

BGer 6B_922/2016 vom 14. Juli 2017

Bundesgericht, 2017-07-14, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6B_922_2016

FR: TF 6B_922/2016 du 14 juillet 2017

IT: TF 6B_922/2016 del 14 luglio 2017

Erwägungen

E. 1

Die A. _____ AG mit Sitz in U. _____ bezweckte seit der Statutenänderung vom 22. Dezember 2008 den Kauf und Verkauf von Beteiligungen von Unternehmen, insbesondere von Schweizer Unternehmen, sowie Erstellung von Finanzanalysen, allgemeine Finanzberatung und Einbringen weiterer Finanzdienstleistungen. Der Beschwerdeführer war Präsident, ab Juni 2010 Delegierter des Verwaltungsrates sowie "CEO" und verfügte über 90 % der Aktien. Im Zuge der Umstellung auf das neue Geschäftsmodell wurde die Beteiligung der A. _____ AG an der Immobiliengesellschaft B. _____ AG mit Sitz in V. _____/ZG von 40,0 % auf 78,1 % des Aktienkapitals der B. _____ AG "aufgestockt". Die FINMA wurde auf die A. _____ AG aufmerksam, weil diese Aktien der B. _____ AG im Internet anbot und an Investoren verkaufte. Gemäss Ausdruck der Homepage der A. _____ AG vom 22. August 2011 konnte von der Homepage unter der Rubrik "Unser Angebot" ein Firmenprospekt der B. _____ AG mit dem Titel "Investieren mit Zukunft" heruntergeladen werden. Sodann liegt die Kopie eines Prospekts über die B. _____ AG mit dem Titel "Facts & Figures Wertentwicklung" vor, auf dessen Titelseite nebst dem Logo und dem Schriftzug von der B. _____ AG der Vermerk "Ein Angebot der A. _____ AG" mit dem Logo und dem Schriftzug der A. _____ AG enthalten ist. Zudem liegt ein Facts-Sheet betreffend die von der A. _____ AG zum Verkauf angebotenen B. _____-AG-Aktien vor, welche mit dem Titel "A. _____ AG - bietet zum Verkauf" überschrieben ist. Die A. _____ AG stellte ihre Geschäftstätigkeit nach dem Generalversammlungsbeschluss vom 22. Dezember 2008 vollumfänglich auf den Verkauf von B. _____ AG-Titeln um. Die Gesamtsummen der Kaufpreiszahlungen von Investoren für B. _____-AG-Aktien betragen im Jahr 2009 CHF 379'250.-- (Nettoeinnahmen), im Jahr 2010 CHF 3'835'539.40 (Bruttoeinnahmen) und im ersten Halbjahr 2011 CHF 5'864'107.50 (Bruttoeinnahmen), wobei die Zahlungen von insgesamt 348 natürlichen und juristischen Personen herrührten, die mit der A. _____ AG Kaufverträge betreffend Aktien der B. _____ AG abgeschlossen hatten. Für die Kontaktaufnahmen mit potentiellen Käufern von B. _____-AG-Aktien zog die A. _____ AG Agenten bei, mit denen sie Agenturverträge abschloss.

Mit Schreiben vom 14. November 2011 forderte die FINMA die A. _____ AG unter Bezugnahme auf eine Besprechung vom 8. November 2011 unter anderem mit dem Beschwerdeführer auf, das Anbieten und Verkaufen von Aktien der B. _____ AG per sofort einzustellen. Die FINMA begründete diese Aufforderung damit, dass die bisherige Tätigkeit der A. _____ AG als unerlaubter Betrieb eines Emissionshauses zu qualifizieren sei. Der Beschwerdeführer teilte der FINMA mit Schreiben vom 8. Dezember 2011 mit, die A. _____ AG habe das Anbieten und Verkaufen von B. _____-AG-Aktien unmittelbar im Anschluss an das Gespräch vom 8. November 2011

eingestellt. Die Aktien der B._____ AG würden nun direkt durch diese verkauft. Tatsächlich ging die letzte Zahlung an die A._____ AG für B._____ -AG-Aktien am 21. November 2011 ein.

