

Eingereicht von  
**Ilona Viehböck**

Angefertigt am  
**Institut für  
Strafrechtswissenschaften**

Beurteiler / Beurteilerin  
**Ass.-Prof.<sup>in</sup> Mag.<sup>a</sup> Dr.<sup>in</sup> Ingrid  
Mitgutsch**

August 2017

# **Ausgewählte Probleme des Amtsmissbrauchs**



Diplomarbeit

zur Erlangung des akademischen Grades

**Magistra der Rechtswissenschaften**

im Diplomstudium

Rechtswissenschaften

## EIDESSTATTLICHE ERKLÄRUNG

Ich erkläre an Eides statt, dass ich die vorliegende Diplomarbeit selbstständig und ohne fremde Hilfe verfasst, andere als die angegebenen Quellen und Hilfsmittel nicht benutzt bzw. die wörtlich oder sinngemäß entnommenen Stellen als solche kenntlich gemacht habe.

Die vorliegende Diplomarbeit ist mit dem elektronisch übermittelten Textdokument identisch.

Wilhering, im August 2017

## **DANKSAGUNG**

Ein großer Dank gilt meiner Betreuerin, Frau Ass.-Prof.<sup>in</sup> Mag.<sup>a</sup> Dr.<sup>in</sup> Ingrid Mitgutsch, die mich ungeachtet mehrerer Anläufe – was meine vorliegende Diplomarbeit betrifft – niemals aufgeben hat! Sie hat mich dabei unterstützt, dieses äußerst interessante Thema aufzugreifen und war immer mit Rat und Tat unterstützend für mich da, wenn ich sie gebraucht habe.

Diese Arbeit ist meiner lieben Familie gewidmet. Allen voran meinem geliebten Mann André, der mich immer wieder – trotz meines schon fortgeschrittenen Alters – dazu ermutigt hat, mein Studium noch zu beenden.

Ein ganz großer Dank gilt meinen Schwiegereltern, ohne deren tatkräftige Hilfe und Unterstützung, bei der Betreuung unserer beiden kleinen Kinder, diese Arbeit niemals fertiggestellt werden hätte können. Außerdem hat sich meine Schwiegermutter Edith auch die Mühe gemacht, diese Arbeit gründlich zu lesen und zu korrigieren!

Überdies möchte ich meinen Eltern danken, ohne deren finanzielle Unterstützung es mir nicht möglich gewesen wäre, überhaupt zu studieren. Insbesondere aber meiner Mutter, die mir trotz ihrer schweren Krankheiten, als einzige gesagt hat, dass sie stolz auf mich ist, dass ich mein Studium doch noch zu Ende bringe- das ist mir ganz besonders viel wert!

Und nicht zuletzt meinen beiden Liebsten auf der Welt, Amelie und Anna, die in dieser – für uns alle sehr – anstrengenden Phase leider etwas zurückstecken mussten. Ich liebe euch über alles auf der Welt!

Vielen Dank für Eure Unterstützung, Ermutigung und vor allem Nachsicht mit mir!

## Inhaltsverzeichnis

|  |           |
|--|-----------|
| <b>I. Abkürzungsverzeichnis.....</b>   | <b>6</b>  |
| <b>II. Einleitung .....</b>  | <b>10</b> |
| <b>III. Allgemeines zum Missbrauch der Amtsgewalt § 302.....</b>                   | <b>10</b> |
| <b>A. Geschichtliche Entwicklung des § 302 .....</b>                               | <b>10</b> |
| <b>B. Deliktstypus.....</b>  | <b>12</b> |
| <b>C. Geschütztes Rechtsgut .....</b>  | <b>13</b> |
| <b>IV. Tatbestand .....</b>  | <b>15</b> |
| <b>A. Allgemeines .....</b>  | <b>15</b> |
| <b>B. Objektiver Tatbestand.....</b>   | <b>15</b> |
| 1. Der Täter / Beamtenbegriff nach § 74 Abs 1 Z 4 .....                            | 15        |
| 2. Die Ausführungshandlung / der Befugnismissbrauch .....                          | 16        |
| a) Die Befugnis zur Vornahme von Amtsgeschäften.....                               | 16        |
| (1) Befugnis.....  | 16        |
| (2) Amtsgeschäfte.....   | 17        |
| (3) In Vollziehung der Gesetze .....   | 18        |
| b) Missbrauch der Befugnis .....   | 20        |
| <b>C. Subjektiver Tatbestand.....</b>  | <b>22</b> |
| 1. Allgemeines .....   | 22        |
| 2. Tatvorsatz.....   | 24        |
| a) Der wissentliche Befugnismissbrauch.....  | 24        |
| (1) Allgemeines .....  | 24        |
| (2) Feststellung der Wissentlichkeit als unabdingbares Vorsatzerfordernis.....     | 24        |
| (3) Wissentlichkeit bei vorliegendem Verbotsirrtum gem § 9? .....                  | 26        |
| b) Sonstiger Tatvorsatz.....   | 27        |
| 3. Erweiterter Vorsatz – Der Schädigungsvorsatz .....                              | 28        |
| a) Allgemeines .....   | 28        |
| b) Schadenseintritt als Erfolg?.....   | 29        |
| c) Schädigung an Rechten .....   | 30        |
| d) Verknüpfung zweier Tatbestandsmerkmale mittels „dadurch“ .....                  | 34        |
| e) Befangenheit .....  | 35        |
| <b>D. Beteiligung am Amtsmissbrauch.....</b>                                       | <b>35</b> |
| 1. Objektive Voraussetzungen .....   | 35        |
| 2. Vorsatz des Beamten als Erfordernis der Beteiligung?.....                       | 36        |
| 3. Subjektive Voraussetzungen.....   | 37        |
| 4. Häufigste Anwendung in der Praxis .....   | 38        |
| <b>E. Aktuelles Beispiel aus der Rechtsprechung zur subjektiven Tatseite .....</b> | <b>39</b> |
| <b>V. Exkurs: Kurzer Vergleich mit bzw Abgrenzung zu § 153 Untreue .....</b>       | <b>39</b> |
| <b>A. Allgemeines .....</b>  | <b>39</b> |
| <b>B. Objektiver Tatbestand.....</b>   | <b>40</b> |
| <b>C. Subjektiver Tatbestand .....</b>   | <b>41</b> |

|   |           |
|---|-----------|
| <b>D. Beteiligung an der Untreue.....</b>                               | <b>42</b> |
| <b>E. Ein Fall aus der Rspr zur Abgrenzung von § 302 und § 153.....</b> | <b>43</b> |
| <b>VI. Fazit und Schlusswort .....</b>                                  | <b>44</b> |
| <b>VII. Literaturverzeichnis .....</b>                                  | <b>46</b> |

## I. Abkürzungsverzeichnis

|         |   |
|---------|---|
| aA      | andere/r Ansicht  |
| aaO     | am angeführten Ort  |
| ABGB    | Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch JGS 1811/946  |
| Abs     | Absatz  |
| abw     | abweichend  |
| AHG     | Bundesgesetz über die Haftung der Gebietskörperschaften und der sonstigen Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts für in Vollziehung der Gesetze zugefügte Schäden – Amtshaftungsgesetz BGBl 1949/20 |
| AktienG | Aktiengesetz BGBl 1997/114  |
| aM      | anderer Meinung   |
| Anm     | Anmerkung   |
| AnwBl   | Österreichisches Anwaltsblatt (1970 ff)   |
| arg     | argumento (folgt aus)   |
| Art     | Artikel   |
| AT      | Allgemeiner Teil  |
| AVG     | Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz BGBl 1991/51  |
| BauO    | Bauordnung  |
| bbl     | Baurechtliche Blätter (1998 ff)   |
| BDG     | Beamten-Dienstrechtsgesetz BGBl 1979/333  |
| BG      | Bezirksgericht  |
| BGBI    | Bundesgesetzblatt   |
| BH      | Bezirkshauptmannschaft  |
| BlgNR   | Beilage(n) zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates  |
| BMJ     | Bundesministerium für Justiz  |
| BT      | Besonderer Teil   |
| B-VG    | Bundes-Verfassungsgesetz BGBl 1930/1  |
| BVwG    | Bundesverwaltungsgericht  |
| bzw     | beziehungsweise   |
| ca      | cirka/zirka (ungefähr)  |
| dh      | das heißt   |
| Dr.     | Doktor  |
| DSG     | Datenschutzgesetz 2000 BGBl 1999/165  |
| E       | Entscheidung  |
| ebd     | ebenda  |
| EDV     | Elektronische Datenverarbeitung   |

|           |   |
|-----------|---|
| EMRK      | Europäische Menschenrechtskonvention BGBl 1958/210  |
| ErläutRV  | Erläuterungen zur Regierungsvorlage   |
| etc       | et cetera   |
| EU        | Europäische Union   |
| EvBl      | Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen, veröffentlicht in der Österreichische Juristen-Zeitung                     |
| f         | folgende, und der, die  |
| ff        | folgenden, und der, die   |
| FN        | Fußnote   |
| gem       | gemäß   |
| GewO      | Gewerbeordnung 1994 BGBl 1994/194   |
| GP        | Gesetzgebungsperiode  |
| hA        | herrschende Ansicht   |
| hL        | herrschende Lehre   |
| hM        | herrschende Meinung   |
| Hrsg      | Herausgeber   |
| HS        | Halbsatz  |
| idF       | in der Fassung  |
| idR       | in der Regel  |
| insb      | insbesondere  |
| internat  | international   |
| ieS       | im engeren Sinn   |
| iS        | im Sinn   |
| iSd       | im Sinn des, - der  |
| iSv       | im Sinne von  |
| iVm       | in Verbindung mit   |
| JA        | Justizausschuss   |
| JAB       | Justizausschussbericht  |
| JAP       | Juristische Ausbildung und Praxisvorbereitung (1990 ff)   |
| JBl       | Juristische Blätter   |
| JSt       | Journal für Strafrecht (2003 ff)  |
| Jus-Extra | Aktuelle monatliche Fachinformation aus den österreichischen Gerichtshöfen (Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur) |
| jusIT     | Fachzeitschrift für Rechtsinformation, Datenschutz und IT-Recht   |
| JVA       | Justizvollzugsanstalt   |
| Kap       | Kapitel   |
| KFG       | Kraftfahrgesetz BGBl 1967/267   |
| Kfz       | Kraftfahrzeug, -e   |

|          |  |
|----------|--|
| krit     | kritisch   |
| Lfg      | Lieferung  |
| LG       | Landesgericht  |
| lit      | litera (Buchstabe)   |
| LJZ      | Liechtensteinische Juristen-Zeitung  |
| LSK      | Leitsatzkartei (ÖJZ)   |
| ME       | Ministerialentwurf   |
| mN       | mit Nachweisen   |
| OGH      | Oberster Gerichtshof   |
| ÖJZ      | Österreichische Juristenzeitung  |
| österr   | österreichisch, -e, -er, -es   |
| ÖVP      | Österreichische Volkspartei  |
| RdW      | Österreichisches Recht der Wirtschaft  |
| RIS      | Rechtsinformationssystem des Bundes  |
| RS       | Rechtssatz   |
| Rspr     | Rechtsprechung   |
| Rz       | Randziffer   |
| RZ       | Österreichische Richterzeitung   |
| SbgK     | Salzburger Kommentar   |
| schwStGB | Schweizerisches Strafgesetzbuch  |
| sog      | sogenannte   |
| SSt      | Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes in Strafsachen und<br>Disziplinarangelegenheiten |
| StF      | Stammfassung   |
| StG      | Strafgesetz  |
| StGB     | Strafgesetzbuch BGBl 1974/60   |
| StPG     | Strafrechtliche Probleme der Gegenwart   |
| StPO     | Strafprozessordnung BGBl 1975/631  |
| StRÄG    | Strafrechtsänderungsgesetz   |
| StVO     | Straßenverkehrsordnung 1960 BGBl 1960/159  |
| ua       | unter anderem  |
| usw      | und so weiter  |
| uU       | unter Umständen  |
| UWG      | Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb BGBl 1984/448                                 |
| vgl      | vergleiche   |
| Vorbem   | Vorbemerkung, -en  |
| WaffG    | Bundesgesetz über die Waffenpolizei – Waffengesetz 1996 BGBl 1997/12                       |
| WK       | Wiener Kommentar   |



zB                    zum Beispiel  
ZfV                    Zeitschrift für Verwaltung  
zit                     zitiert  
ZustellG             Bundesgesetz über die Zustellung behördlicher Dokumente  
                          (Zustellgesetz) BGBl 1982/200

## II. Einleitung

Mein Entschluss, dieses Thema aufzugreifen, beruht einerseits auf besonderem persönlichen Interesse, andererseits darauf, dass es beim täglichen Aufschlagen der Zeitung bzw. beim Hören und Sehen anderer Medien leider immer wieder eine große Rolle spielt. Dennoch gibt es nur eine sehr geringe Anzahl von Verurteilungen<sup>1</sup> nach § 302 StGB.<sup>2</sup> Im Durchschnitt sind es (im Zeitraum zwischen 1975 und 2008) laut der jährlich von der Statistik Austria, im Auftrag des BMJ, herausgegeben Kriminalstatistik ca 75 pro Jahr.<sup>3</sup> Diese Tatsache alleine gibt schon Grund genug, das Delikt einmal kritisch zu betrachten. Darüber hinaus zeigen sich seit Jahrzehnten Kontroversen in Lehre und Rspr, die nicht zuletzt auf die sehr allgemeine und umfassende Formulierung des Tatbestandes mit außerdem weitgehend unbestimmten Tatbestandsmerkmalen zurückzuführen sind.<sup>4</sup>

Man bedenke zum Beispiel den in den vergangenen Jahren aktuellen Gewerkschaftsskandal oder auch das Debakel bezüglich der von der ÖVP gekauften Eurofighter, wobei – unter anderem auch – Herrn Dr. *Schüssel*, ehemaliger österr Bundeskanzler, von der Opposition Amtsmisbrauch vorgeworfen wurde. Ganz aktuell wird zurzeit auch gegen zwei der drei Richter des BVwG<sup>5</sup>, durch deren Spruch der Bau der dritten Flughafenpiste am Flughafen Wien/Schwechat einstweilen nicht zugelassen wurde, wegen des Verdachts auf Befangenheit und Amtsmisbrauch ermittelt.

Auch wenn „*die Amtsdelikte im 22. Abschnitt des StGB*“ (Strafbare Verletzungen der Amtspflicht, Korruption und verwandte strafbare Handlungen), wie von *Bertel* treffend festgestellt, „*kein sehr erfreuliches Thema sind*“<sup>6</sup>, entpuppt sich der Tatbestand des § 302 als „*der zentrale Straftatbestand der österr Amtsdelikte*“<sup>7</sup>, gleichwohl als unerschöpfliches Thema. Aufgrund der großen Ähnlichkeit mit dem gerade aktuell novellierten § 153 Untreue sollen im Anschluss die beiden Delikte in einem kurzen Exkurs gegenübergestellt werden.

## III. Allgemeines zum Missbrauch der Amtsgewalt § 302

### A. Geschichtliche Entwicklung des § 302

Korruption und Amtsmisbrauch scheint es genauso lange zu geben wie öffentliche Ämter selbst.<sup>8</sup>

<sup>1</sup> Vgl *Wegscheider*, BT<sup>4</sup> 461.

<sup>2</sup> Paragraphen ohne nähere Bezeichnung beziehen sich auf das Bundesgesetz vom 23. Jänner 1974 über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen (Strafgesetzbuch – StGB), StF: BGBl 1974/60.

<sup>3</sup> Vgl *Premissl*, Strafrechtsschutz 75.

<sup>4</sup> Vgl *Kienapfel/Schmoller*, BT III<sup>2</sup> § 302 ff Rz 2.

<sup>5</sup> Das BVwG wurde im Zuge einer Novellierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit (BGBl I 2012/51) eingerichtet und ist seither unter anderem auch für Entscheidungen über Beschwerden im Bereich von Umweltverträglichkeitsprüfungen und der öffentlichen Auftragsvergabe des Bundes zuständig; vgl [https://www.bvwg.gv.at/fachbereiche/start\\_fb.html](https://www.bvwg.gv.at/fachbereiche/start_fb.html), abgerufen am 27.07.2017.

<sup>6</sup> *Bertel*, LJZ 1988, 126 (126).

<sup>7</sup> *Kienapfel/Schmoller*, BT III<sup>2</sup> § 302 Rz 1.

<sup>8</sup> Vgl *Kienapfel/Schmoller*, BT III<sup>2</sup> Vorbem §§ 302 ff Rz 10.

Bereits das Römische Recht beinhaltet *Prozess- und Advocatendelicta*, darunter fallen die Richterbestechung und verwandte Fälle<sup>9</sup>, ebenso die *Geschenkannahme und Erpressung der Sachwalter*<sup>10</sup> und der Beamten.<sup>11</sup>

In Österreich gab es schon in der Constitutio Criminalis Theresiana von 1769 den 97. Artikel über den „untreuen Beamten“, welcher allerdings einen sehr weiten Tatbestand aller möglichen Amtspflichtverletzungen umfasste.<sup>12</sup> Im Josephinischen Strafgesetzbuch von 1787 hingegen ist der § 58 schon wesentlich enger gefasst.<sup>13</sup> Bereits im StG 1852<sup>14</sup> lautet das Delikt „Mißbrauch der Amtsgewalt“ § 101 StG<sup>15</sup> und ist somit Vorläufer des heute geltenden § 302. Da das Bürgerliche Gesetzbuch mit „Gewalt“ die Vollmacht meint<sup>16</sup> ist hier bereits dem Wortlaut nach eine deutliche Einschränkung des Delikts zu erkennen. Jedoch judizierte der OGH, als das StG 1852 in Kraft war, sehr uneinheitlich.<sup>17</sup> Grund dafür war die in Lehre und Rspr äußerst umstrittene Auslegung des Tatbestandes.<sup>18</sup> Schon damals kam es aufgrund der oft schwer nachzuweisenden subjektiven Tatseite selten zur Anklage.<sup>19</sup> Zu bemerken ist, dass das Delikt jenem des Betruges ähnlich konzipiert war, nämlich in Bezug auf die Vornahme einer Handlung zum Zwecke der Schadenszufügung, der Unterschied lag allerdings im Mittel, welches dazu in Anspruch genommen wurde.<sup>20</sup> Von der Strafrechtsreformkommission wurde die Bestimmung, in Anlehnung an die bisherigere Auslegung des § 101 StG durch die Rspr und an einen Großteil der Lehre, radikal neu formuliert.<sup>21</sup> *Kadecka* sah nämlich, als Mitglied dieser Kommission, eine viel größere Ähnlichkeit mit dem (gerade erst 1931 eingeführten<sup>22</sup>) Tatbestand der Untreue § 205 c StG.<sup>23</sup> Beiden gemeinsam ist nunmehr, nach lebhaften Diskussionen in erster Lesung der

<sup>9</sup> Vgl *Kienapfel/Schmoller*, BT III<sup>2</sup> Vorbem §§ 302 Rz 11; *Mommsen*, Römisches Strafrecht 674.

<sup>10</sup> Alle Personen und Funktionsbezeichnungen, die in dieser Arbeit in der männlichen Form verwendet werden, gelten sinngemäß auch in der weiblichen Form.

<sup>11</sup> Vgl *Kienapfel/Schmoller* BT III<sup>2</sup> Vorbem §§ 302 Rz 11; *Mommsen* Römisches Strafrecht 705.

<sup>12</sup> Vgl *Kadecka*, JBI 1936, 133 (137).

<sup>13</sup> Vgl *R. Seiler*, JBI 1964, 437 (440). § 58 Josephinisches Strafgesetzbuch lautet: „Wer in einem Amte die anvertraute Macht und sein Ansehen anwendet, um jemanden an Ehre, Vermögen, oder wie sonst immer widerrechtlich Schaden zuzufügen, sich von Jemandem Vortheile zuzuwenden, Jemanden zur Ausführung einer bösen Absicht, und schädlichen Handlung wider einen Dritten verhilflich zu sein, macht sich des Verbrechens des gemäßbrauchten obrigkeitlichen Amtes schuldig“. Vgl Allgemeines Gesetz über Verbrechen, und derselben Bestrafung § 58.

<sup>14</sup> Dieses war auch zwischen 1938 und 1945 in Kraft.

<sup>15</sup> § 101 StG 1852 lautet: „Jeder Staats- oder Gemeindebeamte, welcher in dem Amte, in dem er verpflichtet ist, von der ihm anvertrauten Gewalt, um jemanden, sei es den Staat, eine Gemeinde oder eine andere Person, Schaden zuzufügen, was immer für einen Mißbrauch macht, begeht durch einen solchen Mißbrauch ein Verbrechen; er mag sich durch Eigennutz oder sonst durch Leidenschaft oder Nebenabsicht dazu haben verleiten lassen. Als Beamter ist derjenige anzusehen, welcher vermöge unmittelbaren oder mittelbaren Auftrages, mit oder ohne Beeidigung, Geschäfte der Regierung zu besorgen verpflichtet ist,“ vgl *Kaniak*, Strafgesetz 64.

<sup>16</sup> Vgl *Kadecka*, JBI 1936, 133 (138); vgl zB § 1016 ABGB. In den § 302 wurde aber der Begriff der „Befugnis“ aufgenommen, um den Tatbestand dadurch zu restringieren; vgl ErläutRV 285 BlgNR 23. GP 455.

<sup>17</sup> Vgl *R. Seiler*, JBI 1964, 437 (437).

<sup>18</sup> Vgl *Zagler* in SbgK § 302 Rz 3; ErläutRV 30 BlgNR 13. GP 455.

<sup>19</sup> Vgl *Finger*, Strafrecht<sup>3</sup> 897.

<sup>20</sup> Vgl dazu näher *Finger*, Strafrecht<sup>3</sup> 894.

<sup>21</sup> Vgl *Zagler* in SbgK § 302 Rz 3; ErläutRV 30 BlgNR 13. GP 455; die darin geforderte klarere Bestimmtheit des Tatbestandes wird sich im Laufe dieser Arbeit als leider nicht wirklich gelungen herausstellen.

<sup>22</sup> Vgl StG-Novelle 1931, BGBl 1931/365.

<sup>23</sup> Vgl *Zagler* in SbgK § 302 Rz 3.

Strafrechtskommission, ein wissentlicher Befugnismissbrauch<sup>24</sup> anstatt des bis dahin ausreichenden dolus eventualis.<sup>25</sup> Ein weiterer bemerkenswerter Unterschied ist, dass der neue Tatbestand auf Amtsgeschäfte abzielt, die in Vollziehung der Gesetze getätigt werden.<sup>26</sup> § 101 StG hingegen meinte unter „Geschäften der Regierung“ nicht nur „Regierungsgeschäfte“, sondern es fielen auch Akte der Privatwirtschaftsverwaltung darunter.<sup>27</sup> Die Regierungsvorlage sah überdies vor, das Tatbestandsmerkmal Beamter durch den Begriff des Amtsträgers abzulösen.<sup>28</sup> Aber auch in die Urfassung des § 302, welche nahezu unverändert in Geltung ist, wurde der Beamtenbegriff übernommen. Lediglich die Strafbarkeit wurde durch die Ergänzung einer Schadensqualifikation gem § 302 Abs 2 2. Satz – analog zu § 153 – ausgedehnt.<sup>29</sup> Grund dafür war, dass die Rspr bereits bis dahin auf einem eher unsauberen Umweg judizierte, indem qualifizierte Fälle sowohl dem § 302 als auch dem § 153 Abs 2<sup>30</sup> unterstellt wurden.<sup>31</sup> Dies war die letzte Novellierung, welche das Delikt selbst verändert hat.<sup>32</sup> Praktisch ist dies allerdings nicht weiter von Bedeutung, da ein Schaden an staatlichen Rechten meist ohnehin nicht in Geld messbar ist.<sup>33</sup>

## B. Deliktstypus

§ 302 ist ein unrechtsbezogenes Sonderdelikt iSd § 14 Abs 1, denn das deliktsspezifische Unrecht der Tat hängt von der Täterqualität ab.<sup>34</sup> Unmittelbarer Täter kann nur ein Beamter iSd § 74 Abs 1 Z 4 sein.<sup>35</sup> Einigkeit besteht darüber, dass es sich dabei außerdem um einen österr Beamten handeln muss.<sup>36</sup>

Der Missbrauch der Amtsgewalt ist – wie der Name schon vermuten lässt – als Missbrauchsdelikt konzipiert.<sup>37</sup> Der Befugnismissbrauch per se stellt das tatbestandsmäßige Verhalten dar, und genau hier findet sich die Parallele zu § 153 Untreue.<sup>38</sup> Beiden gemeinsam ist im Übrigen der

<sup>24</sup> Vgl *Hinterhofer/Rosbaud*, Strafrecht BT II<sup>6</sup> § 302 Rz 3.

<sup>25</sup> Vgl ErläutRV 285 BlgNR 23. GP 456.

<sup>26</sup> Vgl *Zagler* in SbgK § 302 Rz 9.

<sup>27</sup> Vgl *Zagler*, ebd; *Kienapfel/Schmoller*, BT III<sup>2</sup> § 302 Rz 20; *Nowakowski*, Strafrecht 207; krit dazu *Finger*, Strafrecht<sup>3</sup> 888 f.

<sup>28</sup> Vgl *Leukauf/Steininger*, Kommentar zum StGB<sup>4</sup> § 302 Rz 1; *Bertel*, Amtsmißbrauch, StPG 14, 151 (151).

