

BStGer SK.2024.13 vom 21. Juni 2024

Bundesstrafgericht, 2024-06-21, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bstger_SK.2024.13

FR: TPF SK.2024.13 du 21 juin 2024

IT: TPF SK.2024.13 del 21 giugno 2024

Regeste

Unbefugte Entgegennahme von Publikumseinlagen gemäss Art. 46 Abs. 1 lit. a des Bundesgesetzes vom 8. November 1934 über Banken und Sparkassen (Bankengesetz, BankG; SR 952.0) in der bis am 31. Dezember 2014 gültigen Fassung.

Erwägungen

E. 6

Feststellungen zum äusseren Sachverhalt

E. 6.1

Involvierte Person und Gesellschaften

E. 6.1.1

Die B. GmbH (in Liquidation) war eine im Handelsregister des Kantons Obwalden eingetragene Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Sie bezweckte unter anderem (...). Die B. GmbH ging keiner operativen Tätigkeit nach und bezeichnete sich gegenüber ihrer Bank als Sitzgesellschaft (EFD 011 1-2; FINMA 1 59, 3 200, 5 1, 8 12 25, 8A 53). Ihre Domiziladresse hatte die B. GmbH bei der Anwaltskanzlei C., Zweigniederlassung Z. (FINMA 4 2). Die B. GmbH wurde am (...) von Amtes wegen aus dem Handelsregister gelöscht (EFD 011 11-12). Der Beschuldigte war bis am 21. Juli 2014 Geschäftsführer der B. GmbH mit Einzelunterschrift und bezüglich sämtlicher auf die B. GmbH lautenden Kontoverbindungen unterschriftsberechtigt (EFD 011 1-2; FINMA 5 1, 2 38-29, 3A 202 f.; 3C 3 ff.; EFD 100 0005).

E. 6.1.2

Die F. AG war bis am (...) eine im Handelsregister des Kantons Zug eingetragene Aktiengesellschaft mit Sitz in Zug. Sie bezweckte unter anderem (...). Das Aktienkapital der F. AG war ab dem (...) in (...) Inhaberaktien gestückelt. Der Beschuldigte war bei der F. AG Mitglied des Verwaltungsrats mit Kollektivunterschrift. Ab dem (...) war er Verwaltungsratspräsident mit Einzelunterschrift (EFD

E. 6.1.3

Der ehemals Mitbeschuldigte D. (nachfolgend: Rechtsanwalt D.) ist im Anwaltsregister des Kantons Zürich als Rechtsanwalt eingetragen. Er ist seit (...) Partner bei der Anwaltskanzlei C. (EFD 011 5, 7). Er beriet den Beschuldigten bzw. die B. GmbH hinsichtlich ihrer Geschäftstätigkeit und vertrat die B. GmbH im aufsichtsrechtlichen Verfahren der FINMA (siehe E. 9; EFD 100 0006).

E. 6.2

Geschäftstätigkeit und Geldeingänge Der Beschuldigte hat vom 12. Juli 2013 bis am 27. Juni 2014 in seiner Funktion als Geschäftsführer der B. GmbH mit 49 Anlegern insgesamt 64 «Aktienkaufverträge» betreffend den Verkauf von mindestens 19,9 Mio. noch nicht existierender Aktien abgeschlossen und gestützt darauf in 54 Fällen Publikumseinlagen im Umfang von rund CHF 2,1 Mio. entgegengenommen (EFD 011 13-32; FINMA 8A 292 f.). Die letzte, gestützt auf einen «Aktienkaufvertrag» getätigte Überweisung datiert vom 4. Juli 2014 (FINMA 8A 376). Für die «Aktienkaufverträge» verwendete die B. GmbH zwei Vertragsmuster (siehe E. 6.2.1; EFD 100 0006).

E. 6.2.1

Aktienkaufverträge

E. 6.2.1.1

Vom 12. Juli 2013 bis am 21. Juni 2014 schloss die B. GmbH mit 38 Investoren 46 «Aktienkaufverträge» gemäss standardmässigem Vertragsmuster ab (nachfolgend: «AKV I») ab. Im «AKV I» verpflichtete sich die B. GmbH als «Verkäuferin» Aktien einer noch zu gründenden oder zu erwerbenden Drittgesellschaft,

- 10 - SK.2024.13 welche dereinst voraussichtlich 500 Mio. Aktien ausgeben würde, an die «Kaufpartei» zu verkaufen. Die «Verkäuferin» sollte die Aktien der zu gründenden Gesellschaft nach deren Gründung übertragen. Die «Verkäuferin» beabsichtigte gemäss Vertrag, die Rechte an der Ausbeutung der Goldmine H. in die zu gründende Gesellschaft einzubringen und die Gesellschaft anschliessend an die Börse zu bringen. Unter Ziffer I «Kaufgegenstand und Kaufpreis» wurden die Anzahl Aktien der nicht näher bestimmten Gesellschaft sowie der «Kaufpreis» vereinbart (FINMA 8B 34-36, 378-379; EFD 011 13-32; 100 0006).

E. 6.2.1.2

Der «AKV I» wurde in der Folge von der B. GmbH überarbeitet. Diesen zweiten «Aktienkaufvertrag» (nachfolgend: «AKV II») verwendete die B. GmbH vom 1. März 2014 bis am 27. Juni 2014 (FINMA 8B 257-266, 277-285). Sie schloss in dieser Zeit 16 «AKV II» ab. Im «AKV II» ist sinngemäss festgehalten, dass die «Kaufpartei» an einer Investition in die F. AG mit Blick auf eine Investitionsmaximierung interessiert sei. Erwähnt wurde im Vertrag eine Goldmine in Ecuador und Projekte in den USA und Südafrika/Mauritius. Die «Kaufpreise» variierten zwischen EUR 0.11 und EUR 0.25 pro Aktie (FINMA 8B 78-90, 98-103). Im Zeitpunkt des Abschlusses der «Kaufverträge» war das Aktienkapital der F. AG gestückelt in (...) Inhaberaktien zu Fr. (...), was nicht mit den Angaben der B. GmbH im Vertrag übereinstimmte. Gemäss Vertrag standen 500 Mio. Aktien zum Verkauf (vgl. FINMA 8B 260). Wie das EFD in der Strafverfügung vom 14. November 2023 zutreffend ausführte, wäre hierfür eine Aktienkapitalerhöhung bei der F. AG erforderlich gewesen, da die bestehenden Aktien bereits auf den gesetzlich zulässigen Mindestnennwert lauteten und nicht weiter herabgesetzt werden konnten (vgl. Art. 622 Abs. 4 OR; EFD 100 0006).

E. 6.2.1.3

Beide Vertragsmuster enthielten eine Rückzahlungsverpflichtung der «Verkäuferin». Gemäss «AKV I» war die «Verkäuferin» dann zur Rückzahlung des «Kaufpreises» an den «Käufer» verpflichtet, wenn sie das Nichtzustandekommen des Vertrages zu vertreten hatte oder der Vertrag nicht vollzogen werden konnte (FINMA 8 33, 88 1 ff., 10, 18, 26, 32, 35,

43, 53, 59, 64, 73 ff.). Der «AKV II» sah eine Verpflichtung der «Verkäuferin» vor, dem Käufer die Mittel zurückzuerstat- ten, falls sie nicht in der Lage sein würde, Verträge für die im «Aktienkaufvertrag» erwähnten Ausbeutungsrechte abzuschliessen. Zudem war sinngemäss festge- halten, dass die Risiken betreffend die Aktien mit der Zahlung des «Kaufpreises» auf den «Käufer» übergangen und die «Verkäuferin» diesbezüglich keinerlei Ga- rantien übernahm (FINMA 8 35, 8B 82 ff., 100 ff., 121 ff., 166 ff., 180 ff., 261 ff.; EFD 100 0007).

E. 6.2.1.4

Zwecks Anwerbung von Investoren organisierte die B. GmbH Informationsveran- staltungen, die teilweise mehrere Tage dauerten, und sie hielt Präsentationen im kleineren Kreis ab, an denen der Beschuldigte versuchte, für die von der B. GmbH verfolgten Projekte neue Investoren zu akquirieren. Mit einer Aus- nahme hat der Beschuldigte sämtliche «Aktienkaufverträge» namens der

- 11 - SK.2024.13 B. GmbH unterzeichnet (vgl. EFD 011 13-22, 23-32 mit Belegstellen; FINMA 8B 63-64, 72-73).

E. 6.2.1.5

Wie das EFD in ihrer Strafverfügung feststellte, fanden Übertragungen von Aktien von der B. GmbH an die Investoren gemäss «AKV I» und «AKV II» nicht statt. Die noch zu gründende Gesellschaft gemäss «AKV I» wurde nie gegründet (FINMA 1 62-63). Mehrere Investoren gingen jedoch davon aus, dass sie bei einem Bör- sengang der F. AG Aktien erhalten werden (FINMA 3B 457, 493, 499, 525 f., 570, 625 f., 629 f., 633, 8A 64, 74; EFD 100 0007 f.).

E. 6.3

Rechtliche Beratungen

E. 6.3.1

Die B. GmbH wurde von der Rechtsanwaltskanzlei C. bzw. Rechtsanwalt D. rechtlich beraten und begleitet (EFD 021 34). Rechtsanwalt D. erstellte insbeson- dere die Vertragsmuster für die Verträge mit den Investoren betreffend «Aktien- verkäufe» (FINMA 1 63, 47-46, 2 573; EFD 021 47). Ferner kontaktierte der Rechtsvertreter die Investoren nach Abschluss der «Aktienkaufverträge» telefo- nisch, um sich nach deren Risikobewusstsein in Bezug auf ihre Anlagen bei der B. GmbH zu erkundigen (FINMA 2 296; EFD 100 0009).

E. 6.3.2

Rechtsanwalt D. wies den Beschuldigten bereits zu Beginn des Mandats, mithin am 4. Juli 2013 per E-Mail auf die finanzmarktrechtlich relevante Gesetzgebung hin. Er informierte ihn darüber, dass die geplante Tätigkeit der B. GmbH unter Umständen als Effektenhändlertätigkeit qualifiziert werden und damit bewilli- gungspflichtig sein könnte. Der Rechtsvertreter empfahl dem Beschuldigten, die Frage der Bewilligungspflicht von einem Finanzmarktspezialisten in einem Kurz- gutachten abklären zu lassen (EFD 021 34, 51). Bei seiner Ersteinschätzung ging Rechtsanwalt D. damals noch davon aus, dass die B. GmbH eine kotierte fran- zösische Gesellschaft gründen würde und deren Aktien, umgehend nach der Gründung, an die Investoren weiterverkauft würden (EFD 021 51).

