

BGer 6B_1355/2020 vom 14. Januar 2022

Bundesgericht, 2022-01-14, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6B_1355_2020

FR: TF 6B_1355/2020 du 14 janvier 2022

IT: TF 6B_1355/2020 del 14 gennaio 2022

Erwägungen

E. 1

Die Beschwerde an das Bundesgericht ist zu begründen (Art. 42 Abs. 1 BGG). In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt (Art. 42 Abs. 2 BGG). Die beschwerdeführende Partei hat mit ihrer Kritik bei der als rechtsfehlerhaft erachteten Erwägung der Vorinstanz anzusetzen (BGE 146 IV 297 E. 1.2). Die Begründung muss sachbezogen sein und erkennen lassen, dass und weshalb nach Auffassung der beschwerdeführenden Partei Recht im Sinne von Art. 95 BGG verletzt ist (BGE 142 I 99 E. 1.7.1; 140 III 86 E. 2 ; 139 I 306 E. 1.2). Auf ungenügend begründete Rügen am angefochtenen Entscheid tritt das Bundesgericht nicht ein (BGE 147 IV 73 E. 4.1.2; 146 IV 114 E. 2.1, 88 E. 1.3.1).

E. 2

Anfechtungsgegenstand bildet einzig der vorinstanzliche Entscheid der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts (vgl. Art. 80 Abs. 1 BGG). Nicht zu hören ist der Beschwerdeführer daher, soweit er sich gegen den erstinstanzlichen Entscheid der Strafkammer des Bundesstrafgerichts wendet. Dies gilt auch für die Rüge des Beschwerdeführers betreffend die Eröffnung des erstinstanzlichen Urteils und die Rechtzeitigkeit seiner Berufungsanmeldung (vgl. Beschwerde S. 3 ff.; angefochtenes Urteil E. I.1.3-1.7). Der Beschwerdeführer erhob gegen das erstinstanzliche Urteil Berufung und die Vorinstanz trat auf seine Berufung ein. Gründe für eine Nichtigkeit des erst- oder zweitinstanzlichen Urteils sind weder rechtsgenügend dargetan noch ersichtlich.

E. 3.1

Der Beschwerdeführer rügt, die Vorinstanz verweise zu Unrecht auf das Verwaltungsverfahren betreffend den Bankenkurs, in welchem in Verletzung von Art. 6 EMRK keine mündliche Verhandlung stattgefunden habe und in welchem er nie effektive Beweisanträge habe stellen können. Hinzu komme, dass das Bundesgerichtsurteil 2C_860/2017 lediglich die Abweisung der Beschwerde feststelle und angesichts der Kognitionsbeschränkung auf Willkür keine materiellen Sachverhaltsfeststellungen enthalte, weshalb es im Strafverfahren keine Wirkung entfalten könne. Darstellungen zum materiellen Sachverhalt würden im angefochtenen Entscheid fehlen. Der Sachverhalt sei vom Bundesgericht daher im Sinne von Art. 105 Abs. 2 BGG neu festzustellen.

E. 3.2

Die FINMA stellte im dem Strafverfahren vorgelagerten Verwaltungsverfahren betreffend die bankenrechtliche Konkurseröffnung über die B._____ AG mit Verfügung vom 4. Juni 2015 eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen durch die Entgegennahme von Publikumseinlagen ohne Bewilligung durch die B._____ AG und den Beschwerdeführer sowie dessen Geschäftspartner fest. Das Bundesverwaltungsgericht

(Urteil B-3729/2015 vom 25. August 2017) und das Bundesgericht (Urteil 2C_860/2017 vom 5. März 2018) wiesen die Beschwerde der B. _____ AG und des Beschwerdeführers gegen den Entscheid der FINMA vom 4. Juni 2015 ab, soweit sie darauf eintraten.