<sup>29</sup> Vgl *Kienapfel/Schmoller*, BT III<sup>2</sup> Vorbem §§ 302 Rz 12; StRÄG 1987, BGBl 1987/605.

<sup>30</sup> Mit dem StRÄG 2015 wurde dem § 153 ein neuer Absatz 2 eingefügt, und die korrespondierende Wertqualifikation findet sich seither in Absatz 3 wieder, vgl JAB 728 BlgNR 25. GP 5; vgl V.

<sup>31</sup> Vgl JAB 359 BlgNR XVII. GP, 24 f.

<sup>32</sup> Es wurde lediglich bei § 302 im Jahre 2001 auf Euro umgestellt; vgl JAB 787 BlgNR XXI GP 6; in weiterer Folge wurde der Betrag der Wertqualifikation im Zuge des Budgetbegleitgesetz 2005 von 40 000 Euro auf 50 000 Euro erhöht, vgl *Leukauf/Steininger*, Kommentar zum StGB<sup>4</sup> § 302 Rz 1; ErläutRV 649 BlgNR 21. GP 7.

<sup>33</sup> Vgl *Kienapfel/Schmoller*, BT III<sup>2</sup> § 302 Rz 69.

<sup>34</sup> Vgl *Kienapfel/Schmoller*, BT III<sup>2</sup> § 302 Rz 4; *Marek/Jerabek*, Korruption<sup>9</sup> 6; *Zagler* in SbgK § 302 Rz 2; aus der Rspr vgl etwa OGH 09.04.2015, 17 Os 51/14z.

<sup>35</sup> Vgl *Kienapfel/Schmoller*, BT III<sup>2</sup> § 302 Rz 23; *Bertel* in WK<sup>2</sup> StGB § 302 Rz 1; aus der Rspr vgl etwa OGH 09.04.2015, 17 Os 51/14z = RZ-EÜ 2015/129.

<sup>36</sup> Vgl ua *Bertel/Schwaighofer*, BT II<sup>11</sup> § 302 Rz 1; *Kienapfel/Schmoller*, BT III<sup>2</sup> Vorbem §§ 302 Rz 19; *Jerabek/Reindl-Krauskopf/Ropper/Schroll* in WK<sup>2</sup> StGB § 74 Rz 3; *Nittel* in SbgK § 74 Rz 35 ff; *Hinterhofer/Rosbaud*, Strafrecht BT II<sup>6</sup> § 302 Rz 5; *Marek/Jerabek*, Korruption<sup>9</sup> 5; SSt 49/43, 57/19.

<sup>37</sup> Vgl *Kienapfel/Schmoller*, BT III<sup>2</sup> § 302 Rz 5; aus der Rspr vgl etwa OGH 30.10.1990, 14 Os 129/09s.

<sup>38</sup> Vgl *Kienapfel/Schmoller*, BT III<sup>2</sup> § 302 ebd; aus der Rspr vgl etwa OGH 27.07.2004, 11 Os 69/04; siehe dazu näher Kapitel V.

wissentliche Missbrauch iSv Fehlgebrauch der Befugnis (bzw der Vollmacht bei § 153) durch den Täter.<sup>39</sup>

Von der hM wird § 302 außerdem als schlichtes Tätigkeitsdelikt qualifiziert.<sup>40</sup> Es kommt folglich nicht auf einen tatbestandsmäßigen Erfolg, also den Eintritt eines Schadens an, wie bei den Erfolgsdelikten, sondern rein auf die Vollendung des Befugnismissbrauchs selbst.<sup>41</sup> Diese Einordnung bringt jedoch ein Problem mit sich, welches in Rspr und Lehre zu verschiedenen Meinungen führt, und zwar, wie eine Unterlassung des § 302 möglich sein soll.<sup>42</sup>

Darüber hinaus handelt es sich um ein Delikt mit überschießender Innentendenz bzw erweitertem Vorsatz.<sup>43</sup> Gefordert wird demnach ein über den objektiven Tatbestand hinausgehender Vorsatz.<sup>44</sup> Der auf die Schädigung eines anderen an seinen Rechten gerichtete Vorsatz (Schädigungsvorsatz) stellt somit ein subjektives Tatbestandsmerkmal dar.<sup>45</sup> Ein Schaden muss nicht de facto eingetreten sein, ein darauf gerichteter Vorsatz reicht für die Tatbestandsverwirklichung aus.<sup>46</sup>

### C. Geschütztes Rechtsgut

Die eher allgemein gehaltene Formulierung des Wortlauts „mit dem Vorsatz, [...] einen anderen an seinen Rechten zu schädigen“, lässt Raum für die Frage nach dem geschützten Rechtsgut.<sup>47</sup> Es handelt sich dabei allerdings – entgegen dem Wortlaut – nicht um Individualrechtsgüter, sondern nach hM vielmehr um staatliche Rechtsgüter<sup>48</sup>, zum Schutze der Allgemeinheit und des Staates.<sup>49</sup> Evidenterweise werden diese zwar laut *Kienapfel/Schmoller* ebenfalls geschützt, wenn zB auch eine individuelle Person geschädigt wird, treten aber eindeutig hinter die staatlichen Rechtsgüter zurück.<sup>50</sup> Viel weiter noch geht *Zagler*, der gerade konkrete Rechte eines anderen als das vorrangige und unmittelbare Schutzobjekt des Amtsmisbrauches ansieht.<sup>51</sup> Die hA hingegen sieht den Schutz bei den Amtsdelikten in einer reibungslosen Erfüllung der staatlichen

<sup>39</sup> Vgl *Kienapfel/Schmoller*, BT III<sup>2</sup> § 302 Rz 5; *Marek/Jerabek*, Korruption<sup>9</sup> 5; *Bertel* in WK<sup>2</sup> StGB § 302 Rz 37; siehe dazu genauer unter V.

<sup>40</sup> Vgl ua *Kienapfel/Schmoller*, BT III<sup>2</sup> § 302 Rz 8; *Hinterhofer/Rosbaud*, Strafrecht BT II<sup>6</sup> § 302 Rz 2; *Bertel* in WK<sup>2</sup> StGB § 302 Rz 37; *Wegscheider*, BT<sup>4</sup> 460 f.

<sup>41</sup> Vgl RIS-Justiz RS0096790; schon bei § 101 StG war der Schadenseintritt kein Tatbestandserfordernis; vgl auch RIS-Justiz RS0095844.

<sup>42</sup> Vgl *Kienapfel/Schmoller*, BT III<sup>2</sup> § 302 Rz 37; *Bertel/Schwaighofer*, BT II<sup>11</sup> § 302 Rz 12.

<sup>43</sup> Vgl *Kienapfel/Schmoller*, BT III<sup>2</sup> § 302 Rz 8.

<sup>44</sup> Vgl *Kienapfel/Höpfel/Kert*, AT<sup>15</sup> Z 11 Rz 23.

<sup>45</sup> Vgl dazu die Ausführungen in Kapitel IV. B. 3. b).

<sup>46</sup> Vgl *Hinterhofer/Rosbaud*, Strafrecht BT II<sup>6</sup> § 302 Rz 1; *Kienapfel/Schmoller*, BT III<sup>2</sup> § 302 Rz 8; *Marek/Jerabek*, Korruption<sup>9</sup> 47; vgl ua aus der Rspr OGH 14.09.2015, 17 Os 11/15v; 17 Os 35/15y.

<sup>47</sup> Vgl *Aicher-Hadler*, Verantwortlichkeit<sup>3</sup> 17.

<sup>48</sup> Vgl *Kienapfel/Schmoller*, BT III<sup>2</sup> § 302 Rz 1.

<sup>49</sup> Vgl *Hinterhofer/Müller*, JBl 2013, 193 (194).

<sup>50</sup> Vgl *Kienapfel/Schmoller*, BT III<sup>2</sup> Vorbem §§ 302 Rz 17; *Seling*, Privatsphäre 3. Teil III) C) 3) bb); *Hinterhofer/Müller*, JBl 2013, 193 (195); aus der Rspr vgl etwa OGH 18.06.2012, 17 Os 1/12v.

<sup>51</sup> Vgl *Zagler* in SbgK § 302 Rz 12.

Aufgaben.<sup>52</sup> Es wird sowohl das Treueverhältnis des Beamten zum Staat als auch das Vertrauen der Bürger in eine ordnungsgemäße und objektive Amtsführung<sup>53</sup> sowie die Integrität der Beamten bei ihrer Amtsführung geschützt.<sup>54</sup> Wesentlich ist die Auffassung, ob auch ein Individualrechtsgutsschutz besteht, für die Einwilligung.<sup>55</sup> Rechtsgüter der Allgemeinheit und des Staates sind dem Grunde nach nicht disponibel.<sup>56</sup> Folglich bleibt auch, wenn man sich der hM anschließt, eine rechtfertigende Einwilligung außer Betracht.<sup>57</sup>

Anders als bei anderen Amtsdelikten sind beim Missbrauch der Amtsgewalt ausnahmslos hoheitliche Vollziehungsaufgaben geschützt.<sup>58</sup> Ebenso kommt es, aufgrund des bereits erwähnten Abstellens auf spezifisch staatliche Rechtsgüter, der hM folgend, zur Restriktion auf österr staatliche Einrichtungen, wobei sich bereits bei den letzten StRÄG<sup>59</sup> eine starke Tendenz zur Ausweitung und Ansätze zur Internationalisierung zeigen.<sup>60</sup> Der etwas weitere Begriff des Amtsträgers kommt allerdings nur bei den Korruptionstatbeständen und nicht beim Amtsmissbrauch zum Tragen. Das Delikt wird deshalb nicht als Korruptionstatbestand gewertet, weil nach jüngerer Rspr<sup>61</sup> echte Konkurrenz zueinander bestehen kann und weil es bei § 302 nicht auf einen (privaten) Vorteil ankommt.<sup>62</sup>

Wird das öffentliche Interesse bei einem Sachverhalt nicht tangiert, sondern handelt es sich um bloße Pflichtwidrigkeiten im Innenverhältnis, so kommt lediglich das Disziplinarrecht zum Tragen.<sup>63</sup> Dies ist für den Beamten meist von weit weniger Tragweite.<sup>64</sup> Umgekehrt werden bei strafbaren Delikten meist auch Dienstpflichten beeinträchtigt, wobei eine disziplinarrechtliche Verfolgung strikt subsidiär zu behandeln ist.<sup>65</sup>

<sup>52</sup> Vgl ua *Kienapfel/Schmoller*, BT III<sup>2</sup> Vorbem §§ 302 Rz 1; *Hinterhofer/Rosbaud*, Strafrecht BT II<sup>6</sup> § 302 Rz 6; *Wegscheider*, BT<sup>4</sup> 460.

<sup>53</sup> Vgl *Zagler* in SbgK § 302 Rz 11; *Marek/Jerabek*, Korruption<sup>9</sup> 73.

<sup>54</sup> Vgl *Leukauf/Steininger*, Kommentar zum StGB<sup>4</sup> § 302 Rz 2; *Hinterhofer/Müller*, JBI 2013, 193 (194); vgl ua aus der Rspr OGH 03.07.1996, 13 Os 82/96; 12 Os 136/11h.

<sup>55</sup> Vgl *Hinterhofer/Müller*, JBI 2013, 193 (195).

<sup>56</sup> Vgl *Kienapfel/Höpfel/Kert*, AT<sup>15</sup> E 1 Rz 64.

<sup>57</sup> Vgl *Hinterhofer/Müller*, JBI 2013, 193 (195); krit dazu *Stricker* in *Lewisch*, 97 (116); eine rechtfertigende Einwilligung dem Grunde nach bejahend, sofern es sich um disponible, geschützte Rechte handelt, *Hinterhofer/Müller*, JBI 2013, 193 (194); aus der Rspr vgl etwa OGH 18.06.2012, 17 Os1/12v; 17 Os20/12p; 17 Os18/14x; OGH 14.03.2000, 11 Os 125/99.

<sup>58</sup> Vgl *Kienapfel/Schmoller*, BT III<sup>2</sup> Vorbem §§ 302 Rz 18; *Hinterhofer/Rosbaud*, Strafrecht BT II<sup>6</sup> § 302 Rz 7; *Zagler* in SbgK § 302 Rz 1; aus der Rspr vgl etwa OGH 16.06.1994, 15 Os 50/94.

<sup>59</sup> Insb das StRÄG 2008 mit der Einführung des wesentlich weiter formulierten Amtsträgerbegriffes in § 74 Abs 1 Z 4a zur Umsetzung verschiedener internationaler Verträge; vgl 64/ME 24. GP.

<sup>60</sup> Vgl *Kienapfel/Schmoller*, BT III<sup>2</sup> Vorbem §§ 302 Rz 19 f.

<sup>61</sup> Vgl aus der Rspr OGH 25.02.2013, 17 Os 13/12h; 17 Os 28/14t; 17 Os 21/15i.

<sup>62</sup> Die Korruptionstatbestände sind §§ 304-§ 309, § 153 a, § 160, § 265 und § 10 UWG, vgl *Schuschnigg*, Korruptionsstrafrecht Rz 7.

<sup>63</sup> Vgl *Wegscheider*, BT<sup>4</sup> 460; ErläutRV 30 BlgNR 13. GP 453.

<sup>64</sup> Als Disziplinarstrafen sind der Verweis, die Geldbuße, die Geldstrafe und als schwerste die Entlassung in § 92 BDG normiert. Vgl dazu *Kucsko-Stadlmayer*, Disziplinarrecht<sup>4</sup> 78.

<sup>65</sup> Vgl *Kucsko-Stadlmayer*, JBI 2009, 742 (748). Kritik an der Weite des Delikts allgemein und ein Vorschlag zur Einschränkung des Rechtsgüterkatalogs für den Fall, wenn nur das Recht des Staates auf konkrete Amtsführung berührt wird, dass ausschließlich das Disziplinarrecht wirksam werden soll, kommt von *Weixelbaum*; vgl *Weixelbaum*, AnwBl 2014, 649.

## IV. Tatbestand

### A. Allgemeines

Der Wortlaut des Tatbestands des § 302 ist unerfreulicherweise nicht, wie ursprünglich gewünscht und gefordert, klarer und eindeutiger geworden als der des Vorgängertatbestands § 101 StG. Ganz im Gegenteil ist er sogar sehr weit formuliert und beinhaltet auch einige unbestimmte Tatbestandsmerkmale. Manche davon scheinen sich obendrein sogar zu wiederholen.<sup>66</sup> Oder sie greifen gar ineinander<sup>67</sup>, auch wenn es beim Lesen wie eine klassische Aufzählung diverser Tatbestandsmerkmale wirkt. Aus diesem Grund ist es oftmals notwendig, beim Erläutern eines der vielen Erfordernisse, auf ein anderes zurück- bzw vorzugreifen. All diese Umstände erfordern daher unbedingt eine restriktive Auslegung. Die Rspr ist in den letzten Jahren schon eher dazu geneigt, den Tatbestand in einigen Punkten enger auszulegen, doch leider lässt sich noch keine klare Linie diesbezüglich erkennen. Die Lehre würde überdies eine komplette Neuformulierung des Tatbestands begrüßen.<sup>68</sup>

Die einzelnen Tatbestandsmerkmale lassen sich keinesfalls exakt getrennt voneinander behandeln. Jedem einzelnen Teil des Gesetzeswortlauts muss bei der Auslegung Bedeutung geschenkt werden.<sup>69</sup> Um den subjektiven Tatbestand erläutern zu können, ist es unumgänglich, im Vorfeld auch den objektiven Tatbestand, also die äußere Tatseite, genau zu beleuchten.

### B. Objektiver Tatbestand

#### 1. Der Täter / Beamtenbegriff nach § 74 Abs 1 Z 4

Täter des Missbrauchs der Amtsgewalt kann nur ein österr Beamter sein.<sup>70</sup> Der Beamtenbegriff ist in § 74 Abs 1 Z 4 legaldefiniert. Zum einen gilt jeder als Beamter, der im Namen des Bundes, eines Landes, eines Gemeindeverbandes, einer Gemeinde oder einer anderen Person des öffentlichen Rechtes – ausgenommen einer Kirche oder Religionsgemeinschaft – bestellt ist, als deren Organ allein oder gemeinsam mit einem anderen Rechtshandlungen vorzunehmen. Zum anderen ist Beamter, wer sonst mit Aufgaben der Bundes-, Landes- oder Gemeindeverwaltung betraut ist.<sup>71</sup> Dazu zählt auch die Gerichtsbarkeit.<sup>72</sup> Der Beamtenbegriff ist nicht so weit wie der neuere Begriff des Amtsträgers. Die Weite spielt allerdings in Zusammenhang mit § 302 keine Rolle, da der Anwendungsbereich durch den Passus „in Vollziehung der Gesetze“ ohnehin auf hoheitliche Akte beschränkt wird.<sup>73</sup>

<sup>66</sup> Vgl *Kienapfel/Schmoller*, BT III<sup>2</sup> § 302 Rz 13.

<sup>67</sup> Vgl *Kienapfel/Schmoller*, BT III<sup>2</sup> § 302 Rz 13.

<sup>68</sup> Vgl *Kienapfel/Schmoller*, BT III<sup>2</sup> § 302 Rz 2.

<sup>69</sup> Sogar dem Wort „dadurch“; siehe dazu näher unter IV. C. 3. d).

<sup>70</sup> Vgl III. B.

<sup>71</sup> § 74 Abs 1 Z 4 letzter HS nennt schließlich noch jene, die nach Gesetz oder aufgrund zwischenstaatlicher Vereinbarung, österr Beamten gleichgestellt sind.

<sup>72</sup> Vgl *Hinterhofer/Rosbaud*, Strafrecht BT II<sup>6</sup> § 302 Rz 31; *Zagler* in SbgK § 302 Rz 78.

<sup>73</sup> Vgl *Kienapfel/Schmoller*, BT III<sup>2</sup> § 302 Rz 15; *Fabrizy*, StGB Kurzkommentar<sup>12</sup> § 302 Rz 2; *H. Steininger*, ÖJZ 1980, 477 (482); Näheres dazu unter IV. A. 2. a) (3).

Der strafrechtliche Beamtenbegriff ist ein funktionaler, auf die dienstrechtliche Stellung<sup>74</sup> wird daher nicht abgestellt.<sup>75</sup> So gelten zum Beispiel ua ein Tierarzt, der von der Behörde zur Fleischuntersuchung bestellt ist<sup>76</sup> oder ein Gewerbetreibender, der iSd §§ 30 ff WaffG beliehener Waffenhändler ist<sup>77</sup>, als Beamte iSd § 74 Z 4.

Nicht als Beamte gelten Abgeordnete der allgemeinen Vertretungskörper, Gemeinschaftsbedienstete gem § 74 Abs 1 Z 4b und auch ausländische Beamte, sofern diese nicht gem § 74 Abs 1 Z 4 letzter HS österr Beamten gleichgestellt sind.<sup>78</sup> Ebenso sind Angestellte von privatrechtlichen Unternehmen des Bundes, der Länder oder der Gemeinden – sog selbständige Wirtschaftskörper oder beliehene Unternehmen – keine Beamten, es sei denn, sie sind mit hoheitlichen Aufgaben betraut.<sup>79</sup>

Auf keinen Fall sind Bedienstete, die untergeordnete oder bloß vorbereitende Tätigkeiten – also bloße Hilfsdienste – vornehmen, die nichts mit hoheitlicher Vollziehung gemein haben, als Beamte anzusehen.<sup>80</sup> Dies sind zB Reinigungskräfte, Fahrer, Portiers, EDV Techniker etc.

Mangelt es bereits an der Beamtenstellung, kann § 302 nicht einschlägig werden. In solchen Fällen ist Amtsanmaßung gem § 314<sup>81</sup> oder überhaupt ein anderes entsprechendes Delikt, außerhalb des 22. Abschnittes des StGB – allenfalls iVm § 313 –, zu prüfen.

## 2. Die Ausführungshandlung / der Befugnismissbrauch

### a) Die Befugnis zur Vornahme von Amtsgeschäften

#### (1) Befugnis

Mit Befugnis ist die rechtliche Erlaubnis, Amtsgeschäfte vorzunehmen, gemeint.<sup>82</sup> Amtsgeschäfte iSd § 302 sind Hoheitsakte.<sup>83</sup> Der Gesetzgeber hat sich ausdrücklich für den Begriff „Amtsgeschäft“ anstatt des Begriffes der „Amtshandlung“ entschieden, wodurch auch tatsächliche Missbräuche beim Zustandekommen von hoheitlichen Akten darunter fallen.<sup>84</sup> Dies ist dann der

<sup>74</sup> Gemäß BDG.

<sup>75</sup> Vgl zB *Kienapfel/Schmoller*, BT III<sup>2</sup> § 302 Rz 25; *Hinterhofer/Rosbaud*, Strafrecht BT II<sup>6</sup> § 302 Rz 3 und 33a; *Nittel* in SbgK § 74 Rz 14; *Jerabek/Reindl-Krauskopf/Ropper/Schroll* in WK<sup>2</sup> StGB § 74 Rz 4.

<sup>76</sup> Vgl OGH 28.09.1988, 14 Os 122/88.

<sup>77</sup> Vgl OGH 08.06.2015, 17 Os 4/15i = JBI 2016, 269.

<sup>78</sup> Vgl *Bertel/Schwaighofer*, BT II<sup>11</sup> § 302 Rz 4.

<sup>79</sup> Vgl *Bertel/Schwaighofer*, BT II<sup>11</sup> § 302 Rz 5; zB Schöffen und Geschworene, Postbedienstete, die behördliche Briefe iSd ZustellG zustellen; Notare als Gerichtskommissäre; Vorgesetzte von Zivildienstleistenden in einem öffentlichen Krankenhaus, vgl OGH 28.08.2012, 12 Os 23/12t = JBI 2013, 260.

<sup>80</sup> Vgl *Bertel/Schwaighofer*, BT II<sup>11</sup> § 302 Rz 5; *Kienapfel/Schmoller*, BT III<sup>2</sup> Vorbem §§ 302 ff Rz 27; *Nittel* in SbgK § 74 Rz 18; *Jerabek/Reindl-Krauskopf/Ropper/Schroll* in WK<sup>2</sup> StGB § 74 Rz 9; OGH 18.05.1978, 10 Os 117/77 = EvBl 1978/136; aA *Zagler* in SbgK § 302 Rz 27.

<sup>81</sup> Vgl *Marek/Jerabek*, Korruption<sup>9</sup> 14.

<sup>82</sup> Vgl *Hinterhofer/Rosbaud*, Strafrecht BT II<sup>6</sup> § 302 Rz 26; *Zagler* in SbgK § 302 Rz 60; *Leukauf/Steininger*, Kommentar zum StGB<sup>4</sup> § 302 Rz 7; *Marek/Jerabek*, Korruption<sup>9</sup> 14; *H. Steininger*, ÖJZ 1980, 477 (480); OGH 18.05.1978, 10 Os 117/77.

<sup>83</sup> Vgl *Bertel/Schwaighofer*, BT II<sup>11</sup> § 302 Rz 6; ua Urteile, Beschlüsse, Bescheide, Ausstellung öffentlicher Urkunden, Erstellung von Kfz Gutachten gemäß § 57a KFG.

<sup>84</sup> Vgl *Bertel* in WK<sup>2</sup> StGB § 302 Rz 22; *Kienapfel/Schmoller*, BT III<sup>2</sup> § 302 Rz 21 ff; JAB zum StRÄG 1971, 512 BlgNR 12. GP 15, 35.



Fall, wenn der Beamte aufgrund der missbräuchlichen Vorbearbeitung des Täters gutgläubig einen Hoheitsakt erlässt bzw unterlässt; wobei in diesem Fall keine Beteiligung am Amtsmissbrauch vorliegt, sondern es ist derjenige selbst unmittelbarer Täter, der dadurch einen Hoheitsakt bei einem anderen veranlasst.<sup>85</sup>

Die Weite der Befugnis ist nicht mit einem konkreten Dienstauftrag beschränkt, sondern orientiert sich am abstrakten Tätigkeitsgebiet des Beamten. Die Verletzung der funktionellen, örtlichen oder auch sachlichen Zuständigkeit (in concreto) kann für sich schon Amtsmissbrauch begründen.<sup>86</sup> Ein Ermessensspielraum des Beamten ist nicht maßgeblich.<sup>87</sup> Setzt aber ein Beamter eine inkriminierte Handlung, zu der er seinem Wirkungskreis nach nicht einmal berufen ist, kommt Amtsmissbrauch nicht in Betracht.<sup>88</sup> Es müssen wiederum andere Delikte wie zB Amtsanmaßung § 314 oder Betrug § 146 – allenfalls iVm § 313 – in Betracht gezogen werden.<sup>89</sup>

## (2) Amtsgeschäfte

Im StGB findet sich keine Legaldefinition für den Begriff des Amtsgeschäftes. Die überwiegende Lehre und die Rspr fassen als Amtsgeschäfte alle zur unmittelbaren Ausführung der amtspezifischen Vollziehungsaufgaben eines Rechtsträgers dienenden Tätigkeiten zusammen.<sup>90</sup> Diese muss der Täter gemäß dem Wortlaut als Organ des Rechtsträgers verrichten.<sup>91</sup> *Kienapfel/Schmoller* sehen hingegen die beiden Tatbestandsmerkmale „Amtsgeschäft“ und „als deren Organ“ bereits in der „Befugnis in Vollziehung der Gesetze“ aufgegangen.<sup>92</sup> Den Terminus „als deren Organ“ sieht der überwiegende Teil der Lehre daneben nicht nur in der Vollziehung der Gesetze, sondern bereits auch im Beamtenbegriff beinhaltet.<sup>93</sup>

Die ständige Rspr<sup>94</sup> und der überwiegende Teil der Lehre wollen jede faktische Verrichtung, die nur irgendwie einer Rechtshandlung „gleichwertig“ ist, diesem Tatbestandsmerkmal unterstellen.<sup>95</sup> Der OGH stellt hier auf einen hypothetischen Vergleich zwischen der aus der faktischen Verrichtung hervorgegangenen mit einer solchen in eventu aus einer Rechtshandlung stammenden Rechtsschädigung ab.<sup>96</sup> *Zagler* wiederum unterwirft alle die Vollziehungsaufgaben

<sup>85</sup> Vgl *Bertel* in WK<sup>2</sup> StGB § 302 Rz 22; *Bertel/Schwaighofer*, BT II<sup>11</sup> § 302 Rz 10; aus der Rspr vgl etwa OGH 28.08.2007, 14 Os 73/07b; OGH 15.06.2005, 13 Os 159/04.

