

BStGer SK.2009.7 vom 8. September 2009

Bundesstrafgericht, 2009-09-08, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bstger_SK.2009.7

FR: TPF SK.2009.7 du 8 septembre 2009

IT: TPF SK.2009.7 del 8 settembre 2009

Regeste

Widerhandlung gegen Art. 46 aBankG und Art. 69 AFG.

Erwägungen

E. 50

Personen für die B. beziehungsweise für die G. als Vermittler tätig waren (cl. 3 pag. 158). Die G. nahm bis 28. Februar 2002 Zeichnungen für Corporate Bonds im Umfang von insgesamt mindestens EUR 1'595'431.– von 52 privaten Schweizer Anlegern entgegen (cl. 3 pag. 167 f.). Gemäss dem Verkaufsprospekt der G. diente die Ausgabe dieser Unternehmensanleihen der Mitfinanzierung von zukunftssträchtigen Wachstumsunternehmen und der Beteiligung an geeigneten Venture- und Hedgefonds (cl. 3 pag. 174). Rund 30 private Anleger aus der Schweiz zeichneten Genussrechte im Umfang von EUR 448'078.– (cl. 3 pag. 177), welche mit einem umfangreichen Verkaufsprospekt beworben wurden (cl. 3 pag. 178 ff.). Der Verkaufsprospekt weist darauf hin, dass gewisse Kosten der G. durch die Kapitalanlagen finanziert würden, jedoch nicht mehr als 20 % der Zeichnungssumme für die Kosten des Vertriebes der Genussrechte verwendet werden dürften (cl. 3 pag. 187/2 f.). D. Die K. stellte fest, dass die G. über keine und die B. lediglich über eine nicht ordnungsgemäss geführte Buchhaltung verfügten. Die Buchhaltung der B. war im Zeitpunkt des Zwischenberichts bis 31. Dezember 2001 nachgeführt, aber weder bereinigt noch geprüft worden (cl. 3 pag. 3 und 12). Ferner wurde festgestellt, dass die Kapitalanlagen teilweise zweckentfremdet und nicht der in den Verkaufsprospekten angegebenen Verwendung zugeführt worden waren. So hatte E. von der G. ein über Einlagegelder finanziertes Privatdarlehen in der Höhe von Fr. 82'500.– erhalten (cl. 3 pag. 13). Ebenso gewährte die G. der neu gegründeten G. AG Deutschland ein Darlehen von Fr. 75'000.–, welches dem Anlagezweck widersprach (cl. 3 pag. 15). Eine weitere Zweckentfremdung des Zeichnungskapitals stellten die Aufwendungen von Fr. 60'000.– für die Gestaltung der Internet-Webpage dar (cl. 3 pag. 15). Die von der K. erstellte Zwischenbilanz zeigt auf, dass die B. ausserordentlich hohe Aufwendungen von insgesamt über Fr. 1'000'000.– auswies, welche über die Gelder der Investoren finanziert wurden und in der Bilanz schliesslich als Verlust ausgewiesen werden mussten (cl. 3 pag. 13 f.). In diesem Kontext erkannte das Kantonale Untersuchungsrichteramt St. Gallen E. und F. mit Strafbescheid vom 13. November 2003 der ungetreuen Geschäftsbesorgung, Misswirtschaft sowie der ordnungswidrigen Führung der Geschäftsbücher (dieses Delikt betrifft nur E.) schuldig (cl. 1

- 5 - pag. 156). Die Untersuchungsbehörden hatten darin festgestellt, dass E. und F. als verantwortliche Geschäftsführer der B. und G. neben den in den Verkaufsprospekten vorgesehenen administrativen Aufwendungen der B. (Entgelt für den Vermögensverwalter von 3 % der Zeichnungssumme, Gewinnbeteiligung des Vermögensverwalters von 20 %,

Administrationskosten von 3 %, Kapitalbeschaffungskosten von 20 % der gezeichneten Summe) weitere nicht überschaubare und unkontrollierte Kosten und Spesen verursacht hatten. So sind per Ende 2001 über 43 % und per Ende Februar 2002 immer noch 26 % des einbezahlten Genussrechts- und Bondkapitals der G. für unkontrollierte Kosten und Spesen eingesetzt worden. Mangels ordnungsgemässer Buchhaltung, Rechnungslegung und Kontrolle hatte es an einer Unterscheidung zwischen geschäftsmässiger Begründetheit der Auslagen und den privaten Lebenshaltungskosten gefehlt (cl. 1 pag. 152 ff. mit Bezug auf die einzelnen privaten Auslagen von E. und F. auf pag. 149 f.). Die EBK bezifferte den aus überhöhten und teilweise nicht gerechtfertigten Aufbauposten für G. und B. sowie aus der Beteiligung mit fragwürdiger Werthaltigkeit resultierenden Verlust per 28. Februar 2002 auf rund Fr. 1'100'000.–. E. Mit Bezug auf seine Tätigkeit, Aufgaben und Pflichten als Verwaltungsrat von G. und B. gab A. zu Protokoll, er sei zwar alleiniger Verwaltungsrat der B. gewesen und habe im Verwaltungsrat der G. gesessen (cl. 5 pag. 5.910.18). Er habe jedoch in beiden Firmen weder beherrschenden noch bestimmenden Einfluss ausgeübt (cl. 1 pag. 268). Treibende Kraft bei B. sei E. gewesen (cl. 1 pag. 287), der auch die Idee zur Gründung der B. gehabt (cl. 1 pag. 284) und die verschiedenen Akteure der beiden Gesellschaften miteinander bekannt gemacht habe (cl. 1 pag. 269). In der G. sei zudem deren amerikanischer Alleinaktionär H. mitbestimmend gewesen (cl. 1 pag. 285 f.). Gemäss Aussage von F. war es denn auch E. gewesen, der ihn aus seinem Freundeskreis rekrutiert hatte (cl. 1 pag. 246). Mit Bezug auf seine Tätigkeit innerhalb der B. und G. gab A. zu Protokoll, er habe sich nicht um das Tagesgeschäft der Gesellschaften kümmern wollen, sondern habe primär seine Analysefähigkeiten in die Gesellschaften eingebracht (cl. 1 pag. 287 f.). Er sei deshalb in keiner der Firmen exekutiv tätig gewesen und habe sich primär um die Identifizierung von sinnvollen Investments gekümmert (cl. 5 pag. 5.910.17 f.; cl. 1 pag. 268). Das Finanz- und Rechnungswesen sowie die Buchhaltung der Firmen habe er dem Geschäftsführer E. überlassen (cl. 1 pag. 266). Deshalb habe er auch nie einen Zwischenabschluss der B. gesehen (cl. 1 pag. 277). Er habe sich in operativer Hinsicht voll auf E. verlassen und erst im Nachhinein die Fehler in der Geschäftsführung entdeckt (cl. 5 pag. 5.910.18 ff.). Die Form der Kapitalbeschaffung für die G. – Corporate Bonds und Genussrechte – sei im Verwaltungsrat diskutiert worden (cl. 1 pag. 286). Er sei sich bewusst gewesen, dass sie „fondsähnliche Gebilde“ angeboten hätten (cl. 1 pag. 268). Die Aussagen von A. werden bestätigt durch F., der angab, A.

