

sei (act. GD 7, S. 3). Um diesen sogenannten Kandidatenpool, aus dem die X-AG den personalsuchenden Firmen Angebote unterbreitete, auf- und ausbauen zu können, seien verschiedene Wege beschritten worden: Die X-AG habe den Personalmarkt beobachtet und beispielsweise Beförderungen, die publik geworden seien, bei sich vermerkt; im weiteren seien Abgänger von Schulen und Universitäten bereits namentlich registriert worden, bevor ein persönlicher Kontakt erfolgt sei; andere Personen, die sich beruflich umzuorientieren suchten, seien zu Gesprächen eingeladen worden, wobei die ausgewerteten Ergebnisse in die Personaldatenbank übertragen worden seien (GD 7, S. 3). Diese Darstellung deckt sich mit den Angaben der X-AG, wonach von manchen Kandidaten nicht nur Namen und Adressen, sondern auch deren Lebensläufe, die Ergebnisse der mit ihnen geführten Bewerbungsgespräche, Lohndaten und weitere «vertrauliche Hinweise und persönliche Aussagen» (act. 12, Ziff. 2) in den Personaldatenbanken gespeichert worden sind. Damit steht fest, dass das Informationsmaterial über die Kandidaten von unterschiedlicher Qualität war. Von manchen von ihnen mögen bloss wenig aussagekräftige und ohne grossen Aufwand zu eruiierende Informationen wie Namen, Adresse, Geburtsdatum und Beruf oder Ausbildungsstand greifbar gewesen sein. In anderen Fällen umfassten die Personaldaten eigentliche Persönlichkeitsprofile bestehend aus vertraulichen Angaben und Auswertungen von Laufbahnberatungsgesprächen. Dieser qualitativ höherwertige Bestand an Informationen über die Kandidaten konnte die X-AG nur über die intellektuellen Leistungen ihrer Mitarbeiter und den Einsatz der Betriebs-Infrastruktur gewinnen. Das Ergebnis dieses geistigen und materiellen Aufwands bildete für die X-AG die Grundlage, um ihren Klienten Personal-Angebote unterbreiten, Arbeitgeber und Arbeitnehmer zusammenführen und damit ihre spezifischen Dienstleistungen erbringen zu können. Zumindest die auf persönlichen Gesprächen mit den Kandidaten beruhenden, qualitativ anspruchsvollen Personaldaten sind daher zweifellos als Arbeitsergebnisse im Sinne von Art. 5 lit. a UWG zu qualifizieren, an welchen Begriff die Strafnorm von Art. 23 UWG unmittelbar anknüpft.

(Berufungskammer, 4. Februar 2000, i.S. Staatsanwaltschaft/Z.)

*Art. 148 nStGB, Art. 148 aStGB, Art. 146 StGB, Art. 2 StGB. – Tatbestand des Check- und Kreditkartenmissbrauchs (in Kraft seit 1. Januar 1995) und sein Verhältnis zum Tatbestand des Betruges; zeitliche Geltung des Gesetzes.*

*Aus den Erwägungen:*

2.2. Des Check- und Kreditkartenmissbrauchs gemäss Art. 148 Abs. 1 nStGB macht sich schuldig, wer, obschon er zahlungsunfähig oder zahlungsunwillig ist, eine ihm vom Aussteller überlassene Check- oder Kreditkarte oder ein gleichartiges Zahlungsinstrument verwendet, um vermögenswerte Leistungen zu erlangen und den Aussteller dadurch am Vermögen schädigt,

sofern dieser und das Vertragsunternehmen die ihnen zumutbaren Massnahmen gegen den Missbrauch der Karte ergriffen haben.