E. 6.3.3

Memorandum vom 24. Februar 2014 Da sich der Beschuldigte nicht wie vom Rechtsvertreter empfohlen an einen Finanzmarktspezialisten wandte, teilte Rechtsanwalt D. dem Beschuldigten Ende 2013 mit, er werde selbst ein Memorandum erstellen (EFD 021 34). Das entsprechende Memorandum von Rechtsanwalt D. datiert vom 24. Februar 2014. Darin erklärte der Rechtsanwalt eine allfällige-Bewilligungspflicht der B. GmbH namentlich als Effekthändlerin und Bank (Publikumseinlagen) ab (EFD 021 53-60). Rechtsanwalt D. ging von folgendem Sachverhalt aus (FINMA 021 53, 56):

«Die in der Schweiz domizilierte Gesellschaft B. GmbH will es Anlegern im In- und Ausland ermöglichen, in den Abbau von Rohstoffen zu investieren und hält zudem Schürfrechte an der Mine H. in Ecuador. Vorgesehen ist, eine Gesellschaft in der Schweiz oder im Ausland zu gründen oder gegebenenfalls zu

- 12 - SK.2024.13 erwerben ("Zielgesellschaft") und die erwähnten Abbaurechte in diese einzu- bringen. (...) Zur Zeit akquiriert die GmbH Investoren, welche (die noch zu emit- tierenden) Aktien der Zielgesellschaft kaufen. Das entsprechende Kapital soll anschliessend wie vorgesehen in die Zielgesellschaft investiert werden.» Hinsichtlich der Frage einer allfälligen Bewilligungspflicht nach dem Bankenge- setz führte Rechtsanwalt D. unter anderem aus: «Vielmehr schliessen die Investoren mit der GmbH einen Aktienkaufvertrag ab, in welchem die Investoren für ihre Einlage einen Gegenwert in Form von Aktien erhalten. Sie sind in der Folge direkt über die von ihnen gezeichneten Aktien an allfälligen Gewinnen der Zielgesellschaft beteiligt. Entsprechend liegt grund- sätzlich keine Entgegennahme von Publikumseinlagen vor.

Dies trifft jedenfalls zu, solange die Gegenleistung mit einer gewissen zeitlichen Nähe zur Einzahlung der Investoren erfolgt. Die FINMA bezeichnet auch An- zahlungen noch vorbehaltlos als solche ohne Anlagecharakter. Liegen die In- vestitionen hingegen längere Zeit ungenutzt auf einem Konto, ohne dass die Aktien ausgegeben werden, fragt sich, ob die Gegenleistung noch als im Zu- sammenhang mit der Investition erfolgt ist, respektive könnte der Verdacht auf- kommen, die Ausgabe der Aktien erfolge in Umgehung der entsprechenden Bestimmung. Mit anderen Worten muss die Gegenleistung aus dem Kaufver- trag - also die Aktien - genügend bestimmt sein, so dass sie den betreffenden Investoren zugeordnet werden können und die erfolgte Zahlung eine Gegen- leistung darstellt.» (EFD 021 56). Im Memorandum wies Rechtsanwalt D. den Beschuldigten insbesondere darauf hin, dass die Aufbewahrung der Investitionen auf einem Konto, ohne dass die Gegenleistung – die Ausgabe der Aktien – in einer gewissen zeitlichen Nähe zur Einzahlung der Investoren erbracht wird, ein latentes Risiko darstelle. Die Ge- genleistung aus Kaufvertrag müsse genügend bestimmt sein, so dass sie den betreffenden Investoren zuordenbar sei und die erfolgte Zahlung eine Gegenleis- tung darstelle. Je länger die Einlagen auf dem Konto der GmbH lägen, ohne dass die konkrete Gegenleistung (die Ausgabe der Aktien) erfolge, desto höher sei das Risiko, dass die Einzahlungen als Publikumseinlage qualifiziert werden könn- ten (EFD 021 54, 56-57). Er kam im Memorandum zum Schluss, dass das vorlie- gende Investitionsvehikel mangels Einlagecharakter «kaum» vom Bankengesetz erfasst werden würde und diesbezüglich keine Bewilligungspflicht bestehe. Aller- dings gelte es, die Zielgesellschaft möglichst bald zu gründen, damit die Gegen- leistung für die bezahlten Kaufpreise erbracht werden könne, «ansonsten diese als Publikumseinlagen angesehen werden könnten» (EFD 021 57; 100 0010). Im Executive Summary des Memorandums fasste Rechtsanwalt D. das Ergebnis zur Bewilligungspflicht nach BankG folgendermassen zusammen: «Ein latentes Risiko stellt

auch die Aufbewahrung der Investitionen auf einem Konto dar, ohne dass die Gegenleistung in Form der Ausgabe der Aktien erbracht wird. Es besteht die Gefahr, dass die erbrachten Kaufpreise durch die Aufsichtsbehörde FINMA als Publikumseinlagen angesehen werden und die GmbH unter die Bewilligungspflicht gemäss dem Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen (BankG) fallen könnte. Es empfiehlt sich diesbezüglich möglichst bald die Zielgesellschaft zu gründen und Aktien auszugeben (oder die Aktionäre in ein Aktienbuch einzutragen)» (EFD 021 54).

- 13 - SK.2024.13 Das Memorandum stellte Rechtsanwalt D. dem Beschuldigten mit E-Mail vom 4. März 2014 zu und teilte ihm mit, das regulatorische Umfeld in der Schweiz sei nicht ganz einfach. In dieser Mail führte er zudem aus: «Angesichts der Tatsache, dass nach den uns vorliegenden Informationen bislang immer noch keine Gesellschaft gegründet worden ist, welche die Ausbeutung der Rohstoffe vornimmt, sehen wir uns veranlasst, Ihnen die Risiken der Tätigkeit der B. GmbH in einem Memorandum zusammen zu fassen.»

«Es erscheint uns, dass – zumindest solange die operative Gesellschaft, deren Aktien verkauft werden, nicht gegründet ist – das Handeln der B. GmbH bewilligungspflichtig ist. Sollten die notwendigen Bewilligungen nicht eingeholt werden, könnte dies strafrechtliche Konsequenzen haben» (EFD 021 52). In der Folge wurde Rechtsanwalt D. vom Beschuldigten anlässlich einer Sitzung vom 17. April 2014 «über die neue Investitionsstruktur der B. GmbH» informiert. Demnach sollten keinerlei Aktien einer Drittgesellschaft verkauft werden, sondern die Aktien einer künftigen, noch nicht bestehenden Tochtergesellschaft der B. GmbH. Aufgrund dieser Informationen sowie nach Durchführung einer weiteren Sitzung am 28. April 2014 führte Rechtsanwalt D. in einer E-Mail vom 6. Mai 2014 an den Beschuldigten aus, dass diese Investitionsstruktur die Überlegungen, welche im Memorandum vom 24. Februar 2014 angestellt worden seien, noch einmal substantiell verändert hätten. Rechtsanwalt D. war der Ansicht, dass «sehr grosse Fragezeichen betreffend die Rechtmässigkeit dieser Konstruktion» bestünden, und er verlangte weitergehende Informationen zur Geschäftstätigkeit der B. GmbH, um das Memorandum vom 24. Februar 2014 aktualisieren zu können (EFD 021 61; 100 0005; FINMA 8A 392).

E. 6.3.4

Memorandum vom 30. Juni 2014 Im Memorandum vom 30. Juni 2014 hielt Rechtsanwalt D. hinsichtlich der Bewilligungspflicht der B. GmbH nach Bankengesetz folgendes fest (EFD 021 70): «Unterdessen hat die GmbH bereits von rund 40 Investoren Geld erhalten. Damit handelt die GmbH gewerbsmässig im Sinne von Art. 3a Abs. 2 BankV. (...) Die Gelder der Investoren liegen seit teilweise beinahe einem Jahr bei der GmbH, obwohl gemäss dem Geschäftsführer der GmbH unterdessen klar sei, dass die Aktien der G. AG zur Erfüllung der Aktienkaufverträge übergeben werden sollen. Die Investitionen liegen somit schon längere Zeit auf dem Konto der GmbH, womit der Verdacht aufkommen könnte, dass die Aktienkaufverträge nur zum Schein abgeschlossen worden sind. Damit besteht nach wie vor die Gefahr, dass die Einzahlungen als Publikumseinlagen qualifiziert werden könnten.» Im Executive Summary kam Rechtsanwalt D. zum Schluss, es sei «... aktuell davon auszugehen, dass das vorliegende Konstrukt bewilligungspflichtig ist. Damit ist umgehend der Verkauf weiterer Aktien umgehend zu stoppen und bei der FINMA eine entsprechende Bewilligung zu beantragen» (EFD 021 67). 7. Aussagen An der Hauptverhandlung vom 19. Juni 2024 anerkannte der Beschuldigte, mit der B. GmbH mit

insgesamt 49 verschiedenen Anlegern 64 «Aktienkaufverträge»

- 14 - SK.2024.13 betreffend den Verkauf von noch nichtexistierenden Aktien abgeschlossen und gestützt darauf rund EUR 2,1 Mio. entgegengenommen zu haben (TPF 5.731.006). Die «AKV I» und «AKV II» seien von Rechtsanwalt D. erstellt und von der B. GmbH verwendet worden. Die Rückzahlungsverpflichtung sei ihm bewusst und in seinem Interesse gewesen, da er jeden Investor persönlich gekannt habe (TPF 5.731.007). Die Investoren seien nie in den Besitz der Aktien gemäss «AKV I» und «AKV II» gekommen. Sie hätten jedoch im Jahr 2015 Aktien einer neuen Gesellschaft erhalten, die jetzt die Mine halte. Die Übertragung der Aktien habe so lange gedauert, weil zunächst eine geeignete Gesellschaft habe gefunden werden müssen und sich auch die Due-Diligence-Prüfung hingezogen habe (TPF 5.731.009). Er habe sich durch Rechtsanwalt D. rechtlich beraten lassen und sei stets davon ausgegangen, sich rechtmässig zu verhalten. Auf die Frage, ob er wie von Rechtsanwalt D. in der E-Mail vom 4. Juli 2013 empfohlen ein Gutachten von einem Finanzmarktspezialisten habe erstellen lassen, antwortete er, dass er ihm gesagt habe, er solle sich alles an Beratung reinholen, was er benötige. Deswegen sei er auch davon ausgegangen, dass die Verträge anschliessend aufgrund der Beratung entstanden seien (TPF 5.731.011). Auf die Frage, wie er auf die Warnhinweise in den Memoranden reagiert habe, sagte er aus, dass ihm Rechtsanwalt D. nicht habe sagen können, wie lange die Einlagen liegen bleiben dürfen, ohne dass eine Gegenleistung zu erfolgen habe. Es sei noch kein Jahr vergangen gewesen und er habe sich auf der sicheren Seite gefühlt (TPF 5.731.012).

8. Erstellter Sachverhalt Die Beweismittel (Verträge; Kontenauszüge; Memoranden; E-Mails) decken sich mit den Aussagen des Beschuldigten und dem bezweckten Geschäftsmodell. Der angeklagte äussere Sachverhalt ist erstellt.

9. Aufsichtsrechtliches Verfahren Wegen Verdachts auf Entgegennahme von Publikumseinlagen und eventuell des Verdachts auf unerlaubte Effektenhändlerstätigkeit setzte die FINMA mit super-provisorischer Verfügung vom 10. Juli 2014 eine Untersuchungsbeauftragte bei der B. GmbH ein (FINMA 9 8-1). Gestützt auf das durchgeführte Verwaltungsverfahren erliess die FINMA am 9. Januar 2015 eine Verfügung. Mit Verfügung wurde entschieden, dass die B. GmbH von mehr als 20 Personen unbefugt Gelder entgegengenommen und diesbezüglich Rückzahlungsverpflichtungen abgeschlossen hatte. Damit sei von einer gewerbsmässigen Entgegennahme von Publikumseinlagen auszugehen. Eine Ausnahme vom Einlagenbegriff wurde explizit verneint (EFD 010 14-16). Die FINMA stellte fest, dass die B. GmbH und aufgrund seines massgeblichen Beitrags auch der Beschuldigte ohne Bewilligung tätig gewesen waren und aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt hatten (EFD 010 22). Die Verfügung der FINMA ist rechtskräftig (EFD 010 26).