E. 2

Gemäss Art. 44 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 22. Juni 2007 über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz, FINMAG; SR 956.1) wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft, wer vorsätzlich ohne Bewilligung, Anerkennung, Zulassung oder Registrierung eine nach den Finanzmarktgesetzen bewilligungs-, anerkennungs-, zulassungs- oder registrierungspflichtige Tätigkeit ausübt. Wer fahrlässig handelt, wird nach Art. 44 Abs. 2 FINMAG mit Busse bis zu 250'000 Franken bestraft. Zu den Finanzmarktgesetzen gehört gemäss Art. 1 Abs. 1 lit. e FINMAG das Börsengesetz. Nach Art. 10 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 24. März 1995 über die Börsen und den Effektenhandel (Börsengesetz, BEHG; SR 954.1) bedarf einer Bewilligung der FINMA, wer als Effektenhändler tätig werden will. Als Effektenhändler im Sinne des Börsengesetzes gelten gemäss Art. 2 lit. d BEHG natürliche und juristische Personen und Personengesellschaften, die gewerbmässig für eigene Rechnung zum kurzfristigen Wiederverkauf oder für Rechnung Dritter Effekten auf dem Sekundärmarkt kaufen und verkaufen, auf dem Primärmarkt öffentlich anbieten oder selbst Derivate schaffen und öffentlich anbieten. Effektenhändler im Sinne des Gesetzes sind gemäss Art. 2 Abs. 1 der Verordnung vom 2. Dezember 1996 über die Börsen und den Effektenhandel (Börsenverordnung, BEHV; SR 954.11) Eigenhändler, Emissionshäuser und Derivathäuser, sofern sie hauptsächlich im Finanzbereich tätig sind. Emissionshäuser sind nach Art. 3 Abs. 2 BEHV Effektenhändler, die gewerbmässig Effekten, die von Drittpersonen ausgegeben worden sind, fest oder in Kommission übernehmen und öffentlich auf dem Primärmarkt anbieten. Effekten sind vereinheitlichte und zum massenweisen Handel geeignete Wertpapiere, Wertrechte, Derivate und Bucheffekten (Art. 2 lit. b des Bundesgesetzes vom 19. Juni 2015 über die Finanzmarktinfrastrukturen und das Marktverhalten im Effekten- und Derivatehandel [Finanzmarktinfrastukturgesetz, FinfraG; SR 958.1] , entsprechend aArt. 2 lit. a BEHG). Als vereinheitlichte und zum massenweisen Handel geeignete Effekten gelten Wertpapiere, Wertrechte, Derivate und Bucheffekten, die in gleicher Struktur und Stückelung öffentlich angeboten oder bei mehr als 20 Kundinnen und Kunden platziert werden, sofern sie nicht für einzelne Gegenparteien besonders geschaffen werden (Art. 2 Abs. 1 der Verordnung vom 25. November 2015 über die Finanzmarktinfrastrukturen und das Marktverhalten im Effekten- und Derivatehandel [Finanzmarktinfrastukturverordnung, FinfraV, SR 958.11], entsprechend aArt. 4 BEHV).

E. 2.1

"Hauptsächlich" im Sinne von Art. 2 Abs. 1 BEHV bedeutet, dass die geschäftlichen Aktivitäten im Finanzbereich allfällige Tätigkeiten in anderen Bereichen (industrieller oder gewerblicher Natur) deutlich überwiegen (BGE 136 II 43 E. 4.1). "Gewerbmässigkeit" im Sinne von Art. 3 Abs. 2 BEHV ist gegeben, wenn das Effektengeschäft eine selbständige und unabhängige wirtschaftliche Tätigkeit darstellt, die darauf ausgerichtet ist, regelmässige Erträge zu erzielen (BGE 136 II 43 E. 4.1). "Öffentlich" im Sinne von Art. 2 lit. d BEHG sind Angebote, die sich an unbestimmt viele Personen richten.

