

TPF 2019 14

5. Auszug aus dem Urteil der Strafkammer in Sachen Bundesanwaltschaft und Privatklägerschaft Schweizerische Bundesbahnen SBB AG gegen A., B., C. und D. vom 15. Juni 2018 (SK.2017.47)

Urkundenfälschung; Bestechung

Art. 251 Ziff. 1 Abs. 1, 322^{ter}, 322^{quater} StGB

Den Tatbestand der Urkundenfälschung erfüllt nicht, wer im Auftrag einer juristischen Person fiktive Rechnungen ausstellt (Geistigkeitstheorie) (E. VI.3).

Äquivalenzverhältnis bei Bestechung: Bei fortgesetzten Geschäftskontakten brauchen die nicht gebührenden Vorteile nicht bestimmten Amtshandlungen zugeordnet zu werden (E. X.1.1, X.1.4, X.4.4.1, X.4.4.5 und X.4.5).

Faux dans les titres; corruption

Art. 251 ch. 1 al. 1, 322^{ter}, 322^{quater} CP

Celui qui émet une facture fictive pour le compte d'une personne morale ne réalise pas les conditions d'un faux dans les titres («Geistigkeitstheorie») (consid. VI.3).

Rapport d'équivalence en cas de corruption: en cas de contacts d'affaires permanents, les avantages indus ne doivent pas être attribuables à des actes officiels déterminés (consid. X.1.1, X.1.4, X.4.4.1, X.4.4.5 et X.4.5).

Falsità in documenti; corruzione

Art. 251 n. 1 cpv. 1, 322^{ter}, 322^{quater} CP

Non adempie i presupposti del reato di falsità in documenti, chi emette, per conto di una persona giuridica, fatture fittizie («Geistigkeitstheorie») (consid. VI.3).

Rapporto di equivalenza in caso di corruzione: in caso di rapporto d'affari continuato, gli indebiti vantaggi non devono essere necessariamente attribuiti ad atti ufficiali determinati (consid. X.1.1, X.1.4, X.4.4.1, X.4.4.5 e X.4.5).

Zusammenfassung des Sachverhalts:

A. war bei den SBB als Projektleiter im Bereich elektrotechnische Niederspannungsanlagen tätig. Im Rahmen von Beschaffungen war er für

das Einholen von Offerten und deren Evaluation zuständig und stellte Antrag auf Auftragsvergabe. Er prüfte die erbrachten Leistungen und die Rechnungen der Auftragnehmer, worauf nach einem Zweitvisum die Zahlung erfolgte. A. wurde wegen Urkundenfälschung angeklagt, weil er für zwei Auftragnehmer in deren Namen Rechnungen an die SBB für nicht erbrachte sowie für ganz oder nur teilweise erbrachte Leistungen ausgestellt habe. Zudem wurde A. wegen passiver sowie B. und C. wegen aktiver Bestechung angeklagt, weil A. über einen Zeitraum von rund zehn Jahren als Gegenleistung für Auftragsvergaben von B. und C. finanzielle Vorteile angenommen habe.

Die Strafkammer sprach A. vom Vorwurf der Urkundenfälschung frei. Sie verurteilte A. wegen passiver sowie B. und C. wegen aktiver Bestechung.

Aus den Erwägungen:

VI. Urkundenfälschung

3. Rechtliche Würdigung

3.1 Art. 251 Ziff. 1 Abs. 1 StGB stellt die Urkundenfälschung im engeren Sinn unter Strafe und erfasst das Herstellen einer unechten Urkunde, deren wirklicher Aussteller mit dem aus ihr ersichtlichen Urheber nicht identisch ist. Idealtypisch ist die Nachahmung einer fremden Unterschrift (BGE 118 IV 254 E. 4) oder das Einscannen der Unterschrift einer Drittperson von einem anderen Dokument (BGE 137 IV 167 E. 2.4). Eine Unterschrift ist aber nicht erforderlich, solange nur ersichtlich ist, wer für die Erklärung einsteht (BGE 103 IV 23 E. 1b; 70 IV 169 E. 1 S. 171). Wirklicher Aussteller einer Urkunde ist derjenige, welchem sie im Rechtsverkehr als von ihm autorisierte Erklärung zugerechnet wird. Dies ist gemäss der heute insoweit vorherrschenden so genannten «Geistigkeitstheorie» derjenige, auf dessen Willen die Urkunde nach Existenz und Inhalt zurückgeht (Urteil des Bundesgerichts 6S.268/2002 vom 6. Februar 2003 E. 3.2; STRATENWERTH/BOMMER, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II, 7. Aufl. 2013, § 36 N. 5; BOOG, Basler Kommentar, 3. Aufl. 2013, Art. 110 Abs. 4 StGB N. 43 und Art. 251 StGB N. 3). Wesentlicher Gesichtspunkt für die Erkennbarkeit des Ausstellers ist nach der Geistigkeitstheorie somit die rechtliche Zuordnung (Zuschreibung) der Erklärung. Aussteller ist derjenige, dem die Erklärung im Rechtsverkehr als eigene zugerechnet wird bzw. als dessen Erklärung die Urkunde im Rechtsverkehr gilt. Nicht der Schreiber (der verkörpernde Hersteller), sondern der Erklärer (Aussteller)

muss aus der Urkunde erkennbar sein (BOOG, a.a.O., Art. 110 Abs. 4 StGB N. 44). Nicht erforderlich ist, dass der Aussteller den Inhalt seiner Erklärung kennt (BOOG, a.a.O., Art. 251 StGB N. 6). Weist die Urkunde auf einen anderen als diesen, ihren wirklichen Aussteller hin, so ist sie unecht. Die Unechtheit bedeutet also eine Identitätstäuschung. Keine Rolle spielt, ob die Urkunde inhaltlich wahr oder unwahr ist (STRATENWERTH/BOMMER, a.a.O., § 36 N. 6).

Bei Vertretungsverhältnissen ist somit wirklicher Aussteller der Urkunde der Vertretene, welcher den Vertreter zu der in der Urkunde enthaltenen Erklärung ermächtigt (BGE 128 IV 265 E. 1.1.2). Da juristische Personen sich durch ihre Organe ausdrücken, begehen natürliche Personen, welchen die Vertretungsbefugnis fehlt, eine Urkundenfälschung, wenn sie Dokumente erstellen oder unterschreiben im Anschein darum, diese gingen von der juristischen Person aus (BGE 123 IV 17 E. 2b). Wird beispielsweise namens einer juristischen Person und unter deren Briefkopf eine Erklärung von Angestellten abgegeben, die dazu nicht befugt sind, liegt eine Urkundenfälschung vor (BGE 123 IV 17 E. 2b). Gemäss BGE 102 IV 191 E. 1 stellt hingegen das Herstellen von fiktiven Rechnungen auf den Namen anderer Firmen, die dazu ihre Einwilligung gegeben haben, keine Urkundenfälschung dar.

3.2 Die fraglichen Rechnungen lauten auf den Namen der Firmen H. AG bzw. I. GmbH. Bei der H. AG waren †O. vom 14. Januar 2000 bis 17. Januar 2012 und J. ab 17. Januar 2012 als Verwaltungsrat mit Einzelzeichnungsberechtigung im Handelsregister eingetragen. Bei der I. GmbH war †O. vom 3. Dezember 2007 bis 4. April 2012 Geschäftsführer mit Einzelzeichnungsberechtigung; J. war ab 30. März 2012 einzelzeichnungsberechtigt. Bezüglich des Sachverhalts hat der Beschuldigte zugegeben, dass er es war, der – vorerst zusammen mit †O., danach mit dessen Einverständnis allein und nach dessen Tod im Einverständnis mit J. – die Rechnungen auf Briefpapier der beiden Firmen selbst ausstellte. Der Hersteller bzw. der Schreiber der Rechnungen (Beschuldigter A.) ist also nicht mit dem aus der Urkunde ersichtlichen Urheber (H. AG bzw. I. GmbH) identisch. Dies ist jedoch nicht ausschlaggebend. Der Beschuldigte handelte nicht nur bei der Offertenstellung und bei der Ausführung der Bestellungen (Erstellen von Elektroschemata etc.), sondern auch bei der Rechnungsstellung an die SBB stets in Absprache mit †O. bzw. mit J. und somit im Auftrag der Organe dieser Firmen. Dies tat er auch, soweit es sich um fiktive Rechnungen handelte. Die Rechnungen sind demnach den Firmen H. AG bzw. I. GmbH zuzurechnen. Wirklicher Aussteller und der aus der Urkunde ersichtliche