- 15 - SK.2024.13 10. Bindungswirkung 10.1 Der Entscheid der FINMA erging zum gleichen Lebenssachverhalt. Strafbehörden sind an die rechtskräftige, zum selben Lebenssachverhalt ergangene Verfügung einer Verwaltungsbehörde gebunden, wenn sie weder offensichtlich rechtswidrig noch offensichtlich ermessensmissbräuchlich ist (vgl. BGE 147 IV 145 E. 2.2; BGE 129 IV 246 E. 2.1 S. 249; Urteil des Bundesgerichts 6B_1006/2008 vom 5. März 2009 E. 3.3.5.2 m.w.H.). Die Verfügung der FINMA vom 9. Januar 2015 ist stringent begründet und nachvollziehbar. Die Feststellung der FINMA, die B. GmbH bzw. der Beschuldigte hätten unbefugt Publikumseinlagen entgegengenommen, erscheint daher weder als offensichtlich rechtswidrig noch ist sie das Ergebnis eines offensichtlichen Ermessensmissbrauchs der FINMA. Demzufolge ist die unangefochten

gebliebene Verfügung für das Gericht im vorliegenden Verwaltungsstrafverfahren grundsätzlich bindend. 10.2 Das gerichtliche Ergebnis deckt sich mit den Feststellungen der FINMA. Wie nachfolgend ersichtlich (E. 11.2 ff.), gelangt der Einzelrichter der Strafkammer unabhängig von der Bindungswirkung (vgl. E. 10.1) – in objektiver und subjektiver Hinsicht – zum gleichen Ergebnis.

E. 011

3-4; 100 0005).

E. 11

Unbefugte Entgegennahme von Publikumseinlagen

E. 11.1

Rechtliches

E. 11.1.1

Natürliche und juristische Personen, die nicht dem Bankengesetz unterstehen, d.h. nicht über eine Bankenbewilligung der FINMA verfügen, dürfen keine Publikumseinlagen gewerbsmässig entgegennehmen (Art. 1 Abs. 2 BankG). Sie werden mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft, wenn sie vorsätzlich unbefugt Publikumseinlagen entgegennehmen (Art. 46 Abs. 1 lit. a BankG).

E. 11.1.2

Die Entgegennahme von Publikumseinlagen gemäss Bankengesetz, das bankenmässige Passivgeschäft, besteht darin, dass ein Unternehmen gewerbsmässig Verpflichtungen gegenüber Dritten eingeht, d.h. selber zum Rückzahlungsschuldner der entsprechenden Leistung wird (BGE 136 II 43 E. 4.2). Es muss ein Vertrag vorliegen, in welchem sich der Zahlungsempfänger zur späteren Rückzahlung der betreffenden Summe verpflichtet. Massgeblich hierfür ist nicht die Bezeichnung der Einlagen, sondern der gewollte Vertragszweck (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3100/2013 vom 30. Juni 2015 E. 5.3 S. 15 mit Hinweisen). Die tatbestandsmässige Handlung dauert an, solange Einlagen gehalten werden.

- 16 - SK.2024.13

E. 11.1.3

Als Einlagen gelten alle Verbindlichkeiten, soweit keine Ausnahme im Sinne des aArt. 3a Abs. 3 und 4 BankV vorliegt (BGE 132 II 382 E. 6.3.1 mit Hinweisen).

E. 11.1.4

Gewerbsmässig handelt, wer dauernd mehr als 20 Publikumseinlagen entgegennimmt (aArt. 3a Abs. 2 BankV) oder sich öffentlich zur Entgegennahme von Publikumseinlagen empfiehlt (z.B. Werbung durch Prospekte oder Vermittler), selbst wenn daraus weniger als 20 Einlagen resultieren (vgl. aArt. 3 Abs. 1 BankV; BGE 136 II E. 4.2 S. 49; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1645/2007 vom 17. Januar 2008 E. 4.1.4). Nach Lehre und Rechtsprechung reicht denn auch bereits der Nachweis der Absicht, Gelder gewerbsmässig entgegenzunehmen, um auf Gewerbsmässigkeit zu erkennen bzw. die Bewilligungspflicht auszulösen (vgl. BAHAR/STUPP, Basler Kommentar zum Bankengesetz, 2. Auflage, Basel 2013, Art. 1 BankG N. 10 m.w.H.; Urteil des Bundesgerichts 68_1304/2017 vom 25. Juni 2018 E. 3.3; Urteile des Bundesstrafgerichts SK.2015.25 vom 19. November 2015 E.

4.4.3, SK.2019.4 vom 4. Juli 2019 E. 2.2.3; Urteil des Bundes- verwaltungsgerichts B-2474/2007 vom 4. Dezember 2007 E. 3.1.2).

E. 11.1.5

Die Entgegennahme von Publikumseinlagen setzt voraus, dass der Einlage- begriff i.S.v. Art. 1 Abs. 2 BankG i.V.m. aArt. 3a BankV auf das in Frage stehende Geschäftsmodell anwendbar ist (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-5473/2017 vom 14. Mai 2019 E. 3.2.1). Grundsätzlich gelten sämtliche Ver- bindlichkeiten als Einlagen (BGE 136 II 43 E. 4.2 S. 48; FINMA-RS 08/3 «Publi- kumseinlagen bei Nichtbanken», Rz. 10), sofern sie nicht aufgrund einer zuläs- sigen rechtssatzmässigen Regelung von diesem Begriff ausgenommen sind (Urteile des Bundesgerichts 2C_34512015 vom 24. November 2015 E. 6.3; 2C_860/2017 vom 5. März 2018 E. 4.2). Gemäss konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts besteht die Entgegennahme von Publikumseinlagen darin, dass das Unternehmen Verpflichtungen gegenüber Dritten eingeht, d. h. selber zum Rückzahlungsschuldner der entsprechenden Leistung wird (BGE 136 II 43 E. 4.2 S. 48 f.; BGE 132 II 382 E. 6.3.1 S. 391 f.). Damit misst das Bundesgericht der Rückzahlungsverpflichtung für die empfangene Leistung (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C345/2015 vom 24. November 2015 E. 7.1 und 7.4.3) bzw. dem unbedingten Anspruch auf Rückleistung der getätigten Investition (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_352/2016 vom 9. Dezember 2016 E. 3.3) eine entschei- dende Bedeutung für die Erfüllung des Einlagebegriffs bei.

E. 11.1.6

Entgegengenommene Gelder gelten dann nicht als Einlagen, wenn sie eine Ge- genleistung aus einem Vertrag auf Übertragung des Eigentums oder aus einem Dienstleistungsvertrag darstellen. Nach der bundesgerichtlichen Rechtspre- chung zu aArt. 3a Abs. 3 lit. a BankV ist dabei entscheidend, dass dem Vertrags- partner tatsächlich dingliche Rechte übertragen werden, so dass die zur Eigen- tumsübertragung veräusserten Gegenstände den betreffenden Investoren zuge- ordnet werden können und die Zahlung eine Gegenleistung darstellt. Mit anderen Worten muss dem Vertragspartner das tatsächliche Eigentum verschafft werden - 17 - SK.2024.13 (Urteile des Bundesgerichts 2A.332/2006 vom 6. März 2007 E. 5.2.1; 2A.218/1999 vom 5. Januar 2000 E. 3b/cc).

E. 11.1.7

Vorsätzlich begeht ein Verbrechen oder Vergehen, wer die Tat mit Wissen und Willen ausführt. Vorsätzlich handelt bereits, wer die Verwirklichung der Tat für möglich hält und in Kauf nimmt (Art. 12 Abs. 2 StGB).

E. 11.1.8

Nicht zum Wissen als Bestandteil des Vorsatzes gehört das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit oder dasjenige der Strafbarkeit (DONATSCH, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kommentar, 20. Aufl. Zürich 2018, Art. 12 StGB N. 6; STRATEN- WERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, 4. Aufl., Bern 2011, § 11 N. 54). Der objektive Tatbestand besteht bei Strafnormen im Finanzmarktbereich nur aus der grundsätzlich verbotenen, eine Bewilligung voraussetzenden Finanz- marktstätigkeit. Darauf muss sich das Wissen als Bestandteil des Vorsatzes be- ziehen. Das Element der Bewilligungslosigkeit hingegen ist nicht Teil des objek- tiven Tatbestandes, sondern auf Ebene der Rechtswidrigkeit zu prüfen. Ob der Täter wusste, dass sein Tun unter Vorbehalt

einer Bewilligungserteilung verboten war, ist auf der Ebene der Schuld unter dem Titel des Verbotsirrtums (Art. 21 StGB) zu prüfen (Urteil des Bundesstrafgerichts SK.2015.31 vom 3. November 2015 E. 5.8.3.5/a).

E. 11.1.9

Der Vorsatz hat sich auf alle Elemente des objektiven Straftatbestands zu beziehen, in Bezug auf Art. 46 Abs. 1 lit. a BankG also auf die Entgegennahme von Publikumseinlagen.

E. 11.2

Subsumtion objektiver Tatbestand

E. 11.2.1

Die B. GmbH hat gestützt auf sogenannte «Aktienkaufverträge» von 49 Investoren Gelder in der Höhe von rund EUR 2,1 Mio. entgegengenommen (vgl. E. 6.2). Als Gegenleistung für ihre Investitionen versprach sie ihren Kunden die Übertragung von Aktien einer nicht näher definierten, noch zu gründenden oder zu erwerbenden Drittgesellschaft («AKV I») bzw. noch durch Kapitalerhöhung zu schaffende Aktien der F. AG («AKV II»). Zu prüfen ist zunächst, ob der Einlagebegriff i.S.v. aArt. 1 Abs. 1 BankG i.V.m. aArt. 3a BankV auf das Geschäftsmodell der B. GmbH anwendbar ist. Die Kunden der B. GmbH zahlten Gelder ein, wobei diese bis zu einem Jahr bei der B. GmbH blieben, ohne dass die Kunden dafür eine Gegenleistung erhielten. Diese einbezahlten Gelder waren von der B. GmbH als Fremdkapital zu verbuchen, da die Leistung des Gegenwerts noch geschuldet war. Da sämtliche Verbindlichkeiten als Einlagen gelten, handelt es sich somit bei diesen einbezahlten Geldern grundsätzlich um Publikumseinlagen.

E. 11.2.2

In einem zweiten Schritt ist zu prüfen, ob eine Ausnahmebestimmung nach aArt. 3a Abs. 3 oder 4 BankV greift (Urteil des Bundesgericht 2C_345/2015 vom

- 18 - SK.2024.13 24. November 2015 E. 7.1). Keine publikumseinlagen sind Gelder, die eine Gegenleistung aus einem Vertrag auf Übertragung des Eigentums darstellen (aArt. 3a Abs. 3 lit. a BankV, vgl. E. 11.1.6). Die B. GmbH hatte die Gelder von ihren Kunden gestützt auf sogenannte «Aktienkaufverträge» entgegengenommen. Massgebend ist allerdings für die Anwendung der Ausnahmebestimmung von aArt. 3a Abs. 3 lit. a BankV nicht die Bezeichnung eines Vertrages, sondern dessen tatsächlicher Inhalt. Weder im Zeitpunkt des Abschlusses der «Kaufverträge» noch bei Leistung ihrer Zahlungen an die B. GmbH wussten die «Käufer», von welcher Zielgesellschaft sie Aktien erwerben würden und wie viele es sein sollten. Entsprechend waren im Zeitpunkt des Vertragsschlusses und selbst ein Jahr nach Entgegennahme der Gelder durch die B. GmbH weder «Kaufobjekt» (Aktien welcher Zielgesellschaft) noch das Austauschverhältnis (Anzahl Aktien für «Kaufpreis») bekannt; selbstredend waren während dieser Zeit denn auch keine Aktien an die Erwerber übertragen worden. Es bestand kein synallagmatisches Austauschverhältnis zwischen der Leistung der Einlage einerseits und dem Anspruch auf Übertragung des Eigentums an konkret bestehenden, individualisiert zuordenbaren Aktien der Zielgesellschaft andererseits. Es bestand lediglich die unkonkrete Möglichkeit, nach Durchführung einer allfälligen Kapitalerhöhung neu herausgegebene Aktien der F. AG («AKV II») oder Aktien einer noch zu erwerbenden oder zu gründenden Zielgesellschaft («AKV I») als Gegenleistung für die geleisteten Einlagen zurückzuerhalten (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_860/2017 vom 5. März 2018 E. 5.3:2 f.). Die Gegenleistung, d. h.

