

Internationales

Schweiz

Rechtsanwältin Carolina Keller Jupitz und Rechtsanwalt Friedrich Frank, beide Zürich

Länderbericht Schweiz: Aktuelles Wirtschaftsstrafrecht

I. Einleitung

In gesetzgeberischer Hinsicht steht derzeit die Revision des Art. 53 StGB (Einstellung bei Wiedergutmachung) im Mittelpunkt des wirtschaftsstrafrechtlichen Interesses. Denn diese wird, wenn sie wie geplant zur Anwendung kommt, bedeutende – und wenig erfreuliche – Auswirkungen auf die Praxis haben. Der Revision wird deswegen nachfolgend ein breiterer Rahmen eingeräumt. Auch im Glücksspielrecht gibt es mit dem neuen Geldspielgesetz Neuerungen, welche verwaltungsstrafrechtliche Relevanz aufweisen, in dogmatischer Hinsicht indes nicht unproblematisch sind.

Aber es gibt auch Positives zu berichten: In Bezug auf den Tatbestand der Geldwäscherei gibt es einen wichtigen neuen Entscheid, in welchem das Bundesgericht seiner immer weiter ausufernden Rechtsprechung erstmals Grenzen setzt, indem es festhält, dass die bloße Verlängerung des «paper trails» in der Regel keine Tathandlung darstellt. Gemäß diesem Grundsatzentscheid muss eine Auslandsüberweisung deswegen nicht (mehr) per se tatbestandsmässig sein. Vielmehr ist im Einzelfall zu bestimmen, ob ein Verhalten vorliegt, welches geeignet ist, die Einziehung der verbrecherischen erlangten Vermögenswerte zu vereiteln und zwar unabhängig

davon, ob Vermögen ins Ausland überwiesen wurde. Ausserdem verneint das Bundesgericht (endlich) wieder einmal eine arglistige Täuschung und hebt die hierauf basierende Verurteilung wegen Betruges auf. Zuletzt wird ein Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts dargestellt, der erhebliche Auswirkungen auf das Glücksspielstrafrecht haben wird.

II. Neue gesetzgeberische Vorhaben

1. Die Revision von Art. 53 StGB

Wie bereits berichtet, soll der – auch im Wirtschaftsstrafrecht praktisch sehr relevante – Art. 53 StGB einer Revision unterzogen werden.¹ Diese Norm sieht unter gewissen Voraussetzungen die Möglichkeit einer Verfahrenseinstellung oder Strafbefreiung vor, wenn der Täter Wiedergutmachung leistet und die Voraussetzungen für die bedingte Strafe erfüllt sind sowie das Interesse der Öffentlichkeit und des Geschädigten an der Strafverfolgung gering sind. Dass der Täter in tatsächlicher Hinsicht geständig ist, wird nicht vorausgesetzt.

Die Norm ist in den letzten Jahren in Kritik geraten, weil gewisse Fälle den Eindruck aufkommen ließen, die Anwendung von Art. 53 StGB führe zu einem «Freikauf von Strafe». Als Reaktion darauf gab es Bestrebungen, die fragliche Bestimmung ganz aus dem StGB zu streichen. Das Parlament hat einen entsprechenden Vorstoß im Jahr 2012 aber abgelehnt.

Die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates ist nun der Meinung, dass der Anwendungsbereich von Artikel 53 StGB enger gefasst werden sollte und stellt zwei Varianten zur Diskussion. Nach der ersten Variante soll eine Wiedergutmachung nur noch möglich sein, wenn als Strafe eine bedingte Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr, eine bedingte Geldstrafe oder eine Buße in Betracht kommt. Die zweite Variante beinhaltet, dass die Obergrenze noch stärker gesenkt wird, so dass eine Einstellung nur noch bei bedingter Geldstrafe oder Buße in Betracht kommt. Mit der Aufnahme der Buße in Art. 53 StGB möchte die Kommission in beiden Varianten präzisieren, dass eine Wiedergutmachung auch bei Übertretungen und Unternehmensbußen nach Art. 102 StGB möglich sein soll. Weiter möchte die Kommission in beiden Varianten als neue Voraussetzung einführen, dass der Täter den Sachverhalt eingesteht. Die Kommission erhofft sich, mit diesen Änderungen dem Anschein entgegenzuwirken, dass sich solvente Personen von Strafverfolgung und Strafe freikaufen können.²

Die Vernehmlassung ist nun abgeschlossen.³ Die Revision des Art. 53 StGB wird mehrheitlich begrüßt und die Befürworter der Vorlage unterstützen mit großer Mehrheit die erste Variante. Zwar solle der Anwendungsbereich eingeschränkt werden, dies jedoch nicht in dem Masse, wie die Variante 2 dies vorsehe.

Einige Vernehmlassende wiederum erachten die Obergrenze gemäß Artikel 53 StGB in seiner heutigen Fassung völlig zurecht als sachgerecht und bezeichnen eine Änderung als überflüssig. Andere lehnen die Vorlage explizit ab. Sein Anwendungsbereich solle nicht enger gefasst werden, um den Ermessensspielraum der Strafbehörden nicht weiter einzuschränken. Der Vorwurf des „Freikaufs von Strafe“ sei unzutreffend, da auch nichtfinanzieller Unrechtsausgleich erlaubt sei und die Wiedergutmachung gemäß Art 53 lit. b StGB ohnehin nur möglich sei, wenn das Interesse der Öffentlichkeit und der Geschädigten an der Strafverfolgung gering sei. Zudem hätte die bestehende Obergrenze in der Praxis nicht zu Problemen geführt.⁴ Es ist deswegen sehr zu hoffen, dass die Norm nur geringfügig angepasst wird.

Erfreulich ist an der Revision einzig, dass die Norm nun ausdrücklich auch Übertretungen (die mit Buße sanktioniert werden) erfassen soll. Damit wird der Anwendungsbereich explizit auch auf das Verwaltungsstrafverfahren erweitert. Bis anhin sahen sich Bundesverwaltungsbehörden unter Rückgriff auf den Wortlaut sowie auf Art. 42 StGB oftmals außer Stande, Art. 53 StGB (i.V.m. Art. 2 VStrR) zur Anwendung gelangen zu lassen. Gleiches gilt für das Unternehmensstrafrecht. Gemäß Art. 102 StGB können Unternehmen für verschiedene Organisationsverschulden gebüßt

¹ Vgl. dazu bereits *Ehrmann/Frank*, Länderbericht Schweiz: Aktuelles Wirtschaftsstrafrecht, WiJ 2017, S. 107 (abrufbar unter: <https://wi-j.com/wp-content/uploads/2016/07/WiJ-3-2017.pdf>).

² Parlamentarische Initiative, Modifizierung von Art. 53 StGB, Vorentwurf und erläuternder Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 13. Oktober 2016, S. 5, abrufbar unter: https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2819/Art.-53-StGB_Erl.-Bericht_de.pdf.

³ Bericht über das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens, 10.519 Parlamentarische Initiative, Modifizierung von Artikel 53 StGB, abrufbar unter: <https://www.parlament.ch/centers/documents/de/bericht-rk-n-10-519-2018-01-26-d.pdf>.

⁴ Bericht über das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens, 10.519 Parlamentarische Initiative, Modifizierung von Artikel 53 StGB, S. 5, abrufbar unter: <https://www.parlament.ch/centers/documents/de/bericht-rk-n-10-519-2018-01-26-d.pdf>.

werden. Auch hier ist – wie in der Praxis bereits üblich – nun explizit eine Einstellung nach Wiedergutmachung über Art. 53 StGB möglich.

2. Neues Geldspielgesetz

Das neue Geldspielgesetz setzt den Verfassungsartikel über die Geldspiele um, der im Jahre 2012 durch das schweizerische Stimmvolk angenommen wurde. Das Geldspielgesetz wird das Spielbankengesetz vom 18. Dezember 1998 sowie das veraltete Lotteriegesetz vom 8. Juni 1923 ablösen.

Online-Geldspiele wie Poker, Black Jack oder Roulette sind neu zugelassen, wenn sie von Casinos mit Sitz in der Schweiz angeboten werden. Kleine Pokerturniere ausserhalb von Spielbanken sind mit Bewilligung neu ebenfalls erlaubt. Die Abgaben für AHV/IV und für gemeinnützige Zwecke bleiben bestehen. Gegen das Gesetz ergriffen verschiedene Kreise das Referendum. In der Volksabstimmung vom 10. Juni 2018 hat sich die Bevölkerung für das neue Geldspielgesetz ausgesprochen.⁵ Die neuen Bestimmungen werden voraussichtlich auf den 1. Januar 2019 in Kraft gesetzt.

An den im Geldspielgesetz vorgesehenen Strafbestimmungen hat sich im Vergleich zum aktuell noch geltenden Spielbankengesetz nicht viel geändert. Mit Art. 133 ist freilich eine Norm hinzugekommen, welche die «Widerhandlung in Geschäftsbetrieben» ausdrücklich (und in der Bußenhöhe, CHF 100'000.–, über Art. 7 VStrR deutlich hinausgehend) sanktioniert. Hierbei handelt es sich, anders als bei der Unternehmensstrafbarkeit nach Art. 102 StGB, um eine reine Zurechnungsnorm⁶, eine Unternehmensstrafe im weiteren Sinne, bei der das Unternehmen an Stelle der fehlbaren natürlichen Person bestraft wird. Auf ein eigenes Verschulden kommt es nicht an, ein Organisationsdefizit ist eben gerade nicht erforderlich. Die der Norm zugrundeliegende sog. stellvertretende strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens stellt sich somit als vollständige Abkehr vom strafrechtlichen Schuld- und Täterprinzip dar. Der Grund für die Einführung der Norm war der gleiche wie bei der Einführung der Art. 100 MWSTG, 125 ZG, Art. 40 TStG und 49 FINMAG in den letzten Jahren: die in Art. 7 VStrR festgehaltene Bussenhöhe von CHF 5'000.– wird als nicht mehr ausreichend angesehen.

III. Neues aus der wirtschaftsstrafrechtlichen Rechtsprechung

1. Entscheid des Bundesgerichts vom 16. März 2018⁷

a) Sachverhalt

Der Beschwerdeführer hatte zwischen 2005 und 2010 Anlegern vorgetäuscht, mit ihrem Geld Gold und Silber zu kaufen und dieses in der Schweiz für sie zu hinterlegen. Er investierte jedoch nur einen kleinen Teil des ihm anvertrauten Vermögens. Das Kriminalgericht des Kantons Luzern erklärte den Beschwerdeführer des mehrfachen gewerbsmäßigen Betrugs, der mehrfachen Urkundenfälschung, der mehrfachen gewerbsmäßigen Geldwäscherei, der Erschleichung einer Falschbeurkundung, der mehrfachen ungetreuen Geschäftsbesorgung und des mehrfachen Pfändungsbetrugs schuldig. Es bestrafte ihn mit einer Freiheitsstrafe von 7 Jahren sowie einer bedingten Geldstrafe von 180 Tagessätzen zu Fr. 100.–. Gegen das Urteil des Kriminalgerichts erhoben der Beschwerdeführer Berufung und die Staatsanwaltschaft Anschlussberufung. Dieser Entscheid wurde bis auf den Tatbestand des Pfändungsbetrugs durch das Kantonsgericht Luzern bestätigt, woraufhin der Beschwerdeführer an das Bundesgericht gelangte.

b) Urteil

Das Bundesgericht erwägt in Bezug auf den Tatbestand des Betrugs, dass es einen erheblichen Unterschied mache, ob die Edelmetalle wie bestellt in Kleinheiten und für den Kunden getrennt oder gesamthaft in Großbarren eingelagert werden. Im ersten Fall könne der Kunde davon ausgehen, dass er jederzeit Zugriff auf die in seinem Eigentum stehenden Edelmetalle habe und sich sein Verlustrisiko somit in engen Grenzen bewege. Finde eine kundenspezifische Einla-

⁵ Der Gesetzestext ist hier abrufbar: <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2017/6245.pdf>.

⁶ Kucher, Klare Tat, unklare Täterschaft: Unternehmensstrafrecht nach revidiertem Mehrwertsteuergesetz. Zu den Bestimmungen von Art. 100 MWSTG, Art. 7 VStrR sowie Art. 52 und Art. 102 StGB, unter Einbezug der neuen schweizerischen StPO, ASA 79, S. 110 m.w.Hinw.

⁷ Abrufbar unter: https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/aza/http/index.php?lang=de&type=highlight_simple_query&page=1&from_date=&to_date=&sort=relevance&insertion_date=&top_sucollection_aza=all&query_words=6B_453%2F2017&rank=1&azadir=aza&highlight_docid=aza%3A%2F2F16-03-2018-6B_453-2017&number_of_ranks=3.

gerung nicht statt, laufe der Kunde Gefahr, einen Großteil oder sämtliche von ihm investierten Gelder zu verlieren. Gerade die Anlagesicherheit, die durch das Verschaffen von Eigentum an Edelmetallen in kleinen Einheiten und deren gesonderte Einlagerung angeblich hätte erreicht werden sollen, sei gegenüber anderen Anlageformen als besonders empfehlenswert angepriesen worden. Dadurch hätten die Kunden einen Vermögensschaden im Sinne von Art. 146 StGB erlitten, zumal die fehlende Eigentumsverschaffung an den Edelmetallen für sie eine erhebliche wirtschaftliche Schlechterstellung gegenüber der ihnen versprochenen Anlageform bedeute.

Mit Bezug auf den Tatbestand der Geldwäscherei hält das Bundesgericht fest, dass es zur Erfüllung des Tatbestandes zunächst einer Vortat bedarf. Eine solche erblicke die Vorinstanz zutreffend in den als Betrug qualifizierten Handlungen des Beschwerdeführers. Tathandlung der Geldwäscherei sei jeder Vorgang, der geeignet ist, die Ermittlung, die Auffindung oder die Einziehung von kontaminierten Vermögenswerten zu vereiteln. Nach der Rechtsprechung schließt die Vereitelung der Einziehung *pars pro toto* auch die Ermittlungs- und Auffindungsverweigerung mit ein; entscheidend sei mithin, ob ein Verhalten vorliegt, welches geeignet ist, die Einziehung der verbrecherisch erlangten Vermögenswerte zu vereiteln. Ob dies zutrifft, ist im Einzelfall zu bestimmen.

Die Vorinstanz halte weitgehend nur in pauschaler Weise fest, dass die Verwendung der deliktisch erlangten Gelder den Tatbestand der Geldwäscherei erfülle. Sie lege nicht im Einzelnen dar, inwiefern die verschiedenen Transaktionen geeignet sein sollen, die Einziehung der Vermögenswerte zu vereiteln. Der angefochtene Entscheid genüge in diesem Punkt den Anforderungen betreffend die Urteilsbegründung nicht, weshalb die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen sei. Das Bundesgericht hält weiter fest, dass die Vorinstanz im Rahmen der neuen Beurteilung berücksichtigt werden müsse, dass bei einer bloßen Verlängerung einer Papierspur ("paper trail") in der Regel keine Geldwäscherei vorliegt, etwa bei einer Überweisung von einem Konto auf ein anderes im Inland, solange keine weiteren Verschleierungshandlungen vorliegen und die Vermögenswerte dort noch einziehbar sind. Entsprechend erfülle die einfache Investition in Gebrauchswerte als solche den Tatbestand der Geldwäscherei nicht.

c) Bemerkung

Den Tatbestand der Geldwäscherei erfüllt, wer eine Handlung vornimmt, die geeignet ist, die Ermittlung der Herkunft, die Auffindung oder die Einziehung von Vermögenswerten zu vereiteln, die, wie er weiß oder annehmen muss, aus einem Verbrechen herrühren (Art. 305^{bis} Ziff. 1 StGB). Den Grundtatbestand der Geldwäscherei erfüllt damit jede Tathandlung, die geeignet ist, die Einziehung der Verbrechensbeute zu vereiteln.⁸ Dabei kann der Vortäter der Geldwäscher seiner eigenen Beute sein.⁹

Gemäß ständiger Praxis des Bundesgerichts ist der Geldwäscher durch seine Handlungen bestrebt, die durch eine qualifizierte Vortat erworbenen Vermögenswerte als legal erscheinen zu lassen, um so einer Beschlagnahme und Einziehung durch die Strafbehörden zu entgehen und gleichzeitig durch die Verwischung des «paper trail» Rückschlüsse auf den Vortäter und das der Geldwäscherei zugrunde liegende qualifizierte Delikt zu verhindern.¹⁰ Die Rechtsprechung hat bisher das Verstecken¹¹, das Anlegen¹² sowie das Wechseln von Bargeld¹³ als Vereitelungshandlung qualifiziert, nicht jedoch dessen einfache Einzahlung auf das dem üblichen privaten Zahlungsverkehr dienende persönliche Bankkonto am Wohnort¹⁴ oder den bloßen Besitz, beziehungsweise das Aufbewahren.¹⁵ Das Bundesgericht erkennt als geschütztes Rechtsgut die in- und ausländische Strafrechtspflege samt Einziehungsanspruch sowie mittelbar auch das Vermögen des durch die Vortat Geschädigten, wenn die inkriminierten Werte aus Straftaten gegen Individualinteressen herrühren.¹⁶

Das Bundesgericht befasst sich in diesem Entscheid eingehend mit der Frage, ob eine Überweisung ins Ausland als solche den Tatbestand der Geldwäscherei erfüllt.¹⁷ In der Strafrechtswissenschaft wird teilweise vertreten, dass jede Überweisung von deliktisch erlangten Vermögenswer-

⁸ BGE 119 IV 243 E. 1a); *Delnon/Hubacher*, Geldwäscherei und Teilkontamination, ZStrR 2016, S. 327.

⁹ BGE 120 IV 325 ff. E. 3 a), b), c), d) m.w.H.

¹⁰ BGE 129 IV 322 ff. E. 2.2.4.

¹¹ BGE 122 IV 211 E. 2b; BGE 119 IV 59 E. 2e.

¹² BGE 119 IV 242 E. 1d.

¹³ BGE 122 IV 211 E. 2c.

¹⁴ BGE 124 IV 274 E. 4a.

¹⁵ BGer, Urteil vom 24. Januar 2000, 6S.595/1999 E. 2d/aa.

¹⁶ *Delnon/Hubacher*, a.a.O., S. 327; BGE 129 IV 322 E. 2.2.4 m.w.H.

¹⁷ BGer, Urteil vom 16. März 2018, 6B_453/2017, E. 7.2.2. (vgl. die Ausführungen unter b) Urteil vorstehend).

ten ins Ausland den Tatbestand der Geldwäscherei erfülle, unabhängig davon, ob ein paper trail vorliege oder nicht.¹⁸ Begründet wird dies im Wesentlichen (und wenig überzeugend) damit, dass es nur selten vorkommen dürfte, dass exportierte Vermögenswerte auf dem Rechtshilfeweg zur Einziehung in die Schweiz zurücktransferiert werden.¹⁹

Das Bundesgericht widerspricht dieser Ansicht und hält zu Recht fest: «Ob die Einziehung im In- oder Ausland erfolgt, ist belanglos. Ebenso wenig kommt es darauf an, ob die Vermögenswerte in die Schweiz zurückgeführt werden. Geldwäscherei ist bei einer Auslandsüberweisung demnach nur dann zu bejahen, wenn die Transaktion geeignet ist, die Einziehung im Ausland zu vereiteln»²⁰. Mit diesem Entscheid schränkt das Bundesgericht – im Gegensatz zu seiner bisherigen sehr extensiven Praxis – den Anwendungsbereich des Tatbestands der Geldwäscherei endlich ein. Dies ist zu begrüßen.

2. Entscheid des Bundesgerichts vom 30. Mai 2018²¹

a) Sachverhalt

Der Beschwerdeführer war Gesellschafter und einer von zwei Geschäftsführern mit Einzelunterschrift der im Jahre 1986 gegründeten B.B. GmbH. Er war zudem Gesellschafter mit Einzelunterschrift und faktischer Geschäftsführer der am 15. März 2010 im Handelsregister eingetragenen C.B. GmbH sowie Gesellschafter und Geschäftsführer mit Einzelunterschrift der ebenfalls am 15. März 2010 im Handelsregister eingetragenen D. GmbH. Die drei Gesellschaften bezweckten u.a. die Organisation und Durchführung von Konzerten. Über die B.B. GmbH und die C.B. GmbH wurde am 3. Oktober 2011 und über die D. GmbH am 10. Oktober 2011 der Konkurs eröffnet.

Die Anklage wirft dem Beschwerdeführer vor, er habe als federführende Person Gelder der beiden B.-Gesellschaften zwischen Fr. 226'240.-- und maximal ca. Fr. 750'000.-- als nicht gesicherte Überbrückungskredite an die D. GmbH übertragen, um ein von dieser geplantes und mangels vorhandener Finanzen von einer kurzfristigen Absage bedrohtes Open Air-Konzert durchführen zu können. Dem Beschwerdeführer sei dabei klar gewesen oder er habe zumindest billigend in Kauf genommen, dass die D. GmbH die Gelder nicht oder zumindest nicht im vollen Umfang zurückbezahlen könne. Auch habe er gewusst, dass die seit längerer Zeit finanziell angeschlagenen B.-Gesellschaften einen Ausfall in sechsstelliger Frankenhöhe finanziell nicht verkraften konnten.

Weiter habe der Beschwerdeführer der Suisa, Schweizerische Gesellschaft für die Rechte der Urheber musikalischer Werke (nachfolgend «Suisa»), in den auf den von ihm unterzeichneten Abrechnungsbogen einen Teil der Ticket-Einnahmen des Konzerts der Band "F." vom 2. Juni 2010 in Bern, des E. vom 23./24. Juni 2011 in Basel sowie von 75 weiteren in den Jahren 2009-2011 veranstalteten Konzerten wissentlich und willentlich verschwiegen, woraufhin die Suisa von der B.B. GmbH, der C.B. GmbH bzw. der D. GmbH jeweils zu tiefe Urheberrechtsentschädigungen eingefordert habe. Dadurch sei der Suisa bzw. mittelbar den durch sie vertretenen Rechtsinhabern ein Vermögensschaden von insgesamt Fr. 504'598.10 entstanden.

Das Bezirksgericht Zürich erklärte den Beschwerdeführer des mehrfachen Betrugs (Art. 146 Abs. 1 StGB), der mehrfachen Misswirtschaft (Art. 165 Ziff. 1 i.V.m. Art. 29 lit. a StGB), der mehrfachen ungetreuen Geschäftsbesorgung (Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 StGB) sowie des mehrfachen Verstosses gegen Art. 67 Abs. 1 lit. g des Bundesgesetzes vom 9. Oktober 1992 über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz, URG; SR 231.1) schuldig und bestrafte ihn mit einer bedingten Freiheitsstrafe von 20 Monaten. Der Beschwerdeführer erhob gegen dieses Urteil Berufung. Das Obergericht des Kantons Zürich stellte das Verfahren gegen den Beschwerdeführer wegen Verstoßes gegen das Urheberrechtsgesetz im Sinne von Art. 67 Abs. 1 lit. g URG daraufhin ein. Im Übrigen bestätigte es das erstinstanzliche Urteil.

Gegen dieses Urteil reichte der Beschwerdeführer beim Bundesgericht Beschwerde in Strafsachen ein und beantragt vollumfänglichen Freispruch.

¹⁸ Ackermann, Kommentar Kriminelles Vermögen - Kriminelle Organisationen, Einziehung - Kriminelle Organisation - Finanzierung des Terrorismus - Geldwäscherei, Band I, Zürich 2018, Art. 305^{bis} N 315; Basler Kommentar 3. Aufl. 2015 [Hrsg.: Niggli/Wiprächtiger]-Pieth, Art. 305^{bis} N 49 m.w.Hinw.

¹⁹ Ackermann, a.a.O., Art. 305^{bis} N 315.

²⁰ BGer, Urteil vom 16. März 2018, 6B_453/2017, E. 7.2.1., E. 7.2.2.

²¹ Abrufbar unter: https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/aza/http/index.php?lang=de&type=highlight_simple_query&page=1&from_date=&to_date=&sort=relevance&insertion_date=&top_subcollection_aza=all&query_words=6B_748%2F2017&rank=1&azaclir=aza&highlight_docid=aza%3A%2F%2F30-05-2018-6B_748-2017&number_of_ranks=1.

b) Urteil

Das Bundesgericht hiess die Beschwerde gut. Einzig in Bezug auf die Verurteilung wegen mehrfacher Misswirtschaft wies es die Sache unter Aufhebung des Urteils an die Vorinstanz zurück.

Gemäß Bundesgericht bejahte die Vorinstanz zu Unrecht eine arglistige Täuschung im Sinne von Art. 146 Abs. 1 StGB, dies obschon der Beschwerdeführer weder ein ganzes Lügengebäude errichtete noch sich besonderer Machenschaften oder Kniffe bediente und auch keine besonderen Umstände vorlagen, welche die einfachen schriftlichen Lügen ausnahmsweise als arglistig erscheinen lassen könnten. Indem die Suisa vom Beschwerdeführer nie Belege wie die Schlussabrechnungen der G. AG einforderte, aus welchen die Verkaufszahlen (mit Ausnahme der geringen Anzahl Abendverkäufe) sofort ersichtlich gewesen wären, hat sie selber grundlegendste Vorsichtsmassnahmen nicht beachtet.

In Bezug auf den Tatbestand der Misswirtschaft hält das Bundesgericht fest, dass die Vorinstanz dem Beschwerdeführer zu Unrecht vorwirft, er habe den Tatbestand der Misswirtschaft durch die Vergabe von Darlehen in den Jahren 2009 und 2010 sowie die nicht rechtzeitige Erstellung der Jahresabschlüsse bzw. einer Zwischenbilanz erfüllt. Angeklagt sei einzig der im Juni 2011 gewährte Überbrückungskredit von Fr. 226'240.--. Inwiefern der Beschwerdeführer mit dieser Zahlung, unabhängig von den gemäß der Vorinstanz bereits zuvor erfolgten unrechtmässigen Zahlungen und den nicht rechtzeitig erstellten Jahresabschlüssen, den Tatbestand der Misswirtschaft erfüllt haben soll, kann dem angefochtenen Entscheid nicht entnommen werden. Konkrete Überlegungen zur finanziellen Situation der B.-Gesellschaften mit und ohne den Überbrückungskredit von Fr. 226'240.-- stellt die Vorinstanz nicht an. Solche wären jedoch nicht nur für den Nachweis eines Kausalzusammenhangs zwischen Bankrottthandlung und Vermögenseinbusse erforderlich gewesen. Vielmehr hätten sich solche auch für die Beantwortung der Frage aufgedrängt, ob der Überbrückungskredit überhaupt ein krasses wirtschaftliches Fehlverhalten im Sinne von Art. 165 Ziff. 1 StGB darstellte.

c) Bemerkungen

Einer der seltenen Entscheide, in welchen das Bundesgericht eine arglistige Täuschung verneint. Diese setzt der schweizerische Betrugstatbestand ausdrücklich voraus. So macht sich gemäß Art. 146 Abs. 1 StGB des Betrugs strafbar, wer in der Absicht, sich oder einen andern unrechtmässig zu bereichern, jemanden durch Vorspiegelung oder Unterdrückung von Tatsachen arglistig irreführt oder ihn in einem Irrtum arglistig bestärkt und so den Irrenden zu einem Verhalten bestimmt, wodurch dieser sich selbst oder einen andern am Vermögen schädigt.

Arglist ist nach ständiger Rechtsprechung dann gegeben, wenn der Täter ein ganzes Lügengebäude errichtet oder sich besonderer Machenschaften oder Kniffe bedient. Bei einfachen falschen Angaben ist das Merkmal erfüllt, wenn deren Überprüfung nicht oder nur mit besonderer Mühe möglich oder nicht zumutbar ist, sowie dann, wenn der Täter den Getäuschten von der möglichen Überprüfung abhält oder nach den Umständen voraussieht, dass dieser die Überprüfung der Angaben aufgrund eines besonderen Vertrauensverhältnisses unterlassen werde.²²

Die falschen Angaben des Beschwerdeführers, welche sich mehrheitlich auf das Ausfüllen von Fragenbögen bezog, qualifizierte das Bundesgericht als einfache schriftliche Lüge. Eine einfache Lüge ist – nach ebenfalls ständiger Rechtsprechung – aber nur unter besonderen Umständen arglistig im Sinne von Art. 146 Abs. 1 StGB. Dies ist namentlich der Fall, wenn der Getäuschte die Überprüfung der Angaben aufgrund eines besonderen Verhältnisses unterlassen durfte. Angesichts der Tatsache, dass die Suisa weder Schlussabrechnungen noch Belege zur Überprüfung der Angaben anforderten, noch ein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen der Suisa und dem Beschwerdeführer bestand, verneinte das Bundesgericht zu Recht das Vorliegen einer arglistigen Täuschung. Es ist dem Bundesgericht in zweierlei Hinsicht beizupflichten. Einerseits hätte die Suisa, die Angaben des Beschwerdeführers, ohne großen Aufwand überprüfen können (und müssen). Andererseits bestand die jahrelange Zusammenarbeit zwischen der Suisa und dem Beschwerdeführer nicht auf freiwilliger Basis, sondern vielmehr auf einer gesetzlichen Verpflichtung (vgl. Art. 51 URG) sowie auf der Monopolstellung der Suisa als Verwertungsgesellschaft im Sinne von Art. 40 ff. URG. Wie das Bundesgericht richtig feststellt, war die «Beschwerdegegnerin 2 [Suisa] (...) von Gesetzes wegen verpflichtet, die ihr zur Wahrung anvertrauten Rechte wahrzunehmen. Zu ihren Pflichten gehörte gemäß dem im Tatzeitpunkt geltenden Tarif K auch, die Abrechnungen der unabhängigen Billettverkaufsorganisationen einzufordern, falls der Konzert-

²² BGE 142 IV 153 E. 1.2; BGE 135 IV 76 E. 5.2 mit Hinweisen.

veranstalter diese nicht von sich aus einreichte. Der Beschwerdeführer konnte daher nicht darauf vertrauen, dass die Beschwerdegegnerin 2 keine Überprüfungen durchführen werde. [...] Da vom Beschwerdeführer offenbar nie irgendwelche Belege einverlangt wurden, war für die Beschwerdegegnerin 2 zudem von Beginn weg nicht feststellbar, ob dieser die Fragebogen korrekt ausfüllte.»²³

Des Weiteren ist in Bezug auf den Vorwurf der Misswirtschaft festzuhalten, dass die Rechtsprechung eine nachlässige Berufsausübung im Sinne von Art. 165 Ziff. 1 StGB bejaht, wenn gesetzliche Bestimmungen der Unternehmensführung missachtet werden. Die Bestimmung bedroht die krasse Sorgfaltspflichtverletzung angesichts des drohenden Vermögensverfalls mit Strafe. Tatbestandsmässig ist nur ein krasse wirtschaftliches Fehlverhalten. Nach der Rechtsprechung liegt eine gravierende Nachlässigkeit in der Berufsausübung vor, wenn gesetzliche Bestimmungen der Unternehmensführung missachtet werden. Dazu gehören insbesondere die Vernachlässigung der Rechnungslegung oder die Verletzung der Pflicht des Verwaltungsrats einer Aktiengesellschaft, im Falle der Überschuldung den Richter zu benachrichtigen²⁴. Ein Schuldspruch setzt ferner den Nachweis eines Kausalzusammenhangs zwischen der Bankrothandlung und der Vermögenseinbusse voraus.²⁵

Das Bundesgericht hält fest, dass die Vorinstanz keine konkreten Überlegungen zur finanziellen Situation der B-Gesellschaften mit und ohne den Überbrückungskredit von CHF 226'240.00 anstellte. Solche wären jedoch nicht nur für den Nachweis eines Kausalzusammenhangs zwischen Bankrothandlung und Vermögenseinbuße erforderlich gewesen. Vielmehr hätten sich solche auch für die Beantwortung der Frage aufgedrängt, ob der Überbrückungskredit überhaupt ein krasse wirtschaftliches Fehlverhalten im Sinne von Art. 165 Ziff. 1 StGB darstellte. Dem Bundesgericht ist beizupflichten. Die Vorinstanz nahm eine ex-post Betrachtung vor und verurteilte den Beschwerdeführer ohne sich mit den konkreten Umständen aus damaliger Hinsicht auseinander zu setzen. Das Eingehen eines jeder Geschäftstätigkeit inhärenten Risikos ist aber nicht strafbar, auch wenn sich lediglich ex-post herausstellt, dass eine Fehlentscheidung getroffen worden ist.²⁶

3. Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 27. April 2018²⁷

a) Sachverhalt

Dem Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts lag die Frage zugrunde, ob es sich bei den in einem Verwaltungsstrafverfahren (Verdacht der Widerhandlung gegen das Spielbankengesetz) beschlagnahmten Geräten um Glücksspielautomaten im Sinne von Art. 3 Abs. 2 SBG handelt oder nicht. Die Vorinstanz, die Eidgenössische Spielbankenkommission (ESBK) bejahte dies, wogegen der Beschwerdeführer Beschwerde einlegte. Der Beschwerdeführer begründet diese zusammengefasst damit, dass die Geräte – entgegen den tatsächlichen Feststellungen der ESBK – eben nicht über eine Funktion verfügen, die es erlaube, das Kreditdisplay auf Null zu stellen und das entsprechende Guthaben auszubezahlen. Da Glücksspiele und Glücksspielautomaten nur vorlägen, wenn entweder ein Geldgewinn oder ein anderer geldwerter Vorteil in Aussicht gestellt werde, handle es sich vorliegend nicht bewilligungspflichtige Unterhaltungsgeräte. Die ESBK führt dagegen aus, dass die Gutschrift auf dem Spielkonto im Fall des Gewinns einen geldwerten Vorteil darstelle, weswegen die Geräte als Glücksspielgeräte zu qualifizieren seien. Es ist somit zwischen den Parteien umstritten, was als geldwerter Vorteil zu verstehen ist und in welcher Form dieser nachzuweisen ist.

b) Urteil

Das Bundesverwaltungsgericht setzt sich mit dieser Frage vertieft auseinander und hält zunächst fest, dass die bloße Ersparnis weiterer Spieleinsätze alleine – und entgegen der vorinstanzlichen Ausführungen – nicht ausreichend sei, um hieran einen geldwerten Vorteil festzumachen. Denn dies trage der Abgrenzung von Geldspielautomaten zu anderen, bewilligungsfreien Spielautomaten (etwa Flipperautomaten) zu wenig Rechnung (E. 5.4). Da darüber

²³ BGer, Urteil vom 30. Mai 2018, 6B_748/2017 E. 1.4.

²⁴ BGer, Urteil vom 8.12.2016, 6B_199/2016 E. 2.3.3; BGer, Urteil vom 28.04.2016, 6B_1047/2015 E. 4.3; BGer, Urteil vom 09.02.2016, 6B_366/2015 E. 2.3.2; BGer, Urteil vom 18.01.2010, 6B_492/2009 E. 2.2; je mit Hinweisen; Konopatsch, Verspätete Überschuldungsanzeige als Misswirtschaft gemäss Art. 165 Ziff. 1 StGB, ZStrR 2016, S. 197; Basler Kommentar StGB II, 3. Aufl. 2015 [Hrsg.: Niggli/Wiprächtiger]-Hagenstein, Art. 165 N 33.

²⁵ BGer, Urteil vom 18.01.2010, 6B_492/2009 E. 2.2; Hagenstein, a.a.O., Art. 165 N 60 ff.

²⁶ Hagenstein, a.a.O., Art. 165 N 11.

²⁷ Abrufbar unter: <https://www.bvger.ch/bvger/de/home/rechtsprechung/entscheidendatenbank-bvger.html>.

hinaus aber auch nicht nachgewiesen werden konnte, ob es im konkreten Fall überhaupt je zu Auszahlungen kam, stellt das Gericht im Anschluss darauf ab, ob die Spielgeräte mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zum Geldspiel verwendet werden. Dies sei bei einem offensichtlichen Missverhältnis von Geldeinsatz und Unterhaltungswert des Spiels anzunehmen:

«Die bisherige Praxis stellt demnach, nicht zuletzt aufgrund der Gefahr der Umgehung bzw. des missbräuchlichen Einsatzes dazu geeigneter Automaten, auf die überwiegende Wahrscheinlichkeit der Verwendung zum Geldspiel ab. Demzufolge kann dem Beschwerdeführer nicht gefolgt werden, soweit er einzig für entscheidend hält, ob Geldauszahlungen durch ihn tatsächlich nachgewiesen seien. Zwar hat die Vorinstanz soweit ersichtlich keine Vorgänge des tatsächlichen Umtauschs von Kreditguthaben in reale Vermögenswerte festgestellt, und darf unter diesen Umständen die Verwendung zum Geldspiel nicht leichthin als überwiegend wahrscheinlich angenommen werden. Soweit allerdings ein Missverhältnis von Geldeinsatz und Unterhaltungswert besteht, hat die Rechtsprechung (zumindest ohne überwiegende Gegenindizien) verschiedentlich angenommen, das Spiel werde in erster Linie zum Erzielen eines geldwerten Vorteils betrieben, ohne dafür zwingend den Nachweis vorauszusetzen, dass Auszahlungen tatsächlich und stets erfolgten (vgl. Urteile des BGer 1A.22-29/2000 und 1A.42-49/2000 vom 7. Juli 2000 E. 3c a.E. [vor "im Übrigen"]; Urteil des BVGer B-2305/2006 vom 25. Juni 2007 E. 6.5.2).»

Im konkreten Fall bejaht das Bundesverwaltungsgericht ein solches Missverhältnis vorrangig aus dem Grund, weil das jeweilige Spiel nur sehr kurz (zwischen zwei und fünf Sekunden) gehe, dafür aber jeweils - auf die Minute hochgerechnet - mehrere Franken Spieleinsatz zu leisten seien. Der Unterhaltungswert stünde deswegen außer Verhältnis zum Geldeinsatz, woran auch die große Zahl an erzielbaren Zusatzspielen nichts ändern würde.

c) Bemerkung

Die Frage, ob ein bewilligungspflichtiger Glückspielautomat vorliegt, ist für die Strafbarkeit nach dem Spielbankengesetz (und neu dem Geldspielgesetz) von entscheidender Bedeutung (Art. 56 lit. a SBG). Denn die Strafbehörden stellen diesbezüglich vollumfänglich auf die Einschätzung der Verwaltungsbehörde ab. Wenn hierfür letztlich nun ein Missverhältnis von Geldeinsatz und Unterhaltungswert maßgeblich ist, so stellen geldbetriebene Spielautomaten mit kurzer Spieldauer zukünftig stets Glücksspielautomaten im Sinne von Art. 3 Abs. 2 SBG dar.