

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 c
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 c
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 unrechtsbezogenen Sonderdelikts (vgl RIS-Justiz RS0103984) 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 hinten 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 Rechtsschädigungsvor-

A. Subjekt – Beamter

satzes bieten einer unvertretbar extensiven Kriminalisierung von Beamten Einhalt (idS 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 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, Gemeinde) und dem Gemeindeverband 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 Wirtschaftstreuhandler), Sozialversicherungsträger, öffentlich-rechtliche Anstalten, Stiftungen und Fonds sowie sonstige durch Gesetz oder speziellen Hoheitsakt eingerichtete juristische Personen des öffentlichen Rechts (zB Nationalbank, ORF, E-Control, Künstler-Sozialversicherungsfonds, Arbeitsmarktservice, landesgesetzlich als Körperschaften des öffentlichen Rechts eingerichtete Freiwillige Feuerwehren [zB § 1 Abs 2 St FeuerwehrG LGBl 2012/13]; dazu näher *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁵ Rz 75 ff). Ein durch Vereinbarung der beteiligten Gemeinden, durch Gesetz oder durch einen Akt der Vollziehung errichteter **Gemeindeverband** (Art 116a Abs 1 und 2 B-VG) ist zwar keine Gebietskörperschaft (VfSlg 13705), ihm kommt aber als Körperschaft des öffentlichen Rechts bei (im eigenen Namen und durch eigene Organe vorgenommener) Besorgung der übertragenen, aus dem Wirkungsbereich der verbandsangehörigen Gemeinden ausgegliederten Angelegenheiten (zB Müllabfuhr, Sozialhilfe) dieselbe Rechtsstellung wie den Gemeinden zu (JBl 2018, 196 = 17 Os 5/17 i). 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.

A. Subjekt – Beamter

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 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 legislativen 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.

2. Auslegung des Beamtenbegriffs



Die tatsächlich ausgeübte Funktion ist maßgebliches Kriterium des Beamtenbegriffs.

Der Begriff des Beamten im § 74 Abs 1 Z 4 StGB ist funktional auszulegen. Ein **dienstrechtliches Ernennungs- oder Anstellungsverhältnis** oder die Einbindung in die Organisationsstruktur des Rechtsträgers wird im Regelfall zwar vorliegen, stellt aber keine unabdingbare Voraussetzung der Beamteneigenschaft dar. Ebenso wenig ist die **zeitliche Dauer** der Bestellung ein essentielles Kriterium. Eine Bestellung nur zu einzelnen Rechtshandlungen oder Betrauung mit einzelnen faktischen Verrichtungen kann genügen. Bestimmten Förmlichkeiten kommt Relevanz nur zu, wenn der Formalakt, etwa eine Angelobung, normative Voraussetzung für die Organstellung ist. Der strafrechtliche Beamtenbegriff ist vom dienstrechtlichen Beamtenbegriff vollkommen unabhängig. **5**



Maßgeblich ist allein die im Namen und mit Willen des Rechtsträgers erfolgte Ausübung der betreffenden Funktion.

Beamte sind Polizisten als Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes. Auch **Polizistenschüler** sind als Vertragsbedienstete für die exekutivdienstliche Ausbildung (VB/S [vgl § 2 Abs 1 EignungsprüfungsVO BGBl II 2012/400]) mit einem Sondervertrag iSd § 36 VBG Angehörige des Wachkörpers Bundespolizei und damit Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes (§ 5 Abs 1, Abs 2 Z 1 und Abs 6 SPG; EBRV 1726 BlgNR 24. GP 5; *Vogl in Thanner/Vogl* [Hrsg], SPG² § 5 Anm 7). **6**

Beamte aus dem Bereich der **Gerichtsbarkeit** sind ua Berufs- und Laienrichter, Staatsanwälte, Rechtspfleger, Bezirksanwälte, Grundbuchführer, Gerichtsvollzieher, ehrenamtliche und besoldete Bewährungshelfer (§ 19 Abs 5, § 24 Abs 2 BewHG), Strafvollzugsbedienstete und Kanzleibedienstete.