der angebliche «Kaufgegenstand» für den bezahlten «Kaufpreis» war damit zu keinem Zeitpunkt bestimmt oder bestimmbar. Aufgrund der nicht hinreichenden Bestimmtheit des Vertragsgegenstandes fehlte es an den «essentialia negotii», so dass die Kaufverträge ungültig waren (EUGEN BUCHER, OR Besonderer Teil, 3. Auflage 1988, S. 54 f.). Wie das EFD in der Strafverfügung vom 14. November 2023 zutreffend ausführte, sind damit die Verträge, welche die B. GmbH mit den Geldgebern abschloss, nicht als Kaufverträge zu qualifizieren und die einbezahlten Gelder stellen folglich auch keine Gegenleistungen aus einem Vertrag auf Übertragung des Eigentums im Sinne von aArt. 3a Abs. 3 lit. a BankV dar. Da der Kauf hier gar nie abgewickelt wurde und gar nie werden konnte, waren die entgegengenommenen Gelder früher oder später zurückzuerstatten. Diese Verbindlichkeit war in den Büchern der B. GmbH als Verkäuferin eine Passivverbindlichkeit und erscheint im konkreten Setup als eigentliche Rückleistungsverpflichtung. Mit Blick auf die Problematik der Anzahl Aktien (die Anzahl der zum Verkauf angebotenen Aktien der F. AG überstieg die tatsächlich vorhandene Anzahl F. AG-Aktien um ein Mehrfaches), war die Erfüllung der Primärpflicht (die Aktienübertragung) von Anfang an gar nicht möglich, weshalb die Sekundärpflicht (die Rückerstattung der geleisteten «Kaufpreiszahlungen») als eigentliche (primäre) Rückleistungsverpflichtung zu qualifizieren ist. Somit greift aArt. 3a Abs. 3 lit. a BankV nicht.

- 19 - SK.2024.13

E. 11.2.3

Selbst wenn von der Gültigkeit der Verträge auszugehen wäre, wurden den Käufern keine dinglichen Rechte übertragen und kein Eigentum verschafft. Es würde sich um eine Umgehung aufsichtsrechtlicher Vorschriften handeln (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_352/2016 vom 9. Dezember 2016 E. 3.2; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1568/2017 vom 23. Juli 2018 E. 2.2.1 m.w.H.). Da die «Käufer» mit Abschluss des Vertrags nicht wussten, welche und wie viele Aktien von welcher Gesellschaft sie erwarben, kann es ihnen tatsächlich nicht um den Kauf dieser konkreten Aktien gegangen sein. Vielmehr standen Renditeüberlegungen im Vordergrund und somit die Vermögensanlage mit prognostizierten Gewinnentwicklungen. Die Ausnahmebestimmung in aArt. 3a Abs. 3 lit. a BankV ist hingegen nur auf Fälle anwendbar, in denen die Erfüllung des Vertrages (auf Übertragung von Eigentum) effektiv möglich ist und in einem vorgängig festgelegten Zeitraum tatsächlich auch erfolgt, andernfalls die Bestimmungen der Finanzmarktgesetzgebung umgangen werden können (vgl. Verfügung der FINMA vom 9. Januar 2015 Rz. 45, unangefochten in Rechtskraft erwachsen). Bei den Verträgen der B. GmbH blieb neben «Kaufobjekt» und «Austauschverhältnis» auch das Vollzugsdatum gänzlich offen. Selbst wenn man also davon ausgehen würde, es hätten rechtsgültige Verträge auf Übertragung von Aktien an die Investoren vorgelegen, war deren Erfüllung von Seiten der B. GmbH in einem vorgängig festgelegten Zeitraum vertraglich nicht vorgesehen (EFD 100 0021). Die B. GmbH ihrerseits unternahm während mehr als einem Jahr keine ernsthaften Schritte, um die Kaufverträge zu erfüllen. Weder kaufte bzw. gründete sie eine Gesellschaft («AKV I»), noch erfolgte die für die Ausgabe der Aktien erforderliche Aktienkapitalerhöhung («AKV II»). Die Kundengelder lagen folglich teilweise über ein Jahr auf den Konten der B. GmbH, ohne dass der Kaufvertrag erfüllt werden konnte. Diese Dauer hat das zulässige Mass weit überschritten, wie ein Blick auf die damalige Praxis zur vergleichbaren Konstellation von Habensalden auf Kundenkonten von Effekten- oder Edelmetallhändlern, Vermögensverwaltern oder ähnlichen Unternehmen,

welche einzig der Abwicklung von Kunden- geschäften dienen, wenn dafür kein Zins bezahlt wird, zeigt (aArt. 3a Abs. 3 lit. c BankV). Nach damaliger Praxis der Aufsichtsbehörde durften entsprechende Gelder nur kurzfristig, d. h. wenige Tage auf entsprechenden Konten verbleiben, ansonsten sie als Publikumseinlage galten (ESTHER KOBEL/KARIN SCHMID/DANIEL ROTH, Bewilligungspflichtige Finanzmarktstätigkeit, TREX - Der Treuhandexperte 2/2009, S. 78 ff.). Selbst nach der heute geltenden Regelung in Art. 5 Abs. 3 lit. c Ziff. 1 BankV dürfen entsprechende Gelder nicht länger als 60 Tage auf diesen Konten verbleiben. Den Vertragsparteien ging es daher im Ergebnis nicht um den Kauf von Aktien, sondern vielmehr um die wirtschaftlich im Vordergrund stehende Investition. Da der Kaufvertrag nicht vollzogen wurde bzw. gar nicht vollzogen werden konnte, waren die Gelder gemäss Aktienkaufvertrag an die Kunden zurück zu erstatten

- 20 - SK.2024.13 (Rückzahlungsverpflichtung). Bei dieser Sachlage greift die Ausnahmebestimmung von aArt. 3a Abs. 3 lit. a BankV ohnehin nicht. Bei den einbezahlten Geldern handelt es sich deshalb nicht um Kaufpreiszahlungen, sondern vielmehr um Gelder, die zuhanden der Investoren investiert werden sollten, d. h. um Passivverbindlichkeiten der B. GmbH. Die abgeschlossenen Verträge weisen demnach entgegen ihrem Wortlaut keinen vorrangigen Kauf-, sondern Einlagecharakter auf. Zudem ging die B. GmbH eine Form der Renditegarantie ein, indem sie das Risiko des von den Ausbeutungsrechten abhängigen Aktienwertes gemäss «AKV II» nicht den Anlegern übertragen hat, sondern auf sich selber übernommen hat für den Fall, dass sie nicht in der Lage sein würde, Verträge für die im «Aktienkaufvertrag» erwähnten Ausbeutungsrechte abzuschliessen. Gestützt auf eine wirtschaftliche Gesamtbetrachtung ging die B. GmbH mit ihren Verträgen gegenüber ihren Kunden Verpflichtungen ein, mit denen sie selber zu Rückzahlungsschuldnerin der entsprechenden Leistung wurde. Die entgegengenommenen Anlegergelder sind somit als Publikumseinlagen zu qualifizieren.

E. 11.2.4

Bis zum Einschreiten der von der FINMA eingesetzten Untersuchungsbeauftragten am 10. Juli 2014 wurden somit über die B. GmbH und die Anwaltskanzlei C. gestützt auf sogenannte «Aktienkaufverträge» Publikumseinlagen von mindestens 38 Personen gestützt auf den «AKV I» und von 16 Personen gestützt auf den «AKV II» entgegengenommen und verwaltet. Die für die Gewerbsmässigkeit relevante Anzahl von 20 Einlagen wurde insgesamt deutlich überschritten und Gelder in der Höhe von mindestens EUR 2,1 Mio. entgegengenommen. Die Gewerbsmässigkeit ist vor diesem Hintergrund gegeben.

E. 11.2.5

Die B. GmbH hat somit vom 12. Juli 2013 bis am 10. Juli 2014 den objektiven Tatbestand der Entgegennahme von Publikumseinlagen gemäss aArt. 46 Abs. 1 lit. a BankG erfüllt.

E. 11.3

Verantwortlichkeit

E. 11.3.1

Was die Verantwortlichkeit des Beschuldigten betrifft, so bestimmt Art. 6 Abs. 1 VStrR, dass bei einer Widerhandlung, die beim Besorgen der Angelegenheiten einer juristischen Person [...] oder sonst in Ausübung geschäftlicher oder dienstlicher Verrichtungen für einen anderen begangen wird, die Strafbestimmungen auf diejenigen natürlichen Personen

anwendbar sind, welche die Tat verübt haben (Art. 6 Abs. 1 VStrR).

E. 11.3.2

In Bezug auf die Funktionen und Organstellungen des Beschuldigten bei der B. GmbH kann auf Erwägung 6.1.1 verwiesen werden. Der Beschuldigte war für die operative Geschäftsführung verantwortlich. Er war direkt für den Abschluss der «Aktienkaufverträge» verantwortlich und hat mit einer Ausnahme sämtliche Verträge namens der B. GmbH eigenhändig unterzeichnet. Weiter führte er

- 21 - SK.2024.13 Präsentationen über die B. GmbH durch und kümmerte sich aktiv um die Akquisition neuer Anleger. Die (illegale) Geschäftstätigkeit der B. GmbH ist ihm aufgrund seines eigenen Handelns gestützt auf Art. 6 Abs. 1 VStrR strafrechtlich zuzurechnen.

E. 11.4

Subsumtion subjektiver Tatbestand

E. 11.4.1

Wie erwähnt besteht der objektive Tatbestand bei Strafnormen im Finanzmarktbereich aus der Finanzmarktaktivität. Nur darauf muss sich der Vorsatz beziehen. Es bestehen daher keine Zweifel am Vorsatz des Beschuldigten. Er wusste, dass die B. GmbH Gelder von Anlegern für den «Kauf von Aktien» entgegennahm und dass keine Aktien als Gegenwert für die «Kaufpreiszahlungen» an die Vertragsparteien ausgegeben wurden bzw. zeitnah hätten ausgegeben werden können, so dass die investierten Gelder zurückzahlen waren. Er kannte den Inhalt der Verträge, die er unterzeichnet hatte. Die Rückzahlungsverpflichtung in «AKV I» und «AKV II» war ihm bewusst und begründete er. Ihm war unter diesen Umständen bewusst, dass die B. GmbH Passivverbindlichkeiten einging und entsprechend rückzahlungspflichtig wurde. Aus seinen Handlungen und fortgesetzten Tätigkeiten ergibt sich, dass der Beschuldigte die Umsetzung des Geschäftsmodells und die Erfüllung der Tatbestandselemente dennoch wollte. Der Beschuldigte hat im Wissen um die objektiven Tatbestandselemente – (1) Entgegennahme von Geldern als «Kaufpreiszahlungen» für nicht vorhandene Aktien bzw. Aktien, die nicht binnen kurzen hätten beschafft werden können und (2) Eingehung einer Verpflichtung gegenüber den Anlegern auf Rückerstattung der von ihnen gemachten Investition – gehandelt und dies auch gewollt. Er handelte mit Wissen und Willen und damit vorsätzlich.

E. 11.4.2

Die Verteidigung macht zwar geltend, der Beschuldigte habe nicht vorsätzlich gehandelt. Für den Beschuldigten sei es vor dem Hintergrund seiner Ausbildung und seines bisherigen Erfahrungshorizonts nicht möglich gewesen, das Merkmal der Publikumseinlage in diesem Sinne zu verstehen (TPF 5.721.018, 025). Dieser Einwand greift jedoch nicht. Unzutreffende Vorstellungen über solche rechtlich geprägten Tatbestandsmerkmale – wie vorliegend die Publikumseinlage – führen nicht in jedem Fall zum Ausschluss des Vorsatzes (BGE 129 IV 238 E. 3.2.2). Das für den Vorsatz notwendige Wissen verlangt nicht die juristisch exakte Erfassung des gesetzlichen Begriffs. Vielmehr genügt es, wenn der Täter den Tatbestand so verstanden hat, wie es der landläufigen Anschauung eines Laien entspricht (sog. Parallelwertung in der Laiensphäre; BGE 129 IV 238 E. 3.2.2). Er muss also die Tatbestandsmerkmale nicht in ihrem genauen rechtlichen Gehalt erfassen, sondern lediglich eine zutreffende Vorstellung von der sozialen Bedeutung seines Handelns

haben (BGE 129 IV 238 E. 3.2.2). Die dem Merkmal innewohnende rechtliche Wertung muss bloss in dem Umfang vollzogen werden, als es für einen Nichtjuristen möglich ist (BGE 99 IV 57 E. 1a S. 59; BGE 129 IV 238 E. 3.2.2). Eine solche „Parallelwertung“ kommt der für den

- 22 - SK.2024.13 Vorsatz erforderlichen Kenntnis gleich, weil Gegenstand des Vorsatzes nicht die rechtlichen Begriffe oder die Rechtswidrigkeit sind. Vielmehr bezieht sich der Vorsatz auf die Tatumstände, d.h. die äusseren Gegebenheiten mitsamt ihrer sozialen Bedeutung (zum Ganzen BGE 129 IV 238 E. 3.2.2 S. 243; vgl. auch Urteil 6B_804/2018 vom 4. Dezember 2018 E. 3.1.1). Der Beschuldigte war sich bewusst, dass er im Finanzbereich tätig war. Ausserdem war sich der Beschuldigte gemäss den üblichen Vorstellungen eines Nichtjuristen in einer Parallelwertung der Laiensphäre bewusst, dass er Verträge abschloss und Gelder mit Rückzahlungsverpflichtungen entgegennahm. Der Beschuldigte handelte somit vorsätzlich. Der weitere Einwand des Beschuldigten, er habe um die Bewilligungspflicht nicht gewusst und sei von einem rechtmässigen Handeln ausgegangen, ist nicht unter dem Titel des subjektiven Tatbestands abzuhandeln. Ob der Täter wusste, dass sein Tun unter Vorbehalt einer Bewilligungserteilung verboten war, ist auf der Ebene der Schuld unter dem Titel des Verbotsirrtums (Art. 21 StGB) zu prüfen.

E. 11.4.3

Der Beschuldigte hat den subjektiven Tatbestand von Art. 46 Abs. 1 lit. a BankG erfüllt.

E. 11.5

Rechtswidrigkeit Weder eine der involvierten Gesellschaften noch der Beschuldigte verfügte über eine Bewilligung der FINMA. Die unbefugte Entgegennahme von Publikumseinlagen erfolgte somit rechtswidrig. Rechtfertigungsgründe liegen keine vor.

E. 11.6

Schuld

E. 11.6.1

Der Verteidiger des Beschuldigten wandte im Rahmen des Plädoyers ein, was alles unter den Begriff der Publikumseinlage zu subsumieren sei, falle selbst Juristen und Anwälten schwer. Der Beschuldigte habe sich anwaltlich beraten lassen und sei davon ausgegangen, die ausgeübte Tätigkeit sei nicht bewilligungspflichtig. Dem Beschuldigten habe es am Unrechtsbewusstsein gefehlt, ansonsten hätte er beispielsweise eine Kapitalerhöhung bei der F. AG durchgeführt, um die notwendigen Aktien übertragen zu können. Das hierfür erforderliche Kapital sei vorhanden gewesen. Nur aufgrund des fehlenden Unrechtsbewusstseins sei keine Kapitalerhöhung durchgeführt worden. Die Verteidigung macht somit sinngemäss einen Verbotsirrtum im Sinne von Art. 21 StGB geltend (TPF 5.721.018 5 ff.).

E. 11.6.2

Der Beschuldigte sagte an der Hauptverhandlung im Wesentlichen aus, dass er sich durch Rechtsanwältin D. habe anwaltlich beraten lassen und stets davon ausgegangen sei, sich rechtmässig zu verhalten (vgl. vorne E. 7.; TPF 5.731.012, 014).

- 23 - SK.2024.13

E. 11.6.3

Gemäss Art. 21 StGB handelt nicht schuldhaft, wer bei der Begehung der Tat nicht weiss und nicht wissen kann, dass er sich rechtswidrig verhält. War der Irrtum vermeidbar, so mildert das Gericht die Strafe. Ein Verbotsirrtum ist gegeben, wenn dem Täter trotz Kenntnis des unrechtsbegründenden Sachverhalts das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit fehlt (STRATENWERTH, a.a.O., § 11 N. 46 f.). Der Rechtsirrtum (Verbotsirrtum) betrifft die Konstellation, bei welcher der Täter in Kenntnis aller Tatumstände und somit vorsätzlich handelt, aber sein Tun ver- sehentlich für erlaubt hält (Urteil des Bundesgerichts 2A.460/2003 vom 11. August 2004 E. 3.5). Ein Verbotsirrtum liegt nur vor, wenn der Täter meint, kein Unrecht zu tun (TRECHSEL/FATEH-MOGHADAM, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 4. Aufl. 2021, Art. 21 StGB N. 4; Urteil des Bundesgerichts 6B_395/2009 vom 20. Oktober 2009 E. 5.1). Der Irrtum bezieht sich in diesem Fall auf die Rechtswidrigkeit der konkreten Tat (Urteil des Bundesgerichts 2A.460/2003 vom 11. August 2004 E. 3.5; vgl. weiterführend BGE 129 IV 238 E. 3 S. 240 ff.). Art. 21 StGB anerkennt einen Irrtum über die Rechtmässigkeit als unvermeidbar, wenn der Täter «nicht weiss und nicht wissen kann», dass er rechtswidrig handelt (TRECHSEL/FATEH-MOGHADAM, a.a.O., Art. 21 StGB N. 6). Zureichend ist ein Grund nur dann, wenn dem Täter aus seinem Rechtsirrtum kein Vorwurf gemacht werden kann, weil er auf Tatsachen beruht, durch die sich auch ein gewissenhafter Mensch hätte in die Irre führen lassen (TRECHSEL/FATEH-MOGHADAM, a.a.O., Art. 21 StGB N. 6; BGE 98 IV 293 E. 4.a m.w.H.). Die unrechtsverneinende Auskunft eines qualifizierten Rechtsberaters kann zu einem unvermeidbaren Verbotsirrtum führen. Voraussetzung der Unvermeidbarkeit ist einerseits, dass dem Rechtsberater der vollständige Sachverhalt zur Prüfung vorgelegt worden ist, den der Täter anschliessend verwirklicht. Andererseits muss der Rechtsberater diesen Sachverhalt in einem Gutachten unter allen rechtlichen Gesichtspunkten geprüft haben (BGE 98 IV 293 E. 4a S. 303; Urteil des Bundesstrafgerichts SK.2015.23 vom 24. September 2015 E. 4.7.3).

E. 11.6.4

Die Aussagen des Beschuldigten, dass er von einer bewilligungsfreien Tätigkeit ausgegangen sei, sind in Bezug auf den Beginn der Geschäftstätigkeit glaubhaft. Er bzw. die B. GmbH hatte mit Rechtsanwalt D. von Beginn an eine anwaltliche Beratung an seiner bzw. ihrer Seite. Dieser äusserte sich zwar am 4. Juli 2013 in seiner E-Mail an den Beschuldigten dahingehend, dass ein gewisses Risiko bestehe, dass die Tätigkeit der B. GmbH als Tätigkeit eines Effektenhändlers betrachtet werden könnte und sie deshalb eine Bewilligung der FINMA benötige. Die Tätigkeit der B. GmbH sei deshalb so auszugestalten, dass keine derartige Bewilligungspflicht bestehe. Rechtsanwalt D. erstellte sodann die von der B. GmbH anschliessend verwendeten «Aktienkaufverträge». Zudem nahm die Rechtsanwaltskanzlei C. nebst der B. GmbH auch Investorengelder entgegen. Vor diesem Hintergrund kann zugunsten des Beschuldigten ein anfänglicher Verbotsirrtum angenommen werden, da der Beschuldigte wohl annahm, die Tätigkeit und die «Aktienkaufverträge» seien nun so ausgestaltet, dass keine Bewilligungspflicht bestehe.

- 24 - SK.2024.13 Spätestens am 4. März 2014 bestand der Verbotsirrtum beim Beschuldigten jedoch nicht mehr. In der E-Mail vom 4. März 2014 schrieb Rechtsanwalt D. dem Beschuldigten explizit, «dass – zumindest solange die operative Gesellschaft, deren Aktien verkauft werden, nicht gegründet ist – das Handeln der B. GmbH bewilligungspflichtig ist. Sollten die notwendigen Bewilligungen nicht eingeholt werden, könnte dies strafrechtliche Konsequenzen haben» (EFD 021 52; E. 6.3.3). Nach Erhalt

dieser E-Mail, in welcher sein Anwalt ihm mitteilt, es bestehe eine Bewilligungspflicht und es drohen strafrechtliche Konsequenzen, bestand zweifelslos ein Unrechtsbewusstsein beim Beschuldigten. Gegenteilige Aussagen des Beschuldigten an der Hauptverhandlung, zum Beispiel sein Rechtsberater D. habe ihm beschwichtigend erklärt, dass eine Verzögerung der Gegenleistung von bis zu einem Jahr kein Problem darstelle (TPF 5.731.912), sind vor dem Hintergrund der schriftlichen Warnhinweise, als reine Schutzbehauptungen zu werten. Was den Zeitraum von der Aufnahme der Tätigkeit bis zum 4. März 2014 betrifft, liegt allerdings ein vermeidbarer Irrtum vor. Wie erläutert ist die Voraussetzung der Unvermeidbarkeit einerseits, dass dem Rechtsberater der vollständige Sachverhalt zur Prüfung vorgelegt worden ist, den der Täter anschliessend verwirklicht. Andererseits muss der Rechtsberater diesen Sachverhalt in einem Gutachten unter allen rechtlichen Gesichtspunkten geprüft haben. Der Beschuldigte hat insbesondere gegenüber seinem Rechtsanwalt nicht offengelegt, dass eine zeitnahe Aktienübertragung nicht stattfinden wird. Zudem hat der Beschuldigte nach eigenen Angaben an der Hauptverhandlung auf das Erstellenlassen eines Gutachtens durch einen Finanzmarktspezialisten verzichtet (TPF 5.731.013). Der Verzicht auf ein Gutachten geschah völlig bewusst, obschon gerade auch Rechtsanwalt D. dem Beschuldigten empfohlen hatte, ein Gutachten erstellen zu lassen. Die Annahme des Beschuldigten, Rechtsanwalt D. werde die zusätzliche rechtliche Hilfe in Form eines Finanzmarktspezialisten beiziehen, ist unerheblich (vgl. TPF 5.731.013 [Einvernahme Beschuldigter]; 5.720.005 [Plädoyer des EFD]). Nachdem Rechtsanwalt D. ihm das Gutachten empfohlen hatte, hätte der Beschuldigte ein solches erstellen lassen und dessen Inhalt zur Kenntnis nehmen müssen. Der Verbotsirrtum des Beschuldigten war somit vermeidbar. Im Ergebnis lag somit von der Aufnahme der Finanzmarktstätigkeit bis zum 4. März 2014 ein vermeidbarer Verbotsirrtum und für die Zeit danach bis am 10. Juli 2014 kein Verbotsirrtum beim Beschuldigten vor.

E. 12

Ergebnis Der Beschuldigte ist der unbefugten Entgegennahme von Publikumseinlagen gemäss aArt. 46 Abs. 1 lit. a BankG schuldig zu sprechen.

- 25 - SK.2024.13

E. 13

Strafzumessung

E. 13.1

Am 1. Januar 2018 ist das neue Sanktionenrecht in Kraft getreten. Sofern es für den Beschuldigten das mildere Recht ist, beurteilt sich die Sanktion nach den neuen Normen (Art. 2 Abs. 2 StGB). Diese Bestimmung gilt ebenfalls für das Verwaltungsstrafverfahren (Art. 333 Abs. 1 StGB i.V.m. Art. 2 VStrR; BGE 123 IV 84 E. 3a und 116 IV 258 E. 3b). Gemäss neuer geltenden Fassung von Art. 34 StGB beträgt die Geldstrafe höchstens 180 (und nicht mehr 360) Tagessätze. Wie dargelegt wurde, erscheint das neue Recht nicht milder, weshalb das alte Recht anzuwenden ist (vgl. 2.3).

E. 13.2

Das Gericht misst die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu. Es berücksichtigt das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters (Art. 47 Abs. 1 StGB). Das Verschulden bestimmt sich nach der Schwere der

Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts, nach der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen des Täters sowie danach, wie weit der Täter nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden (Art. 47 Abs. 2 StGB). Ausgehend von der objektiven Tatschwere hat das Gericht dieses Verschulden zu bewerten. Es hat im Urteil darzutun, welche verschuldensmindernden und -erhöhenden Gründe im konkreten Fall gegeben sind, um so zu einer Gesamteinschätzung des Tatverschuldens zu gelangen (BGE 136 IV 55 E. 5.5). Der Gesetzgeber hat einzelne Kriterien aufgeführt, die für die Verschuldenseinschätzung von wesentlicher Bedeutung sind und das Tatverschulden vermindern bzw. erhöhen (BGE 136 IV 55 E. 5.5, 5.6). Im Rahmen der Strafzumessung gemäss Art. 47 StGB hat das Gericht zuerst die objektiven und subjektiven Tatumstände (Tatkomponenten) zu gewichten und die sich daraus ergebende hypothetische Strafe zu definieren (BGE 134 IV 132 E. 6.1). Die objektive Tatkomponente umfasst das Ausmass des verschuldeten Erfolgs und die Art und Weise des Vorgehens, während sich die subjektive Tatkomponente auf die Beweggründe, die Intensität des deliktischen Willens und das Mass an Entscheidungsfreiheit bezieht (BGE 129 IV 6 E. 6.1). Sodann ist die anhand der objektiven und subjektiven Tatumstände ermittelte hypothetische Strafe bei Vorliegen täterrelevanter Strafzumessungsfaktoren zu erhöhen bzw. zu reduzieren (BGE 136 IV 55 E. 5.7).

E. 13.3

Die Strafandrohung von aArt. 46 Abs. 1 lit. a BankG lautet auf Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe. Die Geldstrafe kann höchstens 360 Tagessätze betragen und ein Tagessatz höchstens 3000 Franken (aArt. 34 Abs. 2 Satz 1 StGB).

E. 13.4

Tatkomponenten

E. 13.4.1

Im Rahmen der objektiven Tatkomponente ist zum Ausmass der Gefährdung festzustellen, dass die strafbare Tätigkeit über einen relativ langen Deliktszeit-

- 26 - SK.2024.13 raum von rund einem Jahr (12. Juli 2013 bis am 10. Juli 2014) erfolgte. In diesem Zeitraum hat der Beschuldigte über die B. GmbH von immerhin 49 verschiedenen Anlegern unbefugt Publikumseinlagen von rund EUR 2,1 Mio. entgegengenommen. Die strafbare Tätigkeit betraf somit eine mittlere Anzahl von Personen und generierte einen beträchtlichen Umsatz. Interessierte Personen wurden angelockt mit hohen Renditen und angeblichen Börsengängen. Mit seinem Verhalten gefährdete der Beschuldigte nicht nur Investoren, sondern gefährdete auch die Sicherheit und die Glaubwürdigkeit des schweizerischen Finanzmarktes. Den Anlegern wurden die versprochenen Aktien im darauffolgenden Jahr weder ausgegeben noch wurden die Gelder zurückerstattet. Zu Lasten des Beschuldigten ist ausserdem zu berücksichtigen, dass er aus eigenem Antrieb mit seiner deliktischen Tätigkeit nicht aufhörte, sondern erst durch die Intervention der FINMA gestoppt werden musste. Gesamthaft betrachtet ist von einem eher schweren Tatverschulden auszugehen. Bei der subjektiven Tatkomponente ist erwiesen, dass der Beschuldigte aus finanziellen Beweggründen handelte, wobei er an das Gelingen der Geschäftstätigkeit der B. GmbH glaubte und auch seinen Bekannten- und Freundeskreis in das Geschäftsmodell miteinspannte. Das Einhalten der rechtlichen Finanzmarkt-Vorgaben hatte keine Priorität beim Beschuldigten. Er zeigte sich vielmehr gleichgültig gegenüber ihnen. Der Beschuldigte hätte die Tat jederzeit ohne Weiteres

vermeiden können. Das subjektive Tatverschulden wiegt insgesamt dennoch leicht. Im Vordergrund lag für den Beschuldigten für sich und seinen Bekannten- kreis die Möglichkeit einer gewinnbringenden Investition.

E. 13.4.2

In Würdigung der Tatkomponenten erscheint eine gedankliche Einsatzstrafe von 250 Tagessätzen als schuldangemessen.

E. 13.5

Täterkomponente

E. 13.5.1

Vorleben und persönliche Verhältnisse Der heute 68-jährige Beschuldigte ist deutscher Staatsangehöriger, geschieden und Vater eines erwachsenen Sohnes. Er hat seit (...) 2018 offiziell Wohnsitz in der Schweiz, hält sich aber vorwiegend in Deutschland auf. Er verfügt über eine Ausbildung als Agrarökonom mit Studienabschluss sowie als (...). Nach eigenen Angaben ist er heute vorwiegend in Deutschland und Österreich tätig und führt (...) durch. Sein monatliches Einkommen beläuft sich gemäss Steuerunterlagen auf rund Fr. 2'400.--. An der Hauptverhandlung sagte er aus, dass sein monatli- ches Einkommen zwischen Fr. 2'500.-- und Fr. 3'500.-- betrage. Der Beschul- digte hat nach eigenen Angaben Vermögen in Form von 19,3 Mio. Aktien à 11 Cent an einer Mine in Afrika und Schulden von Fr. 35'000.--. Er ist nicht vorbe- straft. Das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse sind neutral zu würdigen.

- 27 - SK.2024.13

E. 13.5.2

Nachtatverhalten und Verhalten im Strafverfahren

E. 13.5.2.1

Der Beschuldigte zeigte sich kooperativ. Er gab den äusseren Sachverhalt zu. Allerdings war dies zur Aufklärung des Sachverhalts nicht relevant, da sich die Tat mit objektiven Beweismitteln (Verträge; Kontenauszüge; Memoranden; E-Mails) leicht nachweisen liess. Die Kooperation ist ihm aber leicht strafmindernd (10 Ta- gessätze) anzurechnen.

E. 13.5.2.2

Ein Geständnis kann nach der Rechtsprechung bei der Beurteilung des Nachtat- verhaltens zugunsten des Täters berücksichtigt werden, wenn es auf Einsicht in das begangene Unrecht oder auf Reue schliessen lässt oder der Täter dadurch zur Tataufdeckung über den eigenen Tatanteil beiträgt (BGE 121 IV 202 E. 2d/cc). Der Beschuldigte bestritt an der Hauptverhandlung seine Täterschaft mangels Unrechtsbewusstseins. Vorliegend kann somit nicht von einem strafmindernden Geständnis gesprochen werden, da der Beschuldigte im Hauptantrag einen Frei- spruch beantragte (TPF 5.721.014).

E. 13.6

Strafmilderung

E. 13.6.1

War der Verbotsirrtum vermeidbar, so mildert das Gericht die Strafe (Art. 21 Satz 2 StGB). Dies war vorliegend der Fall, wobei der Irrtum nicht während der ganzen Tatzeit bestand

und zudem leicht vermeidbar gewesen wäre. Dem Beschuldigten ist eine Reduktion von 10 Tagessätzen zu gewähren.

E. 13.6.2

Verfahrensdauer und Nähe zur Verjährung

E. 13.6.2.1

Als obligatorischer Strafmilderungsgrund ist Art. 48 lit. e StGB zu beachten. Gemäss dieser Bestimmung ist die Strafe zu mildern, wenn das Strafbedürfnis in Anbetracht der seit der Tat verstrichenen Zeit deutlich vermindert ist und der Täter sich in dieser Zeit wohlverhalten hat. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung trifft ersteres in jedem Fall zu, wenn seit der Tatbegehung zwei Drittel der Verjährungsfrist verstrichen sind (BGE 140 IV 145 E. 3.1 mit Verweis auf BGE 132 IV I E. 6.2; Urteil des Bundesgerichts 6B_664/2015 vom 18. September 2015 E. 1.1). Wohlverhalten als zusätzliche Voraussetzung der Strafmilderung bedeutet gesetzesstreu Verhalten nach der Tat und setzt damit gänzlich Fehlen von strafbaren Handlungen voraus (vgl. Urteil des Bundesstrafgerichts SK.2019.44 vom 4. Juli 2019 E. 3.6.2; TRECHSEL/SEELMANN, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 4. Aufl. 2021, Art. 48 StGB N. 25 StGB; MATHYS, Leitfaden Strafzumessung, 2. Aufl. 2019, N. 339 ff.). Die objektiven und subjektiven Voraussetzungen für eine Strafmilderung sind zweifelsfrei erfüllt. Wie dargelegt wurde, beträgt die Verjährungsfrist vorliegend 10 Jahre und begann mit Beendigung des Delikts am 10. Juli 2014 zu laufen (E. 3.5). Vorliegend sind im Urteilszeitpunkt vom 21. Juni 2024 fast 10 Jahre seit

- 28 - SK.2024.13 Tatbegehung verstrichen. Das Strafbedürfnis hat sich daher aufgrund der seit der Tat verstrichenen langen Zeitdauer erheblich vermindert. Die objektiven Voraussetzungen für eine Strafmilderung sind somit erfüllt. Auf der subjektiven Seite hat sich der Beschuldigte wohlverhalten. In Würdigung der Umstände und in Anwendung der Zweidrittel-Regel ist daher eine deutliche Strafmilderung angezeigt und dem Beschuldigten eine Reduktion von 120 Tagessätzen zu gewähren.