- 6 - sei die zuständige Person für rechtliche Abklärungen gewesen, während sich E. um das „Operative“ gekümmert habe (cl. 1 pag. 247). Nach dem Gesagten ist erstellt, dass A. sich als alleiniger Verwaltungsrat nicht um die operative Leitung der B. gekümmert, sondern sich in erster Linie mit strategischen Fragen des Investments auseinandergesetzt hat. Er vertraute darauf, dass die Geschäfte – inklusive Finanzbuchhaltung und Akquisition von Investoren – durch E. korrekt geführt würden. Hinsichtlich einer Bewilligungspflicht für die Geschäftstätigkeit von B. und G. gab A. an, es seien im Verwaltungsrat Abklärungen über das „möglicherweise geltende“ Schweizer Recht getroffen worden. Der damalige Vizepräsident der G., I., welcher ein erfahrener Banker gewesen sei, habe gesagt, bei einer beschränkten Anzahl von Investoren sei keine Bewilligung der EBK erforderlich (cl. 5 pag. 5.910.19; cl. 1 pag. 286). Ferner habe er – A. – sich beim Treuhänder L. über die Rechtslage informiert (cl. 5 pag. 5.910.23). Dieser habe ihm gesagt, eine Bewilligung sei nicht erforderlich, falls für die Investitionen keine Werbung gemacht würde und weniger als 20 Schweizer Investoren beteiligt seien. L. bestätigte diese Angaben anlässlich seiner Befragung als Zeuge vor Bundesstrafgericht (cl. 5 pag. 5.910.23 f.). A. gab ferner zu

Protokoll, er sei davon ausgegangen, dass weniger als 20 der Investoren aus der Schweiz stammten (cl. 1 pag. 286; pag. 270; cl. 5 pag. 5.910.19). Von der Liste der Investoren hatte er nach eigener Aussage denn auch erst Kenntnis erhalten, als ihm diese in der Strafuntersuchung vorgehalten worden war (cl. 5 pag. 5.910.19). Gemäss E. war A. jedoch gesellschaftsintern der Fachmann und damit auch der Ansprechpartner für Bankenfragen gewesen, welche bei der Geschäftstätigkeit der beiden Gesellschaften auftraten (cl. 1 pag. 220). Aus dem Gesagten ergibt sich, dass A. bei einem Treuhänder Abklärungen bezüglich der Bewilligungspflicht der Geschäftstätigkeit der G. getroffen hatte und eine solche mangels Kenntnis der tatsächlichen Verhältnisse als nicht gegeben erachtete. Zur Aufsicht des Verwaltungsrates über die geschäftsführenden E. und F. führte A. an, innerhalb der B. sei ein Organisationsreglement aufgestellt worden. Er habe erst nach der superprovisorischen Verfügung der EBK vom 28. Februar 2002 bemerkt, dass E. ihn nicht offen über die Vorgänge innerhalb der B. und G. informiert habe (cl. 5 pag. 5.910.19). E. und F. hätten über Budgetvorgaben für den Aufbau der Gesellschaften verfügt und regelmässig dem Verwaltungsrat Bericht erstattet. Er habe aufgrund der monatlichen Spesenabrechnungen keinen Missbrauch feststellen können (cl. 1 pag. 266 f.). Er sei von jährlichen Kosten für den Aufbau der B. sowie G. von Fr. 300'000.– bis 400'000.– ausgegangen, nicht von über einer Million (cl. 1 pag. 267). Er habe sich auf die Aussagen E.s verlassen, wonach die Ausgaben für den Aufbau der Firmen begründet seien und nicht aus dem Ruder laufen würden (cl. 1 pag. 271). Schliesslich habe er E. vertraut

