

TPF 2016 10

3. Auszug aus dem Urteil der Strafkammer in Sachen Bundesanwaltschaft und Schweizerische Eidgenossenschaft (als Privatklägerin) gegen A., B. und C. vom 15. September 2015 (SK.2015.12)

Ungetreue Amtsführung. Urkunde. Bestechung.

Art. 110 Abs. 4, 314, 322^{ter}-322^{sexies} StGB

Schädigung ideeller öffentlicher Interessen bei Vergabe von staatlichen Dienstleistungsaufträgen ohne Durchführung einer öffentlichen Ausschreibung bejaht (E. 2.8.1b). Materieller Schaden in casu verneint (E. 2.8.2a und c).

Eine Checkliste ist grundsätzlich keine Urkunde (E. 3.5).

Prüfung der Vorwürfe der aktiven resp. passiven Bestechung sowie der Vorteilsgewährung resp. -annahme im Zusammenhang mit Einladungen zu Essen in Restaurants und Hotelübernachtungen (E. 4.2.1, 4.6.2, 5.7.1 und 5.7.3).

Gestion déloyale des intérêts publics. Titre. Corruption.

Art. 110 al. 4, 314, 322^{ter}-322^{sexies} CP

Lésion d'intérêts publics de nature idéale admise en cas d'adjudication de marchés de service étatiques sans appel d'offres public (consid. 2.8.1b). Dommage matériel nié dans le cas concret (consid. 2.8.2a et c).

Une check-list ne constitue en principe pas un titre (consid. 3.5).

Examen des chefs d'accusation de corruption active, respectivement passive et d'octroi, respectivement acceptation d'un avantage en lien avec des invitations au restaurant et des nuits d'hôtel (consid. 4.2.1, 4.6.2, 5.7.1 et 5.7.3).

Infedeltà nella gestione pubblica. Documento. Corruzione.

Art. 110 cpv. 4, 314, 322^{ter}-322^{sexies} CP

Lesione di interessi pubblici di natura ideale ammessa nel caso di attribuzione di mandati di servizio senza apertura di un concorso pubblico (consid. 2.8.1b). Danno materiale negato nel caso concreto (consid. 2.8.2a e c).

Una checklist non è in linea di massima un documento (consid. 3.5).

Esame delle accuse di corruzione attiva risp. passiva, nonché di concessione risp. accettazione di vantaggi in relazione ad inviti in ristoranti e alberghi (consid. 4.2.1, 4.6.2, 5.7.1 e 5.7.3).

Zusammenfassung des Sachverhalts:

Die Eidgenössische Steuerverwaltung (ESTV) beabsichtigte, das Informatikprojekt Insieme in eigener Regie in Etappen zu realisieren, nachdem sie den Zuschlag des Gesamtprojekts im Rahmen einer öffentlichen Ausschreibung gemäss WTO widerrufen hatte. Sie setzte dazu eine eigene Projektorganisation ein. Die benötigten Informatikdienstleistungen sollten zum Teil extern bezogen werden. A. war als Chef der Sektion Leistungsbezug Informatik (LBO) für die Beschaffung von Ressourcen allgemein sowie im Rahmen des Projekts Insieme zuständig. Ihm wurde vorgeworfen, das Beschaffungsrecht nicht eingehalten zu haben. Mittels gestückelter Verträge unterhalb des WTO-Schwellenwerts seien öffentliche Ausschreibungen vermieden und Dienstleistungsverträge ohne Grund freihändig vergeben worden. Dabei habe A. entsprechende Checklisten unwahr ausgefüllt. B. und C. wurde vorgeworfen, als Geschäftsführer von Unternehmen, welche Dienstleistungsverträge mit der ESTV abschlossen, A. mittels Einladungen zu Essen Vorteile gewährt zu haben.