E. 13.6.2.2

a) Neben dem Strafmilderungsgrund des Zeitablaufs ist von Amtes wegen die Verletzung des Beschleunigungsgebots zu prüfen. Gemäss Art. 6 Abs. 1 EMRK muss das Urteil in einem Strafverfahren innerhalb angemessener Zeit ergehen. Jede Person hat in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf Beurteilung innert angemessener Frist (Art. 29 BV). Die Beurteilung der angemessenen Verfahrensdauer entzieht sich starren Regeln. Ob sich die Dauer als angemessen erweist, ist in jedem Einzelfall unter Würdigung aller konkreten Umstände zu prüfen (vgl. BGE 130 I 312 E. 5.2 S. 332 mit Hinweisen; BGE 143 IV 373 6. 1.3.1 S. 377). Kriterien für die Angemessenheit der Verfahrensdauer sind etwa die Schwere des Tatvorwurfs, die Komplexität des Sachverhalts, die dadurch gebotenen Untersuchungshandlungen, das Verhalten des Beschuldigten und dasjenige der Behörden. Wirkt keiner der Verfahrensunterbrüche stossend, ist eine Gesamtbetrachtung vorzunehmen. Als krasse Lücken erscheinen nach der Rechtsprechung eine Untätigkeit von 13 oder 14 Monaten im Stadium der Untersuchung, eine Frist von vier Jahren für den Entscheid über eine Beschwerde gegen eine Anklagehandlung oder eine Frist von zehn oder elfeinhalb Monaten für die Weiterleitung eines Falles an die Beschwerdeinstanz (BGE 133 IV 158 E. 8 S. 170; 130 IV 54 E. 3; 124 I 139 E. 2a; 117 IV 124 E. 3 und 4). b) Das vorliegende Verfahren wurde am 14. September 2018 eröffnet. Am

30. Juni 2020 wurde gegen den Beschuldigten der Strafbescheid in Abwesenheit erlassen. Er hat, da sein Aufenthaltsort nicht ausfindig gemacht werden konnte, nicht am Verfahren teilnehmen können, woran ihn kein Verschulden trifft. Nach eigenen Angaben erhielt er am 6. Mai 2021 Kenntnis vom gegen ihn geführten Verwaltungsstrafverfahren. Gestützt auf die Eingabe des Beschuldigten vom 28. Mai 2021 wurde er in das Verfahren mit Verfügung vom 10. Juni 2021 wieder eingesetzt und das Verfahren neu durchgeführt. Rund vier Jahre nach der ursprünglichen Eröffnung des Verfahrens und rund eineinhalb Jahre nach der Wiedereinsetzung wurde am 5. Januar 2023 der Strafbescheid II gegen den Beschuldigten erlassen, wogegen er Einsprache erhoben hat und gestützt worauf nun, gut fünf Jahre nach der ursprünglichen Verfahrenseröffnung und rund zwei einhalb Jahre nach der Wiedereinsetzung, die angefochtene Strafverfügung erging. Für die Beurteilung, ob das strafprozessuale Beschleunigungsgebot verletzt ist, ist nur die Verfahrensdauer ab dem Zeitpunkt der Information der beschuldigten Person über das eröffnete Strafverfahren massgeblich (vgl. Urteile des Bundesgerichts 6B_545/2015 vom 10. Februar: 2016 E. 4.1; 6B_1097/2014

- 29 - SK.2024.13 vom 16. September 2015 E. 4; 6S.98/2003 vom 22. April 2004 E. 2.1; Urteil der Berufungskammer des Bundesstrafgerichts CA.2020.10 vom 2. August 2021 E. I/5-2). Vorliegend hat der Beschuldigte am 8. Mai 2021 Kenntnis vom Verfahren erhalten. Somit ergeht der vorliegende Entscheid innerhalb von rund drei Jahren, was unter Berücksichtigung der Fristerstreckungsgesuche des Beschuldigten, des Verfahrens auf Gewährung der amtlichen Verteidigung wegen Bedürftigkeit mit nur zögerlich zur Verfügung gestellten Angaben und Belege zu seinen finanziellen Verhältnissen sowie mit Blick auf das enthaltene Einspracheverfahren insgesamt keine überlange Verfahrensdauer darstellt. Krasse Lücken in der Verfahrensführung des EFD sind nicht ersichtlich. Das Beschleunigungsgebot ist damit unter diesem Aspekt und angesichts der restriktiven bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht verletzt worden. Bloss am Rande ist zu bemerken, dass das EFD seine Untersuchungen auf die in der rechtskräftigen Verfügung der FINMA vom 9. Januar 2015 festgestellten Erkenntnisse stützen konnte. Es erscheint daher auf den ersten Blick fraglich, ob die zwischen der Strafanzeige der FINMA vom 2. März 2015 beim EFD und der Verfahrenseröffnung durch das EFD vom 14. September 2018 verstrichene Zeitspanne von rund dreieinhalb Jahre angesichts des Tatvorwurfs und Komplexität des Falles noch angemessen ist, was aber vorliegend aufgrund des Gesagten nicht näher zu klären ist. Auf jeden Fall ist es unter spezial- und generalpräventiven Gesichtspunkten nicht optimal, über ein derartiges Vergehen als Gericht erst zehn Jahre nach der Tat entscheiden zu können.

E. 13.7

In Würdigung sämtlicher Strafzumessungsfaktoren ist wegen unbefugter Entgegennahme von Publikumsseinlagen gemäss aArt. 46 Abs. 1 lit. a BankG eine Geldstrafe von 110 Tagessätzen auszusprechen.

E. 13.8

Höhe des Tagessatzes Ein Tagessatz beträgt in der Regel mindestens 30 und höchstens 3'000 Franken (Art. 34 Abs. 2 Satz 1 StGB). Die Höhe des Tagessatzes bestimmt sich nach den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen des Täters im Zeitpunkt des Urteils, namentlich nach Einkommen und Vermögen, Lebensaufwand, allfälligen Familien- und Unterstützungspflichten sowie nach dem Existenzminimum (Art. 34 Abs. 2 Satz 2 StGB).

Die vorgelegten Dokumente und vom Beschuldigten gemachten Angaben ergeben kein schlüssiges und kohärentes Bild von seiner finanziellen Situation. Unklar ist nebst seinen schwankenden Einkünften, inwiefern und in welcher Höhe die dem gebundenen Vermögen zuzuordnenden angeblichen Aktienanteile an einer Mine in Afrika aktuell tatsächlich irgendwelchen substanziellen Marktwert haben. Sofern auf die Steuerunterlagen abgestellt wird, sind die Aktien wertlos. Ausgehend von einem monatlichen geschätzten durchschnittlichen Nettoeinkommen von Fr. 2'500.--, den Ausgaben für die monatliche Miete von Fr. 750.--, der Krankenkassenprämie von monatlich Fr. 250.-- und den - 30 - SK.2024.13 Steuern ist die Höhe des Tagessatzes auf Fr. 60.-- festzusetzen. Die Geldstrafe beträgt somit 110 Tagessätze à Fr. 60.--.

E. 13.9

Bedingter Vollzug

E. 13.9.1

Das Gericht schiebt den Vollzug einer Geldstrafe in der Regel auf, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten (Art. 42 Abs. 1 StGB). Schiebt das Gericht den Vollzug einer Strafe ganz oder teilweise auf, so bestimmt es dem Verurteilten eine Probezeit von zwei bis fünf Jahren (Art. 44 Abs. 1 StGB).

E. 13.9.2

Dem Beschuldigten kann keine ungünstige Prognose gestellt werden, die einen bedingten Strafvollzug ausschliessen würde. Er ist sozial integriert und es liegen keine Anhaltspunkte vor, die ernstlich gegen ein künftiges Wohlverhalten sprechen würden. Der bedingte Strafvollzug kann dem Beschuldigten somit gewährt werden. Aufgrund der guten Legalprognose ist die Probezeit auf zwei Jahre festzusetzen.

E. 14

Ersatzforderung

E. 14.1

Sind die der Einziehung unterliegenden Vermögenswerte nicht mehr vorhanden, weil sie bspw. verbraucht, versteckt, veräussert oder ins Ausland verbracht wurden (Trechsel/Jean-Richard, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 4. Aufl. 2021, Art. 71 StGB N. 1), so erkennt das Gericht auf eine Ersatzforderung des Staates in gleicher Höhe (Art. 71 Abs. 1 StGB). Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts soll die Regelung in Art. 71 Abs. 1 StGB verhindern, dass derjenige, der sich einschlägiger Vermögenswerte entledigt hat, bessergestellt wird, als jemand, der sie behalten hat (BGE 129 IV 107 E. 3.2). Das Gericht kann von einer Ersatzforderung ganz oder teilweise absehen, wenn diese voraussichtlich uneinbringlich wäre oder die Wiedereingliederung des Betroffenen ernstlich behindern würde (Art. 71 Abs. 2 StGB). Die Voraussetzungen für eine Ersatzforderung gegen den Beschuldigten sind grundsätzlich erfüllt. Der Beschuldigte erzielte einen Deliktserlös von rund EUR 2,1 Mio., welcher nicht mehr vorhanden ist. Trotzdem ist von einer Ersatzforderung abzugehen. Der Beschuldigte verfügt über ein monatliches Nettoeinkommen von ca. Fr. 2'500.-- und über kein Vermögen. Sodann ist er bereits 68-jährig und eine merkliche Verbesserung seiner finanziellen Situation nicht zu erwarten. Aufgrund voraussichtlicher Uneinbringlichkeit ist von einer Ersatzforderung

daher abzusehen.

E. 15

Verfahrenskosten

E. 15.1

Die Kosten des Verfahrens der Verwaltung bestehen in den Barauslagen, mit Einschluss der Kosten der Untersuchungshaft und der amtlichen Verteidigung, in

- 31 - SK.2024.13 einer Spruchgebühr und in den Schreibgebühren (Art. 94 Abs. 1 VStrR). Die Höhe der Spruch- und der Schreibgebühr bestimmt sich nach einem vom Bundesrat aufzustellenden Tarif (Art. 94 Abs. 2 VStrR). Die Spruchgebühr beträgt gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. c der Verordnung vom 25. November 1974 über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsstrafverfahren (SR 313.32) für eine Strafverfügung zwischen Fr. 100.-- und Fr. 10'000.--, die Schreibgebühr Fr. 10.-- je Seite für die Herstellung des Originals (Art. 12 Abs. 1 lit. a). Gestützt darauf wurden die Verfahrenskosten in der Strafverfügung vom 14. November 2023 auf eine Spruchgebühr von Fr. 3'000.-- festgelegt, zuzüglich einer Schreibgebühr von Fr. 350.--, ausmachend total Fr. 3'350.--. Diese Kosten sind nicht zu beanstanden. Es wird aber auf die nachfolgenden Ausführungen verwiesen (E. 15.2).