Aussteller sind identisch. Es liegt jeweils eine echte Urkunde vor. Nach der von der Anklage vertretenen Konzeption würden indes – in Widerspruch zur Geistigkeitstheorie – auch eine Sekretärin, die Rechnungen für ihren Arbeitgeber erstellt, oder Beauftragte, welche im Rahmen von Outsourcing solche Arbeiten für einen anderen ausführen, als Aussteller der Urkunde gelten (vgl. STRATENWERTH/BOMMER, a.a.O., § 36 N. 5, 8; BOOG, a.a.O., Art. 110 Abs. 4 StGB N. 42). Sind die Urkunden echt, also nicht gefälscht, ist unerheblich, dass bzw. ob sie in die Buchhaltung der SBB einfließen, wie in der Anklage geltend gemacht wird.

3.3 Nach dem Gesagten hat der Beschuldigte A. den Tatbestand der Urkundenfälschung im Sinne der Anklage nicht erfüllt. A. ist insoweit freizusprechen.

X. Sich bestechen lassen bzw. Bestechen (Art. 322^{quater} bzw. Art. 322^{ter} StGB)

1. Rechtliches

1.1 Wegen Bestechens (Art. 322^{ter} StGB) wird bestraft, wer (u.a.) einem Beamten im Zusammenhang mit dessen amtlicher Tätigkeit für eine pflichtwidrige oder eine im Ermessen stehende Handlung oder Unterlassung zu dessen Gunsten oder zu Gunsten eines Dritten einen nicht gebührenden Vorteil anbietet, verspricht oder gewährt. Der Tatbestand der passiven Bestechung (Art. 322^{quater} StGB) stellt das Annehmen, Sich versprechen lassen und Fordern eines nicht gebührenden Vorteils unter Strafe; er ist als Spiegelbild der aktiven Bestechung ausgestaltet, wobei nicht das Tatobjekt, sondern der Täter die Amtsträgereigenschaft aufweisen muss (PIETH, Basler Kommentar, 3. Aufl. 2013, Art. 322^{quater} StGB N. 1).

1.4 Der angebotene, geforderte, versprochene, gewährte oder angenommene Vorteil muss im Rahmen einer (nicht zwingend abgeschlossenen, aber zumindest offerierten) «Unrechtsvereinbarung», einem sog. Äquivalenzverhältnis, stehen, d.h. im Austausch gegen eine hinreichend bestimmte oder bestimmbare Amtspflichtverletzung oder Ermessensentscheidung erfolgen. Beide Seiten des *do ut des* müssen durch ein Äquivalenzverhältnis verknüpft sein. Erforderlich ist ein genügender, gewissermassen rechtsgeschäftlicher Zusammenhang zwischen dem Verhalten des Beamten und der Vorteilsgewährung. Dieser lässt sich auch anhand objektiver Kriterien wie Höhe des Vorteils, zeitliche Nähe von Leistung und Gegenleistung, Häufigkeit der Kontakte und Zusammenhang zwischen beruflicher Stellung des Gebenden und Amtstätigkeit des

