

# **BStGer TPF 2021 217 vom 26. Oktober 2021**

Bundesstrafgericht, 2021-10-26, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bstger\\_TPF\\_2021\\_217](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bstger_TPF_2021_217)

FR: TPF TPF 2021 217 du 26 octobre 2021

IT: TPF TPF 2021 217 del 26 ottobre 2021

## **Regeste**

Sachliche Zuständigkeit; Subventionsbetrug

## **Erwägungen**

### **E. 15**

Ziff. 1 Abs. 1 VStrR sowohl die Urkundenfälschung im engeren Sinne als auch eine Falschbeurkundung in Betracht. Die Urkundenfälschung im engeren Sinne erfasst das Herstellen einer unechten Urkunde, deren wirklicher Aussteller mit dem aus ihr ersichtlichen Urheber nicht identisch ist. Demgegenüber betrifft die Falschbeurkundung die Errichtung einer echten, aber unwahren Urkunde, bei der der wirkliche und der in der Urkunde enthaltene Sachverhalt nicht übereinstimmen.

3.4.3 Urkunden sind Schriften, die bestimmt und geeignet sind, oder Zeichen, die bestimmt sind, eine Tatsache von rechtlicher Bedeutung zu beweisen. Die Aufzeichnung auf Bild- und Datenträgern steht der Schriftform gleich, sofern sie demselben Zweck dient (Art. 110 Abs. 4 StGB). Nicht als Urkunde gilt ein Entwurf, soweit er erkennbar eine unfertige Erklärung ist. Dem Entwurf fehlt es entweder schon am Erklärungswert oder jedenfalls an der Beweisbestimmung. Hingegen kann einem fertigen Entwurf Urkundenqualität zukommen, soweit er in den Rechtsverkehr gelangt (BOOG, Basler Kommentar, 4. Aufl. 2019, Art. 110 Abs. 4 StGB N. 54 m.H.). Ferner gelten im Rahmen der Falschbeurkundung einseitige Erklärungen, welche der Aussteller in eigenem Interesse macht, nicht als von Art. 251 StGB geschützte Urkunden, kommt ihnen in der Regel doch keine erhöhte Glaubwürdigkeit zu (BGE 144 IV 13 E. 2.2.3; BOOG, a.a.O., Art. 251 StGB N. 104). Der Urkundencharakter eines Schriftstücks ist folglich relativ. Das Schriftstück kann mit Bezug auf

TPF 2021 217

225

bestimmte Aspekte Urkundenqualität haben, hinsichtlich anderer Gesichtspunkte nicht (BGE 142 IV 119 E. 2.2; 138 IV 130 E. 2.2.1). So können Rechnungen unabhängig davon, ob sie inhaltlich richtig sind, Urkunden für den Beweis der Tatsache darstellen, dass die entsprechende Erklärung durch den Rechnungssteller abgegeben worden ist. An solchen Rechnungen können deshalb prinzipiell Urkundendelikte begangen werden, etwa durch ihre unzulässige Veränderung (Urkundenfälschung) oder, je nach den Umständen, durch ihre Beseitigung (Urkundenunterdrückung; BGE 120 IV 25 E. 3b S. 27; 119 IV 54 E. 2c/aa). Nach der Rechtsprechung ist das Vertrauen darauf, dass eine Urkunde nicht verfälscht wird, grösser als das Vertrauen darauf, dass jemand in schriftlicher Form nicht lügt. Sie stellt daher an die Beweisbestimmung und Beweiseignung einer Urkunde bei der Falschbeurkundung hohe Anforderungen (BGE 118 IV 363 E. 2a; Urteil des

Bundesgerichts 6B\_163/2016 vom 25. Mai 2016 E. 3.3.1). Die Falschbeurkundung erfordert eine qualifizierte schriftliche Lüge. Eine solche wird nur angenommen, wenn dem Schriftstück eine erhöhte Glaubwürdigkeit zukommt und der Adressat ihm daher ein besonderes Vertrauen entgegenbringt. Das ist der Fall, wenn allgemeingültige objektive Garantien die Wahrheit der Erklärung gegenüber Dritten gewährleisten, die gerade den Inhalt bestimmter Schriftstücke näher festlegen. Blosser Erfahrungsregeln hinsichtlich der Glaubwürdigkeit irgendwelcher schriftlicher Äusserungen genügen dagegen nicht, mögen sie auch zur Folge haben, dass sich der Geschäftsverkehr in gewissem Umfang auf die entsprechenden Angaben verlässt (BGE 138 IV 130 E. 2.1; 132 IV 12 E. 8.1).

3.4.4 Mit dem Subventionsgesuch müssen schriftliche Unterlagen (Kontoauszüge, Quittungen, Verträge, Revisionsberichte etc.) und Anträge (insbesondere zur Höhe der beantragten Subventionen) eingereicht, allfällige standardisierte Formulare ausgefüllt sowie oft auch ergänzende Belege an die Vergabebehörde übergeben werden (HUMBEL, a.a.O., S. 163, 175 f.). Ziel und Zweck dieser einzureichenden Unterlagen ist es, der Vergabebehörde die notwendigen Grundlagen für ihren Entscheid über das Gesuch zur Verfügung zu stellen (HUMBEL, a.a.O., S. 163). Diese dem Gemeinwesen einzureichenden Unterlagen könnten deshalb grundsätzlich als Urkunde i.S.v. Art. 110 Abs. 4 StGB qualifiziert werden (HUMBEL, a.a.O., S. 167 ff., 174 f.). Da gemäss den Ausführungen in der Strafanzeige bei den Bestellern eingereichten Offerten (samt Beilagen) der wirkliche mit dem erkennbaren Aussteller übereinstimmt, jedoch die darin angegebenen Erlöse mutmasslich nicht den effektiv erzielten entsprechen, käme vorliegend die Variante der Falschbeurkundung in Frage. Wurde in den Urkunden ein anderer Sachverhalt dargestellt, als er sich zugetragen hat,

