

BStGer TPF 2016 95 vom 15. September 2015

Bundesstrafgericht, 2015-09-15, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bstger_TPF_2016_95

FR: TPF TPF 2016 95 du 15 septembre 2015

IT: TPF TPF 2016 95 del 15 settembre 2015

Regeste

Bestechung fremder Amtsträger.

Erwägungen

E. 15

Auszug aus dem Urteil der Strafkammer in Sachen Bundesanwaltschaft gegen A. und B. vom 1. April 2016 (SK.2015.17)

Bestechung fremder Amtsträger.

Art. 322septies StGB

Auslegung des Begriffs des fremden Amtsträgers (E. 2.5).

Corruption d'agents publics étrangers.

Art. 322septies CP

Intepétation de la notion d'agent public étranger (consid. 2.5).

TPF 2016 95 96

Corruzione di pubblici ufficiali stranieri.

Art. 322septies CP

Interpretazione della nozione di pubblico ufficiale straniero (consid. 2.5).

Zusammenfassung des Sachverhalts:

A. wurde wegen aktiver Bestechung fremder Amtsträger, eventuell Gehilfenschaft dazu, angeklagt. Ihm wurde vorgeworfen, sich zwischen 2001 und 2006 an Bestechungshandlungen von C. zugunsten von B. und D., den hochrangigen Funktionären des vom russischen Staat kontrollierten Erdgaskonzerns Gazprom, beteiligt zu haben. B. und D. sollen bei der Realisierung von Grossprojekten von Gazprom in Russland und Polen die Beschaffung von Turbinen eines Herstellers, der in der fraglichen Zeit zunächst dem Konzern ABB, später Alstom und schliesslich Siemens gehört habe, beeinflusst haben. B. wurde im gleichen Zusammenhang wegen passiver Bestechung fremder Amtsträger angeklagt.

Die Strafkammer sprach A. und B. frei.

Aus den Erwägungen:

2.5 Es stellt sich die Frage nach der Amtsträgereigenschaft von D. und B.

2.5.1 Die Eigenschaft eines Amtsträgers wird in Art. 322septies StGB für den Bereich der Auslandsbestechung gleich umschrieben wie bei der Inlandsbestechung (Art. 322ter und

322quater StGB – hier fehlt allerdings der Angehörige der Armee als passiv Bestochener und zwar wegen Art. 142 MStG). Nach der 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 (nachfolgend: Botschaft 1999) soll der Begriff des fremden Amtsträgers im Sinne von Art. 322septies Abs. 1 StGB analog zu demjenigen der Inlandbestechung ausgelegt werden, insbesondere sowohl die institutionellen wie die funktionalen Beamten erfassen (BB1 1999 S. 5538 f.). Der gleiche Amtsbegriff gilt gemäss der Botschaft vom 10. November 2004 über die Genehmigung und Umsetzung des Strafrechtsübereinkommens und des Zusatzprotokolls des Europarates

TPF 2016 95 97 über Korruption für die passive Auslandbestechung (BB1 2004 S. 7004; in diesem Sinne auch DONATSCH/WOHLERS, Strafrecht IV, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011, S. 623; STRATENWERTH/BOMMER, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II, 7. Aufl., Bern 2013, S. 479 N. 37; DUPUIS et al., Petit Commentaire, Basel 2012, Art. 322septies StGB N. 7).

2.5.2 2.5.2.1 Anlass, eine Strafnorm für aktive Auslandbestechung zu schaffen, war das im Rahmen der OECD abgeschlossene Übereinkommen vom

E. 17

Dezember 1997 über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr (SR 0.311.21; nachfolgend: OECD-Konvention). Dieses verpflichtet die Vertragsstaaten, aktive Bestechung ausländischer Amtsträger in ihrem nationalen Recht als Straftat zu statuieren (Art. 1). Passive Auslandbestechung wird von der OECD-Konvention hingegen nicht erfasst.

