

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

6B 871/2018

Urteil vom 26. April 2019

Strafrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Denys, Präsident,
Bundesrichter Oberholzer, Rüedi,
Gerichtsschreiber Matt.

Verfahrensbeteiligte
A. _____, vertreten durch
Rechtsanwalt Franz Szolansky,
Beschwerdeführerin,

gegen

Bundesanwaltschaft, Taubenstrasse 16,
3003 Bern,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand
Ersatzforderung,

Beschwerde gegen das Urteil des Bundesstrafgerichts, Strafkammer, vom 19. Dezember 2017 (SK.2017.19).

Sachverhalt:

A.
Am 19. Dezember 2017 sprach das Bundesstrafgericht X. _____ des Ausnützens von Insiderinformationen im Zusammenhang mit Fusionsverhandlungen zwischen U. _____ Ltd. und V. _____ SA schuldig. Es verurteilte mehrere Klienten des Beschuldigten zu Ersatzforderungen zugunsten der Eidgenossenschaft, darunter A. _____ im Betrag von Fr. 1'098'589.50.

B.
Mit Beschwerde in Strafsachen beantragt A. _____, die Ersatzforderung sei aufzuheben.

Erwägungen:

1.
Zur Beschwerde in Strafsachen ist berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat und ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheides hat (Art. 81 Abs. 1 lit a und lit. b BGG). Die Beschwerdeführerin fällt nicht unter die in Art. 81 Abs. 1 lit. b BGG ausdrücklich genannten Beschwerdeberechtigten. Sie ist eine durch Verfahrenshandlungen beschwerte Dritte, der die zur Wahrung ihrer Interessen erforderlichen Verfahrensrechte einer Partei zustehen, soweit sie in ihren Rechten unmittelbar betroffen ist (Art. 105 Abs. 1 lit. f i.V.m. Abs. 2 StPO). Die Beschwerdeführerin hat am Verfahren teilgenommen und ist daher grundsätzlich zur Beschwerde in Strafsachen gegen die Einziehung legitimiert, soweit sie ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung des Entscheides hat (Urteil 6B 113/2018 vom 7. November 2018 E. 1).

2.

2.1.

2.1.1. Nach Art. 70 Abs. 1 StGB verfügt das Gericht die Einziehung von Vermögenswerten, die durch eine Straftat erlangt worden sind, sofern sie nicht dem Verletzten zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes ausgehändigt werden. Die Einziehung ist ausgeschlossen, wenn ein Dritter die Vermögenswerte in Unkenntnis der Einziehungsgründe erworben hat und soweit er für sie eine gleichwertige Gegenleistung erbracht hat oder die Einziehung ihm gegenüber sonst eine unverhältnismässige Härte darstellen würde (Art. 70 Abs. 2 StGB). Sind die der Einziehung unterliegenden Vermögenswerte nicht mehr vorhanden, so erkennt das Gericht nach Art. 71 Abs. 1 StGB auf eine Ersatzforderung des Staates in gleicher Höhe, gegenüber einem Dritten jedoch nur, soweit dies nicht nach Art. 70 Abs. 2 StGB ausgeschlossen ist. 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).

Einziehung und Ersatzforderung sind strafrechtliche sachliche Massnahmen; sie sind zwingend anzuordnen, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind (BGE 139 IV 209 E. 5.3; MARCEL SCHOLL, in: Jürg-Beat Ackermann [Hrsg.], Kommentar, Kriminelles Vermögen, Kriminelle Organisationen, [Einziehung/Kriminelle Organisationen/ Finanzierung des Terrorismus/Geldwäscherei], Bd. 1, Zürich 2018, N. 105 zu Art. 70 StGB); NIKLAUS SCHMID, Kommentar, Einziehung Organisiertes Verbrechen Geldwäscherei, Bd. I, 2. Aufl. 2007, N. 98 zu Art. 70-72 StGB).