E. 3.3

Das vorliegende Strafverfahren richtet sich nach dem VStrR (vgl. Art. 1 VStrR i.V.m. Art. 1 Abs. 1 lit. d und Art. 50 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 22. Juni 2007 über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht [Finanzmarktaufsichtsgesetz, FINMAG; SR 956.1]). Gemäss Art. 77 Abs. 4 VStrR sind rechtskräftige Entscheide von verwaltungsunabhängigen Rechtspflegeinstanzen über die Leistungs- oder Rückleistungspflicht für das Strafgericht verbindlich (vgl. BGE 111 IV 189 E. 3). Art. 77 Abs. 4 VStrR ist rechtsstaatlich bedenklich, weil die Beweisführung und Sachverhaltsfeststellung damit im Verwaltungsverfahren erfolgt, das den Anforderungen von Art. 6 EMRK nicht genügt. Die Bestimmung gelangt im revidierten Mehrwertsteuerstrafrecht daher nicht mehr zur Anwendung (vgl. Art. 103 Abs. 1 MWSTG ; PIRMIN BISCHOF, Revision des MWST-Verfahrensrechts und MWST-Strafrechts, Erläuterung der vom Nationalrat vorgenommenen Anpassungen, Schweizer Treuhänder 2009/6-7 S. 492 ff., S. 497; vgl. dazu auch Urteil 6B_938/2020 vom 12. November 2021 E. 4.4.2, zur Publikation vorgesehen). Dieser Problematik war sich die Vorinstanz bewusst. Sie beruft sich zwar auf die zu Art. 77 Abs. 4 VStrR ergangene Rechtsprechung, wonach der Strafrichter an ein rechtskräftiges Urteil des Bundesverwaltungsgerichts gebunden ist, in welchem dieses eine Verfügung der FINMA in einem Fall der unbefugten Entgegennahme von Publikumseinlagen schützte (Urteil 6B_63/2017 vom 17. November 2017 E. 2; vgl. angefochtenes Urteil E. II.1.1.3.7 und E. II.1.1.4). Sie beschränkte sich dennoch nicht auf einen blossen Verweis auf den Bundesgerichtsentscheid 2C_860/2017 vom 5. März 2018, sondern legt vielmehr dar, weshalb die im Verwaltungsverfahren erhobenen Beweismittel auch im Strafverfahren verwertbar sind. Sie erwägt dazu, sämtliche Informationen, welche für das Verwaltungsstrafverfahren von Relevanz seien, seien entweder über den Untersuchungsbeauftragten, der den Beschwerdeführer über seine Rechte aufgeklärt habe, erhältlich gemacht worden oder sie seien im Internet frei zugänglich gewesen. Ausserdem würden die aus freien Stücken vom Beschwerdeführer selbst eingereichten Schriften Grundlage des Verfahrens bilden (angefochtenes Urteil E. II.1.1.3.11). Dem vorinstanzlichen Schuldspruch liegen daher keine Beweismittel zugrunde, welche in Verletzung des strafprozessualen Aussage- und Mitwirkungsverweigerungsrechts erhoben wurden. Ebenso wenig kam es im Verwaltungsverfahren zu einer Beweislastumkehr. Eine Verletzung des in Art. 6 Ziff. 2 EMRK verankerten Grundsatzes "in dubio pro reo" ist damit ebenfalls nicht ersichtlich. Der Beschwerdeführer selbst macht zudem geltend, im Strafverfahren seien auch neue Beweismittel berücksichtigt worden (vgl. nachfolgend E. 4). Im Übrigen begründet die Vorinstanz, weshalb sie in antizipierter Beweiswürdigung auf die Erhebung weiterer Beweismittel verzichtet (angefochtenes Urteil E. II.1.1.3.9 in fine). Welche zusätzlichen Beweise noch hätten abgenommen werden müssen, legt der Beschwerdeführer nicht substantiiert dar.

Eine Verletzung von Art. 6 EMRK oder des Anspruchs des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör liegt damit nicht vor.

