

I. Korruptionsstrafrecht im Überblick

Korruption ist ein kriminologischer Begriff, der nach allgemeinem Sprachgebrauch jegliche Art von Pflichtwidrigkeit bis hin zum Befugnismissbrauch im Austausch gegen einen Vorteil umfasst, und zwar im öffentlichen und privaten Bereich. Missbrauch der Amtsgewalt und Untreue erfassten seit jeher maßgebliche Bereiche dieser speziellen Delinquenz. Eingang in die österreichische Strafrechtsterminologie hat der Begriff „Korruption“ im sogenannten ersten Antikorruptionsgesetz des Jahres 1964 gefunden, mit dem Strafbestimmungen gegen Geschenkkannahme und Bestechung leitender Angestellter eines Unternehmens sowie gegen verbotene Intervention geschaffen wurden. Die in weiteren Gesetzen vorgenommene Aus- und Neugestaltung der Kriminalisierung von Bestechlichkeit und Bestechung im öffentlichen und privaten Sektor führte zum KorrStrÄG 2012, mit dem der Begriff „Korruption“ erstmals im StGB in der Überschrift des 22. Abschnitts verankert und der davon umfasste Bereich des materiellen Strafrechts in erheblichem Ausmaß reformiert wurde. Mit dem KorrStrÄG 2023 wurde die Strafbarkeit der Bestechlichkeit und Bestechung auf Kandidaten für ein Amt erweitert.

Pflichtwidriges, allenfalls Missbrauch eingeräumter Befugnis erfassendes Verhalten kennzeichnet die Mehrzahl der unter dem Sammelbegriff der Korruptionsdelikte zusammengefassten strafbaren Handlungen. Die § 305 Abs 1 und § 306 Abs 1 StGB erfassen im Hinblick auf das der öffentlichen Verwaltung abzufordernde absolute Sachlichkeitsgebot auch die pflichtgemäße Amtsführung.

§ 302 StGB: wissentlicher Missbrauch der Befugnis eines **Beamten im Bereich der Hoheitsverwaltung** mit dem Vorsatz auf Schädigung des Rechts eines anderen – s dazu Abschnitt II.

§ 153 StGB iVm § 313 StGB: wissentlicher Befugnismissbrauch eines **Beamten im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung** verbunden mit dem Zufügen eines Vermögensnachteils.

§ 153 StGB: wissentlicher Befugnismissbrauch **verbunden mit dem** Zufügen eines Vermögensnachteils im **Privatbereich** – s dazu Abschnitt II ab Rz 65 ff.

§ 304 Abs 1 erster Satz StGB: Bestechlichkeit eines Amtsträgers oder Schiedsrichters für pflichtwidriges Amtsgeschäft.

§ 304 Abs 1 zweiter Satz StGB: Bestechlichkeit eines Sachverständigen für unrichtige Befund- oder Gutachtenserstattung.

§ 304 Abs 1 a StGB: Bestechlichkeit eines Kandidaten für ein Amt.

§ 305 StGB: Vorteilsannahme durch einen Amtsträger oder Schiedsrichter für pflichtgemäßes Vornehmen oder Unterlassen eines Amtsgeschäfts.

§ 306 StGB: Vorteilsannahme durch einen Amtsträger oder Schiedsrichter zur Beeinflussung.

§ 307 Abs 1 erster Satz StGB: Bestechung eines Amtsträgers oder Schiedsrichters für pflichtwidriges Amtsgeschäft.

§ 307 Abs 1 zweiter Satz StGB: Bestechung eines Sachverständigen für unrichtige Befund- oder Gutachtenserstattung.

I. Korruptionsstrafrecht im Überblick

§ 307 Abs 1 a StGB: Bestechung eines Kandidaten für ein Amt.

§ 307 a StGB: Vorteilszuwendung an einen Amtsträger oder Schiedsrichter für pflichtgemäßes Amtsgeschäft.

§ 307 b StGB: Vorteilszuwendung zur Beeinflussung.

§ 308 StGB: Verbotene Intervention.