2.1.2. Die Einziehung bezweckt den Ausgleich deliktischer Vorteile. Der Täter soll nicht im Genuss eines durch eine strafbare Handlung erlangten Vermögensvorteils bleiben. Damit dienen die Einziehungsbestimmungen der Verwirklichung des sozialetischen Gebots, nach welchem sich strafbares Verhalten nicht lohnen soll (BGE 144 IV 1 E. 4.2.1; 141 IV 155 E. 4.1; je mit Hinweisen). Die gleichen Überlegungen gelten für Ersatzforderungen des Staates. Es soll verhindert werden, dass derjenige, welcher die Vermögenswerte bereits verbraucht bzw. sich ihrer entledigt hat, besser gestellt wird als jener, der noch über sie verfügt (BGE 140 IV 57 E. 4.1.2; 123 IV 70 E. 3; je mit Hinweisen). Die Ersatzforderung entspricht daher in ihrer Höhe grundsätzlich den Vermögenswerten, die durch die strafbaren Handlungen erlangt worden sind und der Vermögensseinziehung unterlägen, wenn sie noch vorhanden wären. Dem Sachgericht steht bei der Anordnung einer Ersatzforderung ein grosser Spielraum des Ermessens zu, das es unter Beachtung aller wesentlichen Gesichtspunkte pflichtgemäss auszuüben hat (zum Ganzen: Urteile 6B 28/2018 vom 7. August 2018 E. 12.3; 6B 1304/2017 vom 25. Juni 2018 E. 5.3).

Als Anlasstat der Ausgleichseinziehung oder Ersatzforderung kommen alle strafbaren Handlungen des eidgenössischen und kantonalen Rechts unabhängig von der Deliktsart in Frage. Die Straftat muss weder gegen das Vermögen, noch auf eine unrechtmässige Bereicherung gerichtet sein. Die Einziehung oder Ersatzforderung erfolgt bzw. besteht grundsätzlich ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit einer bestimmten Person. Es genügt eine objektiv und subjektiv tatbestandsmässige und rechtswidrige Tat (BGE 141 IV 155 E. 4.1). Ebenfalls nicht massgebend sind rechtliche oder tatsächliche Strafverfolgungshindernisse. Gegen Dritte findet die Einziehung allein in Art. 70 Abs. 2 und 3 StGB ihre Schranken (FLORIAN BAUMANN, in Basler Kommentar, Strafrecht I, 4. Aufl. 2019, N. 17 ff. zu Art. 70/71 StGB; NIKLAUS SCHMID, a.a.O., N. 23 ff. und N. 27 zu Art. 70-72 StGB). Erforderlich ist ein Kausalzusammenhang zwischen der Straftat und dem erlangten Vermögenswert. Der Vorteil muss nach der Rechtsprechung "in sich" unrechtmässig sein. Dies ist der Fall, wenn die fragliche Handlung objektiv verboten ist (BGE 144 IV 1 E. 4.2.1; 141 IV 155 E. 4.1; Urteil 6B 1091/2017 vom 15. August 2018 E. 2.2; je mit Hinweisen). Die einziehungs begründenden Umstände (Anlasstat,

Tatkonnex, Umfang der Vermögenswerte bzw. des Deliktsvorteils; Bösgläubigkeit oder mangelnde Gegenleistung) sind - unter Vorbehalt der Schätzung - vom Strafgericht gemäss den üblichen strafprozessualen Grundsätzen zu beweisen. In analoger Anwendung der Unschuldsvermutung müssen sich Zweifel an den Einziehungsvoraussetzungen zugunsten des davon Betroffenen auswirken (FLORIAN BAUMANN, a.a.O., N. 39 zu Art. 70/71 StGB und N. 18 zu Art. 72 StGB).

2.1.3. Die vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellung kann nur gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 BGG; Art. 105 Abs. 1 und 2 BGG). Offensichtlich unrichtig ist die Sachverhaltsfeststellung, wenn sie willkürlich ist (BGE 141 IV 317 E. 5.4). Dies ist der Fall, wenn der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist oder mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht. Dass eine andere Lösung oder Würdigung ebenfalls vertretbar oder gar zutreffender erscheint, genügt nicht (BGE 143 IV 241 E. 2.3.1). Die Willkür rüge muss explizit vorgebracht und substantiiert begründet werden. Auf ungenügend begründete Rügen oder appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid tritt das Bundesgericht nicht ein.

2.2. Die Vorinstanz begründet überzeugend, weshalb sie als erstellt erachtet, dass der Beschuldigte spätestens ab dem 26. März 2014 von einer nicht identifizierten Quelle vertrauliche, kursrelevante Informationen über den Verlauf von Fusionsverhandlungen zwischen U._____ Ltd. und V._____ SA erhalten hat. Sie schliesst dies nachvollziehbar primär aus 18 Aktien- und Optionskäufen beider Titel für rund Fr. 1'700'000.--, welche der Beschuldigte bis zum 4. April 2014 für sich und mehrere Klienten tätigte. Davon betreffen sieben Aktionen zwischen 27. März und 4. April 2014 Optionen mit Verfallsdatum 17. April bis 20. Juni 2014 für über EUR 460'000.-- die Beschwerdeführerin. Als die Fusionsverhandlungen am 4. April 2014 offiziell bekannt wurden, notierten die Aktien der beiden Unternehmen per Handelsschluss gegenüber dem Vortageschlusskurs um 6.86% resp. 8.90% im Plus.