<sup>86</sup> Vgl *Zagler* in SbgK § 302 Rz 64; *Leukauf/Steininger*, Kommentar zum StGB<sup>4</sup> § 302 Rz 7; siehe dazu im Detail IV. A. 2. b).

<sup>87</sup> Vgl *Leukauf/Steininger*, Kommentar zum StGB<sup>4</sup> § 302 Rz 7.

<sup>88</sup> Vgl *Leukauf/Steininger*, Kommentar zum StGB<sup>4</sup> § 302 Rz 7; vgl aus der Rspr OGH 23.04.1992, 12 Os 167/10s.

<sup>89</sup> Vgl *Zagler* in SbgK § 302 Rz 101.

<sup>90</sup> Vgl *H. Steininger*, ÖJZ 1980, 477 (480).

<sup>91</sup> Vgl *Hinterhofer/Rosbaud*, Strafrecht BT II<sup>6</sup> § 302 Rz 27.

<sup>92</sup> Vgl *Kienapfel/Schmoller*, BT III<sup>2</sup> § 302 Rz 13, 16.

<sup>93</sup> Vgl *Zagler* in SbgK § 302 Rz 57; *Leukauf/Steininger*, Kommentar zum StGB<sup>4</sup> § 302 Rz 11; *Reindl-Krauskopf/Huber*, Korruptionsstrafrecht 15; aA *Bertel* in WK<sup>2</sup> StGB § 302 Rz 24; *H. Steininger*, ÖJZ 1980, 477 (480); *Leukauf/Steininger*, Kommentar zum StGB<sup>4</sup> § 302 Rz 10.

<sup>94</sup> Vgl RIS-Justiz RS0096888.

<sup>95</sup> Vgl *Hinterhofer/Rosbaud*, Strafrecht BT II<sup>6</sup> § 302 Rz 28; *Marek/Jerabek*, Korruption<sup>9</sup> 30; *Leukauf/Steininger*, Kommentar zum StGB<sup>4</sup> § 302 Rz 9; *H. Steininger*, ÖJZ 1980, 477 (481).

<sup>96</sup> Vgl *Stricker* in *Lewis* 97 (100); aus der Rspr vgl OGH 03.04.2012, 14 Os 138/11t.

vorbereitenden Tätigkeiten – ausgenommen der bereits erwähnten Hilfsdienste<sup>97</sup> – dem objektiven Tatbestandmerkmal des Amtsgeschäfts.<sup>98</sup> Hier kommt aber Kritik vom anderen Teil der Lehre, welcher nach einer restriktiven Auslegung verlangt, um eine Ausdehnung der Strafbarkeit zu vermeiden.<sup>99</sup> Extrem kritisch stellt *Bertel* berechtigt die Frage, wie ein rechtswidriges Verhalten, das gerade keinen Hoheitsakt darstellt, einem solchen gleichwertig sein soll, und verweist für solche Sachverhalte auf § 313: „Strafbare Handlungen unter Ausnutzung einer Amtsstellung“.<sup>100</sup> Der JA betonte ausdrücklich, nicht jede untergeordnete Aufgabe dem § 302 zurechnen zu wollen.<sup>101</sup>

### (3) In Vollziehung der Gesetze

Das Erfordernis „in Vollziehung der Gesetze“ meint – wie auch bei § 1 AHG – die Hoheitsverwaltung und die Gerichtsbarkeit. Die Privatwirtschaftsverwaltung wird davon nicht erfasst.<sup>102</sup> Die Formulierung „in Vollziehung der Gesetze“ wurde der Amtshaftung entnommen, welche in Art 23 B-VG und § 1 AHG geregelt ist.<sup>103</sup> Bei der Hoheitsverwaltung kommt es zu einer Überordnung des Rechtsträgers – der meist mit Befehls- und Zwangsgewalt auftritt – gegenüber anderen Rechtssubjekten.<sup>104</sup> Ein Auftreten mit Befehls- und Zwangsgewalt (*imperium*) äußert sich insb in spezifischen Rechtsformen wie Verordnung, Bescheid, Urteil, Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt.<sup>105</sup> Aber auch die sog schlichte Hoheitsverwaltung fällt bereits darunter; wenn also ein direkter Zusammenhang zu einem Hoheitsakt besteht, wie insb bei der unmittelbaren Vorbereitung, Begleitung oder Umsetzung dazu.<sup>106</sup> Für die Differenzierung zwischen Hoheitsverwaltung und Privatwirtschaftsverwaltung muss immer auf die in concreto verrichtete Tätigkeit abgestellt werden.<sup>107</sup> Tritt der Beamte in Form von Rechtsformen auf, deren sich auch jeder Private bedienen kann, geschieht dies nicht in Vollziehung der Gesetze, und eine Strafbarkeit nach § 302 scheidet aus.<sup>108</sup> Kann auch nur ein kurzer Abschnitt des Tathergangs der Hoheitsverwaltung zugeschrieben werden, ist dieses objektive Tatbestandsmerkmal bereits erfüllt.<sup>109</sup> Zur Abgrenzung kann beispielsweise Grund und Boden für den Straßenbau entweder herkömmlich durch Kaufvertrag (im Zuge der

<sup>97</sup> Siehe IV. B. 1.

<sup>98</sup> *Zagler* in SbgK § 302 Rz 66.

<sup>99</sup> Vgl *Kienapfel/Schmoller*, BT III<sup>2</sup> § 302 Rz 19; *Bertel/Schwaighofer*, BT II<sup>11</sup> § 302 Rz 17; *Bertel* in WK<sup>2</sup> StGB § 302 Rz 24.

<sup>100</sup> *Bertel* in WK<sup>2</sup> StGB § 302 Rz 24.

<sup>101</sup> Vgl JAB 959 BlgNR 13. GP 15, 16, 35. Erfasst sollten lediglich die in den FN 81 f bereits erwähnten vorbereitenden Tätigkeiten sein; vgl *Stricker* in *Lewisch* 97 (102).

<sup>102</sup> Vgl *Zagler* in SbgK § 302 Rz 78; *Leukauf/Steininger*, Kommentar zum StGB<sup>4</sup> § 302 Rz 22; *Mayerhofer*, Strafrecht Teil I<sup>6</sup> Strafgesetzbuch (2009), § 302 E Rz 2; RIS-Justiz RS0096211.

<sup>103</sup> Vgl *Kienapfel/Schmoller*, BT III<sup>2</sup> § 302 Rz 20.

<sup>104</sup> Vgl *Leukauf/Steininger*, Kommentar zum StGB<sup>4</sup> § 302 Rz 24.

<sup>105</sup> Vgl *Hinterhofer/Rosbaud*, Strafrecht BT II<sup>6</sup> § 302 Rz 33.

<sup>106</sup> Vgl *Wessely*, JBI 2016, 341 (342); OGH 11.08.2014, 17 Os 25/14a; OGH 09.04.2015, 17 Os 45/14t = AnwBl 2015, 567 = EvBl 2015/109.

<sup>107</sup> Vgl *Leukauf/Steininger*, Kommentar zum StGB<sup>4</sup> § 302 Rz 29.

<sup>108</sup> Vgl *Hinterhofer/Rosbaud*, Strafrecht BT II<sup>6</sup> § 302 Rz 33; insb zivilrechtliche Instrumente wie zB der Vertrag.

<sup>109</sup> Vgl *Leukauf/Steininger*, Kommentar zum StGB<sup>4</sup> § 302 Rz 29; *Zagler* in SbgK § 302 Rz 80; *Hinterhofer/Rosbaud*, Strafrecht BT II<sup>6</sup> § 302 Rz 33a; RIS-Justiz RS0096541.

Privatwirtschaftsverwaltung) oder auch durch Enteignung (als hoheitlicher Akt) besorgt werden.<sup>110</sup>

Inhaltlich kommt es zur selben Interpretation des Terminus „in Vollziehung der Gesetze“ bei § 302 und § 1 AHG, nämlich zur Begrenzung auf Fälle, die ausschließlich die Hoheitsverwaltung betreffen. Lediglich der Anwendungsbereich muss bei § 302 tunlichst eingeschränkt werden, da nicht jedes strafbare Handeln, welches eine Amtshaftung nach sich zieht, auch gleichzeitig unter den Missbrauch der Amtsgewalt subsumiert werden darf.<sup>111</sup> *Kienapfel/Schmoller* verweisen auf eine Restriktion auf „hoheitliche Befugnisse“ und betonen, dass das spezifische Unrecht eines Amtsmissbrauchs gerade in der missbräuchlichen Handlung von Hoheitsakten liegt.<sup>112</sup> *Bertel* hingegen streicht heraus, dass § 302 und § 1 AHG unterschiedliche Zwecke haben.<sup>113</sup> Auch dieser Autor sieht die Ausführungshandlung auf Hoheitsakte bzw auf tatsächliche Missbräuche beim Entstehen derselben beschränkt.<sup>114</sup>

Im Falle eines privatrechtlichen Handelns oder eines faktischen Verhaltens, das jeglicher hoheitlicher Wirkung entbehrt, kann ein Beamter auf keinen Fall das deliktische Tatbild des § 302 verwirklichen.<sup>115</sup> Das gilt ebenfalls für Handlungen eines Beamten während seiner Dienstausbübung, die aber ohne Ausübung jeder amtlichen Gewalt gesetzt werden und somit auch von jedem Privaten, bei sich bietender Gelegenheit, ausgeübt werden hätten können.<sup>116</sup> In Frage kommen dann ausschließlich Allgemeindelikte iVm § 313.<sup>117</sup> Dieser Paragraph ist dogmatisch gesehen allerdings bloß eine fakultativ anwendbare Strafzumessungsvorschrift und kein eigenes Delikt.<sup>118</sup>

Da eine Abgrenzung zwischen Hoheits- und Privatwirtschaftsverwaltung in manchen Einzelfällen doch nicht ganz scharf möglich ist, kommt es in diesem Bereich – wenn auch nur sehr selten – zu Grenzfällen.<sup>119</sup> Eine Verallgemeinerung ist daher sehr schwierig, und jeder Fall muss für sich gesondert geprüft werden.

Als Beispiel aus der Judikatur ist hier der Vorgesetzte von Zivildienstleistenden in einem öffentlichen Krankenhaus zu nennen, dessen Funktion zwar Beamteneigenschaft begründen kann, der jedoch nicht in Vollziehung der Gesetze handelt.<sup>120</sup>

<sup>110</sup> *Marek* in BMJ 79.

<sup>111</sup> Vgl *Kienapfel/Schmoller*, BT III<sup>2</sup> § 302 Rz 20.

<sup>112</sup> Vgl *Kienapfel/Schmoller*, BT III<sup>2</sup> § 302 Rz 21, 24; Hoheitsakte sind demnach Amtshandlungen iSd § 269 Abs 3, außerdem unmittelbare Vorbereitung von Befehls- und Zwangsgewalt und Verfahren zur Entscheidung darüber.

<sup>113</sup> Vgl *Bertel* in WK<sup>2</sup> StGB § 302 Rz 25.

<sup>114</sup> Vgl *Bertel* in WK<sup>2</sup> StGB § 302 Rz 22.

<sup>115</sup> Vgl *Kienapfel/Schmoller*, BT III<sup>2</sup> § 302 Rz 25.

<sup>116</sup> Vgl RIS-Justiz RS0096437; RIS-Justiz RS0094532; wie zB der „Griff“ in die anvertraute Amtskasse.

<sup>117</sup> Vgl *Kienapfel/Schmoller*, BT III<sup>2</sup> § 302 Rz 25.

<sup>118</sup> Vgl *Zagler* in SbgK § 313 Rz 5.

<sup>119</sup> Vgl *Kienapfel/Schmoller*, BT III<sup>2</sup> § 302 Rz 26 ff.

<sup>120</sup> Vgl *Solé* in *Mitgutsch/Wessely* 109; OGH 28.08.2012, 12 Os 23/12t.

## b) Missbrauch der Befugnis

Die Ausführungshandlung des Amtsmissbrauchs, als zentraler Inhalt des objektiven Tatbestands, ist der Missbrauch der Befugnis. Dieser liegt im (vorsätzlichen) Fehlgebrauch hoheitlicher Befugnis in abstracto.<sup>121</sup> Ein Beamter kann dabei seine Kompetenz entweder pflichtwidrig zum Einsatz bringen oder auch unterlassen.<sup>122</sup>

*Bertel* teilt den Befugnismissbrauch in drei abschließende Fallgruppen: Die Vornahme eines Hoheitsakts mit materiell gesetzwidrigem Inhalt, die Missachtung von Dienst- und Verfahrensvorschriften in Ausübung der Befugnis und die pflichtwidrige Erledigung eines Falles, die in einem Hoheitsakt oder aber auch in der Vereitelung eines Hoheitsaktes mündet.<sup>123</sup> Der andere Teil der Lehre trifft hier keine strikte Einteilung, sondern konkretisiert anhand diverser Einzelfalldarstellungen.

Demzufolge kann funktionelle<sup>124</sup> oder örtliche Unzuständigkeit Befugnismissbrauch begründen. Allerdings nur dann, wenn das konkrete Verhalten innerhalb der äußersten Grenzen des amtlichen Zuständigkeitsbereiches, also des vom Rechtsträger zugewiesenen abstrakten Kompetenzbereichs, gesetzt wird. Außerhalb dieses Bereichs kommt dem Beamten gar keine Befugnis zu, die er missbrauchen könnte.<sup>125</sup>

Ob auch die Verletzung der sachlichen Zuständigkeit einen Missbrauch der Befugnis begründen kann, ist strittig. Während ein Teil der Lehre bei sachlicher Unzuständigkeit Amtsmissbrauch ausscheidet und Amtsanmaßung annimmt<sup>126</sup>, sehen Rspr<sup>127</sup> und das restliche Schrifttum gerade in solch einer Verletzung einen Missbrauch.<sup>128</sup> *Stricker* führt gut nachvollziehbar den wichtigen Unterschied zwischen abstrakter und konkreter Befugnis aus. Und zwar liegt eine Befugnis vor, sofern es dem Beamten rechtlich überhaupt möglich ist, ein bestimmtes Amtsgeschäft vorzunehmen. Nimmt er es dann auch wirklich vor, obwohl die erforderlichen Grundlagen dafür gar nicht gegeben sind, so missbraucht er dadurch seine Befugnis. Dabei ist es nicht von Bedeutung, ob dadurch der sachliche, funktionelle oder örtliche Zuständigkeitsbereich betroffen ist.<sup>129</sup> Die Rspr spricht in solchen Fällen von einer „Überschreitung der Amtsgewalt“.<sup>130</sup>

<sup>121</sup> Vgl. *Hinterhofer/Rosbaud*, Strafrecht BT II<sup>6</sup> § 302 Rz 38; *Mayerhofer*, Strafrecht Teil I<sup>6</sup> Strafgesetzbuch (2009), § 302 E Rz 33a); OGH 19.10.2010, 14 Os 105/10p = JusGuide 2010/49/8201 (OGH).

<sup>122</sup> Vgl. *Hinterhofer/Rosbaud*, Strafrecht BT II<sup>6</sup> § 302 Rz 38.

<sup>123</sup> Vgl. *Bertel/Schwaighofer*, BT II<sup>11</sup> § 302 Rz 7 ff; *Bertel* in WK<sup>2</sup> StGB § 302 Rz 26 ff.

<sup>124</sup> Vgl. JBI 1990, 597 (598), OGH 23.11.1989, 13 Os 123/89.

<sup>125</sup> Vgl. *Hinterhofer/Rosbaud*, Strafrecht BT II<sup>6</sup> § 302 Rz 39; OGH 07.10.2013, 17 Os 9/13x; OGH 03.04.2012, 14 Os 138/11t; siehe auch IV. B. 2. a) (1).

<sup>126</sup> Vgl. *Zagler* in SbgK § 313 Rz 99; *Leukauf/Steininger*, Kommentar zum StGB<sup>4</sup> § 302 Rz 30; *Hinterhofer/Rosbaud*, Strafrecht BT II<sup>6</sup> § 302 Rz 26.

<sup>127</sup> Vgl. OGH 09.02.1988, 11 Os 151/87 = SSt 59/9 = EvBl 1988/104, 467; demnach kommt es bloß auf die abstrakte Befugnis und nicht auf den konkreten Dienstauftrag des Beamten an.

<sup>128</sup> Vgl. *Fabrizy*, StGB Kurzkommentar<sup>12</sup> § 302 Rz 11; *Marek/Jerabek*, Korruption<sup>9</sup> 15.

<sup>129</sup> Vgl. *Stricker* in *Lewisch* 97 (107).

<sup>130</sup> Vgl. JBI 1990, 597 (598); Ris-Justiz RS0096049.

Missbrauch der Befugnis liegt ebenso vor, wenn ein Beamter den ihm vom Gesetzgeber eingeräumten Ermessensspielraum nicht pflichtgemäß nutzt. Die Vorgehensweise des Beamten wird aber erst bei grober Unsachlichkeit tatbildlich, wobei der Beurteilung ein rein objektiver Maßstab unterliegt.<sup>131</sup> Dies ist der Fall bei unzweifelhafter Parteilichkeit bzw wenn die Auslegung deutlich über den juristischen Rahmen hinausgeht. Setzt sich allerdings ein Richter über die Rspr und die hL hinweg, darf nicht automatisch ein Missbrauch der richterlichen Befugnis angenommen werden, sofern die zum Ergebnis führenden Erklärungen plausibel und überzeugend sind.<sup>132</sup> Ein Missbrauch besteht also, wenn das Ermessen in rechtlich nicht tragbarer Weise genutzt wurde.<sup>133</sup> Schon das Nachlassen einer Geldstrafe für eine Verwaltungsübertretung unter den Mindestbetrag stellt einen Missbrauch der Befugnis gemäß § 302 dar.<sup>134</sup>

Befangenheit (zB iSv § 7 AVG; §§ 43, 47 StPO) kann ebenso ein Missbrauch der Befugnis sein, allerdings nur dann, wenn der Schädigungsvorsatz nicht ausschließlich auf die missachtete Befangenheitsnorm gerichtet ist.<sup>135</sup> Ähnliches gilt naturgemäß auch für die Verletzung von Verfahrensvorschriften, welche Befangenheitsvorschriften schließlich oftmals sind.<sup>136</sup> Auch hier darf sich der Schädigungsvorsatz nicht ausschließlich auf die Verletzung eines abstrakten Rechts, also die Abhaltung des Verfahrens nach Vorschrift, erstrecken. Vielmehr muss er genau auf die Verhinderung des von dieser Norm beabsichtigten Schutzzweck gerichtet sein.<sup>137</sup> Unbedeutend für die Tatbestandserfüllung ist, ob der Verfahrensverstöß sanierbar ist.<sup>138</sup> Eine Restriktion der Strafbarkeit geht folglich aus der subjektiven Tatseite hervor, wobei ein großes Augenmerk auf den Rechtsgüterschutz zu legen ist.<sup>139</sup>

Auch das Indienststellen zB eines Organs des öffentlichen Sicherheitsdienstes oder des Bundesheeres ohne gesetzliche Grundlage – primär zu privaten Zwecken – kann einen Missbrauch der Befugnis darstellen. Irrelevant für die Tatbestandsverwirklichung ist, ob sich der Beamte, dem der Befehl gilt, überhaupt gerade im Dienst befindet.<sup>140</sup>

Strittig ist nicht zuletzt, ob das unbefugte Abfragen bzw Eintragen von Daten ein Missbrauch der Befugnis sein kann. Während die Rspr und der überwiegende Teil der Lehre das gezielte Abfragen personenbezogener Daten ohne dienstlichen Hintergrund – mit der dadurch verbundenen

<sup>131</sup> Vgl *Mayerhofer*, Strafrecht Teil I<sup>6</sup>, § 302 E Rz 33b).

<sup>132</sup> Vgl *Kienapfel/Schmoller*, BT III<sup>2</sup> § 302 Rz 36; *Hinterhofer/Rosbaud*, Strafrecht BT II<sup>6</sup> § 302 Rz 40.

<sup>133</sup> Vgl *Reindl-Krauskopf/Huber*, Korruptionsstrafrecht 14.

<sup>134</sup> Vgl *Reindl-Krauskopf/Huber*, Korruptionsstrafrecht 14.

<sup>135</sup> Vgl RIS-Justiz RS0096270; siehe näher unter IV. C. 3. e).

<sup>136</sup> Vgl *Nordmeyer* in *Lewisch* 81 (88).

<sup>137</sup> Vgl *Muzak*, JBl 2016, 270 (271); aus der Rspr vgl etwa OGH 30.09.2013, 17 Os 7/13b = AnwBl 2014, 285; OGH 06.03.2014, 17 Os 25/13z = EvBl 2014/77 S 517 - EvBl 2014,517 = Jus-Extra OGH-St 4837 = AnwBl 2014,594.

<sup>138</sup> Vgl *Stricker* in *Lewisch* 97 (110); OGH 14.09.2015, 17 Os 11/15v = EvBl 2016/28 = AnwBl 2016, 240 f.

<sup>139</sup> Vgl *Nordmeyer* in *Lewisch* 81 (87).

<sup>140</sup> Vgl *Hinterhofer/Rosbaud*, Strafrecht BT II<sup>6</sup> § 302 Rz 41c; *Marek/Jerabek*, Korruption<sup>9</sup> 35; *Stricker* in *Lewisch* 97 (108); OGH 06.03.2014, 17 Os 29/13p; aM *Bertel/Schwaighofer*, BT II<sup>11</sup> § 302 Rz 21.

Verletzung des Grundrechts auf Datenschutz – als Befugnismissbrauch einordnet<sup>141</sup>, sehen *Bertel/Schwaighofer* durch den privatrechtlichen Charakter der Rechtshandlung nicht einmal einen Hoheitsakt verwirklicht.<sup>142</sup> Der OGH schließt Befugnismissbrauch nur dann aus, wenn es sich um allgemein zugängliche Daten handelt oder der Betroffene die Einwilligung zur Nutzung seiner Daten gegeben hat.<sup>143</sup>

Gebraucht ein Staatsbediensteter seine Befugnis hingegen gesetzeskonform, ist § 302 selbst bei vorliegendem Rechtsschädigungsvorsatz nach neuerer Rspr nicht erfüllt.<sup>144</sup> Stellt also ein Polizeibeamter ordnungsgemäß eine Organstrafverfügung aus und eignet sich in weiterer Folge den dadurch eingenommenen Geldbetrag zu, erfüllt er, mangels missbräuchlichen Amtsgeschäfts, nicht den Tatbestand des § 302, sondern den der Veruntreuung nach § 133 (iVm § 313).<sup>145</sup> Ein Missbrauch wird durch den im Jahre 2012 ausschließlich für strafbare Verletzung der Amtspflicht, Korruption und verwandte strafbare Handlungen eingerichteten Fachsenat 17 des OGH, erst durch das pflichtwidrige Unterlassen des umgehenden Abführens des eingehobenen Betrages bejaht.<sup>146</sup> Hier kommt es zu einer Ausdehnung auf faktische Verrichtungen, die – wie bereits erläutert – eine Strafbarkeitsausdehnung nach sich zieht, welche äußerst fragwürdig erscheint.<sup>147</sup> Der OGH teilt diesen Hoheitsakt in mehrere Teile auf, wovon das missbräuchliche Unterlassen nur ein Teil davon ist, und subsumiert aufgrund dessen das ganze Amtsgeschäft unter § 302.<sup>148</sup> Selbst wenn der Vorsatz nicht von Anbeginn des Amtsgeschäfts bestanden hat, ist eine Strafbarkeit möglich.<sup>149</sup>

## C. Subjektiver Tatbestand

### 1. Allgemeines

Um einen Missbrauch der Amtsgewalt zu begehen, muss ein Beamter seine Befugnis, Hoheitsakte zu erledigen, mit Schädigungsvorsatz wissentlich missbrauchen.<sup>150</sup> Die ältere Rspr setzte sich vorrangig mit der Auslegung des gesetzlichen Tatbildes des § 302 auseinander. Der Fachsenat 17 konzentriert sich nunmehr aber bei der Interpretation des Delikts auf die wesentlich essentielleren und kritischeren Tatbestandselemente der inneren Tatseite, allem voran auf das Recht (eines anderen) in Zusammenhang mit dem Schädigungsvorsatz.<sup>151</sup>

<sup>141</sup> Vgl *Kienapfel/Schmoller*, BT III<sup>2</sup> § 302 Rz 29; *Bergauer*, jusIT 2012, 30; OGH 06.10.2011, 11 Os 105/11t.