Die A. _____ AG erzielte im vorliegend massgebenden Zeitraum von 2009 bis 2011 den grössten Teil ihres Umsatzes mit dem Verkauf von B. _____ -AG-Aktien. Sie war deshalb hauptsächlich im Finanzbereich tätig. Sie übte das Effektengeschäft selbständig und unabhängig mit dem Ziel aus, regelmässig Erträge zu erlangen. Sie handelte daher gewerbsmässig. Die B. _____ -AG-Aktien wurden unter anderem auf der Website der A. _____ AG im Internet angeboten. Das Angebot war damit öffentlich.

E. 2.2

Zu prüfen ist, ob die B. _____ -AG-Aktien im Sinne von Art. 3 Abs. 2 BEHV von einer Drittperson ausgegeben, von der A. _____ AG fest übernommen und von ihr auf dem Primärmarkt angeboten wurden.

E. 2.2.1

Die Vorinstanz erwägt dazu nach Auseinandersetzung mit den einzelnen Merkmalen von Art. 2 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 2 BEHV in Übereinstimmung mit den Erwägungen in der Strafverfügung des EFD im Wesentlichen Folgendes. Nach dem Beschluss zur Umstellung der Geschäftstätigkeit auf Aktienverkäufe Ende 2008 habe die A. _____ AG Aktien der B. _____ AG auf eigene Rechnung und Gefahr übernommen (Aufstockung der Beteiligung). Diese zusätzlich übernommene Beteiligung habe die A. _____ AG in den folgenden Jahren sukzessiv verkauft, womit diese Beteiligungen erstmals im Publikum platziert worden seien ("going public"). Dass die aufgestockten Titel zum Teil trotz der Verkaufsbemühungen der A. _____ AG über Jahre in deren Büchern verblieben seien, schliesse eine Emissionshaustätigkeit entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers nicht aus. Es habe sich entgegen dessen Vorbringen nicht um eine "strategische Beteiligung" gehandelt, zumal der systematische Verkauf der im Zuge der Umwandlung der Geschäftstätigkeit zusätzlich übernommenen Titel als Einnahmequelle der A. _____ AG von Anfang an geplant gewesen sei. Typisch für den Primärmarkt - in Abgrenzung zum Sekundärmarkt - sei eine vertraglich oder auf andere Weise begründete Beziehung zwischen der Emittentin und dem Emissionshaus in Bezug auf die Platzierung der Aktien im Publikum. Das Bestehen schriftlicher Verträge zwischen der A. _____ AG und der B. _____ AG sei zwar nicht belegt. Die Emittentin sei jedoch am "Ausgabevorgang" durch die A. _____ AG einerseits dadurch beteiligt gewesen, dass gemäss Aktienkaufvertrag die Rechnung für den Zuschuss der Differenz zwischen der von der A. _____ AG garantierten Bruttorendite und einer allenfalls tieferen tatsächlichen Rendite an die B. _____ AG zu richten gewesen sei. Darüber hinaus seien die B. _____ AG und die A. _____ AG auf personeller, finanzieller und operationeller Ebene miteinander verflochten gewesen. Die A. _____ AG habe der B. _____ AG regelmässig Darlehen gewährt.

E. 2.2.2

Der Beschwerdeführer macht geltend, die A. _____ AG habe B. _____ -AG-Aktien aus ihrem Eigenbestand verkauft, um sich zu sanieren. Die A. _____ AG und die B. _____ AG seien zwar eng miteinander verflochten gewesen, doch sei dies eben gerade atypisch für eine Beziehung zwischen Emittentin und Emissionshaus. In Anbetracht dieser engen Verflechtung sei die B. _____ AG gegenüber der A. _____ AG keine Drittperson gewesen. Für die Annahme der Vorinstanz, der Verkauf der von der A. _____ AG im Rahmen der Aufstockung übernommenen B. _____ -AG-Aktien sei von Anfang an geplant gewesen, gebe es keine Beweise. Die A. _____ AG habe die

B. _____-AG-Aktien nicht auf dem Primärmarkt angeboten. Die B. _____-AG-Aktien seien nicht erstmals durch die A. _____ AG begeben worden, sondern bereits durch die B. _____ AG, und die A. _____ AG habe die Aktien aus ihrem eigenen Bestand auf dem Sekundärmarkt verkauft.

E. 2.2.3

Als Primärmarkt wird der Markt bezeichnet, in dem Kapitalmarktpapiere (Aktien, Obligationen etc.) erstmals begeben (emittiert) werden. Auf dem Sekundärmarkt werden die emittierten Kapitalmarktpapiere börslich oder ausserbörslich gehandelt (BGE 136 II 43 E. 4.1; EMCH/RENZ/ARPAG AUS, Das Schweizerische Bankgeschäft, 7. Aufl. 2011, N. 1980, 2152). Auf dem Primärmarkt erfolgt die Platzierung neu emittierter Wertpapiere. Er umfasst die Emission und Inverkehrsetzung von fungiblen Kapitalmarktpapieren, die gleichzeitig und zu gleichen Bedingungen beim Anleger platziert werden. Als Beteiligte am Primärmarkt stehen der jeweilige Emittent und die beteiligten Banken dem Anleger gegenüber (ZOBL/KRAMER, Schweizerisches Kapitalmarktrecht, 2004, N. 7 ff.). Der Primärmarkt ist der Emissionsmarkt für Effekten. Auf dem Primärmarkt werden Titel erstmals begeben, verkauft, emittiert. Der Emittent beauftragt in der Regel eine Bank mit der Durchführung einer Emission. Auf dem Sekundärmarkt handeln Anleger untereinander; der Emittent ist hier normalerweise nicht mehr involviert (MAX BOEMLE UND ANDERE, Geld-, Bank- und Finanzmarkt - Lexikon der Schweiz, 2002, Stichwort "Primärmarkt"). Der Sekundärmarkt umfasst den börslichen, vorbörslichen und ausserbörslichen Handel. Die Abgrenzung des Primärmarktes vom Sekundärmarkt ist relativ schwierig. Insbesondere der "graue Markt" bereitet Schwierigkeiten (zum Ganzen Botschaft des Bundesrates vom 24. Februar 1993 zu einem Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel [Börsengesetz], BBl 1993 I 1369 ff., 1383 f.).

Festübernahmen von Aktien kommen in der Praxis in zwei Formen vor. Entweder erfolgt die Festübernahme im Zusammenhang mit einer Kapitalerhöhung, wobei die Aktien am Tag der Generalversammlung von einer Bank oder einem Bankensyndikat gezeichnet und liberiert werden (sog. "Primary Offering"). Oder ein Grossaktionär, oft der Alleinaktionär, bietet seine Aktien dem Publikum an, wobei er dies, wie im vorgenannten Fall, unter Einschaltung eines Bankensyndikats tut, das die Aktien in einem ersten Schritt fest übernimmt, d.h. kauft (nicht: zeichnet), um sie dann dem Publikum zu verkaufen (sog. "Secondary Offering"; EMCH/RENZ/ARPAG AUS, a.a.O., N. 2010 ff.; ROLF WATTER, Die Festübernahme von Aktien, speziell beim "Initial Public Offering", in: Aktienrecht 1992-1997: Versuch einer Bilanz, 1998, S. 387 f.). Effekthändler ist auch, wer gewerbsmässig sogenannte "secondary placements" macht, also beispielsweise bestehende Aktien eines Grossaktionärs im Publikum veräussert (ROLF WATTER, Die Regulierung der Effekthändler [und der Banken] im BEHG, in: Aktuelle Fragen des Kapitalmarktrechts, 1995, S. 67 ff., 77).