Die Vorinstanz erwägt, weder die allgemeine Nachrichtenlage noch die vom Beschuldigten als Grund für den Optionenerwerb genannte Marktanalyse hätten einen derartigen Kursanstieg innert weniger Handelstage nahe gelegt. Zudem habe der Beschuldigte nie zuvor mit Effekten der V._____ SA gehandelt und ausgesagt, üblicherweise nur auf einen Basiswert zu setzen und diesen längere Zeit zu beobachten. Die Investition derart hoher Beträge in einem sehr kurzen Zeitraum in Derivate zweier Unternehmen derselben Branche entspreche daher nicht seinem üblichen Vorgehen. Angesichts des hohen Risikos bei kurzen Restlaufzeiten der Optionen erscheine wenig glaubhaft, dass der Beschuldigte diese allein gestützt auf eine allgemeine Markteinschätzung erworben haben wolle. Es liege vielmehr nahe, dass er sichere Kenntnis von einem bevorstehenden Ereignis gehabt habe, das den Aktienkurs mit grosser Wahrscheinlichkeit erheblich ansteigen lassen würde, wie dies bei einer Fusion der Fall sei. Auffällig seien zwei weitere Optionskäufe, welche der Beschuldigte ebenfalls kurz vor nicht angekündigten kursrelevanten Ereignissen getätigt habe und die er auch nicht plausibel erklären könne. Die von ihm genannten Gründe würden die dem Kaufentschluss angeblich zugrunde liegende mittel- bis längerfristige Markteinschätzung anhand allgemeiner Studien belegen, nicht aber den Erwerb kurzfristiger Optionen erklären. Die Motivation hierfür bestehe vielmehr darin, den möglichen Inhalt eines angekündigten Ereignisses, welches zu einer voraussichtlich positiven oder negativen Kursentwicklung führe, vorzusehen. Wenngleich dem Beschuldigten mit Bezug auf die weiteren Optionskäufe kein strafbares Verhalten habe nachgewiesen werden können, indiziere auch dieses Verhalten, dass ihn jemand mit Insiderinformationen versorgt habe. Dies gelte umso mehr, als er vor den nicht angekündigten Fusionsverhandlungen ausser Optionen auch Aktien der beiden involvierten Unternehmen erworben und diesen Entschluss ebenfalls mit positiven Anzeichen für die Branche begründet habe, was aber die insoweit gleich geschalteten Anlageentscheidungen nicht erkläre. Diese seien insgesamt nur unter der Annahme sicheren Insiderwissens plausibel.

2.3.

2.3.1. Was die Beschwerdeführerin gegen die vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellung und Beweiswürdigung vorbringt, belegt keine Willkür. Von vornherein nicht zu hören ist sie, soweit sie zur Begründung ihres Standpunkts auf die Beschwerde des Beschuldigten verweist und diese zum integrierenden Bestandteil ihrer Beschwerde erklärt. Die Begründung muss in der Beschwerdeschrift selbst enthalten sein, und der Verweis auf Ausführungen in anderen Rechtsschriften oder auf die Akten genügt nicht (BGE 143 IV 122 E. 3.3; 141 V 416 E. 4; 138 IV 47 E. 2.8.1; je mit Hinweisen). Wenn die Beschwerdeführerin die Ersatzforderung sodann mit einer Verletzung des Anklageprinzips gegenüber dem Beschuldigten bestreitet, so verkennt sie, dass es darauf nicht ankommt. Der Bestand einer Ersatzforderung setzt weder die Verurteilung der beschuldigten Person voraus, noch sind rechtliche oder tatsächliche Strafverfolgungshindernisse dieser gegenüber massgebend (oben E. 2.1.2). Entscheidend ist einzig, ob eine objektiv und subjektiv tatbestandsmässige und rechtswidrige Tat vorliegt. Allein in diesem Rahmen sind mithin Rügen des von einer Ersatzforderung betroffenen Dritten zulässig (BGE 121 IV 365 E. 7c; Urteil 6B 523/2007 vom 18. Januar 2008 E. 5.2).

