

Ergänzung der Bestechungsdelikte durch einen Tatbestand des Amtsmissbrauchs?

Frank Zimmermann

A. Einleitung

Die §§ 332, 334 StGB stellen, stark vereinfacht gesagt, den Verkauf und den Kauf pflichtwidriger Diensthandlungen unter Strafe. Die Vornahme einer pflichtwidrigen Diensthandlung – gewissermaßen also die Erfüllung des Bestechungsgeschäfts – ist als solche hingegen in Deutschland grundsätzlich nicht mit Strafe bedroht. Dieser Befund gibt Anlass zu der Frage, ob es ratsam wäre, im deutschen Recht einen Straftatbestand einzuführen, der unter bestimmten Voraussetzungen die Vornahme rechtswidriger Diensthandlungen pönalisiert und der mit dem Begriff des Amtsmissbrauchs betitelt werden könnte. Der Blick zurück in das frühere deutsche RStGB zeigt, dass ein solches Delikt dem deutschen Strafrecht jedenfalls nicht wesensfremd ist (unten B.). Heute gehen Impulse für eine Neuregelung auf überstaatlicher Ebene von Art. 19 der UN-Konvention zur Bekämpfung der Korruption aus (unten C.). Im Mittelpunkt des Beitrags wird aber eine rechtsvergleichende Analyse von verschiedenen Strafvorschriften des Amtsmissbrauchs in gefestigten europäischen Demokratien stehen (unten D.). Auf deren kritischer Bewertung wird abschließend eine kriminalpolitische Einordnung aufbauen (unten E.).

B. Ein Blick zurück: § 339 Reichsstrafgesetzbuch 1871

Es gab im deutschen Strafrecht schon einmal einen Tatbestand, der auf den Missbrauch der Amtsgewalt abstellte. Der 1942 unter der NS-Diktatur gestrichene § 339 des Reichsstrafgesetzbuches 1871 (RStGB) sah folgende Regelung vor:

- (1) *Ein Beamter, welcher durch Mißbrauch seiner Amtsgewalt oder durch Androhung eines bestimmten Mißbrauchs derselben Jemand zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung widerrechtlich nöthigt, wird mit Gefängniß bestraft.*
- (2) *Der Versuch ist strafbar.*

(3) In den Fällen der §§. 106. 107. 167. und 253. tritt die daselbst angeordnete Strafe ein, wenn die Handlung von einem Beamten, wenn auch ohne Gewalt oder Drohung, aber durch Mißbrauch seiner Amtsgewalt oder Androhung eines bestimmten Mißbrauchs derselben begangen ist.

Eine genaue Betrachtung dieser Vorschrift zeigt, dass der Amtsmissbrauch in der Vergangenheit gewissermaßen als Nötigung im Amt konstruiert war. Im Ausgangspunkt ist § 339 RStGB daher vergleichbar mit dem heutigen Regelbeispiel der Nötigung im Amt nach § 240 Abs. 4 S. 2 Nr. 2 StGB. Allerdings trat im früheren § 339 RStGB der Missbrauch der Amtsgewalt bzw. dessen Androhung an die Stelle der klassischen Nötigungsmittel „Gewalt“ und „Drohung mit einem empfindlichen Übel“. Das Merkmal der Amtsgewalt wurde dabei verstanden als der Inbegriff der mit einem Amt verbundenen Befugnisse, die einen Amtsträger berechtigen, zum Vor- oder zum Nachteil einer Person zu handeln; die Ausübung von Zwangsgewalt sollte jedoch nicht erforderlich sein.¹ Ein Missbrauch der Amtsgewalt setzte deren Gebrauch voraus, ohne dass die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen; auch das Unterlassen eines Tätigwerdens wurde als Ge- bzw. Missbrauch der Amtsgewalt verstanden.² Nach heutigem Recht muss im Rahmen des § 240 Abs. 4 S. 2 Nr. 2 StGB hingegen zu mindestens einem der auf Tatbestandsebene vorliegenden Nötigungsmittel kumulativ der Missbrauch der Amtsgewalt hinzutreten. Aber auch mit seinem deshalb etwas weiteren Anwendungsbereich deckte § 339 RStGB nur einen Teil derjenigen Fälle ab, die heute (bspw. nach Art. 19 UNCAC)³ als Amtsmissbrauch verstanden werden könnten. Insbesondere erfasste die historische Regelung nicht den „klassischen“ Fall der Korruption, in dem der Täter im Einvernehmen mit einem Vorteilsgeber eine widerrechtliche Amtshandlung für eine Gegenleistung vornimmt.

C. Die UNCAC als möglicher Impuls für eine Neuregelung

Die United Nations Convention Against Corruption (UNCAC) bietet einen passenden Ausgangspunkt für den im Folgenden angestellten Rechtsvergleich, denn alle hier erwähnten Staaten haben diesen völkerrechtlichen Vertrag ratifiziert. Insbesondere kann (und soll) Art. 19 UN-

1 R. Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl., 1931, § 339 Erl. II (m.w.N. auch zur Gegenansicht).

2 Frank, Strafgesetzbuch (Fn. 1), § 339 Erl. II.

3 S. nächster Abschnitt.

CAC als Impulsgeber für rechtspolitische Erwägungen im Zusammenhang mit dem Delikt des Amtsmissbrauchs fungieren.

Art. 19

Each State Party shall consider adopting such legislative and other measures as may be necessary to establish as a criminal offence, when committed intentionally, the abuse of functions or position, that is, the performance of or failure to perform an act, in violation of laws, by a public official in the discharge of his or her functions, for the purpose of obtaining an undue advantage for himself or herself or for another person or entity.

Diese Regelung empfiehlt es den Vertragsstaaten, einen Tatbestand des „abuse of functions or position“ mit dem objektiven Erfordernis der gesetzeswidrigen Amtsausübung einzuführen. Auf subjektiver Seite sieht diese Modellregelung eine überschießende Innentendenz in Gestalt der Absicht der Vorteilerlangung vor. Ausdrücklich erfasst werden Pflichtverletzungen durch Unterlassen. Damit bestehen grundlegende Unterschiede zwischen dem Regelungsvorschlag der UNCAC und den §§ 332, 334 StGB im deutschen Recht. Die deutschen Regelungen stellen nämlich, wie eingangs erwähnt, nicht die eigentliche Vornahme der pflichtwidrigen Handlung unter Strafe, sondern vielmehr deren vorherigen „Verkauf“ bzw. „Kauf“. Ein „abuse of functions“, wie in der UNCAC vorgesehen, existiert im deutschen Strafrecht nicht.

Betont werden muss jedoch, dass die Vertragsstaaten nicht verpflichtet sind, einen solchen Tatbestand tatsächlich einzuführen. Artikel 19 UNCAC schreibt den Staaten nur vor, dies in Erwägung zu ziehen. Wenn sich ein Vertragsstaat – wie Deutschland – entscheidet, auf eine gesonderte Kriminalisierung des so umschriebenen Verhaltens zu verzichten, ist dies also keineswegs per se konventionswidrig, sofern der Gesetzgeber sich bei dieser Entscheidung von nachvollziehbaren Gründen leiten ließ.

D. Rechtsvergleichende Betrachtungen

Aber welchen Weg haben andere Vertragsstaaten der UNCAC gewählt? Der nachfolgende Rechtsvergleich kann natürlich nur einen kleinen Teil der möglichen Referenz-Rechtsordnungen abbilden. Die untersuchten Rechtsordnungen wurden deshalb ausgewählt, weil sich anhand von ihnen einige unterschiedliche Regelungsmodelle veranschaulichen lassen. Nicht näher betrachtet wurden demgegenüber Staaten, die einen Tatbestand des Amtsmissbrauchs in dieser Form nicht kennen (z.B. Belgien,

Frankreich), wo er in der Praxis keine Rolle spielt (Niederlande)⁴ und wo ein Tatbestand existiert, der weitgehend deckungsgleich mit den hier aufgeführten ist (Griechenland: ähnelt stark dem Modell der Schweiz).

I. Österreich

Aus deutscher Sicht besonders naheliegend ist sicherlich ein Vergleich mit der Rechtslage in Österreich. Tatsächlich existiert dort eine auf den Amtsmissbrauch abstellende Strafvorschrift, die eine nicht unerhebliche Relevanz in der Praxis besitzt:

§ 302 öStGB: *Mißbrauch der Amtsgewalt*

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

(2) *[Qualifikationen]*

Objektiv setzt diese Vorschrift einen Missbrauch von Befugnissen im Zusammenhang mit der Vollziehung der Gesetze voraus. Subjektiv wird die Kenntnis des Missbrauchs der Befugnis und ein Schädigungsvorsatz verlangt, wobei letzterer nach wohl einhelliger Ansicht auch in Form eines bedingten Vorsatzes vorliegen kann.

