Urteilskopf

141 IV 329

43. Auszug aus dem Urteil der Strafrechtlichen Abteilung i.S. X. gegen Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich (Beschwerde in Strafsachen) 6B_1110/2014 vom 19. August 2015

Regeste (de):
Art. 110 Abs. 3 StGB; Begriff des Beamten.

Entscheidend für die Beamtenstellung ist, ob die übertragene Funktion amtlicher Natur ist, das heisst, ob sie zur Erfüllung einer dem Gemeinwesen zustehenden öffentlichrechtlichen Aufgabe übertragen wurde (E. 1.3).

Die Versicherungskasse für das Staatspersonal (BVK) war eine unselbständige Anstalt des kantonalen öffentlichen Rechts im Kanton Zürich. Sie nahm als Versicherungskasse für die Angestellten des Kantons im Bereich der beruflichen Vorsorge eine öffentliche Aufgabe wahr. Der Chef der Vermögensverwaltung des Kantons Zürich respektive der Chef der Abteilung Vermögensverwaltung der BVK übte Funktionen im Dienst der Öffentlichkeit aus und ist deshalb Beamter im Sinne von Art. 110 Abs. 3 StGB (E. 1.4).

Regeste (fr):
Art. 110 al. 3 CP; notion de fonctionnaire.

Le critère déterminant pour revêtir la qualité de fonctionnaire réside dans la nature officielle de la fonction confiée, à savoir l'accomplissement de tâches de droit public incombant au service public (consid. 1.3).

Dans le canton de Zurich, la "Versicherungskasse für das Staatspersonal (BVK)" était un établissement dépendant de droit public cantonal. En tant que caisse d'assurance pour les employés du canton en matière de prévoyance professionnelle, elle accomplissait une tâche publique. Le chef de l'administration financière du canton de Zurich, respectivement le chef du département de gestion du patrimoine de la BVK, exerçait des fonctions dans le service public; en conséquence, il revêt la qualité de fonctionnaire au sens de l'art. 110 al. 3 CP (consid. 1.4).

Regesto (it):
Art. 110 cpv. 3 CP; nozione di funzionari.

Il criterio decisivo per riconoscere la qualità di funzionario è la natura pubblica della funzione esercitata, ovvero l'adempimento di un compito di diritto pubblico di pertinenza dell'ente pubblico (consid. 1.3).

Nel Cantone Zurigo la Cassa di assicurazione del personale dello Stato era un istituto non autonomo di diritto pubblico cantonale. Quale cassa di assicurazione per i dipendenti del Cantone nell'ambito della previdenza professionale, essa adempiva un compito pubblico. Il capo dell'amministrazione del patrimonio del Cantone Zurigo rispettivamente il capo del servizio di gestione patrimoniale di suddetta cassa esercitava funzioni al servizio della collettività e ha pertanto veste di funzionario ai sensi dell'art. 110 cpv. 3 CP (consid. 1.4).

Sachverhalt ab Seite 330

A. X. war ab 1989 Sekretär bei der damaligen Finanzverwaltung des Kantons Zürich, Abteilung Vermögensverwaltung, welche unter anderem für die aktive Bewirtschaftung der Kapitalanlagen der BVK Personalvorsorge des Kantons Zürich (Versicherungskasse für das Staatspersonal, BVK) verantwortlich war. Von 1995 bis 2003 war er Chef Vermögensverwaltung (direkt dem Vorsteher der Finanzdirektion unterstellt), ab 2004 Chef der Abteilung Asset Management (direkt dem Chef BVK unterstellt). Zudem war er Mitglied der Geschäftsleitung der BVK, die ab 2007 zugleich das Investment Committee bildete. X. werden als für die aktive Bewirtschaftung der Kapitalanlagen der BVK-Verantwortlicher in den Jahren 2001-2010 korrupte Machenschaften vorgeworfen.

B. Das Bezirksgericht Zürich sprach X. am 26. November 2012 des mehrfachen Sich bestechen lassens, der mehrfachen ungetreuen Amtsführung, der mehrfachen Geldwäscherei und der Verletzung des

Amtsgeheimnisses schuldig. Vom Vorwurf des Sich bestechen lassens in den Anklageziffern II., V./63. und VII. (Golfferien Mallorca) sprach es ihn frei. Das Bezirksgericht verurteilte X. zu einer Freiheitsstrafe von 61 /4 Jahren und einer Busse von Fr. 6'000.-. Auf die Zivilklage des Kantons Zürich als Privatkläger trat es nicht ein. X. wurde zu einer Ersatzforderung von Fr. 500'000.-verurteilt. Gegen dieses Urteil reichten sowohl X. als auch der Kanton Zürich als Privatkläger Berufung ein. Das Obergericht des Kantons Zürich bestätigte am 22. August 2014 den erstinstanzlichen Schuldpunkt sowie den Freispruch vom Vorwurf des Sich bestechen lassens (Anklageziffer V./63.; die übrigen Freisprüche [Anklageziffern II. und VII.]blieben unangefochten). Es verurteilte X. zu einer Freiheitsstrafe von sechs Jahren und einer bedingten Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu Fr. 30.- bei einer Probezeit von zwei Jahren. Auf die Zivilklage des Kantons Zürich als Privatkläger trat es nicht ein. Die Ersatzforderung setzte es auf Fr. 200'000.- fest.