2.3.2. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin begründet die Vorinstanz überzeugend, weshalb sie die vom Beschuldigten in seiner schriftlichen Stellungnahme vom 16. Oktober 2017 genannte Erklärung für die inkriminierten Effektenkäufe als unglaubhaft beurteilt. Ihr ist zuzustimmen, dass eine allgemeine, der Branche sowie den Einzeltiteln positive Aussichten attestierende Marktanalyse - deren wesentlicher Inhalt im Übrigen bereits seit dem 28. Januar 2014 bekannt und deren Prognose auf einen Anlagehorizont von einem Jahr angelegt war - den Erwerb kurzfristiger Optionen im Umfang von rund einer halben Million Euro wenige Tage vor bzw. am Tag des Bekanntwerdens der Fusionsgespräche nicht plausibel zu erklären vermag. Es spricht auch nicht gegen die sichere Kenntnis des Beschuldigten von einem höchstwahrscheinlich kurstreibenden Ereignis, dass er im Vorfeld der Fusion in gewissem Umfang, angeblich für Fr. 100'000.--, Titel verkaufte und sog. Put-Optionen (Verkaufsoptionen) erwarb. Dieses risikomindernde Verhalten

entspricht vielmehr, nicht zuletzt angesichts des hohen in eine positive Kursentwicklung investierten Betrages, dem Vorgehen eines umsichtigen Anlegers, zumal der Kursverlauf naturgemäss nicht mit absoluter Sicherheit

prognostizierbar ist. Jedenfalls belegt dies keine Willkür. Abgesehen davon weist die Vorinstanz unter Verweis auf einschlägige Literatur zutreffend darauf hin, dass der ungefähre Ankündigungszeitpunkt möglicher kursrelevanter Ereignisse auch für erfahrene Analysten und Anleger ohne Insiderwissen so gut wie unmöglich vorherzusagen ist. Die Annahme, wonach die Transaktionen des Beschuldigten kaum zufällig unmittelbar vor und am Tag der Bekanntgabe der zuvor nicht angekündigten Fusionsverhandlungen erfolgten, ist daher nachvollziehbar. Nicht zu beanstanden ist schliesslich, dass die Vorinstanz weitere Effektenkäufe in ihre Erwägungen miteinbezieht, obwohl dem Beschuldigten insoweit kein strafbares Verhalten rechtsgenügend nachgewiesen werden konnte. Angesichts der überzeugend dargelegten Motivation für Optionsanlagen erscheint es in der Tat auffällig, dass der Beschuldigte mehrfach im Vorfeld nichtangekündigter Ereignisse namhafte Optionenkäufe tätigte. Von konstruierten Indizien, wie die Beschwerdeführerin behauptet, kann nicht die Rede sein.

3.

Die Beschwerdeführerin beanstandet die vorinstanzliche Gewinnberechnung.

3.1. Es ist nicht ersichtlich, dass die Vorinstanz das ihr bei der Anordnung und Bemessung der Ersatzforderung zustehende Ermessen pflichtwidrig ausgeübt oder in Verletzung von Bundesrecht wesentliche Gesichtspunkte ausser Acht gelassen hätte (vgl. oben E. 2.1.2).

3.1.1. Zunächst leuchtet nicht ein, weshalb das Abschöpfen des gesamten durch die Optionsgeschäfte effektiv erzielten Nettogewinns - anstatt eines anhand des ersten Kurses nach Bekanntgabe der Fusionsverhandlungen ermittelten theoretischen Gewinns - unrechtmässig sein soll. Als durch eine Straftat erlangter, eine Ersatzforderung des Staates begründender Vermögenswert im Sinne von Art. 70 f. StGB gilt jeder geldwerte bzw. wirtschaftliche Vorteil, der mit einer strafbaren Handlung in Zusammenhang steht (FLORIAN BAUMANN, a.a.O., N. 31 zu Art. 70/71 StGB). Gestützt auf das zum Sachverhalt Gesagte steht fest, dass die Beschwerdeführerin aufgrund von Insiderinformationen des Beschuldigten Gewinne aus Optionsgeschäften erzielte, welche sie ohne dieses Wissen nicht erlangt hätte. Diese Gewinne sind daher als durch eine Straftat erlangt zu qualifizieren. Da sie zudem tatsächlich realisiert wurden, bereitet die Berechnung keine Probleme, sodass hierfür nicht auf theoretische Konstrukte wie den zeitlich massgebenden Kurswert zurückgegriffen werden muss. Der von der Beschwerdeführerin zur Gewinnberechnung als massgebend postulierte Kurs exakt bei Bekanntgabe der Fusionsverhandlungen ergibt im Übrigen keinen Sinn. Dieser Zeitpunkt entspricht