TPF 2021 217

226

namentlich das Nichtangeben von Erlösen aus dem Libero-Verbund betreffend das Halbtaxabonnement, könnten die dem Gesuchsteller eingereichten Offerten und allenfalls deren Beilagen unwahr sein. Den im Subventionsverfahren eingereichten Unterlagen könnte je nach konkreten Umständen erhöhte Glaubwürdigkeit zugesprochen werden. Da insbesondere im Subventionsverfahren Antragsschreiben und die verschiedenen Beilagen ein insgesamt schlüssiges Bild ergeben müssen, kann es für die Vergabeinstanz schwierig bis gänzlich unmöglich werden, mit einem vertret- und zumutbaren Aufwand diese Informationen im Detail nachzuprüfen. Die aufeinander abgestimmten Unterlagen könnten dadurch die Bedeutung eines betrugsrechtlichen Lügengebäudes erreichen, wobei die Täuschung auch nicht mehr mit dem erforderlichen Mass an Vorsicht zu durchschauen wäre und ein weitergehender Kontrollaufwand deshalb unzumutbar wäre (HUMBEL, a.a.O., S. 176). Zu beachten gilt jedoch, dass die den Bestellern eingereichten Offerten (zumindest teilweise) einseitige Erklärungen enthalten, welche die Antragsteller in eigenem Interesse gemacht haben. Unter diesem Gesichtspunkt könnte den Unterlagen erhöhte Glaubwürdigkeit abgesprochen werden. Dies umso mehr, als bekannt ist, dass in den Offerten die Kosten tendenziell zu hoch resp. Einnahmen zu tief angesetzt werden (supra E. 3.2). Massgebend ist, mit welchen Dokumenten die Angaben in den Offerten im konkreten Einzelfall untermauert werden und ob diesen ebenfalls Urkundenqualität zukommt und an ihnen Falschbeurkundung begangen werden könnte (s.a. HUMBEL, a.a.O., S. 173). Angesichts des vorliegenden Streitgegenstandes braucht diese Frage von der Beschwerdekammer nicht abschliessend beantwortet zu werden. Diese Aufgabe obliegt der

Untersuchungsbehörde resp. dem Sachrichter. Unter dem Blickwinkel des in dubio pro duriore Grundsatzes ist vom für die Beschuldigten ungünstigeren Sachverhalt auszugehen. Mithin ist die Urkundenqualität der den Bestellern eingereichten Offerten und allenfalls deren Beilagen zu bejahen und es ist anzunehmen, dass diesen Unterlagen erhöhte Glaubwürdigkeit zukommt.

3.4.5 Dementsprechend kann vorliegend eine Strafbarkeit nach Art. 15 VStrR nicht ohne Weiteres ausgeschlossen werden.

### 3.5 Subventionsbetrug (Art. 37 SuG i.V.m. Art. 14 VStrR)

3.5.1 Für Leistungs- und Abgabebetrug im Zusammenhang mit Finanzhilfen und Abgeltungen verweist Art. 37 SuG auf Art. 14 VStrR. Gemäss Art. 14 Abs. 1 VStrR wird mit Gefängnis oder mit Busse bestraft, wer die Verwaltung, eine andere Behörde oder einen Dritten durch Vorspiegelung oder Unterdrückung von Tatsachen arglistig irreführt oder sie in einem

TPF 2021 217

227

Irrtum arglistig bestärkt und so für sich oder einen anderen unrechtmässig eine Konzession, eine Bewilligung oder ein Kontingent, einen Beitrag, die Rückerstattung von Abgaben oder eine andere Leistung des Gemeinwesens erschleicht.

3.5.2 Die Struktur des Leistungs- und Abgabebetrugs nach Art. 14 VStrR stimmt weitgehend mit demjenigen des allgemeinen Betrugstatbestands nach Art. 146 StGB überein, weshalb die Lehre und Rechtsprechung zu Art. 146 StGB bei der Auslegung von Art. 14 VStrR grundsätzlich zu berücksichtigen ist (HUMBEL, a.a.O., S. 65; MAEDER, Basler Kommentar, 2020, Art. 14 VStrR N. 31, 55). Der Unterschied zwischen diesen beiden Tatbeständen liegt zum einen darin, dass der Leistungs- und Abgabebetrug lediglich gegenüber dem Gemeinwesen stattfindet. Zum anderen verlangt die hier einschlägige Tatbestandsvariante von Art. 14 Abs. 1 VStrR weder einen Vermögensschaden noch eine unrechtmässige Bereicherungsabsicht (HUMBEL, a.a.O., S. 146 f.; MAEDER, a.a.O., Art. 14 VStrR N. 32, 100 m.w.H.).

3.5.3 Der objektive Tatbestand des Leistungsbetrugs i.S.v. Art. 14 Abs. 1 VStrR setzt eine arglistige Täuschungshandlung, einen Irrtum und eine unrechtmässige Leistungsdisposition in der Form des Erteilens einer Leistung durch das Gemeinwesen voraus (MAEDER, a.a.O., Art. 14 VStrR N. 34). Ferner muss zwischen der Täuschung, dem Irrtum und der Vermögensdisposition ein Motivationszusammenhang bestehen (MAEDER, a.a.O., Art. 14 VStrR N. 34, 97; s.a. BGE 128 IV 255 E. 2e/aa S. 256 f.; 126 IV 113 E. 3a S. 117; Urteil des Bundesgerichts 6B\_480/2018 vom 13. September 2019 E. 1.1.2 m.w.H.). Art. 14 Abs. 1 VStrR erfasst nur das unrechtmässige Erschleichen von Leistungen. Wer mittels arglistiger Täuschung eine Leistung erwirkt, auf die er tatsächlich Anspruch hat, erfüllt den Tatbestand nicht (MAEDER, a.a.O., Art. 14 VStrR N. 95).

3.5.4 Angriffsmittel beim Betrug ist die Täuschung des Opfers. Als Täuschung gilt jedes Verhalten, das darauf gerichtet ist, bei einem andern eine von der Wirklichkeit abweichende Vorstellung hervorzurufen. Sie ist eine unrichtige Erklärung über Tatsachen, d.h. über objektiv feststehende, vergangene oder gegenwärtige Geschehnisse oder Zustände. Der Tatbestand erfordert eine arglistige Täuschung. Betrügerisches Verhalten ist strafrechtlich erst relevant, wenn der Täter mit einer gewissen Raffinesse oder Durchtriebenheit täuscht.

Täterseitig setzt Arglist eine qualifizierte Täuschungshandlung voraus. Massgebend ist, wie der Täter die dem Opfer zur Verfügung stehenden Möglichkeiten des Selbstschutzes einschätzt. Arglist ist nach ständiger Rechtsprechung gegeben, wenn der Täter ein

TPF 2021 217

228

ganzes Lügengebäude errichtet oder sich besonderer Machenschaften oder Kniffe bedient. Dagegen genügen einfache Lügen, plumpe Tricks oder leicht überprüfbare falsche Angaben als solche nicht. Bei einfachen falschen Angaben wird Arglist indessen unter anderem dann bejaht, wenn die Überprüfung nicht oder nur mit besonderer Mühe möglich oder wenn sie nicht zumutbar ist (BGE 143 IV 302 E. 1.3.1; 142 IV 153 E. 2.2.2 S. 154 f.; 135 IV 76 E. 5.2 S. 79 ff. m.w.H.). Eine mit gefälschten Urkunden verübte Täuschung ist grundsätzlich arglistig, da im geschäftlichen Verkehr grundsätzlich auf die Echtheit von Urkunden vertraut werden darf. Urkunden wird gerade wegen ihrer Beweisbestimmung ein höheres Vertrauen entgegengebracht (BGE 133 IV 256 E. 4.4.3 S. 264 mit Hinweisen; MAEDER, a.a.O., Art. 14 VStrR N. 62 f.). Anders kann es sich verhalten, wenn sich aus den vorgelegten Urkunden selbst ernsthafte Anhaltspunkte für deren Unechtheit ergeben (Urteile des Bundesgerichts 6B\_480/2018 vom 13. September 2019 E. 1.1.1; 6B\_448/2018 vom 9. Januar 2019 E. 1.5.1 m.H.).

3.5.5 Der Gesuchsteller wirft den Beschuldigten in der Strafanzeige vom 24. November 2020 vor, in den Offerten zwecks Beurteilung von Abgeltungen Erlöse aus den Libero-Halbtaxabonnements nicht richtig angegeben und ihn als Besteller über das zu erwartende Jahresergebnis getäuscht zu haben. Das Verschweigen der Einnahmen habe mutmasslich zu überhöhten Abgeltungen geführt. Gestützt auf die Ausführungen in der Strafanzeige ist sowohl ein Irrtum auf Seiten des Bundes, eine Vermögensdisposition in der Form der mutmasslich zu hoch erbrachten Abgeltungen als auch der Motivationszusammenhang zu bejahen. Wie oben ausgeführt, kann im Zusammenhang mit den Subventionsgesuchen eine Falschbeurkundung nach Art. 15 VStrR nicht ohne Weiteres ausgeschlossen werden (supra E. 3.4). Sollten im vorliegenden Fall gefälschte Urkunden für die Täuschung der Besteller zur Erlangung erhöhter Abgeltungen verwendet worden sein, spräche dies für das Vorliegen der Arglist. Selbst wenn den vom Antragsteller zwecks Täuschung eingereichten Unterlagen Urkundenqualität i.S.v. Art. 110 Abs. 4 StGB abzusprechen wäre, könnten einfache Belege ohne Urkundenqualität als besondere Machenschaften ausreichen und damit Arglist gegeben sein (HUMBEL, a.a.O., S. 62 in fine, mit zahlreichen Hinweisen zur Literatur und Rechtsprechung). Andererseits ist fraglich, ob der Gesuchsteller mit zumutbaren Kontrollen die mutmasslich unrichtigen bzw. unvollständigen Angaben in den Dokumenten hätte erkennen oder überprüfen können (HUMBEL, a.a.O., S. 65 ff., 176; s.a. E. 3.4.4). Zumal es sich laut den Ausführungen im Bericht vom 18. Oktober 2020 bei den Offerten, welche auch die

TPF 2021 217

229

Libero-Halbtaxerlöse enthalten sollten, um komplexe, auf diversen Parametern basierenden Berechnungen handle. Hinzu kommt, dass der Gesuchsteller als Fachbehörde betreffend die Abgeltungen auf die inhaltliche Richtigkeit der eingereichten Unterlagen der Antragsteller nicht uneingeschränkt vertrauen durfte und vom Staat ein Minimum an Kontrolle erwartet

werden kann (MAEDER, a.a.O., Art. 14 VStrR N. 82 f.). Ferner lassen subventionsrechtliche Bestimmungen im öffentlichen Verkehr einen gewissen Interpretationsraum zu und die Offerten werden zum Teil in Verhandlungen zwischen den Transportunternehmen und den Bestellern vereinbart (vgl. Art. 17 f., 29 und 32 der Verordnung vom 11. November 2009 über die Abgeltung des regionalen Personenverkehrs [ARPV; SR 745.16]). Auch unter diesem Blickwinkel ist fraglich, ob ein arglistiges Handeln gegeben ist (vgl. BGE 117 IV 153 E. 5c S. 158). Die Frage, ob ein arglistiges Verhalten vorliegend zu bejahen ist, braucht im vorliegenden Verfahren nicht abschliessend beurteilt zu werden. In Anwendung des in dubio pro duriore Grundsatzes ist vom für die Beschuldigten ungünstigeren Sachverhalt, mithin vom arglistigen Handeln auszugehen.

3.5.6 Gemäss den ausführlichen Darlegungen der Abklärungen und der Schlussfolgerungen im Bericht der C. wurden die Erlöse aus den Libero-Halbtaxabonnements wohl bewusst unterlassen, womit auch der subjektive Tatbestand gegeben sein könnte. Somit besteht vorliegend der Verdacht, dass die mutmasslich überhöht ausgerichteten Subventionsbeiträge gestützt auf einen Leistungsbetrug nach Art. 37 SuG i.V.m. Art. 14 VStrR ausgerichtet sein könnten.

3.5.7 Zusammengefasst ist festzuhalten, dass das angezeigte Verhalten unter den Subventionsbetrug gemäss Art. 37 SuG i.V.m. Art. 14 VStrR subsumiert werden könnte.

3.6 3.6.1 Wer vorsätzlich in einem Finanzhilfe- oder Abgeltungsverfahren unrichtige oder unvollständige Angaben macht, um dadurch einen ungerechtfertigten Vorteil zu erwirken, wird mit Busse bestraft (Art. 38 SuG). Bei Art. 38 SuG handelt es sich um einen vom VStrR nicht abgedeckten Übertretungstatbestand (Botschaft vom 15. Dezember 1986 zu einem Bundesgesetz über Finanzhilfen und Abgeltungen, BBl 1987 I 369, 418).

3.6.2 Unwahr sind die Angaben, wenn sie «nicht den objektiven Tatsachen entsprechen». Unvollständige Angaben sind auch unwahr, wenn bzw. weil vorgespiegelt wird, die abgegebenen Angaben seien vollständig (HUMBEL,

TPF 2021 217

230

a.a.O., S. 153 f.). Als Tathandlung kommt sowohl aktives Tun als auch Unterlassen in Frage. Der Antragsteller kann gegenüber der Vergabebehörde unrichtige Angaben machen, indem er beispielsweise die für ihn mit Blick auf die Subventionsvergabe vorteiligen Angaben ausdrücklich oder konkludent tätigt, die nicht den objektiven Tatsachen entsprechen. Ebenso kann der Täter auf dem Wege der Unterlassung gegenüber der Vergabebehörde Informationen verschweigen, welche für ihn im Subventionsverfahren nachteilig wären. Mit der Angabe der unrichtigen oder unvollständigen Informationen ist der Tatbestand von Art. 38 SuG erfüllt (HUMBEL, a.a.O., S. 153 f.). Wie HUMBEL überzeugend darlegt, können grundsätzlich nur Tatsachen im Sinne des Betrugs das Kriterium der Angabe nach Art. 38 SuG erfüllen. Werturteile, Einschätzungen oder Angaben über ungewisse Ereignisse sind in der Regel nicht geeignet, taugliche Beurteilungsgrundlagen für Subventionsvergaben zu liefern. In aller Regel hat der Antragsteller die Erfüllung spezifischer Vergabekriterien für die Gewährung von Subventionen nachzuweisen oder zumindest die für einen solchen Nachweis erforderlichen Angaben anzugeben. Derartige Vergabekriterien müssen jedoch überprüfbar und dem Beweis zugänglich sein. Unterlagen, die Zukunftserwartungen aufzeigen, basieren

üblicherweise auf objektiv überprüfbaren Annahmen (wie Kostenrechnungen, Kundenstrukturen etc.) und können deshalb auf deren Plausibilität hin kontrolliert werden (HUMBEL, a.a.O., S. 153 f.). Als abstraktes Gefährdungsdelikt setzt Art. 38 SuG keinen Erfolg voraus, weshalb eine zu Unrecht zugesprochene Subvention nicht erforderlich ist. Bereits mit der Angabe der unrichtigen oder unvollständigen Informationen ist der Tatbestand von Art. 38 SuG erfüllt (HUMBEL, a.a.O., S. 152 f.). In subjektiver Hinsicht wird vorsätzliches Handeln vorausgesetzt (HUMBEL, a.a.O., S. 157).

3.6.3 Gestützt auf den Bericht der C. ist anzunehmen, dass die Erlöse aus dem Libero-Verbund betreffend das Halbtaxabonnement in den Offerten zwecks Erhalt von Abgeltungen nicht aufgeführt wurden (supra E. 3.2). Vom Vorwurf in der Strafanzeige ausgehend, dass die Beschuldigten bei den Offerten zwecks Erhalt von Abgeltungen die Erlöse aus dem Libero-Verbund betreffend das Halbtaxabonnement absichtlich nicht erwähnt haben, lägen wohl unrichtige oder unvollständige Angaben i.S.v. Art. 38 SuG vor. Es ist auch davon auszugehen, dass die in den Offerten gemachten resp. unterlassenen Angaben betreffend diese Erlöse im gewissen Umfang überprüfbar und damit als Tatsachen im Sinne des oben Ausgeführten zu qualifizieren sind.

TPF 2021 217

231

3.6.4 Somit kann eine Strafbarkeit nach Art. 38 SuG nicht ausgeschlossen werden. 4. 4.1 Aus dem Gesagten folgt, dass gestützt auf die dem Gericht eingereichten Akten vorliegend in erster Linie Widerhandlungen gegen Art. 37 SuG i.V.m. Art. 14 VStrR, Art. 15 VStrR und Art. 38 SuG in Frage kommen, die dem Verwaltungsstrafrecht unterliegen (Art. 20 Abs. 1 VStrR i.V.m. Art. 39 SuG). Fraglich ist, in welchem Verhältnis diese hier in Frage kommenden verwaltungsstrafrechtlichen Tatbestände zu den analogen Tatbeständen des StGB stehen und wer für deren Verfolgung zuständig ist.

4.2 Der Gesetzgeber bezweckte mit der Einführung der Strafbestimmungen nach Art. 37 ff. SuG die Beseitigung der Zersplitterung in der Verfolgungszuständigkeit im Bereich des Verwaltungsstrafrechts. Delikte nach Art. 14–16 VStrR sind betrugsähnliche Delikte und Urkundendelikte, die gegenüber dem Gemeinwesen begangen werden und erfassen auch Delikte im Bereich der Finanzhilfen und Abgeltungen. Im Sinne einer umfassenden Rechtsvereinheitlichung unterstellte der Gesetzgeber den ganzen Subventionsbereich dem VStrR und übertrug die Verfolgung und Beurteilung den Bundesverwaltungsbehörden (Botschaft vom 15. Dezember 1986 zu einem Bundesgesetz über Finanzhilfen und Abgeltungen, BBl 1987 I 369, 417).

4.3 4.3.1 Unabhängig von der Beantwortung der Frage, ob vorliegend auch ein Verdacht auf gemeinrechtlichen Betrug vorliegt, ginge Art. 37 SuG dem Art. 146 StGB grundsätzlich als *lex specialis* vor (HUMBEL, a.a.O., S. 148 ff.; MAEDER, a.a.O., Art. 14 VStrR N. 172 ff. m.w.H.). Weil jedoch insbesondere auf dem Gebiet des Betrugs eine uneinheitliche gesetzliche Regelung mit unterschiedlichen Strafandrohungen besteht (BGE 117 IV 153 E. 5b S. 156), wich das Bundesgericht teilweise von diesem Grundsatz ab. Die betrügerische Erschleichung kantonaler und kommunaler Leistungen fällt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung unter den Betrugstatbestand nach Art. 146 StGB, dem gegenüber den kantonalen Strafbestimmungen Vorrang zukommt (BGE 117 IV 153 E. 5b mit weiteren Hinweisen zur Rechtsprechung und Literatur). Die Voraussetzungen für die in der Praxis – v.a. im Fiskalbereich – teilweise vorgenommene Abweichung zugunsten des Betrugs nach

Art. 146 StGB (BGE 112 IV 19 E. 1 und 2 S. 21 ff.; 110 IV 24 E. 2e; Urteil des Bundesgerichts 6B\_326/2012 vom 14. Januar 2013 E. 1.2.3) sind vorliegend nicht gegeben. Anders als im Fiskalbereich, wo auch kantonales Recht zur Anwendung gelangt, stehen sich vorliegend zwei Normen auf der Bundesebene gegenüber. Mangels

TPF 2021 217

232

fehlenden Vorranges einer der beiden Bundesnormen ist auf den Grundsatz der Spezialität abzustellen. Ferner gilt zu beachten, dass beim Anbieten von Beförderungsleistungen im regionalen Personenverkehr ungedeckte Kosten entstehen, welche die Besteller (Bund und Kantone) der A. AG und der B. AG abgelteten (vgl. Art. 6 des Gesetzes über den öffentlichen Verkehr des Kantons Bern vom 16. September 1993 [BSG 762.4]; Art. 28 des Bundesgesetzes vom 20. März 2009 über die Personenbeförderung [Personenbeförderungsgesetz, PBG; SR 745.1]). Infolge der ungedeckten Kosten haben die Transportunternehmen einen Anspruch auf Abgeltungen gemäss dem Subventionsgesetz. Ohne diese staatlichen Abgeltungen könnten die Transportunternehmen die von ihnen wahrgenommene Aufgabe im regionalen Personenverkehr nicht oder nicht im bisherigen Umfang ausüben. Die Kosten im abgeltungsberechtigten Bereich können die A. AG und die B. AG alleine durch Ticketerlöse nicht decken (supra E. 3.2; s.a. Art. 16 Abs. 1 PBG). Dies gilt umso mehr, als der abgeltungsberechtigte Anteil des Umsatzes der A. AG laut Angaben der C. rund 70% betrage. Damit besteht ein gewisser Zwang seitens der Transportunternehmen, die Abgeltungen zu erhalten. Naheliegend und dem Gesuchsteller als Fachbehörde wohl bekannt, dass die Transportunternehmen dazu neigen, die Kosten in den Offerten höher resp. die Einnahmen tiefer auszuweisen. Schliesslich hätte die Annahme einer Ausnahme zu Gunsten von Art. 146 StGB zur Folge, dass Art. 14 VStrR bei Leistungsbetrug im Zusammenhang mit Abgeltungen nach dem SuG, auf welchen Art. 37 SuG ausdrücklich verweist, kaum zur Anwendung gelangen würde. Wie ausgeführt, setzt Art. 14 Abs. 1 VStrR keine unrechtmässige Bereicherungsabsicht voraus. Daher ist das Motiv und damit auch allfällige Bereicherungsabsicht der für die A. AG und die B. AG handelnden Privatpersonen im Zusammenhang mit allfälligem Subventionsbetrug bei der Bestimmung des Verhältnisses von Art. 37 SuG und Art. 146 StGB nicht von massgebender Bedeutung. Anders zu entscheiden würde bedeuten, dass die Bundeskompetenz bei Vorliegen einer Bereicherung einzelner Privatpersonen dahinfiele. All diese Gründe sprechen für den Vorrang des Tatbestandes von Art. 37 SuG i.V.m. Art. 14 VStrR.

4.3.2 Am Vorrang von Art. 37 SuG i.V.m. Art. 14 VStrR vermag auch der im Vergleich zum gemeinrechtlichen Betrug geringere Strafrahmen nichts zu ändern (vgl. Art. 146 StGB; Art. 37 SuG i.V.m. Art. 14 VStrR i.V.m. Art. 333 Abs. 2 lit. b StGB). Da die Schädigung des Gemeinwesens nicht weniger strafwürdig als die Schädigung eines Privaten ist (BGE 110 IV 24 E. 2e S. 29), mögen die im VStrR für den Täter privilegierenden Strafbestimmungen fragwürdig sein. Indes hat der Gesetzgeber diese bewusst mit mildereren Strafordrohungen als die analogen Bestimmungen des

TPF 2021 217

233

StGB ausgestattet. Dies um der besonderen Pflichtenlage zwischen dem Bürger und dem Staat sowie der Tatsache, dass der Täter einer hoheitlich handelnden, mit besonderen

Untersuchungs- und Fachkompetenzen ausgestatteten Behörde gegenübersteht (MACALUSO/GARBARSKI, Basler Kommentar, 2020, Art. 15 VStrR N. 1 m.w.H.; MAEDER, a.a.O., Art. 14 VStrR N. 1, 83), wozu unter anderem die Prüfung der ihr eingereichten Unterlagen zur Ausrichtung von Subventionen zählt, Rechnung zu tragen. Die Harmonisierung der Strafrahmen obliegt dem Gesetzgeber. Angemerkt sei, dass eine Erhöhung des Strafrahmens von Art. 14 Abs. 1 VStrR auch im Rahmen der geplanten Revision nicht beabsichtigt ist (vgl. den bundesrätlichen Entwurf eines Bundesgesetzes über die Harmonisierung der Strafrahmen, BBl 2018 2959; Botschaft vom 25. April 2018 zur Harmonisierung der Strafrahmen und zur Anpassung des Nebenstrafrechts an das geänderte Sanktionenrecht, BBl 2018 2827, 2907 f.; s.a. MAEDER, a.a.O., Art. 14 VStrR N. 9 ff., 165).

4.3.3 Bei Subventionen an juristische Personen richtet sich der strafrechtliche Fokus in erster Linie auf die für sie handelnden natürlichen Personen. Abgeltungen seitens der Gemeinwesen haben stets einen Einfluss auf das Unternehmensergebnis. Dieses wiederum ist in der Regel massgebend für die Bestimmung der Höhe von allfälligen Bonuszahlungen o.Ä. an die für die Gesellschaft handelnden Personen. Die mutmasslich zu Unrecht erhaltenen Subventionsbeiträge sind nicht direkt an die verantwortlichen Personen der Transportunternehmen geflossen. Der allfällige dem Bund angefallene Schaden durch die Leistung der mutmasslich überhöhten Subventionsbeiträge entspricht nicht den von den Organen oder Mitarbeitern der von der Anzeige betroffenen Gesellschaften erhaltenen (Bonus-)Zahlungen. Eine allfällige Bereicherung der natürlichen Personen wäre allenfalls in den Bonuszahlungen o.Ä. zu erkennen, die jedoch höchstens indirekt und lediglich teilweise mit mutmasslich ertrogenen Subventionsbeiträgen finanziert worden wären. Ein aus mutmasslich überhöhten Abgeltungen entstandener und bei den für A. AG und B. AG handelnden Personen angefallener Vorteil ist grundsätzlich kein Grund, um dem gemeinrechtlichen Betrug gegenüber Art. 37 SuG Vorrang einzuräumen.

4.3.4 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass im vorliegenden Fall Art. 37 SuG i.V.m. Art. 14 VStrR gegenüber Art. 146 StGB als *lex specialis* vorgeht, weshalb auf eine Prüfung des Betrugstatbestandes nach Art. 146 StGB verzichtet wird.

TPF 2021 217

234

4.4 Das oben Gesagte gilt sinngemäss auch in Bezug auf die angezeigten Urkundendelikte (MACALUSO/GARBARSKI, a.a.O., Art. 15 VStrR N. 2). Art. 15 VStrR ist im Verhältnis zu Art. 251 und Art. 253 StGB als eine *lex specialis* ausgestaltet und geht diesen deshalb grundsätzlich vor (BGE 112 IV 19 E. 1 S. 21 f.; 108 IV 180 E. 3b S. 182; HUMBEL, a.a.O., S. 165; MACALUSO/GARBARSKI, a.a.O., Art. 15 VStrR N. 27 m.w.H.). Opfer bei Art. 15 VStrR ist ausschliesslich das Gemeinwesen oder eine Person öffentlichen Glaubens (HUMBEL, a.a.O., S. 165). Im Gegensatz zum gemeinrechtlichen Strafrecht stellt Art. 15 VStrR die private Falschbeurkundung nicht unter Strafe und die sinngemässe Anwendung von Art. 251 StGB lehnt das Bundesgericht ab (BGE 108 IV 180 E. 3d; MACALUSO/GARBARSKI, a.a.O., Art. 15 VStrR N. 15 m.w.H.). Eine Strafbarkeit nach Art. 251 StGB in echter Konkurrenz zu Art. 15 VStrR käme deshalb allenfalls dann in Frage, wenn die Täterschaft beabsichtigt oder in Kauf nimmt, dass die gefälschte Urkunde auch ausserhalb der Bundesverwaltung, d.h. auch gegenüber privaten Dritten verwendet wird (MACALUSO/GARBARSKI, a.a.O., Art. 15 VStrR N. 27 f. m.w.H.). Dass dies

vorliegend der Fall wäre, geht weder aus den Ausführungen des Gesuchstellers noch aus den dem Gericht eingereichten Unterlagen hervor. Damit kommt vorliegend ausschliesslich Strafbarkeit nach Art. 15 VStrR in Betracht und auf die Prüfung des Tatbestandes von Art. 251 StGB kann ebenfalls verzichtet werden.

5. 5.1 Des Weiteren wurde die Strafanzeige wegen des Verdachts auf ungetreue Geschäftsbesorgung nach Art. 158 StGB und Widerhandlungen des kantonalen Rechts eingereicht, auf die im Nachfolgenden näher einzugehen ist.

5.2 Nach Art. 27 Abs. 1 lit. a des Staatsbeitragsgesetzes des Kantons Bern vom 16. September 1992 (StBG/BE; BSG 641.1) wird mit Busse bis zu 20'000 Franken bestraft, wer zur Erlangung eines Staatsbeitrages über erhebliche Tatsachen unrichtige oder unvollständige Angaben macht. Handelt der Täter aus Eigennutz, wird er mit einer Busse bis zu 50'000 Franken bestraft (Art. 27 Abs. 2 StBG/BE). Damit entspricht dieser (Auffang-)Tatbestand inhaltlich dem Übertretungstatbestand von Art. 38 SuG. Nachdem vorgängig festgestellt wurde (supra E. 3.6), dass der angezeigte Sachverhalt auch unter Art. 38 SuG subsumiert werden könnte, würde Art. 27 StBG/BE das gleiche Täterverhalten erfassen. Damit geht Art. 38 SuG als Bundesnorm der kantonalen Strafbestimmung vor (HUMBEL, a.a.O., S. 189 f.), weshalb auf weitergehende Ausführungen verzichtet wird.

TPF 2021 217

235

5.3 5.3.1 Nach dem Treuebruchtatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung im Sinne von Art. 158 Ziff. 1 StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft, wer auf Grund des Gesetzes, eines behördlichen Auftrages oder eines Rechtsgeschäfts damit betraut ist, das Vermögen eines andern zu verwalten oder eine solche Vermögensverwaltung zu beaufsichtigen, und dabei unter Verletzung seiner Pflichten bewirkt oder zulässt, dass der andere am Vermögen geschädigt wird (Abs. 1). Handelt der Täter in der Absicht, sich oder einen andern unrechtmässig zu bereichern, so kann auf Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu 5 Jahren erkannt werden (Abs. 3).

5.3.2 Der Treuebruchtatbestand nach Art. 158 Ziff. 1 StGB setzt zunächst einen Täter mit Geschäftsführerstellung voraus, den eine Vermögensfürsorgepflicht trifft und eine Verletzung einer damit zusammenhängenden Pflicht, aus welcher ein Vermögensschaden resultiert (NIGGLI, Basler Kommentar, 4. Aufl. 2019, Art. 158 StGB N. 11 f.). Geschäftsführer im Sinne von Art. 158 StGB ist, wer in tatsächlich oder formell selbstständiger und verantwortlicher Stellung im Interesse eines anderen für einen nicht unerheblichen Vermögenskomplex zu sorgen hat. Die Stellung als Geschäftsführer fordert ein hinreichendes Mass an Selbstständigkeit, mit welcher dieser über das fremde Vermögen oder über wesentliche Bestandteile desselben, über Betriebsmittel oder das Personal eines Unternehmens verfügen kann. Der Tatbestand ist namentlich anwendbar auf selbstständige Geschäftsführer sowie auf operationell leitende Organe von juristischen Personen bzw. Kapitalgesellschaften. Geschäftsführer ist aber auch, wem die Stellung nur faktisch zukommt und ihm nicht formell eingeräumt worden ist (BGE 129 IV 124 E. 3.1; 123 IV

## **E. 17**

E. 3b; 120 IV 190 E. 2b; 105 IV 106 E. 2; 100 IV 108 E. 4). Bei einer Aktiengesellschaft kommt die Geschäftsführerstellung gestützt auf Art. 722 OR dem Verwaltungsrat zu (BGE 100 IV 167 E. 3a S. 172 m.H.; 100 IV 108 E. 4 S. 113; zur Delegation von Kompetenzen

und den Folgen für die strafrechtliche Verantwortung vgl. NIGGLI, a.a.O., Art. 158 StGB N. 122 m.w.H.).

5.3.3 Die im Gesetz nicht näher umschriebene Tathandlung der ungetreuen Geschäftsbesorgung besteht in der Verletzung jener spezifischen Pflichten, die den Täter in seiner Stellung als Geschäftsführer generell, aber auch bezüglich spezieller Geschäfte zum Schutz des Auftraggebers bzw. des Geschäftsherrn treffen (BGE 120 IV 190 E. 2b; 118 IV 244 E. 2b). Die entsprechenden Pflichten ergeben sich aus dem jeweiligen Grundverhältnis und sind jeweils im konkreten Einzelfall zu bestimmen (BGE 142 IV 346 E.

TPF 2021 217

236

3.2 S. 350; NIGGLI, a.a.O., Art. 158 StGB N. 61 ff. m.w.H.). Tätigkeiten, die sich im Rahmen einer ordnungsgemässen Geschäftsführung halten, sind nicht tatbestandsmässig, selbst wenn die geschäftlichen Dispositionen zu einem Verlust führen. Strafbar ist einzig das Eingehen von Risiken, die ein umsichtiger Geschäftsführer in derselben Situation nicht einginge. Damit ist ordnungsgemässe Geschäftsführung auch dann nicht pflichtwidrig, wenn sie schädigende Konsequenzen hat, sofern das eingegangene Risiko durch die Pflichten des Geschäftsführers abgedeckt sind (NIGGLI, a.a.O., Art. 158 StGB N. 123 mit zahlreichen Hinweisen zur Literatur und Rechtsprechung). Es ist daher in einem solchen Fall ex ante zu bestimmen, ob die eingegangenen Risiken den getroffenen Vereinbarungen oder Weisungen des Auftraggebers zuwiderlaufen (Urteile des Bundesgerichts 6B\_824/2011 vom 17. August 2012 E. 4.2; 6B\_446/2010 vom 14. Oktober 2010 E. 8.2 und 8.4 mit Hinweisen). Subjektiv ist Vorsatz erforderlich. Dieser muss sich auf die Pflichtwidrigkeit des Handelns oder Unterlassens, die Vermögensschädigung und den Kausalzusammenhang zwischen dem pflichtwidrigen Verhalten und dem Schaden beziehen, wobei Eventualvorsatz genügt. An dessen Nachweis sind hohe Anforderungen zu stellen, da der objektive Tatbestand, namentlich das Merkmal der Pflichtverletzung, relativ unbestimmt ist (BGE 120 IV 190 E. 2b mit Hinweisen). Der qualifizierte Treubruchtatbestand gemäss Art. 158 Ziff. 1 Abs. 3 StGB setzt die Absicht unrechtmässiger Bereicherung voraus. Eventualabsicht genügt (BGE 142 IV 346 E. 3.2 S. 351).

5.3.4 Ein Vermögensschaden infolge einer pflichtwidrigen Handlung kann in einer tatsächlichen Schädigung durch Verminderung der Aktiven, Vermehrung der Passiven, Nicht-Verminderung der Passiven oder Nicht-Vermehrung der Aktiven liegen. Ein Schaden liegt bereits vor, wenn das Vermögen in einem Masse gefährdet wird, dass es in seinem wirtschaftlichen Wert vermindert ist. Dies ist der Fall, wenn der Gefährdung im Rahmen einer sorgfältigen Bilanzierung durch Wertberichtigung oder Rückstellung Rechnung getragen werden muss (BGE 129 IV 124 E. 3.1; 123 IV 17 E. 3d; 122 IV 279 E. 2a; 121 IV 104 E. 2c mit Hinweisen). Schliesslich muss zwischen der Verletzung der Treupflicht und dem Vermögensschaden ein Kausalzusammenhang bestehen.

5.3.5 Gestützt auf die bisherigen Abklärungen und die dem Gericht eingereichten Unterlagen lässt sich jedoch auch in Anwendung des in dubio pro duriore Grundsatzes nicht abschliessend feststellen, ob und gegenüber wem ein Tatverdacht in Bezug auf Art. 158 Ziff. 1 StGB gegeben sein soll. Der Gesuchsteller äussert sich zu diesem Vorwurf weder in der Strafanzeige noch im vorliegenden Verfahren. Zum einen ist fraglich, ob ein Schaden

vorliegt. Allenfalls läge ein Schaden i.S.v. Art. 158 StGB in der Pflicht, Rückstellungen für den Fall zu bilden, dass die mutmasslich gestützt auf unrichtige resp. unvollständige Angaben zu Unrecht erhaltenen Abgeltungen (evtl. zzgl. Zins von 5% seit der Auszahlung) zurückbezahlt werden müssten (vgl. Art. 30 SuG, s.a. Art. 12 VStrR). Überdies ist fraglich, ob vorsätzliches Handeln gegeben wäre, wurden doch die mutmasslich unrichtigen resp. unvollständigen Angaben in den Offerten zwecks Erhalt von höheren Abgeltungen getätigt, was sich grundsätzlich zu Gunsten der Geschäftsergebnisse der Transportgesellschaften hätte auswirken sollen. Damit ist die Absicht, das Vermögen der Gesellschaft zu schädigen, gestützt auf bisherige Erkenntnisse zu verneinen. Genügende Anhaltspunkte für eine Strafbarkeit nach Art. 158 Ziff. 1 StGB sind zum jetzigen Zeitpunkt keine zu erkennen.

5.3.6 Der Vollständigkeit halber sei angemerkt, dass bei Vorliegen von Anhaltspunkten für eine Strafbarkeit nach Art. 158 StGB die Zuständigkeit für die Verfolgung und Beurteilung dieses Vorwurfs bei den ordentlichen Strafverfolgungsbehörden läge (vgl. Art. 22 ff. StPO). Ob die Aufgabe den Berner Behörden oder einem anderen Kanton obläge, braucht angesichts des vorliegenden Verfahrensgegenstandes nicht beurteilt zu werden. Sollten sich Hinweise auf eine Verletzung von Art. 158 Ziff. 1 StGB ergeben, wäre im hierfür zuständigen Kanton ein Strafverfahren zu eröffnen resp. die Eröffnung eines solchen zu prüfen oder an die seiner Ansicht nach zuständige Behörde weiterzuleiten. Die von der Bundesverwaltungsbehörde und der kantonalen Strafverfolgungsbehörde geführten Verfahren betreffend

die Verwaltungsstrafverfahren und Art. 158 Ziff. 1 StGB wären indes grundsätzlich getrennt zu führen. Eine Überweisung der Strafsache an die kantonale Strafbehörde setzt den förmlichen Abschluss der verwaltungsstrafrechtlichen Untersuchung mittels eines Strafbescheids nach Art. 62 VStrR voraus (BGE 121 IV 326 E. 3e). Ebenfalls in Frage käme die Sistierung eines der beiden Verfahren. Ausserdem wäre eine Vereinigung bei der kantonalen Strafverfolgungsbehörde denkbar, die jedoch gemäss Art. 20 Abs. 3 VStrR – nebst einer hängigen Strafsache bei der Strafverfolgungsbehörde sowie engem Zusammenhang zwischen verwaltungsrechtlichen Straftatbeständen und den gemeinrechtlichen Delikten – die Zustimmung der Strafverfolgungsbehörde voraussetzt (VEST, Basler Kommentar, 2020, Art. 20 VStrR N. 10 ff.).

5.4 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der angezeigte Sachverhalt in Anwendung des Grundsatzes in dubio pro duriore unter Art. 15 VStrR, Art. 37 SuG i.V.m. Art. 14 VStrR sowie Art. 38 SuG subsumiert werden könnte. Die Beurteilung und Verfolgung dieser verwaltungsstrafrechtlichen Widerhandlungen obliegt dem Gesuchsteller (Art. 39 SuG). Seine Zuständigkeit fällt durch die Einreichung einer Strafanzeige bei einer anderen Strafverfolgungsbehörde nicht dahin. Das Gesuch ist deshalb abzuweisen. In Bezug auf die Ausführungen des Gesuchstellers, wonach er sich im Strafverfahren als Privatkläger beteiligen möchte und dementsprechend die Untersuchung nicht selber führen könne, ist er auf Art. 39 Abs. 1 Satz 2 SuG hinzuweisen, gestützt worauf der Bundesrat eine andere Verwaltungseinheit des Bundes für die Verfolgung und Beurteilung der Widerhandlungen

als zuständig bezeichnen kann.

TPF 2021 238

28. Auszug aus dem Beschluss der Beschwerdekammer in Sachen  
Untersuchungsrichterregion 2 der Militärjustiz gegen Kanton Zürich, Bundesanwaltschaft  
vom 2. Dezember 2021 (BG.2021.40)

Konflikt über die Zuständigkeit der militärischen und der zivilen Gerichtsbarkeit

Art. 3 Abs. 1 Ziff. 6, 218 Abs. 1 MStG

Straftaten anlässlich einer Zollkontrolle durch Angehörige des Grenzwachtkorps fallen  
unter die Militärgerichtsbarkeit (E. 3).

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