Es bestand eine zeitliche Dringlichkeit, die OECD-Konvention zu ratifizieren. Diese drückte sich nicht nur in der kurzen Dauer des parlamentarischen Verfahrens aus, sondern durch die Ankündigung, die Fragen der passiven Auslandbestechung später, in Sicht auf das im Rahmen des Europarats zustande gekommene Strafrechtsübereinkommen über die Korruption (SR 0.311.55; nachfolgend: Europarat-Übereinkommen) anzugehen (vgl. Botschaft 1999, BB1 1999 S. 5512 und 5517), das zwar am 27. Januar 1999 abgeschlossen, von der Schweiz aber erst am 26. Februar 2001 unterzeichnet wurde. Einer Lösung zugeführt wurde diese Problematik erst im Oktober 2005, nämlich mit der Genehmigung des Europarat-Übereinkommens samt Erweiterung von Art. 322septies StGB durch Abs. 2 (AS 2006 2371).

2.5.2.2 Angesichts dieser Genese ist zuerst zu fragen, welcher Amtsträgerbegriff der OECD-Konvention zugrunde liegt. Diese definiert die Amtsträgerfunktion in autonomer Weise (ZERBES, Article 1 – The Offence of Bribery of Foreign Public Officials, in: Pieth/Low/Bonucci [Hrsg.], The OECD Convention on Bribery, 2. Aufl., Cambridge 2014, S. 74 f.; PIETH, Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel 2013, Art. 322septies StGB N. 12), weshalb die nationale Ausführungsgesetzgebung sich am staatsvertraglichen Verständnis zu orientieren hat (vgl. Urteil des deutschen Bundesgerichtshofs vom 29. August 2008, BGHSt 52 323, 345). Für den vorliegenden Fall kann offen bleiben, ob die in eine amtliche Struktur eingebundenen Personen bei jeder Aktivität, also unabhängig von der Ausgestaltung des Pflichtenheftes, Beamte sind (dazu etwa PIETH, a.a.O.,

TPF 2016 95 98 Art. 322ter StGB N. 7); denn D. und B. waren bei ihren Tätigkeiten im Hinblick auf die Vergabe der Gasturbinen nicht in die russische Staatsorganisation eingebunden. Das ergibt sich aus dem Gutachten des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung über die Korruptionstatbestände im russischen Strafrecht (nachfolgend: Gutachten SIR), Ziff. III.2.2.3 und III.3. Damit stimmt auch das vom Verteidiger von B. eingereichte Privatgutachten, gezeichnet von L.V. Golovko, Strafrechtsprofessor an der Staatlichen Lomonossow Universität Moskau, et al. (nachfolgend: Privatgutachten Golovko et al.), überein (zu Frage 2.1).

2.5.2.3 Somit ist zu klären, ob D. und B., indem sie für Gazprom arbeiteten, funktionale Beamte waren. Solche sind nach Art. 1 Ziff. 4 lit. a der OECD-Konvention Personen, die für einen anderen Staat einschliesslich einer Behörde oder eines öffentlichen Unternehmens öffentliche Aufgaben wahrnehmen (so auch Art. 322octies Ziff. 3 StGB). Der funktionale Amtsträgerbegriff erfasst insbesondere staatlich beherrschte und kontrollierte Unternehmen. Gemäss Ziff. 14 des offiziellen Kommentars zur OECD-Konvention (abgedruckt in: Pieth/Low/Bonucci [Hrsg.], a.a.O., S. 738 ff.) sind staatliche Aktienmehrheit, Kontrolle über die Stimmenmehrheit (z.B. mittels «golden share») oder staatliches Vorrecht bei der Nomination der Leitungsorgane gewichtige Indizien für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben (vgl. auch Botschaft 1999, BBl 1999 S. 5539; PIETH, a.a.O., Art. 322septies StGB N. 14). Zu denken ist auch an engmaschige, über eine gewöhnliche Aufsicht hinaus reichende Regulierung der Aktivitäten (ZERBES, a.a.O., S. 81 f.).

Auch wenn der Amtsträgerbegriff der OECD-Konvention autonom konstruiert ist, lässt sich die Frage nach der Qualifikation einer ausländischen Person als funktionaler Beamter ohne Bezugnahme auf das Recht des Staates, für den sie tätig ist, kaum klären. Denn was als öffentliche Aufgabe zu gelten hat, hängt von den Rahmenbedingungen des Staates ab, in welchem die fragliche Aktivität ausgeübt wird. Die Abgrenzung dessen, was als private Aktivität geduldet oder zugelassen ist, von dem, was als gesellschaftliche Aufgabe begriffen wird, ist das Ergebnis verschiedener Faktoren, etwa dem kulturell bedingten Spannungsverhältnis zwischen Individuum und Gemeinschaft, der Ausformung des Gemeinschaftslebens nach dem Gesichtspunkt des Primats oder der Subsidiarität, der wirtschaftlichen Kraft der Bevölkerung insgesamt und ihrer Teile. Ihren Ausdruck wird diese Abgrenzung in der dortigen Rechtsordnung finden (in diesem Sinne SCHUBARTH, Einziehung ohne Anlasstat? Grenzen der Einziehung des «pretium sceleris», ZStrR 128/2010,

TPF 2016 95 99 S. 214 ff., 224 Fn. 52; JOSITSCH, Das Schweizerische Korruptionsstrafrecht, Art. 322ter bis Art. 322octies StGB, Zürich/Basel/Genf 2004, S. 398).

2.5.2.4 Eine spezifische russische Gesetzgebung, welche die Versorgung mit Erdgas zur staatlichen Aufgabe erklären würde, ist dem Gericht nicht bekannt. Das Gutachten SIR weist darauf hin, dass im russischen Recht keine abgrenzende Umschreibung der öffentlichen Aufgaben gemacht wird, weil das Korruptionsstrafrecht nicht an dieses Element, sondern an den organisatorischen Rahmen anknüpft (Ziff. III.3.2). Das Privatgutachten Golovko et. al. legt dar, dass das russische Gesetz über Gasversorgung vom 31. März 1999 in Art. 8 verschiedene staatliche Kompetenzen ordnet, welche von Staatsorganen der Russischen Föderation ausgeübt werden, darunter die Festlegung der Zuverlässigkeits- und Qualitätsdaten beim Gastransport über Gasverteilungsnetze (zu Frage 10; dieser Punkt wird in der über Internet publizierten Fassung dieses Gesetzes allerdings

aktuell nicht mehr erwähnt). Dieser Erlass wird auch von DRONNIKOV, Der russische Erdgasmarkt zwischen Monopol und Liberalisierung, Diss. Köln 2005, S. 66, 73-75 thematisiert: Danach werden mit diesem Gesetz alle Anlagen und Gebäude, welche die Förderung, den Transport und die Speicherung von Erdgas betreffen, zu einem einheitlichen System zusammengefasst, welches in das Eigentum der aus der Privatisierung entstandenen Entität fällt, nämlich Gazprom. Dieses Unternehmen hat sich einen gleichermassen umfassenden Zweck und eine entsprechende Struktur von Tochtergesellschaften gegeben (Privatgutachten Golovko et al., zu Fragen 9.1 und 1.3). Ähnliches geht aus der Selbstdarstellung von Gazprom hervor, welche das Gutachten SIR zitiert (Ziff. III.3.2).

Die Privatisierung erfolgte im Wesentlichen so, dass das Staatsministerium für Erdgaswirtschaft der damaligen Sowjetunion die gesamte Gasinfrastruktur auf die 1989 als Staatskonzern gegründete Gazprom übertrug und dort dem Staatskomitee für die Verwaltung staatlichen Vermögens zuteilte. Durch einen Präsidialerlass im Jahre 1992 wurde Gazprom in eine Aktiengesellschaft umgewandelt (DRONNIKOV, a.a.O., S. 103; Gutachten SIR, Ziff. 3.1). Die Aktien sind in der Folge teilweise verkauft worden; in den Jahren 1996-1997 kontrollierte die Russische Föderation knapp 41 % der Aktien, danach lag die staatliche Quote bis zum Jahr 2005 konstant bei 38,37 %; der Rest verteilte sich auf russische Unternehmen und Individuen sowie auf Ausländer. Die 50 % übersteigende Kontrollmehrheit des Staates wird erst ab 2005 ausgewiesen (<http://gazprom.com/investors/structure>). Sie bestand damit noch nicht im Zeitpunkt, als die in der Anklageschrift thematisierte Empfehlung für Turbinen des ABB/Alstom/Siemens-Konzerns abgegeben wurde. Eine

