicht erfüllt erachtete (Urteil i. S. W._____; Prozess-Nr. DG070079). Folglich entfällt mangels Tatbestandsmässigkeit des Verhaltens des Haupttäters auch eine Bestrafung des Angeklagten wegen Gehilfenschaft. Eine weitergehende Prüfung dieses Eventualanklagepunktes erübrigt sich damit.

3.4. Zusammenfassend ist der Angeklagte somit im Anklagepunkt der unwahren Angaben über kaufmännisches Gewerbe vollumfänglich freizusprechen.

III. Schadenersatzbegehren der Geschädigten

Zufolge des umfassenden Freispruchs des Angeklagten ist auf die Zivilansprüche der Geschädigten nicht einzutreten.

IV. Beschluss betreffend Kontosperr

1. Zur Sicherung der künftigen Vollstreckung des Urteils und gestützt auf §§ 83 ff. sowie §§ 96 ff. StPO ordnete die Untersuchungsbehörde mit Verfügun-

gen vom 27. Januar 2003 Konto- bzw. Depotsperren bei der DW._____ und bei der DL._____ AG über Vermögenswerte bis zur Höhe von je Fr. 700'000.– an (VA W-3 act. 190300 und act. 190301). Mit Verfügung vom 31. Januar 2003 (VA W-3 act. 190311) wurde das DW._____-Konto Nr. 3 zu Gunsten des Angeklagten wieder freigegeben, während die Sperre über zwei Sparkonti für Mietzinsgarantien und über ein Depot bei der DW._____ sowie die Depot-Sperren bei der DL._____ aufrecht erhalten wurden (VA W-3 act. 190312). Mit Eingabe vom 26. Februar 2003 (VA W-3 act. 190340) erhob die Verteidigung des Angeklagten Rekurs gegen die Beschlagnahmeverfügungen vom 27. Januar 2003 und beantragte deren Aufhebung. Noch bevor der Rekursentscheid erging, wurden die bei der DL._____ AG als beschlagnahmt gesperrten Vermögenswerte des Angeklagten bis auf den Betrag von Fr. 150'000.– sowie sämtliche bei der DW._____ gesperrten Bankverbindungen bzw. Vermögenswerte freigegeben (VA W-3 act. 190345 und act. 200349a). Mit Entscheid der Rekursinstanz vom 2. Juni 2003 wurde schliesslich der Rekurs gegen die noch bestehende Beschlagnahme der im Depot Nr. 1 bei der DL._____ AG hinterlegten Aktien abgewiesen und im Übrigen (d.h. hinsichtlich der bereits freigegebenen Vermögenswerte) als gegenstandslos abgeschrieben (VA W-3 act. 190354).

2. Mit Schreiben vom 16. September 2004 teilte die DL._____ AG mit, dass der noch gesperrte Betrag von Fr. 150'000.–, welcher ursprünglich in Aktien angelegt war und unter Depot-Nr. 1 geführt wurde, neu in DL._____ Obligationenfonds CHF angelegt werde (VA W-3 act. 190355).

3. In Anbetracht des vollumfänglichen Freispruchs sind die restlichen noch bei der DL._____ AG (DL._____-Obligationenfonds CHF in Depot Nr. 1, lautend auf den Angeklagten) beschlagnahmten Werte im Betrag von Fr. 150'000.– nach Bezahlung der dem Angeklagten auferlegten Untersuchungs- und Verfahrenskosten sowie nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils und dieses Beschlusses freizugeben.

