

BGer 6B_102/2007 vom 13. November 2007

Bundesgericht, 2007-11-13, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6B_102_2007

FR: TF 6B_102/2007 du 13 novembre 2007

IT: TF 6B_102/2007 del 13 novembre 2007

Erwägungen

E. 1

Weil die angefochtene Entscheidung nach dem Datum des Inkrafttretens des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG, SR 173.110), dem 1. Januar 2007 (AS 2006, 1242), ergangen ist, untersteht die Beschwerde dem neuen Recht (Art. 132 Abs. 1 BGG).

E. 2

Auf die Beschwerde kann grundsätzlich eingetreten werden, da sie unter Einhaltung der gesetzlichen Frist (Art. 100 Abs. 1 BGG) und Form (Art. 42 BGG) von der in ihren Anträgen unterliegenden beschuldigten Person (Art. 81 Abs. 1 lit. b BGG) eingereicht wurde und sich gegen einen von einer letzten kantonalen Instanz gefällten Endentscheid (Art. 90 BGG) in Strafsachen (Art. 80 Abs. 1 BGG) richtet.

E. 3

Am 1. Januar 2007 ist der revidierte Allgemeine Teil des Strafgesetzbuches in Kraft getreten. Dieses neue Recht gelangt auf Taten, welche noch unter Geltung des alten Rechts begangen wurden, nur zur Anwendung, wenn es für den Täter das mildere ist (Art. 2 Abs. 2 StGB). Im vorliegenden Fall ist das neue Recht das mildere, womit dieses anwendbar ist (siehe angefochtenes Urteil S. 28).

E. 4

Der Beschwerdeführer rügt offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellungen (Art. 97 Abs. 1 BGG). Diese seien unter Missachtung der verfassungsmässigen Verfahrensbestimmungen "in dubio pro reo", der Unschuldsvermutung sowie des rechtsstaatlichen Handelns nach Treu und Glauben zustande gekommen.

E. 4.1

Die Feststellung des Sachverhalts kann gemäss Art. 97 Abs. 1 BGG nur gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht. Der Begriff "offensichtlich unrichtig" ist gleichzusetzen mit "willkürlich" im Sinne von Art. 9 BV (Botschaft des Bundesrates vom 28. Februar 2001 zur Totalrevision der Bundesrechtspflege, BBl 2001 S. 4202 ff., S. 4338). Für die Rüge der offensichtlich unrichtigen, d.h. willkürlichen Feststellung des Sachverhalts bestimmt Art. 106 Abs. 2 BGG, dass das Bundesgericht die Verletzung von Grundrechten nur insofern prüft, als eine solche Rüge in der Beschwerde vorgebracht und begründet worden ist. Es gelten dieselben Begründungsanforderungen wie bisher nach Art. 90 Abs. 1 lit. b OG bei der staatsrechtlichen Beschwerde. Danach muss eine Beschwerde die wesentlichen Tatsachen und eine kurz gefasste Darlegung darüber enthalten, welche verfassungsmässigen Rechte bzw. welche Rechtssätze und inwiefern sie durch den angefochtenen Erlass oder Entscheid verletzt worden sind. Dabei prüft das Bundesgericht nur klar und detailliert erhobene und,

soweit möglich, belegte Rügen. Auf ungenügend begründete Rügen und bloss allgemein gehaltene, rein appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid tritt das Bundesgericht nicht ein (BGE 132 IV 70 E. 2.3.1, mit Hinweisen).

E. 4.2

Der Beschwerdeführer legt nicht substantiiert dar, weshalb und inwiefern die Maxime "in dubio pro reo" und die Unschuldsvermutung sowie die Gebote rechtsgleicher Behandlung (Art. 8 Abs. 1 BV) und des Handelns nach Treu und Glauben (Art. 9 BV) verletzt worden sind. Seine Vorbringen erschöpfen sich in einer appellatorischen Kritik an der Beweiswürdigung. Dies genügt zur Begründung der Willkürüge nicht. Auf die Rüge der offensichtlich unrichtigen Sachverhaltsfeststellungen ist deshalb nicht einzutreten.

E. 5.1

Der Beschwerdeführer wendet sich gegen den Schuldspruch des Erschleichens einer falschen Beurkundung (Art. 253 StGB). Insbesondere der subjektive Tatbestand sei nicht erfüllt. Ihm könne keine Täuschungsabsicht nachgewiesen werden, zumal er von drei vertrauenswürdigen Fachpersonen beraten worden sei. Damit ergebe sich auch, dass er zureichende Gründe zur Annahme gehabt habe, er tue überhaupt nichts Unrechtes.

E. 5.2

Das Obergericht stellt fest, der Beschwerdeführer habe gewusst, dass die Gründung der D. _____ AG nur mittels einer "Schwindelgründung" möglich war (angefochtenes Urteil S. 7). Er habe anlässlich seiner untersuchungsrichterlichen Einvernahme selber ausgesagt, dass er nicht über das notwendige Startkapital zur Gründung einer Aktiengesellschaft verfügte. Ihm sei empfohlen worden, sich an den Treuhänder A. _____ zu wenden, da dieser mit wenig Kapital Aktiengesellschaften gründen könne. A. _____ habe ihm als Vertreter der panamesischen Off-Shore Firma R. _____ Inc. den fehlenden Betrag von Fr. 90'000.-- in Form eines kurzfristigen Darlehens vorgeschossen. Am 4. April 1997 wurde in Hergiswil durch den beigezogenen Notar eine öffentliche Urkunde über die Gründung der D. _____ AG ausgestellt. Als weitere Gründer unterzeichneten B. _____ und C. _____. Die Gründungsurkunde hielt fest, dass im Zeitpunkt der Gründung ein Betrag von Fr. 100'000.-- auf einem Bankkonto der Bank S. _____ in Luzern zur ausschliesslichen Verfügung der Gesellschaft hinterlegt wurde. Am 11. April 1997, mithin nur eine Woche später, bezog der Beschwerdeführer von diesem Konto Fr. 90'000.-- in bar zwecks Rückzahlung des ihm gewährten Darlehens in gleichem Betrage. Gemäss der Feststellung des Obergerichtes wusste der Beschwerdeführer, dass er die Fr. 90'000.-- kurze Zeit nach der Gründung wieder zurückzahlen musste. Er habe den Notar vorsätzlich über die freie Verfügbarkeit des einbezahlten Betrags getäuscht, indem er ihm die Bestätigung der Bank, dass das Aktienkapital einbezahlt worden sei, vorgelegt habe.

E. 5.3

Gemäss Art. 253 StGB ist strafbar, wer durch Täuschung bewirkt, dass ein Beamter oder eine Person öffentlichen Glaubens eine rechtlich erhebliche Tatsache unrichtig beurkundet, namentlich eine falsche Unterschrift oder eine unrichtige Abschrift beglaubigt. Art. 253 StGB regelt einen Spezialfall der mittelbaren Falschbeurkundung. Die Tathandlung besteht im Bewirken einer inhaltlich unwahren Beurkundung durch Täuschung, wobei die Täuschung den Vorsatz der Urkundsperson ausschliessen muss (Donatsch/Flachsmann/Hug/Weder, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kommentar, 17. Aufl., Zürich 2006, S. 366). Der Tatbestand der Falschbeurkundung erfasst die Errichtung

einer echten, aber unwahren Urkunde, bei der also der wirkliche und der in der Urkunde enthaltene Sachverhalt nicht übereinstimmen. Die Falschbeurkundung erfordert eine qualifizierte schriftliche Lüge. Eine solche wird nach der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung nur angenommen, wenn der Urkunde eine erhöhte Glaubwürdigkeit zukommt und der Adressat ihr daher ein besonderes Vertrauen entgegenbringt. Dies ist der Fall, wenn allgemein gültige objektive Garantien die Wahrheit der Erklärung gegenüber Dritten gewährleisten. Blosser Erfahrungsregeln hinsichtlich der Glaubwürdigkeit irgendwelcher schriftlicher Äusserungen genügen dagegen nicht (BGE 117 IV 35 E. 1d S. 38; zuletzt 132 IV 12 E. 8.1 S. 15 und 131 IV 125 E. 4.1 S. 127 f., je mit Hinweisen).

E. 5.4

Die öffentliche Urkunde über die Gründung einer Aktiengesellschaft ist sowohl bestimmt als auch geeignet, die von den Gründern darin bestätigten Angaben zu beweisen. Damit stellt sie eine Urkunde im Sinne von Art. 110 Abs. 4 StGB dar. Nach der Rechtsprechung beglaubigt die öffentliche Urkunde nicht nur die Abgabe der Erklärungen als solche, sondern leistet Gewähr auch für deren Wahrheit. Der öffentlichen Beurkundung der Erklärung, dass die einbezahlten Beträge der Gesellschaft zur freien Verfügung stehen, kommt erhöhte Beweiskraft somit auch hinsichtlich des Inhalts der von den Parteien abgegebenen Willenserklärungen zu. Dementsprechend hat das Bundesgericht in Fällen der blossen Scheinliberierung von Aktien, bei denen das Geld zur ausschliesslichen Verfügung der Gesellschaft wirtschaftlich nicht vorhanden war, Erschleichung einer Falschbeurkundung bejaht (BGE 101 IV 60 E. 2a S. 61, 145 E. 2b S. 147 f.; 81 IV 238 E. 2a). Nach den willkürfreien Feststellungen des Obergerichts wurde dem Beschwerdeführer der Betrag von Fr. 90'000.-- im Hinblick auf die Gründung der D. _____ AG von einem Dritten darlehensweise kurzfristig zur Verfügung gestellt. Die Einzahlung des Gründungskapitals erfolgte nur zum Schein. Das Kapital sollte kurze Zeit nach erfolgter Gründung an den Kapitalgeber zurückbezahlt werden. Es handelte sich somit um einen klassischen Gründungsschwindel, weil das Geld zur ausschliesslichen Verfügung der Gesellschaft wirtschaftlich gar nie vorhanden war (vgl. Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 3. Auflage, Zürich 2004, N 203). Der Notar wurde über die freie Verfügungsmacht der Gesellschaft über das Kapital getäuscht. Deshalb verletzt der Schuldspruch wegen Erschleichung einer Falschbeurkundung (Art. 253 StGB) kein Bundesrecht.

E. 5.5

Wer bei Begehung der Tat nicht weiss und nicht wissen kann, dass er sich rechtswidrig verhält, handelt nicht schuldhaft. War der Irrtum vermeidbar, so mildert das Gericht die Strafe (Art. 21 StGB). Nach der Rechtsprechung zu Art. 20 aStGB kann sich auf Rechtsirrtum nur berufen, wer zureichende Gründe zur Annahme gehabt hatte, er tue überhaupt nichts Unrechtes, und nicht schon, wer die Tat bloss für straflos hielt (BGE 104 IV 217 E. 2 S. 218; 98 IV 303).

Nach der verbindlichen tatsächlichen Feststellung des Obergerichts wusste der Beschwerdeführer um die Unrechtmässigkeit seines Vorgehens (angefochtenes Urteil S. 18). Somit liegt weder nach dem alten noch gemäss dem neuen Recht ein Verbotsirrtum vor. Inwiefern aber die Feststellung des Obergerichts betreffend das Wissen des Beschwerdeführers willkürlich sei, wird in der Beschwerde nicht dargelegt und ist auch nicht ersichtlich.

E. 6.1

Der Beschwerdeführer bestreitet auch in Bezug auf den Schuldspruch der unrechtmässigen Verwendung von Vermögenswerten (Art. 141bis StGB) insbesondere den subjektiven Tatbestand. Entgegen den Ausführungen im angefochtenen Urteil gehe es nicht um Zahlungen, die 6 bis 12 Monate verspätet überwiesen worden seien. Da er mit der Buchhaltung der D. _____ AG überfordert gewesen sei, könne ihm weder Vorsatz noch Bereicherungsabsicht vorgeworfen werden.

E. 6.2

Das Obergericht hat in tatsächlicher Hinsicht festgestellt, dass der Beschwerdeführer nach der Übergabe des Restaurants P. _____ und der Bar C. _____ den mit der Bank C. _____ abgeschlossenen Akzeptanzvertrag für die VISA-Karte nicht kündigte, so dass ihm die VISA-Zahlungen weiterhin überwiesen wurden. Am 17. Oktober 2003 erhielt der Beschwerdeführer eine Anfrage der Bank C. _____, die genaue Bankverbindung der D. _____ AG anzugeben, da die Zahlungen, welche die Bar betrafen, retourniert worden seien (vgl. kantonale Akten pag. 448). Daraufhin gab der Beschwerdeführer ein neues Postkonto der D. _____ AG an (vgl. kantonale Akten pag. 449). Gemäss der Feststellung des Obergerichts wusste der Beschwerdeführer, dass ihm das Geld nicht zustand (angefochtenes Urteil S. 9). Im Unterschied zu den durchschnittlichen Bezügen während der aktiven Geschäftstätigkeit der D. _____ AG, die sich lediglich auf ca. Fr. 2'000.-- beliefen, habe es sich bei den VISA-Zahlungen um monatliche Beträge von ca. Fr. 7'300.-- gehandelt. Zudem sei dem Beschwerdeführer jede Kontostandsänderung durch die Postfinance umgehend schriftlich mitgeteilt worden. Die Bank C. _____ habe den Beschwerdeführer schliesslich im Oktober 2003 aufgefordert, ein anderes Konto anzugeben.

E. 6.3

Wer Vermögenswerte, die ihm ohne seinen Willen zugekommen sind, unrechtmässig in seinem oder eines andern Nutzen verwendet, wird, auf Antrag, mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft (Art. 141bis StGB). Nach der Rechtsprechung sind dem Täter die Vermögenswerte nicht im Sinne dieser Bestimmung "ohne seinen Willen" zugekommen, wenn er die irrtümliche Gutschrift durch Täuschung der Verantwortlichen selber veranlasst oder zu ihr beigetragen hat. Die Anwendung von Art. 141bis StGB setzt voraus, dass der Täter von der irrtümlichen Gutschrift überrascht wurde, sie ohne sein Zutun erfolgt ist und er darauf keinen Rechtsanspruch hat (BGE 131 IV 11 E. 3.1.2. S. 15, mit Hinweisen). In subjektiver Hinsicht ist erforderlich, dass der Täter in der Absicht gehandelt hat, sich oder einen andern unrechtmässig zu bereichern (BGE 126 IV 209 E. 2d S. 215).

E. 6.4

Der Beschwerdeführer gab auf Anfrage der Bank C. _____ am 17. Oktober 2003 hin ein neues Konto an, worauf ihm das Geld irrtümlich gutgeschrieben wurde. Die Überweisungen erfolgten im Zeitraum vom 30. Oktober 2003 bis zum 22. April 2004, also 6 bis 12 Monate nach der Übergabe des Restaurants und der Bar an die neuen Betreiber. Der Beschwerdeführer hatte darauf keinen Anspruch. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz hat er mit seinem Verhalten die irrtümliche Gutschrift täuschend veranlasst bzw. zu ihr beigetragen. Ohne die Angabe des neuen Kontos wäre das Geld durch die Bank nicht überwiesen worden. Es kann deshalb nicht gesagt werden, die Vermögenswerte seien dem

Beschwerdeführer ohne seinen Willen zugekommen. Art. 141bis StGB ist nicht erfüllt. Die Beschwerde ist insofern gutzuheissen. Das Obergericht wird - sofern nach kantonalem Prozessrecht eine Anklageergänzung zulässig ist - neu darüber zu befinden haben, ob der Beschwerdeführer sich des Betruges im Sinne von Art. 146 Abs. 1 StGB schuldig gemacht hat. Das Tatbestandsmerkmal der Arglist lässt sich nicht mit der Begründung ausschliessen, das Ausfüllen eines Bankformulars reiche noch nicht aus (angefochtenes Urteil S. 20). Der Beschwerdeführer hat die sich in einem Irrtum befindliche Bank C. _____ veranlasst, das Geld auf das neue, von ihm bezeichnete Konto zu überweisen. Dabei wusste er nicht zuletzt wegen des seit Jahren bestehenden Akzeptanzvertrages für die VISA-Karte, dass die Bank dies ohne weitere Rückfrage tun würde. Sein täuschendes Verhalten ist unter dieser Voraussetzung arglistig (vgl. zur Arglist BGE 128 IV 18 E. 3a S. 20, mit Hinweisen).

E. 7.1

Zum Vorwurf des Missbrauchs von Lohnabzügen bringt der Beschwerdeführer vor, dass ihm kein Vorsatz nachgewiesen werden könne. Bereicherungsabsicht werde keine vorausgesetzt.

E. 7.2

Das Obergericht führt aus, dass der Beschwerdeführer unbestrittenermassen den angestellten Tänzerinnen in den Jahren 1998 und 1999 monatlich Krankenkassenbeiträge von Fr. 179.40 bzw. Fr. 187.80 vom Lohn abgezogen hat. Da er für diese Zeit keinen Vertrag mit einem Krankenversicherer abgeschlossen habe, seien die Beträge nicht weitergeleitet worden. Dadurch sei den Tänzerinnen ein Vermögensschaden entstanden. Das Obergericht erachtet das Wissen des Beschwerdeführers um die Pflicht zur Weiterleitung der Krankenkassenbeiträge als erstellt. Der Beschwerdeführer habe weiter zum Nachteil von zwei Tänzerinnen Vermittlungsprovisionen vom Lohn abgezogen, ohne diese an die Vermittlungsagentur weiterzuleiten. Er bestreite insoweit lediglich die Höhe der weiterzuleitenden Provisionen. Den Gagenrechnungen sei zu entnehmen, dass den Tänzerinnen Beträge von Fr. 380.10 bzw. Fr. 394.25 als Agenturgebühr vom Lohn abgezogen wurden.

E. 7.3

Der Arbeitgeber, der die Verpflichtung verletzt, einen Lohnabzug für Steuern, Abgaben, Versicherungsprämien und -beiträge oder in anderer Weise für Rechnung des Arbeitnehmers zu verwenden, und damit diesen am Vermögen schädigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft (Art. 159 StGB).

E. 7.4

Der Beschwerdeführer hat den angestellten Tänzerinnen Krankenkassenbeiträge und Vermittlungsprovisionen abgezogen, ohne diese für deren Rechnung zu verwenden. Indem die Arbeitnehmerinnen trotz Lohnabzugs nicht krankenversichert und weiterhin gegenüber der Vermittlungsagentur verpflichtet gewesen waren, ist ihnen ein Vermögensschaden entstanden. Der Einwand des Beschwerdeführers, ihm könne kein Vorsatz nachgewiesen werden, ist unbegründet. Das Obergericht hat in tatsächlicher Hinsicht festgestellt, der Beschwerdeführer habe gewusst, dass er die getätigten Abzüge hätte weiterleiten müssen. Wie der Beschwerdeführer zutreffend erwähnt, ist eine Bereicherungsabsicht nicht vorausgesetzt. Das Obergericht hat den Beschwerdeführer zu Recht des Missbrauchs von Lohnabzügen schuldig gesprochen.

E. 8.1

Der Beschwerdeführer macht weiter geltend, der Vorwurf einer Widerhandlung von Art. 23 Abs. 1 ANAG sei nicht begründet. Insbesondere sei der subjektive Tatbestand nicht erfüllt, da er habe davon ausgehen dürfen, dass die betreffenden Ausländerinnen legal in der Schweiz gewesen seien.

E. 8.2

Gemäss den Ausführungen des Obergerichts wurden die anlässlich der polizeilichen Kontrolle am 20. November 2003 in der "Kontaktbar" des Beschwerdeführers angehaltenen Ausländerinnen wegen illegalen Aufenthalts in der Schweiz verurteilt. Unstreitig habe der Beschwerdeführer den Frauen ein Hotelzimmer zur Verfügung gestellt, wofür diese ihm Fr. 50.-- abgeben mussten, wenn sie einen Gast mit auf das Zimmer nahmen. Der Beschwerdeführer habe gewusst, dass die Gemeinde und das Regierungsstatthalteramt zum damaligen Zeitpunkt abklärten, ob sich die Frauen legal in der Schweiz aufhielten. Er habe mithin vorsätzlich gehandelt. Der Beschwerdeführer habe die Ausländerinnen zudem im Sinne von Art. 23 Abs. 4 ANAG beschäftigt.

E. 8.3

Mit Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen wird bestraft, wer im In- und Ausland die rechtswidrige Ein- oder Ausreise oder das rechtswidrige Verweilen im Lande erleichtert oder vorbereiten hilft (Art. 23 Abs. 1 al. 5 ANAG). Wer vorsätzlich Ausländer beschäftigt, die nicht berechtigt sind, in der Schweiz zu arbeiten, wird zusätzlich zu einer allfälligen Bestrafung nach Absatz 1 für jeden rechtswidrig beschäftigten Ausländer mit einer Busse bis zu 5000 Franken bestraft (Abs. 4).

E. 8.4

Durch die Beherbergung der Ausländerinnen hat der Beschwerdeführer deren rechtswidriges Verweilen in der Schweiz erleichtert und den objektiven Tatbestand von Art. 23 Abs. 1 al. 5 ANAG erfüllt (vgl. BGE 118 IV 262 E. 4 S. 267 f.; zuletzt 131 IV 174 E. 3.1 S. 177). Nach den verbindlichen tatsächlichen Feststellungen des Obergerichts wusste der Beschwerdeführer, dass sich die Frauen rechtswidrig in der Schweiz aufhielten, und er nahm dies zumindest in Kauf. Somit hat er auch den subjektiven Tatbestand erfüllt. Der Anwendungsbereich von Art. 23 Abs. 4 ANAG ist mit Rücksicht auf dessen Sinn und Zweck weit zu fassen. "Beschäftigen" im Sinne von Art. 23 Abs. 4 ANAG bedeutet, jemanden eine Erwerbstätigkeit ausüben zu lassen (BGE 128 IV 170 E. 4.1 S. 175, mit Hinweisen). Der Beschwerdeführer hat den Ausländerinnen die Hotelzimmer vermietet, um damit den Umsatz seiner "Kontaktbar" zu steigern. Er hatte ein pekuniäres Interesse an der Arbeit der Ausländerinnen. Somit hat er sie im Sinne von Art. 23 Abs. 4 ANAG beschäftigt und ist mit einer Busse zu bestrafen.

E. 9

Demgemäss ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen, der vorinstanzliche Entscheid aufzuheben und die Sache zu neuer Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

E. 10

Soweit der Beschwerdeführer obsiegt, sind keine Kosten zu erheben und ist ihm eine reduzierte Entschädigung zuzusprechen. Die Rechtsbegehren waren im Übrigen von vornherein aussichtslos, weshalb sein Ersuchen um unentgeltliche Rechtspflege insoweit abzuweisen ist. Der Beschwerdeführer hat daher die bundesgerichtlichen Kosten zu zahlen (

Art. 66 Abs. 1 BGG). Seiner finanziellen Lage ist mit einer herabgesetzten Gerichtsgebühr Rechnung zu tragen (Art. 65 Abs. 2 BGG).

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