TPF 2016 95 100 solche musste ja denknötwendig den Beschaffungsverträgen vorangehen. Diese wurden gemäss Anklage hinsichtlich der Projekte Yamal I am

E. 21

Mai 1998, Yamal II am 14. Januar 2000, Ukhtinskaya am 24. April 2003, Vuktylskaya im August 2004, Moscow City Ende 2001 abgeschlossen. Weiter geht aus den Angaben auf der oben angeführten Website von Gazprom hervor, dass die Russische Föderation kein spezielles Recht auf Vertretung in der Geschäftsleitung der Gesellschaft besitzt. Die aktuell in der Hand des Staates liegende Mehrheit im Aufsichtsrat als oberstem Leitungsgremium von Gazprom (Gutachten SIR, Ziff. 3.1) fusst auf der staatlichen Aktienmehrheit, welche, wie gesagt, zur Zeit der Empfehlung für die Vertragsvergabe noch nicht gegeben war.

2.5.2.5 Damit kommt es entscheidend darauf an, ob der Staat die Aktivitäten im massgeblichen Zeitraum durch ein engmaschiges regulatorisches System kontrollierte. In diesem Zusammenhang spielt die Preisregulierung eine wichtige Rolle. Die Bundesanwaltschaft macht diesbezüglich geltend, ein staatliches Dekret habe eine Preisbindung beinhaltet. DRONNIKOV weist darauf hin, dass die Abgabepreise von einer Fachkommission bestimmt worden seien, welche jedoch mit dem zuständigen Ministerium zusammengearbeitet habe (a.a.O., S. 11-13, 75 ff.). Allerdings war im massgeblichen Zeitraum nur die Binnenlieferung von Erdgas preislich reguliert, während im Export – und diesem dienten die in der Anklageschrift thematisierten Projekte, mit Ausnahme des Gaskombikraftwerks Moscow City – die Preisbildung sich am Markt orientieren musste: In den Zielländern befindet sich Russland seit jeher in Konkurrenz mit anderen Anbietern, namentlich Norwegen, Algerien und den Niederlanden. Ihr Interesse an hohen Mengen zu hohen Preisen sicherte sich N. (eine Tochtergesellschaft von Gazprom) durch langfristige

Verträge mit den Markt beherrschenden Importgesellschaften in den Zielländern, verbunden mit einem Verbot des Weiterexports in andere Zielländer (DRONNIKOV, a.a.O., S. 46, 48).

Staatliche Eingriffe zur Preisbindung sind auch in unserem politischen System häufig. So unterliegen die Prämien für Elementarschäden oder Motorfahrzeug-Haftpflicht der staatlichen Kontrolle (Art. 33 Abs. 3, Art. 34 des Bundesgesetzes vom 17. Dezember 2004 betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen [Versicherungsaufsichtsgesetz, VAG; SR 961.01]), weil die Verfassung die Rahmenbedingungen dieser Tätigkeit zur öffentlichen Aufgabe macht (Art. 98 Abs. 3 BV), aber nicht die Versorgung der Bevölkerung mit privaten Versicherungen. Weitere Beispiele sind die Rahmengesetzgebungen für Rechtsanwälte oder Banken. In keinem dieser Bereiche kann man von der Besorgung von Staatsaufgaben sprechen. Die

TPF 2016 95 101 Personen, welche in diesen Bereichen tätig sind, sind daher keine funktionalen Beamten (vgl. z.B. Urteil des Bundesstrafgerichts SK.2013.32 vom 4. Februar 2014, E. 9.2.1-9.2.3 und Urteil des Bundesgerichts 6B_535/2014 vom 5. Januar 2016, E. 2.2, zur fehlenden Beamteneigenschaft eines Angestellten der Graubündner Kantonalbank).

