

SK-Nr. 2009 295

Urteil der 2. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern,

unter Mitwirkung von Obergerichtssuppleantin S. Krieger (Präsidentin i.V.), Oberrichter Cavin und Oberrichterin Bratschi sowie Kammerschreiber Zbinden

vom 4. Mai 2010

in der Strafsache gegen

A.

amtlich vertreten durch Fürsprecher X.

wegen fahrlässiger Körperverletzung, Betruges, Widerhandlungen gegen das Sozialhilfegesetz und das Strassenverkehrsgesetz

Regeste

Abgrenzung zwischen Sozialhilfebetrug und Widerhandlung gegen das Sozialhilfegesetz (E. 2.1). Betrug verneint, da das Verhalten des Angeschuldigten keine (Täuschungs-)Handlung, sondern ein Unterlassen darstellt und im Bereich des Sozialhilferechts ein Betrug durch Unterlassen nicht möglich ist (E. 2.2).

Anmerkung: Die Generalprokuratur hat gegen diesen Entscheid Beschwerde in Strafsachen erhoben.

Redaktionelle Vorbemerkungen:

Die Vorinstanz sprach den Angeschuldigten schuldig u.a. wegen Betrugs zum Nachteil des Sozialdiensts. Dagegen erklärte der Angeschuldigte die Appellation. Die Kammer erachtete den Tatbestand des Betruges als nicht erfüllt und verurteilte den Angeschuldigten wegen Widerhandlung gegen das Sozialhilfegesetz (Art. 85 SHG) sowie gestützt auf die rechtskräftigen Schuldsprüche wegen Widerhandlungen gegen das SVG sowie fahrlässiger Körperverletzung zu einer bedingten Geldstrafe von 20 Tagessätzen zu je Fr. 30.00, einer Verbindungsbusse von Fr. 150.00 und einer Übertretungsbusse von Fr. 750.00 (wegen Widerhandlung gegen das SHG).

Auszug aus den Erwägungen:

(...)

1. Sachverhalt und Beweiswürdigung bezüglich des Sozialhilfemissbrauchs durch Unterlassen der Meldung der Arbeitsstelle an die Sozialdirektion

Der Sachverhalt wurde durch die Vorinstanz detailliert und zutreffend festgehalten, weshalb sich vorab ein genereller Verweis auf die entsprechenden Erwägungen rechtfertigt (vgl. S. 8 ff. = p. 126 ff.). Dieser blieb vom Angeschuldigten unbestritten; er war von Anfang an geständig (vgl. p. 10 ff. und p. 221). Der Sachverhalt kann wie folgt kurz zusammengefasst werden: Mit Aufnahmeformular vom 9.6.2004 (p. 4 ff.) beantragte der Angeschuldigte Sozialhilfe bei den Sozialen Diensten der Stadt Burgdorf und erklärte darin, vollständige Angaben gemacht und die gestellten Fragen wahrheitsgetreu beantwortet zu haben. Zudem nahm er zur Kenntnis, dass er allfällige Änderungen seiner persönlichen Verhältnisse ohne Verzug den Sozialen Diensten der Stadt Burgdorf mitzuteilen hatte (p. 7). Per Juli 2008 wurde der Angeschuldigte bei der Firma E. AG in Burgdorf angestellt (p. 165). Gemäss eigenen Aussagen war ihm bewusst, dass er diese Arbeitsstelle hätte melden müssen. Er meldete dies jedoch gemäss eigenen Aussagen absichtlich nicht. Mit den Sozialhilfeleistungen wollte er Privatkonkurs machen und ein bisschen leben und Kleider kaufen (p. 13). Diese am 14.1.2009 bei der Polizei gemachten Aussagen bestätigte er in der ersten Einvernahme durch die a.o. Gerichtspräsidentin 5 des Gerichtskreises V Burgdorf-Fraubrunnen vom 18.5.2009 (p. 88).

Gemäss Anzeige der Sozialdirektion der Stadt Burgdorf habe seit Juli 2008, dem Zeitpunkt des Antritts der Stelle bei der E. AG, kein direkter Kontakt mehr zwischen dem Angeschuldigten und den Sozialen Diensten der Stadt Burgdorf stattgefunden (Anzeige, p. 1). Der Angeschuldigte ist seit Oktober 2009 aus wirtschaftlichen Gründen arbeitslos und befindet sich seither auf Arbeitssuche (vgl. p. 161 ff.).

2. Rechtliche Würdigung des Sozialhilfemissbrauchs durch Unterlassen der Meldung der Arbeitsstelle an die Sozialdirektion

- 2.1 Im Zentrum der rechtlichen Würdigung steht die Abgrenzung des Betrugs gemäss Art. 146 StGB zur Widerhandlung gegen das Gesetz über die öffentliche Sozialhilfe (Sozialhilfegesetz, SHG; BSG 860.1). Die Vorinstanz hat diese Abgrenzung wie folgt korrekt vorgenommen (S. 18 = p. 136):

„Nach herrschender Lehre gilt der Vorrang des Bundes(straf)rechts gegenüber dem kantonalen Verwaltungsstrafrecht. Eine kantonale rechtliche, privilegierende Norm hat somit gegenüber einer Strafbestimmung des Bundesrechts zurückzustehen und geniesst keinen Vorrang (vgl. BGE 112 IV 19). Der Vorrang des Bundesrechts hat zur Konsequenz, dass die betrügerische Erschleichung einer staatlichen Leistung als Betrug gemäss Art. 146 StGB zu erfassen ist, sofern die Elemente des gemeinrechtlichen Betrugstatbestan-

des tatsächlich vorliegen. Art. 85 SHG als kantonalrechtliche Strafnorm (Übertretungsstrafrecht) ist lediglich ein Auffangtatbestand, welcher nur zur Anwendung kommt, wenn die Voraussetzungen des Betrugs nicht erfüllt sind. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn dem Täter ein besonders arglistiges Verhalten nicht nachgewiesen werden kann. Wären nach dem relevanten Verhalten des Täters an sich beide Bestimmungen anwendbar, so geht die bundesrechtliche vor, die kantonalrechtliche findet keine Anwendung. Es handelt sich um einen Fall unechter (Gesetzes-)konkurrenz.“

2.2 Im Weiteren gilt es zu prüfen, ob ein Betrug durch Unterlassen im Sozialhilfereich möglich ist.

Ein Verbrechen und Vergehen kann gemäss Art. 11 Abs. 1 StGB auch durch pflichtwidriges Untätigbleiben begangen werden. Vorausgesetzt ist gemäss Abs. 2 eine sog. Garantenstellung, welche durch Gesetz, Vertrag, einer freiwillig eingegangenen Gefahrengemeinschaft oder der Schaffung einer Gefahr entstanden ist (vgl. zum Betrug durch Unterlassen Urteil des Bundesgerichts 6S.288/2000 vom 28.9.2000, E. 3c mit Verweis auf Lehre und Praxis des Bundesgerichts).

a) Die Generalprokuratur führt in ihrem Parteivortrag (S. 4 f. = p. 259 f.) aus, dass sich entgegen der Auffassung der Vorinstanz aus Art. 28 SHG keine Garantenpflicht ergebe: *„Die Anklagekammer hat dies in einem neueren Entscheid damit begründet, dass ein Sozialhilfeempfänger allein aufgrund der Tatsache, dass er angewiesen wird, allfällige Änderungen in seinen persönlichen Verhältnissen unaufgefordert zu melden, noch nicht zum Hüter der Vermögensrechte des Gemeinwesens werde. Wer Sozialhilfe beziehe, habe weder ausdrücklich noch stillschweigend akzeptiert, das Staatsvermögen zu schützen oder sogar zu überwachen, was sich im Übrigen aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ergebe (AK Nr. 2009/365 vom 30.11.2009 mit Verweis auf SK 228/II/2002 vom 15.10.2002 sowie 6S.288/2000). Die Anklagekammer hat aber im gleichen Entscheid – wiederum unter Hinweis auf die höchstrichterliche Rechtsprechung – darauf hingewiesen, dass eine Konstellation denkbar sei, in welcher sich das kantonale Amt nicht damit begnüge, dem Beschwerdeführer die Leistungen routinemässig auszubezahlen, sondern ihn – mindestens konkludent oder durch qualifiziertes Schweigen, beispielsweise indem es von ihm eine Erneuerung des Gesuches verlange – dazu veranlasst habe, sich ein- oder mehrmals zu seinen finanziellen Verhältnissen zu äussern.“*

Im Weiteren führt die Generalprokuratur konkret aus (Parteivortrag S. 5 = p. 260): *„Der für ihn zuständige Mitarbeiter des Sozialdienstes hat vergeblich versucht, ihn ausfindig zu machen und ihn zuhause aufzusuchen. Auch der Versuch, den Angeschuldigten bei sei-*

nem Erstgespräch im Zusammenhang mit dem Vollzug der gemeinnützigen Arbeit zu kontaktieren, schlug fehl, weil er diesen Termin nicht wahrgenommen hatte. Die Mitarbeiter des Sozialdienstes sind mithin aktiv geworden und haben gezielte Schritte unternommen, um mit dem Angeschuldigten in Kontakt zu treten. Dieser hat nicht nur jegliche Kontaktnahme vermieden, sondern Kontaktnahmen seitens der Sozialdienste verunmöglicht (pag. 90 Z. 15 ff.). Daraus ergibt sich, dass seitens des Angeschuldigten kein blosses Unterlassen (mehr) zur Diskussion steht, sondern vielmehr eine Täuschung durch Tun. Der Begriff der Arglist bezweckt, von der Strafbarkeit diejenigen Handlungen auszunehmen, gegen welche sich die Geschädigten bei Anwendung der verkehrsüblichen Sorgfalt selber hätten schützen können. Die Verantwortlichen des Sozialdienstes haben sich – wie soeben aufgezeigt – nicht einfach damit begnügt, die Leistungen routinemässig auszubezahlen, sondern sie haben ernsthafte und den konkreten Umständen entsprechende Anstrengungen unternommen, um die Situation des Angeschuldigten zu klären. In einer derartigen Konstellation ist das Verhalten des Angeschuldigten als betrugsrelevante Täuschungshandlung zu qualifizieren.“

b) Die Verteidigung hingegen bringt zu Recht vor (S. 4 = p. 223), dass dem Angeschuldigten nicht vorgeworfen werde, die Mitarbeiter des Sozialdienstes aktiv getäuscht zu haben. Vielmehr habe er sich nicht mehr gemeldet, sei gewissermassen untergetaucht und habe damit sein Einkommen verschwiegen. Dem Sachverhalt sei nicht zu entnehmen, dass er gegenüber Mitarbeitern des Sozialdienstes im persönlichen Gespräch seine Arbeitsstelle bei der E. AG verschwiegen habe. Er habe es schlicht nach seinem Verhaltensmuster unterlassen, diese Stelle zu melden, und er habe Termine beim Sozialdienst nicht wahrgenommen. Dadurch habe er keine Handlung gemacht, welche als aktive Täuschung gewertet werden könnte, sondern er habe eine Unterlassung begangen. Dies sei dem Angeschuldigten, wie er selbst sage, bewusst gewesen und er habe seinerseits mit einer Busse dafür gerechnet. Daher liege vorliegend keine Täuschungshandlung im Sinne des Betruges vor.

Die Verteidigung führt weiter aus, dass aus der Meldepflicht gemäss Art. 28 Abs. 1 SGH keine Garantenstellung abgeleitet werden könne. Aus diesem Grunde liege keine Begehung durch eine Unterlassung vor (S. 5 = p. 224).

c) Diese Auffassung entspricht der Praxis des Bernischen Obergerichts, wonach ein Verschweigen nur arglistig sein kann, wenn dem Täter eine Garantenpflicht zukommt. Mit Verweis auf BGE 127 IV 163 statuiert Art. 28 Abs. 1 SHG keine solche; die Sozialhilfeempfänger werden mit dieser Informationspflicht nicht zu Hütern der öffentlichen Finanzen gemacht (vgl. SK 07 350).

Die Lehre fragt nach dem Grund der Garantenpflicht und unterscheidet rechtsgutbezogene Obhutspflichten und gefahrenquellenbezogene Sicherungspflichten. Im Zusammenhang mit Sozialhilfebetrug kommt nur die rechtsgutbezogene Obhutspflicht als Grund für eine mögliche Garantenpflicht in Frage. Bei den Obhutspflichten handelt es sich um besondere Schutzpflichten für bestimmte Rechtsgüter. Die Schutzpflicht muss eine rechtliche sein, eine moralische genügt nicht. Rechtspflichten verbieten, andere in ihren Freiheitsrechten zu verletzen; darum müssen Handlungspflichten ein Verletzungsverbot beinhalten (BSK-Strafrecht I-SEELMANN, Art. 11 N 34 und 36).

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung im Bereich der Ergänzungsleistungen begründen Art. 16 aELG (Art. 31 neuELG) und Art. 24 ELV keine Garantenstellung: Es liege weder eine vertragliche Pflicht noch ein spezielles Vertrauensverhältnis vor, weshalb höchstens eine gesetzliche Pflicht die Garantenpflicht schaffen könne, was jedoch verneint werden müsse (Urteil des Bundesgerichts 6S.288/2000 vom 28.9.2000, E. 4b und BGE 127 IV 164, 131 IV 88). Die Entstehung einer Garantenpflicht durch Gesetz könne nur dann bejaht werden, wenn neben dem blossen Handlungsgebot eine gesteigerte Verantwortlichkeit für einen bestimmten Aufgabenbereich oder ein bedrohtes Rechtsgut vorliege. Dies verneint HOMBERGER für die AHV-Gesetzgebung mit der Begründung, es bestehe keine besonders enge Beziehung zwischen AHV-Behörde und dem Leistungsbezüger, und er leitet daraus ab, dass für den Leistungsbezüger keine gesteigerte Verantwortlichkeit für die gesetzeskonforme Durchführung der AHV vorliege (HOMBERGER Thomas, Die Strafbestimmungen im Sozialversicherungsrecht, Diss. Basel 1993, S. 61).

Das geschützte Rechtsgut des Betruges ist das Vermögen, also das Vermögen des Gemeinwesens. Die Bejahung einer Garantenstellung ist beim Betrug gleichzusetzen mit der besonderen Verpflichtung, das Vermögen des Gemeinwesens zu schützen. Erst wenn aus Art. 28 SHG die Übernahme von Vermögensfürsorge für das Staatsvermögen abgeleitet werden kann, statuiert diese Bestimmung eine Garantenpflicht. Art. 28 SHG verpflichtet die bedürftigen Personen, ähnlich wie Art. 24 ELV, alle erforderlichen Angaben über die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse zu machen. Art. 28 SHG legt damit in erster Linie eine Mitwirkungspflicht im Rahmen eines von der Untersuchungsmaxime beherrschten Verwaltungsverfahrens fest und relativiert insofern die im Verwaltungsrecht vorherrschende Untersuchungsmaxime. Ziel der Bestimmung ist es, den Sozialdienst bei der gesetzlich vorgesehenen Sachverhaltsermittlung von Amtes wegen durch Mitwirkung der bedürftigen Person zu entlasten. Die Verantwortung für die Abklärung des rechtserheblichen Sachverhaltes bleibt jedoch bei der Verwaltung, welche auch dafür zu sorgen hat, dass mit staatlichen Mitteln gesetzeskonform gewirtschaftet wird (BREITSCHMID Cornelia, Verfahren und Rechtsschutz im Sozialhilferecht – Grundzüge des Verwaltungsverfahrens, Rechts- und Datenschutz, in Häfeli Christoph [Hrsg.], Das Schweizer-

rische Sozialhilferecht, Rechtsgrundlagen und Rechtsprechung, Luzern 2008, S. 343 f.). Wer jedoch Sozialhilfe bezieht, hat weder ausdrücklich noch stillschweigend akzeptiert, das Staatsvermögen zu schützen oder sogar zu überwachen. Aus der gesetzlichen Pflicht gemäss Art. 28 SHG kann deshalb keine Garantenpflicht abgeleitet werden (so auch KRIEGER AEBLI Salome, Sozialhilfe zu Unrecht bezogen, aber dennoch nicht betrogen?, in: *forumpoenale* 3/2010, 170 f.).

d) Im konkreten zu beurteilenden Fall hatte der Angeschuldigte am 9.6.2008 Antrag auf Sozialhilfe gestellt und richtige Angaben zu seinen Verhältnissen gemacht. Danach hatte er keinen Kontakt mehr zu den Sozialen Diensten Burgdorf. Die Termine bei den Sozialen Diensten hatte er bereits abgebrochen, als er am 1.7.2008 die Arbeitsstelle bei der E. AG antrat. Bis zu diesem Zeitpunkt hatten sich seine wirtschaftlichen Verhältnisse nicht verändert, wird doch der Lohn in der Regel erst Ende eines Monats ausbezahlt (Art. 323 Abs. 1 OR). Bereits am 2.7.2008 wurde gegen ihn eine Kürzung der Sozialhilfe verfügt, jedoch wegen seines unkooperativen Verhaltens und nicht wegen falscher oder unrichtiger Angaben (vgl. Akten des Sozialdiensts). Nach Art. 28 SHG haben Personen, welche Sozialhilfe beanspruchen, dem Sozialdienst die erforderlichen Auskünfte über ihre persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse zu geben und Änderungen der Verhältnisse unaufgefordert und unverzüglich mitzuteilen. Der Angeschuldigte unterliess es nach Antritt der Stelle absichtlich, sein neues Erwerbseinkommen den Sozialen Diensten Burgdorf unverzüglich zu melden. Ein Tun kann daraus, entgegen den Ausführungen der Generalprokuratur, nicht konstruiert werden. Der Angeschuldigte wurde nach dem 1.7.2008 weder gefragt, ob sich seine Verhältnisse geändert hatten noch beantwortete er eine dahingehende Frage falsch oder unvollständig. Von vornherein ins Leere stösst insbesondere die Argumentation der Generalprokuratur, der Versuch, ihn für ein Erstgespräch zur gemeinnützigen Arbeit anzubieten, habe fehlgeschlagen, weshalb von einem Tun ausgegangen werden müsse (Parteivortrag S. 5 = p. 260). Das Verhalten gegenüber den Strafvollzugsbehörden ist im Zusammenhang mit dem Sozialhilfemissbrauch nicht von Belang. Die Generalprokuratur verweist in ihrem Parteivortrag (S. 5 = p. 260) weiter auf die Einvernahme vom 18.5.2009 vor der a.o. Gerichtspräsidentin 5 (p. 90 Z 15 ff.), wo der Angeschuldigte lediglich aussagte, dass seine Erreichbarkeit schwierig gewesen sei, da er kein Geld gehabt habe und (deshalb) auch telefonisch nicht einfach erreicht werden können. Auch daraus lässt sich kein Tun ableiten, sondern es bestätigt, dass er eben keinen Kontakt mehr zu den Sozialen Diensten hatte.

Die Kammer kommt zum Schluss, dass der Angeschuldigte nicht durch Tun, sondern durch Unterlassen gehandelt hat. Da Betrug im Bereich des Sozialhilferechtes nicht durch Unterlassen begangen werden kann, fehlt es zur Erfüllung des Betrugstatbestandes be-

reits an der Tathandlung. Eine Prüfung der weiteren Tatbestandselemente des Betruges erübrigt sich.

2.3 Folglich gilt zu prüfen, ob eine Widerhandlung gegen das Sozialhilfegesetz begangen wurde und der Tatbestand von Art. 85 SHG erfüllt ist. Danach wird mit Busse bestraft, wer vorsätzlich Leistungen oder Beiträge des Kantons oder der Gemeinden durch unrichtige oder unvollständige Angaben oder durch Verschweigen von Tatsachen erwirkt. Dieser Tatbestand ist nach dem Beweisergebnis offensichtlich sowohl objektiv als auch subjektiv erfüllt. Gemäss Aktennotiz vom 16.1.2009 in den Akten des Sozialdienst wurde dem Angeschuldigten vom 1.7.2008 bis zur Einstellung am 1.11.2008 der Betrag von CHF 3'446.10 ausbezahlt.

Der Angeschuldigte ist folglich der Widerhandlung gegen das Sozialhilfegesetz (Art. 85 SHG), begangen in der Zeit zwischen 1.7.2008 und 1.11.2008 in Burgdorf z.N. des Sozialdienstes Burgdorf (Deliktsbetrag ca. Fr. 3'446.10) schuldig zu sprechen.

(...)