Nehmenden ermitteln (PIETH, a.a.O., Art. 322^{ter} StGB N. 47; PIETH, Korruptionsstrafrecht, in: Ackermann/Heine [Hrsg.], Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, 2013, § 22 N. 32, 45 f.; TRECHSEL/JEAN-RICHARD, in: Trechsel/Pieth [Hrsg.], Praxiskommentar, 2. Aufl. 2013, Art. 322^{ter} StGB N. 3, Art. 322^{quater} StGB N. 2; JOSITSCH, Das Schweizerische Korruptionsstrafrecht: Art. 322^{ter}–Art. 322^{octies} StGB, 2004, S. 348 ff., insbes. 352 f.; BGE 126 IV 141 E. 2a; 118 IV 309 E. 2a; Botschaft vom 19. April 1999 über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes [Revision des Korruptionsstrafrechts] sowie über den Beitritt der Schweiz zum Übereinkommen über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr, BBl 1999 5497, 5533). Bei fortgesetzten Geschäftskontakten wirken die bisherigen Erfahrungen wie Angebote oder Versprechungen weiter, so dass Äquivalenz gegeben ist, selbst wenn der Vorteil erst durch die nachträgliche Belohnung konkret wird (Urteil des Bundesgerichts 6S.180/2006 vom 14. Juli 2006 E. 3.2.4; TRECHSEL/JEAN-RICHARD, a.a.O., Art. 322^{ter} StGB N. 3). Fehlt es an der Äquivalenz oder kann diese nicht nachgewiesen werden, kommen die Auffangtatbestände von Art. 322^{quinquies} und Art. 322^{sexies} StGB zum Tragen (STRATENWERTH/WOHLERS, Handkommentar, 3. Aufl. 2013, Art. 322^{quinquies} StGB N. 1, Art. 322^{sexies} StGB N. 1; TRECHSEL/JEAN-RICHARD, a.a.O., Art. 322^{ter} StGB N. 3).

4.4 Nicht gebührender Vorteil

4.4.1 Aufgrund des Beweisergebnisses, namentlich der Aussagen von A. und B., ist erstellt, dass der Betrag, um den die ursprüngliche Offerte der L. AG jeweils erhöht worden war, von der L. AG A. fiktiv «gutgeschrieben» wurde. A. bezeichnete dies als «schwarze Kasse» bzw. «schwarze Buchhaltung», welche immer bei B. gelegen sei; diese wurde mithin von B. verwaltet. Erstellt ist, dass A. bei der L. AG Unterhaltungselektronikartikel für den privaten Gebrauch bestellen konnte. Die Rechnungen musste er nicht begleichen; die Kosten wurden jeweils von der «schwarzen Kasse» in Abzug gebracht. Zudem wurde ihm Bargeld für die Bezahlung der Rechnung für die private Photovoltaikanlage und für die Bezahlung der Leasingraten eines privaten Mercedes-Benz gegeben. Auch diese Beträge wurden jeweils von seinem «Guthaben» abgezogen. Mit jeder auf die beschriebene Weise erhöhten Offerte der L. AG erhöhte sich jeweils der Saldo der «schwarzen Kasse» um den entsprechenden Differenzbetrag. Der materielle Vorteil von A. bestand in der Äufnung der «schwarzen Kasse» durch die L. AG, die er als Guthaben für seine Zwecke verwenden konnte. Der Bezug der Unterhaltungselektronikartikel sowie die Bezahlung der

Rechnung der Photovoltaikanlage und der Leasingraten stellen gewissermassen Surrogate dar, welche mit seinem Guthaben aus der «schwarzen Kasse» finanziert wurden.

4.4.5 Nicht gebührend ist ein Vorteil, auf den kein rechtmässiger Anspruch besteht. Weder das Strafgesetzbuch noch das Personalrecht des Bundes, welchem die Angestellten der SBB und damit auch A. unterstellt sind, erlauben Vorteile in der Art, wie sie vorliegend gewährt worden sind. Insbesondere handelt es sich nicht um geringfügige, sozial übliche Vorteile. Die von A. erhaltenen finanziellen Vorteile sind demnach nicht gebührende Vorteile. Summenmässig handelt es sich um einen Betrag von mindestens Fr. 179'725.70.