Keine Beamten sind Sachwalter sowie ungeachtet gerichtlicher Bestellung Masse- oder Ausgleichsverwalter; sie agieren nicht im Namen des Bundes. Der von einer Gemeinde als Vertreter in einem Rechtsstreit bestellte Rechtsanwalt ist mangels Organstellung ebenso nicht Beamter. Beamteneignung fehlt auch Rechtsberatern, die auf Grundlage eines mit dem Bundesminister für Inneres oder dem Bundeskanzler geschlossenen Vertrags Asylwerbern im Zulassungsverfahren amtswegig zur Seite zu stellen sind (§§ 48 ff BFA-Verfahrensgesetz). Ein Notar ist nur in seiner Eigenschaft als Gerichtskommissär, nicht aber als Urkundsperson Beamter.

Im Bereich der **Verwaltung** sind Beamte im strafrechtlichen Sinn zB die Mitglieder der Bundesregierung und der Landesregierungen, die Landeshauptleute und Bürgermeister, die Bediensteten der Ministerien und der Ämter der Landesregierungen, die Angehörigen der Finanz- und Schulverwaltung, die Bediensteten der Kammern und Sozialversicherungen (eine Auflistung findet sich bei *Bertel* in WK² StGB § 302 Rz 2 ff). Dass mit der Ausbildung von Soldaten befasste Offiziere und Unteroffiziere Beamte sind, ist unstrittig (SSSt 50/54); die Stellung des Vorgesetzten eines Zivildienstleistenden (§ 38 Abs 5 ZDG) begründet hingegen nach der Entscheidung JBl 2013, 260 = 12 Os 23/12 t für sich allein noch nicht Beamteneigenschaft (kritisch kommentiert von *Wessely*, JBl 2013, 261). Die konkret wahrzunehmende

A. Subjekt – Beamter

Aufgabe ist auch maßgeblich für die Beurteilung, ob kurzfristig herangezogenen Aushilfskräften Beamtenqualifikation zukommt, etwa dem mit der Zustellung behördlicher Schriftstücke betrauten Ferialpraktikanten.

- 7 Neben diesen im Regelfall in die Organisationsstruktur des Rechtsträgers fest eingebundenen Personen, die gleichsam „hauptberuflich“ im Bereich der Hoheitsverwaltung tätig sind, werden vermehrt auch extrane, etwa freiberuflich tätige Personen und – in jüngerer Zeit auch als Folge fortschreitender Ausgliederung („Privatisierung“) staatlicher Aufgaben – vermehrt auch Dienstnehmer privater „beliehener“ Unternehmen zur Erledigung einzelner dem Hoheitsbereich zugehörigen Aufgaben einbezogen. Entspricht deren Tätigkeit den gesetzlichen Vorgaben, behandelt die Rsp – in konsequenter Umsetzung des Grundsatzes, dass die Funktion die Beamteneigenschaft bestimmt – auch diese Personen als Beamte im strafrechtlichen Sinn. Dies ist zB der Fall, wenn ein Mitglied einer nach dem Steiermärkischen FeuerwehrG als Körperschaft des öffentlichen Rechts eingerichteten Freiwilligen Feuerwehr (§ 1 Abs 2 St FWG LGBl 2012/13) als Einsatzleiter im Zuge der Mitwirkung bei der Vollziehung der Feuer- und Gefahrenpolizei unaufschiebbare behördliche Maßnahmen trifft (§ 26 St FGPG LGBl 2012/12) oder ein Tierarzt die Einhaltung zwingender Vorschriften – allenfalls sogar unter Inanspruchnahme gesetzlich eingeräumter Zwangsbefugnisse – kontrolliert oder ein durch individuellen Verwaltungsakt Ermächtigter eine Überprüfung von Fahrzeugen vornimmt, die in der Ausstellung einer öffentlichen Urkunde mündet. Andererseits qualifiziert eine gesetzlich oder im Verordnungsweg geregelte Tätigkeit selbst im Zusammenhang mit einer öffentlichen Aufgabe, die nicht als hoheitliches Handeln erfolgt, nicht zum Beamten (vgl zum hoheitlichen Handeln Rz 25). So mangelt es dem frei gewählten Vertragsarzt, der im sogenannten Mutter-Kind-Pass, einer nicht mit erhöhter Beweiskraft ausgestatteten, nicht öffentlichen Urkunde, die die für die Gewährung von Kinderbetreuungsgeld bedeutsame Tatsache bekundet, dass der anspruchsberechtigte Elternteil die Untersuchungen iSd § 7 Abs 2 KBGG durchführen ließ, an der (funktionellen) Beamteneigenschaft (EvBl 2014/136, 928 = 17 Os 25/14 a). Gleiches gilt für die nicht in Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben erfolgte Erstellung eines unter Bezugnahme auf § 21 a Abs 1 Niederlassungs- und Aufenthaltsg deutsche Sprachkenntnisse bestätigenden Sprachdiploms des Österreichischen Integrationsfonds (11 Os 103/17 g).

