

S. 179 / Nr. 49 Strafgesetzbuch (d)

BGE 72 IV 179

49. Auszug aus dem Urteil des Kassationshofes vom 13. Dezember 1946 i. S. Graber gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Basel-Stadt.

Regeste:

1. Art. 2 StGB. Welches Recht ist anzuwenden, wenn ein fortgesetztes Verbrechen unter altem Recht beginnt und unter neuem weiterverübt wird? (Erw. 1).
2. Art. 315 StGB ist auch anwendbar, wenn die gegen die Amtspflicht verstossende Handlung des Beamten nicht Amtshandlung ist (Erw. 2).
3. Art. 71 Abs. 3 StGB. Begriff des fortgesetzten Verbrechens (Erw. 3)
 1. Art. 2 CP. Quel droit faut-il appliquer lorsqu'un délit successif commence à être commis sous l'ancien droit et qu'il continue de l'être sous l'empire du nouveau? (consid. 1).
 2. L'art. 315 CP est aussi applicable lorsque l'acte du fonctionnaire impliquant une violation des devoirs de sa charge n'est pas un acte rentrant dans ses fonctions (consid. 2).
 3. Art. 71 al. 3 CP. Notion du délit successif (consid. 3).
 1. Art. 2 CP. Quale diritto dev'essere applicato, quando un delitto continuato comincia sotto il vecchio diritto e prosegue sotto il nuovo diritto? (consid. 1).
 2. Art. 315 CP è anche applicabile, se l'atto del funzionario contrario ai suoi doveri d'ufficio non è un atto che entra nelle sue funzioni (consid. 2).
 3. Art. 71, cp. 3 CP. Nozione del delitto continuato (consid. 3).

A. Gruber war von 1920 bis 1944 Beamter der kantonalen Brandversicherungsanstalt von Basel-Stadt. Er hatte die angemeldeten Schäden zu besichtigen und dem Verwalter der Anstalt darüber zu berichten, so auch über Schäden an Öfen, welche die Anstalt als Explosionsschäden behandelte. Bei dieser Tätigkeit empfahl er den Versicherten

Seite: 180

für die Reparaturen und Neuanschaffungen die Hafnerei Baumgartner in Basel, die bis 1926 von Friedrich Baumgartner, nachher von dessen Sohne Hans geführt wurde. Dafür entschädigten ihn die beiden Geschäftsinhaber in den Jahren 1922 bis 1941 in der Weise, dass sie ihm anfänglich 10 %, später 5 % des Lohnes aus den durch seine Empfehlungen zustande gekommenen Aufträge überwiesen. Später bestanden die Vergütungen, die Hans Baumgartner noch bis 1943 gewährte, darin, dass er in Häusern, die Gruber gehörten oder von diesem verwaltet wurden, unentgeltlich Arbeiten ausführte, wobei er Gruber in den letzteren Fällen quittierte Rechnungen ausstellte, die dieser bei den Hauseigentümern einkassieren konnte. Gruber selber beziffert die Zuwendungen auf insgesamt Fr. 6375.96.

B. Am 22. August 1946 verurteilte das Appellationsgericht von Basel-Stadt Gruber wegen fortgesetzter passiver Bestechung (Art. 315 StGB) zu einer bedingt vollziehbaren Gefängnisstrafe von acht Monaten und gegenüber dem Kanton Basel-Stadt gestützt auf Art. 59 Abs. 1 StGB zur Zahlung von Fr. 6375.96 als Wert der erhaltenen Zuwendungen. Es betrachtete die Empfehlungen, für die sich Gruber von den Inhabern der Hafnerei Baumgartner belohnen liess, als «künftige pflichtwidrige Amtshandlungen» im Sinne des Art. 315 StGB, da den Beamten durch eine ausdrückliche Weisung der Brandversicherungsanstalt verboten gewesen sei, bestimmte Geschäfte zu empfehlen. Eine pflichtwidrige Amtshandlung im Sinne von Art. 315 könne nicht nur darin bestehen, dass ein Beamter eine ihm obliegende pflichtwidrige Amtshandlung ausführe, sondern auch darin, dass er etwas tue, zu dessen Unterlassung er amtlich verpflichtet sei.

C. Gruber führt gegen dieses Urteil Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, es sei aufzuheben und die Sache zur Freisprechung an die Vorinstanz zurückzuweisen, eventuell sei es wenigstens insoweit aufzuheben, als es ihn zur Zahlung von Fr. 6375.96 an den Kanton verpflichte, ganz eventuell sei die Vorinstanz anzuweisen. die

Seite: 181

Zahlungspflicht auf die Hälfte dieser Summe zu ermässigen. Der Beschwerdeführer bestreitet, dass die Empfehlung eines Geschäftes eine pflichtwidrige Amtshandlung sei. Ferner kritisiert er die Rechtsprechung des Kassationshofes, welche Art. 59 StGB auch dann anwendet, wenn die strafbare Handlung in der Annahme der Zuwendung selbst liegt. Das Appellationsgericht habe zudem übersehen, dass ein Teil der Zuwendungen für das Zuhalten von Aufträgen gemacht worden seien, die mit der Tätigkeit des Beschwerdeführers als Beamter nichts zu tun gehabt hätten.