quasi der Stunde Null, ab welcher sich der Kurs aufgrund der publizierten Mitteilung verändert, wobei vorliegend unbestrittenermassen eine erhebliche Erhöhung einsetzte. Fraglich kann somit nur sein, ob sich die Ersatzforderung nach dem Brutto- oder dem Nettogewinn bemisst, wobei die Vorinstanz nachvollziehbar letzteres annimmt. Zwar neigt das Bundesgericht zur Anwendung des Bruttoprinzips, es verlangt aber die Beachtung des allgemeinen Grundsatzes der Verhältnismässigkeit (BGE 141 IV 305 E. 6.3.3; 124 I 6 E. 4b/bb; je mit Hinweisen).

Soweit die Beschwerdeführerin eine differenzierte Betrachtungsweise bezüglich der Gewinnberechnung bei Aktien und Optionen ablehnt und zur Begründung auf Eingaben des Beschuldigten verweist, ist darauf wiederum nicht einzugehen (dazu oben E. 2.3.1). Im Übrigen begründet die Vorinstanz überzeugend, weshalb sie diesbezüglich eine Unterscheidung vornimmt. Sie erwägt, der Sinn und Zweck von Optionsgeschäften bestehe darin, innert kurzen Zeiträumen mit Spekulationsgeschäften aufgrund einer Hebelwirkung grosse Gewinne zu realisieren. Ihr ist zuzustimmen, dass hierbei - anders als beim Aktienerwerb - nach Bekanntwerden eines kursrelevanten Ereignisses aufgrund der exponentiellen Kursveränderung der Optionen für andere Marktteilnehmer nicht mehr dieselben Chancen auf den Erwerb der Optionen zu gewinnversprechenden Konditionen bestehen. Die Schlussfolgerung, wonach der durch den Insider ausgenützte Wissensvorsprung kausal für den gesamten aus den Optionsgeschäften erzielten Gewinn erscheine, ist überzeugend. Die unterschiedliche Behandlung von Aktien- und Optionsinhabern widerspricht dem Gleichbehandlungsgrundsatz nicht.

Auch die Berechnung des Gewinns, hinsichtlich welchem die Vorinstanz auf die Akten verweist, ist nicht zu beanstanden. Insbesondere hat sie die Aufwendungen zur Absicherung der Transaktion mittels sog. Put-Optionen augenscheinlich berücksichtigt. Die Beschwerdeführerin beschränkt sich darauf, die vorinstanzliche Berechnung pauschal zu bestreiten, ohne dieser indessen eine eigene gegenüber zu stellen. Der Einwand, wonach der geltend gemachte Betrag von demjenigen gemäss Anklageschrift abweiche, geht zudem fehl. Er verkennt, dass das Akkusationsprinzip für Einziehung

und Ersatzforderung nicht gilt. Der in der Anklageschrift genannte Betrag entspricht lediglich einem Antrag und muss nicht notwendigerweise mit demjenigen gemäss Urteil übereinstimmen. Die Ersatzforderung ist vom Gericht nach pflichtgemässen Ermessen zu ermitteln (FLORIAN BAUMANN, a.a.O., N. 18 zu Art. 72 StGB; NIKLAUS SCHMID, a.a.O., N. 148 zu Art. 70-72 StGB; oben 2.1.2). Nachdem der Beschuldigte für die Beschwerdeführerin keine Aktien erwarb, ist schliesslich nicht ersichtlich, was sie aus dem Umstand für sich ableiten will, dass die Vorinstanz zur Gewinnermittlung bei Aktien die Buchwerte per Tagesschlusskurs vom 4. April 2014 heranzieht. Inwiefern die Vorinstanz

ihre Begründungspflicht verletzt haben soll, ist unerfindlich.

3.1.2. Die Beschwerdeführerin bestreitet nicht, dass die an den Beschuldigten bezahlte pauschale Vermögensverwaltungsgebühr von 0,5% pro Jahr keine gleichwertige Gegenleistung für die erlangten Gewinne darstellt. Sie macht auch nicht geltend noch ist ersichtlich, dass die Ersatzforderung ihr gegenüber eine unverhältnismässige Härte darstellen würde.

4.

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Ausgangsgemäss trägt die Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten (Art. 66 Abs. 1 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.

2.

Die Beschwerdeführerin trägt die Gerichtskosten von Fr. 3'000.--.

3.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Bundesstrafgericht, Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 26. April 2019

Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Denys

Der Gerichtsschreiber: Matt