1. Vornahme eines Amtsgeschäfts in Vollziehung der Gesetze

Zentral für die Reichweite dieses Tatbestandes ist das Merkmal, dass ein Amtsgeschäft „in Vollziehung der Gesetze“ vorgenommen werden muss. Nach heute wohl einhelliger Ansicht ist damit ausschließlich der Bereich der Hoheitsverwaltung angesprochen, bei welcher der Staat dem Bürger in einem Über-Unterordnungs-Verhältnis gegenüber tritt.⁵ Demgegenüber

4 W. Geelhoed, *Criminal Liability of Political Decision-Makers in the Netherlands*, in: F. Zimmermann (Hrsg.), *Criminal Liability of Political Decision-Makers – A Comparative Perspective*, Berlin u.a. 2017, S. 167 (179 ff.).

5 W. Zagler, in: O. Triffterer/C. Rosbaud/H. Hinterhofer (Hrsg.), *Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. VIII, 7. Lfg., Wien 2008, § 302 Rn. 78; E. Marek/R. Jerabek, *Korruption und Amtsmissbrauch*, 13. Aufl., Wien 2020, II/25.

erfolgt jedenfalls die sog. Privatwirtschaftsverwaltung nicht „in Vollziehung der Gesetze“, ebenso wenig die Wahrnehmung subjektiver Rechte einer staatlichen Körperschaft in Verwaltungsverfahren.⁶ Dementsprechend werden die gesamte fiskalische Beschaffungsverwaltung einschließlich des Abschlusses von Verträgen zum Bau von Straßen oder Gebäuden sowie zur Darlehensaufnahme, aber auch Sponsoringvereinbarungen und selbst die (nicht-hoheitliche) Vergabe von Subventionen nicht vom Anwendungsbereich des § 302 erfasst.⁷ An diesem Zuschnitt des § 302 zeigt sich, dass dieses Delikt doch eine deutlich andere Zielrichtung hat als die österreichischen Bestechungsdelikte, welche gerade auch im Bereich der Fiskalverwaltung gelten. Wegen dieser unterschiedlichen Anwendungsbe- reiche erscheint es stimmig, dass insbesondere der Tatbestand der Bestechlichkeit nicht subsidiär ist, sondern tateinheitlich mit § 302 öStGB verwirklicht werden kann.⁸

Die Beschränkung auf Amtsgeschäfte im Bereich der Hoheitsverwaltung führt allerdings – aus der Perspektive eines nicht-österreichischen Juristen – auch nicht in jedem Einzelfall zu eindeutigen Ergebnissen. Das zeigt sich zum einen, wenn es heißt, dass Verhaltensweisen, die sich schon äußerlich nicht als Amtshandlung darstellten, den Tatbestand nicht erfüllen könnten. Gemeint sind damit insbesondere Allgemeindelikte, die bei Gelegenheit der Amtsausübung, aber auch unter Ausnutzung einer Amtsstellung begangen werden, wie beispielsweise ein Diebstahl oder eine Körperverletzung.⁹ Demgegenüber sei § 302 öStGB erfüllt, wenn sich das Verhalten zumindest phasenweise als Ausübung einer hoheitlichen Befugnis darstellt.¹⁰ Das führt zu höchst diffizilen Differenzierungen: Schlägt ein Polizist einen bereits Festgenommenen, um ihn für unliebsames Verhalten zu maßregeln, handele es sich nicht um einen Amtsmissbrauch;¹¹ diene dagegen der Schlag noch der Durchsetzung der Festnahme, sei § 302 öStGB einschlägig.¹² Auch dass auf dieser Grundlage die Abpressung eines Geständnisses keinen Amtsmissbrauch darstellen soll,¹³ erscheint wenig einleuchtend.¹⁴

6 H. Nordmeyer, in: F. Höpfel/E. Ratz (Hrsg.), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., Wien, Stand 01.11.2019, § 302 Rn. 99.

7 Nordmeyer (Fn. 6), § 302 Rn. 99.

8 Nordmeyer (Fn. 6), § 302 Rn. 200; Marek/Jerabek (Fn. 5), II/63.

9 Grundlegend OGH 13 Os 138/81 v. 29.04.1982.

10 Marek/Jerabek (Fn. 5), II/14.

11 OGH 14 Os 129/09s v. 02.03.2010.

12 OGH 14 Os 191/19w v. 14.04.2020.

13 So OGH 13 Os 138/81 v. 29.04.1982.

14 Einen Befugnisfehlgebrauch bejahen deshalb Marek/Jerabek (Fn. 5), II/14.

Nicht erfasst sind außerdem zunächst behördeninterne Handlungen, die – anders als etwa das Vorbereiten eines Bescheids – nicht darauf abzielen, später Wirkung gegenüber einem Bürger zu entfalten.¹⁵ Aus vergleichbaren Gründen sind behördeninterne Buchungsvorgänge nur dann erfasst, wenn sie einen näheren Bezug zu Maßnahmen der Hoheitsverwaltung aufweisen.¹⁶

2. Befugnismissbrauch

Ein Befugnismissbrauch i.S.d. § 302 öStGB setzt voraus, dass ein Beamter eine ihm im Sinne einer sachlichen Zuständigkeit abstrakt zustehende¹⁷ Befugnis im konkreten Fall pflichtwidrig ausübt.¹⁸ Der Beamte muss also ihn konkret treffende Vorschriften verletzen.¹⁹ Der Missbrauch der Befugnis setzt voraus, dass der gesetzte Rechtsakt Wirksamkeit im Außenverhältnis entfaltet (oder entfalten kann), also nicht von vornherein nichtig ist; eine Anfechtbarkeit des Verwaltungshandelns ist hierbei jedoch unschädlich, denn sie berührt nicht die vorläufige Wirksamkeit des Aktes.²⁰ Im Zusammenhang mit Ermessensvorschriften wird von einem Missbrauch ausgegangen bei einer Überschreitung des Ermessenspielraums oder bei einem Fehlgebrauch des Ermessens, mit anderen Worten: bei Ermessensfehlern.²¹ Die Ausfüllung unbestimmter Rechtsbegriffe auf Tatbestandsseite hingegen ist (wie nach deutschem Verständnis) voll überprüfbar; wird eine solche Entscheidung z.B. ohne Konsultation von Fachliteratur getroffen, kann hierin daher schon ein Amtsmissbrauch nach § 302 öStGB liegen.²² Heute ist in Österreich unstreitig, dass auch pflichtwidriges Unterlassen erfasst ist.²³

15 Nordmeyer (Fn. 6), § 302 Rn. 74 f.; Marek/Jerabek (Fn. 5), II/25d; a.A. noch Zagler (Fn. 5), § 302 Rn. 85.

16 Nordmeyer (Fn. 6), § 302 Rn. 93.

17 Nordmeyer (Fn. 6), § 302 Rn. 23, 32 ff.

18 Zagler (Fn. 5), § 302 Rn. 94, 96; Nordmeyer (Fn. 6), § 302 Rn. 113.

19 Nordmeyer (Fn. 6), § 302 Rn. 116.

20 Nordmeyer (Fn. 6), § 302 Rn. 24 ff.

21 Nordmeyer (Fn. 6), § 302 Rn. 118.

22 Marek/Jerabek (Fn. 5), II/37.

23 Nordmeyer (Fn. 6), § 302 Rn. 10; Zagler (Fn. 5), § 302 Rn. 95.

3. Subjektive Anforderungen

Auf subjektiver Seite wird Wissentlichkeit bzgl. des Befugnismissbrauchs vorausgesetzt. Dies erfordert sicheres Wissen bzgl. der Rechtswidrigkeit des Handelns.²⁴ Zudem sieht § 302 öStGB im Sinne einer überschießenden Innentendenz Vorsatz bezogen auf die Schädigung eines anderen vor, wobei ein tatsächlicher Schaden nicht eintreten muss.²⁵ Allgemein wird hier ein bedingter Vorsatz als ausreichend angesehen.²⁶ „Anderer“ im Sinne dieses spezifischen Vorsatzerfordernisses können auch juristische Personen des öffentlichen Rechts sein, mithin auch der Staat selbst.²⁷

In diesem Zusammenhang wurde in älteren Stellungnahmen vertreten, es genüge grundsätzlich nicht eine Schädigung des allgemeinen Staatsinteresses an ordnungsgemäßer Dienstausbübung, sondern es sei nur eine Schädigung an konkreten Rechten gemeint.²⁸ An diesem Ansatz wird zurecht kritisiert, dass eine Unterscheidung zwischen abstrakten und konkreten staatlichen Interessen letztlich nicht möglich ist.²⁹ In der neueren Judikatur wird deshalb – im Ausgangspunkt überzeugend und vergleichbar mit dem vom deutschen BVerfG bemühten „Verschleifungsverbot“³⁰ – sehr viel stärker betont, dass das geschädigte Recht des Staates nicht mit der Verletzung der Befugnisnorm zusammenfallen dürfe.³¹ Es wird aber weiterhin für ausreichend gehalten, dass das hinter einer verletzen Befugnisnorm stehende staatliche Interesse beeinträchtigt wird, etwa das Interesse der Allgemeinheit an der Einhaltung der gesetzlichen Lenk- und Ruhezeiten,³² das Recht des Staates auf Ausschluss nicht verkehrs- bzw. betriebssicherer und umweltverträglicher Fahrzeuge von der Teilnahme am Straßenverkehr³³ oder das Recht des Staates auf die Erhebung einer Abgabe.³⁴ Auf dieser Grundlage dürften auch die älteren Entscheidungen, wonach z.B. eine Schädigung des staatlichen Strafvollzugsinteresses bei

24 Nordmeyer (Fn. 6), § 302 Rn. 134.

25 Zagler (Fn. 5), § 302 Rn. 112; Nordmeyer (Fn. 6), § 302 Rn. 140.

26 Zagler (Fn. 5), § 302 Rn. 111; Marek/Jerabek (Fn. 5), II/48.

27 Nordmeyer (Fn. 6), § 302 Rn. 150; s. auch Marek/Jerabek (Fn. 5), II/46.

28 Zagler (Fn. 5), § 302 Rn. 116 f.

29 Zutr. Nordmeyer (Fn. 6), § 302 Rn. 149.

30 S. z.B. BVerfG NJW 2013, 365.

31 OGH 17 Os 6/13f v. 27.05.2013; OGH 17 Os 6/15h v. 08.06.2015; Nordmeyer (Fn. 6), § 302 Rn. 161 m.w.N.

32 Nordmeyer (Fn. 6), § 302 Rn. 163 f.

33 OGH 17 Os 6/15h v. 08.06.2015.

34 OGH 17 Os 10/16y v. 03.10.2016.

der Gewährung von Vergünstigungen an Häftlinge,³⁵ eine Schädigung des staatlichen Kontrollrechts bei unzureichender Überwachung von Fleischprodukten,³⁶ oder eine Schädigung des staatlichen Interesses daran, dass Wohngebäude abgesehen von den gesetzlich anerkannten Ausnahmefällen nicht im Außenbereich errichtet werden dürfen,³⁷ weiterhin Bestand haben.³⁸ Im Ergebnis scheint daher aus der Perspektive eines Außenstehenden die tatbestandseinschränkende Wirkung der Voraussetzung eines Schädigungsvorsatzes doch eher bescheiden.

II. Schweiz

1. Amtsmissbrauch, Art. 312 schStGB

Im Recht der Schweiz ist ein Tatbestand des Amtsmissbrauchs in Art. 312 des schweizerischen StGB (schStGB) zu finden. Er lautet:

Art. 312 schStGB: Amtsmissbrauch

(1) 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.

(2) [...]

In objektiver Hinsicht stellt diese Norm auf einen Missbrauch der Amtsgewalt ab. Der subjektive Tatbestand verlangt eine überschießende Innentendenz mit der Absicht der Vorteilsverschaffung oder der Nachteilszufügung. Damit genügt – anders als in Österreich – ein Eventualvorsatz bzgl. der Schädigung staatlicher Interessen nicht.³⁹ Sowohl Vor- als auch Nachteil müssen nicht materieller, sondern können auch immaterieller Natur sein.⁴⁰

Das zentrale Merkmal „Missbrauch der Amtsgewalt“ hat ebenfalls einen geringeren Anwendungsbereich als der „Befugnismissbrauch“ im österrei-

35 Zagler (Fn. 5), § 302 Rn. 123.

36 Zagler (Fn. 5), § 302 Rn. 125.

37 Zagler (Fn. 5), § 302 Rn. 128.

38 Zusf. Nordmeyer (Fn. 6), § 302 Rn. 167.

39 Bundesgericht, Urt. v. 06. Mai 2021, Az. 6B_825/2019, 6B_845/2019, 7.2 der Erwägungsgründe; s. auch Nordmeyer (Fn. 6), § 302 Rn. 6.

40 Bundesgericht, Urt. v. 06. Mai 2021, Az. 6B_825/2019, 6B_845/2019, 7.2 der Erwägungsgründe.

chischen Recht: Es meint den „zweckentfremdete[n] Einsatz staatlicher Macht“⁴¹ und soll nur verwirklicht sein, wenn ein Amtsträger „kraft seines Amtes verfügt oder Zwang ausübt, wo es nicht geschehen dürfte“.⁴² Für deutsche Juristen klingt dies zunächst lediglich nach einer Umschreibung hoheitlichen Tätigwerdens, das Merkmal wird aber deutlich restriktiver verstanden: Die Vorschrift soll keinesfalls jede Amtspflichtverletzung erfassen,⁴³ sondern nur die missbräuchliche Anwendung von Zwang,⁴⁴ von „Befehlsgewalt“.⁴⁵ Allerdings muss das Verhalten des Beamten nicht zwangsläufig auch zu einem Eingriff in Individualrechtsgüter wie die körperliche Unversehrtheit führen.⁴⁶ Missbräuchlich im Sinne der Vorschrift ist eine Ausübung von Zwang bereits dann, wenn sie nicht verhältnismäßig ist; „eine grobe und krasse Unverhältnismässigkeit [...] ist [...] nicht erforderlich.“⁴⁷

Nach ständiger Rechtsprechung ist erforderlich, dass diejenigen Machtbefugnisse missbraucht werden, welche dem Beamten kraft seines Amtes verliehen sind. Folglich stellt sich, wie übrigens auch in Österreich, die Frage, wann eine Handlung nur bei Gelegenheit der Amtsausführung begangen wird und wann der erforderliche Zusammenhang zur Amtsausübung besteht. Im Falle eines Faustschlags eines Beamten gegen einen in seiner Gewalt befindlichen Inhaftierten in der Zelle wurde dieser Zusammenhang jedenfalls in der neueren Rechtsprechung bejaht; es sei ausreichend, dass die Gewalt „unter dem Mantel [einer] amtlichen Tätigkeit begangen“ werde, auch wenn sie keinem dienstlichen Zweck diene.⁴⁸ Bei behördlichen Verfügungen wird dies nur angenommen, wenn der vom Amtsschreiben betroffene Gegenstand auch „verfügungsfähig“ ist. Dies ist der Fall, wenn dieser grundsätzlich mit hoheitlichem Zwang durchgesetzt werden kann.⁴⁹

41 Bundesgericht, Urt. v. 05. April 2016, Az. 6B_934/2015, 4.3 der Erwägungsgründe; Urt. v. 24. Januar 2019, Az. 6B_281/2018, 1.3 der Erwägungsgründe.

42 BGE 108 IV 48 (49); 113 IV 29 (30); 127 IV 209 (213).

43 Besonders deutlich BGE 88 IV 69 (70); BGE 114 IV 41 (43).

44 Bundesgericht, Urt. v. 06. Mai 2021, Az. 6B_825/2019, 6B_845/2019, 7.2 der Erwägungsgründe.

45 BGE 101 IV 407 (411).

46 Bundesgericht, Urt. v. 05. Juli 2019, Az. 6B_1212/2018, 2.4 der Erwägungsgründe.

47 Bundesgericht, Urt. v. 24. Januar 2019, Az. 6B_281/2018, 1.3 der Erwägungsgründe.

48 BGE 127 IV, 209 (213).

49 Entscheidung des Kantonsgerichts Graubünden vom 29.04.2009, Az. SK2 09 15.

2. Ungetreue Amtsführung, Art. 314 schStGB

Neben dem recht eng zugeschnittenen Tatbestand in Art. 312 schStGB kennt das schweizerische Recht in Art. 314 noch eine gesonderte Vorschrift der Ungetreuen Amtsführung. Von ihrer Grundstruktur her gilt sie insbesondere bei dem Abschluss von Rechtsgeschäften:

Art. 314 schStGB: Ungetreue Amtsführung

Mitglieder einer Behörde oder Beamte, die bei einem Rechtsgeschäft die von ihnen zu wahren öffentlichen Interessen schädigen, um sich oder einem andern einen unrechtmässigen Vorteil zu verschaffen, werden mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. Mit der Freiheitsstrafe ist eine Geldstrafe zu verbinden.

