

SK 2011 129

Urteil der 2. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern,

unter Mitwirkung von Oberrichterin Bratschi (Präsidentin), Oberrichter Aebi und Obergerichtssuppleant Chételat sowie Gerichtsschreiber Zbinden

vom 20. September 2011

in der Strafsache gegen

A.

vertreten durch Rechtsanwalt X.

Beschuldigter/Berufungsführer

gegen

Generalstaatsanwaltschaft des Kantons Bern, Maulbeerstrasse 10, Postfach 6250, 3001 Bern

wegen Betrugs u.a.

Regeste:

Der Beschuldigte verfälschte die Dauer der tatsächlich geleisteten Arbeitszeit, indem er mittags bei der Stempeluhr ausstempelte, kurze Zeit weiter arbeitete, wieder einstempelte und danach längere Pausen machte. Teilweise stempelte er auch gar nicht aus, obwohl er längere Pausen bezog. Die Vorbringen, wonach er zu den Abwesenheiten (vorwiegend über Mittag) berechtigt gewesen sein soll, sind nicht stichhaltig und können widerlegt werden. Schuldspruch wegen Betrug, da er sich betrügerischer Machenschaften bei der Bedienung der Stempeluhr und der Verschleierung der Falschstempelungen bedient hat. Diese führen zu einer Bejahung der erforderlichen Arglist. Der Schaden besteht in der Auszahlung des Lohnes für die nichtgeleistete Arbeitszeit.

[...]

V. Rechtliche Würdigung

A. Betrug

[...]

2. Der Beschuldigte war mit öffentlich-rechtlichem Arbeitsvertrag nach BPG (Bundespersonalgesetz, SR 172.220.1) bei der Bundespolizei angestellt (p. 199). Gemäss Art. 17 BGP i.V.m. Art. 64a Abs. 1 BPV e contrario (Bundespersonalverord-

nung, SR 172.220.111.3) war er verpflichtet, seine Arbeitszeit mittels Stempelung zu erfassen, da er nicht mit Vertrauensarbeitszeit angestellt worden war. Weiter hatte er gemäss Art. 28 Abs. 3 VBPV (Verordnung des EFD zur Bundespersonalverordnung) mindestens eine 30-minütige Mittagspause zu beziehen. Die Arbeitszeit des Beschuldigten war gleitend (Art. 64 Abs. 4 BPV i.V.m. Art. 28 VBPV). Weiter richteten sich seine Pflichten gemäss Art. 6 BPG nach den einschlägigen Bestimmungen des Obligationenrechts (OR, SR 220; vgl. dazu insbesondere Art. 319 ff. OR).

Die gesetzlich statuierte Pflicht, die Arbeitszeit richtig zu erfassen und die Mittagspause nicht als Arbeitszeit auszugeben dient dem Schutz des Arbeitgebers vor Vermögens-einbussen. Im Zusammenhang mit einem Verstoß gegen diese Vorschriften ist auf ein Verfahren der Rekurskammer des Strafgerichts Basel-Stadt vom 8.7.2005 hinzuweisen. Diesem Entscheid kann entnommen werden, dass bei Prof. Dr. Niklaus Schmid ein Gutachten zur Frage der Strafbarkeit pflichtwidrigen Verhaltens in Bezug auf die elektronische Erfassung von Arbeitszeit durch den Arbeitnehmer in Auftrag gegeben wurde. Dem Arbeitnehmer wurde vorgeworfen, während seiner als Arbeitszeit registrierten Präsenz keine Arbeit geleistet, sondern Pause gemacht zu haben (sog. „Kurzstempeln“). Das Verfahren wurde mangels Beweisen eingestellt. Jedoch ist im Kostenentscheid vermerkt, dass Prof. Dr. Niklaus Schmid in seinem Gutachten den Betrug bejaht hat (S. 3 und 10 des Entscheids).

3. Der Beschuldigte ist im vorliegenden Verfahren den vorerwähnten Pflichten bezüglich der Zeiterfassung nicht nachgekommen. Er hat seinen Arbeitgeber getäuscht, indem er vorgab, während den gestempelten Zeiten gearbeitet zu haben, obwohl er unbe-rechtigterweise ausser Hause war. Er stempelte jeweils für die Mittagspause aus, bezog diese jedoch nicht und stempelte innert 30 Minuten wieder ein. Erst danach begab er sich in den Mittag. Der Arbeitgeber befand sich diesbezüglich in einem Irrtum.
4. Nach Ansicht der Vorinstanz liegen beim Beschuldigten betrügerische Machenschaften vor, welche die erforderliche Arglist begründen.
- 4.1. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung (BGE 122 IV 197 E. 3d, bestätigt mit Urteil 6S.168/2006 vom 6.11.2006) gelten als besondere Machenschaften (machinations) „Erfindungen und Vorkehrungen sowie das Ausnützen von Begebenheiten, die allein oder gestützt durch Lügen oder Kniffe (manoeuvres frauduleuses) geeignet sind, das Opfer irrezuführen oder es in seinem Irrtum zu bestärken. Diesen Sachverhalt erfüllt insbesondere das Vorlegen rechtswidrig erlangter oder gefälschter Urkunden und Belege (BGE 106 IV 358 E. 2a [systematische Verwendung unechter akademischer Titel durch einen Psychologen], BGE 116 IV 23 E. 2c [gestohlenes Namen-Sparheft]; BGE 117 IV 153 E. 4b [inhaltlich unwahre Stempelkarten]; BGE 120 IV 14 [Erstellen inhaltlich unwahrer Rechnungen], BGE 120 IV 186 [Verwendung fingierter Dokumente]). Machenschaften sind eigentliche Inszenierungen (mise en scène); sie bestehen aus einem ganzen System von Lügen (BGE 119 IV 284 E. 6b) und setzen damit gegenüber einer Summierung von Lügen (zum Lügengebäude BGE 119 IV 28 E. 3b und c) höhere Anforderungen an die Vorbereitung, Durchführung und Wirkung der Täuschungs-handlung. Sie kennzeichnen sich durch intensive, planmässige und systematische Vorkehren, nicht aber notwendigerweise durch eine besondere tatsächliche oder intel-

lektuelle Komplexität. Diese Inszenierungen können an sich einfach sein wie der Verkauf anderer als der bestellten Waren (BGE 99 IV 80; BGE 71 IV 13 E. 4).“

Das Bundesgericht erachtete in BGE 117 IV 153 die Vorlage von inhaltlich unwahren Kontrollausweisen (Stempelkarten) der Arbeitnehmer zwecks Erschleichung von Schlechtwetterentschädigungen als eine arglistige Täuschung. „Die Behauptung des Beschwerdeführers, er habe nur provisorische, nicht falsche Angaben gemacht, steht im Widerspruch zu tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz und ist daher nicht zu hören. Sein Einwand, dass zwischen ihm bzw. der Firma X. und dem kantonalen Arbeitsamt kein Vertrauensverhältnis bestehe, geht an der Sache vorbei, da die Vorinstanz die Arglist nicht unter Hinweis auf ein besonderes Vertrauensverhältnis, sondern vielmehr mit den Machenschaften des Beschwerdeführers begründete. Das Argument, die Kasse sei gemäss Art. 48 Abs. 1 AVIG verpflichtet, die Voraussetzungen für die Ausrichtung der Schlechtwetterentschädigung (Art. 42 und 43 AVIG) zu prüfen, ist unbehelflich. Die Vorinstanz verneinte die Arglist in den Fällen, in denen der Beschwerdeführer bloss falsche Angaben machte, gerade unter Hinweis auf diese Prüfungspflicht. In den Fällen aber, in denen der Beschwerdeführer seine falschen Angaben durch Vorlage inhaltlich unwahrer Stempelkarten seiner Arbeitnehmer untermauerte, liegt nach den zutreffenden Ausführungen im angefochtenen Entscheid eine Machenschaft und damit Arglist im Sinne von Art. 148 StGB vor. Der Beschwerdeführer unterstützte damit seine Lügen durch Dokumente, von deren inhaltlichen Richtigkeit das kantonale Arbeitsamt prinzipiell ausgehen durfte. Dabei ist zu beachten, dass diese Kontrollausweise gemäss Art. 72 AVIV von den Arbeitsämtern am Arbeitsort ausgestellt wurden. Das kantonale Arbeitsamt hätte also zunächst überprüfen müssen, ob auch diese jeweiligen Arbeitsämter getäuscht worden sind. In der Verstärkung der falschen Angaben durch derartige "flankierende Massnahmen", deren Überprüfung einen zusätzlichen Aufwand erfordert und die besondere Glaubwürdigkeit erwecken, weil sie von einer Amtsstelle stammen, liegt die Arglist (BGE 117 IV 153 E. 4b).“

Konkret auf eine falsche Arbeitszeiterfassung bezogen hält Gunter Arzt fest, dass man bei arbeits- und dienstrechtlichen Regelwerken mit betriebsinternen Sanktionen davon auszugehen habe, dass der „gewöhnliche“ Verstoss nicht nach Art. 146 StGB geahndet werden könne. „So darf die mit der Zeiterfassung in privaten und öffentlichrechtlichen Arbeitsverhältnissen verbundene Bürokratie nicht Basis für Betrugsverfahren werden. Andernfalls würde man zu einer extrem willkürlichen Auswahl der angezeigten Fälle geradezu einladen. Freilich ist eine dogmatische überzeugende Begründung dieses Resultats unmöglich (BSK Strafrecht II-ARZT, N 141 zu Art. 146).“

- 4.2. Im vorliegenden Fall kann aus nachfolgend aufgeführten Gründen nicht von einem „gewöhnlichen“ Verstoss gegen die Vorschriften der Zeiterfassung gesprochen werden:

Der Beschuldigte ging viel weiter und ist mit System vorgegangen. Er hat zwischen dem 11.8.2008 und dem 20.8.2008 an acht Arbeitstagen grösstenteils in der Zeit nach 12.00 Uhr mittags – einer Zeit, in der viele Kollegen bereits in der Mittagspause waren und er an der Stempeluhr weitgehend ungestört gewesen sein dürfte – ausgestempelt, ist jedoch nicht in die Mittag gegangen. Knapp eine halbe Stunde später stempelte der Beschuldigte wieder ein und erweckte damit den Anschein, für diese Zeit die Mittagspause bezogen zu haben, obwohl er diese nachweislich erst im Anschluss daran bezog.

Er war somit laut System eingestempelt, jedoch nicht bei der Arbeit. Nach seiner effektiven Rückkehr aus der Mittagspause hat er dann entweder wieder nicht gestempelt, da er schon eingestempelt war (nämlich am 12.8./14.8./15.8./18.8./19.8./20.8.2008), oder aber er hat kurze Zeit nachdem er aus der Mittagspause zurückgekehrt war, ausgestempelt und dann drei Minuten später wieder eingestempelt (am 11.8.2008). Es kam auch vor, dass er eingestempelt zum Joggen ging (am 13.8.2008) oder sonstwie das Gebäude verliess, ohne auszustempeln (vgl. zum Ganzen die tabellarische Darstellung der Stempelzeiten durch die Vorinstanz, Motiv S. 17 – 20 = p. 534 – 537).

Es handelt sich dabei nicht nur um einfache Lügen, sondern um betrügerische Machenschaften, wie vom Bundesgericht umschrieben. Der Beschuldigte hat sich täglich mehrfach bewusst zur Stempeluhr begeben, um das Zeiterfassungsgerät für sein Ansinnen zu missbrauchen. Dabei hat er nicht unbeachtlichen Aufwand betrieben, um die geforderten Mittagspausen auszustempeln und um anschliessend erst beim wieder Einstempeln effektiv in die Mittagspause zu gehen. Dieses Stempelverhalten des Beschuldigten hat dazu geführt, dass sich der Arbeitgeber in einem Irrtum über die Anwesenheit des Beschuldigten befunden hat. Der Arbeitgeber wurde getäuscht. Auch ist diese Irreführung/Täuschung nicht oder nur mit besonderer Mühe aufdeckbar gewesen. Nur durch Zufall wurden Vorgesetzte am 11.8.2008 auf sein auffälliges Verhalten bei der Stempeluhr aufmerksam. Nach diesen Beobachtungen wurde das Verfahren ins Rollen gebracht und die Verfehlungen des Beschuldigten konnten durch aufwändige Überwachungsmassnahmen unter Beteiligung mehrerer Personen nachgewiesen werden. Ohne diesen grossen Aufwand (insbesondere auch unter Einbezug von personellen Ressourcen/Vorgesetzten) ist eine derartige Täuschung kaum aufzudecken. Das Vorliegen von betrügerischen Machenschaften ist zu bejahen.

Abgesehen davon hat der Beschuldigte das Vertrauen, das ihm sein Arbeitgeber nach diversen Vorfällen, u.a. auch im Zusammenhang mit der Zeiterfassung, entgegen gebracht hat, klarerweise – erneut – missbraucht. Der Arbeitgeber konnte davon ausgehen, dass die früheren Abmahnungen die mangelhafte Arbeitszeiterfassung betreffend sowie die Ansetzung einer Probezeit Wirkung auf den Beschuldigten gehabt haben. Das war offensichtlich nicht der Fall. Ein grösseres Mass an Sorgfalt kann jedoch in einem solchen Fall von einem Arbeitgeber nicht erwartet werden. Somit ist eine die Arglist ausschliessende Opfermitverantwortung zu verneinen.

5. Die vom Beschuldigten verbuchten Stempelzeiten haben dazu geführt, dass der Arbeitgeber sich in einem Irrtum über die Anwesenheiten des Beschuldigten befunden hat. Obwohl der Beschuldigte während ca. einer Stunde pro Arbeitstag nicht anwesend war, wurde ihm der Lohn dafür gleichwohl ausbezahlt und die Nachleistung der nicht erbrachten Arbeit wurde nicht gefordert. Folglich ist der Bundespolizei ein unmittelbarer Schaden im Umfang von 7.78 gestempelten, jedoch nicht geleisteten Arbeitsstunden von gesamthaft ca. CHF 550.00 entstanden. Der Beschuldigte war in diesem Umfang bereichert. Zwischen dieser irrtümlichen Vermögensdisposition und dem eingetretenen Schaden besteht ein Kausalzusammenhang.
6. Der Beschuldigte konnte keine plausible Erklärung abliefern, weshalb er der Ansicht war, zu seinen Abwesenheiten über Mittag berechtigt gewesen zu sein. Vielmehr flüchtete er sich in Ausreden und brachte Verschwörungstheorien vor, welche jeder Evidenz entbehren. Ein Motiv könnte darin liegen, dass es dem Beschuldigten darum ging, nach

seinem Gutdünken die von ihm empfundene Ungerechtigkeit, dass er nach Bern versetzt worden war, ausgleichen. Er kompensierte seine durch den Arbeitsweg entgangene Freizeit und bereicherte sich ungerechtfertigt mit der ertrogenen Lohnzahlung. Es liegt direkter Vorsatz des Beschuldigten vor.

7. Zusammenfassend ist der Beschuldigte wie bereits in der Vorinstanz des Betrugs, mehrfach begangen in der Zeit vom 11.08.2008 bis 20.08.2008 in Bern, zum Nachteil des EJPD, schuldig zu sprechen. Der Deliktsbetrag beträgt ca. CHF 550.00.

[...]