

TG_OBERGERICHT RBOG 2012 Nr. 02 vom 15. Mai 2012

Tg Obergericht, 2012-05-15, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/tg_obergericht_RBOG_2012_Nr._02

FR: TG_OBERGERICHT RBOG 2012 Nr. 02 du 15 mai 2012

IT: TG_OBERGERICHT RBOG 2012 Nr. 02 del 15 maggio 2012

Regeste

Einzahlungen in Schenkkreise sind nicht strafbar und können zurückgefordert werden; die Entgegennahme von Zahlungen aus einem Schenkkreis ist strafbar; Verjährung des Rückforderungsanspruchs

Erwägungen

E. 1

Die Berufungsbeklagten übergaben Ende 2007/Anfang 2008 der in der Mitte eines nach dem Schneeballsystem funktionierenden Schenkkreises angelangten Berufungsklägerin je Fr. 15'000.00 und hofften auf Vermehrung des einbezahlten Betrags. Die Vorinstanz schützte die Klage der Berufungsbeklagten auf Rückzahlung der einbezahlten Beträge.

E. 2

a) Die Rückabwicklung eines erfüllten oder teilweise erfüllten nichtigen Vertrags erfolgt nach den Grundsätzen des Bereicherungsrechts. Gemäss Art. 62 Abs. 1 OR hat die Bereicherung zurückzuerstatten, wer in ungerechtfertigter Weise aus dem Vermögen eines anderen bereichert worden ist. Dies ist auch unbestritten. Die Berufungsklägerin beruft sich indessen – im Wesentlichen mit den gleichen Argumenten, die sie gegen die Nichtigkeit vorbrachte – auf Art. 66 OR, wonach nicht zurückgefordert werden kann, was in der Absicht gegeben worden ist, einen rechtswidrigen oder unsittlichen Erfolg herbeizuführen.

b) Das Bundesgericht schloss sich in BGE 134 III 444 f.[1] der herrschenden Lehre an, die Art. 66 OR auf die Fälle eigentlichen Gaunerlohns beschränkt. Bei einem synallagmatischen Vertrag sei nicht einzusehen, weshalb gleichermassen an einem objektiv widerrechtlichen Rechtsgeschäft beteiligte Parteien ungleich behandelt werden sollten. Der Umstand, dass eine dieser Parteien ihre vertragliche Verpflichtung schon erfüllt habe, erscheine angesichts des Mangels in der Entstehung des Vertrags zufällig. Der eigentliche Zweck von Art. 66 OR, die Anstiftung oder Belohnung eines rechts- oder sittenwidrigen Handelns durch den Ausschluss der Rückforderung auch privatrechtlich zu sanktionieren, komme im Wortlaut von Art. 66 OR insofern zum Ausdruck, als für die erfolgte Leistung die "Absicht" verlangt werde, damit einen rechtswidrigen oder unsittlichen Erfolg herbeizuführen. Mit der neuen bundesgerichtlichen Rechtsprechung und der herrschenden Lehre[2] ist die Rückforderung nach Art. 66 OR somit nur ausgeschlossen, wenn die Leistungen zur Anstiftung oder Belohnung eines rechts- oder sittenwidrigen Verhaltens erfolgten, also nur für den sogenannten Gaunerlohn. Sofern der Zweck der verletzten Norm nicht eindeutig den Ausschluss der Rückerstattung bereits erbrachter Leistungen erfordert, sind diese daher im Fall der Vertragsnichtigkeit zurückzuerstatten.

c) Weder ist die Einzahlung in einen Schenkkreis ein Gaunerlohn noch fordert das Lotterieverbot, das auf Schenkkreise anwendbar ist, eindeutig den Ausschluss der Rückerstattung bereits erbrachter Leistungen. Deshalb fallen die Einzahlungen in Schenkkreise nicht unter das

Rückforderungsverbot von Art. 66 OR, sondern sind zurückzubezahlen. Für den von der Berufungsklägerin auch in diesem Zusammenhang behaupteten Wertungswiderspruch gelten die gleichen Überlegungen, die im Zusammenhang mit der Nichtigkeit angestellt und dargelegt wurden. Zu ergänzen und klarzustellen bleibt, dass – wie sich aus dem Sinn und Zweck der Lotteriegesetzgebung ergibt – entgegen der Auffassung der Berufungsklägerin unerheblich ist, inwieweit sie als Organisatorin oder Verantwortliche mit dem Schenkkreis verbunden ist. Es reicht aus, wenn sie Zahlungen von neu in den Schenkkreis Eintretenden entgegennimmt. Die Berufungsklägerin ist nicht eine den Berufungsbeklagten "gleichgestellte Teilnehmerin". Im Unterschied zu den Berufungsbeklagten hat sie nicht nur einen Einsatz geleistet, sondern als in der Mitte des Schenkkreises angelangte Teilnehmerin auch Zahlungen entgegengenommen.

E. 3

a) Die Gründung eines Schenkkreises, dessen Zweck darin besteht, weitere Personen zum Beitrag durch Zahlung eines Einsatzes zu veranlassen, ist der Ausgabe einer Lotterie im Sinn von Art. 4 Satz 1 und Art. 38 Abs. 1 LG gleichzustellen und daher in Anwendung von Art. 56 Abs. 2 LG gemäss Art. 38 Abs. 1 LG strafbar[3]. Strafbar ist gemäss Art. 56 Abs. 2 i.V.m. 38 Abs. 1 LG auch die Durchführung einer lotterieähnlichen Unternehmung, worunter nach Art. 4 Satz 2 LG alle Handlungen fallen, die dem Zweck einer solchen Veranstaltung dienen. In Berücksichtigung der in Art. 4 Satz 2 LG betreffend die Lotterien im Einzelnen genannten Durchführungshandlungen macht sich somit etwa strafbar, wer das Bestehen eines Schenkkreises bekannt macht oder wer einer bestimmten Person den Beitritt zu einem Schenkkreis durch Leistung eines Einsatzes anbietet oder empfiehlt. Durchführungshandlungen können nicht nur von den Mitgliedern des Schenkkreises, sondern auch von Drittpersonen vorgenommen werden, die ihm nicht angehören[4]. Der Teilnehmer einer Kettenbriefaktion beispielsweise, der die im Spielplan vorgesehenen Handlungen vornimmt, ist nicht Einleger, sondern wirkt an der Durchführung der verbotenen Lotterie mit und ist als selbstständiger Täter strafbar. In dem BGE 97 IV 248 zugrunde liegenden Fall hatte der Beschuldigte nicht bloss einen Kettenbrief zum Preis von Fr. 10.00 erworben, sondern auch dem an erster Stelle genannten Teilnehmer Fr. 10.00 bezahlt, den Kettenbrief beim Unternehmer unter gleichzeitiger Bezahlung von Fr. 10.00 gegen drei neue Briefe eingelöst und diese in der Folge an drei neue Teilnehmer weiterverkauft, wodurch er sich offensichtlich nicht nur auf das Einlegen in eine lotterieähnliche Unternehmung beschränkt, sondern an deren Durchführung mitgewirkt hatte[5]. Nach der Lotteriegesetzgebung strafbar sein müssen auch die Ausrichtung der Gewinne und die Verwendung des Ertrags aus einer Lotterie oder lotterieähnlichen Unternehmung. Dies liegt gerade im Zweck einer solchen Veranstaltung und gehört zu den Durchführungshandlungen und/oder dient der Weiterführung dieser Unternehmung[6]. Die Leistung eines Einsatzes zwecks Beitritts in einen "Schenkkreis" ist dem Kauf eines Loses bei einer Lotterie, mithin dem Einlegen in eine Lotterie, gleichzustellen und daher als solche gemäss Art. 38 Abs. 2 i.V.m. Art. 56 Abs. 2 LG nicht strafbar[7]. b) aa) Die Vorinstanz warf der Berufungsklägerin in zweifacher Hinsicht strafbares Verhalten vor; einerseits durch das Anwerben von Personen für den Schenkkreis, andererseits durch die Entgegennahme von acht Zahlungen von je Fr. 15'000.00 aus dem Schenkkreis. Beide Sachverhalte sind zugestanden. bb) Die Berufungsklägerin setzt sich mit der Tatbestandsvariante der Entgegennahme von Zahlungen aus dem Schenkkreis nicht auseinander. Sie spricht nur (mehrmals) davon, sie habe sich auf der gleichen Stufe wie die Berufungsbeklagten befunden, und die Zahlung eines Lottereeinsatzes sei nicht strafbar.

Tatsächlich standen indessen die Berufungsklägerin und die Berufungsbeklagten nicht auf der gleichen Stufe. Zwischen ihnen bestand ein grosser und entscheidender Unterschied: Die Berufungsklägerin leistete nicht nur wie die Berufungsbeklagten einen Lottereeinsatz, sondern sie strich – im Zentrum des Schenkkreises angekommen – aus der verbotenen Lotterie einen stattlichen Gewinn von Fr. 105'000.00 ein[8]. Auch wenn das Bundesgericht die Entgegennahme von Zahlungen aus einem Schenkkreis bisher nicht ausdrücklich als strafbare Widerhandlungen gegen das Lotteriegesezt aufführte, ist der aufgezeigte Unterschied als strafrechtlich relevant zu qualifizieren. Die Entgegennahme von Zahlungen geht über die straflose Leistung eines Einsatzes hinaus; sie fördert die Verbreitung der Schenkkreise. Mit der Entgegennahme der Zahlung scheidet die in der Mitte des Schenkkreises angekommene Person aus dem Schenkkreis aus und ermöglicht erst die Teilung des Schenkkreises und damit die Weiterführung des Schneeballsystems. Die Entgegennahme der Zahlung ist daher eine Handlung, die im Sinn von Art. 4 Satz 2 LG dem Zweck des Schenkkreises dient und damit strafbar gemäss Art. 56 Abs. 2 i.V.m. Art. 38 Abs. 1 LG ist. cc) Bei diesem Ergebnis kann die Frage offen gelassen werden, ob mit dem von der Berufungsklägerin zugestandenem Anwerbungsversuch von zwei Freunden angesichts ihrer Einwände ein strafbares Verhalten rechtsgenügend erstellt ist.

E. 4

Hingegen beträgt die Verjährungsfrist für Verstösse gegen Art. 38 LG entgegen der Auffassung der Vorinstanz und offenbar auch der Parteien nicht sieben Jahre. Die Strafdrohung von Art. 38 Abs. 1 LG – Gefängnis oder Haft bis zu drei Monaten beziehungsweise gemäss Art. 333 Abs. 2 lit. c StGB[9] neu Geldstrafe bis zu 90 Tagessätzen oder Busse bis zu Fr. 10'000.00 – führt zwar gemäss Art. 103 StGB[10] und Art. 97 Abs. 1 lit. c StGB zu einer Verfolgungsverjährung von sieben Jahren. Das Lotteriegesezt vom 8. Juni 1923 ist aber am 1. Januar 1924 in Kraft getreten und wurde seither nie geändert[11]. Folglich kommt Art. 333 Abs. 3 Satz 4 StGB[12] zur Anwendung. Nach dieser Bestimmung ist die Tat auch dann eine Übertretung, wenn sie in einem anderen Bundesgesezt, das vor 1942 in Kraft getreten ist, mit einer Gefängnisstrafe bedroht ist, die drei Monate nicht übersteigt. Der Grund für diese Ausnahmeregelung liegt darin, dass das vor 1942 geltende Bundesstrafrecht die Unterscheidung zwischen Vergehen und Übertretung nicht kannte[13]. Weil Art. 38 Abs. 1 LG eine Gefängnisstrafe von nicht über drei Monaten oder eine Geldstrafe von nicht über 90 Tagessätzen vorsieht, liegt eine Übertretung des Nebenstrafrechts vor, für welche die Strafverfolgung gemäss Art. 109 StGB in drei Jahren verjährt. Obergericht, 2. Abteilung, 15. Mai 2012, ZBR.2012.12 [1] Änderung der Rechtsprechung [2] Vgl. BGE 134 III 444; Schulin, Basler Kommentar, Art. 66 OR N 4 f. [3] BGE 132 IV 85 [4] BGE 132 IV 85 [5] BGE 132 IV 86 [6] Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass seit 1. April 2012 gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. r i.V.m. Art. 38 Abs. 1 UWG auf Antrag mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft wird, wer jemandem die Lieferung von Waren, die Ausrichtung von Prämien oder andere Leistungen zu Bedingungen in Aussicht stellt, die für diesen hauptsächlich durch die Anwerbung weiterer Personen einen Vorteil bedeuten und weniger durch den Verkauf oder Verbrauch von Waren oder Leistungen (Schneeball-, Lawinen- oder Pyramidensystem). [7] BGE 132 IV 86 f. sowie 88 [8] Fr. 120'000.00 abzüglich Einsatz von Fr. 15'000.00 [9] Nach dieser Bestimmung wird Gefängnis unter sechs Monaten durch Geldstrafe ersetzt, wobei einem Monat Freiheitsstrafe 30 Tagessätze Geldstrafe zu höchstens Fr. 3'000.00 entsprechen. [10] Gemäss Art. 103 StGB sind Übertretungen Taten, die mit Busse bedroht sind. [11] BGE 129 IV 108 [12] Marginalie:

Anwendung des Allgemeinen Teils auf andere Bundesgesetze [13] Wiprächtiger, Basler
Kommentar, Art. 333 StGB N 26 × JavaScript errors detected Please note, these errors can
depend on your browser setup. If this problem persists, please contact our support. Contact
Support Close

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