- 7 - und nichts von früheren gegen ihn hängigen Strafverfahren wegen Anlagebetrugs oder von dessen Schulden aus diversen Firmenkonkursen gewusst (cl. 1 pag. 269 f.). F. Die EBK erliess am 28. Februar 2002 eine superprovisorische Verfügung, worin sie der B. und der G. jegliche Geschäftstätigkeit in der Schweiz und von der Schweiz aus untersagte (cl. 1 pag. 34; cl. 2 pag. A60 f.). Anzeichen, wonach sich die betroffenen Firmen nicht an diese Verfügung gehalten hätten, sind nicht aktenkundig. G. Mit Verfügung vom 25. Juni 2002 stellte die EBK fest, die G. und B. hätten gegen das Verbot der Entgegennahme von Publikumseinlagen verstossen und ein unbewilligtes ausländisches anlagefondsähnliches Sondervermögen geäufnet. Sie verfügte deshalb die sofortige Liquidation der B. Buchs und Zürich und bestätigte den vorgängig mit superprovisorischer Verfügung festgesetzten Entzug der Handlungsmacht der Organe beider Gesellschaften endgültig (cl. 1 pag. 33 ff.). H. Die EBK reichte am 5. September 2003 beim Eidgenössischen Finanzdepartement (nachfolgend: EFD) eine verwaltungsstrafrechtliche Anzeige gegen die ehemaligen Direktoren und Verwaltungsräte der B. und G. – E., F., A., I. und M. – wegen unerlaubter Entgegennahme von Publikumseinlagen (Art. 46 Abs. 1 lit. f BankG) und unbewilligten ausländischen Anlagefonds (Art. 69 Abs. 1 lit. a AFG) ein (cl. 1 pag. 1 ff.). I. Das EFD verfasste am 7. November 2008 das Schlussprotokoll in diesem Verwaltungsstrafverfahren. Mit dem darauf gestützten Strafbescheid vom 18. Februar 2009 erkannte es die Beschuldigten E., F., A. und I. der fahrlässigen Widerhandlung gegen das Bankengesetz und das Anlagefondsgesetz für schuldig (cl. 1 pag. 393 ff.). J. A. erhob mit Schreiben vom 19. März 2009 Einsprache gegen den Strafbescheid, worauf das EFD diesen mit Strafverfügung vom 9. April 2009 gegen alle vier Beschuldigten bestätigte (cl. 1 pag. 419 ff.). K. Mit Schreiben vom 24. April 2009 verlangte A. die gerichtliche Beurteilung der Strafverfügung vom 9. April 2009 (cl. 1 pag. 427). L. Die Hauptverhandlung vor Bundesstrafgericht fand am 13. August 2009 am Sitz des Gerichts in Bellinzona in Anwesenheit des Angeklagten und seines Verteidigers statt. Die Vertreter der Bundesanwaltschaft und des EFD blieben der Verhandlung fern.

Der Einzelrichter erwägt: 1. Prozessuales 1.1 Der von der Straf- oder Einziehungsverfügung Betroffene kann innert zehn Tagen seit deren Eröffnung die Beurteilung durch das Strafgericht verlangen (Art. 72 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht vom 22. März 1974 [VStrR; SR 313.0]). Für die gerichtliche Beurteilung von Verfügungen des EFD betreffend Widerhandlungen gegen die Strafbestimmungen der Finanzmarktgesetze ist die Strafkammer des Bundesstrafgerichts zuständig (Art. 50 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht vom 22. Juni 2007 [FINMAG; SR 956.1] i.V.m. Art. 26 lit. b des Bundesgesetzes über das Bundesstrafgericht [SGG; SR 173.71]). Der Beschuldigte hat um richterliche Überprüfung einer Strafverfügung wegen Widerhandlungen gegen Art. 56 des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 (BankG; SR 952.0) und Art. 69 des Bundesgesetzes über die Anlagefonds vom 18. März 1994 (AFG; SR 951.31) ersucht. Gegenstand dieser vom EFD erlassenen Strafverfügung bilden Widerhandlungen gegen Strafbestimmungen von Finanzmarktgesetzen, weshalb das Bundesstrafgericht nach Art. 50 Abs. 2 FINMAG für deren Überprüfung sachlich zuständig ist. Da das Ersuchen überdies fristgerecht gestellt wurde, ist darauf einzutreten. 1.2 Das Verfahren vor Bundesstrafgericht bestimmt sich nach Massgabe der Artikel 73-80 VStrR (Art. 81 VStrR); subsidiär sind die Bestimmungen der Bundesstrafprozessordnung heranzuziehen (Art. 82 VStrR). Die Überweisung der zu überprüfenden Strafverfügung gilt als Anklage (Art. 73 Abs. 2 VStrR), wobei der Beschuldigte, der Bundesanwalt und die beteiligte Verwaltung selbstständige Parteien im Verfahren bilden (Art. 74 VStrR). Das Gericht entscheidet in der Sache und bezüglich der Kosten neu (HAURI, Verwaltungsstrafrecht, Bern 1998, S. 155 f.); hierbei kommt ihm freie Kognition zu. Anders als dies Art. 69 Abs. 1 VStrR für die Einsprache gegen den Strafbescheid statuiert, wirkt sich die von einem Teilnehmer angebehrte richterliche Überprüfung der Verfügung nur auf den Gesuchsteller aus (HAURI, a.a.O., S. 149 f.). 1.3 Im Verwaltungsstrafprozess müssen die Vertreter der Bundesanwaltschaft und der Fachbehörde nicht persönlich erscheinen (Art. 75 Abs. 4 i.V.m. Art. 81 VStrR). Im konkreten Fall haben sowohl die Vertreter des EFD als auch der Bundesanwaltschaft den Verzicht auf Teilnahme an der Hauptverhandlung erklärt.

