

2. GRUNDZÜGE DES KORRUPTIONSSTRAFRECHTS IM ÖFFENTLICHEN BEREICH

Der Begriff „Korruption“ ist im Strafgesetzbuch (StGB) zwar ausdrücklich erwähnt⁹, jedoch nicht definiert. Bei Korruption, geht es um die Gewährung eines systemisch nicht vorgesehenen persönlichen Vorteils an eine Person zur Erlangung eines (persönlichen) Vorteils, meist in Form einer vorteilhafteren Behandlung des Vorteilsgebers. International wird Korruption als Missbrauch von anvertrauter Macht zum privaten Nutzen oder Vorteil definiert.¹⁰ Derartiges Verhalten ist aber nicht **per se** mit Strafe bedroht, sondern nur unter den speziellen Voraussetzungen der jeweiligen Korruptionstatbestände im StGB. Bei den Korruptionstatbeständen liegt immer ein Austauschverhältnis vor, also der (aktive) Vorteilsgeber steht dem (passiven) Vorteilsnehmer gegenüber.

Die Strafbarkeit des Vorteilsgebers und jene des Vorteilsnehmers ist daher unabhängig voneinander zu beurteilen.¹¹ Es ist möglich, dass nur einer von beiden strafbar handelt. Man denke nur an den Fall, dass eine Person für sich einen Vorteil fordert, die andere Person aber die Hingabe des Vorteils ablehnt. Oder umgekehrt, es wird von einer Person ein Vorteil angeboten, jedoch von der anderen Person nicht angenommen.

Das StGB unterscheidet zwischen Korruptionsstrafrecht im öffentlichen Bereich und Korruptionsstrafrecht im privaten Bereich. Die Unterscheidung knüpft an den Begriff des „Amtsträgers“ bei dessen Berufsausübung. Ist ein Amtsträger in einen Fall involviert, sind die den öffentlichen Bereich betreffenden Normen anwendbar, die auch das Vorfeld der eigentlichen Bestechung unter Strafe stellen und bei pflichtwidrigem Handeln strengere Sanktionen vorsehen.

Die Korruptionstatbestände im öffentlichen und im privaten Bereich haben gemein, dass Vorteilsgeber und Vorteilsnehmer in bestimmter Weise zusammenwirken. Auch, dass sie abgestimmt im Geheimen agieren, ist an der Tagesordnung. Dadurch bleibt Korruption häufig unentdeckt. Das Fehlen von konkretisierbaren, unmittelbaren Opfern (scheinbare „Win-win-Situation“) führt häufig dazu, dass das Unrechtsbewusstsein der Täter fehlt. Dies mag zur Folge haben, dass die Annahme bzw das Hingeben eines Vorteils den Tätern attraktiv und relativ risikolos erscheint. Jedoch geraten die Täter durch ihr Handeln in ein (gegenseitiges) Abhängigkeitsverhältnis und dies kann zu einer „Korruptionsspirale“ führen.

⁹ Nämlich in der Überschrift des 22. Abschnitts des StGB.

¹⁰ Vgl die Definition von Transparency International, Austrian Chapter abrufbar unter <https://www.ti-austria.at/worum-es-geht/korruptions-grundwissen/definition-von-korruption/>.

¹¹ St. Huber/Löff in Kert/Kodek, Das große Handbuch Wirtschaftsstrafrecht (2016) Rz 10.19 ff.

2.1 Die Straftatbestände des öffentlichen Bereichs im Einzelnen¹²

2.1.1 Bestechung und Bestechlichkeit

Die Kerntatbestände des Korruptionsstrafrechts finden sich in § 304 und § 307 StGB. So ist auf der einen Seite der Amtsträger¹³ strafbar, der für die pflichtwidrige Vornahme oder Unterlassung eines Amtsgeschäfts einen Vorteil für sich oder einen Dritten fordert, annimmt oder sich versprechen lässt („Bestechlichkeit“). Dem gegenüberstehend ist jedermann strafbar, der einem Amtsträger für die pflichtwidrige Vornahme oder Unterlassung eines Amtsgeschäfts einen Vorteil für ihn oder einen Dritten anbietet, verspricht oder gewährt („Bestechung“). Jeder Tatbestand sieht objektive und subjektive Elemente als Voraussetzung für die Strafbarkeit vor. Fehlt auch nur ein Element, kann der Täter nicht bestraft werden.