E. 2.2.4

Die A. _____ AG übernahm im Rahmen der "Aufstockung" ihrer Beteiligung an der B. _____ AG (von 40,0 % auf 78,1 % des Aktienkapitals der B. _____ AG) Aktien der B. _____ AG fest, um sie im Sinne ihres neuen Geschäftsmodells zwecks Erzielung von Erträgen im Publikum zu veräussern. Die A. _____ AG übernahm Aktien, die von der B. _____ AG ausgegeben wurden, fest und verkaufte sie im eigenen Namen sowie auf eigene Rechnung und Gefahr. Die B. _____-AG-Aktien wurden durch die Verkäufe

durch die in mehrfacher Hinsicht mit der B. _____ AG verflochtenen A. _____ AG im Zusammenwirken mit der B. _____ AG erstmals im Publikum platziert. An diesem Ausgabevorgang durch die A. _____ AG war die B. _____ AG als Emittentin beteiligt, indem gemäss Kaufvertrag die Rechnung für den Zuschuss der Differenz zur garantierten Bruttorendite an die B. _____ AG zu richten war (vgl. Akten Ordner 1 p. 030 133-135 ; 030 72).

Der Beschwerdeführer stellt sich auf den Standpunkt, die B. _____ -AG-Aktien seien nicht erstmals durch die A. _____ AG, sondern bereits durch die B. _____ AG begeben worden. Ihm kann nicht gefolgt werden. Eine Emission eigener Beteiligungspapiere (die nicht dem Gesetz untersteht, Art. 3 Abs. 2 BEHV ; URS ROTH, in: Kommentar zum Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel, 2000, N. 35 zu Art. 2 lit. d BEHG), liegt hier nicht vor. Vielmehr erfolgte nach den vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellungen seitens der A. _____ AG die öffentliche Aufforderung zur Zeichnung durch ein Netz von Agenten und die Werbung im Internet, worauf mehrere hundert Anleger die Wertpapiere kauften. Die Aktien wurden durch die Verkäufe der A. _____ AG erstmals im Publikum platziert (Entscheid S. 15 f.). Dass diese Sachverhaltsfeststellung willkürlich wäre (Art. 9 BV), macht der Beschwerdeführer nicht geltend, weshalb sie für das Bundesgericht massgebend ist (Art. 105 Abs. 1 und 2 BGG).

Das Angebot erfolgte deshalb auf dem Primärmarkt im Sinne der vorstehenden Ausführungen. Die A. _____ AG war damit als Emissionshaus gemäss Art. 3 Abs. 2 BEHV tätig. Dass die im Rahmen der "Aufstockung" übernommenen Aktien zum Teil über Jahre nicht verkauft werden konnten und daher von der A. _____ AG gehalten werden mussten, ändert nichts an der Tätigkeit der A. _____ AG als Emissionshaus. Bei vorübergehendem Misserfolg der Emission übernimmt das Emissionshaus einen Teil der Titel in ihren eigenen Anlagebestand (MAX BOEMLE UND ANDERE, a.a.O., Stichwort "Emissionsgeschäft, Platzierungsformen"; ZOBL/KRAMER, a.a.O., N. 1078). Nicht entscheidend ist mithin, ob es zu einer erfolgreichen Platzierung kommt (HUBER/HSU, in: Basler Kommentar, Börsengesetz Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2. Aufl. 2013, N. 31 zu Art. 2 lit. d BEHG ; ROTH, a.a.O., N. 19 zu Art. 2 lit. d BEHG). Das heisst, an der Qualifikation einer Emissionshaustätigkeit ändert der Umstand nichts, dass die Titel teilweise in den Büchern der A. _____ AG blieben. Die Aktien wurden von der A. _____ AG nicht zu Anlagezwecken gekauft.

Die B. _____ AG war trotz der engen Verflechtung mit der A. _____ AG dieser gegenüber eine Drittperson. Die Mehrheitsbeteiligung der A. _____ AG an der B. _____ AG steht nach den zutreffenden Ausführungen des EFD einer Qualifikation der B. _____ AG als Drittperson im Sinne von Art. 3 Abs. 2 BEHV nicht entgegen. Das EFD verweist darauf, dass bei Festübernahmen grosser Aktienpakete zwecks Platzierung im Primärmarkt nicht selten Mehrheitsbeteiligungen des Emissionshauses an der Emittentin entstehen und dies einer Erfassung als Emissionshaustätigkeit mit Blick auf den Zweck der Bewilligungspflicht nicht entgegenstehen kann (Vernehmlassung S. 2). Der Beschwerdeführer stellt sich schliesslich auf den Standpunkt, die A. _____ AG habe B. _____ -AG-Aktien aus ihrem Eigenbestand verkauft, um sich zu sanieren. Zudem gebe es keine Beweise, dass der Verkauf der von der A. _____ AG übernommenen B. _____ -AG-Aktien von Anfang an geplant gewesen sei. Diesen Ausführungen kann nicht gefolgt werden. Sie stehen im Widerspruch zu den vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellungen, wonach die A. _____ AG ihre Geschäftstätigkeit im