Die Strafkammer sprach A. der mehrfachen ungetreuen Amtsführung und der mehrfachen Vorteilsannahme schuldig; vom Vorwurf der mehrfachen Urkundenfälschung im Amt sprach sie ihn frei. B. und C. sprach sie wegen mehrfacher Vorteilsgewährung schuldig.

Aus den Erwägungen:

2.8.1

a) Der Bund will mit dem Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB; SR 172.056.1) das Verfahren zur Vergabe von öffentlichen Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträgen regeln und transparent gestalten, den Wettbewerb unter den Anbietern und Anbieterinnen stärken und den wirtschaftlichen Einsatz der öffentlichen Mittel fördern (Art. 1 Abs. 1 BöB). Er will auch die Gleichbehandlung aller Anbieter und Anbieterinnen gewährleisten (Art. 1 Abs. 2 BöB). Bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen achtet die Auftraggeberin in allen

Phasen des Verfahrens auf die Gleichbehandlung der inländischen und der ausländischen Anbieter und Anbieterinnen (Art. 8 Abs. 1 lit. a BöB); die Anwendbarkeit des Gesetzes auf ausländische Anbieter und Anbieterinnen regelt Art. 4 BöB. Der Zweck des Gesetzes entspricht den mit dem Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (GATT/WTO-Übereinkommen [Government Procurement Agreement, GPA]; SR 0.632.231.422), das für die Schweiz am 1. Januar 1996 in Kraft getreten ist, verfolgten Zielsetzungen. Dessen Ziele sind unter anderem, die Förderung des freien Welthandels, die Garantie der Nichtdiskriminierung von Anbieterinnen und Anbietern oder deren Produkte oder Dienstleistungen sowie die Sicherstellung der Transparenz der Vergabeverfahren (Präambel). Die vermehrte Schaffung einer Wettbewerbslage für die Vergabe öffentlicher Aufträge fördert einerseits die Liberalisierung des Handels und stärkt andererseits die Wettbewerbsfähigkeit der Anbieterinnen und Anbieter. Die Schaffung von Transparenz ist ein Hauptziel des Gesetzes, ist doch nur so ein echter Wettbewerb gewährleistet. Der Wettbewerb ermöglicht es, Leistungen zu vergleichen, um so das Angebot mit dem besten Preis-/Leistungsverhältnis wählen zu können. So führt ein wirksamer Wettbewerb auch zu einer wirtschaftlichen Verwendung öffentlicher Mittel (Botschaft vom 19. September 1994 zu den für die Ratifizierung der GATT/WTO-Übereinkommen [Uruguay-Runde] notwendigen Rechtsanpassungen [GATT-Botschaft 2], BBl 1994 IV S. 1176). Das Bundesgesetz schafft die Voraussetzungen für einen echten Wettbewerb unter den Anbieterinnen und Anbietern aus den Signatarstaaten des Übereinkommens, sofern die Auftragshöhe den jeweils massgebenden Schwellenwert erreicht. Es gebietet aber nicht nur die Nichtdiskriminierung von ausländischen Anbieterinnen und Anbietern gegenüber inländischen, sondern konkretisiert autonom auch das Gebot der Gleichbehandlung der inländischen Anbieterinnen und Anbieter untereinander und ist somit auch für den Binnenmarkt Schweiz von Bedeutung (GATT-Botschaft 2, a.a.O., S. 1175). Im Beschaffungsrecht des Bundes (vgl. Art. 1 der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen [VöB; SR 172.056.11]) gilt der Grundsatz, dass Güter, Dienstleistungen und Bauleistungen im freien Wettbewerb zu beschaffen sind (Art. 4 VöB). Die Transparenz im Vergabeverfahren dient einerseits der Durchsetzung der übrigen vergaberechtlichen Prinzipien; andererseits bezweckt sie, Korruptionspotenziale zu entschärfen und die Legitimität des staatlichen Handelns zu fördern. Es geht darum, das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Ordnungs- und Rechtmässigkeit öffentlicher Beschaffungen zu gewinnen

(HÄNNI/STÖCKLI, Schweizerisches Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bern 2013, N. 732).

b) Mit der Nichtdurchführung öffentlicher Ausschreibungen hat der Beschuldigte bewirkt, dass die Schweiz die aus dem GATT/WTO-Übereinkommen stammenden und im BöB verankerten Grundsätze des Wettbewerbs und der Transparenz verletzt. Damit sind nicht nur die internationalen Verpflichtungen der Schweiz betroffen, sondern auch das Vertrauen der Anbieterinnen und Anbieter in die Ordnungs- und Rechtmässigkeit der öffentlichen Beschaffungen des Bundes. Mit dem Abschluss von Dienstleistungsverträgen ohne Einhaltung des dafür vorgesehenen Verfahrens wurde nicht nur der Wettbewerb praktisch weitgehend ausgeschaltet, sondern auch das Vertrauen der Bürgerinnen und Bürger in die Objektivität und Unabhängigkeit der Beschaffungsstellen des Bundes geschädigt. Verschiedene Indizien weisen darauf hin, dass das Ansehen des Bundes in der Öffentlichkeit durch das Verhalten des Beschuldigten effektiv geschädigt wurde. Wie einer Anfrage der Sonntagszeitung an die Bundesanwaltschaft vom 8. August 2012 zu entnehmen ist, habe diese von Personen der zuständigen Bundesämter (Bundesamt für Informatik und Telekommunikation, Bundesamt für Bauten und Logistik [BBL], ESTV) sowie aus der Informatikbranche «Hinweise auf weitere Unregelmässigkeiten im Zusammenhang mit Insieme oder der Beschaffung von Informatikdienstleistungen generell» erhalten. [...] Mithin wurde offensichtlich innerhalb wie ausserhalb der ESTV darüber gemunkelt, es gehe bei den Auftragsvergaben für Insieme nicht mit rechten Dingen zu. Es kann als erstellt gelten, dass in der Öffentlichkeit der Eindruck entstand, eine persönliche Bekanntschaft mit dem Chef LBO ver helfe unlauter zu Aufträgen. Ein ideeller Schaden ist bei sämtlichen Beschaffungen zu bejahen. [...]

2.8.2

a) Die Anklagebehörde begründet einen (zusätzlichen) materiellen Schaden damit, dass in den Dienstleistungsverträgen mit der E. AG gemäss Anklageziffer 1.1.1.15 ein nicht marktgerechter Stundenansatz von Fr. 165.– vereinbart worden sei, während später im Rahmen eines WTO-Verfahrens das BBL einem anderen Unternehmen für die gleiche Mitarbeiterin für die identische Arbeit den Zuschlag erteilt und für die ESTV einen Dienstleistungsvertrag zu einem Stundenansatz von Fr. 145.80 geschlossen habe. [...]

e) [...] Selbst wenn diese Verträge im gleichen Sinne öffentlich ausgeschrieben worden wären, kann schon aufgrund der reduzierten Dauer nicht gesagt werden, dass die später erzielten Preise damals ebenfalls offeriert worden wären. Es kommt hinzu, dass der Preis – wenn auch ein wesentliches – nur eines unter mehreren Zuschlagskriterien ist und die Qualität und die Fachkompetenz, namentlich die Projekt- und Managementenerfahrung des benötigten Fachspezialisten, einen höheren Preis rechtfertigen können; es hätte demnach, wäre ein WTO-Verfahren durchgeführt worden, auch ein anderes Angebot den Zuschlag erhalten können. [...] Der behauptete materielle Schaden ist demnach in keinem Fall nachgewiesen.