§ 309 StGB: Geschenkkannahme und Bestechung von Bediensteten oder Beauftragten im Zusammenhang mit pflichtwidrigen Rechtshandlungen.

§ 153 a StGB: Geschenkkannahme durch Machthaber im Privatbereich.

§ 153 b StGB: Förderungsmisbrauch.

§§ 168 b, 168 f und 168 g StGB: wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Vergabeverfahren, Betrug und Missbrauch zum Nachteil der EU und zur **Verbandsverantwortlichkeit** (VbVG).

II. Amtsmissbrauch – § 302 StGB

Missbrauch der Amtsgewalt

§ 302. (1) Ein Beamter, der mit dem Vorsatz, dadurch einen anderen an 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 50000 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 oder in einem spezifisch funktionalen Zusammenhang zu einem Hoheitsakt stehende 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

A. Subjekt – Beamter

c) Befugnismissbrauch durch Unterlassen	32–36
aa) Kein Anwendungsfall des § 2 StGB	33, 34
bb) 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
H. Ausnützen einer Amtsstellung	74
I. Diversion	75–78

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 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) als strafrechtlicher Beamter behandelt werden. Das StGB schafft einen eigenständigen Begriff des Beamten.



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 sind, 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 Staats-

bürger 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

Merkmal des ersten Typus von Beamten ist dessen Kompetenz, als **bestelltes Organ der angeführten Rechtsträger in deren Namen Rechtshandlungen vorzunehmen**. Welche Bedeutung diesen Rechtshandlungen zukommt, ist unerheblich; es darf sich nur nicht um bloß faktische Verrichtungen handeln (SSt 49/32 = 10 Os 117/77). **2**

Rechtshandlungen sind behördliche Entscheidungen aller Art (zB Urteile, Beschlüsse, Bescheide, Verfügungen, Anordnungen, Anträge, behördeninterne oder nach außen gerichtete Weisungen, Aufträge oder Ersuchen) sowie 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 Wirtschaftstreuhänder), 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 Verwaltungsrecht⁶ Rz 78 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, ist er (nur) in dieser Eigenschaft Beamter.

b) Zweiter Typus: Mit Verwaltungsaufgaben Betraute

Beamte nach dem zweiten 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**

A. Subjekt – Beamter

„**Sonstige Aufgaben**“ sind alle Tätigkeiten im Rahmen der Gerichtsbarkeit oder der öffentlichen Verwaltung, sofern sie keine Rechtshandlungen sind. 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 – nicht maßgeblich, 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.

c) Dritter Typus: Auslandsbezug

- 4 Beamte nach dem dritten Typus sind Personen, die **nach einem anderen Bundesgesetz** oder auf Grund einer **zwischenstaatlichen Vereinbarung** bei einem Einsatz im Inland einem österreichischen Beamten **gleichgestellt** sind. Zuzufolge der fortschreitenden Vereinheitlichung der strafrechtlichen Zusammenarbeit (insb zwischen den Mitgliedstaaten der EU) kommen vermehrt Nichtösterreicher grenzüberschreitend auf österreichischem Hoheitsgebiet in hoheitlicher Funktion zum Einsatz. Die funktionelle Gleichartigkeit der Tätigkeit bedingt die rechtliche Gleichstellung mit österreichischen Beamten.

Eine derartige Gleichstellung findet sich im Bundesgesetz über die judizielle Zusammenarbeit in Strafsachen mit den Mitgliedstaaten der Europäischen Union (§ 55 k Abs 3 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 auch künftig mit dem 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 (RIS-Justiz RS0092043). Ein **dienstrechtliches Ernennungs- oder Anstellungsverhältnis** oder die Einbindung in die Organisationsstruktur des Rechtsträgers wird im Regelfall zwar vorliegen, stellt aber keine Voraussetzung der Beamteneigenschaft dar (14 Os 65/23 z). 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 Angelo- bung, 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 Aus- übung der betreffenden Funktion.

Beamte sind Polizisten als Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes. Auch **Polizeischü- ller** 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).

6

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

Keine Beamten sind Erwachsenenvertreter sowie ungeachtet gerichtlicher Bestellung Insol- venz- oder Sanierungsverwalter; sie agieren nicht im Namen des Bundes. Der von einer Gemeinde als Vertreter in einem Rechtsstreit bestellte Rechtsanwalt ist mangels Organstel- lung 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-Ver- fahrensgesetz). 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 Bun- desregierung 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 *Nordmeyer* in WK² StGB § 302 Rz 19). Dass mit der Ausbil- dung von Soldaten befasste Offiziere und Unteroffiziere Beamte sind, ist unstrittig (SSt 50/54);

7

A. Subjekt – Beamter

die Stellung des Vorgesetzten eines Zivildienstleistenden (§ 38 Abs 5 ZDG) begründet hingegen für sich allein keine Beamteneigenschaft (RIS-Justiz RS0128199). Die konkret wahrzunehmende Aufgabe bestimmt auch, ob kurzfristig herangezogene Aushilfskräfte Beamte sind.

- 7 Neben diesen im Regelfall in die Organisationsstruktur des Rechtsträgers fest eingebundenen Personen, die gleichsam „hauptberuflich“ im Bereich der Hoheitsverwaltung tätig sind, werden auch extrane, etwa freiberuflich tätige Personen und – als Folge der 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:

- eine gemäß § 27 a Epidemiegesetz 1950 bescheidmäßig bestellte geeignete Person zur Unterstützung bei Maßnahmen im Rahmen der Bekämpfung der Ausbreitung des Erregers SARS-CoV-2,
- ein vom Jagdpächter bestellter, von der zuständigen Bezirksverwaltungsbehörde förmlich „in Eid und Pflicht“ genommener 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 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),
- ein von Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes gem § 9 Abs 1 UbG beigezogener (Stadt-)Arzt.

In Ansehung beliehener Unternehmen wurde die funktionale Beamteneigenschaft zuerkannt:

- dem zur Ausstellung eines Gutachtens nach § 57a Abs 4 KFG ermächtigten Gewerbetreibenden einschließlich des ausführenden Personals (SSSt 2003/98 = 13 Os 151/03; 11 Os 23/10 g, 14 Os 50/23 v); sofern den von ermächtigten Versicherungen eingerichteten Zulassungsstellen dem Hoheitsbereich zugehörige Aufgaben übertragen sind (etwa die Zulassung von Fahrzeugen samt Zuweisen von Kennzeichen; § 40a 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 (SSSt 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) [Beamteneigenschaft setzt aber voraus, auf Grundlage einer individuellen Ermächtigung oder als Dienstnehmer eines durch Verwaltungsakt mit hoheitlichen Aufgaben betrauten privaten Unternehmens als Straßenaufsichtsorgan tätig zu werden; die ohne Bezugnahme auf die rechtliche Grundlage getroffene Feststellung, „im Auftrag“ der Gemeinde Aufgaben der Verkehrsüberwachung wahrzunehmen, reicht nicht aus (14 Os 118/19 p)],
- 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, 24a KFG) Ermächtigten (EvBl 2016/136, 938 = 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 in 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 (17 Os 21/15 i; so 14 Os 86/22 m in Bezug auf die Funktion des Gemeinderats als Baubehörde zweiter Instanz). 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 Gutachter ist in dieser Funktion – ebenso wie ein **Amtsarzt** einer Landespolizeidirektion (14 Os 78/23 m), ein **Polizei(amts)arzt** auch **ohne Dienstverhältnis** zur jeweiligen Behörde (EvBl 2020/91, 616 = 11 Os 76/19 i; RIS-Justiz RS0132921), oder ein **Amtstierarzt** einer Bezirkshauptmannschaft (EvBl 1995/16, 67 = 12 Os 111/94) – Beamter iSd § 74 Abs 1 Z 4 StGB.

Die missbräuchliche Gutachtenserstellung durch einen Amtssachverständigen kann Tathandlung 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 Ausstellung einer solchen Bescheinigung 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 Beziehung 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 Sachverständigengutachtens ein zur Unterstützung des Angeklagten (Verteidigers) beigezogener privater Experte.