Dezember 2008 vollumfänglich auf den Verkauf von B._____ AG-Titeln umstellte. Mithin war nach den vorinstanzlichen Feststellungen und entgegen der Argumentation des Beschwerdeführers der Verkauf der B._____ -AG-Aktien von Anfang an geplant. Dieser Verkauf war eigentlicher Gesellschaftszweck und diente nicht bloss dazu, einen Liquiditätsengpass kurzfristig zu beheben. Auch diese Sachverhaltsfeststellungen rügt der Beschwerdeführer nicht als willkürlich (Art. 9 BV), weshalb sie für das Bundesgericht massgebend sind (Art. 105 Abs. 1 und 2 BGG).

Die A._____ AG war deshalb als Effekthändlerin gemäss Art. 2 lit. d BEHG und Art. 2 Abs. 1 BEHV tätig, indem sie im Sinne von Art. 3 Abs. 2 BEHV gewerbsmässig Effekten, die von einer Drittperson ausgegeben wurden, fest übernahm und öffentlich auf dem Primärmarkt anbot. Für diese Tätigkeit bedurfte sie einer Bewilligung der FINMA. Indem die A._____ AG beherrschende Beschwerdeführer die Tätigkeit ohne Bewilligung ausübte, erfüllte er den objektiven Tatbestand von Art. 44 FINMAG . Dass das Börsengesetz nach seinem Artikel 1 Absatz 2 den Schutz der Anlegerinnen und Anleger bezweckt, bedeutet nicht, dass die Ausübung der Tätigkeit als Effekthändler ohne Bewilligung der FINMA den Tatbestand von Art. 44 FINMAG nur erfüllt, wenn dadurch tatsächlich die Interessen von Anlegern verletzt oder gefährdet würden.

E. 2.3

Der Beschwerdeführer macht geltend, er habe entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht vorsätzlich gehandelt. Er verweist zur Begründung auf das Schreiben der FINMA vom 10. März 2010. Darin sei ihm bestätigt worden, dass der Verkauf von Aktien aus dem Eigenbestand solange nicht unter die Bewilligungspflicht falle, als sich der Eigenhandel unter der massgeblichen Schwelle des Bruttoumsatzes von mehr als CHF 5 Milliarden pro Jahr bewege.

E. 2.3.1

Die A._____ AG ersuchte in einem vom Beschwerdeführer unterzeichneten Schreiben vom 2. März 2010 die FINMA um Erteilung einer Auskunft. Die A._____ AG führte aus, dass sie "ab und zu Beteiligungen von unserer Tochter, der B._____ AG" verkaufe. Ein vorsichtiger Investor verlange von der A._____ AG eine schriftliche Bestätigung, dass der Verkauf vom Eigenbestand an Aktien nicht bewilligungspflichtig sei.

Die FINMA hielt in ihrem Antwortschreiben vom 10. März 2010 unter anderem Folgendes fest (Akten Ordner 6 p. 070 0029) :

-.. Gerne teilen wir Ihnen mit, dass der Verkauf von Aktien aus dem Eigenbestand solange nicht unter die Bewilligungspflicht fällt, als sich der Eigenhandel unter der massgeblichen Schwelle des Bruttoumsatzes von mehr als CHF 5 Mia. pro Jahr bewegt... und die Tätigkeit nicht faktisch der eines Emissionshauses entspricht oder aufgrund weiterer bewilligungspflichtigen Tätigkeiten eine Bewilligung erforderlich ist.... Insbesondere in der Konstellation, bei welcher die A._____ AG ihrer Tochtergesellschaft helfen würde, Aktien der B._____ AG an Investoren zu vermitteln, könnte je nach Art und Weise dieser Vermittlungstätigkeit nicht mehr von einem Handel mit schon emittierten Aktien (Sekundärmarkt) gesprochen werden, sondern läge allenfalls ein bewilligungspflichtiges öffentliches Angebot auf dem Primärmarkt vor.... Ihre Eingabe beschränkt sich auf die Information, dass eine Beteiligung der Tochtergesellschaft verkauft werden soll. Dabei bleibt unklar, ob die A._____ AG Teile ihrer eigenen Beteiligung an der B._____ AG verkaufen will oder ob ein Verkauf einer von der Tochtergesellschaft gehaltenen

Beteiligung beabsichtigt ist. In letzterem Fall würde je nach Konstellation auch eine Bewilligungspflicht als Kundenhändler in Frage kommen... Unter Berücksichtigung der kurzen Eingabe sowie nach Einblick in die uns bereits vorliegenden Unterlagen betreffend die Tätigkeit der C. _____ AG... ist keine abschliessende Beurteilung möglich. Wir ersuchen Sie, uns weitere Informationen zur Transaktion und der aktuellen Geschäftstätigkeit einzureichen, falls Sie eine weitergehende Bestätigung benötigen."

E. 2.3.2

Aus diesem Brief konnte der Beschwerdeführer nicht den Schluss ziehen, dass der Verkauf von B. _____-AG-Aktien durch die A. _____ AG nicht bewilligungspflichtig sei. Aus dem Schreiben wird ersichtlich, dass die FINMA mangels genügender Informationen keine abschliessende Auskunft erteilen konnte. Der Beschwerdeführer konnte aus dem Schreiben im Besonderen nicht den Schluss ziehen, die FINMA teile seine Auffassung, dass es sich bei den von der A. _____ AG getätigten Verkäufen von B. _____-AG-Aktien um Verkäufe aus dem Eigenbestand und nicht um eine Emissionshaustätigkeit handle. Im Gegenteil war aus dem Schreiben der FINMA ersichtlich, dass dies von den konkreten Umständen abhing, die noch zu klären waren. Hinzu kommt im Übrigen, dass die Anfrage des Beschwerdeführers an die FINMA insoweit zumindest irreführend war, als darin behauptet wurde, dass die A. _____ AG "ab und zu" Beteiligungen von ihrer Tochter, der B. _____ AG, verkaufe. In Wahrheit war der Verkauf von B. _____-AG-Aktien die hauptsächliche Tätigkeit der A. _____ AG.

E. 3

Art. 44 Abs. 1 FINMAG droht Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe an. Die Vorinstanz bestrafte den Beschwerdeführer mit einer bedingten Freiheitsstrafe von zehn Monaten und mit einer Busse von CHF 3'000.--.

E. 3.1

Aus dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit ergibt sich, dass bei alternativ zur Verfügung stehenden Sanktionen im Regelfall diejenige gewählt werden soll, die weniger stark in die persönliche Freiheit des Betroffenen eingreift beziehungsweise die ihn am wenigsten hart trifft. Die Geldstrafe ist milder als die Freiheitsstrafe. Bei der Wahl der Sanktionsart sind als wichtige Kriterien die Zweckmässigkeit einer bestimmten Sanktion, ihre Auswirkungen auf den Täter und sein soziales Umfeld sowie ihre präventive Effizienz zu berücksichtigen (BGE 134 IV 82 E. 4.1, 97 E. 4.2).

E. 3.2

Die Vorinstanz erwägt, eine Freiheitsstrafe sei zweckmässiger als eine Geldstrafe. Von einer Freiheitsstrafe sei eine grössere spezialpräventive Effizienz zu erwarten, lasse doch das Verhalten des Beschwerdeführers vermuten, dass er eine Geldstrafe kaum bezahlen und somit im Ergebnis eine Freiheitsstrafe resultieren würde.