Der Tatbestand des Art. 314 schStGB zielt seinem Wortlaut nach in erster Linie auf die Vergabe öffentlicher Aufträge ab und damit – anders als Art. 312 schStGB – nicht auf die klassische Hoheitsverwaltung.

Die Vorschrift schützt allerdings zum einen nicht nur wirtschaftliche, sondern auch ideelle öffentliche Interessen.⁵⁰ Dementsprechend kann sie auch dann einschlägig sein, wenn die in einem Rechtsgeschäft vereinbarte Leistung und Gegenleistung bei wirtschaftlicher Betrachtung ausgeglichen sind, die Leistung aber nicht den Anforderungen der Ausschreibung entspricht.⁵¹ Somit handelt es sich bei Art. 314 schStGB nicht lediglich um eine Spezialregelung im Verhältnis zur Untreue bei der Auftragsvergabe. Besonders deutlich wird dies in Entscheidungen, die eine Schädigung des öffentlichen Interesses an der Einhaltung der Bauleitplanung (keine Neubauten im Außenbereich)⁵² oder das „Vertrauen der Bürger in die rechtsgleiche Behandlung der Steuerpflichtigen und in die Objektivität und Unabhängigkeit der Steuerbehörden“⁵³ ausreichen lassen.

Zum anderen versteht die schweizerische Rechtsprechung das Tatbestandsmerkmal „bei einem Rechtsgeschäft“ recht weit: So betonte das Bundesgericht, dass es auch verwirklicht sei, wenn der Täter nur bei einer Abstimmung im Gemeinderat mitwirkt, die dem eigentlichen Geschäftsabschluss vorausgeht.⁵⁴ Ebenso soll die behördeninterne Einflussnahme auf Entscheidungen durch Anträge, Empfehlungen und dergleichen erfasst

50 Grundlegend BGE 101 IV 407 (412).

51 BGE 109 IV 168 (170 f.).

52 BGE 111 IV 83 (85 f.).

53 BGE 114 IV 133 (135 f.).

54 BGE 109 IV 168 (172).

sein.⁵⁵ Als „Rechtsgeschäft“ werden zudem nicht nur zivilrechtliche Vorgänge der Fiskalverwaltung angesehen. So wurden Mitglieder eines Gemeinderats gem. Art. 314 schStGB verurteilt, weil sie unrechtmäßigerweise eine Baugenehmigung erteilt hatten;⁵⁶ auch ein Tätigwerden im Vorfeld der Steuererhebung wurde bereits für ausreichend erachtet.⁵⁷ Durch dieses recht weite Verständnis ergänzt Art. 314 schStGB den wie gesehen auf Zwangsmaßnahmen beschränkten Tatbestand des Amtsmissbrauchs.

III. Spanien

Das spanische Strafrecht sieht in Art. 404 des Código Penal einen Straftatbestand mit der Bezeichnung „Prevaricación“ vor.

Art. 404 Código Penal: Prevaricación

A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a quince años.

Dieses Delikt setzt objektiv voraus, dass ein Amtsträger in einer verwaltungsrechtlichen Angelegenheit eine rechtswidrige und willkürliche Entscheidung trifft. Die Vorschrift ähnelt insoweit also dem deutschen Rechtsbeugungstatbestand in § 339 StGB, sie ist aber nicht auf richterähnliche Handlungen bei der Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache beschränkt, sondern gilt für jede Art von Verwaltungstätigkeit.

Das Merkmal „en un asunto administrativo“ ist im Ausgangspunkt wohl vergleichbar mit dem österreichischen Erfordernis „in Vollziehung der Gesetze“. Der Anwendungsbereich dieser Norm wird generell als auf Akte der Exekutive beschränkt ausgelegt. Als ausgeschlossen gelten nach traditioneller Lesart judikative, gesetzgeberische und politische Handlungen; allerdings ist die Reichweite dieser aus vordemokratischer Zeit stammenden Ausnahme nicht sonderlich klar.⁵⁸ Wenn die Tatsituation mit „dictar una resolución“ beschrieben wird, dürfte dies weitgehend mit dem Erlass eines Verwaltungsaktes im deutschen Recht vergleichbar sein, d.h.

55 BGE 114 IV 133 (135).

56 BGE 111 IV 83 (85 f.).

57 BGE 114 IV 133 (135 f.).

58 M. Maroto Calatayud, Criminal Liability of Political Decision-Makers in Spain, in: F. Zimmermann (Hrsg.), Criminal Liability of Political Decision-Makers – A Comparative Perspective, Berlin u.a. 2017, S. 225 (235 f.).

es muss sich um ein Amtshandeln mit Regelungscharakter und Auswirkungen auf die Rechtspositionen der „Verwalteten“ handeln.⁵⁹ Auch das Unterlassen einer Entscheidung ist prinzipiell erfasst.⁶⁰ Außerdem existiert im spanischen Recht eine Reihe speziellerer Tatbestände, welche teils auch Fehlverhalten im behördeninternen Bereich regeln (etwa bei Vorarbeiten für Stadt- oder Umweltplanung, s. Art. 320 des Código Penal).

Objektiv weist die Strafvorschrift deutlich strengere Anforderungen auf als z.B. ihr Pendant in Österreich, indem sie nicht nur einen Befugnismissbrauch, sondern objektive Willkür voraussetzt.⁶¹ Die Entscheidung des Beamten oder der Beamtin darf deshalb durch keine zulässige Form der Auslegung gedeckt sein; eine lediglich irrige oder in ihrer Zulässigkeit umstrittene Rechtsanwendung ist nicht erfasst.⁶² Bei Ermessensspielräumen muss die Entscheidung eindeutig auf illegitime Motive gegründet sein.⁶³

Subjektiv soll nach der offenbar vorherrschenden Ansicht und nach der Judikatur des Tribunal Supremo Eventualvorsatz bzgl. der Rechtswidrigkeit und Willkürlichkeit der Entscheidung ausreichend sein.⁶⁴ Nach anderen Stimmen ist positive Kenntnis von der Rechtswidrigkeit der betreffenden amtlichen Entscheidung erforderlich.⁶⁵

Auch das spanische Recht kennt zudem Bestechungsdelikte für dieselbe Tätergruppe (s. Art. 419 ff. des Código Penal), welche in Idealkonkurrenz mit dem Amtsmisbrauch nach Art. 404 Código Penal stehen können.⁶⁶

59 In diesem Sinne lässt sich verstehen *Maroto Calatayud*, Spain (Fn. 58), S. 236; *J. Córdoba Roda/M. García Arán*, Comentarios al Código Penal. Parte Especial Tomo II, Madrid 2004, S. 1905; wohl noch enger verlangt *J. L. Gonzalez Cusaac*, El Delito De Prevaricación De Autoridades Y Funcionarios Públicos, 2. Aufl., Valencia 1997, S. 49 f., einen Eingriff in Rechte eines Bürgers.

60 *F. Muñoz Conde*, Derecho Penal. Parte Especial, 19. Aufl., Valencia 2013, S. S. 904 zu einem Fall, in dem der Bürgermeister es versäumt hatte, eine Ratssitzung einzuberufen.

61 *A. Nieto Martín*, Lección XX. Prevaricación, Desobediencia Y Revelación de Secretos, in: M. Del Carmen Gómez Rivero (Hrsg.), Nociones Fundamentales de Derecho Penal, Vol. 2, 2. Aufl., Madrid 2015, S. 438 f.

62 *Maroto Calatayud*, Spain (Fn. 58), S. 235.

63 *Maroto Calatayud*, Spain (Fn. 58), S. 235.

64 *F. Morales Prats/M. J. Rodríguez Puerta*, Artículo 404, in: G. Quintero Olivares/F. Morales Prats (Hrsg.), Comentario al Código Penal, Tomo III, 5. Aufl., Navarra 2008, S. 528 (538 f.); *Nieto Martín*, Prevaricación (Fn. 61), S. 439; wohl auch *Muñoz Conde*, Derecho Penal (Fn. 60), S. 905.

65 *Maroto Calatayud*, Spain (Fn. 58), S. 237.