V.Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Kostenfolgen

1.1. Gemäss § 189 Abs. 5 StPO werden bei einem Freispruch des Angeklagten die Kosten des Verfahrens grundsätzlich auf die Staatskasse genommen. Dem freigesprochenen Angeklagten können die Kosten jedoch ausnahmsweise ganz oder teilweise auferlegt werden, wenn dieser die Untersuchung durch ein verwerfliches oder leichtfertiges Benehmen verursacht oder die Durchführung der Untersuchung erschwert hat (§ 189 Abs. 1 StPO). Im Lichte von Art. 9 BV und Art. 6 Ziff. 2 EMRK ist es unzulässig, einem nicht verurteilten Angeklagten wegen eines allein unter ethischen Gesichtspunkten vorwerfbaren Verhaltens die Kosten zu überbinden. Dagegen ist es mit Verfassung und Konvention vereinbar, einem Angeklagten bei Freispruch oder Einstellung des Strafverfahrens die Kosten aufzuerlegen, wenn er in zivilrechtlich vorwerfbarer Weise gegen eine geschriebene oder ungeschriebene Verhaltensnorm, die aus der gesamten schweizerischen Rechtsordnung stammen kann, klar verstossen und dadurch die Einleitung des Strafverfahrens veranlasst oder dessen Durchführung erschwert hat (BGE 119 Ia E. 1b; 116 Ia 171 E. 2 d); ZR 104, 2005, Nr. 51; ZR 99, 2000, Nr. 8). Ein prozessuales Verschulden i.w.S. liegt vor, wenn der Angeklagte durch ein vorwerfbares Verhalten Anlass zur Eröffnung eines Strafverfahrens gegeben hat. Von einem prozessualen Verschulden i.e.S. ist dann die Rede, wenn der Angeklagte durch ein vorwerfbares Benehmen im Strafprozess dessen Durchführung erschwert hat (BGE 109 Ia 164; 116 Ia 168 f.). Eine so begründete Kostenaufgabe widerspricht dem verfassungsmässigen Grundsatz der Unschuldsvermutung (Art. 32 Abs. 1 BV; Art. 6 Ziff. 2 EMRK; Art. 14 Ziff. 2 UNO-Pakt II) nicht, soweit sie keine strafrechtliche Missbilligung zur Grundlage hat (vgl. BGE 120 Ia 155; 119 Ia 334; 116 Ia 175; 115 Ia 310).

Die Kostenaufgabe darf sich in tatsächlicher Hinsicht nur auf unbestrittene oder bereits klar nachgewiesene Umstände stützen (klarer Verstoss gegen die Verhaltensnorm). Eine Kostenaufgabe kann somit nicht auf Tatsachen gestützt werden, die aufgrund der bestehenden Aktenlage nicht als rechtsgenügend erstellt gelten

(BGE 112 Ia 374). Das vorwerfbare widerrechtliche Verhalten muss zudem adäquat kausal für die Einleitung oder Erschwerung des Strafverfahrens sein, d.h. es muss nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet gewesen sein, den Verdacht einer strafbaren Handlung zu erwecken und damit Anlass zur Eröffnung eines Strafverfahrens zu geben bzw. die Durchführung des im Gange befindlichen Strafprozesses zu erschweren (BGE 119 Ia E. 1b; ZR 104, 2005, Nr. 51).

Weitere Voraussetzung ist, dass das widerrechtliche Verhalten (im zivilrechtlichen Sinne) schuldhaft ist. Dies ist dann der Fall, wenn das Verhalten des Angeklagten von dem unter den gegebenen Verhältnissen als angebracht geltenden Durchschnittsverhalten abweicht (vgl. zum Ganzen Schmid, Strafprozessrecht, 4. Aufl., Zürich 2004, N 1205 ff. sowie dort zitierte BGE 116 Ia 162 ff. = EuGRZ 1990 S. 322 ff.; 114 Ia 299; 109 Ia 163; vgl. ferner Donatsch / Schmid, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, N 20 ff. zu § 42 StPO).

Hat der Angeklagte durch sein zivilrechtlich vorwerfbares Verhalten nur einen Teil der Kosten adäquat kausal verursacht, so ist ihm grundsätzlich auch nur ein Teil der Kosten aufzuerlegen (ZR 77, 1978, Nr. 120). Die Kostentragungspflicht des freigesprochenen Angeklagten darf nicht weiter gehen, als der Kausalzusammenhang zwischen dem dem Angeklagten vorgeworfenen fehlerhaften Verhalten und den Kosten verursachenden behördlichen Handlungen reicht (BGE 116 Ia 174 f.).

1.2. Betreffend die Anklagepunkte II/1.1-2 (Restrukturierung), II/2 (AH. _____ Transaktion) sowie II/5.1 (Milliardenkredit) ist kein zivilrechtlich vorwerfbares Verhalten des Angeklagten ersichtlich. Hingegen liegt ein solches im Zusammenhang mit den im Anklagepunkt II/1.3. vorgeworfenen Urkundendelikten vor.