3.5 Zu prüfen ist die Frage, ob den Checklisten generell eine erhöhte Glaubwürdigkeit zukommt. Die Anklage sieht eine solche offenbar darin, dass die Eidgenössische Finanzkontrolle vom Beschuldigten im Rahmen ihrer Kontrolltätigkeit verlangt habe, es seien ihr sämtliche Unterlagen bezüglich der Mandatierung bestimmter externer Mitarbeiter zur Verfügung zu stellen. Im Kontext ist dieser Anklagepunkt dabei so zu verstehen, dass der Beschuldigte mit den Checklisten und Beilagen die WTO-Konformität der Beschaffungen – also eine öffentliche Ausschreibung oder die Zulässigkeit eines freihändigen Verfahrens – habe belegen wollen.

3.5.2

d) Von allfälligen klaren – hier nicht zutreffenden – Ausnahmefällen abgesehen, sollen die Checklisten nicht als Beweis für rechtlich erhebliche Tatsachen dienen. Sie wären für sich allein [...] zudem nicht geeignet, Beweis für die Einhaltung des BöB zu erbringen. Den Checklisten kommt im vorliegenden Zusammenhang (WTO-Konformität der Beschaffungen) gegenüber anderen Dienststellen oder Behörden keine erhöhte Glaubwürdigkeit zu. Die Frage der Rückdatierung hat bei dieser Sachlage keine selbstständige Bedeutung. Somit haben die Checklisten nicht Urkundenqualität.

4.2.1 Den Beschuldigten B. und C. wird (in Anklageziffer 1.2.1 bzw. 1.3.1) zusammengefasst im Wesentlichen je vorgeworfen, in der Zeit vom 25. Juni 2008 bis 31. Januar 2012 (Beschuldiger B.) bzw. vom 11. November 2008 bis 1. September 2010 (Beschuldiger C.) den Beschuldigten A. in mehreren Malen zu Essen in Restaurants und zu Hotelübernachtungen eingeladen und als Gegenleistung im Projekt Insieme Dienstleistungsverträge der ESTV mit der E. AG (für Einladungen von B.) bzw. der D. AG (für Einladungen von C.) erhalten zu haben.

Dem Beschuldigten A. wird (in Anklageziffer 1.1.3) vorgeworfen, im vorgenannten Zusammenhang die erwähnten Vorteile angenommen zu haben.

4.6.2 [...] Ein gewissermassen rechtsgeschäftlicher Zusammenhang zwischen den Handlungen des Beschuldigten A. und den durch die Beschuldigten B. bzw. C. angeblich gewährten Vorteile ist schon aufgrund der relativ geringen Höhe der Vorteile nicht anzunehmen. Auch eine Gesamtbetrachtung – die Anklage summiert die Vorteile auf ca. Fr. 3'540.– für einen Zeitraum von Juni 2008 bis Januar 2012 – lässt nicht auf den erforderlichen Zusammenhang schliessen. In objektiver Hinsicht ist somit ein Äquivalenzverhältnis nicht nachgewiesen.

5.7.1 Die vorliegend von den Beschuldigten gewährten bzw. angenommenen Vorteile sind materieller Natur und damit solche im Sinne des Tatbestands. Sie wurden dem Amtsträger zugewendet. «Nicht gebührend» ist ein Vorteil, zu dessen Annahme der Amtsträger nicht berechtigt ist. An diesem Erfordernis zur Begründung der Strafbarkeit fehlt es, wenn es sich um einen geringfügigen, sozial üblichen Vorteil handelt oder die Annahme des Vorteils dem Amtsträger dienstrechtlich erlaubt ist (Art. 322^{octies} Ziff. 2 StGB). Gemäss Botschaft ist hier an administrative Regeln über Meldung, Bewilligung oder Ablieferung von Geschenken und anderen Vorteilszuwendungen zu denken (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 [Botschaft Korruptionsstrafrecht], BBl 1999 S. 5528). Ausgeschlossen werden auch Vorteilszuwendungen, die geringfügig und sozial toleriert sind. Geringfügige Geschenke, die schon auf Grund gesellschaftlicher Normen keine Befangenheit hervorrufen können, sind keine nicht gebührenden Vorteile. Zu denken ist an Zuwendungen im absoluten Bagatellbereich (Kaffee während der Besprechung, Taschenkalender etc.), bei denen sich eine Prüfung der weiteren Merkmale der Bestechungstatbestände a priori nicht rechtfertigt (Botschaft Korruptionsstrafrecht, a.a.O., S. 5550 f.). Es liegt in der Natur der Sache, dass die Abgrenzung im Einzelfall heikel sein kann: Was für den Geber und den Empfänger als «Kleinigkeit» dasteht, kann auf der Seite der Konkurrenten oder der Steuerzahler grosse Empfindlichkeiten wecken. Hinzu kommt, dass dienstrechtliche Musterregelungen für den Umgang mit