<sup>142</sup> Vgl *Bertel/Schwaighofer*, BT II<sup>11</sup> § 302 Rz 18; *Bertel* in WK<sup>2</sup> StGB § 302 Rz 80.

<sup>143</sup> *Bergauer*, jusIT 2012, 30 (31).

<sup>144</sup> Vgl RIS-Justiz RS0128503. Die ältere Rspr bejahte ein inkriminiertes Verhalten dann, wenn der Täter bereits beim Einheben des Geldes mit Vorsatz gehandelt hat. Vgl *Bertel* in WK<sup>2</sup> StGB § 302 Rz 60; RIS-Justiz RS0108404.

<sup>145</sup> Vgl *Kienapfel/Schmoller*, BT III<sup>2</sup> § 302 Rz 30; *Bertel* in WK<sup>2</sup> StGB § 302 Rz 61; OGH 29.09.1997, 15 Os 116/97; OGH 25.02.2013, 17 Os 2/13t, *Huber*, JBI 2014, 275 (275).

<sup>146</sup> Vgl *Stricker* in *Lewisch* 97 (106); *Nordmeyer* in *Lewisch* 81 (90).

<sup>147</sup> Vgl *Stricker* in *Lewisch* 97 (106 f).

<sup>148</sup> Vgl *Huber*, JBI 2014, 275 (276).

<sup>149</sup> Vgl *Huber*, JBI 2014, 275 (276).

<sup>150</sup> Vgl *Fabrizy*, StGB Kurzkommentar<sup>12</sup> § 302 Rz 14.

<sup>151</sup> Vgl *Nordmeyer* in *Lewisch* 81 (83).

Wie bereits ausführlich erläutert, ist der objektive Tatbestand des Delikts sehr weit und bedarf daher auch einer restriktiven Auslegung. Dem steht zusätzlich die innere Tatseite mit ihren restriktiven Tatbestandsmerkmalen gegenüber und wird somit nicht zuletzt auf diese Weise eingeengt.<sup>152</sup>

Der Missbrauch der Amtsgewalt ist ein Vorsatzdelikt. Nach allgemeinen Grundsätzen muss sich auch hier der Vorsatz des Täters auf die Gesamtheit der Tatbestandselemente erstrecken.<sup>153</sup> Bei § 302 wird in Bezug auf ein ganz bestimmtes Tatbestandsmerkmal Wissentlichkeit (*dolus principalis*) verlangt.<sup>154</sup> Für die restlichen Tatbestandsmerkmale genügt hingegen bedingter Vorsatz (*dolus eventualis*). Ohne Tatvorsatz kann eine Vorsatztat niemals verwirklicht werden (§§ 5, 7 Abs 1).<sup>155</sup>

Darüber hinaus handelt es sich auch um ein Delikt mit überschießender Innentendenz. Das bedeutet, dass der Täter bei der Tatbegehung – durch einen sog erweiterten Vorsatz – eine bestimmte Intention haben muss. Der Vorsatz geht sozusagen über die äußere Tatseite darüber hinaus.<sup>156</sup> Der wissentliche Befugnismissbrauch und der Rechtsschädigungsvorsatz sind immer strikt voneinander zu unterscheiden und folglich auch separat zu prüfen.<sup>157</sup> Diese Ausgestaltung des Delikts ist das Resultat kriminalpolitischer Erwägungen, um strafrechtliche von bloß disziplinarrechtlichen Fällen zu trennen.<sup>158</sup> So kann es bei sogar absichtlicher Ausführungshandlung durch den Beamten zur strafrechtlichen Straffreiheit kommen, sofern dieser ohne jeglichen Schädigungsvorsatz handelt.<sup>159</sup> Diese Voraussetzung des subjektiven Tatbestands beschäftigt nicht nur immer wieder die Lehre, sondern sehr häufig auch den OGH.<sup>160</sup>

Der Nachweis über das Vorliegen einzelner oder sämtlicher subjektiver Tatbestandsmerkmale erweist sich oftmals als sehr schwierig, zumal das innere Seelenleben ja nur dem Täter selbst bekannt ist. Eine Feststellung ist daher regelmäßig nur anhand von Indizien möglich und unterliegt letztendlich der richterlichen Beweiswürdigung.<sup>161</sup>

<sup>152</sup> Vgl *Marek/Jerabek*, Korruption<sup>9</sup> 44.

<sup>153</sup> Vgl *Marek/Jerabek*, Korruption<sup>9</sup> 44.

<sup>154</sup> Vgl *Kienapfel/Höpfel/Kert*, AT<sup>15</sup> Z 11 Rz 17.

<sup>155</sup> Vgl *E. Steininger*, JBl 1987, 205 (205).

<sup>156</sup> Vgl *Kienapfel/Höpfel/Kert*, AT<sup>15</sup> Z 11 Rz 23.

<sup>157</sup> Vgl OGH 18.06.2012, 17 Os 1/12v = *Hinterhofer/Müller*, JBl 2013, 193 (193) = SSt 2012/24.

<sup>158</sup> Vgl *Bertel* in WK<sup>2</sup> StGB § 302 Rz 91; *Marek/Jerabek*, Korruption<sup>9</sup> 47; *Marek* in BMJ 81.

<sup>159</sup> Vgl *Zagler* in SbgK § 302 Rz 110; *Kienapfel/Schmoller*, BT III<sup>2</sup> § 302 Rz 49.

<sup>160</sup> Vgl *Schallmoser*, RZ 2016, 210 (210); *Stricker* in *Lewisch* 97 (110, 113).

<sup>161</sup> Vgl *Kienapfel/Höpfel/Kert*, AT<sup>15</sup> Z 8 Rz 10.

## 2. Tatvorsatz

### a) Der wissentliche Befugnismissbrauch

#### (1) Allgemeines

In Bezug auf den Missbrauch der Befugnis wird beim Amtsmisbrauch Wissentlichkeit gem § 5 Abs 3 als besondere Vorsatzform gefordert.<sup>162</sup> Dieses Erfordernis geht nicht etwa auf bestimmte kriminalpolitische Erwägungen zurück, sondern ist bloß Auswirkung der – von *Kadecka* in die Strafrechtskommission eingebrachten – Nachbildung des Tatbestands der Untreue.<sup>163</sup> Wissentlichkeit wird meist nur im Hinblick auf einzelne Tatbestandsmerkmale verlangt.<sup>164</sup> Das Erfordernis der Wissentlichkeit bedeutet gemäß hM, dass einem Täter sicheres Wissen im Hinblick auf den bereits unter den Tatbestand zu subsumierenden Sachverhalt sowie unzweifelhafte Gewissheit auf Zukünftiges nachzuweisen ist.<sup>165</sup> Das Strafgesetz verlangt beim Amtsmisbrauch also explizit, dass der Täter es nicht bloß für möglich, sondern sogar für gewiss halten muss, dass er seine Befugnis – auf welche Art auch immer – missbraucht.<sup>166</sup> Handelt ein Beamter dagegen bloß mit bedingtem Vorsatz – hält er es also nur ernstlich für möglich, dass er sein hoheitliches Handeln in rechtlich nicht vertretbarer Weise einsetzt – fehlt es am Erfordernis der Wissentlichkeit, und demzufolge ist der subjektive Tatbestand nicht erfüllt.<sup>167</sup> Selbiges gilt, wenn er sogar der Überzeugung ist, iSd Gesetzes zu handeln und sich eines Missbrauchs gar nicht bewusst ist.<sup>168</sup> Verfügt ein beamteter Täter über die volle Kenntnis darüber, dass er rechtswidrig etwaigen Vorschriften – sei es bloß Dienst- oder Verfahrensvorschriften – zuwiderhandelt, begründet dies bereits wissentlichen Befugnismissbrauch.<sup>169</sup>

#### (2) Feststellung der Wissentlichkeit als unabdingbares Vorsatzerfordernis

Ist es einem Beamten vorwerfbar, dass er von seinem Befugnismissbrauch hätte wissen müssen, handelt er ebenso nicht amtsmissbräuchlich, da dies bloß Fahrlässigkeit indiziert.<sup>170</sup> Als Beispiel wird hier ein Bürgermeister genannt, der eine Baubewilligung erteilt, obwohl diese gegen materielles Recht verstößt, wovon er aber selbst gar keine Kenntnis hat.<sup>171</sup> Um dieses Nichtwissen zu widerlegen, ist in solch einem Fall ein zweifelsfreier, alle Vorbehalte verdrängender Nachweis in der richterlichen Beweismwürdigung von Nöten.<sup>172</sup> Der Schöffensenat eines LG war gemäß § 258 Abs 2 StPO in einem Fall persönlich vom Vorliegen der Wissentlichkeit des pflichtwidrigen

<sup>162</sup> Vgl *Kienapfel/Schmoller*, BT III<sup>2</sup> § 302 Rz 46.

<sup>163</sup> Vgl *Kadecka*, JBI 1936, 133 (139); *Zagler* in SbgK § 302 Rz 107.

<sup>164</sup> Vgl *Kienapfel/Höpfel/Kert*, AT<sup>15</sup> Z 8 Rz 17.

<sup>165</sup> Vgl *Kienapfel/Höpfel/Kert*, AT<sup>15</sup> Z 8 Rz 17; *Leukauf/Steininger*, Kommentar zum StGB<sup>4</sup> § 5 Rz 10; *E. Steininger* in SbgK § 5 Rz 77.

<sup>166</sup> Vgl *Kienapfel/Schmoller*, BT III<sup>2</sup> § 302 Rz 46; *Hinterhofer/Rosbaud*, Strafrecht BT II<sup>6</sup> § 302 Rz 45; *Bertel/Schwaighofer*, BT II<sup>11</sup> § 302 Rz 23.

<sup>167</sup> Vgl *Hinterhofer/Rosbaud*, Strafrecht BT II<sup>6</sup> § 302 Rz 45a; *Bertel/Schwaighofer*, BT II<sup>11</sup> § 302 Rz 23; *Marek/Jerabek*, Korruption<sup>9</sup> 45.

<sup>168</sup> Vgl *Schwaighofer*, ÖJZ 2014, 160 (164).

<sup>169</sup> Vgl *Bertel/Schwaighofer*, BT II<sup>11</sup> § 302 Rz 25.

<sup>170</sup> Vgl *Hinterhofer/Rosbaud*, Strafrecht BT II<sup>6</sup> § 302 Rz 45a.

<sup>171</sup> Vgl *Hinterhofer/Rosbaud*, Strafrecht BT II<sup>6</sup> § 302 Rz 45a.

<sup>172</sup> Vgl *Marek/Jerabek*, Korruption<sup>9</sup> 45.



Gebrauchs als logische Folgerung des objektiven Geschehens, der intellektuellen Ausstattung des Täters sowie der allgemeinen Lebenserfahrung überzeugt; diese Argumentation wurde vom OGH auch für haltbar erachtet.<sup>173</sup> Er bekräftigt dies noch in einer relativ neuen E und verkündet darin, dass der Schluss von einer inkriminierten Handlungsweise auf die offenkundige Erfüllung des Tatvorsatzes rechtsstaatlich vertretbar und obendrein bei leugnenden Angeklagten methodisch auch gar nicht fungibel ist.<sup>174</sup>

Im Gegensatz dazu sieht die Rspr in Schlamperei, Nachlässigkeit bei der Auftragserfüllung, Desinteresse oder auch unzureichender individueller Befähigung Indizien, die gegen einen wissentlichen Fehlgebrauch sprechen.<sup>175</sup> Als Beispiele sind ein Sachbearbeiter auf einer BH, der in ca 160 Fällen Verwaltungsstrafanzeigen aufgrund von Schlamperei und Desinteresse unbearbeitet liegen ließ und dessen Vorgesetzter, der gleichfalls versäumte, die Dienstaufsicht über denselben auszuüben, was der OGH mit nicht ausreichender Kompetenz begründet hat, zu nennen.<sup>176</sup> *Bertel* ist, zumindest eine E betreffend, in diesem Punkt aM. In der E 14 Os 73/07b vom 28.08.2007, wo es um ein Jagdschutzorgan geht, das laut Auftrag der BH die Beseitigung einer sog verbotenen Lockfütterung beaufsichtigen und darüber Meldung abgeben sollte, diesen Auftrag aber nicht erfüllte und obendrein berichtete, die Beseitigung wäre iSd Gesetzes bereits geschehen. Der OGH verneinte hier einen wissentlichen Missbrauch der Befugnis aufgrund der oben erwähnten Nachlässigkeitsgründe. *Bertel* konstatiert hingegen, dass das Abgeben der wahrheitswidrigen Meldung gerade ein aktives Tun ist und das Verhalten bloß aus Bequemlichkeit in so einem Fall die Wissentlichkeit nicht ausschließt. Der Autor verweist allerdings auch darauf, dass der Jäger zumindest ohne Schädigungsvorsatz gehandelt habe und somit das Aufheben der Verurteilung durch den OGH zumindest im Ergebnis doch richtig war.<sup>177</sup>

In einer anderen höchstgerichtlichen Entscheidung hat der OGH die Untätigkeit eines Rechtspflegers an einem BG, der über 1.000 Ausfertigungen von Grundbuchsbeschlüssen nicht an das zuständige Finanzamt weiterleitete, dennoch als amtsmissbräuchlich bestätigt. Das Nichtzustellen der Akten konnte nicht begründet werden, zumal der Beamte sämtliche Ausfertigungen an Notare, Anwälte und Gemeinden währenddessen vollständig weitergeleitet hat. Das Vorbringen, er hätte das Zustellen der Akte bloß vergessen, ging somit ins Leere.<sup>178</sup>

Auch der Missbrauch einer Verfahrensvorschrift kann amtsmissbräuchlich sein, sofern der Missbrauch wissentlich realisiert wird. Allerdings kommt es hier ganz speziell auf den

<sup>173</sup> Vgl *Marek/Jerabek*, Korruption<sup>9</sup> 45; aus der Rspr vgl OGH 11.08.2014, 17 Os 24/14d.

<sup>174</sup> Vgl OGH 06.06.2016, 17 Os 6/16k.

<sup>175</sup> Vgl *Mayerhofer*, Strafrecht Teil I<sup>6</sup>, § 302 E Rz 83c; *Zagler* in SbgK § 302 Rz 106.

<sup>176</sup> Vgl *Marek/Jerabek*, Korruption<sup>9</sup> 46; OGH 01.07.1998, 13 Os 74/98.

<sup>177</sup> Vgl *Bertel* in WK<sup>2</sup> StGB § 302 Rz 87, 100.

<sup>178</sup> Vgl *Marek/Jerabek*, Korruption<sup>9</sup> 46; OGH 23.08.2000, 13 Os 81/00.

Schädigungsvorsatz an, worauf noch zurückzukommen sein wird.<sup>179</sup>

Der OGH musste in einer E aus dem Jahre 1996 ein aus Anlass einer Nichtigkeitsbeschwerde angefochtenes Urteil aufheben, weil das zuständige LG das Strafgesetz in Bezug auf den Tatvorsatz zu Lasten des Beschwerdeführers falsch angewendet hat. Das Gericht stellte hinsichtlich des pflichtwidrigen Fehlgebrauchs Absichtlichkeit iSv § 5 Abs 2 fest und verzichtete aber gleichzeitig darauf, Wissentlichkeit – welche zwar implizit und auch aktenkundig vorlag – nachzuweisen. Die Feststellung hinsichtlich einer absichtlichen Tathandlung wurde zwar formell fehlerfrei begründet, jedoch vermag diese die vom Gesetz geforderte Vorsatzform nicht zu ersetzen. Im Verfahren können die fehlenden Feststellungen allerdings in einem zweiten Rechtsgang getätigt werden, sofern die Aktenlage dafür spricht – was in dieser E der Fall war.<sup>180</sup>

Überdies stehen überschießende Feststellungen in keinem Zusammenhang mit den tatsächlich nachgewiesenen Voraussetzungen der Strafbarkeit und sind außerdem nicht anfechtbar.<sup>181</sup> Als Musterfall aus der Rspr ist hier ein Leiter der Gewerberechtsabteilung einer BH zu erwähnen, der es unterließ, ein Ermittlungsverfahren zur Schließung einer konsenslos umgebauten Betriebsanlage per Bescheid einzuleiten. Dieser wurde wegen § 302 Abs 1 verurteilt, woraufhin er Nichtigkeitsbeschwerde gemäß § 281 Abs 1 Z 4, 5, und 9 lit a StPO erhob. Diese ist in jeder Hinsicht fehlgeschlagen. Selbst die Feststellungen zur inneren Tatseite erwiesen sich ohne Mängel. Dem Beschwerdeführer war klar, dass bei der Vornahme von einstweiligen Zwangs- und Sicherheitsmaßnahmen nach § 360 Abs 1 GewO keine Abwägung von Interessen vorzunehmen sei und ferner eine Entscheidung über die nachträgliche Genehmigung der Betriebsanlage keine Vorfrage iSd § 38 AVG darstellt. Die Anlage hätte demnach per Bescheid außer Betrieb genommen werden müssen. Folglich wurden bei diesem Urteil im Hinblick auf die subjektive Tatseite vom LG überschießende Konstatierungen getroffen, weil das Gericht feststellte, dass der Beschwerdeführer gewusst hat, dass eine baldige (nachträgliche) Genehmigung der Betriebsanlage problematisch gewesen wäre.<sup>182</sup>

### **(3) Wissentlichkeit bei vorliegendem Verbotsirrtum gem § 9?**

Eine Kontroverse in der Literatur besteht hinsichtlich der Frage, ob das Vorliegen eines Verbotsirrtums<sup>183</sup> gem § 9 die Wissentlichkeit und somit in weiterer Folge ebenso die Strafbarkeit ausschließt. In einem solchen Irrtum befindet sich der Täter, wenn er über das Vorliegen oder die Grenzen eines allgemeinen Rechtfertigungsgrundes irrt.<sup>184</sup> Sowohl *Kienapfel/Schmoller* als auch *Bertel* führen ausdrücklich aus, dass das Vorliegen eines (indirekten) Verbotsirrtums, sofern

<sup>179</sup> Vgl OGH 30.09.2013, 17 Os 7/13b; siehe dazu näher IV. C. 3.a).

<sup>180</sup> Vgl OGH 18.03.1996, 14 Os 33/96.

<sup>181</sup> Vgl RIS-Justiz RS0118585.

<sup>182</sup> Vgl OGH 02.10.2012, 17 Os 14/12f.

<sup>183</sup> Das StGB und die Rspr sprechen in diesem Zusammenhang von einem Rechtsirrtum, vgl *Kienapfel/Höpfel/Kert*, AT<sup>15</sup> Z 18 Rz 3.

<sup>184</sup> Vgl *Kienapfel/Höpfel/Kert*, AT<sup>15</sup> Z 18 Rz 10 f.

dieser dem Täter gem § 9 vorzuwerfen ist, einer Verurteilung wegen Amtsmisbrauchs nicht entgegensteht.<sup>185</sup> Ein anderer Teil der Lehre geht hingegen mit der Rspr konform und betrachtet die Wissentlichkeit bei vorliegendem Rechtsirrtum als ausgeschlossen – auf die Voraussetzung der Vorwerfbarkeit kommt es gar nicht an.<sup>186</sup> *Zagler* führt explizit an, dass ein Rechtsirrtum bei Vorhandensein einer rechtfertigenden Pflichtenkollision und wenn die sichere Annahme des Beamten, seine hoheitlichen Befugnisse nicht zu überschreiten, von einer abwegigen Rechtsmeinung bzw von einem vorwerfbaren Irrtum her schürt, zum Ausschluss der Wissentlichkeit führt.<sup>187</sup> Die Rspr betont darüber hinaus, dass ein Rechtsirrtum stets die Wissentlichkeit ausschließt und resultierend daraus die Vorwerfbarkeit erst gar nicht berücksichtigt werden muss.<sup>188</sup> Diese Linie der Rspr betrachtet *Bertel* kritisch. Er ist zwar prinzipiell der Meinung, dass auch für Beamte die Wissentlichkeit entfällt, wenn sie sich über Normen irren, selbst wenn sie sich darüber sachkundig machen hätten sollen. Jedoch sieht er § 9 beim Amtsmisbrauch – wie auch bei der Untreue – nicht generell als unanwendbar an. Seiner Meinung nach solle ein Rechtsirrtum ausschließlich dann beachtlich sein, wenn selbst ein maßgerechter Mensch die Interessen genau in der Art und Weise wie der angeklagte Beamte abgewogen hätte.<sup>189</sup>

## b) Sonstiger Tatvorsatz

Der Tatvorsatz muss sich darüber hinaus auf alle verbleibenden Tatbestandsmerkmale beziehen;<sup>190</sup> insbesondere auf das normative Tatbestandsmerkmal Beamter, des Weiteren auch auf die Befugnis zur Vornahme von Amtsgeschäften und nicht zuletzt auf das Agieren in Vollziehung der Gesetze.<sup>191</sup> Jedoch reicht im Hinblick auf diese übrigen Tatbestandsmerkmale *dolus eventualis* aus.<sup>192</sup>

In der Praxis käme man an in dieser Phase der Fallprüfung sehr oft an den Punkt, dass der Tatbestand nicht verwirklicht wäre, da jeder Täter, der zwar nicht gerade Beamter iSd BDG ist, aber der zB als Dienstnehmer von selbständigen Wirtschaftskörpern oder der als natürliche Person beliehen wurde, glaubhaft einwenden könnte, er habe von der Tatsache, dass er als Beamter im strafrechtlichen Sinn gelte, bis zum Zeitpunkt der Anklage keine Ahnung gehabt. Der Vorsatz des Täters muss zwar das gesamte Tatbild seinem sozialen Sinn nach beinhalten, jedoch verlangt die Rspr keinesfalls, dass der Täter in der Lage ist, (normative sowie deskriptive)

<sup>185</sup> Vgl *Kienapfel/Schmoller*, BT III<sup>2</sup> § 302 Rz 47; *Bertel* in WK<sup>2</sup> StGB § 302 Rz 87 f.

<sup>186</sup> Vgl *Zagler* in SbgK § 302 Rz 108; *Marek/Jerabek*, Korruption<sup>9</sup> 47, 58; *Mayerhofer*, Strafrecht Teil I<sup>6</sup>, § 302 E Rz 82a); vgl aus der Rspr ua OGH 16.11.1989, 12 Os 108/89 = SSt 60/77; OGH 13.06.1990, 13 Os 5/90 = JBI 1990, 807 (811) mit krit Anm *Bertels*.

<sup>187</sup> Vgl *Zagler* in SbgK § 302 Rz 108; OGH 24.11.2014, 17 Os 16/14b.

<sup>188</sup> Vgl RIS-Justiz RS0088880.

<sup>189</sup> Vgl JBI 1990, 807 (811).

<sup>190</sup> Vgl *Kienapfel/Schmoller*, BT III<sup>2</sup> § 302 Rz 48.

<sup>191</sup> Vgl *Hinterhofer/Rosbaud*, Strafrecht BT II<sup>6</sup> § 302 Rz 46.

<sup>192</sup> Vgl *Kienapfel/Schmoller*, BT III<sup>2</sup> § 302 Rz 48.

Tatbestandsmerkmale juristisch zu deuten.<sup>193</sup> Vielmehr genügt es, wenn der Täter den spezifischen Unwert seines rechtswidrigen Verhaltens in zumindest laienhafter Weise nachvollzieht.<sup>194</sup> Die Lehre spricht hier von der Parallelwertung in der Laiensphäre.<sup>195</sup> *E. Steininger* spricht an dieser Stelle allerdings juristisch präziser und treffender von der Parallelbeurteilung, da es ja genau nicht auf eine Wertung im rechtswissenschaftlichen Sinne ankommt.<sup>196</sup> Vorsatz kann folglich nur dann angenommen werden, wenn der Täter den Sachverhalt als Nichtfachmann dem Sinn nach gleichlaufend zur juristischen Wertung einschätzt.<sup>197</sup> Am Ende obliegt es der richterlichen Beweiswürdigung, ob der Täter dieses zumindest laienhafte Bewusstsein hatte.<sup>198</sup> Beamte iSd BDG handeln idR wissentlich.<sup>199</sup>

Als Beispiele von Fällen, in denen die Rspr auf eine Parallelbeurteilung in der Laiensphäre zurückgreifen musste, sind zu nennen: in Bezug auf die Kenntnis des normativen Tatbestandsmerkmals Beamter erkennen ein Werkstättenleiter und dessen Mechaniker zumindest in laienhafter Weise den Sinngehalt des § 74 Abs 1 Z 4, wenn sie dazu ermächtigt sind, Gutachten nach § 57a Abs 4 KFG zu erstellen. Das Gesetz selbst spricht hier schon vom „Organ“ und man wird dazu obendrein auch noch vom Landeshauptmann bestellt. Ein – zumindest in laienhafter Weise – gegebenes Bewusstsein, dass man hier als Beamter Amtsgeschäfte ausführt, ist daher indiziell. Deshalb war sich der OGH in dieser Entscheidung sicher, dass die Täter das Wissen um die subjektiven Unrechtskomponenten abstreiten.<sup>200</sup> Zudem muss es auch einem nach § 52 Abs 1 AVG bestellten Amtssachverständigen, der Führerscheinwerbenden die Lenkerprüfung abzunehmen hat, bekannt sein, dass er als Beamter iSd StGB Hoheitsakte erledigt. Ihm muss somit zumindest laienhaft der spezifische Unwert einer Verletzung des Rechtsguts gegenwärtig sein.<sup>201</sup>

### 3. Erweiterter Vorsatz – Der Schädigungsvorsatz

#### a) Allgemeines

Der Missbrauch der Amtsgewalt ist als Delikt mit überschießender Innentendenz ausgestaltet.<sup>202</sup> Das bedeutet, dass zur Vollendung des Delikts der wissentliche Befugnismissbrauch nicht ausreicht, sondern zusätzlich ein erweiterter Vorsatz gefordert wird, welcher bei diesem Delikt auf die Schädigung von Rechten anderer gerichtet sein muss. Dieser Schädigungsvorsatz kann nicht einfach aus der Tathandlung abgeleitet werden, sondern ist unabhängig davon zu prüfen und

<sup>193</sup> Vgl aus der Rspr etwa OGH 09.10.2012, 11 Os 104/12x.