- 9 - 1.4 A. hat bei dem von den Tatvorwürfen erfassten Lebenssachverhalt als Organ und Vertreter der B. und der G. gehandelt. Im Verwaltungsstrafrecht sind bei Widerhandlungen in „Geschäftsbetrieben“ grundsätzlich die natürlichen Personen zu bestrafen (HAURI, a.a.O., S. 13 f.). So sind gemäss Art. 6 Abs. 1 VStrR, der das Täterprinzip im Verwaltungsstrafprozess kodifiziert, Widerhandlungen beim Besorgen der Angelegenheiten einer juristischen Person jener natürlichen Person anzulasten, welche für die juristische Person gehandelt hat. Die Handlungen oder Unterlassungen der B. und G. sind mithin auch dem Angeklagten anzulasten. 1.5 Der Angeklagte macht in prozessualer Hinsicht geltend, die ihm vorgeworfenen Taten seien verjährt. Ausgehend vom Datum des Erlasses der superprovisorischen Verfügung der EBK vom 28. Februar 2002 als Beginn des Fristenlaufs hätte ein erstinstanzliches Urteil vor dem 13. August 2009 ergehen müssen. Selbst wenn die Liquidationsverfügung der EBK vom 25. Juni 2002 als Beginn des Fristenlaufs heranzuziehen wäre, seien die vorgeworfenen Taten mittlerweile verjährt (cl. 5 pag. 5.910.11). 1.5.1 Das Gericht prüft die Verjährung der angeklagten Delikte von Amtes wegen (BGE 116 IV 80 E. 2a S. 81 f.; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl., Basel 2005, § 41 N 13). Die spezialrechtlichen

Verjährungsbestimmungen der Finanzmarktgesetze weichen von den allgemeinen Regelungen gemäss Art. 11 VStrR sowie vom Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches ab. Die Verfolgungsverjährung richtet sich mithin nach dem spezielleren Recht. Die allgemeinen Verjährungsnormen des StGB und VStrR sind allenfalls subsidiär heranzuziehen (BGE 134 IV 328 E. 2.1 S. 330 f.). Die dem Angeklagten angelasteten Delikte – nämlich die unbewilligte Entgegennahme von Publikumsseinlagen und das unbewilligte Öffnen eines ausländischen anlagefonds-ähnlichen Sondervermögens – sind zwischen Mitte 2001 und Frühling 2002 begangen worden (Sachverhalt lit. C.). Seit Tatbegehung wurde das Anlagefondsgesetz durch das Kollektivanlagengesetz (Bundesgesetz vom 23. Juni 2006 über die kollektiven Kapitalanlagen [KAG; SR 951.31]) ersetzt. Ferner wurden die Verjährungsbestimmungen des Bankengesetzes mit Inkrafttreten des FINMAG aufgehoben und in diesem neu geregelt. Grundsätzlich ist das zum Tatzeitpunkt geltende Recht anzuwenden, es sei denn, das neue Recht ist für den Beschuldigten das mildere. Der Grundsatz der „lex mitior“ (Art. 2 Abs. 2 StGB) gilt auch in Bezug auf die Verjährung (BGE 133 IV 112 E. 9.2 S. 114 m.v.H.; SCHUBARTH, Das neue Recht der strafrechtlichen Verjährung, ZStrR 120 [2002] S. 334). Damit ist zunächst die Dauer der Verjährungsfrist sowie der Beginn und Ende des Fristenlaufs jeweils nach altem und neuem Recht zu bestimmen.

1.5.2 Nach altem Recht stellt eine fahrlässig begangene Verletzung von Art. 69 AFG entgegen dem anders lautenden Titel eine Übertretung dar, da die Widerhand-

- lung einzig mit Busse bis zu Fr. 100'000.– bedroht wird (Art. 69 Abs. 2 aAFG i.V.m. Art. 103 StGB). Die relative Verfolgungsverjährung für Übertretungen beträgt fünf Jahre. Die Verjährung kann durch Unterbrechung um höchstens die Hälfte hinausgeschoben werden (Art. 71 Abs. 2 aAFG). Dieselben Verjährungsfristen sieht Art. 51 Abs. 3 aBankG für fahrlässig begangene Widerhandlungen gegen das Bankengesetz vor (Art. 46 Abs. 2 i.V.m. Art. 51 Abs. 3 aBankG). Die Strafverfolgung ist demnach nach altem Recht in jedem Fall nach 7 ½ Jahren absolut verjährt. Wie in Erwägung 1.5.5 f. zu zeigen sein wird, kann die Frage, ob und wann die altrechtliche Verjährung unterbrochen wurde, offen bleiben, da die Verjährung in jedem Fall eingetreten ist.

1.5.3 Nach neuem Verjährungsrecht, welches keine Unterbrechung mehr kennt, verjähren die eingeklagten Übertretungen bereits nach 7 Jahren: Mit Inkrafttreten des Kollektivanlagengesetzes auf 1. Januar 2007 wurde das Anlagefondsgesetz ausser Kraft gesetzt. Dem Beschuldigten wird zunächst die Verletzung von Art. 69 Abs. 1 lit. a i.V.m. Abs. 2 aAFG vorgeworfen. Da das Kollektivanlagengesetz in Art. 148 Abs. 1 lit. b i.V.m. Abs. 2 KAG mit redaktionellen Änderungen dasselbe tatbeständliche Handeln unter Strafe stellt, wie die alte Bestimmung des Anlagefondsgesetzes, ist das eingeklagte Verhalten auch nach neuem Recht strafbar. Im Gegensatz zum Anlagefondsgesetz findet sich im Kollektivanlagengesetz jedoch keine Verjährungsbestimmung mehr. Gemäss der Generalklausel von Art. 2 FINMAG kommen in einem solchen Fall die Bestimmungen des Finanzmarktaufsichtsgesetzes zur Anwendung. Gestützt auf Art. 52 FINMAG verjährt die Verfolgung von Übertretungen der Finanzmarktgesetze – wozu auch das Kollektivanlagengesetz und das Bankengesetz gehören (Art. 1 Abs. 1 lit. c und d FINMAG) – nach 7 Jahren. Ferner wird dem Beschuldigten die Verletzung von Art. 46 Abs. 1 lit. d und f i.V.m. Abs. 2 aBankG vorgeworfen. Diese Bestimmung wurde mit Inkrafttreten des Finanzmarktgesetzes revidiert, wobei der Tatbestand von Art. 46 Abs. 1 lit. d aBankG (unbefugtes Verwenden der Begriffe „Bank“, „Bankier“ oder „Sparen“ in der Firma) wegfiel. Die unbefugte Entgegennahme von Publikums- oder Spareinlagen gemäss lit. f aBankG, welche Kern der vorliegenden

Anklage bildet, bleibt jedoch in Art. 46 Abs. 1 lit. a des neuen BankG weiterhin strafbar. Da im Zuge der Revision die Verjährungsbestimmung von Art. 51 Abs. 3 aBankG aufgehoben wurde, beträgt die Frist der Verfolgungsverjährung auch hinsichtlich der Übertretungen nach neuem Bankenrecht gestützt auf Art. 52 FINMAG (i.V.m. Art. 1 und 2 FINMAG) 7 Jahre.

- 11 - 1.5.4 Sowohl nach altem als auch nach neuem Recht beginnt die Verfolgungsverjährung bei zu verschiedenen Zeiten ausgeführten strafbaren Handlungen mit dem Tag zu laufen, an dem der Täter die letzte Tätigkeit ausführt (Art. 71 Abs. 2 aStGB und Art. 98 lit. b StGB). Die EBK erliess am 28. Februar 2002 eine superprovisorische Verfügung, worin sie der B. und G. jegliche Geschäftstätigkeit in der Schweiz und von der Schweiz aus untersagte. Ferner sperrte sie sämtliche auffindbaren Konten der beiden Gesellschaften und setzte die K. als Beobachterin ein (cl. 1 pag. 34; cl. 3 pag. 1 f.). Die EBK unterband damit weitere Geschäfte der B. und der G. unmittelbar und wirksam. Dadurch wurden die noch nicht investierten liquiden Gelder der Investoren dem Zugriff der Akteure von B. und G. entzogen und neue Investments – aber auch die Rückzahlung an Anleger – wurden verunmöglicht. Die beiden Gesellschaften waren faktisch nicht mehr handlungsfähig. Es war mithin die superprovisorische Verfügung, welche der als deliktisch eingeklagten Geschäftstätigkeit ein Ende setzte. Nach dem Gesagten ist bezüglich der Verjährung auf die superprovisorische Verfügung vom 28. Februar 2002 und nicht auf die Liquidationsverfügung der EBK vom 25. Juni 2002 abzustellen. Die Verjährungsfrist – sowohl nach altem als auch nach neuem Recht – begann somit spätestens am 28. Februar 2002 zu laufen.

1.5.5 Die Strafverfolgung verjährt gemäss E. 1.5.2 nach Massgabe des alten Rechts nach 7½ Jahren absolut. Ausgehend vom 28. Februar 2002 wäre somit in casu die altrechtliche absolute Verjährung der angeklagten Tathandlungen spätestens Ende August 2009 eingetreten. Nach dem neuen Verjährungsrecht tritt die Verfolgungsverjährung von 7 Jahren (E. 1.5.3) bereits dann nicht mehr ein, wenn vor Ablauf der Verjährungsfrist ein erstinstanzliches Urteil ergangen ist (Art. 97 Abs. 3 StGB). Gestützt auf die bundesrätliche Botschaft gelten als erstinstanzliche Urteile auch Urteile im Abwesenheitsverfahren und Strafmandate (Strafbefehle), welche weder Gegenstand eines Rechtsmittelverfahrens noch einer Einsprache waren (BBl 1999 1979 ff., 2134). Das Bundesgericht äusserte sich in BGE 133 IV 112 E. 9.4.3 f. S. 116 f. zur verjährungsrechtlichen Qualifikation von Strafverfügungen, welche gestützt auf Art. 70 VStrR erlassen werden. Es kam zum Schluss, dass der angeschuldigten Person im Verwaltungsstrafverfahren weitgehende Mitwirkungsrechte eingeräumt werden. Die Strafverfügung müsse – einem erstinstanzlichen Urteil ähnlich – auf einer umfassenden Grundlage beruhen und werde in einem kontradiktorischen Verfahren erlassen. Im Ergebnis würden die gestützt auf Art. 70 VStrR erlassenen Strafverfügungen erstinstanzliche Urteile im Sinne von Art. 70 Abs. 3 StGB darstellen (a.M. RIEDO/ZURBRÜGG, Der Jetlag dauert an oder neue Unwägbarkeiten im Recht der strafrechtlichen Verjährung, AJP 2009 S. 377 ff.). Das Finanz-

- 12 - departement hat am 9. April 2009 (irrtümlicher Weise mit 9. April 2008 betitelt) eine solche Verfügung erlassen. Ausgehend von der siebenjährigen Verjährungsfrist, welche in casu nach neuem Recht am 28. Februar 2002 zu laufen begann, waren die angeklagten Tathandlungen bereits Ende Februar 2009 und damit vor Erlass der Strafverfügung des Finanzdepartements verjährt. 1.5.6 Nach dem Gesagten ist die Verjährung nach altem und neuem Recht eingetreten; nach dem milderen neuen Recht (Art. 2 Abs. 2 StGB) bereits Ende Februar 2009. 1.5.7 Die Rechtsnatur der Verjährung und die daran zu knüpfenden