Geschenken nur beschränkt verallgemeinerungsfähig sind. Von Bedeutung ist auch der Kontext, etwa bei einem Weihnachtsgeschenk des Informatik-Lieferanten an den Amts-Einkäufer (Botschaft Korruptionsstrafrecht, a.a.O., S. 5536).

Die Sozialadäquanz schränkt sodann den materiellen Vorteilsbegriff nur insofern ein, als alle Vorteile strafrechtlich irrelevant sind, die nach Verkehrssitte und den Regeln der Höflichkeit entsprechend geleistet werden. Von höflicher Aufmerksamkeit kann nur dann die Rede sein, wenn der Wert ein geringfügiger ist. Notwendig ist stets eine Würdigung des konkreten Einzelfalles im Gesamtkontext. Auch geringfügige Zuwendungen können allerdings die Sachlichkeit der Amtsführung beeinträchtigen, insbesondere, wenn sie in grossem Stil praktiziert werden (ARZETHAUSER, Die Vorteilsgewährung bzw. die Vorteilsannahme nach dem revidierten Schweizerischen Korruptionsstrafrecht, Basler Diss., Rapperswil 2001, N. 230).

5.7.3 A. hat Vorteile von insgesamt Fr. 5'252.85 empfangen, mithin pro Einladung durchschnittlich Fr. 116.75 (ohne Berücksichtigung des bei C. nicht angeklagten Sachverhalts gemäss Anklageziffer 1.1.4.20). Angesichts der Anzahl von 30 Einladungen von B. in einem Zeitraum von rund 44 Monaten und von 15 Einladungen von C. in einem Zeitraum von rund 23 Monaten – mithin durchschnittlich jeweils alle eineinhalb Monate – bei einer Bandbreite von Fr. 44.75 bis Fr. 372.80, gesamthaft Fr. 3'605.35 von B. und Fr. 1'647.50 von C., kann nicht mehr von sozial üblichen Vorteilen gesprochen werden. Das zeigt sich schon darin, dass auf ein Kalenderjahr umgerechnet jährliche Vorteile von B. von Fr. 983.– und von C. von Fr. 859.– resultieren. Diese Zuwendungen übersteigen die Regeln der höflichen Aufmerksamkeit und der Verkehrssitte, wie sie etwa ein Weihnachtsgeschenk in Form einer nicht teuren Flasche Wein darstellen könnte. Die Zuwendungen sind indessen auch im Kontext der laufenden Vergabeverfahren betrachtet illegal (vgl. die Beispiele in der Botschaft Korruptionsstrafrecht, a.a.O., S. 5536, sowie bei PIETH, Korruptionsstrafrecht, in Ackermann/ Heine [Hrsg.], Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, Bern 2013, S. 699 N. 57), denn sowohl B. wie C. wussten, dass im weiteren Verlauf des Projekts Insieme – nach dem Widerruf des Zuschlags an Unisys – laufend Aufträge zu vergeben oder zu verlängern waren. Ob einzelne Einladungen, etwa jene im unteren Bereich oder im Zusammenhang mit dem erfolgreichen Abschluss eines Projekts, für sich allein genommen allenfalls zulässig wären, kann hier dahin gestellt bleiben.