E. 4

In der Sache macht der Beschwerdeführer im Wesentlichen geltend, Anleihen seien keine Publikumsseinlagen im Sinne von Art. 1 BankG, sondern Forderungseffekten. (Zwangs) Wandelanleihen, ab dem Zeitpunkt, ab dem die Umwandlung erklärt sei, seien sogar zwingend als Beteiligungseffekten zu subsumieren. Das Kriterium der massenweisen Handelbarkeit, d.h. die Effekteigenschaft gemäss Art. 2 lit. b des Bundesgesetzes vom 19. Juni 2015 über die Finanzmarktinfrastrukturen und das Marktverhalten im Effekten- und Derivatehandel (Finanzmarktinfrastrukturgesetz, FinfraG; SR 958.1), bzw. das Vorliegen von Effekten schliesse die Annahme von (Publikums-) Einlagen aus. Bei den streitgegenständlichen Emissionen der B. _____ AG handle es sich offensichtlich um Effekten, was die Annahme von Publikumsseinlagen und eine Erfüllung des objektiven Tatbestands von Art. 46 Abs. 1 lit. a BankG verbiete. In subjektiver Hinsicht enthalte der angefochtene Entscheid bloss substanzlose Aneinanderreihungen von haltlosen Unterstellungen. Das Bundesgerichtsurteil 2C_860/2017 sei im vorliegenden Verfahren ohne Wirkung, da der darin zitierte aArt. 1156 OR, wie auch weitere Bestimmungen des OR, inzwischen aufgehoben worden seien, und den Ideen dieses Entscheids daher das Gesetz fehle, was strafrechtliche Folgen nach dem Grundsatz "nulla poena sine lege" verbiete. Das Urteil 2C_860/2017 sei gesetzes- und verfassungswidrig, da es u.a. Wandelanleihen falsch als Anleiheobligationen einordne und die Notwendigkeit einer Kundenbeziehung verkenne, welche bei einer reinen Effektenfinanzierung nie gegeben sei. Das Urteil basiere zudem auf falschen tatsächlichen Erwägungen. Entgegen der Annahme in diesem Entscheid seien nach Januar 2012 keine Anleihen (mehr) veräussert worden, sondern Interimsscheine. Er habe auch nie verneint, dass die B. _____ AG die Wandlung erklärte, sondern gesprächsweise nur erwähnt, die Wandlung sei noch nicht abgeschlossen, was erst mit der Lieferung der Vorzugsaktien per 30. Juni 2015 der Fall gewesen wäre. Das Bundesgericht übergehe im erwähnten Urteil zudem, dass die Anleger bei der Zeichnung erklärt hätten, sich an einer zukünftig entstehenden (nach Optionsausübung) Publikums-Investmentgesellschaft beteiligen zu wollen. Die entsprechenden Unterlagen seien erst im Strafverfahren beigezogen worden. Das Bundesgericht gehe schliesslich fälschlicherweise davon aus, es seien keine Vorbereitungen für die Aktiengabe erfolgt. Spätestens mit der Wandlungserklärung im Januar 2012 seien alle Anleihen in Interimsscheine im Wege der Verrechnungslieferung konvertiert worden. Das Urteil 2C_860/2017 sei angesichts der klarstellenden Grenzziehung des Gesetzgebers im neuen Recht willkürlich. Der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts sei es untersagt, diese Rechtsverletzung fortzusetzen. Das neue Recht sei auch deshalb zwingend anzuwenden, da Dauersachverhalte zu beurteilen seien, was nach der Rechtsprechung bei einer Gesetzesänderung einen Neuentscheid ermögliche. Eine Bestrafung sei gemäss dem in Art. 15 Abs. 1 Satz 3 Uno-Pakt II verankerten Grundsatz der "lex mitior" ausgeschlossen, wenn das Verhalten aktuell straffrei sei. Schliesslich sei Art. 46 Abs. 1 lit. a BankG nicht ausreichend klar, da für den Begriff der Publikumsseinlage eine gesetzliche Definition fehle, was einen Schuldspruch nach dem Grundsatz "nulla poena sine lege" ausschliesse.

E. 5.1

Der Deliktszeitraum erstreckt sich gemäss der Vorinstanz auf die Zeit vom 1. Januar 2008 bis zum 8. Oktober 2014. Am 1. Januar 2015 ist die neue Verordnung vom 30. April 2014 über die Banken und Sparkassen (Bankenverordnung, BankV; SR 952.02) in Kraft getreten. Zuvor galt die Verordnung vom 17. Mai 1972 über die Banken und Sparkassen vom 17. Mai 1972 (aBankV). Die Vorinstanz stellt im angefochtenen Entscheid zu Recht auf die im Tatzeitpunkt geltende aBankV vom 17. Mai 1972 ab (angefochtenes Urteil E. I.5.1.5). Sie

argumentiert, die am 1. Januar 2015 in Kraft getretene BankV sei für den Beschwerdeführer im Vergleich zur aBankV vom 17. Mai 1972 nicht milder (angefochtenes Urteil E. I.5.1.5). Ein Vergleich der Terminologie der vorliegend interessierenden Vorschriften von Art. 3a Abs. 3 lit. a und b aBankV und aArt. 5 Abs. 3 lit. a und b BankV in der Fassung vom 30. April 2014 zeige, dass mit Ausnahme einiger redaktioneller Retuschen der Inhalt von Art. 3a Abs. 3 lit. a und b aBankV in der Fassung vom 17. Mai 1972 durch den aArt. 5 Abs. 3 lit. a und b BankV in der Fassung vom 30. April 2014 grundsätzlich unverändert übernommen worden sei (angefochtenes Urteil E. I.5.2.1). Der Beschwerdeführer widerlegt dies nicht.

E. 5.2.1

Der Beschwerdeführer beruft sich in seiner Beschwerde auf die am 1. Januar 2020 in Kraft getretenen Gesetzesänderungen, namentlich das Bundesgesetz vom 15. Juni 2018 über die Finanzdienstleistungen (Finanzdienstleistungsgesetz, FIDLEG; SR 950.1), die damit einhergehende Änderung der BankV per 1. Januar 2020 sowie die Aufhebung von aArt. 1156 OR. Diese Gesetzesänderungen traten allesamt nach dem relevanten Tatzeitraum in Kraft.

E. 5.2.2

Die Vorinstanz erwägt, der Verordnungsgeber habe mit Art. 5 Abs. 3 lit. b BankV in der Fassung vom 1. Januar 2020 im Vergleich zu aArt. 5 Abs. 3 lit. b BankV in der Fassung vom 30. April 2014 den Verweis auf den ehemaligen aArt. 1156 OR mit einer Referenz auf Art. 64 Abs. 3 FIDLEG ersetzt. Ausserdem sei die Vorschrift von Art. 5 Abs. 3 lit. b BankV um eine Aufzählung von Anforderungen ergänzt worden, welche ein Prospekt für Anlehensobligationen erfüllen müsse. Hintergrund dieser Modifikation seien die neuen Prospektspflichten im FIDLEG, welche aArt. 652a und aArt. 1156 OR abgelöst hätten. Mit der Gesetzesänderung habe der Gesetzgeber nicht die Aufhebung bestehender Prospektspflichten bei der Ausgabe von Anlehensobligationen beabsichtigt. Im Gegenteil ergebe sich sowohl aus der Gesetzes- wie auch Materialienlektüre, dass der Gesetzgeber die Prospektspflichten im Hinblick auf die öffentliche Emission von Anlehensobligationen habe beibehalten wollen (angefochtenes Urteil E. I.5.2.2). Der inhaltliche Vergleich zwischen dem aufgehobenen aArt. 1156 OR und Art. 5 Abs. 3 lit. b BankV i.V.m. Art. 64 Abs. 3 FIDLEG zeige, dass dieselben Prospektspflichten weiterhin Geltung hätten. Mit der Modifikation des Art. 5 Abs. 3 lit. b BankV sei keine Lockerung im Hinblick auf die Prospektspflichten bei der öffentlichen Emission von Anlehensobligationen erfolgt, die für den Beschwerdeführer eine günstigere Rechtslage im Sinne von Art. 2 Abs. 2 StGB hätte zeitigen können (angefochtenes Urteil E. I.5.2.3). Dem ist beizupflichten. Im Übrigen gelangt der in Art. 2 Abs. 2 StGB und Art. 15 Abs. 1 Satz 3 Uno-Pakt II verankerte Grundsatz der "lex mitior" nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auf rein verwaltungsrechtliche Bestimmungen ohnehin nicht zur Anwendung (vgl. BGE 123 IV 84 E. 3b betreffend Strassenverkehrsregeln; Urteil 6B_1054/2009 vom 20. April 2010 E. 2.2 betreffend Einreisebestimmungen; kritisch dazu POPP/BERKEMEIER, in: Basler Kommentar, Strafrecht, Bd. I, 4. Aufl. 2019, N. 16 zu Art. 2 StGB). Nicht zu hören ist der Beschwerdeführer daher, soweit er geltend macht, er habe sich nach dem am 1. Januar 2020 neu in Kraft getretenen Recht nicht strafbar gemacht.

Daran ändert nichts, dass nach der vom Beschwerdeführer angerufenen Rechtsprechung BGE 136 II 177 E. 2.2 bei Dauersachverhalten nach einer Gesetzesänderung ein Neuentscheid möglich ist. Zu prüfen ist vorliegend ausschliesslich, ob die Emission der

"Zwangswandelanleihen" durch die B. _____ AG im Tatzeitpunkt zulässig war.

Die Vorinstanz stellt nach dem Gesagten zu Recht auf die im Tatzeitpunkt geltenden Bestimmungen der aBankV vom 17. Mai 1972 ab.

E. 5.3.1

Gemäss Art. 1 Abs. 2 Satz 1 BankG dürfen natürliche und juristische Personen, die nicht dem Bankengesetz unterstehen, keine Publikumseinlagen gewerbsmässig entgegennehmen. Der Bundesrat kann Ausnahmen vorsehen, sofern der Schutz der Einleger gewährleistet ist (Art. 1 Abs. 2 Satz 2 BankG). Die Auflage von Anleihen gilt nicht als gewerbsmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen (Art. 1 Abs. 2 Satz 3 BankG). Den Straftatbestand von Art. 46 Abs. 1 lit. a BankG erfüllt, wer vorsätzlich unbefugterweise Publikums- oder Spareinlagen entgegennimmt (vgl. auch die identische Bestimmung von aArt. 46 Abs. 1 lit. f BankG in der bis am 31. Dezember 2008 geltenden Fassung).

E. 5.3.2.1

Die Entgegennahme von Publikumseinlagen, das bankenmässige Passivgeschäft, besteht nach der Rechtsprechung darin, dass ein Unternehmen für eigene Rechnung gewerbsmässig Verpflichtungen gegenüber Dritten eingeht, d.h. selber zum Rückzahlungsschuldner der entsprechenden Leistung wird (BGE 136 II 43 E. 4.2; 132 II 382 E. 6.3.1; mit Hinweisen). Der geltende Art. 5 Abs. 1 BankV definiert Publikumseinlagen als Verbindlichkeiten gegenüber Kundinnen und Kunden. Als Publikumseinlagen gelten grundsätzlich alle entgegengenommenen Fremdmittel. Die Ausnahmen sind in der BankV geregelt (vgl. BGE 136 II 43 E. 4.2 zu Art. 3a Abs. 3 und 4 aBankV; Art. 5 Abs. 1 und 2 BankV ; FINMA, Rundschreiben 2008/3, Publikumseinlagen bei Nichtbanken, Rz. 10 und 19).

E. 5.3.2.2

Gewerbsmässig im Sinne von Art. 1 Abs. 2 BankG handelt, wer dauernd mehr als 20 Publikumseinlagen entgegennimmt oder sich öffentlich zur Entgegennahme von Publikumseinlagen empfiehlt, selbst wenn daraus weniger als 20 Einlagen resultieren (Art. 3 Abs. 1 und Art. 3a Abs. 2 aBankV; vgl. auch Art. 6 Abs. 1 BankV ; BGE 136 II 43 E. 4.2; 132 II 382 E. 6.3.1; 131 II 306 E. 3.2.1).

E. 5.3.2.3

Nicht als Einlagen gelten gemäss dem gestützt auf Art. 1 Abs. 2 Satz 2 BankG erlassenen und vorliegend anwendbaren Ausnahmekatalog von Art. 3a Abs. 3 aBankV u.a. Gelder, die eine Gegenleistung aus einem Vertrag auf Übertragung des Eigentums oder aus einem Dienstleistungsvertrag darstellen oder als Sicherheitsleistung übertragen werden (lit. a) sowie Anlehensobligationen und andere vereinheitlichte und massenweise ausgegebene Schuldverschreibungen oder nicht verurkundete Rechte mit gleicher Funktion (Wertrechte), wenn die Gläubiger in einem dem aArt. 1156 OR (aufgehoben durch Anhang Ziff. 1 FIDLEG, mit Wirkung seit 1. Januar 2020) entsprechenden Umfang informiert werden (lit. b).

Gemäss aArt. 1156 Abs. 1 OR dürfen Anlehensobligationen nur auf Grund eines Prospektes öffentlich zur Zeichnung aufgelegt oder an der Börse eingeführt werden. Die Bestimmungen über den Prospekt bei Ausgabe neuer Aktien finden entsprechende Anwendung; überdies soll der Prospekt die nähern Angaben enthalten über das Anleihen, insbesondere die Verzinsungs- und Rückzahlungsbedingungen, die für die Obligationen bestellten besonderen Sicherheiten und gegebenenfalls die Vertretung der

Anleihergläubiger (aArt. 1156 Abs. 2 OR). aArt. 652a Abs. 1 Ziff. 5 OR (aufgehoben durch Anhang Ziff. 1 FIDLEG, mit Wirkung seit 1. Januar 2020) sah u.a. vor, dass der Emissionsprospekt Aufschluss über die letzte Jahresrechnung und Konzernrechnung mit dem Revisionsbericht und, wenn der Bilanzstichtag mehr als sechs Monate zurückliegt, über die Zwischenabschlüsse, geben muss.

E. 5.3.2.4

Die Vorinstanz befasst sich mit dem vom Beschwerdeführer geltend gemachten Widerspruch zwischen der Ausnahmebestimmung vom Art. 1 Abs. 2 Satz 3 BankG, wonach Anleihen keine Publikumsseinlagen sind, und der in Art. 3a Abs. 3 lit. b aBankV verankerten Gegenausnahme, wonach Art. 1 Abs. 2 Satz 3 BankG nur unter dem Vorbehalt der Einhaltung von aArt. 1156 OR gilt, bzw. mit der Frage, ob Art. 3a Abs. 3 lit. b aBankV vor diesem Hintergrund auf einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage beruht (vgl. angefochtenes Urteil E. II.1.1.3.12). Sie prüft die bereits im Urteil 2C_860/2017 vom 5. März 2018 behandelte Frage, weil nicht ausgeschlossen sei, dass eine gesetzliche Grundlage, welche Verwaltungshandeln begründe, aus verwaltungsrechtlicher Sicht ausreichend, aus strafrechtlicher Perspektive jedoch nicht hinreichend sei. Sie gelangt unter Hinweis auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts BVGE 2011/15 zur Erkenntnis, die Gegenausnahme von Art. 3a Abs. 3 lit. b aBankV beruhe angesichts des in aArt. 5 FINMAG (nunmehr Art. 4 FINMAG) verankerten Ziels der Finanzmarktaufsicht, welches u.a. im Schutz der Gläubiger und Anleger sowie der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte bestehe, auf einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage. Das in Art. 3a Abs. 3 lit. b aBankV gewählte Abgrenzungskriterium - die Erfüllung der Prospektspflicht im Sinne von aArt. 1156 OR - sei gesetzmässig und erscheine als korrekter Anknüpfungspunkt für den bankenrechtlich vorgesehenen Gläubigerschutz (angefochtenes Urteil E. II.1.1.3.13).

Zum gleichen Ergebnis - wenn auch mit einer anderen Begründung - gelangte bereits das Bundesgericht im Urteil 2C_860/2017 vom 5. März 2018. Es hielt dazu fest, nur sofern die vom Obligationenrecht vorgeschriebenen Mindestinformationen gesamthaft zugänglich gemacht würden, seien Anleihen vom Geltungsbereich des Bankengesetzes ausgenommen. Würden die nach aArt. 1156 i.V.m. aArt. 652a OR vorgeschriebenen Elemente oder Teile davon fehlen, handle es sich nicht mehr um Anleiheobligationen im Sinne von Art. 3a Abs. 3 lit. b aBankV (und Art. 1 Abs. 2 Satz 3 BankG), sondern um gewöhnliche Publikumsseinlagen. Die Information des Publikums durch die notwendigen Angaben im Prospekt solle einen gleichwertigen Schutz bieten, wie ihn die Aufsicht der FINMA gewährleisten würde; es rechtfertige sich nur in diesem Fall, die Anleiheobligation vom Geltungsbereich des Bankengesetzes auszunehmen (Urteil, a.a.O., E. 5.2.3). Davon abzuweichen besteht kein Anlass, da dies ohne Zweifel dem Sinne und Zweck von Art. 1 Abs. 2 BankG entspricht. Die bundesrätliche Verordnung beruht folglich auf einer ausreichenden Gesetzesgrundlage. Sie widerspricht der Bestimmung von Art. 1 Abs. 2 Satz 3 BankG nicht, sondern präzisiert diese lediglich.

Dem Bundesgerichtsentscheid 2C_860/2017 vom 5. März 2018 und dem angefochtenen Entscheid der Vorinstanz liegt entgegen der Kritik des Beschwerdeführers ein identischer Sachverhalt zugrunde. Dass eine Wandlungserklärung erfolgte, stellt das Bundesgericht im Urteil 2C_860/2017 vom 5. März 2018 nicht infrage. Ebenso wenig übergang das Bundesgericht, dass die Wandlung im Emissionsprospekt vom 20. September 2005 vorgesehen war (vgl. Urteil, a.a.O., E. 5.1.1).

E. 5.3.2.5

Die Vorinstanz legt im angefochtenen Entscheid dar, weshalb sich der Beschwerdeführer nicht auf Art. 3a Abs. 3 und 4 aBankV berufen kann. Weder lagen synallagmatische Verträge vor, noch waren die Voraussetzungen von aArt. 1156 OR erfüllt. Beim Produkt des Beschwerdeführers handelte es sich daher nicht um Anleiensobligationen im Sinne des Gesetzes, sondern um ein anderes Finanzinstrument bzw. gewöhnliche Publikumsanleihen (vgl. Urteil 2C_860/2017 vom 5. März 2018 E. 5.). Der Beschwerdeführer setzt sich damit nicht rechtsgenügend auseinander. Er widerlegt insbesondere nicht, dass die Anforderungen von aArt. 1156 OR nicht erfüllt waren. Unbegründet ist sein Einwand, Effekten seien nie Publikumseinlagen im Sinne von Art. 1 Abs. 2 BankG. Diese Behauptung findet im Gesetz keine Stütze. Wie dargelegt ist nach der Rechtsprechung nicht die Effekteigenschaft entscheidend, sondern ob es sich um Anleiensobligationen handelt, was im Tatzeitpunkt die Einhaltung von aArt. 1156 OR voraussetzte. Selbst wenn mit dem Beschwerdeführer das neue Recht zur Gesetzesauslegung herangezogen würde, ergäbe sich daraus nichts Gegenteiliges. Der geltende Art. 5 Abs. 3 BankV verweist auf Art. 64 Abs. 3 FIDLEG, welcher die Anforderungen an den Prospekt regelt. Art. 5 Abs. 3 lit. b BankV verlangt, dass bei Anleiensobligationen die Anforderungen an den Prospekt erfüllt sind. Dass der Beschwerdeführer am 10. Januar 2012 die Wandlung erklärte, ist insoweit unerheblich, als die Anleger vor der Wandlung keine Aktien hielten und die Wandlung im Übrigen nie vollzogen wurde.

Die Vorinstanz bejaht nach dem Gesagten zu Recht den objektiven Tatbestand von Art. 46 Abs. 1 lit. a BankG.

E. 5.4.1

In subjektiver Hinsicht setzt der Tatbestand von Art. 46 Abs. 1 BankG Vorsatz voraus. Vorsätzlich begeht ein Verbrechen oder Vergehen, wer die Tat mit Wissen und Willen ausführt (Art. 12 Abs. 2 Satz 2 StGB). Vorsätzlich handelt bereits, wer die Tatbestandsverwirklichung für möglich hält, aber dennoch handelt, weil er den Erfolg für den Fall seines Eintritts in Kauf nimmt bzw. sich mit ihm abfindet, mag er ihm auch unerwünscht sein (sog. Eventualvorsatz; vgl. Art. 12 Abs. 2 Satz 2 StGB ; BGE 143 V 285 E. 4.2.2; 137 IV 1 E. 4.2.3; je mit Hinweisen).

E. 5.4.2

Die Vorinstanz erwägt zusammengefasst, als Finanzmarktspezialist mit rechtlichen Kenntnissen habe der Beschwerdeführer gewusst, dass er beruflich die sogenannte Zwangswandelanleihe öffentlich auf dem schweizerischen Finanzmarkt - so auch an Private - anbot. Ihm sei bewusst gewesen, dass seine Tätigkeit Finanzinstrumente betraf sowie den Geldwäschereinormen unterstand und er sich dadurch im regulierten Finanzmarkt bewegte. Der Beschwerdeführer habe Kenntnis von der komplexen Bewilligungsmaterie gehabt, welche die Finanzmarktgesetzgebung stelle, zumal er sich bereits in Deutschland, wo er ebenfalls in ein Bewilligungsverfahren verwickelt gewesen sei, mit der Frage von erlaubnispflichtigen Finanzmarktaktivitäten habe befassen müssen, und er zugleich gewusst habe, dass er über keinerlei Bewilligung verfügte. Dennoch habe er es unterlassen, vor dem Marktauftritt bei der Aufsichtsbehörde abzuklären, inwiefern eine Bewilligung erforderlich sei. Es wäre für ihn nicht mit erheblichem Aufwand verbunden gewesen, eine Feststellungsverfügung bei der FINMA einzuholen, mit welcher diese die sogenannte Zwangswandelanleihe vorab hätte würdigen können. Dadurch, dass er diese Abklärungen

unterlassen habe, habe er sich bezüglich allfälliger Bewilligungspflichten bewusst für das Nichtwissen entschieden. Der vom Beschwerdeführer geltend gemachte Sachverhaltsirrtum nach Art. 13 StGB scheidet daher klarerweise aus (angefochtenes Urteil E. II.1.2.4).

E. 5.4.3

Die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz kann vor Bundesgericht nur gerügt werden, wenn sie willkürlich ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 BGG ; vgl. auch Art. 105 Abs. 1 und 2 BGG ; BGE 147 IV 73 E. 4.1.2; 146 IV 114 E. 2.1, 88 E. 1.3.1). Was der Täter wusste, wollte und in Kauf nahm, betrifft innere Tatsachen, welche das Bundesgericht nur unter dem Gesichtspunkt der Willkür prüft (BGE 141 IV 369 E. 6.3; 137 IV 1 E. 4.2.3; Urteil 6B_282/2021 vom 23. Juni 2021 E. 7.3.1, zur Publikation vorgesehen). Rechtsfrage ist hingegen, ob im Lichte der festgestellten Tatsachen der Schluss auf Eventualvorsatz begründet ist (BGE 137 IV 1 E. 4.2.3; 135 IV 152 E. 2.3.2). Bei der Frage nach der Bewilligungspflicht handelt es sich um ein rechtlich geprägtes Tatbestandsmerkmal. Die irrige Vorstellung über das Tatbestandsmerkmal der Bewilligungspflicht gilt nach der Rechtsprechung daher als Sachverhaltsirrtum im Sinne von Art. 13 StGB (Urteile 6B_63/2017 vom 17. November 2017 E. 3.2 f.; 6B_524/2016 vom 13. Februar 2017 E. 1.4.4; 6B_1046/2015 vom 28. April 2016 E. 4.4; 6S.50/2005 vom 6. Oktober 2005 E. 4.3). Wer sich bewusst für Nichtwissen entscheidet, kann sich nicht darauf berufen, er habe die Tatbestandsverwirklichung nicht im Sinne von Art. 12 Abs. 2 StGB für möglich gehalten. Wer weiss, dass er nichts weiss, irrt nicht. Bewusste Nichtkenntnis eines Sachverhalts ist daher nicht als Sachverhaltsirrtum im Sinne von Art. 13 StGB zu behandeln (BGE 135 IV 12 E. 2.3.1; Urteile 6B_1236/2018 vom 28. September 2020 E. 1.6.4; 6B_910/2019 vom 15. Juni 2020 E. 2.2.4.4). Nicht auf einen Sachverhaltsirrtum berufen kann sich insbesondere, wer weiss, dass die von ihm entgegengenommenen Gelder möglicherweise als Publikumseinlagen zu qualifizieren sind und als solche einer Bewilligung unterliegen (Urteil 6B_63/2017 vom 17. November 2017 E. 3.3).