Rechtsfolgen sind umstritten. Das Bundesgericht hat die Frage bislang offen gelassen, ob die Verjährung eine Einstellung des Verfahrens oder einen formellen Freispruch zur Folge habe (TRECHSEL, StGB Praxiskommentar, Zürich 2008, N 5 f. zu Vor Art. 97 StGB). Wird die Verjährung materiell-rechtlich betrachtet, so führt sie zu einem Freispruch; bei prozessrechtlicher Betrachtungsweise ist das Verfahren einzustellen (MÜLLER, Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2007, N 40 ff. zu Vor Art. 97 StGB). Nach ständiger Praxis der Strafkammer führt die Verjährung zu einem Freispruch (Entscheide TPF SK.2006.14 E. 1.2.1; SK_001_04 E. 6.5). A. ist somit zufolge Verjährung vom Vorwurf der fahrlässigen Widerhandlung gegen Art. 69 AFG und Art. 46 aBankG freizusprechen. 2.

Verfahrenskosten 2.1 Art. 173 Abs. 2 BStP sieht vor, dass der freigesprochene Angeklagte zur Tragung von Kosten verurteilt werden kann, wenn er die Einleitung der Untersuchung durch schuldhaftes Benehmen verursacht oder das Verfahren durch trölerisches Verhalten wesentlich erschwert hat. Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts können einem Angeklagten bei Freispruch dann Kosten auferlegt werden, wenn er in zivilrechtlich vorwerfbarer Weise gegen eine geschriebene oder ungeschriebene Verhaltensnorm klar verstossen und dadurch die Einleitung des Strafverfahrens veranlasst oder dessen Durchführung erschwert hat (BGE 116 Ia 162, E. 2d S. 171). Es handelt sich hierbei um eine den Grundsätzen des Zivilrechts angenäherte Haftung für ein widerrechtliches und vorwerfbares Verhalten (Entscheid des Bundesgerichts 6B_770/2008 vom 2. April 2009 E. 2.2). Die Kostenfolge ist nur in dem Umfange erlaubt, als zwischen der ausserstrafrechtlichen Normwidrigkeit und den staatlichen Auslagen ein Kausalzusammenhang besteht, wenn also das Verhalten des Angeklagten adäquate Ursache für die Einleitung (oder Erschwerung) des Strafverfahrens war (HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, a.a.O., S. 565 f. N 20 und 23). Das Verletzen von bloss moralischen oder ethischen Pflichten, welches zur Einleitung des Verfahrens An-

- 13 - lass gab, stellt kein die Kostenaufgabe rechtfertigendes leichtfertiges oder verwerfliches Verhalten dar. Zur Kostenaufgabe können nur qualifiziert rechtswidrige und zudem rechtsgenügend nachgewiesene Sachverhalte führen, vorab die Verletzungen besonderer gesetzlicher Pflichten, auf die der Staat vernünftigerweise nicht anders als mit der Einleitung eines Strafverfahrens reagieren konnte. Die Verletzung von Standesrecht kann ebenfalls zur Annahme eines verwerflichen Handelns führen (SCHMID, Strafprozessrecht, 4. Aufl., Zürich 2004, § 66 N 1207). 2.2 Anlass für die Eröffnung des Verwaltungsstrafverfahrens gegen A. bildete die Einreichung der Strafanzeige der EBK vom 5. September 2003 beim EFD. Darin warf ihm die EBK die unerlaubte Entgegennahme von Publikumseinlagen und die Bildung eines unbewilligten ausländischen Anlagefonds vor (Sachverhalt lit. H.). Die EBK stützte sich in ihren Anschuldigungen im Wesentlichen auf den Zwischenbericht der K. vom 11. März 2002. Zur Einsetzung der K. mittels super-provisorischer Verfügung vom 28. Februar 2002 als Beobachterin der B. und G. führte letztlich die fehlende Kooperationsbereitschaft der Organe dieser Gesellschaften gegenüber der EBK (cl. 2 pag. 54 ff.). So war die EBK aufgrund von Beschwerden wegen der Geschäftstätigkeit der B. und G. Ende Oktober 2001 auf diese aufmerksam geworden (cl. 1 pag. 34; cl. 2 pag. 36; insbesondere das Beschwerdeschreiben vom 24. Oktober 2001 cl. 2 pag. 38). Die EBK hatte die B. in der Folge mit Schreiben vom 8. November 2001 auf eine mögliche Bewilligungspflicht aufmerksam gemacht und der B. mit der Einsetzung eines Beobachters und der möglichen Liquidation gedroht, für den Fall, dass sie nicht einen rechtsgenügend unterzeichneten Fragebogen, sämtliche Werbeunterlagen, die Standardverträge mit den Vermittlern und Anlegern sowie eine Jahresrechnung einreiche

(cl. 2 pag. 24 f.). Diesen Vorgaben ist die B. beziehungsweise deren Geschäftsführer E., welcher primär mit der EBK kommunizierte, nicht nachgekommen (cl. 2 pag. 54). Die fehlende Kooperation der Organe der B. mit der EBK war somit kausal für die Einleitung des Verwaltungsstrafverfahrens gegen A.. 2.3 Es stellt sich mithin die Frage, ob A. in zivilrechtlich vorwerfbarer Weise gegen eine Verhaltensnorm verstossen hat, als die Organe der B. beziehungsweise der G. trotz Aufforderung durch die EBK nicht mit dieser kooperierten. 2.3.1 A. oblag als Mitglied des Verwaltungsrats der B. und G. unübertragbare Aufgaben, welche in Art. 716a OR aufgezählt sind. Er war ab 27. Juni 2001 alleiniges Mitglied des Verwaltungsrates der B. (Sachverhalt lit. A.). Als solches war er ab diesem Zeitpunkt nicht nur für die Oberleitung der Gesellschaft und Erteilung aller erforderlichen Weisungen verantwortlich, sondern es kam ihm auch die Finanzverantwortung und die alleinige Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen – namentlich im Hinblick auf die Befolgung der Geset-