In casu wäre nach der im Privatgutachten Golovko et al. angegebenen, zur Handlungszeit wohl noch in Kraft stehenden Fassung des Gasversorgungsgesetzes die Zuverlässigkeit und die Qualität der Anlagen zum Gastransport und zur Gasverteilung staatlich geregelt gewesen (vgl. E. 2.5.2.4). Dies ging aber über eine Rahmengesetzgebung nicht hinaus, belies Gazprom also innerhalb dieser Grenzen autonomen Handlungsspielraum.

2.5.2.6 Ein weiteres Argument, welches gemäss der Bundesanwaltschaft für die Qualifikation von D. und B. als Amtsträger sprechen soll, bezieht sich auf die Monopolstellung von Gazprom bezüglich des Gasexports. Dazu ist Folgendes anzumerken: Das ausschliessliche Recht auf den Gasexport wurde Gazprom als Eigentümerin des einheitlichen Gasversorgungssystems mit dem Föderalen Gesetz der Russischen Föderation über den Gasexport vom 18. Juli 2006 eingeräumt. Das gesetzliche Monopol bestand damit noch nicht im Zeitpunkt, als die fragliche Empfehlung für Turbinen abgegeben wurde, und ist daher für den vorliegenden Fall ohne Relevanz. Sofern Gazprom in der massgeblichen Zeit ein faktisches Monopol für den Gasexport hatte, kann aus diesem Umstand nichts abgeleitet werden, was auf eine öffentliche Aufgabe hinweisen würde.

2.5.2.7 Im Lichte der dargelegten Elemente kann die Ausarbeitung von Vorschlägen für die Turbinenbeschaffung in den thematisierten Gazprom- Projekten nicht als (funktionale) Amtshandlung im Sinne der OECD- Konvention qualifiziert werden.

2.5.3 Zum gleichen Ergebnis führt die Auslegung des Amtsträgerbegriffs im Lichte des Europarat-Übereinkommens, zu dessen Umsetzung Art. 322septies Abs. 2 StGB geschaffen wurde.

2.5.3.1 Nach Art. 2 und 3 dieses Übereinkommens sind die Vertragsstaaten verpflichtet, aktive und passive Inlandbestechung im spiegelbildlichen Umfang strafrechtlich zu sanktionieren. Art. 5 erfordert, die Strafbarkeit mit denselben Elementen auf aktive und passive Auslandsbestechung zu erweitern. Allerdings können die Staaten die Ausdehnung auf passive

TPF 2016 95 102 Auslandsbestechung durch Vorbehalt ganz oder teilweise ausschliessen (Art. 37 Ziff. 1), wovon die Schweiz keinen Gebrauch gemacht hat.

2.5.3.2 Eine besondere Bedeutung hat die Umschreibung der Amtsträgereigenschaft im Europarat-Übereinkommen. Gemäss Art. 1 lit. a ist dieser Begriff nach Massgabe des innerstaatlichen Rechts (und zwar des Strafrechts) des Staates, in dem die betreffende Person die entsprechenden Aufgaben wahrnimmt, auszulegen. Nach dieser Regel ist eine Bestrafung somit nur möglich, wenn die ausländische Person nach dem Recht des Staates, für den sie tätig ist, die Eigenschaft eines Amtsträgers hat. Art. 1 lit. c sieht weiter vor, dass der verfolgende Staat im Fall eines Verfahrens wegen einer Straftat, an der ein Amtsträger eines anderen Staates beteiligt ist, die Bestimmung des Amtsträgerbegriffs nur insoweit anwenden kann, als sie mit seinem innerstaatlichen Recht vereinbar ist. Es kommt damit zu einer kumulativen Anwendung der Normen über den Bereich der Beamten-eigenschaft: nach dem Recht des urteilenden Staates und desjenigen Staates, für den die Person tätig ist (vgl. auch Explanatory Report to the Criminal Law Convention on Corruption, Ziff. 30, publ auf <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800cce44>).