66 *Muñoz Conde*, Derecho Penal (Fn. 60), S. 906.

IV. Italien

Einen wiederum etwas anderen Weg schlägt das italienische Recht mit Art. 323 des Codice Penale ein. Die Vorschrift lautet:

Art. 323 Codice Penale: Abuso di ufficio

Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto è punito con la reclusione da uno a quattro anni. [...]

Das Merkmal der Verletzung spezifischer Verhaltensnormen („in violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge“) wurde bei der jüngsten Reform der Vorschrift im Jahr 2020 zu deren Einschränkung eingeführt. Vorher wurden teils die in Art. 97 der italienischen Verfassung verankerten Grundsätze der Effizienz und Unparteilichkeit der Verwaltung als Bezugspunkte für strafbewehrte Pflichtverletzungen i.S.d. Art. 323 Codice Penale angesehen.⁶⁷ Nunmehr scheint die Vorschrift auch deutlich zu machen, dass Ermessensfehler nicht erfasst sein sollen.⁶⁸

Was dieses Modell des Amtsmissbrauchs international außergewöhnlich macht, ist seine Ausgestaltung als Erfolgsdelikt: erforderlich ist ein – unmittlbarer⁶⁹ – Vermögensvorteil bzw. ein Nachteil beliebiger Art (also ggf. auch immaterieller Natur). Dieser muss rechtswidrig sein, so dass insb. eine Bereicherung nicht erfasst ist, sofern darauf ein Anspruch besteht. Zudem dürfte die Variante der Zufügung eines rechtswidrigen Nachteils nur eine überschaubare eigenständige Relevanz besitzen, wenn man bedenkt, dass die Verursachung eines Schadens oftmals schon durch andere

67 F. Iovene/N. Recchia, Criminal Liability of Political Decision-Makers in Italy, in: F. Zimmermann (Hrsg.), Criminal Liability of Political Decision-Makers – A Comparative Perspective, Berlin u.a. 2017, S. 141 (146); diff. K. Alten, Amtsmissbrauch – Eine rechtsvergleichende Untersuchung zu Artikel 323 des italienischen Strafgesetzbuches, Göttingen 2012, S. 148 ff.: nur Verstöße gegen die Unparteilichkeit seien erfasst.

68 Zu der zuvor sehr str. Frage Alten, Amtsmissbrauch (Fn. 67), S. 90 ff.

69 Alten, Amtsmissbrauch (Fn. 67), S. 205.

Tatbestände erfasst sein wird. „Anderer“ kann nach allgemeiner Ansicht grds. auch die staatliche Verwaltung sein.⁷⁰

Auf der subjektiven Tatseite ist die genaue Bedeutung des Merkmals „intenzionalmente“ zwar streitig. Ein bloßes Inkaufnehmen genügt aber nach der vorherrschenden Auslegung jedenfalls nicht, sondern es ist mindestens sicheres Wissen erforderlich.⁷¹

V. Finnland

Stellvertretend für einige nordische Staaten sei zuletzt noch die finnische Herangehensweise betrachtet. Ein Straftatbestand des Amtsmissbrauchs findet sich in Kapitel 40, Abschnitt 7 des finnischen Strafgesetzbuches (FinStGB):

Chapter 40, Section 7 FinStGB: Abuse of public office

(1) If a public official, in order to obtain benefit for himself or herself or for another or in order to cause detriment or loss to another

- 1) violates his or her official duty, based on the provisions or regulations to be followed in official functions, when participating in decision-making or in the preparation thereof or when using public authority in his or her other official functions, or*
- 2) misuses his or her office in respect of a person who is under his or her command or immediate supervision,*

he or she shall be sentenced for abuse of public office to a fine or to imprisonment for at most two years. [...]

Auf objektiver Seite erfordert diese Vorschrift eine Amtspflichtverletzung oder den Missbrauch einer Vorgesetztenstellung. Subjektiv ist wiederum eine überschießende Innentendenz vorgesehen in Gestalt der Absicht der Vorteilsverschaffung oder der Nachteilszufügung; es sind materielle wie immaterielle Vor- bzw. Nachteile umfasst.⁷² Im Hinblick auf die subjektiven Korrektive ähnelt der Tatbestand stark demjenigen der Schweiz.

70 *Alten*, Amtsmissbrauch (Fn. 67), S. 211; vgl. auch *Iovene/Recchia*, Italy (Fn. 67), S. 148.

71 *Iovene/Recchia*, Italy (Fn. 67), S. 148 f.

72 *D. Helenius*, Criminal Liability of Political Decision-Makers in Finland, in: F. Zimmermann (Hrsg.), *Criminal Liability of Political Decision-Makers – A Comparative Perspective*, Berlin u.a. 2017, S. 35 (39).

Das zentrale Merkmal der Vorschrift ist dasjenige der Pflichtverletzung, das an außerstrafrechtliche Regelungen anknüpft. In Betracht kommt jegliche Verletzung einer Amtspflicht; diese kann unmittelbar aus Gesetzen folgen oder auch aus behördlichen Vorgaben in Umsetzung gesetzlicher Regeln.⁷³ Ein bloßer Verstoß gegen Grundsätze und Maximen wie diejenigen einer „good governance“ reicht hingegen mit Blick auf das Bestimmtheitsgebot ebenso wenig aus⁷⁴ wie die allgemeine Pflicht jedes Amtsträgers, Schaden vom Staat abzuwenden.⁷⁵ Die Vorschrift reicht insofern deutlich weiter als z.B. die Regelung in Österreich, als bereits die Mitwirkung an der Beschlussfassung explizit unter die Vorschrift fällt. Als Anwendungsbeispiel gilt der Fall, dass ein Amtsträger sich mit einer pflichtwidrigen Position in einer Gremienentscheidung *nicht* durchsetzt.⁷⁶ Als – vom Tatbestand gleichfalls ausdrücklich umfasste – Vorbereitung einer Entscheidung gilt etwa das Sammeln von Materialien.⁷⁷ Das finnische Recht enthält in Bezug auf den Amtsmissbrauch also nicht die Einschränkung, dass sich der betreffende Beschluss auf ein Subordinationsverhältnis zwischen Staat und Bürger auswirken muss, sondern bezieht jegliches amtliche Verhalten mit ein.

Besonders hervorzuheben ist aber, dass das objektive Kernelement des Amtsmissbrauchs – die Verletzung einer Amtspflicht – in weiteren Strafvorschriften noch sehr viel umfassender mit Strafe bedroht wird: Nach Kapitel 7, Abschnitt 9 ist die vorsätzliche und nach Kapitel 7, Abschnitt 10 sogar die fahrlässige Amtspflichtverletzung bereits für sich genommen strafbar, also ohne das einschränkende Erfordernis einer Vorteilserlangungs- oder Schädigungsabsicht.⁷⁸

Chapter 40, Section 9 FinStGB: Violation of official duty

If a public official, when acting in his or her office, intentionally [...] violates his or her official duty [...], and the act, when assessed as a whole, [...] is not petty [...].

73 *Helenius*, Finland (Fn. 72), S. 39.

74 *Helenius*, Finland (Fn. 72), S. 39.

75 *Helenius*, Finland (Fn. 72), S. 40 f. m.w.N. zu einer Entscheidung des Obersten Gerichtshofs und darauf bezogener Literatur.

76 *Helenius*, Finland (Fn. 72), S. 41.

77 *Helenius*, Finland (Fn. 72), S. 41.

78 *Helenius*, Finland (Fn. 72), S. 42 ff.

*Chapter 40, Section 10 FinStGB: Negligent violation of official duty
If a public official, when acting in his or her office, through carelessness [...] violates his or her official duty based [...] and the act, when assessed as a whole, [...], is not petty [...].*

Speziell Chapter 40, Section 9 FinStGB wurde dabei in der Rechtsprechung schon als Auffangtatbestand für Bestechungsdelikte herangezogen, da – auch ohne das Vorliegen von deren speziellen Tatbestandsmerkmalen – das Entgegennehmen eines Vorteils pflichtwidrig ist.⁷⁹

Eingeschränkt werden beide Tatbestände der Amtspflichtverletzung durch eine Ausschlussklausel, wonach die Tat nicht geringfügig sein darf. Hierbei wird neben Art und Ausmaß des Verstoßes auf etwaige Folgen (Schäden) und als allgemeines Kriterium darauf abgestellt, ob das öffentliche Vertrauen in die Rechtmäßigkeit staatlichen Handelns beeinträchtigt wurde.⁸⁰

Der Vollständigkeit halber muss allerdings darauf hingewiesen werden, dass für eine fahrlässige Amtspflichtverletzung auf der Rechtsfolgenseite lediglich eine Verwarnung angedroht wird. Dies dürfte sich mithin am Rande dessen bewegen, was überhaupt noch als strafrechtliche Sanktion anzusehen ist.