- 14 - ze, Statuten, Reglemente und Weisungen – als unübertragbare und unentziehbare Aufgaben des Verwaltungsrats zu (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1, 3 und 5 OR). Zur Oberleitung einer Gesellschaft gehören das Risikomanagement und die Risiko- beurteilung, wobei letztere nach heute allgemein akzeptiertem betriebswirtschaftlichen Verständnis neben der Risikoidentifikation und -abschätzung auch die Risikoeinschränkung umfasst (WATTER/ROTH PELLANDA, Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel 2008, N 6 zu Art. 716a OR). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung hat sich der Verwaltungsrat von Spezialisten beraten zu lassen, wenn er sich in grössere Geschäfte einlässt und die entsprechende Fachkompetenz fehlt (Entscheid 4C.358/2005 vom 12. Februar 2007 E. 5.2.1). Unter der Finanzverantwortung als nicht übertragbarer Aufgabe des Verwaltungsrats ist die Ausgestaltung des Rechnungswesens in einer Form zu verstehen, welche dem Verwaltungsrat einen umfassenden und unverfälschten Einblick in die finanziellen Entwicklungen und Lage des Unternehmens gibt (WATTER/ROTH PELLANDA, a.a.O., N 16 zu Art. 716a OR). Wo schliesslich die Geschäftsführung auf einen Geschäftsleiter übertragen wurde, muss der Verwaltungsrat diesen überwachen und seiner cura in custodiendo nachkommen. Die Überwachung ist einerseits eine normative, indem das Obligationenrecht verlangt, dass die Einhaltung von Gesetzen überwacht wird (BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 3. Aufl., Zürich 2004, § 13 N 374). Dem Verwaltungsrat obliegt es im Rahmen der Oberaufsicht, auf die Einhaltung der Gesetze und der übrigen anwendbaren Normen hinzuwirken, die Augen im Hinblick auf mögliche Rechtsverletzungen offen zu halten und, wenn sich konkreter Anlass zu der Annahme ergibt, dass anwendbare Normen verletzt worden sind, einzuschreiten (BÖCKLI, a.a.O., § 13 N 379). Neben der sachlichen Überwachung der Geschäftsleitung gehört auch deren personelle Überwachung dazu (BÖCKLI, a.a.O., § 13 N 374 ff.; WATTER/ROTH PELLANDA, a.a.O., N 23 ff. zu Art. 716a OR). 2.3.2 A. hat die Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen – insbesondere über E. – kaum und damit in rechtlicher Hinsicht nur ungenügend wahrgenommen. Wie in der Sachverhaltsfeststellung (lit. E.) dargelegt wurde, hat er sich in keiner der beiden Gesellschaften um die operative Führung gekümmert und sah seine Aufgabe einzig in der Identifizierung von sinnvollen Investments. Dies erklärt auch, weshalb er nach eigener Aussage das Finanz- und Rechnungswesen sowie die Buchhaltung dem Geschäftsführer E. überlassen und nie einen Zwischenabschluss der B. gesehen hatte (Sachverhalt lit. E.). Er verliess sich in pflichtwidriger Unvorsichtigkeit darauf, dass E. und F. die Geschäfte von B. und G. korrekt führen würden. Die organisatorischen Mängel – insbesondere das Fehlen wirksamer

Kontrollinstrumente und -abläufe gegenüber der Geschäftsleitung – führten schliesslich dazu, dass A. von E. nie über die laufende Korrespondenz mit der EBK hinsichtlich der Bewilligungspflicht ins Bild gesetzt wurde und dass er in der Folge auch nicht selbst die von der EBK geforderten

