

BGer 6B_54/2018 vom 28. November 2018

Bundesgericht, 2018-11-28, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6B_54_2018

FR: TF 6B_54/2018 du 28 novembre 2018

IT: TF 6B_54/2018 del 28 novembre 2018

Erwägungen

E. 1.1

Das Bundesgericht hat in seinem Urteil 6B_922/2016 vom 14. Juli 2017 die Verurteilung des Beschwerdeführers wegen Tätigkeit als Effekthändler ohne Bewilligung (Art. 44 des Bundesgesetzes vom 22. Juni 2007 über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht [Finanzmarktaufsichtsgesetz, FINMAG; SR 956.1] in Verbindung mit Art. 2 lit. d und Art. 10 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 24. März 1995 über die Börsen und den Effektenhandel [Börsengesetz, BEHG; SR 954.1]) bestätigt. Gegenstand der Verurteilung war zusammengefasst, dass die A._____ AG im Rahmen der "Aufstockung" ihrer Beteiligung an der C._____ AG (von 40,0 % auf 78,1 % des Aktienkapitals der C._____ AG) Aktien der C._____ AG fest übernommen hatte, um sie im Sinne ihres neuen Geschäftsmodells im eigenen Namen sowie auf eigene Rechnung und Gefahr zwecks Erzielung von Erträgen im Publikum zu veräussern. Die C._____ -Aktien wurden durch die Verkäufe durch die mit der C._____ AG verflochtenen A._____ AG erstmals im Publikum platziert. An diesem Ausgabevorgang durch die A._____ AG war die C._____ AG als Emittentin beteiligt. Die A._____ AG war damit als Emissionshaus im Sinne von Art. 2 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 2 der Verordnung vom 2. Dezember 1996 über die Börsen und den Effektenhandel (Börsenverordnung, BEHV; SR 954.11) und mithin als Effekthändlerin gemäss Art. 2 lit. d BEHG tätig, wofür sie entgegen Art. 10 Abs. 1 BEHG über keine Bewilligung verfügte (Urteil 6B_922/2016 vom 14. Juli 2017 E. 2).

Das Bundesgericht bestätigte, dass der Beschwerdeführer den Tatbestand von Art. 44 FINMAG (objektiv und subjektiv) erfüllt hatte und wies die gegen den Schuldspruch gerichtete Beschwerde ab. Gegenstand der Rückweisung war der Sanktionspunkt. Das Bundesgericht erwog, dass der vorinstanzliche Entscheid, eine Freiheitsstrafe und nicht eine Geldstrafe auszufällen, in der Begründung zu knapp ausgefallen war. Unklar war, ob der Beschwerdeführer nach den Vermutungen der Vorinstanz eine Geldstrafe zufolge Mittellosigkeit oder mangels Zahlungswillens nicht bezahlen werde und woraus sich ein fehlender Zahlungswille ergebe. Das Bundesgericht hielt fest, dass es der Vorinstanz unbenommen war, im neuen Verfahren neu zu prüfen, ob allenfalls aus einem anderen als dem im angefochtenen Entscheid genannten Grund an Stelle einer Geldstrafe eine Freiheitsstrafe auszufällen ist (Urteil 6B_922/2016 vom 14. Juli 2017 E. 3).

E. 1.2

Im Falle eines bundesgerichtlichen Rückweisungsentscheids hat die mit der neuen Entscheidung befasste Instanz ihrem Urteil die rechtliche Beurteilung, mit der die Rückweisung begründet wird, zugrunde zu legen. Jene bindet auch das Bundesgericht, falls ihm die Sache erneut unterbreitet wird. Aufgrund dieser Bindungswirkung ist es den erneut mit der Sache befassten Gerichten wie auch den Parteien - abgesehen von allenfalls zulässigen Noven - verwehrt, der Überprüfung einen anderen als den bisherigen

Sachverhalt zugrunde zu legen oder die Sache unter rechtlichen Gesichtspunkten zu prüfen, die im Rückweisungsentscheid ausdrücklich abgelehnt oder überhaupt nicht in Erwägung gezogen worden sind. Die neue Entscheidung der kantonalen Instanz ist demnach auf diejenige Thematik beschränkt, die sich aus den bundesgerichtlichen Erwägungen als Gegenstand der neuen Beurteilung ergibt. Das Verfahren wird nur insoweit neu in Gang gesetzt, als dies notwendig ist, um den verbindlichen Erwägungen des Bundesgerichts Rechnung zu tragen (BGE 143 IV 214 E. 5.2.1 S. 220; 135 III 334 E. 2 S. 335 f.; Urteil 6B_540/2015 vom 26. August 2015 E. 1; je mit Hinweisen).

E. 1.3

Die Vorinstanz gelangt zur Überzeugung, dass als Strafe nur eine Freiheitsstrafe in Betracht kommt. Sie erwägt, das strafbare Verhalten des Beschwerdeführers als Verwaltungsratspräsident, "CEO" und ab Juni 2010 Delegierter des Verwaltungsrates der A._____ AG habe vom 12. August 2009 bis 21. November 2011 gedauert. Die A._____ AG habe C._____ -Aktien an 348 Personen verkauft und von 2009 bis Mitte 2011 Bruttoeinnahmen von mehr als Fr. 10 Mio. erzielt. Der Gewinn habe im Jahr 2009 Fr. 379'250.--, im Jahr 2010 Fr. 2'795'060.-- und im Jahr 2011 Fr. 1'377'357.-- betragen. Der Beschwerdeführer habe die illegale Tätigkeit während mehr als zwei Jahren auf fast hartnäckige Weise verfolgt. Das Tatverschulden wiege schwer. Unter dem Gesichtspunkt des Schuldausgleichs komme eine Geldstrafe als mildere Strafe nicht in Frage.

Der Beschwerdeführer sei Verwaltungsratspräsident der E._____ AG in Liquidation, Gesellschafter und Geschäftsführer der F._____ Sagl und Inhaber der Einzelfirma G._____. Selbst wenn diese Unternehmen nicht im Finanzbereich tätig und nicht geschäftsaktiv seien, könne sich beides ändern. Deshalb sprächen auch spezialpräventive Gründe gegen die mildere Strafart. Eine Geldstrafe werde den Beschwerdeführer zu wenig beeindrucken, um einer korrekten Geschäftstätigkeit im Finanzbereich oder anderweitig nachzugehen. Auch in generalpräventiver Hinsicht sei eine mildere Strafart abzulehnen.

Gegen die Wahl der milderen Strafart spreche auch, dass der Beschwerdeführer mit Strafmandat vom 5. Juni 2015 der Vernachlässigung von Unterhaltspflichten schuldig gesprochen und mit einer bedingten Geldstrafe von 50 Tagessätzen zu Fr. 100.-- bei einer Probezeit von drei Jahren und einer Busse von Fr. 800.-- bestraft worden sei. Das strafbare Verhalten (in der Zeit ab 1. April 2013 bis zum 5. Juni 2015) sei während laufender Untersuchung erfolgt. Die Vorinstanz verweist weiter auf zwei Strafuntersuchungen wegen Verdachts auf Urkundenfälschung und Geldwäscherei und ein hängiges Gerichtsverfahren vor dem Wirtschaftsstrafgericht des Kantons Bern wegen Steuerbetrugs, was für eine gewisse Rechtsfeindlichkeit oder Gleichgültigkeit gegenüber Rechtsnormen spreche. Betreffend das soziale Umfeld des Beschwerdeführers hält die Vorinstanz fest, die Auswirkungen der Strafart darauf seien nicht übermässig. Auch seien die gesundheitlichen Beschwerden des Beschwerdeführers nicht von einer Tragweite, dass sie die Wahl der Strafart zu beeinflussen vermögen würden (Entscheid S. 5 ff.).

E. 1.4

Die Vorinstanz hat dem mit der Rückweisung im Urteil des Bundesgerichts vom 14. Juli 2017 gesteckten Rahmen Rechnung getragen. Der Beschwerdeführer ist demgegenüber der Meinung, es liege kein strafbares Verhalten vor. Die Rüge, wonach sein Recht auf ein faires Verfahren im Sinne von Art. 6 EMRK verletzt worden sei, und die entsprechende

Argumentation gehen von dieser Prämisse aus. Sie ist unzutreffend. Die Vorinstanz durfte sich von Bundesrechts wegen nur noch mit jenen Punkten befassen, die das Bundesgericht kassierte. Aus den Erwägungen des Bundesgerichtsentscheids vom 14. Juli 2017 ergibt sich, dass die Vorinstanz die Wahl der Strafart (nachdem beim festgesetzten Strafmass nach dem früheren Sanktionenrecht eine Geld- oder Freiheitsstrafe möglich war) ungenügend begründet hatte. Diese Neuurteilung tangierte insbesondere nicht den Schuldspruch der Tätigkeit als Effekthändler ohne Bewilligung (Art. 44 FINMAG i.V.m. Art. 2 lit. d und Art. 10 Abs. 1 BEHG). Der Beschwerdeführer verkennt die aufgeführten Grundsätze und damit den Prozessgegenstand in verschiedener Hinsicht.