1.2.1. Ein Arbeitnehmer ist verpflichtet, die ihm übertragene Arbeit sorgfältig auszuführen, wobei er auch für fahrlässig begangenen Schaden einzustehen hat (Art. 321a Abs. 1 OR; Art. 321e Abs. 1 OR).

1.2.2. Im Zusammenhang mit der Unterzeichnung des Forderungsverzichts zu Gunsten der AV. _____ ist zwar festzustellen, dass der Angeklagte bei genauerer

Betrachtung des Dokumentes das unrichtige Datum hätte erkennen können. Er muss sich in diesem Zusammenhang deshalb eine gewisse Unsorgfalt entgegenhalten lassen. Indessen handelt es sich in Anbetracht der im fraglichen Zeitpunkt zweifellos sehr hektischen Arbeitsatmosphäre und der Tatsache, dass der Angeklagte wohl täglich dutzende von Schriftstücken unterzeichnen musste, dabei um einen weitgehend entschuldbaren Irrtum, war das Datum doch beim fraglichen Forderungsverzicht nicht von zentraler Bedeutung. Das Mass der Sorgfaltspflichtverletzung muss deshalb als so gering betrachtet werden, dass nicht von einer haftungsbegründenden Handlung im Sinne von Art. 321e OR gesprochen werden kann. Ein zivilrechtlich vorwerfbares Verhalten ist daher zu verneinen, weshalb die Kosten in diesem Anklagepunkt auf die Staatskasse zu nehmen sind (§ 189 Abs. 4 StPO).

1.2.3. Was die Unterzeichnung des Rangrücktrittes zu Gunsten der AV. _____ ... B.V. betrifft, so muss dem Angeklagten hingegen ein grobfahrlässiges Verhalten zur Last gelegt werden. Indem er ein offenkundig falsches, inhaltlich unhaltbares Dokument unterschrieb, liess der Angeklagte die von ihm als Arbeitnehmer geforderte Sorgfalt vermissen. Der Angeklagte prüfte die Rangrücktrittsvereinbarung vor der Unterzeichnung offensichtlich nicht auf ihre Richtigkeit hin, ansonsten er zweifellos hätte bemerken müssen, dass sich die Formulierung fälschlicherweise auf eine schweizerische und nicht auf eine holländische Gesellschaft bezog. Ausserdem hätte auch die Höhe des Betrages, immerhin Fr. 609,3 Mio., den Angeklagten zu kritischerem Nachfragen veranlassen müssen bzw. hätte ihm als CFO der R. _____ eigentlich bekannt sein müssen, dass der AV. _____ im fraglichen Zeitpunkt keine Forderung von EUR 400 Mio. gegenüber ihrer Tochtergesellschaft zustand. Das leichtfertige Benehmen des Angeklagten stellt deshalb eine grobe Sorgfaltspflichtverletzung im Sinne von Art. 321 e OR dar, welche kausal war für die Einleitung der Strafuntersuchung. Die Strafverfolgungsbehörde sah sich in Anbetracht des offenkundig falschen Inhaltes der Rangrücktrittsvereinbarung zu Recht veranlasst, eine Untersuchung betreffend Urkundenfälschung einzuleiten. Nachdem der Angeklagte in der Untersuchung weder zur Entstehung der Rangrücktrittsvereinbarung noch zu den für die Errichtung dieser Urkunde massgeblichen Beweggründen irgendwelche Angaben gemacht hatte, erfolgte auch die An-

klageerhebung völlig zu Recht. Mit Bezug auf diesen Anklagepunkt sind die Untersuchungs- und Gerichtskosten deshalb gestützt auf § 189 Abs. 1 StPO dem Angeklagten aufzuerlegen.

1.3. Nach dem Gesagten sind die Kosten des Verfahrens betreffend den Rangrücktritt, welche einen Zehntel der gesamten auf den Angeklagten entfallenden Verfahrenskosten ausmachen, dem Angeklagten aufzuerlegen.

2. Entschädigungsfolgen

2.1. Werden dem Angeklagten die Kosten nicht oder nur teilweise auferlegt, ist nach Massgabe von § 191 i.V.m. § 43 Abs. 1 StPO darüber zu befinden, ob ihm eine Entschädigung für die ihm durch die Untersuchung sowie das gerichtliche Verfahren verursachten Kosten und Umtriebe auszurichten ist.