C. X. führt Beschwerde in Strafsachen. Er beantragt im Wesentlichen, das Urteil des Obergerichts sei aufzuheben, und die Sache sei zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Eventualiter sei das angefochtene Urteil betreffend die Verurteilung wegen mehrfacher ungetreuer Amtsführung, subeventualiter im Strafpunkt aufzuheben und die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Zudem ersucht er um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Verbeiständung.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

1.

1.3 Gemäss Art. 110 Abs. 3 StGB fallen unter den Begriff des "Beamten" die Beamten und Angestellten einer öffentlichen Verwaltung und der Rechtspflege sowie die Personen, die provisorisch ein Amt bekleiden oder provisorisch bei einer öffentlichen Verwaltung oder der Rechtspflege angestellt sind oder vorübergehend amtliche Funktionen ausüben. Dieser Gesetzeswortlaut legt die Vermutung nahe, dass die formelle Beamteneigenschaft unabhängig von der Natur der ausgeübten Aktivität gegeben ist, da die Notwendigkeit einer amtlichen Funktion allein im Zusammenhang mit dem funktionalen Beamten erwähnt wird (DANIEL JOSITSCH, Das Schweizerische Korruptionsstrafrecht: Art. 322ter bis Art. 322octies StGB, 2004, S. 313). Die bundesrätliche Botschaft geht ebenfalls von diesem weiten formellen Beamtenbegriff aus. Sie erwähnt als

Anwendungsbeispiel die Angestellte einer staatlichen Liegenschaftsverwaltung. Diese unterscheide sich in ihrer Tätigkeit nicht vom Angestellten einer privaten Liegenschaftsverwaltung. Dennoch sei sie aufgrund ihrer institutionellen Einbindung in die staatliche Organisation als Beamtin zu qualifizieren (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 derBestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr, BBl 1999 5525 Ziff. 212.13). Demgegenüber ist nach der überwiegenden Lehre das Merkmal der Funktion im Dienst der Öffentlichkeit entscheidend (TRECHSEL/VEST, in: Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2. Aufl. 2013, N. 12 zu Art. 110 StGB; NIKLAUS OBERHOLZER, in: Basler Kommentar, Strafrecht, Bd. I, 3. Aufl. 2013, N. 7 zu Art. 110 Abs. 3 StGB; DONATSCH/WOHLERS, Delikte gegen die Allgemeinheit, 4. Aufl. 2011, S. 381; JEAN-MARC VERNIORY, in: Commentaire romand, Code pénal, Bd. I, 2009, N. 4 zu Art. 110 Abs. 3 StGB; MARKUS HUG, in: StGB Kommentar, Schweizerisches Strafgesetzbuch [...], 19. Aufl. 2013, N. 4 zu Art. 110StGB; a.M. MARCO BALMELLI, Die Bestechungstatbestände des schweizerischen Strafgesetzbuches, 1996, S. 109 f.). DANIEL JOSITSCH stellt ebenfalls auf die Erfüllung öffentlicher Aufgaben ab, relativiert dieses Kriterium aber gleichzeitig. Ein Beamter im formellen Sinne, der keine öffentlichen Aufgaben wahrnehme, sei in der Lage, das geschützte Rechtsgut der Korruptionsdelikte zu gefährden. Dies spreche für eine weite Auslegung des Beamtenbegriffs. Die mit dem Gemeinwesen verbundenen Personen würden unabhängig von der Rechtsnatur und vom Inhalt ihres konkreten Aufgabenbereichs vom Beamtenbegriff der Korruptionstatbestände erfasst (JOSITSCH, a.a.O., S. 313 f.). Entscheidend für die Beamtenstellung ist, ob die übertragene Funktion amtlicher Natur ist, das heisst ob sie zur Erfüllung einer dem Gemeinwesen zustehenden öffentlichrechtlichen Aufgabe übertragen wurde (BGE 121 IV 216 E. 3a S. 220 mit Hinweisen; vgl. auch BGE 123 IV 75 E. 1b S. 76). Das Bundesgericht hielt in BGE 135 IV 198 fest, dass der strafrechtliche Beamtenbegriff von Art. 110 Abs. 3 StGB sowohl institutionelle als auch funktionelle Beamte erfasst. Erstere sind die Beamten im öffentlichrechtlichen Sinne sowie Angestellte im öffentlichen Dienst. Bei Letzteren ist es nicht von Bedeutung, in welcher Rechtsform diese für das Gemeinwesen tätig

sind. Das Verhältnis kann öffentlichrechtlich oder privatrechtlich sein. Entscheidend ist vielmehr die Funktion der Verrichtungen. Bestehen diese in der Erfüllung öffentlicher Aufgaben, so sind die Tätigkeiten amtlich und die sie verrichtenden Personen Beamte im Sinne des Strafrechts (BGE 135 IV 198 E. 3.3 S. 201 mit Hinweisen). Der strafrechtliche Begriff des Beamten wird nicht obsolet, wenn der dienstrechtliche Beamtenstatus in den öffentlichen Verwaltungen abgeschafft wird (Botschaft, a.a.O., 5525 Ziff. 212.12). Der Begriff der Behörde ist weit zu fassen. Es fallen darunter alle Organisationen, die öffentliche Aufgaben wahrnehmen, unabhängig davon, ob sie öffentlichrechtlich oder privatrechtlich organisiert sind (OBERHOLZER, a.a.O., N. 10 zu Art. 110 StGB).

1.4

1.4.1 Die Vorinstanz bejaht die Beamteneigenschaft im Ergebnis zu Recht. Der Regierungsrat des Kantons Zürich ernannte den Beschwerdeführer am 26. April 1995 per 1. Mai 1995 zum Chef der Vermögensverwal-

tung des Kantons Zürich. Die Versicherungskasse für das Staatspersonal war eine im Register für berufliche Vorsorge eingetragene unselbständige Anstalt des kantonalen öffentlichen Rechts (§ 2 des Gesetzes vom 6. Juni 1993 über die Versicherungskasse für das Staatspersonal [LS 177.201, aufgehoben per 6. August 2014]). Damit stand der Beschwerdeführer zur kantonalen Beamtenversicherungskasse respektive zum Kanton Zürich in einem öffentlichrechtlichen Dienstverhältnis. Dem Vorsteher der kantonalen Finanzdirektion war er direkt unterstellt. Es bestand mithin eine institutionelle Einbindung. Nichts anderes gilt für die Zeit ab 1. Januar 2004, als die Vermögensverwaltung in die BVK integriert wurde und der Beschwerdeführer vom Zürcher Regierungsrat zum Chef der Abteilung Asset Management der BVK ernannt sowie dem Chef BVK (und nicht mehr direkt dem Finanzdirektor) unterstellt wurde.
Der Beschwerdeführer bringt mehrmals vor, die BVK habe ab dem Jahre 2004 nicht weiter zur kantonalen Verwaltung gehört. Zudem habe es der Regierungsrat verpasst, die BVK zeitgerecht in eine privatrechtliche Stiftung zu überführen. Dem Beschwerdeführer kann nicht gefolgt werden. In der deliktsrelevanten Zeit (2001-2010) war die BVK als unselbständige Anstalt des kantonalen öffentlichen Rechts eine Verwaltungseinheit des Kantons. Sie wurde von politischen Instanzen geführt und beaufsichtigt. Oberstes Organ war der Regierungsrat, der im Bereich Asset Management eine fünfjährige Strategie festlegte, und organisatorisch war sie der Finanzdirektion

unterstellt (vgl. Anhang 2 der Verordnung vom 18. Juli 2007 über die Organisation des Regierungsrates und der kantonalen Verwaltung [VOG RR; LS 172.11]). Richtig ist, dass die BVK ab 1. Januar2004 ihre Vermögensanlage selbst verwaltete (die Integration der Immobilienverwaltung in die BVK erfolgte am 1. Januar 2007). Das ändert aber nichts daran, dass die BVK in der besagten Zeitspanne noch nicht verselbständigt war. Es kann deshalb entgegen der Darstellung des Beschwerdeführers von Zufall keine Rede sein, dass er ab 1. Januar 2004 weiterhin vom Kanton angestellt war. Die Verselbständigung geschah erst nach dem Ausscheiden des Beschwerdeführers mit dem Übergang in die privatrechtliche Stiftung BVK Personalvorsorge des Kantons Zürich. Das Gesetz vom 10. Februar 2003 über die Verselbstständigung der Versicherungskasse für das Staatspersonal (LS 177.201.1) trat am 1. Mai 2007 in Kraft. Seit 11. September 2013 ist die Stiftung im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen und seit 1. Januar 2014 ist die BVK als privatrechtliche Stiftung organisiert. Im Zeitpunkt des Wechsels zur privatrechtlichen Stiftung war die BVK nach wie vor eine unselbständige Anstalt des kantonalen öffentlichen Rechts (vgl. Art. 3 Abs. 2 der Stiftungsurkunde der Stiftung "BVK Personalvorsorge des Kantons Zürich" vom 30. Mai 2007; LS 177.201.2). Ob die Versicherungskasse für das Staatspersonal, wie der Beschwerdeführer wiederholt geltend macht, bereits früher hätte verselbständigt werden müssen, ist hier nicht relevant (vgl. etwa § 7 Abs. 1 des Gesetzes über die Verselbstständigung der Versicherungskasse für das Staatspersonal, den Geschäftsbericht BVK 2013 zum Deckungsgrad in den Jahren 2004-2013 [S. 4], Art. 48 Abs. 2 BVG und Art. 44der Verordnung vom 10. und 22. Juni 2011 über die Anlagestiftungen [ASV; SR 831.403.2]).

1.4.2 Die BVK nahm im Bereich der beruflichen Vorsorge entgegen der Meinung des Beschwerdeführers eine öffentliche Aufgabe wahr. Das Bundesgericht bejahte in BGE 135 IV 198 die amtliche Tätigkeit eines Immobilien-Portfoliomanagers bei der SUVA. Gleiches gilt in Bezug auf den Beschwerdeführer. Dieser nahm durch die Verwaltung des Vermögens der BVK sowohl als Amtschef wie auch später als Hauptabteilungschef Funktionen im Dienst der Öffentlichkeit wahr. Im Bereich der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge besteht eine obligatorische Versicherung (BVG). Die Teilnahme von Vorsorgeeinrichtungen an der Durchführung der obligatorischen Versicherung wird in Art. 48 ff. BVG

geregelt. Die Zürcher Beamtenversicherungskasse wurde vom Kanton geführt und war die Versicherungskasse für (unter anderem) die Angestellten des Kantons Zürich. Sämtliche kantonalen Angestellten waren grundsätzlich verpflichtet, der BVK beizutreten. Der Beschwerdeführer war deshalb nicht im freien Wettbewerb tätig. Die BVK hatte zum Ziel, die Versicherten und ihre Hinterbliebenen gegen die wirtschaftlichen Folgen von Alter, Invalidität und Tod zu versichern (vgl. §§ 1 und 3 des Gesetzes über die Versicherungskasse für das Staatspersonal). Laut ihren Geschäftsberichten stieg in der deliktsrelevanten Zeit die Anzahl der aktiven Versicherten und der Rentenbezüger stetig und betrug im Jahre 2010 rund 104'000 bei einer Bilanzsumme von rund 21 Mrd. Fr. Die Einnahmen der Versicherungskasse bestanden unter anderem aus den Beiträgen der (vom Kanton entlöhnten) Staatsangestellten und den Beiträgen des Kantons als Arbeitgeber (vgl. §§ 62 ff. der früheren Statuten der Versicherungskasse für das Staatspersonal vom 22. Mai 1996; LS 177.21). Bezweckte die Beamtenversicherungskasse als zweitgrösste öffentlichrechtliche Pensionskasse der Schweiz die obligatorische berufliche Vorsorge im Rahmen des BVG für das gesamte Personal des Kantons Zürich, übte sie öffentliche Aufgaben aus. Ihr oblag eine möglichst ertragsreiche Investition der Versicherungsgelder nach den regierungsrätlichen Strategien. Deshalb rechtfertigt sich der strafrechtliche Schutz des Vertrauens der Allgemeinheit in die Objektivität der Tätigkeit des Beschwerdeführers. In Bezug auf den Schutzbereich des Korruptionsstrafrechts gilt es auch zu berücksichtigen, dass der Beschwerdeführer als Amts- respektive Hauptabteilungschef durch die enge institutionelle Einbindung in eine von politischen Organen geführte und beaufsichtigte kantonale Verwaltungseinheit eine von der Öffentlichkeit wahrgenommene und in diesem Sinne exponierte Position innehatte. Diese Tatsache bleibt vom Umstand unberührt, ob der Beschwerdeführer Vermögen der BVK oder Finanzvermögen des Kantons verwaltete. So oder anders wurden die Objektivität und die Sachlichkeit amtlicher Tätigkeit aufs Spiel gesetzt. Die dem Beschwerdeführer vorgeworfenen Handlungen - dass er sich etwa von verschiedenen Geschäftspartnern der BVK erhebliche geldwerte Vorteile zukommen liess - stehen im unmittelbaren Kontext mit der aktiven Bewirtschaftung der Kapitalanlagen der BVK und damit mit seiner beruflichen respektive amtlichen Tätigkeit. Indem die Vorinstanz den Beamtenbegriff im Sinne von Art. 110 Abs. 3 StGB bejaht, verletzt sie kein Bundesrecht.