Dem Grunde nach vergleichbare (Fahrlässigkeits-)Regelungen existieren in Norwegen,⁸¹ in Schweden⁸² und – bezogen auf Pflichtverletzungen von Regierungsgliedern – in Island.⁸³

79 *Helenius*, Finland (Fn. 72), S. 43, ausf. S. 44.

80 *Helenius*, Finland (Fn. 72), S. 43.

81 *A. Suominen*, Criminal Liability of Political Decision-Makers in Norway, in: F. Zimmermann (Hrsg.), *Criminal Liability of Political Decision-Makers – A Comparative Perspective*, Berlin u.a. 2017, S. 193 (201).

82 Chapter 20, Section 1 des schwedischen Strafgesetzbuchs, in englisch-schwedischer Fassung abrufbar unter <https://www.government.se/government-policy/judicial-system/the-swedish-criminal-code/>, lautet: “*A person who, intentionally or through negligence when exercising public authority disregards their duties by action or omission is guilty of official misconduct and is sentenced to a fine or imprisonment for at most two years. Responsibility is not assigned if, in view of the perpetrator’s powers, or some other connection between the duties and the exercise of public authority, or other circumstances, the act is considered minor.*”

83 S. zu einem Fall grob fahrlässiger Pflichtverletzung durch den Ministerpräsidenten *R. Bragadóttir*, Criminal Law and the Financial Crisis: The Proceedings Against Iceland’s Former Prime Minister Geir H. Haarde, in: F. Zimmermann (Hrsg.), *Criminal Liability of Political Decision-Makers – A Comparative Perspective*, Berlin u.a. 2017, S. 357 (368).

E. Bewertung

I. Rechtsvergleichender Überblick

Will man die Vorschriften annäherungsweise systematisieren, lassen sich darin drei Regelungsmodelle erblicken: Das österreichische und das finnische Recht knüpfen – mit nicht unerheblichen Differenzen im Detail – die strafrechtliche Verantwortung von Amtsträgern im Kern bereits an eine Pflichtverletzung (Modell Pflichtenverstoß). Diesem Modell lässt sich auch noch der schweizerische Tatbestand zuordnen, wenngleich er nur Pflichtverstöße im Zusammenhang mit der Ausübung von staatlichem Zwang erfasst. Der spanische Tatbestand unterscheidet sich hiervon dadurch, dass er, vergleichbar dem heutigen § 339 StGB in Deutschland, besonders strenge Anforderungen an die Art der Pflichtverletzung stellt, indem er willkürliches Handeln voraussetzt (Modell Rechtsbeugung). Zuletzt verlangt das italienische Recht auf objektiver Seite neben einer pflichtwidrigen Tat handlung den Eintritt eines bestimmten Erfolgs (Modell Erfolgsdelikt).

	UNCAC	AT	CH	ES	IT	FI
Anwendungsbereich	Handeln in Amtsausübung	hoheitlich ⁸⁴	hoheitlich (Art. 312) bzw. Rechtsgeschäfte (Art. 314)	hoheitlich	Handeln in Amtsausübung	Handeln in Amtsausübung
Qualifikation der Handlung	Gesetzesverletzung	Befugnismissbrauch	Ausübung von Zwang (Art. 312) bzw. Verletzung öffentlicher Interessen (Art. 314)	Rechtswidrigkeit und v.a. Willkür der Entscheidung	Verletzung spezifischer gesetzlicher Pflichten	Amtspflichtverstoß alternativ: Missbrauch einer Vorgesetztenstellung
Restriktionen	Absicht: Vorteil	Kennnis bzgl. Missbrauch zusätzlich: Schädigungsvorsatz	Absicht: Vorteil alternativ Absicht: Schädigung	»politische« Entscheidungen	Erfolg: Vermögensvorteil/-nachteil Subj.: mind. Wisentlichkeit	Ch. 40 Sec. 7 Absicht: Vorteil alternativ: Absicht: Schädigung Ch. 40 Sec. 9 und Sec 10: vors. und fahrl. Verletzung einer Amtspflicht außer in geringfügigen Fällen

84 Beachte aber: zusätzliche Tatbestände zur (Amts-) Untreue und ggf. weitere Delikte.

Die vorgefundenen Konzepte unterscheiden sich somit von der UNCAC-Regelung teilweise beträchtlich hinsichtlich des Anwendungsbereichs, der Schwere der Rechtsverletzung sowie der partiell vorgesehenen einschränkenden Korrektive. Folgende Einzelaspekte erscheinen besonders erwähnenswert:

Erstens kennen die Rechtsordnungen, welche den Amtsmissbrauch nur auf hoheitliches Handeln und nicht auf fiskalisches Handeln erstrecken, jeweils zumindest dem Grunde nach auch ergänzende Straftatbestände: § 153 öStGB (Untreue), Art. 314 schStGB (Ungetreue Amtsführung), Art. 432 Código Penal (malversación pública).

Eine zweite Auffälligkeit betrifft das teilweise sehr unterschiedliche Gewicht der erforderlichen Verletzung der Amtspflicht. Zwar besteht im grundsätzlichen Erfordernis der Amtspflichtverletzung eine oberflächliche Gemeinsamkeit, hinsichtlich der Ausgestaltung im Detail zeigen sich aber erhebliche Unterschiede. So setzt die strengste hier untersuchte Norm (Spanien) eine objektiv willkürliche Entscheidung voraus, während auf der anderen Seite der Skala jede mehr als geringfügige Amtspflichtverletzung ausreicht, wobei solches Verhalten überdies in manchen Staaten auch noch separat und sogar im Fall bloßer Fahrlässigkeit strafrechtlich erfasst wird (Finnland).

Auffällig ist drittens, dass häufig statt oder neben der Absicht einer Vorteilerlangung (so die UNCAC) ein – im Detail an unterschiedliche Voraussetzungen geknüpfter – Schädigungsvorsatz verlangt wird.⁸⁵ Allerdings wird man in diesem Zusammenhang geäußerter Kritik, dass damit per se eine zusätzliche Einschränkung des Tatbestands verbunden sei,⁸⁶ nicht zustimmen können: Soweit ein subjektives Schädigungselement – wie in der Schweiz und Finnland, aber auch in Griechenland (Art. 259 des griechischen StGB⁸⁷) – alternativ neben das Ziel der Vorteilerlangung tritt, wird der Tatbestand sogar erweitert. Das dürfte im Ergebnis auch mit Blick auf Österreich gelten, wo kein Vorteilelement verlangt wird und der Schädigungsvorsatz recht weit gefasst ist.

Besonders restriktiv scheint aber der Tatbestand in Italien zu sein, der sogar einen objektiven Erfolg des Amtsmissbrauchs verlangt. Dieses

85 S. auch C. Rose, Article 19: Abuse of Functions, in: M. Kubiciel/O. Landwehr/C. Rose (Hrsg.), *The United Nations Convention Against Corruption – A Commentary*, Oxford 2019, S. 210 (217).

86 Rose, Abuse of Functions (Fn. 85), S. 217.

87 A. Giannakoula, Criminal Liability of Political Decision-Makers in Greece, in: F. Zimmermann (Hrsg.), *Criminal Liability of Political Decision-Makers – A Comparative Perspective*, Berlin u.a. 2017, S. 119 (129).

Erfordernis dürfte, ebenso wie die im Jahr 2020 zusätzlich eingeführten Anforderungen an die Art der Pflichtverletzung, den praktischen Anwendungsbereich des Delikts erheblich verringern.

II. Rechtspolitische Einordnung

Der hier angestellte Rechtsvergleich hat somit gezeigt, dass es vergleichsweise viele Staaten gibt, die über Delikte des Amtsmissbrauchs verfügen. Das kann ein Indiz für einen Regelungsbedarf auch in Deutschland sein – mehr aber nicht. Denn welche Fälle des Amtsmissbrauchs aus einer deutschen Perspektive strafwürdig und -bedürftig sind, und ob hierfür die Schaffung eines allgemeinen Delikts nach dem Vorbild einer der untersuchten Rechtsordnungen ratsam ist, muss die deutsche Rechtsordnung letztlich selbst beantworten. Die rechtsvergleichende Analyse kann aber dafür insofern Argumentationsmaterial liefern, als sie auch Schwachpunkte der betrachteten Vorschriften aufgezeigt hat. Im Folgenden wird deshalb zunächst der Frage nachgegangen, was eine etwaige Neuregelung bezwecken soll. Das hängt maßgeblich davon ab, wie ein neuer Straftatbestand des Amtsmissbrauchs im Verhältnis zu den Bestechungsdelikten konzipiert wäre. Danach ist zu entscheiden, ob vor diesem Hintergrund und unter Berücksichtigung der rechtsvergleichenden Erkenntnisse eine Neuregelung empfehlenswert erscheint.