2.2. Ein freigesprochener Angeklagter, dem wesentliche Kosten und Umtriebe erwachsen sind, hat grundsätzlich Anspruch auf die Ausrichtung einer Entschädigung (§ 191 StPO i.V.m. § 43 Abs. 2 StPO). Zu den wesentlichen Kosten gehören namentlich die Kosten für anwaltliche Verteidigung (Schmid, in: Donatsch/Schmid, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, Zürich 1999, N 10 zu § 43 StPO).

2.3. Entschädigungen für Anwaltskosten werden gestützt auf die Verordnung des Obergerichts über die Anwaltsgebühren festgesetzt. Diese Verordnung beruht grundsätzlich auf dem Konzept der Pauschalentschädigung. In Verfahren, welche nicht mehr zu den einfachen Standardfällen gezählt werden können, ist hingegen gemäss neuester kassationsgerichtlicher Rechtsprechung grundsätzlich von der Honorarabrechnung der Verteidigung auszugehen. Die Abrechnung ist indes vom Gericht auf ihre Angemessenheit hin zu überprüfen. Stehen die in Rechnung gestellten Aufwendungen der Verteidigung nicht in einem angemessenen Verhältnis zu Bedeutung, Umfang und Schwierigkeiten des Falls, so rechtfertigt sich unter Umständen auch eine deutliche Minderung der angebehrten Entschädigung (Beschluss der III. Strafkammer des Obergerichtes vom 12. März 2005; Obergericht des Kantons Zürich, Beschluss vom 3. Februar 2003, Gesch.-Nr. UK020058;

Kassationsgericht des Kantons Zürich, Beschluss vom 24. Februar 2003, Kass.-Nr. 2002/102 = ZR 102 Nr. 49; ZR 101 Nr. 19 Erw. II./3. d/e; ZR 105 Nr. 51).

2.4. Das vorliegende Untersuchungsverfahren kann nur schon aufgrund des massiven Aktenumfanges offensichtlich nicht mehr als Standardfall qualifiziert werden. Gemäss der soeben dargelegten Rechtsprechung ist daher bei der Bemessung der dem Angeklagten zustehenden Entschädigung für die ihm entstandenen Anwaltskosten von den eingereichten Honorarabrechnungen auszugehen, welche indessen noch auf Unangemessenheit hin zu überprüfen sind.

2.4.1. Die Verteidigung des Angeklagten bezifferte ihren Aufwand in der dem Gericht mit Datum vom 5. März 2007 eingereichten Honorarnote mit insgesamt 595.81 Stunden sowie Barauslagen in der Höhe von Fr. 14'654.20. Dieser Verteidigungsaufwand erscheint dem Gericht grundsätzlich als angemessen. Zu berücksichtigen ist indessen, dass die eingereichte Honorarrechnung auch den im Zusammenhang mit dem Ablehnungsbegehren vom 7. September 2006 (HD act. 17/1) entstandene Aufwand enthält. Da auf jenes Begehren nicht eingetreten wurde (vgl. HD act. 17/3-4), ist der damit verbundene Aufwand nicht zu entschädigen. Es rechtfertigt sich deshalb ein Abzug von Fr. 6'000.– von der geltend gemachten Entschädigung.

2.4.2. In Anbetracht der obigen Erwägungen erweist sich somit eine Entschädigung von insgesamt Fr. 212'302.95 als dem Aufwand der erbetenen Verteidigung angemessen.

2.4.3. Die Aufwendungen des Angeklagten persönlich (...-kosten DX. _____ - Zürich) sind in der geltend gemachten Höhe von Fr. 4'014.– ausgewiesen und erscheinen nicht als unangemessen, weshalb sie dem Angeklagten zu entschädigen sind.

2.4.4. Entsprechend der Kostenaufwerlegung an den Angeklagten ist ihm die Entschädigung um einen Zehntel zu kürzen.

2.5. Zusammenfassend ist dem Angeklagten für das vorliegende Untersuchungs- und Gerichtsverfahren eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 209'206.75 (inkl. MwSt.) zuzusprechen.