Die **Strafdrohung** ist für beide Täter gleich: Es droht eine Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren. Wird die Tat in Bezug auf einen EUR 3.000 übersteigenden Wert des Vorteils begangen, beträgt die Strafdrohung sechs Monate bis zu fünf Jahren. Übersteigt der Wert des Vorteils sogar EUR 50.000 ist eine Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren angedroht.

Erste Voraussetzung für die Strafbarkeit ist, dass ein **Amtsträger** involviert ist. Wer Amtsträger ist, wird unter Punkt 3. ausführlich behandelt.

Die Tathandlung ist entweder das **Fordern, Annehmen oder Sich-versprechen-lassen** eines Vorteils oder das **Anbieten, Versprechen oder Gewähren** eines solchen. Diese Handlungsalternativen sind völlig gleichwertig. Strafbar kann also gleichermaßen das tatsächliche Übergeben eines Vorteils und das bloße Anbieten oder Versprechen sein. Für die Strafbarkeit reicht es bereits, dass zum Ausdruck gebracht wird, dass eine Vorteilszuwendung sich positiv auf das Amtsgeschäft auswirken wird, auch das bloße Nachfragen, ob ein Vorteil etwas am Ergebnis des Amtsgeschäfts ändern wird, wird bereits als Anbieten gesehen.¹⁴ Der Vorteil muss nicht unbedingt dem Amtsträger selbst zufließen (sollen), er kann auch für einen Dritten wie zB einen Angehörigen, ein Unternehmen, eine karitative Einrichtung, eine politische Partei oder die Dienststelle des Amtsträgers bestimmt sein bzw geleistet werden. Dritter kann auch die vom Amtsträger vertretene Behörde sein.¹⁵

¹² Es wird die aktuelle Rechtslage dargestellt und darauf hingewiesen, dass Taten aus der Vergangenheit, die vor Inkrafttreten der aktuellen Bestimmungen am 1. 1. 2013 begangen wurden, uU nach den zur Zeit der Tatbegehung in Geltung stehenden Strafnormen bestraft werden – sofern diese für den Täter nicht ungünstiger sind, als die aktuellen Strafbestimmungen.

¹³ Zum Amtsträgerbegriff s 3. Die Bestechungstatbestände richten sich auch an nach der ZPO bestellte Schiedsrichter gemäß § 74 Abs 1 Z 4 c StGB. § 304 StGB enthält überdies noch den Zusatz, dass ebenso zu bestrafen ist, „wer als von einem Gericht oder einer anderen Behörde für ein bestimmtes Verfahren bestellter Sachverständiger für die Erstattung eines unrichtigen Gutachtens einen Vorteil für sich oder einen Dritten fordert, annimmt oder sich versprechen lässt“.

¹⁴ St. Huber/Löff in Kert/Kodek, Das große Handbuch Wirtschaftsstrafrecht (2016) Rz 10.20.

¹⁵ Dies wurde vom OGH jüngst in eine Entscheidung die Zuwendungen an Schulfotografen behandelte bestätigt – ein Schulleiter kann sich auch strafbar machen, wenn nicht er selbst sondern die Schule die Zuwendung erhält – OGH 17 Os 8/16 d.

2. Grundzüge des Korruptionsstrafrechts im öffentlichen Bereich

Ein **Vorteil** iSd Korruptionsdelikte ist jede Leistung materieller oder immaterieller Art, die den Vorteilsnehmer besserstellt und auf die er (sonst) keinen Rechtsanspruch hat. Ein Vorteil liegt grundsätzlich nicht vor, wenn eine Leistung im Rahmen adäquater Austauschverhältnisse (zB Vortragshonorar oder Rechtsgutachterhonorar) erbracht wird. Dreh- und Angelpunkt ist die ungerechtfertigte Besserstellung des Vorteilsnehmers. Eine solche ist gegeben, wenn nach dem Willen der Vertragspartner Leistung und Gegenleistung gar nicht im Austauschverhältnis stehen, sondern eben (meistens über eine Scheinvereinbarung) ein Vorteil zugewendet werden soll.

Liegt ein krasse Missverhältnis¹⁶ zwischen Leistung und Gegenleistung vor, kann ein (rechtlich unwirksames) Scheingeschäft und eine verdeckte Vorteilszuwendung vorliegen. Auch ist augenscheinlich, dass ein solches Austauschverhältnis grundsätzlich nur im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung in Betracht kommt. Bei hoheitlichem Handeln von Amtsträgern ist die Verknüpfung eines Vorteils und eines Amtsgeschäfts idR nicht zulässig und daher strafbar.

Es ist gleichgültig, ob der Vorteil vor, während, oder nach dem mit ihm im Zusammenhang stehenden Amtsgeschäft gefordert oder angeboten wird bzw geleistet wird.¹⁷

Beispiele: Geldzahlungen; Einladungen zu Abendessen oder Veranstaltungen; die Möglichkeit für einen Universitätsprofessor eine Seminarreihe abzuhalten, damit er ungerechtfertigt eine positive Note vergibt; Dienstleistungen; rechtliche Besserstellung durch Verlängerung von Fristen; Verschaffen einer Auszeichnung oder eines Ferialjobs für Familienangehörige; sexuelle Zuwendungen.

Eine weitere Strafbarkeitsvoraussetzung ist, dass der Vorteil im Gegenzug für ein **pflichtwidriges Amtsgeschäft** gegeben wird oder gegeben werden soll. Als Amtsgeschäft gelten alle Rechtshandlungen und faktischen Tätigkeiten, die zum eigentlichen Amtsbetrieb gehören und auf die Erfüllung der amtsspezifischen Aufgaben gerichtet sind. Gemeint sind Tätigkeiten, die der Amtsträger zur Aufgabenerfüllung braucht und die nur er, vermöge seines Amtes vornehmen kann. Ob der Amtsträger hoheitlich oder privatwirtschaftlich handelt, spielt für die Qualifikation einer Handlung als Amtsgeschäft keine Rolle.¹⁸ Das Amtsgeschäft muss konkretisiert sein, der Vorteil darf nicht bloß im Hinblick auf eine wohlwollende Amtsführung gegeben werden.¹⁹ Das Amtsgeschäft muss

¹⁶ Der OGH hat jüngst ausgesprochen, dass die Frage, ob die Gegenleistung adäquat ist, für die Strafbarkeit unbedeutend ist. Die einzig relevante Grenze ist jene der zivilrechtlichen Gültigkeit des Geschäfts (OGH 17 Os 8/16 d). Es ist aber dennoch ratsam, darauf zu achten, dass Leistung und Gegenleistung in einem adäquaten Verhältnis stehen, da andernfalls eine ungebührliche Einflussnahme und das Bestehen einer bloßen „Scheinvereinbarung“ faktisch indiziert ist. Vgl weiterführend *Birklbauer*, Schulfotografen und Korruption, JBI 2016, 672.

¹⁷ OGH 17 Os 8/16 d; *Hinterhofer*, Vorteilsbegriff und äquivalente Gegenleistung im Korruptionsstrafrecht – eine Präzisierung, *ecolex* 2015, 770; *Marek/Jerabek*, Korruption und Amtsmissbrauch¹⁰, 85 f.

¹⁸ OGH 10 Os 117/77, 17 Os 8/16 d; *St. Huber/Löff* in *Kert/Kodek*, Das große Handbuch Wirtschaftsstrafrecht (2016) Rz 10.16 und 10.24; *Marek/Jerabek*, Korruption und Amtsmissbrauch¹⁰, 83.

¹⁹ In diesem Fall liegt aber uU eine Strafbarkeit wegen „Anfüttern“ vor, s dazu 2.1.5.