<sup>194</sup> Vgl *Hinterhofer/Rosbaud*, Strafrecht BT II<sup>6</sup> § 302 Rz 46, *Marek/Jerabek*, Korruption<sup>9</sup> 45; RIS-Justiz RS0088928.

<sup>195</sup> Vgl *Kienapfel/Schmoller*, BT III<sup>2</sup> § 302 Rz 48; *Hinterhofer/Rosbaud*, Strafrecht BT II<sup>6</sup> § 302 Rz 46; *Mayerhofer*, Strafrecht Teil I<sup>6</sup>, § 302 E Rz 81c).

<sup>196</sup> Vgl *E. Steininger* in SbgK § 5 Rz 32; *E. Steininger*, JBI 1987, 287 (291).

<sup>197</sup> Vgl *Marek/Jerabek*, Korruption<sup>9</sup> 45.

<sup>198</sup> Vgl *Marek/Jerabek*, Korruption<sup>9</sup> 45.

<sup>199</sup> Vgl *Hinterhofer/Rosbaud*, Strafrecht BT II<sup>6</sup> § 302 Rz 46.

<sup>200</sup> Vgl *Marek/Jerabek*, Korruption<sup>9</sup> 10, 45; OGH 17.12.2003, 13 Os 151/03 = Jus-Extra OGH-St 3560 = RZ 2004, 139 = JBI 2004, 531 mit Anm *Burgstaller*.

<sup>201</sup> Vgl *Marek/Jerabek*, Korruption<sup>9</sup> 45; ÖJZ 1995/16 = EvBl 1995/16, 67 = OGH 22.09.1994, 12 Os 111/94.

<sup>202</sup> Vgl FN 43.

festzustellen.<sup>203</sup> Nichtsdestotrotz muss ein Bezug zwischen dem wesentlichen Befugnismissbrauch und der bezweckten Schädigung gegeben sein (arg „dadurch“).<sup>204</sup> Wesentlich dafür ist auch die Sach- und Rechtslage, die bei der Ausführungshandlung vorherrschend war.<sup>205</sup>

Ein „anderer“ iSd § 302 kann laut hM entweder eine natürliche oder eine juristische Person, vorwiegend eine Gebietskörperschaft, sein.<sup>206</sup> Es genügt allerdings, wenn der Täter eine Schädigung von jemand Beliebigem hinnimmt.<sup>207</sup>

Da vom Gesetz kein bestimmter Vorsatzgrad verlangt wird, genügt hier *dolus eventualis*.<sup>208</sup> Der Beamte muss also gem § 5 Abs 1 letzter HS den Nachteil eines anderen an seinen Rechten als Konsequenz seines eigenen Verhaltens zumindest ernstlich für möglich halten und sich damit abfinden.<sup>209</sup> Erst ab Erfüllung dieses Tatbestandsmerkmals kann ein beamteter Täter wegen seines inkriminierten Verhaltens verurteilt werden.

#### b) Schadenseintritt als Erfolg?

Aufgrund der Ausformung als erweiterter Vorsatz kommt es auf das tatsächliche Eintreten eines Schadens (in Form eines Erfolges) für die Deliktvollendung gerade nicht an, die Schädigungsabsicht ist dafür ausreichend.<sup>210</sup> Jedoch muss die Tathandlung bereits in Schädigungsabsicht erfolgt sein.<sup>211</sup> Darüber hinaus wird keinesfalls gefordert, dass der Schaden nicht wieder gutzumachen sein darf.<sup>212</sup>

Es liegen verschiedene Ansichten vor, ob ein intendierter Schaden überhaupt real möglich sein muss. Einem Teil der Lehre und manchen E der Rspr<sup>213</sup> ist zu entnehmen, dass sie den Amtsmissbrauch als nicht vollendet ansehen, wenn aus der Ausführungshandlung gar kein

<sup>203</sup> Vgl *Bertel* in WK<sup>2</sup> StGB § 302 Rz 91; *Leukauf/Steininger*, Kommentar zum StGB<sup>4</sup> § 5 Rz 37a; *Stricker* in *Lewisch* 97 (111).

<sup>204</sup> Vgl *Fabrizy*, StGB Kurzkomentar<sup>12</sup> § 302 Rz 17; vgl aus der Rspr OGH 15.12.2011, 13 Os 103/11p; OGH 17.10.2013, 17 Os 9/13x; siehe dazu näher unter IV. C. 3. d).

<sup>205</sup> Vgl *Zagler* in SbgK § 302 Rz 111.

<sup>206</sup> Vgl *Kienapfel/Schmoller*, BT III<sup>2</sup> § 302 Rz 49; *Bertel/Schwaighofer*, BT II<sup>11</sup> § 302 Rz 24; *Hinterhofer/Rosbaud*, Strafrecht BT II<sup>6</sup> § 302 Rz 48; *Bertel* in WK<sup>2</sup> StGB § 302 Rz 92; *Fabrizy*, StGB Kurzkomentar<sup>12</sup> § 302 Rz 17; *Leukauf/Steininger*, Kommentar zum StGB<sup>4</sup> § 302 Rz 36; *Mayerhofer*, Strafrecht Teil I<sup>6</sup>, § 302 E Rz 42; *Marek/Jerabek*, Korruption<sup>9</sup> 47; *Reindl-Krauskopf/Huber*, Korruptionsstrafrecht 16; vgl aus der Rspr OGH 30.04.2003, 13 Os 134/02.

<sup>207</sup> Vgl *Kienapfel/Schmoller*, BT III<sup>2</sup> § 302 Rz 49; *Mayerhofer*, Strafrecht Teil I<sup>6</sup>, § 302 E Rz 42; OGH 30.04.2003, 13 Os 134/02.

<sup>208</sup> Vgl *Zagler* in SbgK § 302 Rz 111; RIS-Justiz RS0089065.

<sup>209</sup> Vgl *Kienapfel/Schmoller*, BT III<sup>2</sup> § 302 Rz 49; *Bertel/Schwaighofer*, BT II<sup>11</sup> § 302 Rz 24; *Hinterhofer/Rosbaud*, Strafrecht BT II<sup>6</sup> § 302 Rz 47; *Fabrizy*, StGB Kurzkomentar<sup>12</sup> § 302 Rz 17; *Leukauf/Steininger*, Kommentar zum StGB<sup>4</sup> § 5 Rz 34; *Zagler* in SbgK § 302 Rz 111; *Marek/Jerabek*, Korruption<sup>9</sup> 47; RIS-Justiz RS0089065.

<sup>210</sup> Vgl *Kienapfel/Schmoller*, BT III<sup>2</sup> § 302 Rz 50; *Fabrizy*, StGB Kurzkomentar<sup>12</sup> § 302 Rz 17; *Leukauf/Steininger*, Kommentar zum StGB<sup>4</sup> § 302 Rz 42; *Zagler* in SbgK § 302 Rz 112; *Mayerhofer*, Strafrecht Teil I<sup>6</sup>, § 302 E Rz 40a); JBI 1990, 597 (599); *Reindl-Krauskopf/Huber*, Korruptionsstrafrecht 16; vgl RIS-Justiz RS0096386; RS0095844 zu § 101 StG, entsprechend.

<sup>211</sup> Vgl *Kienapfel/Schmoller*, BT III<sup>2</sup> § 302 Rz 50; *Mayerhofer*, Strafrecht Teil I<sup>6</sup>, § 302 E Rz 40.

<sup>212</sup> Vgl *Mayerhofer*, Strafrecht Teil I<sup>6</sup>, § 302 E Rz 40; OGH 22.09.1967, 12 Os 206/66.

<sup>213</sup> Vgl RIS-Justiz RS0094386; insb OGH 23.11.1989, 13 Os 123/89 = JBI 1990, 597.

Schaden resultieren kann.<sup>214</sup> *Zagler* stellt hier für die Eventualität eines Schadens auf das Übertreten einer Geringfügigkeitsgrenze ab und führt als Beispiel für eine nicht vorliegende Möglichkeit geringe Hilfeleistung im Strafvollzug (wie zB Gewähren eines Mobiltelefons bzw die Nichtabnahme von Alkohol) an, welche dem Haftzweck nicht schädigend gegenüberstehen.<sup>215</sup> *Kienapfel/Schmoller* führen aus, dass diese Ansicht zwar prima facie entgegen der Ausgestaltung als Delikt mit überschießender Innentendenz ist, jedoch beim genaueren Hinsehen eine große Ähnlichkeit zum straflosen untauglichen Versuch gem § 15 Abs 3 zu erkennen ist.<sup>216</sup> Die beiden Autoren sprechen in diesem Zusammenhang von „Erfolg“ und „Erfolgseintritt“, obwohl sie zwei Absätze darüber diese aufgrund des erweiterten Vorsatzes genau nicht verlangen.<sup>217</sup>

Die gegenteilige Meinung besagt, dass, selbst wenn ein Schaden nach den auf den Sachverhalt bezogenen Umständen objektiv unmöglich eintreten kann, der Missbrauch der Amtsgewalt – bei Vorliegen sämtlicher anderer Voraussetzungen – dennoch vollendet ist.<sup>218</sup> *Bertel* führt plausibel ua als Beispiel einen Staatsanwalt an, der entgegen der StPO missbräuchlich eine Einstellungserklärung abgibt, obwohl er es ernsthaft für möglich hält und er sich damit abfindet, dass es bei einem mutmaßlichen Täter womöglich zu einer Strafbarkeit kommen könnte. Es darf folglich keine Rolle spielen, ob letztendlich doch noch die Unschuld des nicht mehr Verfolgten festgestellt wird.<sup>219</sup>

Die jüngere ständige Rspr<sup>220</sup> teilt die Meinung *Bertels* und konstatiert in einer E sogar gänzlich in Widerspruch zu *Kienapfel/Schmollers* Standpunkt der Parallele zum untauglichen Versuch. Die Begründung ergibt sich aus dem Wortlaut des Strafgesetzes eo ipso, da der Gesetzgeber die Strafbarkeit des § 302 eben gerade nicht dem § 15 Abs 3 entsprechend beschränkt hat. Für eine teleologische Reduktion in dem Sinne, dass der Eintritt eines Schadens wenigstens denkbar sein muss, gibt es demnach keinen Grund.<sup>221</sup>

### c) Schädigung an Rechten

Auch hinsichtlich des normativen Tatbestandsmerkmals „einen anderen an seinen Rechten zu schädigen“ ist eine laienhafte Vorstellung des Täters im Hinblick auf das verletzte Recht

<sup>214</sup> Vgl *Hinterhofer/Rosbaud*, Strafrecht BT II<sup>6</sup> § 302 Rz 47; *Leukauf/Steininger*, Kommentar zum StGB<sup>4</sup> § 302 Rz 42; *Zagler* in SbgK § 302 Rz 112.

<sup>215</sup> Vgl *Zagler* in SbgK § 302 Rz 112.

<sup>216</sup> Vgl *Kienapfel/Schmoller*, BT III<sup>2</sup> § 302 Rz 52.

<sup>217</sup> Vgl *Kienapfel/Schmoller*, BT III<sup>2</sup> § 302 Rz 50, 52.

<sup>218</sup> Vgl *Bertel* in WK<sup>2</sup> StGB § 302 Rz 119; *Fabrizy*, StGB Kurzkomentar<sup>12</sup> § 302 Rz 17; vgl aus der Rspr OGH 09.09.1999, 15 Os 71/99.

<sup>219</sup> *Bertel* in WK<sup>2</sup> StGB § 302 Rz 109, 119; OGH 13.11.1986, 12 Os 71/86 = ÖJZ 1987, 72 (EvBI). Ähnlich der Fall zweier Polizeibeamter, die eine Anzeige weder aufnahmen, noch in weiterer Folge an die zuständige Staatsanwaltschaft weiterleiteten; OGH 28.09.2010, 11 Os 87/10v = AnwBI 2011, 210.

<sup>220</sup> Vgl RIS-Justiz RS0096790.

<sup>221</sup> Vgl OGH 13.12.2005, 11 Os 13/05d; aM *Marek* in BMJ 81; *Marek/Jerabek*, Korruption<sup>9</sup> 47, mN aus der Rspr, die allerdings nicht stichhaltig sind; die beiden Autoren sind der Ansicht, dass eine Schädigung im Tatzeitpunkt zumindest möglich sein muss.

ausreichend.<sup>222</sup> Der Schaden als Element des Vorsatzes ist sowohl in der Rspr als auch im Schrifttum von den frühesten Anfängen an heftig umstritten. Generell kann jedes Recht (Vermögensrechte, immaterielle oder Persönlichkeitsrechte) Gegenstand sein<sup>223</sup>, eine abschließende Aufzählung besteht nicht.<sup>224</sup> Bei privaten Rechten ist es erforderlich, dass sie als subjektive Rechte gegenüber dem Staat durchsetzbar sind.<sup>225</sup> Aus einem Rechtsvergleich mit unseren deutschsprachigen Nachbarländern resultiert – in erster Linie aus dem Vergleich mit Art 312 schwStGB<sup>226</sup> –, dass daneben selbst staatliche Hoheitsrechte in den Anwendungsbereich fallen. Das ergibt sich daraus, dass das österreichische Pendant nicht in beide Richtungen formuliert ist (arg „Vorteil“ und „Nachteil“ – wobei der Nachteil ausschließlich Individualrechte betrifft).<sup>227</sup> Genau diese Ausdehnung bereitet jedoch große Auslegungsprobleme.<sup>228</sup> Aus dem Recht des Staates kann nicht automatisch abgeleitet werden, dass jedes Zuwiderhandeln gegen eine gesetzliche Anordnung bereits eine Schädigung staatlicher Rechte darstelle – dies würde den erweiterten Vorsatz eindeutig ad absurdum führen.<sup>229</sup> Um diese Rechte näher zu konkretisieren und um den Anwendungsbereich des § 302 dahingehend etwas einzuschränken, haben sich im Laufe der Zeit in Rspr und Schrifttum verschiedene Meinungsstände entwickelt.

Früher wurde in der Judikatur und in Teilen der Lehre zwischen abstrakten und konkreten Rechten unterschieden, wobei sich die Differenzierung als eher schwierig erwies.<sup>230</sup> Entscheidend war, dass sich der Vorsatz auf ein konkretes Recht beziehen musste.<sup>231</sup> Kein konkretes Recht iSd § 302 stellt der (abstrakte) staatliche Anspruch auf eine korrekte und saubere Verwaltung dar.<sup>232</sup> Unter anderem gilt auch das Recht des Staates auf Ausfertigung der Wahrheit entsprechender Urkunden als bloß abstrakt.<sup>233</sup> Jedoch konnte bedauerlicherweise im Gegenzug dazu keine genaue Definition für ein konkretes Recht aufgestellt werden. Die Rspr hat mit der Zeit

<sup>222</sup> Vgl *Kienapfel/Schmoller*, BT III<sup>2</sup> § 302 Rz 50; *Hinterhofer/Rosbaud*, Strafrecht BT II<sup>6</sup> § 302 Rz 47; *Fabrizy*, StGB Kurzkommentar<sup>12</sup> § 302 Rz 17; *Mayerhofer*, Strafrecht Teil I<sup>6</sup>, § 302 E Rz 81c); vgl aus der Rspr OGH 02.10.1978, 9 Os 16/78 = SSt 49/48 = EvBl 1979/82 = ÖJZ-LSK 1979/15; OGH 30.04.2003, 13 Os 134/02.

<sup>223</sup> Vgl *Stricker* in *Lewisch* 97 (110); *Kienapfel/Schmoller*, BT III<sup>2</sup> § 302 Rz 53; *Hinterhofer/Rosbaud*, Strafrecht BT II<sup>6</sup> § 302 Rz 49; *Fabrizy*, StGB Kurzkommentar<sup>12</sup> § 302 Rz 18; *Leukauf/Steininger*, Kommentar zum StGB<sup>4</sup> § 302 Rz 37; *Zagler* in *SbgK* § 302 Rz 114; *Mayerhofer*, Strafrecht Teil I<sup>6</sup>, § 302 E Rz 42; *Marek/Jerabek*, Korruption<sup>9</sup> 47; OGH 30.04.2003, 13 Os 134/02.

<sup>224</sup> Vgl *Stricker* in *Lewisch* 97 (110).

<sup>225</sup> Vgl *Schallmoser*, RZ 2016, 210 (211, 214).

<sup>226</sup> „Mitglieder einer Behörde oder Beamte, die ihre Amtsgewalt missbrauchen, um sich oder einem andern einen unrechtmäßigen Vorteil zu verschaffen oder einem andern einen Nachteil zuzufügen, werden mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft.“ Vgl [http://www.gesetze.ch/sr/311.0/311.0\\_036.htm](http://www.gesetze.ch/sr/311.0/311.0_036.htm), abgerufen am 06.06.2017.

<sup>227</sup> Vgl *Kienapfel/Schmoller*, BT III<sup>2</sup> § 302 Rz 54.

<sup>228</sup> Vgl *Kienapfel/Schmoller*, BT III<sup>2</sup> § 302 Rz 55.

<sup>229</sup> Vgl sehr überzeugend *Bertel* in *WK<sup>2</sup> StGB* § 302 Rz 90 f; *Hinterhofer/Rosbaud*, Strafrecht BT II<sup>6</sup> § 302 Rz 50.

<sup>230</sup> Vgl *Schallmoser*, RZ 2016, 210 (213).

<sup>231</sup> Vgl *Stricker* in *Lewisch* 97 (111); *Fabrizy*, StGB Kurzkommentar<sup>12</sup> § 302 Rz 17; *Leukauf/Steininger*, Kommentar zum StGB<sup>4</sup> § 302 Rz 37a ff; vgl ua aus der Rspr OGH 02.10.1978, 9 Os 16/78 = SSt 49/48 = EvBl 1979/82; OGH 04.09.1991, 13 Os 130/90 = SSt 61/70; OGH 15.06.2005, 13 Os 159/04.

<sup>232</sup> Vgl OGH 26.01.1994, 13 Os 140/93.

<sup>233</sup> Für dieses Recht besteht bereits hinreichender Schutz durch §§ 228 und 311. Für eine Strafbarkeit nach § 302 bedarf es darüber hinaus einen über die alleinige Nutzung hinausgehenden Schädigungsvorsatz; vgl *Bertel* in *WK<sup>2</sup> StGB* § 302 Rz 114; *Hinterhofer/Rosbaud*, Strafrecht BT II<sup>6</sup> § 302 Rz 51c; *Zagler* in *SbgK* § 302 Rz 121; *Mayerhofer*, Strafrecht Teil I<sup>6</sup>, § 302 E Rz 55; vgl auch *Leukauf/Steininger*, Kommentar zum StGB<sup>4</sup> § 302 Rz 40; vgl aus der Rspr RIS-Justiz RS0095536.

verschiedene konkrete Rechte ausgestaltet.<sup>234</sup> Beispielsweise sind konkrete Rechte das Asylrecht eines politischen Flüchtlings<sup>235</sup>, das Recht auf Datenschutz gem § 1 DSGVO<sup>236</sup>, das Recht auf Strafverfolgung<sup>237</sup> und das Recht des Staates darauf, dass Fleisch nur für den Menschen ungefährlich und verträglich auf den Markt kommt.<sup>238</sup> Kritik an dieser scheinbar willkürlichen Aufzählung kommt einerseits von *Kienapfel/Schmoller*, die eine Abgrenzung anhand des Merkmals „konkretes Recht“ für absolut unbrauchbar halten, da jedes abstrakte Recht in ein scheinbar konkretes umwandelbar ist.<sup>239</sup> *Bertel's* Beanstandung zu diesem Thema fällt noch vehementer aus – in seinen Augen ist diese Differenzierung ohne Substanz und unterminiert obendrein den Willen des Gesetzgebers.<sup>240</sup> *Schallmoser* versucht hingegen, konkrete Rechte darzulegen, und sieht das öffentliche Interesse als wichtigsten Aspekt dabei. Auch hier soll die Durchsetzbarkeit wieder die wichtigste Voraussetzung sein, allerdings an dieser Stelle durch und nicht gegen den Staat.<sup>241</sup> An einem öffentlichen Interesse mangle es bei Normen, die sich bloß intern an den Beamten richten, wie Dienst-, Aufsichts- und Kontrollrechte, teils auch Verfahrensvorschriften. *Schallmoser* lässt ein solches aber doch als Recht iSd § 302 gelten, wenn nicht nur der Schutzzweck der Norm an sich betroffen ist, sondern noch vielmehr ein darüberstehendes Ziel dadurch verfolgt wird.<sup>242</sup>

Ein weiterer Ansatz, um den Schaden an Rechten abzugrenzen kommt aus anderen Teilen der Lehre und hält auch in der neueren Rspr<sup>243</sup> Einzug. Dieser besagt, dass ein Schaden iSd § 302 nur dann vorliege, wenn durch die Ausführungshandlung eben genau der hinter der beeinträchtigten Norm stehende Zweck vereitelt wird.<sup>244</sup> Manche Autoren verlangen diese Voraussetzung zusätzlich zu jener des konkreten Rechts.<sup>245</sup> Aber in einigen E wird unter dieser Prämisse ein bloß abstraktes Recht (auf ordnungsgemäße Führung des Verfahrens) als Bezug des Schädigungsvorsatzes herangezogen.<sup>246</sup> Auch hier kommt wieder Kritik aus derselben Richtung auf. Einige Autoren sind der Meinung, dass ohnehin jeder Verstoß gegen eine Norm unvermeidlich deren Zweck vereitelt, und es dadurch kaum zur Einschränkung des sehr weit

<sup>234</sup> Vgl *Kienapfel/Schmoller*, BT III<sup>2</sup> § 302 Rz 58.

<sup>235</sup> Vgl *Leukauf/Steininger*, Kommentar zum StGB<sup>4</sup> § 302 Rz 39 a); EvBl 1968/151.

<sup>236</sup> Vgl *Leukauf/Steininger*, Kommentar zum StGB<sup>4</sup> § 302 Rz 39 e); vgl ua aus der Rspr OGH 08.04.2010, 12 Os 28/10z.

<sup>237</sup> Vgl *Leukauf/Steininger*, Kommentar zum StGB<sup>4</sup> § 302 Rz 39 q); *Fabrizy*, StGB Kurzkommentar<sup>12</sup> § 302 Rz 18; vgl ua aus der Rspr OGH 25.05.2011, 15 Os 7/11k.

<sup>238</sup> Vgl *Leukauf/Steininger*, Kommentar zum StGB<sup>4</sup> § 302 Rz 39 t); *Kienapfel/Schmoller*, BT III<sup>2</sup> § 302 Rz 58; *Zagler* in SbgK § 302 Rz 125; OGH 28.09.1988, 14 Os 122/88 = SSt 59/69 = EvBl 1989/23.

<sup>239</sup> Vgl *Kienapfel/Schmoller*, BT III<sup>2</sup> § 302 Rz 58; ebenso bereits bei *Rittler*, Strafrecht BT II<sup>2</sup> 223.

<sup>240</sup> Vgl *Bertel* in WK<sup>2</sup> StGB § 302 Rz 92.

<sup>241</sup> Vgl *Schallmoser*, RZ 2016, 210 (214).

<sup>242</sup> Als Beispiel wird hier das Recht des Staates auf wahrheitsgetreue Anzeigerstattung des Staatsbediensteten angeführt. Vgl *Schallmoser*, RZ 2016, 210 (215); vgl OGH 02.10.2012, 17 Os 16/12z = EvBl 2013/21 = AnwBl 2013, 270.

<sup>243</sup> Vgl *Stricker* in *Lewisch* 97 (111); vgl aus der Rspr OGH 18.10.2011, 12 Os 136/11h; OGH 03.04.2012, 14 Os 138/11t = EvBl 2012, 566 = AnwBl 2012, 469.

<sup>244</sup> Vgl *Hinterhofer/Rosbaud*, Strafrecht BT II<sup>6</sup> § 302 Rz 51; *Zagler* in SbgK § 302 Rz 116; *Leukauf/Steininger*, Kommentar zum StGB<sup>4</sup> § 302 Rz 37; *Mayerhofer*, Strafrecht Teil I<sup>6</sup>, § 302 E Rz 44.

<sup>245</sup> Vgl *Kienapfel/Schmoller*, BT III<sup>2</sup> § 302 Rz 59.

<sup>246</sup> Vgl OGH 30.09.2013, 17 Os 7/13b (17 Os 10/13v) = AnwBl 2014, 285.



gefassten Tatbestands käme.<sup>247</sup> *Bertel* hingegen knüpft den Schaden an das Zustandekommen von materiell unrechtmäßigen Hoheitsakten an. Führt ein Beamter einen solchen vorsätzlich herbei, führt dies zu einer Schädigung des Staates. Bei einem Verstoß gegen Dienst- und Verfahrensvorschriften muss jedenfalls der Eventualvorsatz hinsichtlich eines rechtswidrigen Ausgangs in den Tätervorsatz aufgenommen werden. Seiner Meinung nach ist ein wissentlicher Befugnismissbrauch aber dann nicht amtsmissbräuchlich, wenn der Ausgang eines hoheitlichen Akts dennoch der wahren Sach- und Rechtslage Genüge tut. In solch einem Fall mangle es an einem Schaden, selbst bei Zuwiderhandeln des Beamten gegen Dienst- und Verfahrensvorschriften.<sup>248</sup> *Kienapfel/Schmoller* lassen hier berechtigte Kritik aufkommen, da es bei dieser Ansicht zu einer viel zu weiten Restriktion käme.<sup>249</sup> Die (Schutz-)Behauptung eines Täters, er hätte trotz Verstoßes gegen Vorschriften an eine materiell richtige Entscheidung geglaubt, ist noch dazu schwer zu widerlegen – in diese Richtung gehen auch die Zweifel des Höchstgerichts. Als Beispiel führen die beiden Autoren hier einen Bürgermeister an, der obwohl er eine Baugenehmigung ohne vorhergehendes Verfahren vergibt, nicht schuldig iSv § 302 wäre, wenn ihm von vornherein klar war, dass das Bauvorhaben den jeweiligen Bauvorschriften entspricht.<sup>250</sup>

Der OGH widerspricht der Meinung *Bertels* nicht gänzlich, sondern greift eine Unterscheidung hinsichtlich der Schwere des Verfahrensfehlers auf. Demnach schließen nachrangige Verfahrensfehler den erweiterten Vorsatz laut OGH aus. Hingegen gelten aber besonders schwerwiegende Verstöße auch dann als strafbar, wenn der Beamte von materiell richtigen Abschlüssen ausgeht. Ein Schädigungsvorsatz in Hinblick auf Hoheitsrechte ist unzweifelhaft gegeben, sofern Verfahrensvorschriften gänzlich nicht beachtet wurden und somit die Überprüfung des Ausgangs unterminiert wird.<sup>251</sup> *Kienapfel/Schmoller* sind von letzterer Ansicht überzeugt, bestehen jedoch auf eine nähere Konkretisierung. Prinzipiell wohne einem wissentlichen Befugnismissbrauch immer ein Schaden an Rechten inne. Der Vorsatz mit überschießender Innentendenz ist aber in ganz bestimmten Einzelfällen als nicht gegeben zu sehen. Bei individuellen Rechten gilt dies, wenn der Beamte von einer tatsächlichen bzw mutmaßlichen Einwilligung des (vermeintlich) Geschädigten ausgeht.<sup>252</sup> Betrifft es keine

<sup>247</sup> Vgl überzeugend *Kienapfel/Schmoller*, BT III<sup>2</sup> § 302 Rz 59; ebenso *Bertel* in WK<sup>2</sup> StGB § 302 Rz 93.

<sup>248</sup> Vgl *Bertel* in WK<sup>2</sup> StGB § 302 Rz 94 ff; *Bertel/Schwaighofer*, BT II<sup>11</sup> § 302 Rz 25; *Mayerhofer*, Strafrecht Teil I<sup>6</sup>, § 302 E Anm zu Rz 45a); *Kienapfel/Schmoller*, BT III<sup>2</sup> § 302 Rz 60.

<sup>249</sup> Vgl *Kienapfel/Schmoller*, BT III<sup>2</sup> § 302 Rz 60.

<sup>250</sup> Vgl *Kienapfel/Schmoller*, BT III<sup>2</sup> § 302 Rz 60.

<sup>251</sup> Gänzlich wird im Schrifttum und der Rspr auch mit „rundweg“ bezeichnet. Vgl *Kienapfel/Schmoller*, BT III<sup>2</sup> § 302 Rz 61; *Zagler* in SbgK § 302 Rz 129; *Mayerhofer*, Strafrecht Teil I<sup>6</sup>, § 302 E Anm zu Rz 44a); *Marek/Jerabek*, Korruption<sup>9</sup> 54 f; *Marek* in BMJ 83; vgl ua aus der Rspr OGH 21.12.1987, 13 Os 169/87; OGH 05.09.1988, 11 Os 102/88 = JBI 1989, 263, Anm: In dieser E geht es um erteilte Baubewilligungen ohne Bauverfahren, wobei sich der angeklagte Bürgermeister keinesfalls auf die Offensichtlichkeit der Ergebnisse der Verfahren hätte berufen können.

<sup>252</sup> Vgl *Kienapfel/Schmoller*, BT III<sup>2</sup> § 302 Rz 62 f; *Hinterhofer/Rosbaud*, Strafrecht BT II<sup>6</sup> § 302 Rz 52; dieser Meinung schließen sich auch *Hinterhofer/Müller* an, vgl *Hinterhofer/Müller*, JBI 2013, 193 (195); vgl aus der Rspr OGH 11.06.1996, 14 Os 31/96.

Individualrechte, so ist meist ein Hoheitsrecht Gegenstand des erweiterten Vorsatzes. Ein Schaden daran ist aber nicht anzunehmen, wenn der unrechtmäßige Zustand nur vorübergehend besteht und zusätzlich in dieser Phase niemand eine Einbuße erleidet.<sup>253</sup> Als Beispiel ist hier erneut der Bürgermeister zu nennen, der nach Abschluss eines Bauverfahrens, aber noch vor Erteilung der Baubewilligung den Baubeginn erlaubt, sofern er sich bezüglich der baldigen, gültigen Baubewilligung ganz sicher ist.<sup>254</sup> Eine Rechtsschädigung ist zB auch ausgeschlossen, wenn eine Berufung auf Wunsch des Berufungswerbers nicht weiterbearbeitet wird – eine Verletzung trifft hier bloß die Entscheidungspflicht der Behörde.<sup>255</sup>

Wie dargelegt, bestehen bei der Schädigung an Rechten sehr viele divergente Ansichten, die in ganz unterschiedliche Richtungen gehen. Die obendrein teilweise inkonsequente Judikatur des OGH zu diesem Element des § 302 sollte unbedingt iSd Rechtssicherheit vereinheitlicht werden.<sup>256</sup>

#### d) Verknüpfung zweier Tatbestandsmerkmale mittels „dadurch“

Selbst dem Wort „dadurch“ wird in manchen Entscheidungen – als Verbindung der beiden Tatbestandselemente des (wissentlichen) Befugnismisbrauchs und der nach Vorstellung des Täters daraus resultierenden Rechtsschädigung – besondere Beachtung geschenkt.<sup>257</sup> Auch dieser Kausalzusammenhang mit seiner spezifischen Verknüpfung muss genau geprüft werden. Nach der Rspr fehlt ein solcher Zusammenhang, wenn nicht schon die Tathandlung allein tatplangemäß zum gewünschten Ziel führt, sondern dazu noch die Vorbereitung bzw Unterstützung manipulativer Zwischenschritte Dritter benötigt wird.<sup>258</sup>

Diese vom Tatbestand vorausgesetzte Verbindung konnte vom OGH in einer E nicht festgestellt werden, in der eine Beamtin Scheinwohnsitzmeldungen vornahm und demgemäß Bescheinigungen ausstellte, um EU-Staatsangehörigen zu EU-Freizügigkeitsbestätigungen zu verhelfen.<sup>259</sup> Bejaht wurde diese verlangte Relation hingegen beim Überschreiben der Entlassungszeit einer öffentlichen Urkunde zu Beweis Zwecken im Rechtsverkehr.<sup>260</sup>

<sup>253</sup> Vgl *Kienapfel/Schmoller*, BT III<sup>2</sup> § 302 Rz 64; *Hinterhofer/Rosbaud*, Strafrecht BT II<sup>6</sup> § 302 Rz 53; krit dazu *Stricker* in *Lewisch* 97 (117, 119).

<sup>254</sup> Vgl *Kienapfel/Schmoller*, BT III<sup>2</sup> § 302 Rz 61, 64; *Stricker*, in *Lewisch* 97 (112); JBI 1990, 807 (810) mit Anm *Bertels*, der dies als eine positive Fortentwicklung durch den OGH bezeichnet.

<sup>255</sup> Vgl *Fabrizy*, StGB Kurzkommentar<sup>12</sup> § 302 Rz 20; *Kienapfel/Schmoller*, BT III<sup>2</sup> § 302 Rz 64; vgl aus der Rspr OGH 26.01.1994, 13 Os 140/93 = JBI 1994, 838.

<sup>256</sup> Vgl krit dazu *Stricker* in *Lewisch* 97 (116).

<sup>257</sup> Vgl *Leukauf/Steininger*, Kommentar zum StGB<sup>4</sup> § 302 Rz 39 a); EvBI 1968/151.

<sup>257</sup> Vgl *Leukauf/Steininger*, Kommentar zum StGB<sup>4</sup> § 302 Rz 34; *Schallmoser*, RZ 2016, 210 (211).

<sup>258</sup> Vgl *Hinterhofer/Rosbaud*, Strafrecht BT II<sup>6</sup> § 302 Rz 47a; *Leukauf/Steininger*, Kommentar zum StGB<sup>4</sup> § 302 Rz 34; *Nordmeyer* in *Lewisch* 81 (82, 92); vgl aus der Rspr OGH 02.12.2012, 17 Os 10/12t; OGH 07.10.2013, 17 Os 9/13x; OGH 12.05.2014, 17 Os 2/14v.

<sup>259</sup> Vgl *Nordmeyer* in *Lewisch* 81 (92); OGH 02.10.2012, 17 Os 10/12t.

<sup>260</sup> Vgl *Nordmeyer* in *Lewisch* 81 (92); OGH 12.05.2014, 17 Os 2/14v = AnwBI 2015,8.

## e) Befangenheit

Ein Befangenheitsgrund war nach der älteren Rspr ein konkretes hoheitliches Recht. Führt ein befangener Beamter eine Amtshandlung aus, wurde solch ein Handeln bereits als Befugnismissbrauch qualifiziert, sofern sich der erweiterte Vorsatz auf den von der Befangenheitsnorm verfolgten Zweck erstreckte.<sup>261</sup> Da dieser aber nicht in der Korrektheit des Ausgangs eines Verfahrens liegt, sondern der Wahrung der Objektivität und Überparteilichkeit dient, würde dieser immer vereitelt werden, wenn ein Beamter Kenntnis davon hat, dass er nicht unbefangen ist.<sup>262</sup> Nach jüngerer Rspr<sup>263</sup> handelt deshalb ein befangener Beamter nur dann amtsmissbräuchlich, wenn er in seinen Vorsatz aufgenommen hat, gerade durch diesen wissentlichen Befugnismissbrauch einen anderen an seinen Rechten zu schädigen.<sup>264</sup> Der Tatbestand ist infolgedessen nicht erfüllt, wenn der Ausführende sicher ist, dass sein missbräuchliches Verhalten für das (End-)Ergebnis nicht von Bedeutung ist (arg „dadurch“).<sup>265</sup>

Ein Finanzbeamter, der für andere Anträge auf Arbeitnehmerveranlagung ausfüllt und diese daraufhin eigenhändig bearbeitet und zugehörige Bescheide erlässt, ist strafbar gemäß § 302. Der OGH betonte in diesem Fall in einer überzeugenden Linie, dass sich der erweiterte Vorsatz auf die Schädigung des staatlichen Rechts auf Steuereinhebung beziehen muss.<sup>266</sup>

## D. Beteiligung am Amtsmissbrauch

### 1. Objektive Voraussetzungen

Unmittelbarer Täter des Amtsmissbrauchs kann aufgrund der Ausgestaltung als unrechtsbezogenes, eigenhändiges Sonderdelikt nur ein Beamter (Intraneus gem § 14<sup>267</sup>) sein.<sup>268</sup> Dieser wird auch als der Qualifizierte bezeichnet.<sup>269</sup> Der Bestimmungsversuch an einem anderen als an einem Qualifizierten, ist absolut untauglich.<sup>270</sup> Für die Beteiligung am Delikt ist die Beamtenstellung jedoch keine Voraussetzung beim Bestimmungs- oder Beitragstäter.<sup>271</sup> Beteiligte werden in diesem Zusammenhang als Extranei bezeichnet.<sup>272</sup>

<sup>261</sup> Vgl *Marek/Jerabek*, Korruption<sup>9</sup> 53; *Leukauf/Steininger*, Kommentar zum StGB<sup>4</sup> § 302 Rz 39 u); vgl ua aus der Rspr OGH 07.11.2002, 12 Os 97/02; OGH 16.02.2012, 11 Os 1/12z.

<sup>262</sup> Vgl *Stricker* in *Lewisch* 97 (117).

<sup>263</sup> Vgl ua OGH 25.02.2013, 17 Os 22/12g = EvBl 2013, 565 = AnwBl 2013, 625 = JBl 2013, 750.

<sup>264</sup> Vgl *Marek/Jerabek*, Korruption<sup>9</sup> 53; *Leukauf/Steininger*, Kommentar zum StGB<sup>4</sup> § 302 Rz 39 u).

<sup>265</sup> Vgl *Muzak*, JBl 2016, 270 (271); OGH 09.04.2015, 17 Os 53/14v; 17 Os 54/14s. Eine Ausnahme gibt es betreffend Art 6 Abs 1 EMRK (Recht auf ein faires Verfahren), dessen Schutz sich ausnahmslos auf Tribunale erstreckt. Befangenheit verletzt hier das Recht auf Entscheidung durch ein unparteiisches Organ. Eine Abklärung der Entscheidungsmacht auf das Ergebnis ist nicht von Nöten. Vgl *Marek/Jerabek*, Korruption<sup>9</sup> 53 f; *Muzak*, JBl 2016, 270 (270) mN aus der Rspr.

<sup>266</sup> Vgl *Marek/Jerabek*, Korruption<sup>9</sup> 53; *Nordmeyer* in *Lewisch* 81 (89); OGH 12.05.2014, 17 Os 15/14f = EvBl 2014, 835 = AnwBl 2015, 8.

<sup>267</sup> Vgl *Kienapfel/Höpfel/Kert*, AT<sup>15</sup> E 7 Rz 4.

<sup>268</sup> Vgl *Kienapfel/Schmoller*, BT III<sup>2</sup> § 302 Rz 74; *Fabrizy*, StGB Kurzkommentar<sup>12</sup> § 302 Rz 31; *Zagler* in *SbgK* § 302 Rz 156; siehe auch FN 34; abw *Hinterhofer/Rosbaud*, Strafrecht BT II<sup>6</sup> § 302 Rz 59.

<sup>269</sup> Vgl *Fuchs*, Strafrecht AT<sup>9</sup> Kap 35 Rz 13.

<sup>270</sup> Vgl *Fabrizy*, StGB Kurzkommentar<sup>12</sup> § 302 Rz 32.

<sup>271</sup> *Zagler* in *SbgK* § 302 Rz 156; *Marek/Jerabek*, Korruption<sup>9</sup> 59.

<sup>272</sup> Vgl *Kienapfel/Höpfel/Kert*, AT<sup>15</sup> E 7 Rz 4.

Kommt es zu keiner missbräuchlichen Amtshandlung durch den bestimmten Beamten, so ist ein Bestimmungsversuch gem §§ 12 2. Fall, 14 Abs 1, 15 Abs 2, 302 gegeben.<sup>273</sup>

Damit eine Bestimmung zum oder eine Beteiligung am Missbrauch der Amtsgewalt strafbar ist, muss der (bestimmte) Beamte seine hoheitliche Befugnis missbrauchen. Ob und welcher Grad des Vorsatzes beim Beamten als Unabdingbarkeit für eine Beteiligung vorliegen muss, ist im Schrifttum heftig umstritten.<sup>274</sup> Für eine Strafbarkeit des Beteiligten ist es ausreichend, wenn der Qualifizierte den objektiven Tatbestand des Amtsmissbrauchs erfüllt.<sup>275</sup>

## 2. Vorsatz des Beamten als Erfordernis der Beteiligung?

Das Grundprinzip des StGB bei der Beteiligung besagt, dass der Ausführende (also der unmittelbare Täter) nicht mit Vorsatz handeln muss.<sup>276</sup> Folglich lässt es ein Teil der Lehre genügen, wenn der Befugnisträger gegen seine Pflicht verstoßend handelt.<sup>277</sup> *Zagler* geht sogar so weit, dass er den Bestimmungstäter selbst dann für strafbar hält, wenn der Tatausführende gutgläubig ist.<sup>278</sup> Diese Ansicht beruht ausnahmslos auf § 12 und § 14 Abs 1 Satz 1.<sup>279</sup>

Ein anderer Teil der Lehre folgt der Rspr und verlangt als Voraussetzung der Beteiligung vorsätzliches Verhalten des Beamten in Form von *dolus eventualis* – als Ausnahme vom Grundprinzip für Sonderpflichtdelikte – und stützt dies auf § 14 Abs 1 Satz 2 2. Fall. Demnach sei ohne Vorsatz bereits ein Missbrauch gänzlich zu verneinen.<sup>280</sup>

Die dritte Meinung erstreckt sich dahingehend, dass der Beamte bei der Tat in derselben Form mitwirken muss, als wäre er selbst der unmittelbare Täter, auch wenn er bloß der Ausführende ist. Der *Intraneus* muss folglich einen wissentlichen Befugnismissbrauch begehen.<sup>281</sup>

*Hinterhofer/Rosbaud* konstatieren kriminalpolitische Bedenken bezüglich der Meinungen, die auf einen Vorsatz beim Beamten bestehen, zumal jener nicht strafbar ist, der einen vorsatzlos agierenden Ausführenden für seine gesetzeswidrigen Vorhaben heranzieht. Er zeigt auf, dass

<sup>273</sup> Vgl *Kienapfel/Schmoller*, BT III<sup>2</sup> § 302 Rz 73; *Bertel* in WK<sup>2</sup> StGB § 302 Rz 132.

<sup>274</sup> Vgl *Kienapfel/Schmoller*, BT III<sup>2</sup> § 302 Rz 75. *Fuchs* stellt bereits die Sanktionierung von Delikten, bei denen der pflichtwidrige Fehlgebrauch eines anvertrauten Status die Ausführungshandlung darstellt, an sich in Frage. Vgl *Fuchs*, Strafrecht AT<sup>9</sup> Kap 35 Rz 12.

<sup>275</sup> Vgl *Leukauf/Steininger*, Kommentar zum StGB<sup>4</sup> § 302 Rz 42a.

<sup>276</sup> Vgl *Fuchs*, Strafrecht AT<sup>9</sup> Kap 33 Rz 4; *Kienapfel/Höpfel/Kert*, AT<sup>15</sup> E 5 Rz 24; *Kienapfel/Schmoller*, BT III<sup>2</sup> § 302 Rz 75; *Hinterhofer/Rosbaud*, Strafrecht BT II<sup>6</sup> § 302 Rz 60b.

<sup>277</sup> Vgl *Kienapfel/Schmoller*, BT III<sup>2</sup> § 302 Rz 75; *Hinterhofer/Rosbaud*, Strafrecht BT II<sup>6</sup> § 302 Rz 60; *Leukauf/Steininger*, Kommentar zum StGB<sup>4</sup> § 302 Rz 42 a); krit dazu *Bertel* in WK<sup>2</sup> StGB § 302 Rz 134; äußerst krit außerdem *Fuchs*, Strafrecht AT<sup>9</sup> Kap 35 Rz 20a.

<sup>278</sup> Vgl *Zagler* in SbgK § 302 Rz 163; anders aus der Rspr OGH 27.08.2008, 13 Os 29/08a = SSt 2008/59.

<sup>279</sup> Vgl *Fuchs*, Strafrecht AT<sup>9</sup> Kap 35 Rz 17.

<sup>280</sup> Vgl *Kienapfel/Schmoller*, BT III<sup>2</sup> § 302 Rz 75; *Leukauf/Steininger*, Kommentar zum StGB<sup>4</sup> § 302 Rz 42 a); *Bertel* in WK<sup>2</sup> StGB § 302 Rz 133; *Marek/Jerabek*, Korruption<sup>9</sup> 59; *Kienapfel/Höpfel/Kert*, AT<sup>15</sup> E 7 Rz 34; *Fuchs*, Strafrecht AT<sup>9</sup> Kap 35 Rz 20a; vgl aus der Rspr OGH 17.12.2003, 13 Os 151/03 = JBI 2004, 531 mit Anm *Burgstaller*.

<sup>281</sup> Vgl *Bertel* in WK<sup>2</sup> StGB § 302 Rz 132; *Kienapfel/Höpfel/Kert*, AT<sup>15</sup> E 7 Rz 35; *Brandstetter*, JAP 1990/91, 8 (12).

diese Ansichten nicht den Gesetzesmaterialien entsprechen, da darin die unmittelbare Tathandlung explizit als „*Mißbrauch der Befugnis, Rechtshandlungen vorzunehmen*“ genannt wird. Eine bestimmte Vorsatzform wird hingegen nicht gefordert.<sup>282</sup>

### 3. Subjektive Voraussetzungen

Ein Beteiligter am Amtsmisbrauch muss aufgrund des in Österreich etablierten Einheitstätersystems gem § 12 in seiner eigenen Person den subjektiven Tatbestand erfüllen, und ein Beamter muss durch einen Befugnismissbrauch daran teilhaben („in bestimmter Weise mitwirken“ iSd § 14 Abs 1, 2. Satz).<sup>283</sup> Der Bestimmungs- oder Beitragstäter muss den objektiv pflichtwidrigen Fehlgebrauch des Ausführenden für gewiss halten, wobei wiederum eine Parallelwertung in der Laiensphäre ausreichend ist.<sup>284</sup> Ein Wissen des Beteiligten, dass der unmittelbare Täter wissentlich handelt (in Form einer sog doppelten Wissentlichkeit), wird laut hM nicht mehr gefordert.<sup>285</sup> Es stellt sich aber die Frage, auf welche Vorsatzform sich beim Beamten der Vorsatz des beitragenden oder bestimmenden Täters erstrecken muss. Auch beim Thema des Bezuges des *dolus principalis* liegen wieder vielfältige Meinungen vor. *Kienapfel/Schmoller* und *Hinterhofer/Rosbaud* knüpfen auch hier wieder lediglich am objektiv pflichtwidrigen Fehlgebrauch des Beamten an, worauf sich die Wissentlichkeit des Beteiligten erstrecken muss.<sup>286</sup> Diejenigen, die anstatt eines Missbrauchs einen vorsätzlichen Fehlgebrauch genügen lassen, fordern jedenfalls Wissentlichkeit auf Eventualvorsatz des Beamten<sup>287</sup> und gehen mit der Rspr<sup>288</sup> einher. Laut OGH muss sich das Wissen des Beteiligten gerade auf das Mitwirken des Beamten (als Träger der besonderen Eigenschaften) in bestimmter Weise (arg § 14) in Form von Fehlgebrauch mit *dolus eventualis* erstrecken.<sup>289</sup> Eine weitere Ansicht ist geradezu andersherum und findet Eventualvorsatz des Extraneus – bezogen auf den wissentlichen Missbrauch des Beamten – als hinreichend.<sup>290</sup>

<sup>282</sup> Vgl ErläutRV 285 BlgNR 23. GP 455; *Hinterhofer/Rosbaud*, Strafrecht BT II<sup>6</sup> § 302 Rz 60b.

<sup>283</sup> Vgl *Leukauf/Steininger*, Kommentar zum StGB<sup>4</sup> § 302 Rz 42 a); *Marek/Jerabek*, Korruption<sup>9</sup> 60; vgl aus der Rspr RIS-Justiz RS0108964.

<sup>284</sup> Vgl *Marek/Jerabek*, Korruption<sup>9</sup> 60; vgl aus der Rspr OGH 09.02.1988, 11 Os 151/87 = EvBl 1988/104, 467.

<sup>285</sup> Vgl *Kienapfel/Schmoller*, BT III<sup>2</sup> § 302 Rz 77; *Hinterhofer/Rosbaud*, Strafrecht BT II<sup>6</sup> § 302 Rz 63; *Marek/Jerabek*, Korruption<sup>9</sup> 60; vgl aus der Rspr RIS-Justiz RS0103984; aA *Sautner*, die auf die dadurch entstehende unterschiedliche Wertung der Täterschaftsformen hinweist, die rechtspolitisch dem § 12 widerspricht. Des Weiteren konstatiert sie, dass es bei Sonderpflichtdelikten, wie § 302 und § 153, eben genau auf den Vorsatz ankommt, um ein rechtswidriges Verhalten zu einem Missbrauch werden zu lassen – dies stelle das spezifische Unrecht dar; *Sautner*, JBl 2003, 330 (333).

<sup>286</sup> Vgl *Kienapfel/Schmoller*, BT III<sup>2</sup> § 302 Rz 77; *Hinterhofer/Rosbaud*, Strafrecht BT II<sup>6</sup> § 302 Rz 63; *Kienapfel/Höpfel/Kert*, AT<sup>15</sup> E 7 Rz 36; *Sautner*, JBl 2003, 330 (333).

<sup>287</sup> Vgl *Kienapfel/Schmoller*, BT III<sup>2</sup> § 302 Rz 77; *Leukauf/Steininger*, Kommentar zum StGB<sup>4</sup> § 302 Rz 31; *Marek/Jerabek*, Korruption<sup>9</sup> 60; OGH 17.12.2003, 13 Os 151/03 = Jus-Extra OGH-St 3560 = RZ 2004, 139 = JBl 2004, 531 Anm *Burgstaller*; OGH 06.11.2001, 14 Os 117/01; äußerst krit *Zagler* in SbgK § 302 Rz 161.

<sup>288</sup> Vgl RIS-Justiz RS0108964.

<sup>289</sup> Vgl OGH 11.08.2014, 17 Os 5/14k.

<sup>290</sup> Vgl *Kienapfel/Schmoller*, BT III<sup>2</sup> § 302 Rz 77; *Bertel* in WK<sup>2</sup> StGB § 302 Rz 132; *Bertel/Schwaighofer*, BT II<sup>11</sup> § 302 Rz 29.

Aufgrund des funktionalen, einheitstäterschaftlichen Grundprinzips muss der Bestimmende oder Beteiligte selbst jedenfalls mit erweitertem Vorsatz auf Schädigung von Rechten agieren.<sup>291</sup>

Letztendlich ist es für die Wissentlichkeit jedenfalls unerlässlich, dass das Handeln des Beamten für den Fall, dass dieser tatsächlich mitwirken sollte, in praxi auch ein Missbrauch wäre. Man kann schließlich nie mit Sicherheit voraussagen, dass der Beamte bestimmungsgemäß handeln wird.<sup>292</sup>

#### 4. Häufigste Anwendung in der Praxis

Der wohl häufigste Anwendungsfall der (versuchten) Bestimmung zum Amtsmissbrauch gem §§ 12 2. Fall, 302 Abs 1 (iVm § 15) liegt in der Selbstbegünstigung eines Straftäters. Der Beamte ist in diesem Zusammenhang idR ein Polizist, ein Staatsanwalt oder ein Richter.<sup>293</sup> Oftmals möchte ein Autofahrer, der entgegen der StVO gehandelt hat, den Beamten dazu bestimmen, von einer Strafe oder auch von einer Überprüfung mittels Alkomaten<sup>294</sup> abzusehen.<sup>295</sup> In so einem Fall ist zu prüfen, ob dem Beschuldigten die Rechtslage bekannt war und er somit mit Wissentlichkeit das Exekutivorgan zu einem Missbrauch der Befugnis bestimmen wollte – Drohungen oder Geldangebote durch den Bestimmenden sprechen als Indizien dafür.<sup>296</sup> Das alleinige Vorhaben, sich der eigenen Bestrafung entziehen zu wollen, ist noch nicht strafbar. Erst das Animieren des Beamten, seine Befugnis – durch die Verletzung des staatlichen Rechtsgutes auf Strafverfolgung – pflichtwidrig zu gebrauchen, stellt eine strafbare Bestimmungshandlung zum Amtsmissbrauch dar.<sup>297</sup> Dies ist nicht der Fall, wenn es dem Beamten freisteht, den Lenker des Kfz abzumahnen, und auch wenn der Fahrer mit dem Staatsbediensteten eine verbale Auseinandersetzung darüber führt, ob sich der Sachverhalt, für den er angeschuldigt wird, überhaupt derart zugetragen hat.<sup>298</sup> Der Tatbestand des Delikts ist folglich erfüllt, wenn der erweiterte Vorsatz, den Staat in seinem Recht auf Strafverfolgung zu schädigen, vorliegt.<sup>299</sup> *Bertel* kritisiert diese Rspr, da laut ihm in der Vereitelung der eigenen Strafmaßnahme kein Schaden ersichtlich ist.<sup>300</sup> *Mitgutsch* untermauert *Bertels* Ansicht durch einen Vergleich mit § 299 Abs 2, wonach jener nicht nach § 299 Abs 1 Begünstigung zu bestrafen ist, der einen anderen dazu verleitet, ihn zu begünstigen. Richtigerweise müsste auch der OGH iSv § 12 zu diesem Ergebnis kommen und § 299 auf § 302 erweitern.<sup>301</sup>

<sup>291</sup> Vgl *Kienapfel/Höpfel/Kert*, AT<sup>15</sup> E 4 Rz 46 f; *Hinterhofer/Rosbaud*, Strafrecht BT II<sup>6</sup> § 302 Rz 63; *Zagler* in SbgK § 302 Rz 164; vgl aus der Rspr OGH 15.12.2011, 13 Os 103/11p.

<sup>292</sup> Vgl *Kienapfel/Schmoller*, BT III<sup>2</sup> § 302 Rz 78; *Hinterhofer/Rosbaud*, Strafrecht BT II<sup>6</sup> § 302 Rz 64; *Hochmayr*, JBl 1998, 205 (215); vgl RIS-Justiz RS0108964.

<sup>293</sup> Vgl *Kienapfel/Schmoller*, BT III<sup>2</sup> § 302 Rz 79.

<sup>294</sup> Vgl OGH 31.07.2003, 12 Os 67/03 = JSt 2004, 30; OGH 22.10.2003, 14 Os 23/04 = *Mitgutsch*, JSt 2005, 27.

<sup>295</sup> Vgl *Bertel* in WK<sup>2</sup> StGB § 302 Rz 135.

<sup>296</sup> Vgl *Marek/Jerabek*, Korruption<sup>9</sup> 61.

<sup>297</sup> Vgl *Zagler* in SbgK § 302 Rz 165.

<sup>298</sup> Vgl *Marek/Jerabek*, Korruption<sup>9</sup> 61; *Zagler* in SbgK § 302 Rz 165.

<sup>299</sup> Vgl *Mitgutsch*, JSt 2005, 27 (27).

<sup>300</sup> Vgl *Bertel* in WK<sup>2</sup> StGB § 302 Rz 135.

<sup>301</sup> Vgl *Mitgutsch*, JSt 2005, 27 (27 f).

Ein weiterer Anwendungsfall kann Handeln auf eine gesetzwidrige Weisung sein.<sup>302</sup> Ein Beamter muss, wenn sich eine Weisung als strafrechtswidrig herausstellt, diese zurückweisen.<sup>303</sup> Eine Weisung kommt niemals als Rechtfertigungsgrund im Strafrecht in Betracht.<sup>304</sup> Als Beispiel aus der Rspr ist ein nachrangiger Beamter zu nennen, der auf „Ansuchen“ seines Dienstvorgesetzten einen teilweise inhaltlich falschen Aktenvermerk vornahm und zudem noch rückdatierte. Der Weisungsgeber machte sich wegen Bestimmung zur falschen Beurkundung und Beglaubigung im Amt gem § 311, der ihm Unterstellte wegen Amtsmisbrauchs strafbar. Letzterer hätte die Weisung wegen Verstoßes gegen das Strafrecht gem § 44 Abs 2 BDG ablehnen müssen.<sup>305</sup>

## **E. Aktuelles Beispiel aus der Rechtsprechung zur subjektiven Tatseite**

Während 1993 ein Gerichtshofpräsident wegen Missbrauchs der Amtsgewalt verurteilt wurde, da er über längeren Zeitraum in größerem Umfang eine Vertragsbedienstete private Arbeiten für ihn erledigen ließ<sup>306</sup>, fällte der Schöffensenat in einem ähnlich gelagerten Fall im Juni 2015 bei einer ehemaligen Leiterin der JVA Wiener Neustadt einen Freispruch (in dubio pro reo). Die Beamtin hat zwei Auszubildende für dienstfremde Zwecke benutzt, genauer gesagt hatten die beiden für die Abschlussarbeit der Leiterin im Zuge einer Weiterbildung derselben Schreivarbeiten am Computer vorzunehmen. Ihr Verteidiger warf ein, dass es in besagter wissenschaftlicher Arbeit inhaltlich um das Thema Gefängnis ging und die beiden Untergebenen lediglich Interviews mit Häftlingen, die Erfahrung mit Fußfesseln machten, abzutippen hatten. In objektiver Hinsicht sah das Gericht § 302 verwirklicht, allerdings scheiterte der Nachweis zur subjektiven Tatseite. Genauer gesagt lag es daran, dass der Beamtin die Wissentlichkeit nicht mit absoluter Sicherheit nachweisbar war. Die Richterin stufte zu Beginn diese Tätigkeit der Lehrlinge nicht als dienstlich ein. Aufgrund eines Sonderurlaubes und einer Förderung im Hinblick auf die Weiterbildungsmaßnahme konnte im Urteil schließlich doch ein dienstliches Interesse festgestellt werden.<sup>307</sup>

## **V. Exkurs: Kurzer Vergleich mit bzw Abgrenzung zu § 153 Untreue**

### **A. Allgemeines**

Die Untreue ist wie § 302 ein Missbrauchstatbestand.<sup>308</sup> und stellt die zentrale Bestimmung der Wirtschaftskriminalität dar<sup>309</sup>. Das Delikt schützt als Rechtsgut das Vermögen eines

<sup>302</sup> Vgl *Zagler* in SbgK § 302 Rz 166; *Marek/Jerabek*, Korruption<sup>9</sup> 56.

<sup>303</sup> Vgl *Bertel* in WK<sup>2</sup> StGB § 302 Rz 127; *Marek/Jerabek*, Korruption<sup>9</sup> 56; „kann“ in Art 20 Abs 1 letzter Satz B-VG ist in diesem Zusammenhang als „muss“ zu lesen.

<sup>304</sup> Vgl *Bertel* in WK<sup>2</sup> StGB § 302 Rz 127; *Marek/Jerabek*, Korruption<sup>9</sup> 56.

<sup>305</sup> Vgl OGH 12.10.1993, 14 Os 125/92 = SSt 61/150; *Marek/Jerabek*, Korruption<sup>9</sup> 57; krit dazu *Bertel* in WK<sup>2</sup> StGB § 302 Rz 129.

<sup>306</sup> Vgl OGH 28.09.1993, 14 Os 123/92; vgl *Marek/Jerabek*, Korruption<sup>9</sup> 22.

<sup>307</sup> Vgl <http://noe.orf.at/news/stories/2724262/>, abgerufen am 27.02.2017.

<sup>308</sup> Vgl *Kienapfel/Schmoller*, BT II § 153 Rz 3; *Leukauf/Steininger*, Kommentar zum StGB<sup>4</sup> § 153 Rz 2; *Fabrizy*, StGB Kurzkomentar<sup>12</sup> § 153 Rz 1; *Marek/Jerabek*, Korruption<sup>9</sup> 64.

<sup>309</sup> Vgl *Pfeifer* in SbgK § 153 Rz 7.

Machtgebers.<sup>310</sup> Eine weitere Gemeinsamkeit mit dem Amtsmissbrauch liegt darin, dass es sich um ein eigenhändiges Sonderpflichtdelikt handelt, wobei die besondere Eigenschaft gem § 14 Abs 1 auch hier in Zusammenhang mit dem Unrecht besteht.<sup>311</sup> Das Delikt ist als Vermögensschaden mittels Befugnismissbrauch aufgebaut.<sup>312</sup> Eingeführt wurde § 153 – der sogar rückwirkend in Kraft gesetzt wurde – aufgrund eines Anlassfalles, der weder unter den Betrug noch unter die Veruntreuung subsumiert werden konnte – deshalb auch noch immer der Begriff „Lex Ehrenfest“.<sup>313</sup> Das Delikt wurde durch das StRÄG 2015 novelliert, was aber an dessen generellen Struktur nichts geändert hat – selbst durch das Austauschen der Bezeichnung „Vermögensnachteil“ durch den des „Vermögensschadens“ soll es zu keinem Umbruch kommen. Im neu eingefügten Abs 2<sup>314</sup> wird das objektive Tatbestandsmerkmal „Missbrauch“ erstmals konkretisiert und hierdurch der Tatbestand stark eingeschränkt.<sup>315</sup> In Abs 3 wurden lediglich die Wertgrenzen erhöht.

## B. Objektiver Tatbestand

Das Tatsubjekt der Untreue ist der Machthaber, der vom Machtgeber die Befugnis (oder auch Vertretungsmacht, Vollmacht) hat, welche auch nach Streichung aus dem Gesetzeswortlaut nach wie vor entweder durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumt wird.<sup>316</sup> Dieses objektive Tatbestandsmerkmal ist demgemäß nicht so weit wie beim Amtsmissbrauch, bei dem es bloß auf die Beamtenstellung ankommt und nicht auf den Auftrag dahinter.<sup>317</sup> Jemand, der nicht bevollmächtigt ist, kann demnach nicht Tatsubjekt des § 153 sein.<sup>318</sup> Die Tathandlung besteht (wie beim Missbrauch der Amtsgewalt) in einem Missbrauch der Befugnis<sup>319</sup>, genauer gesagt in einem Missbrauch der Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen.<sup>320</sup> Sie hat in jedem Fall eine Rechtshandlung, meist ein Rechtsgeschäft, zu sein.<sup>321</sup> Beim Amtsmissbrauch sind hingegen auch faktische Verrichtungen als Ausführungshandlung möglich.<sup>322</sup> Aufgrund der Ausgestaltung des Delikts als (verhaltensgebundenes) Erfolgsdelikt ist ein Unterlassen nach den

<sup>310</sup> Vgl *Kienapfel/Schmoller*, BT II § 153 Rz 12; *Leukauf/Steininger*, Kommentar zum StGB<sup>4</sup> § 153 Rz 2.

<sup>311</sup> Vgl *Kienapfel/Schmoller*, BT II § 153 Rz 18; *Birkbauer/Hilf/Tipold*, BT I<sup>3</sup> § 153 Rz 1, 6; *Pfeifer* in SbgK § 153 Rz 3.

<sup>312</sup> Vgl *Kienapfel/Schmoller*, BT II § 153 Rz 14; *Kirchbacher/Presslauer* in WK<sup>2</sup> StGB § 153 Rz 2; *Pfeifer* in SbgK § 153 Rz 4.

<sup>313</sup> Vgl *Pfeifer* in SbgK § 153 Rz 1; *Leukauf/Steininger*, Kommentar zum StGB<sup>4</sup> § 153 Rz 1.

<sup>314</sup> IdF BGBl I 2015/112; sog Business Judgement Rule.

<sup>315</sup> Vgl *Götz/Krakow/Schrank*, Compliance Praxis 2015, 34 (34 f).

<sup>316</sup> Vgl *Kienapfel/Schmoller*, BT II § 153 Rz 27, 34 ff; *Kirchbacher/Presslauer* in WK<sup>2</sup> StGB § 153 Rz 3 ff; *Fabrizy*, StGB Kurzkommentar<sup>12</sup> § 153 Rz 2; *Leukauf/Steininger*, Kommentar zum StGB<sup>4</sup> § 153 Rz 6 ff; vgl RIS-Justiz RS0094733.

<sup>317</sup> Vgl *Birkbauer/Hilf/Tipold*, BT I<sup>3</sup> § 153 Rz 7.

<sup>318</sup> Wie zB der indirekte Stellvertreter, der falsus procurator oder jene, die den Befugnissträger bloß mit Hilfstätigkeiten unterstützen; vgl *Fuchs/Reindl-Krauskopf*, BT I<sup>5</sup> 233.

<sup>319</sup> Vgl *Birkbauer/Hilf/Tipold*, BT I<sup>3</sup> § 153 Rz 11; *Fuchs/Reindl-Krauskopf*, BT I<sup>5</sup> 226; *Mayerhofer*, Strafrecht Teil I<sup>6</sup>, § 153 E Rz 41.

<sup>320</sup> Vgl *Kienapfel/Schmoller*, BT II § 153 Rz 4, 49.

<sup>321</sup> Vgl *Kienapfel/Schmoller*, BT II § 153 Rz 4, 50; *Pfeifer* in SbgK § 153 Rz 19, 25 ff; *Leukauf/Steininger*, Kommentar zum StGB<sup>4</sup> § 153 Rz 15; *Fabrizy*, StGB Kurzkommentar<sup>12</sup> § 153 Rz 7; *Mayerhofer*, Strafrecht Teil I<sup>6</sup>, § 153 E Rz 18; *Marek/Jerabek*, Korruption<sup>9</sup> 64 f.

<sup>322</sup> Vgl *Marek/Jerabek*, Korruption<sup>9</sup> 65.



allgemeinen Regeln gem § 2 möglich und daher auch nicht strittig wie bei § 302.<sup>323</sup> Der Befugnismissbrauch stellt das Verhalten dar, welches zum Erfolg des Vermögensschadens führen muss.<sup>324</sup> Ein Missbrauch ist in diesem Fall das Überschreiten der Grenzen des internen Dürfens im Zuge des rechtlichen Könnens.<sup>325</sup> Genauer definiert wird der Befugnismissbrauch noch durch den neu eingeführten Abs 2, wonach der Täter „in unvertretbarer Weise gegen Regeln verstößt, die dem Vermögensschutz des wirtschaftlich Berechtigten dienen“. Solche Regeln können sich aus einem Gesetz, aus internen Bestimmungen einer Gesellschaft oder individuellen, fallspezifischen Anweisungen ergeben. Die Interessen des Machtgebers müssen in jedem Fall vollkommen geschützt werden. Als nicht mehr vertretbar gilt, wenn sich eine Rechtshandlung nicht mehr sinnig begründen lässt.<sup>326</sup> Je präziser die Anordnung durch den Machtgeber ist, desto weniger gilt ein Abgehen davon als nicht (mehr) vertretbar.<sup>327</sup>

Ein wichtiger Unterschied zu § 302 liegt darin, dass ein Vermögensschaden beim Machtgeber, der sich direkt aus dem Missbrauch der Befugnis ergeben muss, als Teil des objektiven Tatbestands vorausgesetzt wird.<sup>328</sup> Der Vermögensschaden muss nicht von Dauer<sup>329</sup> sein und wird anhand einer Gesamtsaldierung eruiert.<sup>330</sup> Das Delikt ist reuefähig iSd § 167.<sup>331</sup>

### C. Subjektiver Tatbestand

Die Untreue sieht keinen erweiterten Vorsatz wie der Amtsmisbrauch vor, jedoch wird in Hinblick auf den Befugnismissbrauch ebenso Wissentlichkeit<sup>332</sup> gem § 5 Abs 3 verlangt.<sup>333</sup> Hält der Machtgeber sein Handeln noch als verantwortbar, ist dieser Vorsatz ausgeschlossen.<sup>334</sup> Unpräzise oder unstimmgige, interne Bestimmungen wie auch Überbelastung können den dolus principalis ausschließen.<sup>335</sup> Nicht ausgeschlossen ist er nach hM, wenn der Täter erwartet, dass

<sup>323</sup> Vgl *Birkbauer/Hilf/Tipold*, BT I<sup>3</sup> § 153 Rz 14; *Kirchbacher/Presslauer* in WK<sup>2</sup> StGB § 153 Rz 30; *Pfeifer* in SbgK § 153 Rz 50; *Marek/Jerabek*, Korruption<sup>9</sup> 65; vgl RIS-Justiz RS0094733.

<sup>324</sup> Vgl *Kienapfel/Schmoller*, BT II § 153 Rz 15.

<sup>325</sup> Vgl *Kienapfel/Schmoller*, BT II § 153 Rz 4, 59; *Kirchbacher/Presslauer* in WK<sup>2</sup> StGB § 153 Rz 1, 28; *Pfeifer* in SbgK § 153 Rz 4, 20; *Leukauf/Steininger*, Kommentar zum StGB<sup>4</sup> § 153 Rz 17; *Fabrizy*, StGB Kurzkommentar<sup>12</sup> § 153 Rz 6; vgl RIS-Justiz RS0108872.

<sup>326</sup> Vgl *Fabrizy*, StGB Kurzkommentar<sup>12</sup> § 153 Rz 8; *Leukauf/Steininger*, Kommentar zum StGB<sup>4</sup> § 153 Rz 18 f.

<sup>327</sup> Vgl *Fuchs/Reindl-Krauskopf*, BT I<sup>5</sup> 228. Gibt es keine konkreten Verhaltensregeln, so gelten gesetzliche Regelungen wie zB § 1009, §§ 70, 84 und 99 AktienG. Vgl *Fuchs/Reindl-Krauskopf*, BT I<sup>5</sup> 231.

<sup>328</sup> Vgl *Kienapfel/Schmoller*, BT II § 153 Rz 81, 94; *Pfeifer* in SbgK § 153 Rz 38; *Leukauf/Steininger*, Kommentar zum StGB<sup>4</sup> § 153 Rz 28; *Marek/Jerabek*, Korruption<sup>9</sup> 65; vgl auch RIS-Justiz RS0130418.

<sup>329</sup> Vgl *Kienapfel/Schmoller*, BT II § 153 Rz 82 ff; *Kirchbacher/Presslauer* in WK<sup>2</sup> StGB § 153 Rz 36; *Leukauf/Steininger*, Kommentar zum StGB<sup>4</sup> § 153 Rz 28; *Fabrizy*, StGB Kurzkommentar<sup>12</sup> § 153 Rz 18; *Mayerhofer*, Strafrecht Teil I<sup>6</sup>, § 153 E Rz 65; vgl RIS-Justiz RS0094716, RS0094611.

<sup>330</sup> Vgl *Kienapfel/Schmoller*, BT II § 153 Rz 91; *Kirchbacher/Presslauer* in WK<sup>2</sup> StGB § 153 Rz 39; *Pfeifer* in SbgK § 153 Rz 32, 34; *Leukauf/Steininger*, Kommentar zum StGB<sup>4</sup> § 153 Rz 28; *Fabrizy*, StGB Kurzkommentar<sup>12</sup> § 153 Rz 13; *Mayerhofer*, Strafrecht Teil I<sup>6</sup>, § 153 E Rz 61; vgl RIS-Justiz RS0094836.

<sup>331</sup> Vgl *Birkbauer/Hilf/Tipold*, BT I<sup>3</sup> § 153 Rz 25; *Pfeifer* in SbgK § 153 Rz 47; *Fabrizy*, StGB Kurzkommentar<sup>12</sup> § 153 Rz 18.

<sup>332</sup> Siehe dazu FN 181 ff.

<sup>333</sup> Vgl *Kienapfel/Schmoller*, BT II § 153 Rz 99; *Birkbauer/Hilf/Tipold*, BT I<sup>3</sup> § 153 Rz 20; *Fuchs/Reindl-Krauskopf*, BT I<sup>5</sup> 235; *Kirchbacher/Presslauer* in WK<sup>2</sup> StGB § 153 Rz 42; *Pfeifer* in SbgK § 153 Rz 39 f; *Fabrizy*, StGB Kurzkommentar<sup>12</sup> § 153 Rz 12; *Leukauf/Steininger*, Kommentar zum StGB<sup>4</sup> § 153 Rz 42; *Mayerhofer*, Strafrecht Teil I<sup>6</sup>, § 153 E Rz 74.

<sup>334</sup> Vgl *Pfeifer* in SbgK § 153 Rz 40; *Leukauf/Steininger*, Kommentar zum StGB<sup>4</sup> § 153 Rz 43.

<sup>335</sup> Vgl *Pfeifer* in SbgK § 153 Rz 40; *Leukauf/Steininger*, Kommentar zum StGB<sup>4</sup> § 153 Rz 43.

der Geschädigte im Nachhinein zustimmen wird – dies könnte allerdings den Schädigungsvorsatz ausschließen.<sup>336</sup> Der Vermögensschaden muss direkt beim Machtgeber entstehen – bis zum Zeitpunkt des Schadenseintritts ist der Täter gegebenenfalls wegen Versuchs strafbar.<sup>337</sup> Es genügt Eventualvorsatz hinsichtlich des Vermögensschadens – es bedarf allerdings keines Bereicherungsvorsatzes und auch keines Schadens an anderen Rechten. Der bedingte Vorsatz muss im Zeitpunkt der Ausführungshandlung bereits gegeben sein.<sup>338</sup>

#### D. Beteiligung an der Untreue

Bestimmungs- und Beitragstäter haben selbst in ihrer Person den subjektiven Tatbestand des Delikts zu erfüllen.<sup>339</sup> Die Stellung des Machthabers bildet – wie bei § 302 – erst das spezifische Unrecht gem § 14 Abs 1 Satz 2 aus. Er muss dem Gesetzeswortlaut nach „sonst in bestimmter Weise an der Tat mitwirken“.<sup>340</sup> Fraglich ist an dieser Stelle deshalb wie beim Amtsmissbrauch auch, ob und in welcher Vorsatzform der Intraneus den Missbrauch demnach begehen muss, um eine Strafbarkeit beim Extraneus hervorzurufen. Der folgende Meinungsstreit läuft parallel zu jenem bei § 302. Die frühere Rspr und Teile der Lehre begnügen sich auch hier mit einem „pflichtwidrigen Gebrauch“, gestützt auf § 12, und sehen von einem Vorsatz beim ausführenden Machthaber ab. *Kienapfel/Schmoller* sehen auch hier ein Abgehen vom österr Einheitstätersystem als verfehlt.<sup>341</sup> Diese Ansicht dehnt die Strafbarkeit für Beteiligte jedenfalls weit aus. Die ständige Rspr<sup>342</sup> und ein anderer Teil der Lehre interpretieren das Tatbestandsmerkmal „sonst in bestimmter Weise mitwirken“ dahingehend, dass der Machthaber zumindest mit dolus eventualis seine Befugnis zu missbrauchen hat.<sup>343</sup> *Leukauf/Steininger* werten diese Ansicht auch nicht widersprüchlich zu der Erläuterung des Tatbestandsmerkmals „Missbrauch“ im neu eingeführten Abs 2.<sup>344</sup> Zuletzt gibt es noch den Teil des Schrifttums, der einen wissentlichen Missbrauch des Machthabers verlangt.<sup>345</sup> *Pfeifer* untermauert diese Meinung, indem er auf die Wesentlichkeit hindeutet, dass § 14 zu § 12 seines Erachtens lex specialis sei und sich das „Mitwirken“ ohnehin nur auf den dolus principalis des Delikts als spezifisches Unrecht beziehen könne.<sup>346</sup>

<sup>336</sup> Vgl *Kienapfel/Schmoller*, BT II § 153 Rz 101; *Kirchbacher/Presslauer* in WK<sup>2</sup> StGB § 153 Rz 43; *Pfeifer* in SbgK § 153 Rz 40; *Leukauf/Steininger*, Kommentar zum StGB<sup>4</sup> § 153 Rz 43.

<sup>337</sup> *Birkbauer/Hilf/Tipold*, BT I<sup>3</sup> § 153 Rz 15.

<sup>338</sup> Vgl *Fuchs/Reindl-Krauskopf*, BT I<sup>5</sup> 235 f; *Kirchbacher/Presslauer* in WK<sup>2</sup> StGB § 153 Rz 42; *Pfeifer* in SbgK § 153 Rz 39, 41; *Leukauf/Steininger*, Kommentar zum StGB<sup>4</sup> § 153 Rz 42; *Fabrizy*, StGB Kurzkommentar<sup>12</sup> § 153 Rz 13; *Mayerhofer*, Strafrecht Teil I<sup>6</sup>, § 153 E Rz 74 f.

<sup>339</sup> Vgl *Fuchs/Reindl-Krauskopf*, BT I<sup>5</sup> 236; vgl RIS-Justiz RS0103984.

<sup>340</sup> Vgl *Kienapfel/Schmoller*, BT II § 153 Rz 113; *Birkbauer/Hilf/Tipold*, BT I<sup>3</sup> § 153 Rz 27.

<sup>341</sup> Vgl *Kienapfel/Schmoller*, BT II § 153 Rz 118, 121; ebenso für § 302 siehe FN 292.

<sup>342</sup> Vgl RIS-Justiz RS0103984; vgl RIS-Justiz RS0116032, worin bereits aus dem Wortlaut „Missbrauch“ ein vorsätzlicher Fehlgebrauch abgeleitet wird.

<sup>343</sup> Vgl *Kienapfel/Höpfel/Kert*, AT<sup>15</sup> E 7 Rz 32 ff; *Kienapfel/Schmoller*, BT II § 153 Rz 119; *Kirchbacher/Presslauer* in WK<sup>2</sup> StGB § 153 Rz 44; *Fabrizy*, StGB Kurzkommentar<sup>12</sup> § 153 Rz 19; *Leukauf/Steininger*, Kommentar zum StGB<sup>4</sup> § 153 Rz 46; *Fuchs/Reindl-Krauskopf*, BT I<sup>5</sup> 236; *Sautner*, JBI 2003, 330 (331).

<sup>344</sup> Vgl *Leukauf/Steininger*, Kommentar zum StGB<sup>4</sup> § 153 Rz 46.

<sup>345</sup> Vgl *Birkbauer/Hilf/Tipold*, BT I<sup>3</sup> § 153 Rz 27; *Fuchs/Reindl-Krauskopf*, BT I<sup>5</sup> 236.

<sup>346</sup> Vgl *Pfeifer* in SbgK § 153 Rz 56.

Ansonsten hat ein Beteiligter auch in subjektiver Hinsicht wiederum selbst den subjektiven Tatbestand des Delikts zu erfüllen.<sup>347</sup> Das bedeutet, dass auch er wissentlich handeln muss. An dieser Stelle der Wissentlichkeit beim Beteiligten in Bezug auf den Missbrauch ist neuerlich der exakt gleiche Meinungsstreit vorherrschend wie beim Amtsmissbrauch.<sup>348</sup> Die Meinungen gehen wieder dahingehend auseinander, ob sich das Wissen des Extraneus bloß auf einen objektiv pflichtwidrigen Fehlgebrauch<sup>349</sup> oder auf vorsätzlichen Befugnismissbrauch durch den Machthaber erstrecken muss.<sup>350</sup> *Bertel/Schwaighofer* verlangen wiederum Eventualvorsatz beim Beteiligten hinsichtlich eines wissentlichen Befugnismissbrauchs.<sup>351</sup> Eine doppelte Wissentlichkeit wird jedoch auch bei der Untreue nicht mehr verlangt.<sup>352</sup>

Beim Extraneus wird zusätzlich noch Eventualvorsatz im Hinblick auf den Vermögensschaden gefordert, nicht hingegen aber beim unmittelbar Ausführenden (das wäre ein sog verdoppelter Schädigungsvorsatz).<sup>353</sup>

## E. Ein Fall aus der Rspr zur Abgrenzung von § 302 und § 153

Begeht nun ein Beamter einen Befugnismissbrauch, ist für die Abgrenzung zwischen § 302 und § 153 ausschließlich der Wirkungsbereich ausschlaggebend. Kann das Handeln des Beamten der Hoheitsverwaltung (oder der Gerichtsbarkeit) zugeordnet werden, ist Amtsmissbrauch zu prüfen, im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung ausschließlich Untreue uU iVm § 313.<sup>354</sup>

In der E 15 Os 85/93 vom 19.08.1993 hatte der OGH aufgrund einer Subsumtionsrüge der Staatsanwaltschaft über genau diese Problemstellung zu entscheiden. Ein Abteilungsleiter des Amtes einer Landesregierung ließ bei den Kfz-Werkstätten des Landes Tirol seine privaten Fahrzeuge in Stand setzen und schädigte dadurch das Land Tirol an dessen Vermögen. Die Reparatur privater Kfz war für Bedienstete obendrein unter den Voraussetzungen der „Richtlinien für Privatarbeiten in den mechanischen Werkstätten und Betriebsanlagen des Landes“ möglich. Diesen hat sich der Angeklagte allerdings widersetzt. Er wurde schließlich vom Erstgericht wegen § 153 Abs 1 und Abs 2 erster Fall<sup>355</sup> für schuldig erkannt. Die Staatsanwaltschaft war mit dem

<sup>347</sup> Vgl *Kienapfel/Schmoller*, BT II § 153 Rz 122.

<sup>348</sup> Siehe dazu IV. D.1; *Birkbauer/Hilf/Tipold*, BT I<sup>3</sup> § 153 Rz 33.

<sup>349</sup> Vgl *Kienapfel/Schmoller*, BT II § 153 Rz 127.

<sup>350</sup> Vgl *Kirchbacher/Presslauer* in WK<sup>2</sup> StGB § 153 Rz 44; vgl aus der Rspr RS0103984; RS0108964.

<sup>351</sup> Vgl *Bertel/Schwaighofer*, BT II<sup>11</sup> § 302 Rz 17.

<sup>352</sup> Vgl *Kienapfel/Schmoller*, BT II § 153 Rz 126; *Fabrizy*, StGB Kurzkommentar<sup>12</sup> § 153 Rz 19; *Kirchbacher/Presslauer* in WK<sup>2</sup> StGB § 153 Rz 44; *Leukauf/Steininger*, Kommentar zum StGB<sup>4</sup> § 153 Rz 47.

<sup>353</sup> Vgl *Kienapfel/Schmoller*, BT II § 153 Rz 122; *Birkbauer/Hilf/Tipold*, BT I<sup>3</sup> § 153 Rz 28; *Fuchs/Reindl-Krauskopf*, BT I<sup>5</sup> 236; *Kirchbacher/Presslauer* in WK<sup>2</sup> StGB § 153 Rz 44; *Pfeifer* in SbgK § 153 Rz 60; *Leukauf/Steininger*, Kommentar zum StGB<sup>4</sup> § 153 Rz 48.

<sup>354</sup> Vgl *Kienapfel/Schmoller*, BT II § 153 Rz 143; *Kirchbacher/Presslauer* in WK<sup>2</sup> StGB § 153 Rz 55; *Pfeifer* in SbgK § 153 Rz 67 f.

<sup>355</sup> IdF BGBl 1974/60.

Urteil inhaltlich nicht zufrieden und zielte mit ihrer Subsumtionsrüge auf Anklage wegen § 302 Abs 1 ab.

Um sich nach § 302 strafbar machen zu können, muss ein österr Beamter seine Befugnis, in Vollziehung der Gesetze Amtsgeschäfte zu verrichten, wissentlich missbrauchen. Die Abgrenzung betrifft ausschließlich den objektiven Tatbestand. Für die Differenzierung zwischen Hoheits- und Privatwirtschaftsverwaltung wird immer auf die in concreto verrichtete Tätigkeit abgestellt und nicht auf formal-organisatorische Kriterien.<sup>356</sup> Das Erstgericht hat folgerichtig ausgeführt, dass es sich bei Instandsetzung von Kfz um eine reine Hilfstätigkeit (wenn auch im Zuge der Deckung des Eigenbedarfs) handelt. Der Staat tritt hier keinesfalls mit imperium, sondern wie ein Privater auf. Deshalb erwies sich das Urteil als rechtsrichtig.<sup>357</sup>

## VI. Fazit und Schlusswort

Das hier aufgegriffene Thema wirkt vielleicht anfangs etwas trocken und sehr theoretisch, zumal es ja (scheinbar) nur Beamte betrifft. Je länger man sich aber mit diesem Themengebiet beschäftigt und man dazu recherchiert, desto lebendiger kommt einem der Tatbestand des Amtsmissbrauchs plötzlich vor. Überdies wird man darauf aufmerksam gemacht, wie schnell man selbst im täglichen Leben in Gefahr geraten könnte, zum Bestimmungstäter des § 302 zu werden, wenn man sich etwa die häufigsten Praxisbeispiele der (versuchten) Selbstbegünstigung ansieht. Immer wieder geschieht dies im Zuge von routinemäßigen Kontrollen durch Exekutivorgane oder aber auch beim klassischen „Pickerl-machen“ für das Kfz, also der Begutachtung gem § 57 a KFG.

Der Missbrauch der Amtsgewalt veranschaulicht ferner, wie stark voneinander abweichend die Meinungen mehrerer Rechtsgelehrter und der Judikatur zu ein und demselben Thema sein können. Dies zeigt auf, dass es im Sinne der Rechtssicherheit notwendig ist, dass der Gesetzgeber gerade im Bereich des Strafrechts gefragt ist, solch heftig umstrittene Delikte genauer zu betrachten, und wenn nötig – wie bei § 153 – zu novellieren, ja gar zu reformieren. Auch die Beteiligung an Sonderpflichtdelikten, wobei der Amtsmissbrauch und die Untreue die beiden bedeutsamsten sind<sup>358</sup>, könnte im StGB eindeutig definiert werden. Dazu müsste allerdings vorab überlegt werden, wie weit man die Strafbarkeit bei solch einem Delikt gerade auf Personen ausweiten möchte, die selbst nicht Träger der besonderen Voraussetzung sind.

Die Rspr hat im Bereich des Missbrauchs der Amtsgewalt letztendlich einheitlich und konsequent zu judizieren, wobei sich ganz offensichtlich seit der Einrichtung des 17. Senats bereits leichte Tendenzen in die richtige Richtung zeigen.

<sup>356</sup> Siehe unter IV. B. 2. a) (3).

<sup>357</sup> Vgl JBI 1994, 765 f; *Mayerhofer*, Strafrecht Teil I<sup>6</sup>, § 153 E Rz 6c).

<sup>358</sup> Vgl *Kienapfel/Höpfel/Kert*, AT<sup>15</sup> E 7 Rz 32.

Wichtig ist hauptsächlich, was man am Beispiel der Wissentlichkeit besonders gut erkennen kann, dass es zwingend notwendig ist, jeden einzelnen Sachverhalt eines zur Anklage gebrachten Falles immer genauestens zu prüfen und jeden Einzelfall genau abzuwägen. Nicht jede Tatenlosigkeit ist etwa sofort als wissentlicher Missbrauch einzustufen. Auch hier sind immer die äußeren Umstände, wie zB Abläufe beim Amtsbetrieb (Überarbeitung, Platzmangel oder Baulärm), in die Entscheidung über die innere Tatseite mit einzubeziehen.<sup>359</sup> Ferner ist abschließend noch einmal zu erwähnen, dass es äußerst wichtig ist, dass das Gericht seine Feststellungen immer zu dem vom Gesetz geforderten Vorsatzgrad trifft, auch wenn der stärkere Grad den schwächeren implizit mit umfassen sollte.

---

<sup>359</sup> Vgl. *Marek/Jerabek*, Korruption<sup>9</sup> 46.

## VII. Literaturverzeichnis

- Aicher-Hadler*, Verantwortlichkeit bei Amtsmissbrauch und Korruption<sup>3</sup> (2013) genaue Seite.  
Zit: *Aicher-Hadler*, Verantwortlichkeit<sup>3</sup> Seite.
- Allgemeines Gesetz über Verbrechen, und derselben Bestrafung, *Trattner*, Wien 1787. 116 Seiten, gebunden, € 20.  
Zit: Allgemeines Gesetz über Verbrechen, und derselben Bestrafung § ... .
- Bergauer*, OGH: Verletzung des Grundrechts auf Datenschutz unter Missbrauch der Amtsgewalt, *jusIT* 2012, 30.  
Zit: *Bergauer*, *jusIT* 2012, 30 (genaue Seite).
- Bertel*, Amtsmissbrauch und Ausnützung der Amtsstellung, *StPG* 14 (1986) 151.  
Zit: *Bertel*, Amtsmissbrauch, *StPG* 14, 151 (genaue Seite).
- Bertel*, Die Amtsdelikte im österreichischen Strafgesetzbuch, *LJZ* 1988, 126.  
Zit: *Bertel*, *LJZ* 1988, 126 (genaue Seite).
- Bertel*, Die öffentliche Urkunde und die Falschbeurkundung im Amt, *AnwBl* 1980, 319.  
Zit: *Bertel*, *AnwBl* 1980, 319 (genaue Seite).
- Bertel/Schwaighofer*, Österreichisches Strafrecht - Besonderer Teil II §§ 169 bis 321 StGB<sup>11</sup> (2015).  
Zit: *Bertel/Schwaighofer*, *BT II*<sup>11</sup> § ... Rz ... .
- Birklbauer/Hilf/Tipold*, Strafrecht Besonderer Teil I, §§ 75 -168b StGB<sup>3</sup> (2015).  
Zit: *Birklbauer/Hilf/Tipold*, *BT I*<sup>3</sup> § ... Rz ... .
- Brandstetter*, Strafrechtliche Probleme bei der Schulbuchaktion – Ein Beitrag zur Didaktik und Reichweite der Amtsdelikte, *JAP* 1990/91, 8.  
Zit: *Brandstetter*, *JAP* 1990/91, 8 (genaue Seite).
- Fabrizy*, Strafgesetzbuch: StGB samt ausgewählten Nebengesetzen: Kurzkomentar mit der Einführung und Anmerkungen unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes und des Schrifttums<sup>12</sup> (2016).  
Zit: *Fabrizy*, *StGB Kurzkomentar*<sup>12</sup> § ... Rz ... .
- Finger*, Compendien des österreichischen Rechts – Das Strafrecht<sup>3</sup> (1914).  
Zit: *Finger*, *Strafrecht*<sup>3</sup> Seite.
- Fuchs*, Strafrecht – Allgemeiner Teil. I. Grundlagen und Lehre von der Straftat<sup>9</sup> (2016).  
Zit: *Fuchs*, *Strafrecht AT*<sup>9</sup> Seite.
- Fuchs/Reindl-Krauskopf*, Strafrecht Besonderer Teil I. Delikte gegen den Einzelnen (Leib und Leben, Freiheit, Ehre, Privatsphäre, Vermögen)<sup>5</sup> (2015).  
Zit: *Fuchs/Reindl-Krauskopf*, *BT I*<sup>5</sup> § ... Rz ... .
- Götz/Krakow/Schrank*, Änderungen im Straf- und Strafprozeßrecht ab Jänner 2016, *Compliance Praxis* 2015, 34.  
Zit: *Götz/Krakow/Schrank*, *Compliance Praxis* 2015, 34 (genaue Seite).
- Hinterhofer*, Unterlassen der Einhebung bzw Vorschreibung der Bauabgabe durch einen Bürgermeister; Missbrauch der Amtsgewalt, *bbl* 2011, 100.  
Zit: *Hinterhofer*, *bbl* 2011, 100 (genaue Seite).

- Hinterhofer/Müller*, Schädigungsvorsatz und Einwilligung beim Amtsmissbrauch, JBI 2013, 193.  
Zit: *Hinterhofer/Müller*, JBI 2013, 193 (genaue Seite).
- Hinterhofer/Rosbaud*, Strafrecht Besonderer Teil II §§ 169 – 321k StGB<sup>6</sup> (2016).  
Zit: *Hinterhofer/Rosbaud*, Strafrecht BT II<sup>6</sup> § ... Rz ...
- Hochmayr*, Die Vorsatzform bei notwendigen Nebenfolgen, JBI 1998, 205.  
Zit: *Hochmayr*, JBI 1998, 205 (genaue Seite).
- Höpfel/Ratz* (Hrsg), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch<sup>2</sup>, 28. Lfg (Mai 2010).  
Zit: *Autor in WK<sup>2</sup> StGB § ... Rz ...* .
- Huber*, Amtsmissbrauch durch Nichtabführen von Strafgeldern, JBI 2014, 275.  
Zit: *Huber*, JBI 2014, 275 (genaue Seite).
- Kadecka*, Untreue und Mißbrauch der Amtsgewalt, JBI 1936, 133.  
Zit: *Kadecka*, JBI 1936, 133 (genaue Seite).
- Kaniak* (Hrsg), Das österreichische Strafgesetz mit den wichtigsten strafrechtlichen Nebengesetzen (1948).  
Zit: *Kaniak*, Strafgesetz Seite.
- Kienapfel/Höpfel/Kert*, Grundriss des Strafrechts. Allgemeiner Teil<sup>15</sup> (2016).  
Zit: *Kienapfel/Höpfel/Kert*, AT<sup>15</sup> E bzw Z ... Rz ... .
- Kienapfel/Schmoller*, Studienbuch Strafrecht Besonderer Teil III, Delikte gegen sonstige Individual- und Gemeinschaftswerte<sup>2</sup> (2009).  
Zit: *Kienapfel/Schmoller*, BT III<sup>2</sup> § ... Rz ... .
- Kucsko-Stadlmayer*, Das Disziplinarrecht der Beamten<sup>4</sup> (2010).  
Zit: *Kucsko-Stadlmayer*, Disziplinarrecht<sup>4</sup> genaue Seite.
- Kucsko-Stadlmayer*, Korruptionsstrafrecht und Dienstrecht, JBI 2009, 742.  
Zit: *Kucsko-Stadlmayer*, JBI 2009, 742 (genaue Seite).
- Leukauf/Steininger*, Kommentar zum Strafgesetzbuch<sup>4</sup> (2017).  
Zit: *Leukauf/Steininger*, Kommentar zum StGB<sup>4</sup> § ... Rz ... .
- Marek* in Bundesministerium für Justiz (Hrsg), 41. Ottensteiner Fortbildungsseminar aus Strafrecht und Kriminologie, Neues (und Altes) vom Amtsmissbrauch genaue Seite.  
Zit: *Marek* in BMJ Seite.
- Marek/Jerabek*, Korruption und Amtsmissbrauch: Grundlagen, Definitionen und Beispiele zu den §§ 302, 304 bis 311 StGB sowie weitere praxisrelevante Tatbestände im Korruptionsbereich<sup>9</sup>(2016).  
Zit: *Marek/Jerabek*, Korruption<sup>9</sup> Seite.
- Mayerhofer*, Das österreichische Strafrecht Teil I<sup>6</sup> Strafgesetzbuch (2009).  
Zit: *Mayerhofer*, Strafrecht Teil I<sup>6</sup>, § ... E Rz ...
- Mitgutsch*, Bestimmung zum Missbrauch der Amtsgewalt durch Einwirkung auf einen Beamten, von einem Alkomattest abzusehen, JSt 2005/1, 27.  
Zit: *Mitgutsch*, JSt 2005/1, 27 (genaue Seite).
- Mitgutsch/Wessely* (Hrsg), Strafrecht Besonderer Teil, Jahrbuch 2013.  
Zit: *Autor in Mitgutsch/Wessely* Seite.

- Mommsen*, Römisches Strafrecht (1899, Nachdruck 1955).  
Zit: *Mommsen*, Römisches Strafrecht Seite.
- Muzak*, Befangenheit und Schädigungsvorsatz beim Amtsmissbrauch, JBI 2016, 270.  
Zit: *Muzak*, JBI 2016, 270 (genaue Seite).
- Nordmeyer* in *Lewisch* (Hrsg), Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit<sup>1</sup> (2014)  
Aktuelle OGH-Rechtsprechung zum Amtsmissbrauch und zu den Korruptionstatbeständen  
81 (genaue Seite).  
Zit: *Nordmeyer* in *Lewisch* 81 (genaue Seite).
- Nowakowski*, Das österreichische Strafrecht in seinen Grundzügen (1955).  
Zit: *Nowakowski*, Strafrecht Seite.
- Premisl*, Strafrechtsschutz und Grundrechte: strafrechtliche Legitimierung von gesetzwidrigen  
polizeilichen Hausdurchsuchungen und Freiheitsentziehungen? (2008).  
Zit: *Premisl*, Strafrechtsschutz Seite.
- Reindl-Krauskopf/Huber*, Korruptionsstrafrecht in Fällen (2014).  
Zit: *Reindl-Krauskopf/Huber*, Korruptionsstrafrecht Seite.
- Rittler*, Lehrbuch des österreichischen Strafrechts. II. Besonderer Teil (1962).  
Zit: *Rittler*, Strafrecht BT II<sup>2</sup> Seite.
- Sautner*, Vorsatzerfordernisse bei Beteiligung an Untreue, JBI 2003, 330.  
Zit: *Sautner*, JBI 2003, 330 (genaue Seite).
- Schallmoser*, Zum Schädigungsvorsatz des § 302 StGB nach der Rechtsprechung des OGH, RZ  
2016, 210 (genaue Seite).  
Zit: *Schallmoser*, RZ 2016, 210 (genaue Seite).
- Schuschnigg*, Korruptionsstrafrecht (2015).  
Zit: *Schuschnigg*, Korruptionsstrafrecht Rz ... .
- Schwaighofer*, Amtsmissbrauch durch Erlassung von (Pauschalierungs)Verordnungen? ÖJZ  
2014, 160.  
Zit: *Schwaighofer*, ÖJZ 2014, 160 (genaue Seite).
- R. Seiler*, Amtsmißbrauch oder Amtsveruntreuung? JBI 1964, 437.  
Zit: *R. Seiler*, JBI 1964, 437 (genaue Seite).
- Seling*, Schutz der Privatsphäre durch das Strafrecht, 3. Teil (genaue Textstelle) (Stand Oktober  
2009, lexinexis.at).  
Zit: *Seling*, Privatsphäre 3. Teil (genaue Textstelle).
- E. Steining*, Der Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, JBI 1987, 205.  
Zit: *E. Steining*, JBI 1987, 205 (genaue Seite).
- E. Steining*, Der Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale (Schluss), JBI 1987, 287.  
Zit: *E. Steining*, JBI 1987, 287 (genaue Seite).
- H. Steining*, Die Amtsdelikte im Strafgesetzbuch, ÖJZ 1980, 477.  
Zit: *H. Steining*, ÖJZ 1980, 477 (genaue Seite).



*Stricker* in *Lewisch* (Hrsg), Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit<sup>1</sup> (2014)  
Missbrauch der Amtsgewalt (§ 302 StGB) – Aktuelle Judikatur des OGH (Senat 17) 97  
(genaue Seite).

Zit: *Stricker* in *Lewisch* 97 (genaue Seite).

*Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer* (Hrsg), Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 7. Lfg  
(Oktober 2002).

Zit: *Autor* in SbgK § ... Rz... .

*Wegscheider*, Strafrecht Besonderer Teil, Eine multimediale Darstellung der Delikte des  
österreichischen Strafgesetzbuches<sup>4</sup> (2012).

Zit: *Wegscheider*, BT<sup>4</sup> genaue Seite.

*Weixelbaum*, § 302 StGB – eine gefährliche Untiefe in den Gewässern des Strafrechts? AnwBI  
2014, 649.

Zit: *Weixelbaum*, § 302 StGB, AnwBI 2014, 649.

*Wessely*, Schlichte Hoheitsverwaltung und Amtsmissbrauch, JBI 2016, 341.

Zit: *Wessely*, Schlichte Hoheitsverwaltung, JBI 2016, 341 (genaue Seite).

### **Onlinequellen**

[https://www.bvwg.gv.at/fachbereiche/start\\_fb.html](https://www.bvwg.gv.at/fachbereiche/start_fb.html), abgerufen am 27.07.2017.

[http://www.gesetze.ch/sr/311.0/311.0\\_036.htm](http://www.gesetze.ch/sr/311.0/311.0_036.htm), abgerufen am 06.06.2017.

<http://noe.orf.at/news/stories/2724262/>, abgerufen am 27.02.2017.