Aus dieser knappen Erwägung wird nicht klar ersichtlich, ob der Beschwerdeführer nach den Vermutungen der Vorinstanz eine Geldstrafe zufolge Mittellosigkeit oder aber mangels Zahlungswillens nicht bezahlen würde. Das Bundesgericht hat entschieden, dass die wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters und dessen voraussichtliche Zahlungsunfähigkeit keine Kriterien für die Wahl der Straftart sind. Bei mittellosen Tätern ist die Ausfällung einer tiefen Geldstrafe möglich (BGE 134 IV 97 E. 5.2.3 mit Hinweisen). Die Ausfällung einer Freiheitsstrafe an Stelle einer Geldstrafe kann aber auch nicht damit begründet

werden, dass der Verurteilte eine Geldstrafe vermutlich deshalb nicht bezahlen würde, weil ihm der Zahlungswille fehlt. Eine solche Argumentation lässt ausser Acht, dass erstens gemäss Art. 35 Abs. 3 StGB die Vollzugsbehörde die Betreuung anordnet, wenn der Verurteilte die Geldstrafe nicht fristgerecht bezahlt und von der Betreuung ein Ergebnis zu erwarten ist, und dass zweitens an die Stelle der Geldstrafe gemäss Art. 36 Abs. 1 StGB die Ersatzfreiheitsstrafe tritt, wenn der Verurteilte die Geldstrafe nicht bezahlt und sie auf dem Betreuungsweg uneinbringlich ist. Dieses gesetzlich vorgesehene Verfahren betreffend Ersatzfreiheitsstrafe wäre weitgehend überflüssig, wenn der Richter an Stelle einer Geldstrafe eine Freiheitsstrafe ausfällen könnte mit der Begründung, dass der Verurteilte eine Geldstrafe vermutlich - aus diesem oder jenem Grunde - nicht bezahlen würde (siehe auch ANNETTE DOLGE, Geldstrafen als Ersatz für kurze Freiheitsstrafen - Top oder Flop, ZStrR 128/2010 S. 58 ff., 72). Die Vorinstanz legt auch nicht dar, woraus sich ergibt, dass der Beschwerdeführer eine Geldstrafe, falls diese zufolge Widerrufs des bedingten Vollzugs überhaupt vollstreckbar werden sollte, selbst unter dem Eindruck einer drohenden Ersatzfreiheitsstrafe nicht bezahlen würde.

E. 3.3

Die Beschwerde ist in diesem Punkt gutzuheissen, das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur neuen Entscheidung betreffend die Strafe an die Vorinstanz zurückzuweisen. Dieser ist es unbenommen, im neuen Verfahren zu prüfen, ob allenfalls aus einem anderen als dem im angefochtenen Entscheid genannten Grund an Stelle einer Geldstrafe eine Freiheitsstrafe auszufällen ist.

Bei diesem Ergebnis muss auf die weiteren Rügen des Beschwerdeführers, wonach die Probezeit von vier Jahren zu lange und im angefochtenen Urteil nicht begründet worden sei und ihm die Bedeutung der bedingten Strafe in Missachtung von Art. 44 Abs. 3 StGB nicht erklärt worden sei, nicht eingegangen werden. Die Vorinstanz wird im neuen Verfahren die Dauer der Probezeit begründen und Art. 44 Abs. 3 StGB beachten.

E. 4

Der Beschwerdeführer ersucht um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege. Das Gesuch ist gegenstandslos geworden, soweit die Beschwerde gutzuheissen ist. Im Übrigen ist das Gesuch gutzuheissen. Die Beschwerde war, soweit sie abgewiesen wird, nicht von vornherein aussichtslos. Im vorliegenden Verfahren ist in Anbetracht der eingereichten Dokumente (betreffend Sozialhilfe, Prämienverbilligung, Steuerveranlagung) davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer bedürftig ist. Deshalb werden keine Gerichtskosten erhoben. Soweit das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gegenstandslos geworden ist, hat die Eidgenossenschaft (Bundesanwaltschaft) dem Vertreter des Beschwerdeführers eine Entschädigung zu zahlen. Soweit das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gutzuheissen ist, ist dem Vertreter des Beschwerdeführers eine Entschädigung aus der Bundesgerichtskasse auszurichten.

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