E. 5.4.4

Der Beschwerdeführer wusste gemäss den willkürfreien und damit verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz, dass er sich mit dem von ihm öffentlich auf dem schweizerischen Finanzmarkt angebotenen Finanzinstrument im Bereich des regulierten Finanzmarkts bewegte, weshalb er sich mit der Frage von erlaubnispflichtigen Finanzmarktaktivitäten hätte befassen und vor dem Marktauftritt bei der Aufsichtsbehörde hätte abklären müssen, ob das angebotene Finanzprodukt tatsächlich nicht bewilligungspflichtig ist. Indem er solche Abklärungen unterliess, entschied er sich bewusst für das Nichtwissen, weshalb er sich nicht auf einen Sachverhaltsirrtum im Sinne von Art. 13 StGB berufen kann. Die Vorinstanz bejaht daher zu Recht auch den subjektiven Tatbestand von Art. 46 Abs. 1 lit. a BankG .

E. 5.5

Das Legalitätsprinzip ("nulla poena sine lege") ist in Art. 1 StGB und Art. 7 EMRK ausdrücklich verankert. Das Bestimmtheitsgebot ("nulla poena sine lege certa") als Teilgehalt des Legalitätsprinzips, welches auch im Nebenstrafrecht gilt, verlangt eine hinreichend genaue Umschreibung der Straftatbestände. Das Gesetz muss so präzise formuliert sein, dass der Bürger sein Verhalten danach richten und die Folgen eines

bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen kann (BGE 145 IV 329 E. E. 2.2; Urteil 6B_600/2020 vom 7. September 2020 E. 5.6 mit Hinweisen). Diesen Anforderungen genügt Art. 46 Abs. 1 lit. a BankG , auch wenn weder das BankG noch die im Tatzeitpunkt geltende aBankV - anders als der am 1. Januar 2015 in Kraft getretene Art. 5 Abs. 1 BankV - eine Definition des Begriffs der Publikumseinlage enthielten. Dass der Gesetzgeber allgemeine Begriffe verwendet, die nicht eindeutig allgemeingültig umschrieben werden können und deren Auslegung und Anwendung er der Praxis überlassen muss, lässt sich nicht vermeiden (BGE 145 IV 329 E. 2.2; Urteile 6B_600/2020 vom 7. September 2020 E. 5.6 mit Hinweisen). Eine Verletzung des Legalitätsprinzips ist nicht ersichtlich.

E. 5.6

Der angefochtene Entscheid ist entgegen der Kritik des Beschwerdeführers (vgl. Beschwerde S. 15 f.) zudem ausreichend begründet. Die Vorinstanz setzt sich trotz des Verweises auf das Bundesgerichtsurteil 2C_860/2017 vom 5. März 2018 mit den sich stellenden Tat- und Rechtsfragen sowie den vom Beschwerdeführer vorgebrachten Einwänden auseinander. Nicht verlangt wird nach der Rechtsprechung, dass sich das Gericht mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Vielmehr kann es sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken (BGE 143 III 65 E. 5.2; 142 III 433 E. 4.3.2; 141 III 28 E. 3.2.4; je mit Hinweisen).

E. 5.7

Der vorinstanzliche Schuldspruch ist damit bundesrechtskonform.

E. 6

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat der Beschwerdeführer die Gerichtskosten zu tragen (Art. 66 Abs. 1 BGG).

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