4.5 Äquivalenzzusammenhang

Aufgrund des Beweisergebnisses, namentlich der Aussagen von A. und B., ist erstellt, dass die Vergabe von Aufträgen an die L. AG durch A. die Gegenleistung für dessen von der L. AG erhaltene finanzielle Vorteile darstellen. A. erklärte, das Vorgehen, wonach die L. AG ihre ursprüngliche Offerte habe erhöhen können, habe er mit den Vertretern der L. AG jeweils im Einzelfall abgesprochen. Er habe anhand des bei der SBB für ein bestimmtes Projekt bewilligten Budgets die Offerte zusammen mit der L. AG aufgerundet. A. erklärte, ihm sei der «Gewinn» der L. AG aus den erhöhten Offerten in der von B. geführten «schwarzen Kasse» gutgeschrieben worden, wodurch er wieder Material habe bestellen können. Die von A. für die Bezahlung der Photovoltaikanlage und die Leasingfinanzierung seines Fahrzeugs erhaltenen Bargeldbeträge stammen ebenfalls aus solch erhöhten Offerten, wie B. bestätigte. A. erklärte, als Gegenleistung habe er dafür geschaut, dass die Auftragsbücher der L. AG immer gut mit Aufträgen gefüllt gewesen seien. Er habe immer wieder Aufträge «praktisch ohne Offerte», teilweise unter Einholung einer Konkurrenzofferte, an die L. AG gegeben. Dies wird durch die E-Mail von A. an B. vom 30. November 2013 und die diesbezüglichen Aussagen von A. und B. untermauert. Die Häufigkeit der geschäftlichen Kontakte zwischen A. seitens der SBB und den Vertretern der L. AG, B. und C., über einen rund zehnjährigen Zeitraum sowie die Art und Höhe der erhaltenen Vorteile untermauern einen Äquivalenzzusammenhang. Unerheblich ist, dass es auch Vergaben an die L. AG gab, denen keine erhöhte Offerte zu Grunde lag. Nicht entscheidend ist sodann, dass die einzelnen Vorteile nicht genau einer bestimmten Offerte bzw. Auftragsvergabe zugeordnet werden können. Dies gründet einerseits im Umstand der lang andauernden Geschäftsbeziehung mit den zahlreichen, von A. massgebend beeinflussten

bzw. faktisch entschiedenen Vergaben an die L. AG, andererseits auch darin, dass den pflichtwidrigen Handlungen von A. die unmittelbaren Vorteile in Form einer Aufstockung des «Guthabens» von A. in der «schwarzen Kasse» bei der L. AG im Umfang der überhöhten Offerten gegenüberstehen und nicht deren eigentlichen Surrogate, nämlich der Bezug von Unterhaltungselektronik und die Entgegennahme von Bargeld für die Bezahlung der Photovoltaikanlage und die Leasingfinanzierung. Nach dem Gesagten ist der Äquivalenzzusammenhang zwischen den erhaltenen finanziellen Vorteilen und den pflichtwidrigen Handlungen von A. zu bejahen.

TPF 2019 20

6. Estratto della sentenza della Corte dei reclami penali nella causa A., B. e C. contro Ministero pubblico della Confederazione del 17 gennaio 2019 (RR.2018.204, RR.2018.205, RR.2018.206, RR.2018.243)

Assistenza giudiziaria internazionale in materia penale; consegna di mezzi di prova; procedura italiana di prevenzione patrimoniale; conformità del procedimento estero alla CEDU

Art. 2 lett. a AIMP, art. 7 CEDU

La normativa italiana concernente la procedura di prevenzione patrimoniale si applica anche a fatti anteriori alla sua entrata in vigore. La confisca in ambito di misure di prevenzione secondo il diritto italiano non costituisce una «pena» ai sensi dell'art. 7 CEDU (consid. 5).

Internationale Rechtshilfe in Strafsachen; Herausgabe von Beweismitteln; italienisches Vermögenssicherungsverfahren; Vereinbarkeit des ausländischen Verfahrens mit der EMRK

Art. 2 lit. a IRSG, Art. 7 EMRK

Die italienischen Bestimmungen zum Vermögenssicherungsverfahren finden auch auf Sachverhalte Anwendung, welche sich vor deren Inkrafttreten ereignet haben. Die Einziehung in Form von Sicherungsmassnahmen gemäss italienischem Recht stellt keine «Strafe» im Sinne von Art. 7 EMRK dar (E. 5).

Entraide internationale en matière pénale; remise de moyens de preuve; procédure italienne de saisie patrimoniale; conformité de la procédure étrangère à la CEDH