Tatmittel sind Check- oder Kreditkarten oder gleichartige Zahlungsinstrumente; die Checkkarte ist der Ausweis, «mit dem die ausstellende Bank jedem nach den Grundsätzen des Checkrechts rechtmässigen Inhaber eines im Rahmen der Checkkarten-Bestimmungen übernommenen Checks diesen bis zu einem maximalen Betrag honoriert» (z.B. Eurocheque-Karte i.V.m. Eurochecks; Postcheck-Garantiekarte i.V.m. Postchecks; Niklaus Schmid, Kommentar Computer- sowie Check- und Kreditkartenkriminalität, Zürich 1994, § 8 N 19; BGE 122 IV 154).

Bei Art. 148 nStGB handelt es sich um ein Sonderdelikt, das nur vom berechtigten Inhaber einer Check- oder Kreditkarte begangen werden kann, d.h. von denjenigen Personen, «die auf Grund der mit dem Check- oder Kreditkartenaussteller (einer Bank oder einem ähnlichen Unternehmen) getroffenen Vereinbarungen durch Ausstellung einer Karte die Befugnis eingeräumt erhielten, jenen unter Verwendung der Karte zu verpflichten». An der Qualifikation als berechtigter Inhaber ändert nichts, wenn der Kartenbezüger nach vertraglichen Regelungen, z.B. mangels Kontodeckung, nicht mehr befugt ist, die Karte zu verwenden (Schmid, a.a.O., § 8 N 25; Stratenwerth, a.a.O., BT I, 5. A., N 25 zu § 16; Trechsel, a.a.O., 2. A., N 2 zu Art. 148).

Wem vom Check- oder Kreditkartenaussteller nicht die Befugnis zur Benützung der Karte verliehen wurde, kann nicht Täter gemäss Art. 148 nStGB sein. Verwendet ein Dritter die Karte im Einverständnis mit dem Berechtigten, belastet der Umstand, dass Letzterer mit der Karten-Weitergabe gegen Vertragsbestimmungen verstösst, den Dritten – anders als bei Benutzung einer gefälschten, gestohlenen oder gefundenen Karte – nicht (Stratenwerth, a.a.O., BT I, 5. A., N 25 zu § 16). Benützt der Dritte eine ihm entgegen den Kartenregulativen überlassene Karte, verwendet er diese unrechtmässig und fällt damit nicht unter den Tatbestand von Art. 148 nStGB; bei persönlicher Präsentation durch den Dritten – persönliche Vorlage und Unterzeichnung der Belege (Verwendung von Check-/Kreditkarten am Bankschalter, in Verkaufsgeschäften etc.) – liegt meist eine Täuschung über die Person/Identität und damit regelmässig Betrug und Urkundenfälschung vor (Schmid, a.a.O., § 8 N 31 f., m.w.H.). Art. 148 nStGB ist ebenfalls nicht anwendbar auf den Dritten, dem vom rechtmässigen Inhaber die Eurocheckkarte und von diesem ordnungsgemäss unterzeichnete Checks überlassen werden, da dadurch der Dritte «naturgemäss nicht zu dem in einem besonderen Verantwortungsverhältnis zum Kartenaussteller stehenden berechtigten Karteninhaber» wird (Schmid, a.a.O., § 8 N 36). Dritte kommen somit nur als Teilnehmer an einem durch den berechtigten Karteninhaber begangenen Check- und Kreditkartenmissbrauch gemäss Art. 148 nStGB oder aber als Täter bei Betrug und allenfalls weiterer Delikte in Frage.

Tathandlung ist der funktionsgerechte Einsatz der Check- oder Kreditkarte trotz Zahlungsunfähigkeit oder fehlendem Zahlungswillen. Kartenspezifischer Einsatz bedeutet, «dass die Karte ihrer Bestimmung und den ihre Benutzung regelnden Bestimmungen gemäss, also als Zahlungs- oder Kreditinstrument, sowie im Rahmen und in den Schranken ihrer Zweckbestimmung, eingesetzt und dabei die für sie typische Garantiewirkung missbraucht wird» (Schmid, a.a.O., § 8 N 37 f.; vgl. auch BGE 122 IV 153 ff.). «Wird die Karte in anderer Weise bzw. in Verletzung der für das betreffende Kartensystem vorhandenen Vorschriften eingesetzt, mit der Konsequenz, dass die Garantiewirkung entfällt und folglich das ausgebende Institut dem Wesen dieser Karten folgend zivilrechtlich für die Belastungen im Prinzip nicht haftet, ist StGB 148 grundsätzlich nicht anwendbar» (z.B. Abgabe von Eurochecks ohne gleichzeitige Präsentation der Checkkarte, Honorierung von Check-/Kreditkarten unter Überschreitung der Limiten; Schmid, a.a.O., § 8 N 42 ff.).

Das Tatbestandsmerkmal der Zahlungsunfähigkeit fordert kumulativ Überschuldung und Illiquidität; der Zahlungsunwilligkeit kommt primär ergänzende Bedeutung für jene Fälle zu, in denen der Beweis der Zahlungsunfähigkeit Schwierigkeiten bereitet (vgl. Stratenwerth, a.a.O., BT I, 5. A., N 29 f. zu § 16; Schmid, a.a.O., § 8 N 57 ff.; Trechsel, a.a.O., 2. A., N 6 zu Art. 148, je m.w.H.). Als massgebender Zeitpunkt der Zahlungsunfähigkeit werden in der Lehre der Einsatz der Karte, der Zeitraum Karteneinsatz-Rechnungsstellung oder aber die Fälligkeit der Ausgleichsforderung genannt (vgl. im Einzelnen Schmid, Stratenwerth, Trechsel, je a.a.O.).

Entgegen dem Wortlaut von Art. 148 nStGB genügt die Absicht des Erlangens vermögenswerter Leistungen nicht und werden auch Fälle mit Vorleistung erfasst (Stratenwerth, a.a.O., N 31 zu § 16; Schmid, a.a.O., § 8 N 83 ff.; Trechsel, a.a.O., N 5 zu Art. 148). Art. 148 nStGB setzt den Eintritt eines Vermögensschadens beim Kartenaussteller voraus, womit diejenigen Fälle ausscheiden, in denen für den Aussteller keine Zahlungspflicht entsteht (z.B. Unterlassung der nötigen Kontrollen durch den die Karte Honorierenden, Stratenwerth, a.a.O., N 34).

In subjektiver Hinsicht verlangt der Tatbestand von Art. 148 nStGB Vorsatz, wozu «gehört, dass der Täter mindestens in Kauf nimmt, im massgebenden Zeitpunkt zahlungsunfähig zu sein, oder doch gewillt ist, seine Zahlungsverpflichtungen nicht zu erfüllen, und dadurch den Kartenherausgeber zu schädigen» (Stratenwerth, a.a.O., BT I, 5. A., N 35 zu § 16; Schmid, a.a.O., § 8 N 100; Trechsel, a.a.O., 2. A., N 10 zu Art. 148). Objektive Strafbarkeitsbedingung ist das Ergreifen der zumutbaren Massnahmen gegen den Missbrauch der Karte durch den Kartenaussteller und die Vertragsunternehmen (BGE 125 IV 260 ff.; vgl. im Einzelnen Schmid, a.a.O., § 8 N 103 ff.; Stratenwerth, a.a.O., BT I, 5. A., N 36 ff. zu § 16; Trechsel, a.a.O., 2. A., N 9 zu Art. 148).

2.3. Nach der Botschaft sowie einem Teil der Lehre hat der Tatbestand des Check- und Kreditkartenmissbrauchs grundsätzlich subsidiären, den Betrug ergänzenden Charakter (vgl. Schmid, a.a.O., § 8 N 139 ff.; Trechsel, a.a.O., 2. A., N 14 zu Art. 148; a.M. Stratenwerth, a.a.O., BT I, 5. A., N 43 zu § 16, der sich für den Vorrang von Art. 148 nStGB ausspricht). Gemäss BGE 122 IV 149 findet der Tatbestand des Check- und Kreditkartenmissbrauchs jedoch auch im Zweiparteiensystem (hier: Einlösen von ungedeckten, mittels einer Postcheckkarte garantierten Postchecks durch den rechtmässigen Inhaber bei einer schweizerischen Poststelle) Anwendung und geht dem Betrugstatbestand vor.

2.4. Gemäss Art. 1 StGB ist nur strafbar, wer eine Tat begeht, die das Gesetz ausdrücklich mit Strafe bedroht («nulla poena sine lege»). Nach diesem Gesetze wird beurteilt, wer nach dessen Inkrafttreten ein Verbrechen oder Vergehen verübt (Art. 2 Abs. 1 StGB). Hat jemand ein Verbrechen oder Vergehen vor Inkrafttreten dieses Gesetzes verübt, erfolgt die Beurteilung aber erst nachher, so ist dieses Gesetz anzuwenden, wenn es für den Täter das mildere ist (Art. 2 Abs. 2 StGB; «lex mitior»).

Der Tatbestand des Check- und Kreditkartenmissbrauchs gemäss Art. 148 nStGB, in Kraft seit 1. Januar 1995, wurde im Sinne der Schliessung einer Strafbarkeitslücke ins Gesetz aufgenommen, nachdem sich in Rechtsprechung und Lehre die Auffassung durchgesetzt hatte, der Missbrauch einer Check- oder Kreditkarte durch ihren insolventen Inhaber stelle im Regelfalle keinen Betrug dar bzw. sei weder als Betrug noch nach einem anderen Tatbestand strafbar (Stratenwerth, a.a.O., BT I, 5. A., N 22 zu § 16; Trechsel, a.a.O., 2. A., N 1 zu Art. 148; Grace Schild Trappe, «Zum neuen Straftatbestand des Check- und Kreditkartenmissbrauchs, Art. 148 StGB – zugleich eine Anmerkung zu BGE 122 IV 149 ff.», ZBJV 133 (1997) 1 ff., je m.w.H.).

Werden mit dem neuen Tatbestand des Check- und Kreditkartenmissbrauchs gemäss Art. 148 nStGB somit Verhaltensweisen unter Strafe gestellt, welche vor der per 1. Januar 1995 in Kraft gesetzten Revision des Vermögensstrafrechts strafflos waren, ist nachfolgend vorab zu prüfen, ob das Verhalten der Angeklagten nach dem im Tatzeitpunkt – Sommer 1992 – geltenden Recht einen Straftatbestand erfüllte. Ist dies zu verneinen, fällt eine Anwendung von Art. 148 nStGB angesichts des Grundsatzes «nulla poena sine lege» von vorneherein ausser Betracht. Wird hingegen das Vorliegen einer strafbaren Handlung bejaht, hat unter dem Aspekt der lex mitior eine umfassende Gegenüberstellung der entsprechenden altrechtlichen Strafbestimmung mit dem neuen Tatbestand des Check- und Kreditkartenmissbrauchs zu erfolgen und erweist sich Art. 148 nStGB gegebenenfalls als milderes und damit anwendbares Recht.

Im Hinblick auf die Beurteilung der strafrechtlichen Relevanz des Verhaltens der Angeklagten zum Tatzeitpunkt bleibt auf die unter dem altem Recht entwickelte Rechtsprechung und Lehre zum missbräuchlichen Einsatz von Kredit- und Checkkarten hinzuweisen:

2.4.1. Der «Regelfall», wonach beim Einsatz von Kredit- oder Checkkarten durch den insolventen Inhaber ein Betrug nicht vorliegt, betrifft diejenige Konstellation, in der Kreditkarten bei von der kartenausstellenden Organisation verschiedenen Vertragsunternehmen oder garantierte Checks bei von der kartenausstellenden, bezogenen Bank/PTT verschiedenen Checknehmern eingesetzt werden («Dreiparteiensystem»). In diesen Fällen, in welchen die Vertragsunternehmen oder Checknehmer von der Kreditkartenorganisation bzw. der bezogenen Bank/PTT entschädigt werden, sofern den bei der Karten-/Checkannahme zu beachtenden formalen Überprüfungspflichten nachgelebt wurde, stellen Solvenz und Deckung nicht Gegenstand der Prüfung durch die Vertragsunternehmen oder Checknehmer dar; Letztere können daher in diesem für den Betrug zentralen Punkt nicht getäuscht bzw. nicht in einen Irrtum versetzt werden [vgl. BGE 112 IV 79 u. BGE 110 IV 20 (Kreditkarten); BGE 111 IV 134 (garantierte Eurochecks); SJZ 88 (1992) 110 (garantierte Postchecks; ausländische Poststelle); Schmid, a.a.O., § 8 N 1; Andreas Eckert, Die strafrechtliche Erfassung des Check- und Kreditkartenmissbrauchs, Dissertation, Zürich 1991, S. 106 ff., m.w.H.]. Ein Betrug zum Nachteil der – im Zeitpunkt des Karteneinsatzes nicht involvierten – Kreditkartenorganisation bzw. der bezogenen Bank entfällt ebenfalls mangels Täuschung im Sinne von Art. 148 aStGB. Anzufügen bleibt, dass die Verwendung ungedeckter, garantierter Eurochecks durch den Kontoinhaber auch nicht unter den Tatbestand der Veruntreuung fällt, da weder die Aushängung der Checks noch die Möglichkeit, die bezogene Bank in einem die Deckung übersteigenden Betrag zu verpflichten, «anvertrautes Gut» im Sinne von Art. 140 aStGB darstellt (BGE 111 IV 138).

2.4.2. Im «Spezialfall», in dem die bezogene Bank/PTT zugleich Checknehmer ist, d.h. die Checks vom berechtigten Kontoinhaber bei der bezogenen Bank/PTT selbst oder einer deren Filialen zum Bezug von Bargeld eingelöst werden («Zweiparteiensystem»), wird die Möglichkeit einer konkludenten Täuschung als gegeben erachtet bzw. der Vorlage des kartengarantierten Checks der Erklärungswert, das Konto verfüge über die erforderliche Deckung, zugerechnet, da in dieser Konstellation eine Einlöschungspflicht im vorerwähnten Sinne nicht besteht und sich mithin dem Checknehmer, der für einen allfälligen Schaden selbst einzustehen hat, die Frage nach der Deckung stellt (vgl. Eckert, a.a.O., S. 106 f., m.w.H.). Das Bundesgericht qualifizierte dementsprechend die wissentliche Vorlage ungedeckter Postchecks zur Auszahlung durch den Konteninhaber bei einer schweizerischen Poststelle als Betrug, wobei die Arglist im Wesentlichen unter Hinweis auf das bestehende besondere Vertrags- und Vertrauensverhältnis zwischen der PTT und ihren Kunden sowie der Voraussicht und Ausnutzung der – unter dem Aspekt der Zumutbarkeit nicht beanstandeten – Unterlassung einer Überprüfung der Kontendeckung bejaht wurde (BGE 99 IV 75). Wie bereits erwähnt, subsumiert das Bundesgericht die Einlösung ungedeckter, mittels Postcheckkarte garantierten Postchecks durch den rechtmässigen Inhaber bei

einer schweizerischen Poststelle nunmehr unter den Tatbestand des Check- und Kreditkartenmissbrauchs gemäss Art. 148 nStGB bzw. spricht sich für den Vorrang dieser Bestimmung vor dem Betrugstatbestand aus (BGE 122 IV 149; a.M. Grace Schild Trappe, nach deren Auffassung weder Betrug noch Checkkartenmissbrauch vorliegt, a.a.O., m.w.H.).

(Strafgericht, 6. Oktober 2000, i.S. Staatsanwaltschaft/J.)