

34. Auszug aus dem Entscheid der Strafkammer in Sachen Bundesanwaltschaft und Eidgenössisches Finanzdepartement gegen A. vom 8. September 2009 (SK.2009.7)

Kostenauflegung bei Freispruch.

Art. 173 Abs. 2 BStP, Art. 716a Abs. 1 OR

Die Kostenauflegung bei Freispruch setzt eine qualifizierte Rechtswidrigkeit – vorab die Verletzung besonderer ausserstrafrechtlicher Pflichten – sowie einen adäquaten Kausalzusammenhang zwischen der Normwidrigkeit und den entstandenen Kosten voraus (E. 2.1).

Ein Verwaltungsrat, der die ihm gesetzlich obliegenden, unübertragbaren Aufgaben – wie Finanzverantwortung und Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen – nicht wahrnimmt, handelt qualifiziert rechtswidrig (E. 2.2–2.3). Vorliegend hätte eine gesetzeskonforme Überwachung des Geschäftsführers dem Verwaltungsrat die finanzmarktrechtliche Bewilligungspflicht offenbart und es ihm ermöglicht, die von der Aufsichtsbehörde geforderten Vorkehren rechtzeitig zu treffen (E. 2.4).

Condamnation aux frais en cas d'acquiescement.

Art. 173 al. 2 PPF, art. 716a al. 1 CO

La condamnation aux frais en cas d'acquiescement présuppose un acte illicite qualifié – avant tout la violation d'obligations particulières non pénales – ainsi qu'un lien de causalité adéquate entre la violation de la norme, d'une part, et les frais en résultant, d'autre part (consid. 2.1).

Un conseil d'administration qui n'assume pas les tâches inaliénables qui lui sont attribuées par la loi – telles que la responsabilité financière et la haute surveillance sur les personnes chargées de la gestion – agit d'une manière illicite qualifiée (consid. 2.2–2.3). En l'espèce, une surveillance du directeur de manière conforme à la loi aurait révélé au conseil d'administration l'obligation d'obtenir une autorisation selon le droit des marchés financiers et lui aurait permis de prendre à temps les mesures exigées par l'autorité de surveillance (consid. 2.4).

Adossamento delle spese in caso di assoluzione.

Art. 173 cpv. 2 PP, art. 716a cpv. 1 CO

L'adossamento delle spese in caso di assoluzione presuppone un'illiceità qualificata – innanzitutto la violazione di particolari obblighi estranei al diritto penale – e anche un nesso causale adeguato tra la violazione della norma e le spese risultanti (consid. 2.1).

Un consiglio d'amministrazione che non adempie ai propri compiti intrasmissibili conferitigli dalla legge – come la responsabilità in ambito finanziario e l'alta vigilanza sulle persone incaricate della gestione – commette un'illiceità qualificata (consid. 2.2–2.3). Nel caso concreto una legalmente corretta vigilanza del gestore avrebbe palesato al consiglio d'amministrazione la necessità dell'autorizzazione prevista dalla legislazione sui mercati finanziari e gli avrebbe permesso di adottare tempestivamente le misure richieste dall'autorità di vigilanza (consi. 2.4).

Zusammenfassung des Sachverhalts:

A. war bei der amerikanischen Investmentgesellschaft G. und bei der für diese Investoren akquirierenden schweizerischen Gesellschaft B. Organ mit Einzelzeichnungsberechtigung. Die (damalige) Eidgenössische Bankenkommission untersuchte die Geschäftstätigkeit dieser Gesellschaften und erstattete beim Eidgenössischen Finanzdepartement gegen mehrere Verwaltungsräte und Direktoren Anzeige wegen unerlaubter Entgegennahme von Publikumseinlagen (Art. 46 Abs. 1 lit. f BankG) und unbewilligten ausländischen Anlagefonds (Art. 69 Abs. 1 lit. a AFG). Im folgenden Verwaltungsstrafverfahren wurden A. und drei Mitbeschuldigte durch Strafbescheid der fahrlässigen Widerhandlung gegen das Banken- und das Anlagefondsgesetz für schuldig erklärt. Auf Einsprache von A. hin bestätigte das Eidgenössische Finanzdepartement mit Verfügung vom 9. April 2009 seinen Strafbescheid gegen alle vier Beschuldigten. A. verlangte daraufhin die gerichtliche Beurteilung.

Die Strafkammer stellte den (alt- wie neurechtlichen) Eintritt der Verjährung der inkriminierten Sachverhalte fest und sprach A. frei.

Aus den Erwägungen:

2.1 Art. 173 Abs. 2 BStP sieht vor, dass der freigesprochene Angeklagte zur Tragung von Kosten verurteilt werden kann, wenn er die Einleitung der Untersuchung durch schuldhaftes Benehmen verursacht oder das Verfahren durch trölerisches Verhalten wesentlich erschwert hat. Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts können einem Angeklagten bei Freispruch dann Kosten auferlegt werden, wenn er in zivilrechtlich vorwerfbarer Weise gegen eine geschriebene oder ungeschriebene Verhaltensnorm klar verstossen und dadurch die Einleitung des Strafverfahrens veranlasst oder dessen Durchführung erschwert hat (BGE 116 Ia 162 E. 2d S. 171). Es handelt sich hierbei um eine den Grundsätzen des Zivilrechts angenäherte Haftung für ein widerrechtliches und vorwerfbares Verhalten (Urteil des Bundesgerichts 6B_770/2008 vom 2. April 2009, E. 2.2). Die Kostenfolge ist nur in dem Umfang erlaubt, als zwischen der ausserstrafrechtlichen Normwidrigkeit und den staatlichen Auslagen ein Kausalzusammenhang besteht, wenn also das Verhalten des Angeklagten adäquate Ursache für die Einleitung (oder Erschwerung) des Strafverfahrens war (HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl., Basel 2005, S. 565 f. N 20 und 23). Das Verletzen von bloss moralischen oder ethischen Pflichten, welches zur Einleitung des Verfahrens Anlass gab, stellt kein die Kostenaufgabe rechtfertigendes leichtfertiges oder verwerfliches Verhalten dar. Zur Kostenaufgabe können nur qualifiziert rechtswidrige und zudem rechtsgenügend nachgewiesene Sachverhalte führen, vorab die Verletzungen besonderer gesetzlicher Pflichten, auf die der Staat vernünftigerweise nicht anders als mit der Einleitung eines Strafverfahrens reagieren konnte. Die Verletzung von Standesrecht kann ebenfalls zur Annahme eines verwerflichen Handelns führen (SCHMID, Strafprozessrecht, 4. Aufl., Zürich 2004, § 66 N 1207).

2.2 Anlass für die Eröffnung des Verwaltungsstrafverfahrens gegen A. bildete die Einreichung der Strafanzeige der Eidgenössischen Bankenkommission (EBK) vom 5. September 2003 beim Eidgenössischen Finanzdepartement. Darin warf ihm die EBK die unerlaubte Entgegennahme von Publikumseinlagen und die Bildung eines unbewilligten ausländischen Anlagefonds vor. Die EBK stützte sich in ihren Anschuldigungen im Wesentlichen auf den Zwischenbericht der K. vom 11. März 2002. Zur Einsetzung der K. mittels superprovisorischer Verfügung vom 28. Februar 2002 als Beobachterin der B. und G. führte letztlich die fehlende Kooperationsbereitschaft der Organe dieser

Gesellschaften gegenüber der EBK. So war die EBK aufgrund von Beschwerden wegen der Geschäftstätigkeit der B. und G. Ende Oktober 2001 auf diese aufmerksam geworden. Die EBK hatte die B. in der Folge mit Schreiben vom 8. November 2001 auf eine mögliche Bewilligungspflicht aufmerksam gemacht und der B. mit der Einsetzung eines Beobachters und der möglichen Liquidation gedroht, für den Fall, dass sie nicht einen rechtsgenügend unterzeichneten Fragebogen, sämtliche Werbeunterlagen, die Standardverträge mit den Vermittlern und Anlegern sowie eine Jahresrechnung einreiche. Diesen Vorgaben ist die B. beziehungsweise deren Geschäftsführer E., welcher primär mit der EBK kommunizierte, nicht nachgekommen. Die fehlende Kooperation der Organe der B. mit der EBK war somit kausal für die Einleitung des Verwaltungsstrafverfahrens gegen A.

2.3 Es stellt sich mithin die Frage, ob A. in zivilrechtlich vorwerfbarer Weise gegen eine Verhaltensnorm verstossen hat, als die Organe der B. beziehungsweise der G. trotz Aufforderung durch die EBK nicht mit dieser kooperierten.

2.3.1 A. oblagen als Mitglied des Verwaltungsrats der B. und G. unübertragbare Aufgaben, welche in Art. 716a OR aufgezählt sind. Er war ab 27. Juni 2001 alleiniges Mitglied des Verwaltungsrates der B. Als solches war er ab diesem Zeitpunkt nicht nur für die Oberleitung der Gesellschaft und Erteilung aller erforderlichen Weisungen verantwortlich, sondern es kam ihm auch die Finanzverantwortung und die alleinige Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen – namentlich im Hinblick auf die Befolgung der Gesetze, Statuten, Reglemente und Weisungen – als unübertragbare und unentziehbare Aufgaben des Verwaltungsrats zu (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1, 3 und 5 OR). Zur Oberleitung einer Gesellschaft gehören das Risikomanagement und die Risikobeurteilung, wobei letztere nach heute allgemein akzeptiertem betriebswirtschaftlichen Verständnis neben der Risikoidentifikation und -abschätzung auch die Risikoeinschränkung umfasst (WATTER/ROTH PELLANDA, Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel 2008, N 6 zu Art. 716a OR). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung hat sich der Verwaltungsrat von Spezialisten beraten zu lassen, wenn er sich in grössere Geschäfte einlässt und die entsprechende Fachkompetenz fehlt (Urteil des Bundesgerichts 4C.358/2005 vom 12. Februar 2007, E. 5.2.1). Unter der Finanzverantwortung als nicht übertragbarer Aufgabe des Verwaltungsrats ist die Ausgestaltung des Rechnungswesens in einer Form zu verstehen, welche dem Verwaltungsrat einen umfassenden und unverfälschten

Einblick in die finanziellen Entwicklungen und Lage des Unternehmens gibt (WATTER/ROTH PELLANDA, a.a.O., N 16 zu Art. 716a OR). Wo schliesslich die Geschäftsführung auf einen Geschäftsleiter übertragen wurde, muss der Verwaltungsrat diesen überwachen und seiner cura in custodiendo nachkommen. Die Überwachung ist einerseits eine normative, indem das Obligationenrecht verlangt, dass die Einhaltung von Gesetzen überwacht wird (BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 3. Aufl., Zürich 2004, § 13 N 374). Dem Verwaltungsrat obliegt es im Rahmen der Oberaufsicht, auf die Einhaltung der Gesetze und der übrigen anwendbaren Normen hinzuwirken, die Augen im Hinblick auf mögliche Rechtsverletzungen offen zu halten und, wenn sich konkreter Anlass zu der Annahme ergibt, dass anwendbare Normen verletzt worden sind, einzuschreiten (BÖCKLI, a.a.O., § 13 N 379). Neben der sachlichen Überwachung der Geschäftsleitung gehört auch deren personelle Überwachung dazu (BÖCKLI, a.a.O., § 13 N 374 ff.; WATTER/ROTH PELLANDA, a.a.O., N 23 ff. zu Art. 716a OR).

2.3.2 A. hat die Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen – insbesondere über E. – kaum und damit in rechtlicher Hinsicht nur ungenügend wahrgenommen. Wie in der Sachverhaltsfeststellung dargelegt wurde, hat er sich in keiner der beiden Gesellschaften um die operative Führung gekümmert und sah seine Aufgabe einzig in der Identifizierung von sinnvollen Investments. Dies erklärt auch, weshalb er nach eigener Aussage das Finanz- und Rechnungswesen sowie die Buchhaltung dem Geschäftsführer E. überlassen und nie einen Zwischenabschluss der B. gesehen hatte. Er verliess sich in pflichtwidriger Unvorsichtigkeit darauf, dass E. und F. die Geschäfte von B. und G. korrekt führen würden. Die organisatorischen Mängel – insbesondere das Fehlen wirksamer Kontrollinstrumente und -abläufe gegenüber der Geschäftsleitung – führten schliesslich dazu, dass A. von E. nie über die laufende Korrespondenz mit der EBK hinsichtlich der Bewilligungspflicht ins Bild gesetzt wurde und dass er in der Folge auch nicht selbst die von der EBK geforderten Vorkehren treffen konnte. Er erkundigte sich zwar bei seinem Treuhänder L. über die allgemeinen Voraussetzungen einer Bewilligungspflicht, worauf ihm dieser mitteilte, ab einer Grösse von 20 Schweizer Investoren sei eine Bewilligung der EBK erforderlich. Trotz dieser Abklärungen war A. jedoch nicht im Besitz der für die strategische Führung der B. und G. zentralen Informationen betreffend die Herkunft der Geldmittel. Er begründete dies damit, er sei davon ausgegangen, die B. beziehungsweise die G. hätte primär in Deutschland Investoren gesucht, weshalb er nicht von 20 Schweizer Investoren ausgegangen sei und für sich

eine Bewilligungspflicht verneint habe. Ein Blick auf die Liste der Vermittler hätte offenbart, dass die B. ausschliesslich über Schweizer Vermittler verfügte. Überdies war A. bekannt, dass mit I. gerade ein Schweizer Bankangestellter einer der erfolgreichsten Vermittler der B. war. Bei dieser Sachlage ist es nahe liegend, dass ein Vermittler die Investoren zunächst in seinem Bekannten- und Wirkungskreis, welcher notabene in der Schweiz liegt, anzuwerben versucht. Damit hat A. nach allgemeiner Lebenserfahrung und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge spätestens in dem Moment, als er über die quantitativen Voraussetzungen der Bewilligungspflicht informiert war, damit rechnen müssen, dass die B. und G. möglicherweise eine bewilligungspflichtige Tätigkeit ausübt. Indem er sich dennoch nicht um die Angelegenheit kümmerte und die Geschäftsleitung weiterhin sich selbst überliess, ist er seinen ihm als alleinigem Verwaltungsrat der B. unentziehbar zukommenden aktienrechtlichen Oberaufsichtspflichten nicht nachgekommen.

2.4 Diese Unterlassung von A. ist kausal für die Eröffnung des Verwaltungsstrafverfahrens gegen ihn. So hätte eine gesetzeskonforme Überwachung des Geschäftsführers die Bewilligungspflicht offenbart und der B. beziehungsweise G. die Möglichkeit eingeräumt, die von der EBK geforderten Vorkehrungen rechtzeitig zu treffen. Da A. untätig blieb, verfügte die EBK am 25. Juni 2002 die mit einem absehbaren finanziellen Verlust für die Investoren verbundene Zwangsliquidation der B. bzw. der G. (Schweiz) und am 5. September 2003 die Einleitung des Verwaltungsstrafverfahrens gegen ihn. A. hat nach dem Gesagten die Einleitung dieses Verfahrens durch schuldhaftes Unterlassen verursacht und ist zur Tragung der Kosten zu verpflichten (Art. 173 Abs. 2 BStP).