Das Gericht erkennt:

1. Der Angeklagte wird vollumfänglich freigesprochen.
2. Auf die Zivilansprüche der Geschädigten wird nicht eingetreten.
3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

Fr.	25'000.–; die weiteren Kosten betragen:
Fr.	4'860.– Schreibgebühren
Fr.	114.– Zustellgebühren
Fr.	120.– Vorladungsgebühren
Fr.	2'873.40 Kanzleikosten Untersuchung
Fr.	6'680.15 Auslagen Untersuchung
Fr.	39'647.55
4. Die Gerichtskosten sowie die anteilmässigen Untersuchungskosten (exklusive Kosten BM. _____ Consulting) werden dem Angeklagten zu 1/10 auferlegt und im Übrigen auf die Gerichtskasse genommen.
5. Dem Angeklagten wird eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 209'206.75 (inkl. MwSt.) aus der Gerichtskasse zugesprochen.

Das Verrechnungsrecht des Staates bleibt vorbehalten.
6. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung
zunächst im Dispositiv an
 - den Angeklagten
 - die Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich
 - die Geschädigten

hernach in vollständiger Ausführung (mit Begründung) an

- den Angeklagten
- die Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich

sowie nach Eintritt der Rechtskraft an

- die Koordinationsstelle VOSTRA zur Entfernung der Daten gemäss Art. 12 Abs. 1 lit. d VOSTRA-Verordnung.

7. Gegen dieses Urteil kann bei der Eröffnung mündlich zu Protokoll oder binnen **10 Tagen** ab Eröffnung des Urteils beim Bezirksgericht Bülach, Spitalstrasse 13, Postfach, 8180 Bülach schriftlich **Berufung** angemeldet werden. Geschädigte können lediglich den Freispruch und den Entscheid über die Zivilforderung anfechten.

Die Berufung kann auf einzelne Urteilspunkte (einzelne Schuld- oder Freisprüche, Strafzumessung, Anordnung von Massnahmen, Entscheid über die Zivilforderung, besondere Anordnungen) beschränkt werden.

Die Berufungsklägerin bzw. der Berufungskläger hat nach Zustellung des begründeten Entscheids binnen **20 Tagen** dem Bezirksgericht Bülach, Spitalstrasse 13, Postfach, 8180 Bülach schriftlich ihre oder seine Beanstandungen mitzuteilen. Dabei hat sie oder er kurz anzugeben und zu begründen, warum sie oder er das angefochtene Urteil bzw. einzelne Elemente der Begründung für unrichtig hält. Im Säumnisfall wird auf die Berufung nicht eingetreten.

8. Werden nur die Kosten- und Entschädigungsregelungen beanstandet, ist dagegen **Rekurs** zu erheben. Dieser ist binnen **20 Tagen** nach Zustellung des begründeten Entscheids schriftlich unter Angabe der Gründe und Beilage des Entscheids sowie allfälliger Belege beim Obergericht des Kantons Zürich, III. Strafkammer, Postfach, 8023 Zürich, einzureichen.

Sodann beschliesst das Gericht:

1. Die aufgrund der Verfügungen der BAK III vom 27. Januar und 22. April 2003 (VA W-3 act.190301 und act. 190349) bei der DL.____ AG (DL.____-Obligationenfonds CHF in Depot Nr. 1, lautend auf den Angeklagten) beschlagnahmten Werte im Betrag von Fr. 150'000.– werden nach Bezahlung der dem Angeklagten auferlegten Untersuchungs- und Verfahrenskosten sowie nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils und dieses Beschlusses freigegeben.

2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung
zunächst im Dispositiv an
 - den Angeklagten
 - die Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürichhernach in vollständiger Ausführung (mit Begründung) an
 - den Angeklagten
 - die Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürichund nach Eintritt der Rechtskraft an
 - die Gerichtskasse
 - DL.____ AG, ... [Adresse]

3. Gegen diesen Beschluss kann binnen **20 Tagen** ab Zustellung des begründeten Entscheides schriftlich im Doppel und unter Beilage dieses Beschlusses beim Obergericht des Kantons Zürich, III. Strafkammer, Postfach, 8023 Zürich, ein **Rekurs** eingereicht werden. In der Rekurschrift sind die Rekursanträge zu stellen und zu begründen.

Wird gegen das Urteil Berufung erklärt, so gilt dieser Beschluss als mitangefochten, soweit er von der Berufung betroffen wird.

BEZIRKSGERICHT BÜLACH

II. Abteilung

Der Vizepräsident:

Die juristische Sekretärin:

lic.iur. A. Fischer

lic.iur. E. Hättenschwiler

versandt am: