

SK-Nr. 177/2008

Urteil der 1. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern,

unter Mitwirkung von Oberrichterin Schnell (Präsidentin), Oberrichter Weber und Oberrichter Zihlmann sowie Kammerschreiberin Ringgenberg-Eichenberger

vom 14. August 2008

in der Strafsache gegen

A.

Angeschuldigter

wegen Vorteilsannahme

Generalprokuratur des Kantons Bern

Appellantin

Regeste

Bei der Frage, welche Vorteile als geringfügig und sozial adäquat gelten, kommt es auf die Umstände an. Die Messung des Betrages am Auftragsvolumen entspricht nicht der ratio legis.

Die Annahme des nicht gebührenden Vorteils muss überdies „im Hinblick auf die Amtsführung“ erfolgen, d.h. sie muss geeignet sein, auf die Amtsführung des Empfängers einzuwirken. Dem Vorteilsempfänger muss im Verhältnis zum Vorteilsgewährer Entscheidkompetenz zustehen.

Redaktionelle Vorbemerkungen:

A. war angeschuldigt, weil er im Jahre 2002 einer Einladung der Firma X. folgend, im südfranzösischen Orange auf Kosten der X. in Begleitung seiner Ehefrau eine Opernaufführung besucht und an einem vorgängigen Nachtessen teilgenommen hatte. Bei den eingeladenen Gästen handelte es sich um hohe Offiziere der Schweizer Armee oder um Kaderleute der Bundesverwaltung mit Bezug zur Armee.

Die Vorinstanz hat A. von der Anschuldigung der Vorteilsannahme freigesprochen. Dagegen erklärte die Staatsanwaltschaft die Appellation, die von der Generalprokuratur vollumfänglich aufrechterhalten wurde.

Auszug aus den Erwägungen:

(...)

II. Materielles

(...)

A. Sachverhalt und Beweiswürdigung

Der vom erstinstanzlichen Richter festgestellte Sachverhalt wird von der Generalprokuratur nicht bemängelt. Dennoch ist ergänzend und präzisierend festzuhalten was folgt.

Bei den geldwerten Vorteilen, die A. empfangen hat, lässt sich der Wert des Opernbesuches exakt beziffern, nämlich auf 135 Euro (pag. 41 sowie Beilage 5 zur Einvernahme von K. vom 20. Juni 2003 in Verbindung mit dessen Aussage, dass die geladenen Gäste alle ein Billett der gleichen Kategorie hatten). Das gleiche gilt auch für das Nachtessen, das für 50 Personen total 2'059 Euro kostete, pro Person ausmachend 41.18 Euro (vgl. Beilage 5 und 6 zur Einvernahme von K. vom 20. Juni 2003). Verwirrlich ist, dass K. seinen Freunden danach für das Nachtessen Rechnung stellte mit Fr. 61.00 pro Person bzw. Fr. 122.00 pro Paar (vgl. Beilage 5) und dass er dazu in der Einvernahme vom 20. Juni 2003 erklärte, es habe letztes Jahr beim Nachtessen im Restaurant beim Bezahlen ein Chaos gegeben, alle hätten gleichzeitig mit der Kreditkarte bezahlen wollen. Aus diesem Grund habe er die Gesamtrechnung bezahlt und in der Schweiz habe er dann den Betrag von den einzelnen Teilnehmern zurückverlangt (Protokoll S. 28). In der gleichen Einvernahme hat K. allerdings selber deklariert, dass u.a. das Nachtessen von der Firma X. bezahlt wurde (Protokoll S. 25) und das wurde unisono von allen Beteiligten auch so bestätigt, so auch vom Angeschuldigten selber (pag. 139) sowie von dessen Ehefrau (vgl. Einvernahme von S. vom 1. September 2003, Protokoll S. 7). Es ist deshalb davon auszugehen, dass das Nachtessen vor dem Opernbesuch am 27. Juli 2003 von der Firma X. finanziert worden ist. Ein weiterer geldwerter Vorteil im Betrag von ca. Fr. 30.00 liegt in der CD mit der Oper, die jeder Teilnehmer erhielt (vgl. K. in der Einvernahme vom 20. Juni 2003, Protokoll S. 25/26, S. in der Einvernahme vom 1. September 2003, Protokoll S. 7, A. in der Einvernahme vom 21. August 2003, Protokoll S. 7). A. glaubte zwar, nur eine CD bekommen zu haben, seine Ehefrau sprach jedoch von 2 CDs, was mit den Angaben von K. korreliert, dass jeder Teilnehmer eine CD erhalten habe. Davon ist auszugehen. Nach den Angaben von K. bezahlte die Firma X. weiter einen Umtrunk nach der Oper (Mitternachtsbuffet), der sicher unter 20 Euro gekostet habe, wobei nicht immer alle zu diesem Anlass gekommen seien (a.a.O., Protokoll S. 25). Das Ehepaar A. nahm – wie sich aus ihren übereinstimmenden Angaben ergibt – daran nicht teil (vgl. Einvernahme mit S. vom 1. September 2003, Protokoll S. 8, Einvernahme mit A. vom 21. August 2003, Protokoll S. 7).

Damit ergibt sich zusammengefasst für A. unter Einbezug seiner Ehefrau ein geldwerter Vorteil von Fr. 582.00 (2 Eintrittsbillette à 135 Euro zum Kurs von 1.48 = Fr. 399.60, gerundet Fr. 400.00, 2 Essen à Euro 41.18 = Fr. 122.00, 2 CDs à Fr. 30.00)

Hervorzuheben ist in sachverhaltsmässiger Hinsicht weiter, dass – was seitens der Generalprokuratur nicht bestritten wird – feststeht, dass A. zum fraglichen Zeitpunkt in seiner Funktion als Sektionschef der Abteilung Führungssystem Luftwaffe sowie als Zuständiger für die Softwareentwicklung und –unterhalt im Projekt F. weder direkt noch indirekt in die Beschaffung des IMFS involviert war. In der Ermächtigungsverfügung des EJPD war zwar festgehalten worden, dass die beschuldigten Bediensteten in ihrer Funktion Mitverantwortung tragen im Falle der Beschaffung von einschlägigen Produkten dieser Firma (Verfügung S. 4). Mindestens im Fall A. lässt sich aber den Akten nirgends ein Anhaltspunkt dafür entnehmen, dass er im Zusammenhang mit der Beschaffung von Produkten der Firma X. Mitverantwortung getragen hätte oder künftige hätte tragen sollen.

B. Rechtliches

Nach Art. 322^{sexies} StGB (in Kraft seit dem 1. Mai 2000) macht sich strafbar, wer als Mitglied einer richterlichen oder anderen Behörde, als Beamter, als amtlich bestellter Sachverständiger, Übersetzer oder Dolmetscher oder als Schiedsrichter im Hinblick auf die Amtsführung einen nicht gebührenden Vorteil fordert, sich versprechen lässt oder annimmt.

A. war zum Zeitpunkt der Einladung nach Orange im Juli 2002 Beamter des VBS und fällt daher grundsätzlich unter diese Sonderdelikts-Bestimmung.

Wie oben festgehalten, nahm er mit dem Eintritt in die Oper, dem vorgängigen Nachtessen und den CDs für sich und seine Ehefrau einen geldwerten – mithin materiellen – Vorteil im Umfang von fast Fr. 600.00 an. Die Frage, ob man A. auch den geldwerten Vorteil in Bezug auf seine Frau anrechnen darf bzw. muss, ist hier zu bejahen. Zwar fehlt bei der Vorteilsannahme/Vorteilsgewährung anders als bei der Bestechung/Sich bestechen lassen der Dritte. Entsprechend sagt z.B. der Kommentar DONATSCH/FLACHSMANN/HUG/WEDER, dass die Vorteilsgewährung an einen Dritten nicht strafbar ist. Aber der BSK, Strafrecht II, 2. Auflage, sagt in N 12a zu Art. 322^{quinquies} StGB unter Verweis auf JOSITSCH Folgendes:

„Bereits die Formulierung des Gesetzes stellt sicher, dass – im Unterschied zu den Art. 322^{ter} und 322^{quater} die unabhängige Drittbegünstigung nicht erfasst ist. Allenfalls fällt die indirekte Selbstbegünstigung unter Art. 322^{quinquies}.“

Nach Auffassung der Kammer liegt bei einer Einladung mit „Anhang“ genau so eine Konstellation vor. Aus der Gästeliste 2002 geht hervor, dass der Anlass als Einladung mit „Anhang“ (Ehefrau/Partnerin und teils auch Kinder miteingeladen) konzipiert war und eben nicht als Anlass mit Einladungen mit je eigenständigem Charakter.

Die Ehefrau ist so gesehen nicht eine unabhängige Drittbegünstigte und der Ehemann ist indirekt begünstigt, indem er sich die Kosten für seine Ehefrau sparen kann.

Zu weit ginge es, dem gesellschaftlichen Event auch noch einen immateriellen Vorteil beizumessen, der nach herrschender Lehre genügen würde (vgl. dazu BSK Strafrecht II-Pieth, Art. 322^{ter} N 20 ff.). Davon ausgehend stellt sich vorweg die Frage, ob die materiellen Zuwendungen unter den Begriff des nicht gebührenden Vorteils fallen.

Art. 322^{octies} Ziff. 2 StGB umschreibt, was keine nicht gebührenden Vorteile sind: es sind die dienstrechtlich erlaubten sowie die geringfügigen, sozial üblichen Vorteile. Wenn Art. 322^{octies} Ziff. 2 StGB anwendbar ist, entfällt die Tatbestandsmässigkeit u.a. von Art. 322^{sexies} StGB (vgl. DONATSCH/FLACHSMANN/HUG/WEDER, Kommentar StGB, S. 443, BSK Strafrecht II-Pieth, Art. 322^{octies} N 4).

Der erstinstanzliche Richter hielt zu Recht fest, dass es nicht angängig wäre, einem Polizisten auch nur einen „Fünfliber“ zu geben, um ihn vom Ausfällen einer Ordnungsbusse abzuhalten. Auch ein ganz kleiner Betrag kann als sozial inadäquat gelten, wenn er – wie im erwähnten Beispiel – ganz offensichtlich in engem sachlichen und zeitlichen Konnex zu einer illegalen Gegenleistung gegeben worden ist (BSK, a.a.O. Art. 322^{octies} N 5). Bei der Frage, welche Vorteile als geringfügig und sozial adäquat gelten, kommt es eben – wie DONATSCH/FLACHSMANN/HUG/WEDER zutreffend festhalten – auf die Umstände an. Der Umstand, dass das Auftragsvolumen an die Firma X. einen Betrag zwischen 10 und 15 Millionen umfasste, ist entgegen der Auffassung des erstinstanzlichen Richters nicht geeignet, den dem Angeschuldigten zugewendeten Vorteil als geringfügig und sozial adäquat einzustufen. Der stv. Generalprokurator wendet hier zu Recht ein, dass die Messung des Betrages am Auftragsvolumen zur Folge hätte, dass strafbare Vorteilsannahmen im Rüstungsgeschäft praktisch ausgeschlossen wären, was nicht der ratio legis entsprechen könne. Dass bei der Betrachtungsweise des Vorrichters strafrechtlich verpönte Vorteilsannahmen erst bei geldwerten Vorteilen im fünfstelligen Bereich zur Diskussion stehen könnte, würde übrigens nicht nur für das Rüstungsgeschäft gelten, sondern generell bei allen Geschäften mit einem grossen Auftragsvolumen, die keineswegs selten sind. Die Messlatte zur Bestimmung der Geringfügigkeit und Sozialadäquanz kann auch nicht – wie das von der Bezirksanwaltschaft Zürich im Fall H. ansatzweise erwogen wurde (vgl. pag. 53) – in den Einkommens- und Vermögensverhältnissen des Vorteilsempfängers liegen, weil das den gleichen Effekt hätte wie die soeben erörterte Messung am Auftragsvolumen. Festzustellen ist schliesslich, dass die bundesrätliche Botschaft [BBl 1999 V 5497 ff., im Folgenden „Botschaft“] verdeutlicht, was an sich bereits im Gesetzeswortlaut zum Ausdruck kommt, nämlich dass die Geringfügigkeit und die soziale Adäquanz nicht Alternativen sind, sondern für die Bestimmung des nicht gebührenden

Vorteils kumulativ nötig sind: „Das Erfordernis des nicht gebührenden Vorteils gibt aber auch Raum, Vorteilszuwendungen auszuschneiden, die geringfügig und (Unterstreichung durch die Kammer) sozial toleriert sind“ (Botschaft S. 5528). Es ist offensichtlich, dass teure Eintrittsbillete für eine Oper im Betrag von rund 400 Franken, kumuliert mit einem Nachtessen und CDs im Totalbetrag von fast 600 Franken die Stufe der Geringfügigkeit bei Weitem überschreiten. Wenn zum Beispiel bei Botschaftern der Grenzwert für die Annahme von Geschenken auf eine Höhe von 200 Franken fixiert ist (vgl. dazu die Einvernahme mit Botschafter E. I. vom 29. August 2003, Protokoll S. 12), kann wohl kaum gesagt werden, die Zuwendungen an einen VBS-Beamten in der fraglichen Höhe seien geringfügig und sozial adäquat. Da es auch an der dienstrechtlichen Erlaubnis fehlt, ist das Tatbestandsmerkmal des nicht gebührenden Vorteils erfüllt.

Zu prüfen bleibt in objektiver Hinsicht, ob die Annahme des nicht gebührenden Vorteils „im Hinblick auf die Amtsführung“ erfolgte.

Zur Frage, was unter diesem im Vergleich zu den Bestechungstatbeständen „verdünnten“ Äquivalenzbezug zu verstehen ist, hat sich die Botschaft wie folgt geäußert:

„Es bedarf nach wie vor eines – wenn auch gelockerten – Bezugs zum Amt. Der Vorteil wird zwar nicht für eine Amtshandlung, aber doch ‚im Hinblick auf die Amtsführung‘ gegeben. Der Hinweis auf die *Amtsführung* soll dabei verdeutlichen, dass nicht irgendein vager Bezug zur Amtsträgerqualität gemeint ist; vielmehr soll der Vorteil einen Bezug zum künftigen *Verhalten im Amt schlechthin* aufweisen“ (S. 5509).

„Mit der nun gewählten Formulierung ‚*im Hinblick auf die Amtsführung*‘ wird – auch im Vergleich zum Vorentwurf – zusätzlich verdeutlicht, dass nur solche Zuwendungen erfasst werden sollen, die eine Beeinflussung des Amtsträgers anvisieren. Der Vorteil muss mit anderen Worten geeignet sein, auf die Amtsführung des Empfängers einzuwirken. Die Wendung ‚im Hinblick auf‘ macht dabei klar, dass die Vorteilszuwendung ihrer Natur nach zukunftsgerichtet sein muss“ (S. 5535).

Der Botschaft sind weiter konkrete Beispiele zu entnehmen (S. 5536):

„Wie ausgeführt, soll die Formel ‚im Hinblick auf die Amtsführung‘ verdeutlichen, dass sozial übliche Geschenke a priori nicht gemeint sind. So hat der Blumenstrauß für die Krankenschwester oder das Weihnachtspresent für den Postboten primär die Funktion, vergangene treue Dienstleistungen zu belohnen und nicht die künftige Amtsführung zu beeinflussen; auch unabhängig von der Frage, ob der Vorteil „nicht gebührend“ ist, entfällt hier eine Strafbarkeit. Erfasst wäre demgegenüber das erwähnte Fallbeispiel einer unspezifischen, aber umfangreichen Zahlung an einen Baudirektor oder die bezahlte Vergnügungsreise von Entscheidungsträgern im Energiesektor, selbst wenn im Moment keine konkreten Entscheide anstehen.“

„Es ist beispielsweise weder für den Konkurrenten noch für den Bürger eine vernachlässigbare Bagatelle, wenn eine Bau-Arbeitsgemeinschaft im hängigen Vergabeverfahren für ein grosses Infrastrukturprojekt die zuständige kantonale Vergabeabteilung zu einem vorweihnächtlichen Kegelabend einlädt.“

„...so verdient z.B. ein bestimmtes, relativ umfangreiches Geschenk eine durchaus unterschiedliche Beurteilung, je nachdem ob es vom Bürger an den langjährigen Gemeindepfarrer zu dessen Pensionierung oder aber vom Informatik-Lieferanten an den Amtseinkäufer zu Weihnachten geht.“

Der Grund, weshalb die Kammer die bundesrätliche Botschaft ausführlich zitiert, ist der Folgende:

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Stellenwert von Gesetzesmaterialien bei der Gesetzesauslegung ist zwar nicht einheitlich. Es gibt eine Reihe von Urteilen, die mehr oder minder kompromisslos dem Objektivismus huldigen. So wurde etwa in BGE 81 I 282 ausgeführt, es sei nicht massgebend, was in den Gesetzesmaterialien steht oder was bei der Gesetzesberatung in der gesetzgebenden Behörde gesagt worden sei; massgebend sei vielmehr allein, was dem Gesetz im Lichte allgemeiner Rechtsanschauungen zu entnehmen sei, wobei die gegenwärtigen Verhältnisse zu berücksichtigen seien. Demgegenüber wurde in BGE 112 II 4 erklärt, dass die Gesetzesmaterialien bei unklaren und unvollständigen Bestimmungen herangezogen werden können, um den Sinn einer Norm und damit eine falsche Auslegung zu vermeiden. Dem fügte BGE 115 V 349 bei, dass insbesondere bei verhältnismässig jungen Gesetzen der Wille des historischen Gesetzgebers nicht übergangen werden dürfe. Freilich müssten die Materialien eine klare Antwort geben und im Gesetzestext ihren Niederschlag gefunden haben (ähnlich in BGE 114 Ia 196, 116 II 527, 122 III 474).

Im vorliegend zu beurteilenden Fall ist die Konstellation, dass es sich beim revidierten Korruptionsstrafrecht um ein verhältnismässig junges Gesetz handelt, gegeben. Festzustellen ist weiter, dass die Bestimmungen, zu denen sich die bundesrätliche Botschaft äussert, unverändert Gesetz geworden sind. Bei dieser Sachlage ist klar, dass der Botschaft wegleitende Bedeutung zukommen muss. So kann zum Beispiel der Meinung von STRATENWERTH/BOMMER (Schweizerisches Strafrecht, BT II, 6. Aufl., S. 470), wonach die Zuwendung nicht bezwecken muss, den Amtsträger in irgendeiner Weise zu beeinflussen, weshalb die Amtsführung auch eine vergangene sein könne, nicht gefolgt werden, weil in der Botschaft klipp und klar erklärt wurde, was mit der hernach Gesetz gewordenen Formulierung „im Hinblick auf die Amtsführung“ gemeint ist, nämlich, wie oben schon zitiert: „Mit der nun gewählten Formulierung *„im Hinblick auf die Amtsführung“* wird – auch im Vergleich zum Vorentwurf – zusätzlich verdeutlicht, dass nur solche Zuwendungen erfasst

werden sollen, die eine Beeinflussung des Amtsträgers anvisieren. Der Vorteil muss mit anderen Worten geeignet sein, auf die Amtsführung des Empfängers einzuwirken. Die Wendung „im Hinblick auf“ macht dabei klar, dass die Vorteilszuwendung ihrer Natur nach zukunftsgerichtet sein muss. Diese gesetzgeberische Intention wird durch die Lehrmeinung STRATENWERTH/BOMMER ins Gegenteil verkehrt. Dem kann umso weniger gefolgt werden, als eine sachliche Begründetheit nicht ersichtlich ist.

Wenn nun dem gesetzgeberischen Willen entsprechend nur solche Zuwendungen erfasst werden sollen, die eine Beeinflussung des Amtsträgers anvisieren bzw. geeignet sind, auf die Amtsführung des Amtsträgers einzuwirken, fehlt es in einer Konstellation, wie sie beim Angeschuldigten A. gegeben ist, am Tatbestandsmerkmal der Annahme des Vorteils „im Hinblick auf die Amtsführung“, weil sachverhaltsmässig feststeht, dass A. in seiner Funktion als Sektionschef der Abteilung Führungssystem Luftwaffe sowie als Zuständiger für die Softwareentwicklung und –unterhalt im Projekt F. weder direkt noch indirekt in die Beschaffung des IMFS involviert war. Letzteres gehörte eben gerade nicht zu seiner Amtsführung, so dass die Zuwendung logischerweise auch nicht geeignet sein konnte, auf seine Amtsführung einzuwirken. Der stv. Generalprokurator hält zwar dafür, dass es genüge, wenn die amtliche Stellung künftige Geschäftsbeziehungen günstig beeinflussen könne und er verweist dabei darauf, dass A. nach eigenen Angaben gute Kontakte zu Leuten gehabt habe, welche mit Beschaffungen von Führungssystem zu tun gehabt hatten. Dem kann die Kammer nicht folgen, weil damit die Strafbarkeit überdehnt und konturlos würde. Es kommt denn auch nicht von ungefähr, dass sich die Beispiele, welche in der Botschaft als strafbare Verhaltensweisen erwähnt werden, ausschliesslich auf Personen beziehen, denen im Verhältnis zum Vorteilsgewährer Entscheidkompetenzen zustehen, im Fall des „Spanienreisli's“ beispielsweise die Regierungsräte, die für Entscheide im Energiesektor zuständig waren. Nur in diesen Konstellationen kann gesagt werden, dass die Amtsführung tangiert ist. Die blossе Möglichkeit, dass jemand wie der Angeschuldigte A. ausserhalb seiner Pflichten und Kompetenzen versuchen könnte, sich bei den Entscheidträgern für die Firma X. einzusetzen, kann dagegen nicht genügen, weil das gerade nicht zu seiner Amtsführung gehörte und weil eben eine Vorteilsannahme nur strafbar sein kann, wenn sie „im Hinblick auf die Amtsführung“ erfolgt.

A. ist deshalb freizusprechen von der Anschuldigung der Vorteilsannahme, angeblich begangen im Juli 2002 in Hörhausen, Orange (F) und evt. andernorts.