- 15 - Vorkehren treffen konnte. Er erkundigte sich zwar bei seinem Treuhänder L. über die allgemeinen Voraussetzungen einer Bewilligungspflicht, worauf ihm dieser mitteilte, ab einer Grösse von 20 Schweizer Investoren sei eine Bewilligung der EBK erforderlich (cl. 5 pag. 5.910.24 f.). Trotz dieser Abklärungen war A. jedoch nicht im Besitz der für die strategische Führung der B. und G. zentralen Informationen betreffend die Herkunft der Geldmittel. Er begründete dies damit, er sei davon ausgegangen, die B. beziehungsweise die G. hätte primär in Deutschland Investoren gesucht, weshalb er nicht von 20 Schweizer Investoren ausgegangen sei und für sich eine Bewilligungspflicht verneint habe (cl. 5 pag. 5.910.17). Ein Blick auf die Liste der Vermittler (cl. 3 pag. 167 ff.) hätte offenbart, dass die B. ausschliesslich über Schweizer Vermittler verfügte. Überdies war A. bekannt, dass mit I. gerade ein Schweizer Bankangestellter einer der erfolgreichsten Vermittler der B. war. Bei dieser Sachlage ist es nahe liegend, dass ein Vermittler die Investoren zunächst in seinem Bekannten- und Wirkungskreis, welcher notabene in der Schweiz liegt, anzuwerben versucht. Damit hat A. nach allgemeiner Lebenserfahrung und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge spätestens in dem Moment, als er über die quantitativen Voraussetzungen der Bewilligungspflicht informiert war, damit rechnen müssen, dass die B. und G. möglicherweise eine bewilligungspflichtige Tätigkeit ausübt. Indem er sich dennoch nicht um die Angelegenheit kümmerte und die Geschäftsleitung weiterhin sich selbst überliess, ist er seinen ihm als alleinigem Verwaltungsrat der B. unentziehbar zukommenden aktienrechtlichen Obergrenzenpflichten nicht nachgekommen. 2.4 Diese Unterlassung von A. ist kausal für die Eröffnung des Verwaltungsstrafverfahrens gegen ihn. So hätte eine gesetzeskonforme Überwachung des Geschäftsführers die Bewilligungspflicht offenbart und der B. beziehungsweise G. die Möglichkeit eingeräumt, die von der EBK geforderten Vorkehren rechtzeitig zu treffen. Da A. untätig blieb, verfügte die EBK am 25. Juni 2002 die mit einem absehbaren finanziellen Verlust für die Investoren (Sachverhalt lit. D.; cl. 1 pag 33 ff.) verbundene Zwangsliquidation der B. bzw. der G. (Schweiz) und am 5. September 2003 die Einleitung des Verwaltungsstrafverfahrens gegen ihn. A. hat nach dem Gesagten die Einleitung dieses Verfahrens durch schuldhaftes Unterlassen verursacht und ist zur Tragung der Kosten zu verpflichten (Art. 173 Abs. 2 BStP). 2.5 In Streitigkeiten, in denen die Strafkammer in einzelrichterlicher Besetzung entscheidet, beträgt die Gerichtsgebühr Fr. 1'000.– bis Fr. 20'000.– (Art. 2 des Reglements über die Gerichtsgebühren vor dem Bundesstrafgericht [SR 173.7.11.32] i.V.m. Art. 82 VStrR). In casu ist es angemessen, die Gebühr im untersten Bereich des Rahmens festzusetzen, nämlich auf Fr. 1'000.–. Die Auslagen des Bundesstrafgerichts belaufen sich auf Fr. 231.– für die Zeugenentschädigung (cl. 5 pag. 5.710.1). Ferner sind A. die Kosten für das Verfahren vor dem EFD in

- 16 - der Höhe von Fr. 1'670.– aufzuerlegen. Damit betragen die von A. zu tragenden Verfahrenskosten insgesamt Fr. 2'901.–.

3. Entschädigung A. beantragt Entschädigung für seine Anwaltskosten in der Höhe von Fr. 21'931.40 (cl. 5 pag. 5.910.12). Art. 176 BStP sieht vor, dass im Falle der Freisprechung das Gericht über die Entschädigung an den freigesprochenen Angeklagten gemäss den Grundsätzen von Art. 122 Abs. 1 BStP zu entscheiden hat. Nach dieser Bestimmung kann

die Entschädigung verweigert werden, wenn der Beschuldigte die Untersuchungshandlungen durch ein verwerfliches oder leichtfertiges Benehmen verschuldet oder erschwert hat. Wie in E. 2.3 f. dargelegt, trifft dies auf A. zu, weshalb sein Begehren um Entschädigung abzuweisen ist.

4. Eröffnung Nach Art. 79 Abs. 2 VStrR wird das Urteil den Parteien schriftlich eröffnet.

5. Vollzug und Mitteilung 5.1 Die FINMA ist zuständig für den Vollzug des FINMAG und der Finanzmarktgesetze, wozu auch das Kollektivanlagengesetz und das Bankengesetz zu zählen sind (Art. 56 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 FINMAG). Diese generelle Vollzugskompetenz bezieht sich nach der ratio legis nicht auf den Vollzug eines gestützt auf ein Finanzmarktgesetz ergangenen Strafurteils. So bezweckt die Finanzmarktaufsicht nach Massgabe der Finanzmarktgesetze den Schutz der Gläubigerinnen und Gläubiger, der Anlegerinnen und Anleger, der Versicherten sowie den Schutz der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte und die Stärkung des Ansehens und der Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz (Art. 5 FINMAG). Art. 50 FINMAG i.V.m. Art. 81 f. VStrR verweisen hingegen für den Strafprozess auf die Bestimmungen der Bundesstrafprozessordnung. Diese sowie darauf abgestütztes Verordnungsrecht weisen die Kompetenz für den eigentlichen Vollzug der Bundesanwaltschaft zu (Art. 240 BStP i.V.m. Art. 26 der Organisationsverordnung für das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement [OV-

- 17 - EJPD; SR 172.213.1]). Der Kostenvollzug obliegt allerdings gemäss ständiger Praxis des Bundesstrafgerichts der Gerichtskasse. 5.2 Nach Art. 3 Ziff. 29 der Verordnung über die Mitteilung kantonaler Strafentscheidungen (Mitteilungsverordnung; SR 312.3) teilen die kantonalen Behörden sämtliche Urteile, Strafbescheide der Verwaltungsbehörden und Einstellungsbeschlüsse, die nach Bankengesetz ergangen sind, der FINMA mit. Eine analoge Anwendung dieser Bestimmung auf entsprechende Strafurteile des Bundesstrafgerichts erweist sich als zweckmässig und sachgerecht, weshalb dieser Entscheid der FINMA mitzuteilen ist. 6. Rechtsmittel Das Verwaltungsstrafrecht regelt den Rechtsmittelweg gegen Entscheide der Strafkammer des Bundesstrafgerichts nicht. Gemäss Art. 82 VStrR sind die Bestimmungen des Bundesstrafrechtspflegegesetzes ergänzend auf das Verfahren anzuwenden. Demzufolge steht den Parteien (Art. 83 VStrR) im verwaltungsstrafrechtlichen Verfahren gegen verfahrensabschliessende Entscheide in Strafsachen die Beschwerde ans Bundesgericht offen (Art. 78 Abs. 1 i.V.m. Art. 80 Abs. 1 BGG).

- 18 - Der Einzelrichter erkennt: I.

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