E. 15.2

Die Kosten des gerichtlichen Verfahrens und deren Verlegung bestimmen sich, vorbehältlich der Bestimmungen über den Rückzug des Gesuchs um gerichtliche Beurteilung (Art. 78 Abs. 4 VStrR), nach den Art. 417–428 StPO (Art. 97 Abs. 1 VStrR). Nach Art. 424 Abs. 1 StPO regeln Bund und Kantone die Berechnung der Verfahrenskosten und legen die Gebühren fest. Der Bund hat dies im Reglement des Bundesstrafgerichts vom 31. August 2010 über die Kosten, Gebühren und Entschädigungen in Bundesstrafverfahren getan (BStKR; SR 173.713.162). Der Gebührenrahmen für die Untersuchung beträgt im Falle eines Strafbefehls Fr. 200.-- bis Fr. 20'000.-- (Art. 6 Abs. 4 lit. a BStKR), im Falle einer Anklageerhebung Fr. 1'000.-- bis Fr. 100'000.-- (Art. 6 Abs. 4 lit. c BStKR). Die Gebühr für die Strafverfügung deckt den Fall der Anklageerhebung – als solche gilt auch der dem Gericht unterbreitete Strafbefehl gemäss StPO bzw. die Strafverfügung der Verwaltung gemäss VStrR – nicht ab. Die verwaltungsinterne Gebührenberechnung gemäss Erwägung 15.1 ist in Analogie zur Gebührenerhebung durch die Bundesanwaltschaft im Falle eines Strafbefehls zu betrachten (Art. 6 Abs. 4 lit. a BStKR). Daher wird die Gebühr für das Vorverfahren (Fr. 3'350.--) in sinngemässer Anwendung von Art. 6 Abs. 4 lit. c BStKR (Fr. 2'000.-- für die Anklageerhebung) auf insgesamt Fr. 5'350.-- festgelegt. Die Spesen für die Vertretung der Anklage sind in dieser Gebühr enthalten (Entscheid des Bundesstrafgerichts SK.2011.6 vom 22. Juli 2011 E. 10.3). Im Hauptverfahren vor der Strafkammer des Bundesstrafgerichts als Einzelgericht beträgt die Gerichtsgebühr Fr. 200.-- bis Fr. 50'000.-- (Art. 7 lit. a BStKR). Die Höhe der Gebühr richtet sich nach Bedeutung und Schwierigkeit der Sache, der Vorgehensweise der Parteien, ihrer finanziellen Situation und dem Kanzleiaufwand (Art. 5 BStKR). In Berücksichtigung dessen, namentlich der finanziellen Situation des Beschuldigten, wird die Gerichtsgebühr auf Fr. 2'500.-- festgelegt.

- 32 - SK.2024.13 Die auferlegbaren Auslagen des Gerichts betragen Fr. 150.-- (Spesen Kanzlei).

E. 15.3

Die beschuldigte Person trägt die Verfahrenskosten, wenn sie verurteilt wird (Art. 426 Abs. 1 Satz 1 StPO). Die Kosten der Verwaltung können im Urteil gleich verlegt werden wie die Kosten des gerichtlichen Verfahrens (Art. 97 Abs. 2 VStrR). Der Beschuldigte wird verurteilt. Er hat daher die Kosten der Verwaltung und des gerichtlichen Verfahrens zu tragen. Den finanziellen Verhältnissen des Beschuldigten ist bei der Bestimmung der Gerichtsgebühr Rechnung zu tragen, was vorliegend erfolgt ist (E. 15.2). Die Verfahrenskosten belaufen sich auf total Fr. 8'000.--.

E. 16

Entschädigung

E. 16.1

Die Entschädigung der amtlichen Verteidigung wird in Bundesstrafverfahren nach dem Anwaltstarif des Bundes – gemäss BStKR – festgesetzt (Art. 135 Abs. 1 StPO). Die Entschädigung wird durch die Staatsanwaltschaft des Bundes oder das urteilende Gericht am Ende des Verfahrens festgelegt (Art. 135 Abs. 2 StPO). Die Anwaltskosten umfassen das Honorar und die notwendigen Auslagen, namentlich für Reise, Verpflegung und Unterkunft sowie Porti und Telefonspesen (Art. 11 Abs. 1 BStKR). Das Honorar wird nach dem notwendigen und ausgewiesenen Zeitaufwand bemessen. Der Stundenansatz beträgt mindestens Fr. 200.-- und höchstens Fr. 300.-- (Art. 12 Abs. 1 BStKR). Bei Fällen im ordentlichen Schwierigkeitsbereich, d.h. für Verfahren ohne hohe sachliche oder rechtliche Komplexität, beträgt der Stundenansatz gemäss ständiger Praxis der Strafkammer Fr. 230.-- für Arbeitszeit und Fr. 200.-- für Reise- und Wartezeit (Beschluss des Bundesstrafgerichts BK.2011.21 vom 24. April 2012 E. 2.1; Urteil des Bundesstrafgerichts SN.2011.16 vom 5. Oktober 2011 E. 4.1). Der Stundenansatz für Praktikanten beträgt praxisgemäss Fr. 100.-- (Urteil des Bundesstrafgerichts SK.2015.4 vom 18. März 2015 E. 9.2). Die Auslagen werden im Rahmen der Höchstansätze aufgrund der tatsächlichen Kosten vergütet (Art. 13 BStKR). Gemäss Art. 14 BStKR kommt die Mehrwertsteuer zum Honorar und den Auslagen hinzu. Nach Art. 135 Abs. 4 lit. a StPO hat die beschuldigte Person, welche zu den Verfahrenskosten verurteilt wird, dem Bund die Entschädigung der amtlichen Verteidigung zurückzuzahlen, sobald es ihre wirtschaftlichen Verhältnisse erlauben.

E. 16.2

Das vorliegende Verfahren stellte in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht keine überdurchschnittlichen Anforderungen an die Verteidigung. Der Stundenansatz ist daher praxisgemäss für die anwaltliche Tätigkeit auf Fr. 230.-- sowie auf Fr. 200.-- für die Reisezeit festzusetzen (vgl. E. 16.1).

- 33 - SK.2024.13

E. 16.3.1

Mit Verfügung des EFD vom 20. September 2022 wurde Rechtsanwalt Benjamin Leupi-Landtwing in Anwendung von Art. 33 VStrR rückwirkend ab dem 12. April 2022 als amtlicher Verteidiger von A. bestellt (EFD 050 0245). Die amtliche Verteidigung im Vorverfahren erstreckt sich auf das gerichtliche Verfahren (in fine Art. 134 StPO). Die Strafkammer ist zur Festlegung der amtlichen Verteidigung zuständig (Art. 135 Abs. 2 StPO).

E. 16.3.2

Der Verteidiger beantragt mit Kostennote vom 18. Juni 2024 die Ausrichtung eines Honorars von total Fr. 18'415.70 (inkl. MWST), inklusive dem geschätzten Aufwand für die Teilnahme an der Hauptverhandlung sowie Studium des Urteils (TPF 5.721.031). Die Kostennote beinhaltet ebenfalls den Aufwand einer beigelegten Kostennote (nachfolgend: Honorarnote: 2). Das geltend gemachte Honorar setzt sich aus einem Zeitaufwand von 62.83 Stunden Arbeitszeit zu einem Ansatz von Fr. 230.-- und Auslagen von Fr. 517.55, ausmachend Fr. 16'174.10 (inkl. MWST) für den Aufwand in der Zeit vom 13. September 2022 bis 10. Juli 2024 (Honorarnote 1) sowie einem Zeitaufwand von 7.25 Stunden Arbeitszeit zu einem Ansatz von Fr. 300.-- und Auslagen von Fr. 66.60, ausmachend Fr. 2'414.20 (inkl. MWST) für die Zeit vom 12. April 2022 bis 15. Juli 2022 (Honorarnote 2) zusammen.

E. 16.3.3

Das Honorar für den ausgewiesene Zeitaufwand erscheint, mit folgenden Berichtigungen, gerechtfertigt: Honorarnote 1: In Bezug auf die Zeitperiode vom 13. September 2022 bis 10. Juli 2024 ist zu vorab festzustellen, dass die einzelnen Zeiteinheiten in der Leistungsübersicht – entgegen den Vorgaben im abgegebenen Merkblatt – teilweise mehrere Leistungsträger (Aktenstudium, Eingabe, Telefonat) umfassen, sodass nicht genau aufgeschlüsselt werden kann, wieviel Arbeitszeit beim einzelnen Leistungsträger effektiv anfiel (z.B. 13.03.2024; Aktenstudium, Gedanken bezüglich möglicher Beweisanträge; diverse E-Mails von A.; Scheiben an Bundesstrafgericht: 1 Stunde). Beim Leistungsträger «Aktenstudium» ist zu konstatieren, dass dieser angesichts der Komplexität und Umfangs des Falles unverhältnismässig viel in Rechnung gestellt wird (21.11.2023: 1.15 Std.; 22.11.2023: 1.45 Std.; 13.03.2024: 1 Std.; 19.04.2024: 0.45 Std.; 29.04.2024: 2 Std.; 06.05.2024: 2.80 Std.; 06.05.2024: 1.10 Std.; 06.05.2024: 1.65 Std.; 10.05.2024: 1.90 Std.; 10.05.2024: 5.55 Std.; 10.05.2024: 1.05 Std.; 24.05.2024: 0.65 Std.). Der geltend gemachte Arbeitsaufwand, in welchem unter anderem der Leistungsträger «Aktenstudium» vorkommt, umfasst total 20.75 Stunden. Dies ist unangemessen hoch, selbst unter Berücksichtigung, dass der Zeitaufwand pro jeweilige Zeiteinheit noch weitere Positionen (z.B. Telefonate, E-Mails etc.) mitumfasst, gibt doch die rechtskräftige Verfügung der FINMA vom 9. Januar 2015 aufgrund der Bindungswirkung den Sachverhalt vor (vgl. E. 10.1). In der Hauptsache ging es lediglich um die Irrtumsproblematik, was den geltend gemachten Aufwand nicht rechtfertigt. Ausserdem ist zu berücksichtigen, dass die Honorarnote einen separaten

- 34 - SK.2024.13 Leistungsträger «Studium» beinhaltet, welcher ebenfalls teils Aufwand im Zusammenhang mit dem Aktenstudium beinhaltet (z.B. 10.07.2024; Studium Entscheidung Bundesstrafgericht). Auch insofern rechtfertigt sich die vorgenommene Kürzung des Leistungsträgers «Aktenstudium». Der Leistungsträger in welchem das Aktenstudium vorkommt, ist daher um die Hälfte auf 10.38 Stunden zu kürzen. Der geltend gemachte Aufwand für die «Arbeit am Plädoyer» von 10.6 Stunden ist aus genannten Gründen ebenfalls unangemessen hoch und ist um ■ auf 7.06 Stunden zu kürzen. Dies betrifft ebenfalls den geltend gemachten Aufwand für das Studium des Urteils von 3 Stunden, welcher um ■ auf 1 Stunde zu kürzen ist. Die geltend gemachten Auslagen sind im Übrigen angemessen. Demnach resultiert für die Zeit vom 13. September 2022 bis 10. Juli 2024 ein Honorar Fr. 12'225.20 (Zeitaufwand 46.92 Stunden x Fr. 230.-- = Fr. 10'791.60; Auslagen Fr. 517.55; Fr. 916.05 MWST). Honorarnote 2: Der Stundenansatz ist für die Zeit vom 12. April 2022 bis 15. Juli 2024 praxisgemäss auf Fr. 230.-- festzusetzen. Das Honorar für die

Arbeitszeit in der Zeit vom 12. April 2022 bis 15. Juli 2024 ist somit auf effektiv Fr. 1'667.50 (7.25 x Fr. 230.--) festzusetzen. Das totale Honorar beträgt somit Fr. 1'867.65 (Honorar für Zeitaufwand: Fr. 1'667.50; Auslagen Fr. 66.60; MWST Fr. 133.52) Die geltend gemachten Auslagen sind übrigens angemessen.

E. 16.3.4

Im Ergebnis resultiert demnach ein Betrag von Fr. 14'092.85 (inkl. MWST). Rechtsanwalt Benjamin Leupi-Landtwing ist in diesem Umfang für die amtliche Verteidigung des Beschuldigten A. durch die Eidgenossenschaft zu entschädigen. Allfällige bereits geleistete Akontozahlungen sind in Abzug zu bringen.

E. 16.3.5

Der Beschuldigte A. hat der Eidgenossenschaft für die Entschädigung der amtlichen Verteidigung Ersatz zu leisten, sobald es seine wirtschaftlichen Verhältnisse erlauben (Art. 135 Abs. 4 StPO).

E. 17

Angesichts des Verfahrensausgangs hat der Beschuldigte weder einen Anspruch auf Entschädigung noch Genugtuung (Art. 429 Abs. 1 StPO e contrario).

- 35 - SK.2024.13 Der Einzelrichter erkennt: I.

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