2.1 Die Straftatbestände des öffentlichen Bereichs im Einzelnen

aber nicht ganz präzise feststehen. Es reicht, dass es seiner Art nach bestimmbar ist und von anderen Geschäftsvorgängen abgegrenzt werden kann.²⁰ Gegen einen Zusammenhang zwischen Vorteil und Amtsgeschäft spricht es, wenn Vorteile gewährt werden, die allen Geschäftspartnern gleichermaßen zukommen (zB mit Kundenkarte verbundener Rabatt, Erhalt von Flugbonusmeilen). Es ist für die Strafbarkeit irrelevant, ob das Amtsgeschäft tatsächlich zustande kommt.²¹

Beispiele: Erteilen einer Baugenehmigung; Ermittlung personenbezogener Daten durch Abfragen behördlicher Datenanwendungen; die Entscheidung eines Amtsträgers welche Sportveranstaltungen im ORF gesendet werden; Abstimmung im Gemeinderat sowie die Beeinflussung von Akten des Vertretungskörpers (also uU auch ein persönliches Gespräch mit anderen Stimmberechtigten); kein Amtsgeschäft ist die Intervention eines Bürgermeisters in einem Verwaltungsverfahren, das nicht der Gemeinde obliegt.²²

Pflichtwidrig ist ein Amtsgeschäft, wenn es aufgrund der konkreten, den Amtsträger treffenden Vorgaben, nicht oder nicht so durchzuführen wäre. Der Amtsträger verstößt gegen konkrete Amts- oder Dienstpflichten. Zu berücksichtigen sind Vorgaben in Gesetzen, Verordnungen und Dienstordnungen, Dienstvertrag und Compliance-Regeln. Aber auch individuell erteilte Weisungen sind relevant. Nach der Judikatur des OGH begründet jede Abweichung vom „rechtlich gesollten“ eine potentielle Pflichtwidrigkeit des Amtsgeschäfts.

Insbesondere ist jedes parteiliche Handeln des Amtsträgers pflichtwidrig.²³ Ein Amtsträger hat das Sachlichkeitsgebot zu beachten. Er darf sich bei seinen Entscheidungen nur von sachlichen und rechtlichen Gründen leiten lassen. So ist es bereits pflichtwidrig, wenn man die Interessen einer Partei einer anderen vorzieht und etwa ein später angefallenes Amtsgeschäft vor früher angefallenen vornimmt.²⁴

Auch Ermessensentscheidungen können pflichtwidrig vorgenommen werden. Eingräumtes Ermessen muss nämlich immer „im Sinne des Gesetzes“ ausgeübt werden (Art 130 Abs 3 und Art 133 Abs 3 B-VG). Der Amtsträger handelt pflichtwidrig, wenn er es zulässt, dass der Vorteil seine Entscheidung beeinflusst. Seine Dienstverrichtung muss immer auf sachlichen Beweggründen beruhen. Im Strafverfahren ist die Frage zu

²⁰ OGH 10 Os 106/83, 9 Os 45/85; *Marek/Jerabek*, Korruption und Amtsmissbrauch¹⁰, 90 f.

²¹ *Marek/Jerabek*, Korruption und Amtsmissbrauch¹⁰, 91 f.

²² *Marek/Jerabek*, Korruption und Amtsmissbrauch¹⁰, 83 f; *Birkbauer*, Behördenkommunikation und Behördenhandeln zwischen Amtsmissbrauch und Korruption – Ausgewählte Aspekte, RdU 2017/107; zur verbotenen Intervention s 2.1.7.

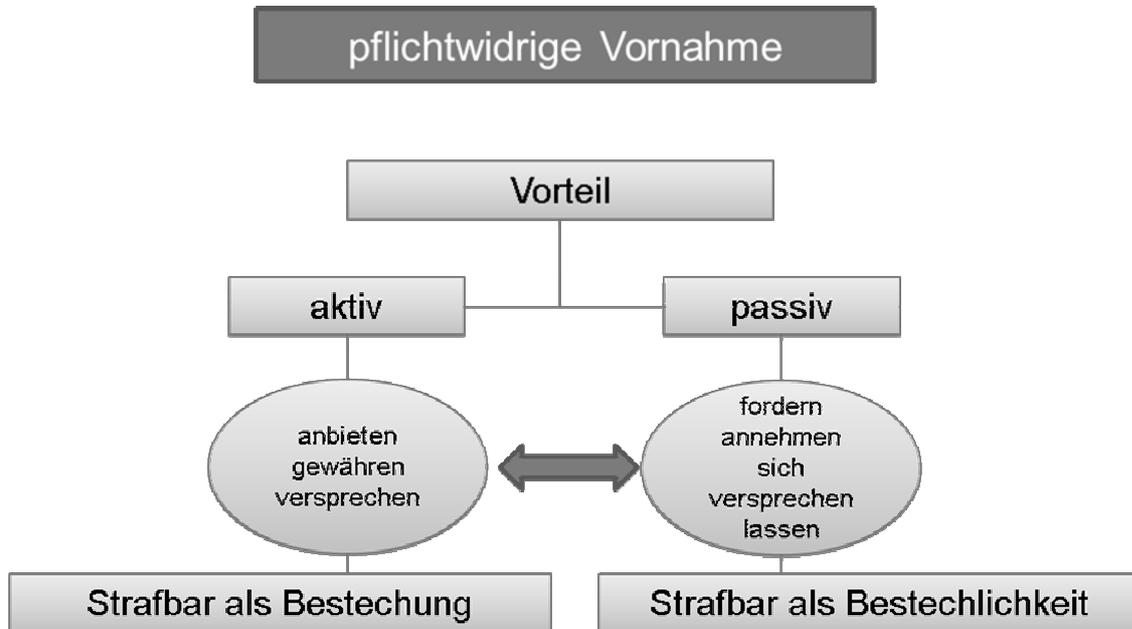
²³ *St. Huber/Löff* in *Kert/Kodek*, Das große Handbuch Wirtschaftsstrafrecht (2016) Rz 10.26 mwN.

²⁴ OGH 17 Os 13/12 h, 17 Os 13/14 m; *Marek/Jerabek*, Korruption und Amtsmissbrauch¹⁰, 93.

2. Grundzüge des Korruptionsstrafrechts im öffentlichen Bereich

prüfen, ob der Amtsträger sein Amtsgeschäft genauso abgewickelt hätte, wenn ihm kein Vorteil gegeben oder versprochen worden wäre.²⁵

2.1.2 Graphische Darstellung der Bestechung und Bestechlichkeit



2.1.3 Vorteilsannahme und Vorteilsgewährung

Die Tatbestände der Vorteilsannahme und Vorteilsgewährung gemäß §§ 305 und 307 a StGB pönalisieren dasselbe Verhalten, wie die oben beschriebenen Tatbestände der Bestechlichkeit und Bestechung. Jedoch verlangen sie keine Pflichtverletzung des Amtsträgers, dem Vorteil steht ein **pflichtgemäßes Amtsgeschäft** gegenüber. Pflichtgemäß ist das Amtsgeschäft, wenn es im Einklang mit den beschriebenen Vorgaben steht und – im Fall einer Ermessensentscheidung – auf rein sachlichen Erwägungen beruht.²⁶

Die **Strafdrohung** ist geringer als im Fall der Bestechlichkeit und Bestechung: Sie beträgt bis zu zwei Jahren Freiheitsstrafe. Wird die Tat in Bezug auf einen EUR 3.000 übersteigenden Wert des Vorteils begangen, sieht das Gesetz eine Strafdrohung von bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe vor, beträgt der Wert des Vorteils mehr als EUR 50.000, ist eine Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren angedroht.

Zudem wird im Hinblick darauf, dass die Vorteilsannahme für ein pflichtgemäßes Amtsgeschäft weniger verwerflich erscheint, die Strafbarkeit über den Vorteilsbegriff weiter eingeschränkt – und zwar für die Fälle des Annehmens oder Sich-versprechen-lassens des Vorteils, also die passive Begehungsform des § 305 StGB. Diese Begehungsformen

²⁵ OGH 17 Os 20/13 i; *Marek/Jerabek*, Korruption und Amtsmissbrauch¹⁰, 93.

²⁶ *Marek/Jerabek*, Korruption und Amtsmissbrauch¹⁰, 94.