2.5.3.3 Gemäss dem Gutachten SIR (Ziff. III.2.2.3) sind Beamte im Sinne der Straftatbestände der aktiven und passiven Bestechung von Amtspersonen nach russischem Recht (Art. 290 und 291 des Strafgesetzbuches der Russischen Föderation [RU-StGB]) Personen, welche gesetzgeberische, exekutive oder judikative Gewalt ausüben oder einem staatlichen Überwachungs- bzw. Kontrollorgan angehören. Demgegenüber sind Personen, die in einer kommerziellen oder einer anderen Organisation, die kein staatliches Organ oder Organ lokaler Selbstverwaltung ist, tätig sind, keine Amtsträger. Solche Personen werden vom Tatbestand der kommerziellen Bestechung gemäss Art. 204 RU-StGB (Pendant zu den Tatbeständen der Privatbestechung nach Art. 4a UWG) erfasst. Aus dem Gutachten ergibt sich weiter, dass die Kategorie der von staatlichen Strukturen entkoppelten öffentlichen Aufgaben dem russischen Recht fremd ist. Entsprechend werden Mitarbeiter der Aktiengesellschaft Gazprom nach russischem Recht nicht als Amtsträger betrachtet (Ziff. III.3.2 und IV.5-6). Das Privatgutachten Golovko et al. (zu Frage 16) stimmt mit diesen Feststellungen überein.

TPF 2016 103 103 2.5.3.4 Die Schranke des fremden Rechts lässt sich nicht dadurch überwinden, dass man dem Amtsträgerbegriff von Art. 322septies StGB einen gegenüber dem Europarat-Übereinkommen weitergehenden Anwendungsbereich zuerkennt. Durch die staatsvertragliche Bindung des Amtsträgerbegriffs an das Recht des ausländischen Staates erfährt dieser nämlich einen Schutz seiner Souveränität: Mit strafrechtlicher Verfolgung seiner Beamten würde in sein Recht eingegriffen, auf seinem Territorium die hoheitliche Gewalt zu ordnen und zu entfalten. Wer sich am Europarat- Übereinkommen beteiligt (dazu gehört auch Russland), übernimmt deshalb nicht nur eine den anderen Staaten geschuldete Pflicht, die Korruption zu bekämpfen, sondern wird gegenüber diesen auch davor geschützt, dass mit Strafgewalt über das für die passive Inlandbestechung (Art. 3 des Europarat-Übereinkommens) Verlangte hinaus auf seinen Beamtenapparat Einfluss genommen wird. Nachdem die Tatbestände von Art. 322septies Abs. 1 und 2 StGB zwingend an die amtliche Qualität derselben Person anknüpfen (E. 2.5.1), muss diese Schranke des fremden Rechts auch für den Tatbestand der aktiven Bestechung fremder Amtsträger gelten.

TPF 2016 103

16. Auszug aus dem Urteil der Strafkammer in Sachen Bundesanwaltschaft gegen A. vom 1. April 2016 (SK.2015.52)

Waffengesetz. Güterkontrollgesetz.

Art. 4 Abs. 1 lit. g, 22a Abs. 1 WG, Art. 3 lit. b GKG

Ausfuhr von Soft-Air-Waffen: Abgrenzung der Anwendungsbereiche der Waffen- und Güterkontrollgesetzgebung (E. 2).

Loi sur les armes. Loi sur le contrôle des biens.

Art. 4 al. 1 let. g, 22a al. 1 LArm, art. 3 let. b LCB

Exportation d'armes soft air: délimitation des champs d'application respectifs de la législation sur les armes et de celle sur le contrôle des biens (consid. 2).

Legge sulle armi. Legge sul controllo dei beni a duplice impiego.

Art. 4 cpv. 1 lett. g, 22a cpv. 1 LArm, art. 3 lett. b LBDI

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.