D. Die Staatsanwaltschaft beantragt, die Beschwerde sei abzuweisen.

Der Kassationshof zieht in Erwägung:

1. Das Appellationsgericht hat auf die vor dem 1. Januar 1942 ausgeführten Handlungen neues Recht angewendet, weil sie ein fortgesetztes Delikt bildeten. Die Auffassung, dass eine fortgesetzte strafbare Handlung, die zum Teil vor, zum Teil nach dem Inkrafttreten des Strafgesetzbuches ausgeführt wurde, entweder ausschliesslich dem alten oder ausschliesslich dem neuen Recht unterstehe, ist jedoch vom Kassationshof bereits widerlegt worden (BGE 72 IV 134). Allein nach der verbindlichen Erklärung der Vorinstanz sind im vorliegenden Falle die Handlungen auch nach altem Recht strafbar, und dass das neue nicht milder sei, macht der Beschwerdeführer nicht geltend. Unter diesen Umständen besteht kein Anlass, die Anwendung des neuen Rechts auf alle Tatbestände zu beanstanden.

2. Nach Art. 315 Abs. 1 StGB wird der Beamte bestraft, der für eine künftige pflichtwidrige Amtshandlung ein Geschenk oder einen andern ihm nicht gebührenden Vorteil fordert, annimmt oder sich versprechen lässt.

Nach der verbindlichen Feststellung der Vorinstanz, die sich auf die «Notiz» der Brandversicherungsanstalt an die Hauseigentümer stützt und nicht bestritten ist, war es den Beamten der Anstalt durch ausdrückliche Weisung

Seite: 182

untersagt, den Versicherten für die Reparaturen bestimmte Geschäfte zu empfehlen, und diese Weisung war dem Beschwerdeführer bekannt. Er hat demnach mit den Empfehlungen unzweifelhaft Amtspflichtverletzungen begangen. Amtshandlungen aber lagen darin nicht; denn wie der Beschwerdeführer mit Recht geltend macht, gehörte die Empfehlung von Geschäften nicht zu den Aufgaben der Brandversicherungsanstalt, war ihren Beamten gegenteils ausdrücklich verboten. Nach dem deutschen Wortlaut des Gesetzes wären die Handlungen des Beschwerdeführers somit entgegen der Auffassung des Appellationsgerichts nicht strafbar.

Die romanischen Texte des Art. 315 stimmen jedoch mit dem deutschen nicht überein. Sie sprechen nicht wie dieser von «pflichtwidrigen Amtshandlungen», sondern sagen: «... pour faire un acte impliquant une violation des devoirs de leur charge», beziehungsweise: «... per compiere un atto contrario ai loro doveri d'ufficio». Nach diesen beiden Fassungen genügt es also, dass die Handlung gegen die Amtspflicht verstösst; eine Amtshandlung braucht sie nicht zu sein.

Dieser Sinn ist der richtige. Die französische und die italienische Fassung des Art. 315 sind nicht etwa darauf zurückzuführen, dass der Begriff der Amtshandlung nicht auf einfache Weise anders hätte ausgedrückt werden können. In Art. 316 ist er mit «acte rentrant dans leurs fonctions», beziehungsweise mit «atto del loro ufficio» wiedergegeben. Die Abweichung des Art. 315 von Art. 316 ist nicht nur gewollt auch der deutsche Text der ersten Bestimmung (Art. 279 E) sah noch zur Zeit der parlamentarischen Beratungen in der passiven Bestechung von Beamten eine Handlung, «die eine Verletzung ihrer amtlichen Pflichten enthält», und erst die Redaktionskommission setzte dafür «pflichtwidrige Amtshandlung» sondern auch sachlich begründet. Während der Beamte nur für das, was er kraft seines Amtes zu tun hat, also für Amtshandlungen, keine Geschenke annehmen soll, wogegen

Seite: 183

ihm die Annahme von Zuwendungen für Handlungen privaten Charakters, die seiner Amtspflicht nicht widersprechen, nicht verboten sind (Art. 316), ist nach allgemeiner Auffassung die Annahme einer Belohnung für eine gegen die amtlichen Pflichten verstossende Handlung auch dann strafwürdig, wenn sie keine eigentliche Amtshandlung ist. Liegt keine solche vor und wiegt die Tat insofern weniger schwer, so gibt Art. 315 dem Richter genügend Raum, die Strafe entsprechend milde zu bemessen.

Für die Auslegung des Art. 315 im Sinne der romanischen Texte spricht auch Art. 288 StGB. Diese Norm über die aktive Bestechung setzt nach allen drei Texten nur voraus, dass die Zuwendung erfolge, um den Beamten zur Verletzung einer Amts- oder Dienstpflicht zu veranlassen. Dass die vom Bestecher angestrebte Pflichtverletzung durch eine Amtshandlung erfolgen solle, wird nicht verlangt. Umsoweniger kann die Strafbarkeit des Bestochenen von diesem Merkmal abhängen, handelt er doch schuldhafter als der Bestecher.

Der Beschwerdeführer wendet ein, die Anwendung des Art. 315 auf andere (pflichtwidrige) Handlungen als Amtshandlungen würde zu unhaltbaren Ergebnissen führen. So verbiete das baselstädtische Beamtengesetz den Beamten und Angestellten, einen Nebenberuf auszuüben, Arbeiten für Private auszuführen oder sich an Geschäften zu beteiligen, wenn dadurch ihre Leistungsfähigkeit für das Amt geschädigt werde; daher würde sich ein Beamter der Bestechung schuldig machen, wenn er ausserhalb seines Amtes derartige Arbeiten ausführte und sich dafür zum vorneherein entschädigen liesse. Das ist wahrscheinlich schon deswegen unrichtig, weil nur entgeltliche Nebenbeschäftigung verboten sein dürfte, die Arbeiten an sich also nicht unerlaubt sind;

demgemäss wäre die Vergütung der Arbeiten nicht ein Geschenk für eine amtspflichtwidrige Handlung im Sinne von Art. 315. Zudem kommen nach Art. 315 natürlich nur Handlungen in Betracht, die, wenn sie auch nicht Amtshandlungen sind, doch mit der

Seite: 184

amtlichen Tätigkeit im Zusammenhang stehen. Es muss sich um ein pflichtwidriges Ausnützen der amtlichen Stellung handeln. Das ist namentlich der Fall bei Handlungen, zu denen der Beamte durch seine amtliche Tätigkeit Gelegenheit erhält. Fehlt der erwähnte Zusammenhang, liegen die verbotenen Handlungen ganz ausserhalb nicht nur des rechtlichen, sondern auch des tatsächlichen Bereiches der amtlichen Funktionen, wie z. B. eine Nebenbeschäftigung, die mit der Amtstätigkeit gar nichts zu tun hat, so kann Art. 315 ebensowenig wie Art. 288 angewendet werden. Denn Bestechung ist Erkaufen einer Handlung, die einen Missbrauch der amtlichen Stellung bedeutet. In diesem weiteren Sinne erhält der Ausdruck Amtshandlung im deutschen Text des Art. 315 eine gewisse Berechtigung.

Die pflichtwidrigen Handlungen, für die sich der Beschwerdeführer hat bezahlen lassen, stehen, obwohl ein Grenzfall vorliegt, mit seiner amtlichen Tätigkeit in genügendem Zusammenhang, um die Anwendung des Art. 315 zu rechtfertigen. Der Beschwerdeführer hat in seinem Amte mit den Brandfällen zu tun gehabt und hat seine Stellung während zwei Jahrzehnten ausgenützt, um die Reparaturaufträge entgegen einem ausdrücklichen Verbote einem bestimmten Geschäfte zuzuhalten und sich dafür mehrere tausend Franken als Provision vergüten zu lassen, wobei noch zu beachten ist, dass die Aufträge letzten Endes auf Rechnung der Brandversicherungsanstalt selber gingen.

3. Das Appellationsgericht sieht in den Handlungen des Beschwerdeführers ein fortgesetztes Verbrechen und hat sie deshalb bis auf 1922 zurück dem Urteil zu Grunde gelegt. Wenn man sie als fortgesetztes Verbrechen würdigt, ist in der Tat keine von ihnen verjährt, weil gemäss Art. 71 Abs. 3 StGB die zehnjährige Verjährungsfrist erst mit der letzten Tätigkeit, also im Jahre 1943 zu laufen begonnen hat.

Ein fortgesetztes Delikt liegt nach der Rechtsprechung des Kassationshofes dann vor, wenn gleichartige oder

Seite: 185

ähnliche Handlungen, die gegen das gleiche Rechtsgut gerichtet sind, auf ein und denselben Willensentschluss zurückgehen (BGE 56 I 78, 315; 68 IV 99). Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt. Nicht nur hat der Beschwerdeführer den Versicherten immer dasselbe Geschäft empfohlen, sondern er hat vom Geschäftsinhaber auch von Anfang an eine feste Provision bezogen, die zunächst 10 %, später 5 % der Rechnungssumme betrug. Darüber, ob der Beschwerdeführer die Provisionen seinerzeit von Vater Baumgartner gefordert hatte, konnte der Sohn Baumgartner nicht Auskunft geben, jedenfalls bestand aber schon damals mindestens eine stillschweigende Vereinbarung, die dann vom Sohne im Jahre 1926 ausdrücklich erneuert wurde. Damit steht der einheitliche Willensentschluss fest. Dass dann im Jahre 1941 an Stelle der Provisionen Arbeiten und Lieferungen traten, ändert daran nichts.

4 ...

Demnach erkennt der Kassationshof:

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen