

II. Amtsmissbrauch – § 302 StGB

Missbrauch der Amtsgewalt

§ 302. (1) Ein Beamter, der mit dem Vorsatz, dadurch einen anderen in seinen Rechten zu schädigen, seine Befugnis, im Namen des Bundes, eines Landes, eines Gemeindeverbandes, einer Gemeinde oder einer anderen Person des öffentlichen Rechtes als deren Organ in Vollziehung der Gesetze Amtsgeschäfte vorzunehmen, wissentlich missbraucht, ist mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu bestrafen.

(2) Wer die Tat bei der Führung eines Amtsgeschäfts mit einer fremden Macht oder einer über- oder zwischenstaatlichen Einrichtung begeht, ist mit Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren zu bestrafen. Ebenso ist zu bestrafen, wer durch die Tat einen 50 000 Euro übersteigenden Schaden herbeiführt.

In der Fassung BGBl I 2004/136

Inhaltsübersicht

| | Rz |
|--|-----------|
| A. Subjekt – Beamter | 1 – 13 |
| 1. Wer ist Beamter iSd StGB? | 1 – 4 |
| a) Erster Typus: Zur Vornahme von Rechtshandlungen Bestellte | 2 |
| b) Zweiter Typus: Mit Verwaltungsaufgaben Betraute | 3 |
| c) Dritter Typus: Auslandsbezug | 4 |
| 2. Auslegung des Beamtenbegriffs | 5 – 10 |
| 3. Sonderfall Privatwirtschaftsverwaltung | 11, 12 |
| 4. Sonderfall selbstständiger Wirtschaftskörper | 13 |
| B. Äußere Tatseite = Tathandlung | 14 – 41 |
| 1. Befugnis (zur Vornahme von Amtsgeschäften) | 14, 15 |
| 2. Amtsgeschäft | 16 – 24 b |
| a) Rechtshandlungen als Organ des Rechtsträgers und gleichwertige faktische Verrichtungen | 16 – 18 |
| b) Was ist unter „Gleichwertigkeit“ der faktischen Verrichtung zu verstehen? | 19, 20 |
| c) Missbrauch im Zusammenhang mit dienstlich zugekommenen Sachen | 21 |
| d) Privatarbeit im Auftrag des Vorgesetzten | 22 |
| e) Pflichtverletzungen von Justizwachebeamten | 23 |
| f) Beschaffen personenbezogener Daten | 24 – 24 b |
| 3. Vollziehung der Gesetze | 25 – 27 |
| 4. Missbrauch der Befugnis | 28 – 41 |
| a) Schikanöse Amtshandlung – Indienststellung | 30 |
| b) Amtsmissbrauch durch Mitwirken | 31 |
| c) Befugnismissbrauch durch Unterlassen | 32 – 36 |

| | |
|--|-----------|
| (1) Kein Anwendungsfall des § 2 StGB | 33, 34 |
| (2) Unterlassen – Anzeigepflicht und Pflicht zu behördlicher Tätigkeit | 35, 36 |
| d) Ermessen oder Missbrauch | 37 |
| e) Privates Wissen und amtliches Nichtwissen | 38 – 41 |
| C. Innere Tatseite | 42 – 53 |
| 1. Kenntnis des Tatbestandsmerkmals „Beamter“ | 42 |
| 2. Wissentlichkeit | 43 – 45 |
| 3. Schädigungsvorsatz | 46 – 53 |
| D. Rechtfertigungsgründe | 54 – 59 a |
| 1. Handeln auf Weisung | 54 – 56 |
| 2. Pflichtenkollision | 57, 58 |
| 3. Ausübung einer Amts- oder Dienstpflicht | 59 |
| 4. Tatsächliche oder mutmaßliche Einwilligung des Betroffenen | 59 a |
| E. Strafbarkeit des Nichtbeamten | 60, 61 |
| F. Konkurrenzen mit anderen strafbaren Handlungen | 62 – 64 |
| G. Untreue (unter Ausnützen einer Amtsstellung) | 65 – 73 a |
| H. Ausnützen einer Amtsstellung | 74 |
| I. Diversion | 75 – 78 |

Das in § 302 Abs 1 StGB umschriebene Verbrechen des Missbrauchs der Amtsgewalt ist **zentrale Bestimmung** des den öffentlichen Bereich betreffenden Korruptionsstrafrechts. **Unmittelbarer Täter** dieses echten Sonderdelikts kann nur ein – im Regelfall österreichischer – Beamter sein, Tathandlung ist der Befugnismissbrauch beim Zustandekommen eines Hoheitsakts, das Wissen des Täters um den Missbrauch (Missbrauch im Sinn von vorsätzlichem Fehlgebrauch der Befugnis; vgl RIS-Justiz RS0116032) und der Rechtsschädigungsvorsatz sind die subjektiven Erfordernisse. Nach der noch in der Regierungsvorlage zum StGB vorgesehenen Fassung sollte allein ein Beamter im engeren Sinn, nämlich ein zu Rechtshandlungen namens des Rechtsträgers bestellter „Amtsträger“, als Täter des Amtsmissbrauchs in Frage kommen, die Tathandlung sollte auf Missbräuche bei Vornahme dieser Rechtshandlungen beschränkt bleiben. Die offenkundige Gefahr unvertretbarer Strafbarkeitslücken veranlasste den Gesetzgeber letztlich zu einer Erweiterung des Täterkreises auf „neu“ definierte **Beamte im strafrechtlichen Sinn**; anstelle der Rechtshandlung ist ganz allgemein das **Amtsgeschäft** als Gegenstand des Missbrauchs getreten.

Die nun einen breiten Personenkreis erfassende Definition des Beamten (§ 74 Abs 1 Z 4 StGB) und die allgemein gehaltene Tatbestandsbeschreibung eröffnen einen weitreichenden Anwendungsbereich. Dieser ermöglicht der Rsp, unerwünschte Strafbarkeitsdefizite hintan zu halten und strafwürdiges Fehlverhalten staatlicher Funktionäre im Rahmen der Gerichtsbarkeit und Hoheitsverwaltung zu erfassen.

Das Gebot umfassender effizienter Korruptionsbekämpfung darf jedoch nicht dazu verleiten, jedes pflichtwidrige Verhalten eines Beamten geradezu zwanghaft dem Tatbestand nach § 302 StGB zu unterstellen. Nicht jeder Verstoß gegen eine Dienstpflicht ist Missbrauch, nicht jeder Missbrauch ist Missbrauch der Amtsgewalt iS dieses strengsten Amtsdelikts. Die von der Rsp strikt beachtete Tatbestandsbeschränkung auf Missbrauch bei Vornahme eines – wenn auch begrifflich weit gefassten – Amtsgeschäfts, wie auch die Notwendigkeit eines zum Missbrauch hinzutretenden eigenständigen Rechtsschädigungsvorsatzes bieten einer unvertretbar extensiven Kriminalisierung von Beamten Einhalt (idS

A. Subjekt – Beamter

17 Os 1/12 v). Alles in allem erweist sich § 302 StGB aus Sicht der gerichtlichen Strafverfolgung als geeignetes, zugleich aber auch maßvolles Instrument der Korruptionsbekämpfung.

Mit dem BGBl I 2013/195 hat der Gesetzgeber im § 198 Abs 3 StPO nun auch die Möglichkeit eröffnet, „leichtere Fälle“ von Amtsmissbrauch nach § 302 Abs 1 StGB **diversionell** zu erledigen. Eine Diversion kommt in Betracht, wenn der Beschuldigte durch die Tat keine oder eine bloß geringfügige oder sonst unbedeutende Schädigung an Rechten herbeigeführt hat und die Tat nicht auch nach § 304 StGB (Bestechlichkeit) mit Strafe bedroht ist.

A. Subjekt – Beamter

Nach § 302 StGB kann „nur“ ein Beamter, und zwar ein Beamter iSd StGB, dieses echte Sonderdelikt als unmittelbarer Täter ausführen. Eine Person, auf die nach allgemeinem Verständnis die Berufsbezeichnung Beamter eindeutig zutrifft, etwa ein pragmatisierter Beamter im dienstrechtlichen Sinn, muss nicht unbedingt auch immer als Beamter im strafrechtlichen Sinn tätig sein, andererseits kann eine Person, deren dienstliche Tätigkeit oberflächlich betrachtet jeglichen Zusammenhang mit einem öffentlichen Amt vermissen lässt (zB ein Dienstnehmer eines gewerblichen Unternehmens) durchaus als strafrechtlicher Beamter behandelt werden. Das StGB schafft einen eigenständigen Begriff des Beamten. Ob die an die Beamteneigenschaft gestellten Bedingungen erfüllt sind, ist anhand der konkreten Fallgestaltung in jedem Einzelfall zu prüfen.



Unmittelbarer Täter kann nur ein Beamter sein.

1. Wer ist Beamter iSd StGB?



§ 74 Abs 1 Z 4 StGB definiert drei Typen des Beamten iSd StGB.

- 1 Die Frage, nach welchen Kriterien die Beamteneigenschaft zu bestimmen ist, wird in § 74 Abs 1 Z 4 StGB erschöpfend beantwortet:

Beamter ist dieser Legaldefinition zufolge jede physische Person, die entweder 1. bestellt ist, im Namen der im Gesetz aufgezählten Rechtsträger als deren Organ Rechtshandlungen vorzunehmen, oder 2. die sonst mit Aufgaben der Bundes-, Landes- oder Gemeindeverwaltung betraut ist. Ob diese Tätigkeiten Akte der Hoheits- oder Privatwirtschaftsverwaltung darstellen, ist für die Beamtenqualifikation ebenso ohne Belang wie ein Tätigwerden außerhalb des Bundesgebiets. Beide Typen von Beamten erfassen den österreichischen, dh für einen **österreichischen Rechtsträger** einschreitenden Beamten, der nicht unbedingt österreichischer Staatsbürger sein muss (zB Außenhandelsdelegierter ohne österreichische Staatsbürgerschaft; *Salimi* in WK² StGB § 64 Rz 12). Darüber hinaus gilt 3. als Beamter, wer nach einem anderen Bundesgesetz oder auf Grund einer zwischenstaatlichen Vereinbarung bei einem Einsatz im Inland einem österreichischen Beamten gleichgestellt ist.

a) Erster Typus: Zur Vornahme von Rechtshandlungen Bestellte

- 2 Merkmal des ersten in der Definition umschriebenen Typus von Beamten ist dessen Kompetenz, als **bestelltes Organ der angeführten Rechtsträger in deren Namen Rechtshandlungen vorzunehmen**. Welche Bedeutung diesen Rechtshandlungen zukommt, ist unerheb-

lich; es darf sich nur nicht um bloß faktische Verrichtungen handeln (SSt 49/32 = 10 Os 117/77).

Unter **Rechtshandlungen** sind behördliche Entscheidungen aller Art (zB Urteile, Beschlüsse, Bescheide, Verfügungen, Anordnungen, Anträge, behördeninterne oder nach außen gerichtete Weisungen, Aufträge oder Ersuchen) ebenso zu verstehen wie das Ausüben von Rechten und das Eingehen von Verpflichtungen im privatwirtschaftlichen Bereich. Jedenfalls muss die Rechtshandlung im Namen und mit Rechtswirksamkeit für den Rechtsträger erfolgen, dessen Organ die die Rechtshandlung vornehmende Person ist. Als **Rechtsträger** kommen neben den namentlich angeführten Gebietskörperschaften (Bund, Land, Gemeindeverband, Gemeinde) auch andere Personen des öffentlichen Rechts in Betracht, sofern ihnen der Gesetzgeber eine Mitwirkung an der staatlichen Verwaltung einräumt. Dazu zählen etwa diverse Interessenvertretungen (zB Rechtsanwalts-, Notariats-, Ärzte-, Arbeiter-, Wirtschafts- oder Landwirtschaftskammer, Kammer der Wirtschaftstrehänder), Sozialversicherungsträger, die Nationalbank, öffentlich-rechtliche Stiftungen und Fonds sowie sonstige durch Gesetz oder speziellen Hoheitsakt eingerichtete juristische Personen des öffentlichen Rechts (zB ORF, E-Control, Künstler-Sozialversicherungsfonds, Arbeitsmarktservice, landesgesetzlich als Körperschaften des öffentlichen Rechts eingerichtete Freiwillige Feuerwehren [zB § 1 Abs 2 St FeuerwehrG LGBI 2012/13]; dazu näher *Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht*⁴ Rz 75 ff). Ob diese Rechtsträger Aufgaben im eigenen Wirkungsbereich im Rahmen der gesetzlich eingeräumten Autonomie oder im übertragenen staatlichen Wirkungsbereich besorgen, ist irrelevant.

Kirchen und Religionsgesellschaften sind kraft ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung keine Rechtsträger. Auch wenn diese Institutionen Körperschaften des öffentlichen Rechts sein können, sind sie als solche nicht Träger von Aufgaben staatlicher Verwaltung. Ist ein Organwalter einer Kirche oder Religionsgesellschaft aber zugleich auch Organ einer anderen Person des öffentlichen Rechts, so etwa ein als Lehrer an einer staatlichen Schule angestellter Geistlicher, unterliegt er (nur) in dieser Eigenschaft dem strafrechtlichen Beamtenbegriff.

b) Zweiter Typus: Mit Verwaltungsaufgaben Betraute

Beamte nach dem zweiten in der Definition umschriebenen Typus sind **Personen**, die zwar nicht – wie jene des ersten Typus – dazu bestellt sind, als Organ eines Rechtsträgers Rechtshandlungen vorzunehmen, die aber **sonst mit Aufgaben der Bundes-, Landes- oder Gemeindeverwaltung betraut sind**. 3

Unter den Begriff der „**sonstigen Aufgaben**“ fallen grundsätzlich alle Tätigkeiten im Rahmen der Gerichtsbarkeit oder der öffentlichen Verwaltung, sofern sie keine Rechtshandlungen sind. In Abgrenzung zu den Rechtshandlungen werden diese Tätigkeiten in der Praxis als **faktische Verrichtungen** bezeichnet. In Betracht kommen qualitativ anspruchsvolle Verrichtungen – etwa das Vorerledigen oder Vorbereiten von Verfügungen und Entscheidungen, Ermittlungstätigkeit, Protokollführung und dergleichen mehr –, aber auch rein manipulative Tätigkeiten, die mit keinem besonderen intellektuellen Einsatz verbunden sind. Belanglos ist nach der Rsp auch, ob diese Verrichtungen im Rahmen unmittelbarer staatlicher Verwaltung oder mittelbar im Rahmen der Selbstverwaltung einer Körperschaft öffentlichen Rechts erfolgen.

Die **Qualität** der zur Erfüllung von Verwaltungsaufgaben erforderlichen Verrichtungen ist für die Einstufung als Beamter – ebenso wie die Qualität der Rechtshandlung in Ansehung des ersten Beamtentypus – grundsätzlich unmaßgeblich, die Verrichtungen müssen nur im Bereich des eigentlichen Dienstbetriebs erfolgen. Der Grundsatz, dass die Betrauung mit

A. Subjekt – Beamter

Aufgaben hoheitlicher Verwaltung jedenfalls zum Beamten qualifiziert, erfährt allerdings eine wesentliche Ausnahme:



Nicht jede Verrichtung im Bereich hoheitlicher Verwaltung begründet Beamtenstatus.

Schon bald ist die Rsp einer unvertretbaren Ausweitung des Beamtenbegriffs entgegen getreten, indem jene Tätigkeiten untergeordneter Art, die nur die äußeren Voraussetzungen für den eigentlichen Amtsbetrieb schaffen, ohne selbst direkt zur Bewältigung der spezifischen Vollziehungsaufgaben beizutragen, zur Begründung der Beamteneigenschaft nicht mehr für ausreichend befunden wurden.

Beispiel:

Solche nicht zum eigentlichen Dienstbetrieb zählende Verrichtungen sind zB die Tätigkeiten des Reinigungspersonals, der Kraftfahrer, der Hausarbeiter oder der Portiere (SSt 49/32 = 10 Os 117/77, SSt 50/49 = 10 Os 90/79).

Diese Personen sind keine Beamten im strafrechtlichen Sinn; sie kommen als unmittelbare Täter iSd § 302 StGB nicht in Betracht.

Hilfsdienste jedoch, selbst noch so untergeordneter Bedeutung, die zum eigentlichen Dienstbetrieb gehören, zB jene eines Aktenträgers, qualifizieren zum Beamten (zur gesonderten Behandlung unter dem Gesichtspunkt des Amtsgeschäftes vgl Rz 16 ff).

c) Dritter Typus: Auslandsbezug

- 4 Unter den erweiterten Begriff nach dem dritten in der Definition umschriebenen Typus von Beamten fällt jener Beamte, der **nach einem anderen Bundesgesetz** oder auf Grund einer **zwischenstaatlichen Vereinbarung** bei einem Einsatz im Inland einem österreichischen Beamten **gleichgestellt** ist. Die Gleichstellung resultiert daraus, dass zufolge der fortschreitenden Vereinheitlichung der strafrechtlichen Zusammenarbeit (insb zwischen den Mitgliedstaaten der EU) vermehrt Nichtösterreicher grenzüberschreitend auf österreichischem Hoheitsgebiet in hoheitlicher Funktion zum Einsatz kommen. Die funktionelle Gleichartigkeit der Tätigkeit bedingt die rechtliche Gleichstellung mit österreichischen Beamten schon zur Hintanhaltung einer sachlich nicht vertretbaren Ungleichbehandlung.

Eine derartige Gleichstellung findet sich zB in dem von Österreich ratifizierten Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union (Art 15 EU-RHÜ) und im Bundesgesetz über die judizielle Zusammenarbeit in Strafsachen mit den Mitgliedstaaten der Europäischen Union (§ 59 EU-JZG; s auch Art 42 SDÜ, § 29 Abs 1 EU-PolizeikooperationsG). Den legislatischen Weg der allgemein gehaltenen Verweisung auf nicht konkret genannte Gesetze und Vereinbarungen wählte der Gesetzgeber zur Sicherstellung einer entsprechenden Flexibilität, weil künftig mit dem vermehrten Abschluss bi- oder multilateraler Verträge zu rechnen ist.

Gleichstellung bedeutet, dass dem betreffenden Beamten der dem österreichischen Beamten zukommende strafrechtliche Schutz gewährt wird, er umgekehrt aber auch unmittelbarer Normadressat spezifischer Amtsdelikte nach §§ 302 ff StGB ist.

Keine Beamten sind jene Organe ausländischer Sicherheitsbehörden, die auf der Grundlage des Bundesgesetzes über die internationale polizeiliche Kooperation (BGBl I 1997/104) im Bundesgebiet einschreiten.