E. 1.4.1

Der Beschwerdeführer behauptet, er habe sich gegenüber der FINMA nicht in irreführender Weise geäußert. Die FINMA hätte nachfragen können, anstatt ihn in die nun als illegal unterstellten Geschäftshandlungen "hineinlaufen" zu lassen. Seine Tätigkeit als illegal abzutun, entbehre jeder gesetzlichen Grundlage. Er habe keine Tätigkeit als Emissionshaus ausgeführt (Beschwerde S. 5). Damit ist der Beschwerdeführer aufgrund der Bindungswirkung des Rückweisungsentscheids nicht zu hören. Den Schuldspruch der Tätigkeit als Effekthändler ohne Bewilligung hat das Bundesgericht im Entscheid vom 14. Juli 2017 bestätigt. Er war nicht Gegenstand der bundesgerichtlichen Rückweisung. Diese Thematik kann der Beschwerdeführer hier nicht erneut zur Diskussion stellen. Im Übrigen hielt das Bundesgericht fest, dass die Ausführungen des Beschwerdeführers in seinem Schreiben vom 2. März 2010 an die FINMA (wonach die A. _____ AG "ab und zu Beteiligungen von unserer Tochter, der C. _____ AG" verkaufe) insoweit zumindest irreführend waren, als der Verkauf von C. _____ -Aktien in Wahrheit die hauptsächliche Tätigkeit der A. _____ AG war (Urteil 6B_922/2016 vom 14. Juli 2017 E. 2.3). Auch darauf ist nicht zurückzukommen.

E. 1.4.2

Der Beschwerdeführer ist der Meinung, es werde mit keinem Wort begründet, weshalb seine Motivation rein finanzieller Natur gewesen sein soll. Er habe sich "in der fraglichen Zeit" keinen Lohn ausbezahlen lassen, um die Gesellschaft allenfalls noch retten zu können (Beschwerde S. 4 f.). Bereits im ersten Verfahren vor Bundesgericht vertrat der Beschwerdeführer den Standpunkt, die A. _____ AG habe C. _____ -Aktien aus ihrem Eigenbestand verkauft, um sich zu sanieren. Das Bundesgericht hielt den damaligen Ausführungen die vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellungen entgegen, die der Beschwerdeführer nicht als willkürlich gerügt hatte und deshalb für das Bundesgericht massgebend waren (Art. 105 Abs. 1 und 2 BGG). Danach war der Verkauf der C. _____ -Aktien von Anfang an geplant, eigentlicher Gesellschaftszweck und er diene nicht dazu, einen Liquiditätsengpass kurzfristig zu beheben (Urteil 6B_922/2016 vom 14. Juli 2017 E. 2.2.4). Der Vorinstanz war es verwehrt, der Beurteilung einen anderen als den bisherigen Sachverhalt zu unterstellen. An diese Sachverhaltsfeststellungen ist auch das Bundesgericht gebunden. Nicht zu hören ist der Beschwerdeführer mit seiner Behauptung, er habe sich keinen Lohn ausbezahlen lassen. Nach den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz betrugen die Gesamtsummen der Kaufpreiszahlungen für C. _____ -Aktien im Jahr 2009 Fr. 3'79'250.-- (Nettoeinnahmen), im Jahr 2010 Fr. 3'835'539.-- (Bruttoeinnahmen) respektive Fr. 2'795'060.-- Gewinn und im ersten Halbjahr 2011 Fr. 5'864'107.50 (Bruttoeinnahmen) respektive für 2011 Fr. 1'377'357.-- Gewinn. Der Beschwerdeführer erzielte 2010 und 2011 ein persönliches Einkommen von jährlich mehr

als Fr. 160'000.-- und erhielt Zahlungen von der A._____ AG im Umfang von Fr. 305'000.-- (2010) und Fr. 336'381.-- (2011; Entscheid S. 6 und 10 sowie Entscheid vom 29. April 2016 S. 9 und 22 f.). Von diesen tatsächlichen Feststellungen weicht der Beschwerdeführer in unzulässiger Weise ab (Art. 105 Abs. 1 BGG), ohne Willkür geltend zu machen.

Mit Blick auf das Tatverschulden des Beschwerdeführers hält die Vorinstanz eine Geldstrafe nicht mehr für schuldadäquat. Soweit der Beschwerdeführer (zusätzlich zur behaupteten Sanierung) betont, es seien weder Anlegerinteressen noch Interessen des Finanzmarktes tangiert worden, legt ihm die Vorinstanz Gegenteiliges nicht zur Last. Dass das Börsengesetz nach seinem Artikel 1 Absatz 2 den Schutz der Anlegerinnen und Anleger bezweckt, bedeutet zudem nicht, die Ausübung der Tätigkeit als Effektenhändler ohne Bewilligung der FINMA erfülle den Tatbestand von Art. 44 FINMAG nur, wenn dadurch tatsächlich die Interessen von Anlegern verletzt oder gefährdet würden (Urteil 6B_922/2016 vom 14. Juli 2017 E. 2.2.4).

E. 1.4.3

Der Beschwerdeführer rügt eine gravierende Verletzung des Beschleunigungsgebots, weshalb die Strafe mindestens auf 100 Tagessätze zu reduzieren sei. Er macht geltend, sein in Frage stehendes Verhalten sei in den Jahren 2009 bis 2011 anzusiedeln und das Strafverfahren habe bis heute rund sieben Jahre gedauert. Er habe "ab eingangs genanntem Zeitpunkt" unter dem Druck und den Belastungen des Strafverfahrens gestanden. Diese Ausführungen sind offensichtlich unklar und es kann nur gemutmasst werden, welchen Zeitpunkt der Beschwerdeführer meint. Über die Eröffnung einer verwaltungsstrafrechtlichen Untersuchung wurde er am 19. November 2012 informiert (Entscheid S. 8). Seither verstrichen bis zum angefochtenen Entscheid fünf Jahre.

Die Vorinstanz hat das Strafmass nicht neu beurteilt (Entscheid S. 4). Dies verletzt kein Bundesrecht. Die Strafzumessung war nicht Gegenstand des Rückweisungsentscheids und deshalb grundsätzlich, soweit das Rückweisungsverfahren nicht Anlass zu neuen Rügen gab, nicht neu zu überprüfen. Damit ist der Beschwerdeführer mit der behaupteten Verfahrensverzögerung nicht zu hören. Mit einer Beschwerde gegen den neuen kantonalen Entscheid können keine Argumente vorgetragen werden, die das Bundesgericht schon in seinem Rückweisungsentscheid ausdrücklich verworfen hat oder die es im ersten Beschwerdeverfahren gar nicht prüfen musste, weil die Parteien sie nicht vorbrachten, obwohl sie dies tun konnten und mussten (Urteil 4A_268/2015 vom 24. September 2015 E. 1.2 mit Hinweisen). Eine Verletzung des Beschleunigungsgebots wurde mit der Beschwerde gegen den vorinstanzlichen Entscheid vom 29. April 2016 nicht geltend gemacht und vom Bundesgericht nicht überprüft. Aufgrund der Bindungswirkung des Rückweisungsentscheids blieb der Vorinstanz kein Raum, einer Verletzung des Beschleunigungsgebots Rechnung zu tragen. Dass das zweite Verfahren vor Vorinstanz übermässig lange gedauert hätte, behauptet der Beschwerdeführer zu Recht nicht, nachdem die Vorinstanz ihr zweites Urteil rund vier Monate nach der bundesgerichtlichen Rückweisung fällte. Vielmehr meint er, die Verletzung des Beschleunigungsgebots ziehe sich durch das gesamte Verfahren. Diese neue Thematik kann hier nicht zur Diskussion gestellt werden.

E. 1.4.4

Bei der Wahl der Strafart durfte die Vorinstanz dem vom Beschwerdeführer nach der hier zu beurteilenden Tätigkeit als Effektenhändler erwirkten Strafmandat (Verurteilung wegen Vernachlässigung von Unterhaltungspflichten zu einer bedingten Geldstrafe von 50 Tagessätzen zu Fr. 100.-- und einer Busse von Fr. 800.--) Rechnung tragen. Im gleichen Zusammenhang verweist die Vorinstanz auf zwei Strafuntersuchungen der Staatsanwaltschaft des Kantons Aargau wegen Verdachts auf Urkundenfälschung und Geldwäscherei und auf ein vor dem Wirtschaftsstrafgericht des Kantons Bern hängiges Verfahren wegen Steuerbetrugs. Der Umstand, dass weitere Strafverfahren pendent seien, spreche für eine gewisse Rechtsfeindlichkeit oder Gleichgültigkeit gegenüber Rechtsnormen, auch wenn die Unschuldsvermutung gelte (Entscheid S. 8 f.). Diese Erwägungen sind unzutreffend. Bis zur rechtskräftigen Verurteilung gilt die beschuldigte Person als unschuldig (vgl. Art. 10 Abs. 1 StPO). Die Vorinstanz unterstellt dem Beschwerdeführer allein mit Blick auf hängige Strafverfahren die Nichtbeachtung von Rechtsnormen, was auf eine unzulässige Schuldzuweisung hinausläuft.

Dennoch kann das Bundesgericht, solange sich die Wahl der Sanktionsart unter Beachtung aller relevanten Faktoren wie hier offensichtlich im Rahmen des dem Sachgericht zustehenden Ermessens hält, das angefochtene Urteil auch bestätigen, wenn dieses in Bezug auf die Erwägungen zur Wahl der Strafart einzelne Unklarheiten und Unvollkommenheiten enthält (vgl. betreffend die Strafzumessung Urteile 6B_988/2017 vom 26. Februar 2018 E. 2.4; 6B_341/2007 vom 17. März 2008 E. 8.4, nicht publ. in: BGE 134 IV 97 ; 6B_202/2010 vom 31. Mai 2010 E. 6.3.4, nicht publ. in: BGE 136 IV 117). Die Vorinstanz beleuchtet mehrere Kriterien eingehend und erwähnt die oben thematisierten Untersuchungs- respektive Gerichtsverfahren nur am Rande. Es bestehen keine Zweifel, dass die Vorinstanz, indem sie auf eine Freiheitsstrafe erkennt, unter Berücksichtigung der relevanten Faktoren ihr Ermessen nicht verletzt. Gegenteiliges zeigt der Beschwerdeführer, der wiederholt die Thematik des bundesgerichtlichen Rückweisungsentscheids verlässt, nicht auf.

E. 1.4.5

Der Beschwerdeführer wirft die Frage auf, "ob die Gerichtsbesetzung der Vorinstanz allenfalls als befangen zu qualifizieren ist". Damit genügt die Beschwerde den Begründungsanforderungen nicht (Art. 42 Abs. 2 BGG). Der Beschwerdeführer führt nicht aus, wann er vom behaupteten Ausstandsgrund erfuhr respektive ob er diesen erst nach Abschluss des vorinstanzlichen Verfahrens entdeckt haben will. Mithin zeigt er nicht auf, ob er den Ausstandsgrund rechtzeitig (Art. 58 Abs. 1 StPO) und beim dafür zuständigen Gericht geltend macht (Art. 60 Abs. 3 StPO ; BGE 140 I 271 E. 8.4.3 S. 275 mit Hinweisen; vgl. MARKUS BOOG, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Band I, 2. Aufl. 2014, N. 6 zu Art. 58 StPO und N. 5 zu Art. 60 StPO).

Selbst wenn auf die Rüge einzutreten wäre, wäre sie unbegründet. Auch hier verkennt der Beschwerdeführer den Gegenstand des Rückweisungsverfahrens. Bringt er vor, es sei "ohne Not [...] dieselbe Gerichtsbesetzung für das neue Urteil eingesetzt" worden, stellt dieser Umstand grundsätzlich keinen Ausstandsgrund dar (Urteil 1B_67/2014 vom 31. März 2014 E. 2; BOOG, a.a.O., N. 29 zu Art. 56 StPO).

Soweit die Verteidigung schliesslich keine sachliche Kritik am vorinstanzlichen Entscheid übt, sondern der Untersuchungsbehörde respektive der Vorinstanz "Rechtsbrechung" sowie

diffamierende Argumente vorwirft und meint, das gesamte Verfahren ziele darauf ab, den Beschwerdeführer zu erniedrigen, wahrt sie nicht den gebotenen prozessualen Anstand. Es kann darauf verzichtet werden, ihre Rechtsschrift in Anwendung von Art. 42 Abs. 6 BGG zur Änderung zurückzuweisen.

E. 2

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Der Beschwerdeführer wird ausgangsgemäss kostenpflichtig (Art. 66 Abs. 1 BGG). Sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung ist infolge Aussichtslosigkeit abzuweisen (Art. 64 Abs. 1 BGG e contrario). Seinen angespannten finanziellen Verhältnissen ist mit reduzierten Gerichtskosten Rechnung zu tragen (Art. 65 Abs. 2 BGG).

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