1. Schließung tatbestandlicher Lücken der §§ 331 ff. StGB?

So könnte man sich von einer Neuregelung versprechen, dass damit – jedenfalls vermeintliche – Lücken der §§ 331 ff. StGB geschlossen werden.⁸⁸ Eine strukturelle Lücke weisen die deutschen Bestechungsdelikte anerkanntermaßen insofern auf, als sie nicht auf die Vorteilsgewährung an Kandidaten anwendbar sind, die noch keine Amtsträger sind. Über einen Tatbestand des Amtsmissbrauchs ließe sich demgegenüber ein später vom – dann gewählten – Amtsträger in pflichtwidriger Weise vorgenommene Dienstgeschäft erfassen. Allerdings ist festzuhalten, dass in diesen Fällen auch keine Bereicherungsabsicht im Sinne des Art. 19 UNCAC mehr vorliegen wird, weil der Vorteil bereits zuvor geflossen ist. Dass ein internatio-

88 Die im Folgenden erörterten Aspekte entstammen Anregungen *T. Zimmermanns* im Rahmen der Diskussion des Tagungsbeitrags.

ner Konsens über die Strafwürdigkeit eines solchen Verhaltens bestünde, lässt sich daher – ganz abgesehen von dem generellen Fehlen einer „harten“ Kriminalisierungsvorgabe im Hinblick auf den Amtsmissbrauch (s. oben C.) – in diesen Situationen noch weniger sagen. Außerdem lässt sich dieses punktuelle Manko zielgenauer durch eine Erweiterung des personellen Anwendungsbereichs der §§ 331 ff. StGB erfassen als durch die Schaffung eines neuen Tatbestands, der auch ganz andere Fallgestaltungen erfassen würde.

Eine weitere Lücke im System der Bestechungsdelikte könnte darin gesehen werden, dass die Vorteilsgewährung und damit der tatbestandliche Anknüpfungspunkt der §§ 331 ff. StGB zum Zeitpunkt der Vornahme der Diensthandlung u.U. bereits lang zurückliegt und deshalb im Hinblick auf Bestechungsdelikte Verjährung eingetreten ist. Es erscheint jedoch bereits zweifelhaft, ob es ein Zeichen überzeugender Kriminalpolitik wäre, zur Vermeidung von Verjährungs- und damit Verfolgungsproblemen einen neuen, weiterreichenden Tatbestand zu schaffen. Abgesehen davon wird die Verjährung meist auf den Umstand zurückzuführen sein, dass Unrechtsvereinbarung und Vorteilszuwendung bei den §§ 331 ff. StGB regelmäßig im Verborgenen stattfinden. Die dadurch entstehenden Beweisschwierigkeiten treten aber in ähnlicher Form im Rahmen eines Amtsmissbrauchstatbestands auf, wie ihn Art. 19 UNCAC skizziert. Denn auch bei der Verfolgung eines diesem Vorschlag entsprechenden Deliktes wäre ein Bezug zwischen der Pflichtverletzung und einem persönlichen Vorteil des Amtsträgers herzustellen und zu beweisen („for the purpose of obtaining an undue advantage“).

Schließlich kann man eine Lücke des geltenden deutschen Korruptionsstrafrechts darin sehen, dass es keinen Tatbestand des Einflusshandels kennt (vgl. § 308 des österreichischen StGB, Art. 18 UNCAC). Im Zuge der sog. „Maskenaffäre“, bei der Abgeordnete während der Corona-Pandemie ihren Einfluss geltend gemacht hatten, um gegen hohe Provisionen den Ankauf von Schutzmasken durch Ministerien zu vermitteln, ist das Fehlen einer solchen Regelung – durchaus schmerzhaft⁸⁹ – sichtbar geworden.⁹⁰ Gäbe es einen Tatbestand des Amtsmissbrauchs, so könnte man meinen, ließe sich die Gewährung eines Vorteils an den Mittelsmann prinzipiell als gem. § 26 StGB strafbare Kettenanstiftung zum Amtsmissbrauch begreifen. Dieser Lösungsansatz verkennt jedoch einen grundlegenden Unterschied

89 T. Zimmermann/F. Zimmermann, Politischer Einflusshandel und Maskendeals – Eine Strafbarkeitslücke bei der Mandatsträgerkorruption, NJW 2022, 2804.

90 BGH NJW 2022, 2856.

zwischen den in verschiedenen Rechtstexten existierenden Delikten des Einflusshandels und einem einzuführenden Delikt des Amtsmissbrauchs: Sowohl in Art. 19 UNCAC als auch in allen untersuchten Rechtsordnungen setzt der Amtsmissbrauch die Vornahme eines pflichtwidrigen Amtsgeschäfts voraus. Beim Einflusshandel ist dies hingegen nicht erforderlich. Damit kann das Delikt des Amtsmissbrauchs – bspw. in einer an Art. 19 UNCAC angelehnten Form – gerade nicht alle Fälle erfassen, die in diesem Zusammenhang als strafwürdiger Einflusshandel angesehen werden. Denn selbst ein skandalös anmutender Vorgang muss keineswegs auf die Pflichtwidrigkeit des betreffenden Dienstgeschäfts hindeuten: In der „Maskenaffäre“ etwa war der Abschluss von Kaufverträgen über Schutzmasken durch die Ministerien in Anbetracht der präzedenzlosen Notlage trotz des extrem hohen Preises pflichtgemäß. Dass einzelne Abgeordnete ihren Einfluss „verkauft“ hatten, stellte für sie kein pflichtwidriges Dienstgeschäft, sondern eine (gem. § 44a Abs. 3 AbgG verbotene) Form der Nebentätigkeit dar.

Gerade das letztgenannte Beispiel zeigt: Soweit das deutsche Korruptionsstrafrecht Lücken aufweist, sollten diese nicht indirekt durch einen im Kern für andere Fallgestaltungen gedachten Tatbestand des Amtsmissbrauchs geschlossen werden. Stattdessen erscheint ein zielgenaues Ansetzen an der jeweiligen Schwachstelle sinnvoller.

2. *Schaffung eines zusätzlichen Tatbestands mit eigenständigem Unrechtsgehalt?*

In den hier untersuchten Rechtsordnungen kommt den Tatbeständen des Amtsmissbrauchs jedoch nicht nur eine Auffangfunktion gegenüber den Bestechungsvorschriften zu. Vielmehr wird durch die Bezugnahme auf hoheitliches Handeln und die Erfordernisse eines Schädigungsvorsatzes bzw. eines Erfolgseintritts das Bemühen sichtbar, ein als strafwürdig erachtetes Unrecht eigener Art zu pönalisieren. Charakterisieren lässt sich dieses als Verstoß gegen das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Ob auch die deutsche Rechtsordnung diesen Weg beschreiten sollte, hängt stark davon ab, welche Verhaltensweisen man als gesondert strafwürdig erachtet und wie genau eine neue Strafvorschrift ausgestaltet wäre. Einerseits ist die Gesetzesbindung der Verwaltung ein hohes Gut, zu dessen Erhaltung der Einsatz des Strafrechts auch grundsätzlich legitim erscheint; dies gilt insbesondere im Bereich hoheitlichen Staatshandelns. Andererseits sprechen aber auch gewichtige Gründe gegen die Einführung jedenfalls eines allgemeinen Tatbestands des Amtsmissbrauchs:

Aus einer Ultima-Ratio-Perspektive wäre es jedenfalls nicht überzeugend, jede Amtspflichtverletzung für strafbar zu erklären – erst recht nicht, wenn sie nur fahrlässig begangen wird. Zumindest das (wie gesehen auch auf anderen Sanktionsmechanismen beruhende) „finnische Modell“ empfiehlt sich daher nicht für eine Übernahme in das deutsche Recht. Auch sonst ist stets zu bedenken, dass die untersuchten Rechtsordnungen andere normative Rahmenbedingungen aufweisen mögen, die einen Tatbestand des Amtsmissbrauchs dort erforderlich machen, wohingegen nach deutschem Recht ein geringerer Bedarf danach bestünde. So sind in den als strafwürdig erscheinenden Konstellationen nach deutschem Recht vielfach bereits andere Regelungen einschlägig. Dabei ist in erster Linie an Tatbestände zu denken, die speziell an ein Fehlverhalten im Amt anknüpfen, wie die Körperverletzung im Amt (§ 340 StGB) und die Verfolgung Unschuldiger (§§ 344 f. StGB). Auch die bereits eingangs erwähnten Regelbeispiele, die – wie § 240 Abs. 4 S. 2 Nr. 2 StGB und vergleichbare Regelungen im Bereich der Vermögens- und Urkundendelikte (§ 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 4, auch i.V.m. § 263a Abs. 2 oder § 266 Abs. 2, § 264 Abs. 2 S. 2 Nr. 2, § 267 Abs. 3 S. 2 Nr. 4 StGB) – an einen Missbrauch der Amtsträgerstellung anknüpfen, sind in diesem Zusammenhang zu nennen. Aber auch eine Reihe von Strafvorschriften ohne spezifischen Amtsbezug decken eine Vielzahl von Fallgestaltungen ab. Namentlich können in Deutschland über die Haushaltsuntreue als Erscheinungsform des § 266 StGB jedenfalls einige besonders „gravierende“ Pflichtverletzungen erfasst werden.⁹¹ Aber auch eine Freiheitsberaubung (§ 239 StGB) oder ein Hausfriedensbruch (§ 123 StGB) können z.B. bei einer Festnahme oder einer Durchsuchung einschlägig sein. Zuletzt ermöglichen es Figuren aus dem Allgemeinen Teil, in bestimmten Fällen die Strafbarkeit von Pflichtverletzungen im Amt zu begründen – so jedenfalls nach vorzugswürdiger Ansicht die Regeln über Täterschaft und Teilnahme bei dem Erlass rechtswidriger Genehmigungen im Umweltbereich.⁹²

Echte Lücken in Fällen grob rechtswidrigen Amtshandelns zum Nachteil grundsätzlich strafrechtlich geschützter Rechtspositionen lassen sich

91 Zu diesem Merkmal i.R.d. § 266 StGB s. etwa *F. Saliger*, in: H. Satzger/W. Schluckebier/G. Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch Kommentar, 5. Aufl., Köln 2020, § 266 Rn. 47 ff.; zu seiner Bedeutung bei der Haushaltsuntreue auch demnächst *F. Zimmermann*, Die Straflosigkeit politischer Entscheidungen. Strafausschließende Befugnisse und Fehlerprivilegien im freiheitlich-demokratischen Rechtsstaat, Kapitel 4 A) III. 3. b).

92 *Zimmermann*, Straflosigkeit politischer Entscheidungen (Fn. 91), Kapitel 3 B) IV m.w.N.

im deutschen Strafrecht daher allenfalls punktuell finden. So mag bei einer aus Schikane und damit bewusst rechtswidrigen Beschlagnahme weder § 246 noch § 242 StGB eingreifen, wenn es an der Absicht rechtswidriger Zueignung – genauer: deren Enteignungskomponente – fehlt. Partiiell mögen sich auch rechtswidrige Überwachungsmaßnahmen, beispielsweise im Zuge strafrechtlicher Ermittlungen, nicht strafrechtlich erfassen lassen: § 202a StGB umfasst als Tatobjekt lediglich Daten; die Verletzung von Privatheimnissen (§ 203 Abs. 2 Nr. 1 StGB) setzt deren Offenbarung voraus, ebenso § 206 Abs. 4 StGB eine Mitteilung an Dritte. Wesentlich häufiger wird pflichtwidriges Amtshandeln Rechtspositionen jenseits der klassischerweise strafrechtlich geschützten Güter betreffen – man denke beispielsweise an die rechtswidrige Verweigerung einer Baugenehmigung, die unbegründete Untersagung einer Versammlung oder den rechtswidrigen Ausschluss einer Oppositionspartei von der Nutzung einer Stadthalle. Aber: In all diesen Fällen greift ggf. Disziplinarrecht und es bestehen zudem Amtshaftungsansprüche. Dass es zahlreiche Fälle gibt, in denen neben diesen Instrumenten eine Kriminalisierung notwendig erscheint, drängt sich nicht auf. Wenn die deutsche Rechtsordnung es mit dem fragmentarischen Charakter des Strafrechts weiterhin ernst meint, sollte deshalb von der Einführung einer flächendeckenden Strafvorschrift des Amtsmissbrauchs abgesehen werden. Allenfalls ließe sich – vergleichbar dem spanischen Recht – an einen eng auf Willkürakte der Verwaltung begrenzten Tatbestand ähnlich dem § 339 StGB denken. Bedenkt man dessen äußerst überschaubare praktische Relevanz, wäre dies aber wohl doch ein vorwiegend symbolischer Schritt.

Dies gilt umso mehr angesichts der Tatsache, dass ein allgemeiner Tatbestand des Amtsmissbrauchs im Hinblick auf die Anforderungen an das pflichtwidrige Verhalten erhebliche Abgrenzungsschwierigkeiten mit sich brächte. Anschaulich zeigt sich dies an den finnischen Amtspflichtverletzungsdelikten, die Mühe damit haben, die in Betracht kommenden Pflichten präzise zu fassen und zudem reichlich diffus voraussetzen, dass der Pflichtenverstoß nicht geringfügig ist. Als Reaktion beispielsweise auf eine bloße Missachtung von Formvorschriften erschiene aber ein Einsatz des Strafrechts nicht legitim. Oftmals ist Verwaltungshandeln zudem durch Prognoseentscheidungen gekennzeichnet, oder es bestehen Beurteilungs- und Ermessensspielräume. Diese hat das Strafrecht und haben die Strafgerichte zwingend zu respektieren, um nicht mit der Gewaltenteilung in Konflikt zu geraten. Das bringt im Einzelfall sehr komplexe Fragen mit sich – man denke etwa an die Diskussion über das pflichtwidrige Verhalten bei der Haushaltsuntreue und insbesondere Verstöße gegen Haushaltsgrundsätze. Es müsste also über die bloße Pflichtwidrigkeit der Dienst-

handlung hinausgehend eine strafrechtliche Verwaltungsfehlerlehre entwickelt werden, um ausschließlich die Sachverhalte zu erfassen, in denen eine Kriminalstrafe angemessen erscheint.⁹³ Insgesamt wäre daher eine dem Bestimmtheitsgrundsatz gemäß Art. 103 Abs. 2 GG gerecht werdende Beschränkung der neu zu kriminalisierenden Fallgestaltungen schwer zu gewährleisten. Auch die Voraussetzung einer Vorteilserlangungs- oder Schädigungsabsicht, wie sie u.a. in Art. 19 UNCAC anklingt, würde in dieser Hinsicht nicht entscheidend weiterhelfen: Zwar sind solche Motive für die Vornahme einer rechtswidrigen Amtshandlung zweifelsohne verwerflich. Angesichts der Schwierigkeiten bei der normativen Eingrenzung dessen, was objektiv ein pflichtwidriges Amtshandeln ist, würde der Unrechtsgehalt eines solchen Delikts aber ganz maßgeblich von dieser subjektiven Komponente bestimmt. Zudem kann auch ein Kriterium wie dasjenige des Schädigungsvorsatzes in Österreich wie gesehen erhebliche Unschärfen in sich bergen, wenn es schon bei der Schädigung von hinreichend konkreten (was auch immer das heißen mag) staatlichen Interessen bejaht wird.

Sinnvoll erscheint daher allenfalls die Einführung spezifischer Tatbestände, die an ausgewählte Pflichtverstöße anknüpfen, mit anderen Worten eine sektorielle Kriminalisierung. Eine solche punktgenaue Ergänzung des deutschen Strafrechts zur besseren Abbildung des oben dargestellten spezifischen Unrechts könnte zum einen erreicht werden durch die Schaffung von weiteren Regelbeispielen mit Bezug auf die Amtsträgereigenschaft, bspw. in Form eines Hausfriedensbruchs im Amt. Weiterhin ist es denkbar, in bestimmten Bereichen eine gesonderte Anknüpfung an die Amtsträgereigenschaft zu integrieren, etwa in Form einer Amtsträgerverantwortung im Umweltstrafrecht.

93 *Zimmermann*, Straflosigkeit politischer Entscheidungen (Fn. 91), Kapitel 3 B) III.