8 Beispiele zuerkannter Beamteneigenschaft sind:

- ein vom Jagdpächter bestellter, von der zuständigen Bezirksverwaltungsbehörde förmlich „in Eid und Pflicht“ genomener Jagdaufseher (SSt 48/78 = 9 Os 64/77; 14 Os 73/07 b in Betreff eines Jagdschutzorgans nach § 35 Abs 2 Stmk JagdG 1986),
- ein ehrenamtlich ad hoc bestelltes Mitglied einer Wahlbehörde (SSt 53/4 = 13 Os 174/81), und zwar auch einer Wahl- oder Unterkommission bei ÖH-Wahlen (EvBl 2016/70, 467 = 17 Os 33/15 d),
- ein ohne förmliche Bestellung nur „de facto“ agierender Viehbeschauer (SSt 57/92 = 9 Os 148/86),
- ein zum Fleischuntersuchungstierarzt bestellter Tierarzt (SSt 59/69 = 14 Os 122/88) oder
- ein freiberuflicher Tierarzt, der in Wahrnehmung einer gesetzlichen Ermächtigung ein Protokoll über eine Untersuchung vor der Notschlachtung errichtet (11 Os 80/05 g),
- eine gem § 27 Abs 3 LMSVG iVm Anhang III Abschnitt IV der Verordnung (EG) Nr 853/2004 von einem Landeshauptmann für die Erstuntersuchung von in freier Wildbahn erlegtem Wild bestellte kundige Person (17 Os 4/12 k, 17 Os 23/15 h),
- dem von Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes gem § 9 Abs 1 UbG beigezogenen (Stadt-)Arzt.

In Ansehung beliehener Unternehmen wurde die funktionale Beamteneigenschaft zuerkannt:

- dem zur Ausstellung eines Gutachtens nach § 57 a Abs 4 KFG ermächtigten Gewerbetreibenden einschließlich des ausführenden Personals (SSt 2003/98 = 13 Os 151/03; 11 Os 23/10 g); sofern den von ermächtigten Versicherungen eingerichteten Zulassungsstellen dem Hoheitsbereich zugehörige Aufgaben übertragen sind (etwa die Zulassung von Fahrzeugen samt Zuweisen von Kennzeichen; § 40 a Abs 5 Z 1 KFG), handeln die dafür Verantwortlichen funktional als Beamte (EvBl 2011/14, 79 ff = 14 Os 105/10 p),
- dem mit der Einstufung landwirtschaftlicher Produkte in Qualitätsklassen betrauten Dienstnehmer eines bescheidmässig mit der Klassifizierung betrauten Unternehmens (SSt 64/22 = 14 Os 10/02),
- einem als Aufsichtsorgan von der zuständigen Behörde bestellten Angestellten eines Bewachungsunternehmens in Ausübung der zugewiesenen Aufgabe der Parkraumüberwachung (12 Os 123/02),
- einem zum Handel mit nichtmilitärischen Schusswaffen berechtigten Gewerbetreibenden in Wahrnehmung der hoheitlichen Aufgabe der Ausstellung und Übergabe einer Registrierbestätigung (JBl 2016, 269 = 17 Os 4/15 i),
- einem zur Prüfung von Fahrtschreibern, digitalen Kontrollgeräten und Geschwindigkeitsbegrenzern (§§ 24, 24 a KFG) Ermächtigten (17 Os 2/16 x).

Die **Mitglieder des Nationalrats, des Bundesrats und der Landtage** sind als Angehörige eines Gesetzgebungsorgans keine Beamten gem § 74 Abs 1 Z 4 StGB. Bekleidet allerdings ein Angehöriger eines Gesetzgebungsorgans auch eine Funktion im Bereich der Gerichtsbarkeit oder der öffentlichen Verwaltung, etwa ein Abgeordneter zum Nationalrat das Amt eines Bürgermeisters, ist er (nur) in dieser Funktion Beamter. **9**



Mitglieder eines Gesetzgebungsorgans sind keine Beamten.

Strittig war die Beamteneigenschaft der Mitglieder des **Gemeinderats**. Die Gemeinderäte sind Organwalter des Gemeinderats, die innerhalb des verfassungsmässig bestimmten Wirkungsbereichs der Gemeinde kollektiv die dem Organ Gemeinderat zugewiesenen Aufgaben zu erfüllen haben. Bei Wahrnehmung dieser in Verwaltungsakten hoheitlicher (zB Erlassung einer Durchführungsverordnung) oder privatwirtschaftlicher (zB Zustimmung zur Auftragsvergabe) Natur bestehenden Aufgaben handeln die Gemeinderäte nach nunmehr gesicherter Rsp als Beamte im strafrechtlichen Sinn. Schon nach einer früheren Entscheidung des Obersten Gerichtshofs unterliegen die Mitglieder des Gemeinderats in Bezug auf die Funktion des Gemeinderats als Baubehörde zweiter Instanz dem strafrechtlichen Beamtenbegriff (JBl 1997, 402 = 11 Os 44/96). Die der missbräuchlichen Erlassung des Bescheids auf Abbruch eines denkmalgeschützten Gebäudes vorangegangene Zustimmung der Mitglieder des Gemeinderats wurde diesen als Beitragstäterschaft zum Amtsmissbrauch des den Bescheid erlassenden Bürgermeisters angelastet (17 Os 19/13 t). Zu **17 Os 21/15 i** stellte der OGH letztlich über den Anlassfall hinaus klar, dass **Mitglieder des Gemeinderats vom strafrechtlichen Beamtenbegriff** erfasst werden. Für die Bundeshauptstadt Wien als Land hat der Gemeinderat auch die Funktion des Landtages, die Mitglieder des Gemeinderats sind auch Mitglieder des Landtages.



Sachverständige: Auch bei ihnen bestimmt die Funktion die Beamteneigenschaft.

Ein für ein bestimmtes Verfahren bestellter **Sachverständiger**, der als fachkundige Person einen Befund aufzunehmen und sich darüber gutachtlich zu äußern hat, ist kein Beamter; er ist in den hoheitlichen Meinungsbildungsprozess nicht eingebunden, sondern liefert ein Beweismittel, das von dem zur Entscheidung berufenen Organ zu prüfen ist. **10**

A. Subjekt – Beamter

Anders verhält es sich bei den einer Behörde beigegebenen oder ihr zur Verfügung gestellten **Amtssachverständigen** (§ 52 Abs 1 AVG), die als integraler Bestandteil des behördlichen Verfahrens in die Hoheitsverwaltung einbezogen sind. Ein als technischer Sachverständiger für die Lenkerprüfung bestellter, der Behörde zur Beurteilung der fachlichen Befähigung von Führerscheinwerbern zum Lenken von Kraftfahrzeugen zur Verfügung gestellter Gutachter ist in dieser Funktion – ebenso wie ein **Amtsarzt** einer Bundespolizeidirektion oder ein **Amtstierarzt** einer Bezirkshauptmannschaft – Beamter iSd § 74 Abs 1 Z 4 StGB (EvBl 1995/16, 67 = 12 Os 111/94).

Die missbräuchliche Gutachtenserstellung durch einen Amtssachverständigen kann Tat handlung nach § 302 StGB sein.

So kann zB die Ausstellung einer **Bescheinigung** über das Vorliegen der **Voraussetzungen** der Unterbringung nach § 8 UbG ohne vorhergehende Untersuchung der betroffenen Person durch den von Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes gem § 9 UbG beigezogenen Arzt Missbrauch der Amtsgewalt begründen. Die genannten Organe sind berechtigt und verpflichtet, eine Person, bei der sie die Voraussetzungen der Unterbringung für gegeben erachten, zur Untersuchung zum Arzt zu bringen oder diesen beizuziehen. Bescheinigt der Arzt die Voraussetzungen der Unterbringung, ist die betroffene Person in eine psychiatrische Abteilung zu bringen. Die Ausstellung einer solchen Bescheinigung, die der Sache nach einen an die Organe der öffentlichen Sicherheit gerichteten, die persönliche Freiheit des Betroffenen entziehenden Befehl darstellt, ist funktional der Sicherheitsbehörde zuzurechnen, ist also als Akt unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt Amtsgeschäft in Vollziehung der Gesetze. Anders verhält es sich im Fall der Beiziehung des Arztes auf der Grundlage des § 197 Abs 1 ÄrzteG, demzufolge Distrikts-, Gemeinde-, Kreis- und Sprengelärzte verpflichtet sind, als **nichtamtliche** Sachverständige Untersuchungen zwecks Ausstellung einer Bescheinigung nach § 8 UbG vorzunehmen, wenn hierfür ein anderer im öffentlichen Sanitätsdienst stehender Arzt oder Polizeiarzt nicht zur Verfügung steht. § 302 StGB kommt hier nicht in Betracht, denn der kraft Gesetzes nicht als Amtssachverständiger agierende Arzt gibt in diesem Fall lediglich eine gutachterliche Stellungnahme als Beweismittel für die nachfolgende Entscheidung ab (EvBl 2018/49, 321 = 17 Os 11/17 x).

Für die Erstattung eines falschen Befunds oder eines falschen Gutachtens durch einen vom Gericht oder von einer Verwaltungsbehörde für ein bestimmtes Verfahren bestellten – also nicht dem Beamtenbegriff unterliegenden – Sachverständigen sieht das Gesetz eigene Tatbestände vor (§ 288 Abs 1, § 289 StGB).

Falsche Privatgutachten, die von einem privat beauftragten Experten erstellt wurden, können Tatobjekt von § 293 StGB (falsches Beweismittel) oder von § 147 Abs 1 Z 1 StGB (Beweismittelbetrug) sein.

Der für ein bestimmtes Verfahren bestellte **Dolmetscher** ist eine Hilfsperson der Strafverfolgungsbehörden (*Hinterhofer* in WK StPO Vor §§ 125–128 Rz 1) bzw des Gerichts (RIS-Justiz RS0098162); vorsätzliche Falschübersetzung unterliegt der Beurteilung nach § **293 StGB**.

Nach einer vereinzelt Meinung (*Ifsits*, Bestechliche Dolmetscher ? ÖJZ 2019, 662) sind im Strafverfahren beigezogene Dolmetscher Beamte iSd § 74 Abs 1 Z 4 StGB (und demzufolge auch Amtsträger iSd § 174 Abs 1 Z 4 a StGB). In der Judikatur des OGH findet diese Aussage keine Bestätigung.

Als Sachverständiger handelt ein Dolmetscher, wenn er im Auftrag von Gericht oder Staatsanwaltschaft die Richtigkeit der Übersetzung eines anderen begutachtet.

Eine **Person mit besonderem Fachwissen** (§ 249 Abs 3 StPO) ist weder Sachverständiger noch kann sie Gutachten erstatten; sie ist bei der kritischen Hinterfragung eines Sachver-

ständigengutachtens ein zur Unterstützung des Angeklagten (Verteidigers) beigezogener privater Experte.

3. Sonderfall Privatwirtschaftsverwaltung



Mit Aufgaben der Privatwirtschaftsverwaltung betraute Personen sind Beamte.

Unter **Privatwirtschaftsverwaltung** ist jener Bereich staatlicher Tätigkeit zu verstehen, in dem zwischen Staat und anderen Rechtssubjekten rechtliche Gleichwertigkeit besteht, der Staat also als Träger subjektiver Rechte handelt und sich zur Erreichung seines Verwaltungsziels nur jener Rechtsinstitute bedienen kann, die auch den Normunterworfenen zur Verfügung stehen (zB Klage bei Gericht). Der jeweilige Rechtsträger (Bund, Land oder Gemeinde) handelt in diesem Bereich „wie ein Privater“, er tätigt Rechtsgeschäfte (etwa Abschluss von Mietverträgen, Einkauf von Büromaterial, Inanspruchnahme von Dienstleistungen wie Malerarbeiten) oder betreibt ein Gewerbe (zB eine landeseigene Werkstatt für Dienstfahrzeuge). **11**

Im Gegensatz tritt der Staat im Rahmen der **Hoheitsverwaltung** als Träger hoheitlicher Befugnisse den Normunterworfenen im Verhältnis der Überordnung entgegen und bedient sich hoheitlicher Rechtsformen (zB Urteil, Bescheid).



Im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung tätige Beamte können nicht Täter eines Amtsmissbrauchs sein.

Für die Beamtenqualifikation ist es ohne Bedeutung, ob die im Namen und als Organ des Rechtsträgers vorgenommenen Tätigkeiten Akte der Hoheitsverwaltung oder Privatwirtschaftsverwaltung darstellen; auch in letzterem Fall liegt ein Handeln als „Beamter“ vor. Bedeutsam ist die Abgrenzung jedoch für das Tatbild des Missbrauchs der Amtsgewalt nach § 302 StGB, **das auf Missbräuche „in Vollziehung der Gesetze“, sohin hoheitsrechtliche Akte, beschränkt bleibt.** Für Missbräuche eines Beamten im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung kommt insb Untreue nach § 153 StGB (unter Ausnützung der Amtsstellung nach § 313 StGB), in Betracht. **12**

4. Sonderfall selbstständiger Wirtschaftskörper



Organe und sonstige Bedienstete sind keine Beamten im strafrechtlichen Sinn.

Von der Privatwirtschaftsverwaltung strikt zu trennen ist jene Wirtschaftstätigkeit, die von der öffentlichen Hand in anderer rechtlicher Organisationsform, etwa im Rahmen von Kapitalgesellschaften, ausgeübt wird. Diese sogenannten **selbstständigen Wirtschaftskörper** sind durch einen – privaten Unternehmen angenäherten und von der übrigen staatlichen Verwaltung getrennten – Verwaltungsapparat gekennzeichnet. Sie zählen nicht zu jenen Rechtsträgern und Institutionen, auf welche die Beamtendefinition des § 74 Abs 1 Z 4 StGB abzielt. Die dort tätigen Organe und Bediensteten sind, selbst wenn sie – wie etwa im Fall eines zur Verfügung gestellten karenzierten Beamten – in einem Dienstverhältnis zu einer Gebietskörperschaft stehen, nicht Beamte im strafrechtlichen Sinn und scheiden solcherart als unmittelbare Täter des Amtsmissbrauchs aus (SSSt 54/50 = 10 Os 67/83); ebenso wenig kann ihnen, anders als den im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung tätigen Personen, die Ausnützung einer Amtsstellung (§ 313 StGB) angelastet werden. **13**