



universität
wien

**Ao. Univ.-Prof. Dr.
Susanne Reindl-Krauskopf**

Rechtswissenschaftliche Fakultät
Institut für Strafrecht und Kriminologie

Juridicum II
Schenkenstr. 8-10
A- 1010 Wien, Österreich
T +43 (1) 4277-346 42
F +43 (1) 4277-346 39
susanne.reindl@univie.ac.at

An das
Bundesministerium für Justiz
Postfach 63, 1016 Wien
Museumsstr 7
Kzl.I@bmj.gv.at
Cc: begutachtungsverfahren@parlament.gv.at

22. Juni 2009

**Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Strafprozessgesetz, die
Strafprozessordnung 1975 und das Staatsanwaltschaftsgesetz geän-
dert werden; BMJ-L318.027/0001-II 1/2009**

Sehr geehrte Damen und Herren!

Ich danke für die Einladung, zum obigen Entwurf Stellung zu nehmen. Dieser Aufforderung komme ich im Folgenden gerne nach.

Doch komme ich nicht umhin vorweg Grundsätzliches anzumerken: In letzter Zeit – so wie auch in concreto – wird bedauerlicherweise im Gegensatz zu früher immer häufiger von einem Diskussionsprozess im Rahmen eines Begutachtungsverfahrens, für das auch ausreichend Zeit zur Verfügung steht, abgesehen. Bei allem Verständnis für das Bedürfnis, den Gesetzgebungsprozess mit einer gewissen auch zeitlichen Effizienz abzuwickeln, wäre es qualitativere Gesetzgebung und der allgemeinen juristischen Diskussionskultur weitaus zuträglicher, Begutachtungsverfahren ohne (erhöhten) Zeitdruck unter breiter Einbindung und Anhörung der betroffenen interessierten Kreise zum jeweiligen Regelungsentwurf durchzuführen. ME wäre es daher zu begrüßen, zur Tradition der früheren Begutachtungsverfahren zurückzukehren.

Hochachtungsvoll
Susanne Reindl-Krauskopf

Punktuelle Stellungnahme zum Entwurf

1. Anmerkungen zu § 74 Abs 1 Z 4a des Entwurfs

- Zu begrüßen ist die Bemühung des Gesetzgebers um klare Konturen des Amtsträgerbegriffs. Dies scheint mit der vorgeschlagenen Definition weitgehend erreicht, wobei freilich fraglich bleibt, wann *überwiegend* Leistungen für den Betrieb des Bundes etc erbracht werden (lit c). So sehr dieses Bestreben um Klarstellung zu begrüßen ist, so bleiben doch Zweifel, ob der Entwurf den Anforderungen der internationalen Vorgaben gerecht wird. Denn die vorgeschlagene Definition führt, wie die Erläuterungen selbst anhand der Beispiele festhalten, zu einer deutlichen Verengung des Amtsträgerbegriffs. Mitarbeiter von Unternehmen, die eindeutig öffentliche Aufgaben erfüllen, wie etwa die AustroControl GmbH usw, und bei denen die staatliche Dominanz in aller Regel schon in der Eigentumsstruktur deutlich sichtbar wird, aber jedenfalls auch im nicht dem privaten Unternehmen vergleichbaren Marktauftritt zu Tage tritt, sollen künftig nicht mehr Amtsträger sein. Dies läuft dem Grundgedanken der internationalen Vorgaben mE zuwider: Denn strengere Haftungsanforderungen sollen danach immer dort gelten, wo Staatshandeln im Sinne von staatlichem Einfluss, also die Erfüllung einer „public function“, vorliegt (vgl dazu etwa die offiziellen Erläuterungen zur OECD-Konvention Punkte 12-16).

Aus dem Amtsträgerbegriff sollten nach den internationalen Vorgaben wohl nur Dienstnehmer jener Unternehmen ausgenommen sein, die in keiner Weise staatlichem Einfluss (Eigentumsstruktur, „Monopolstellung“ wegen Versorgungsauftrag usw) ausgesetzt sind und so eine Marktposition einnehmen, die einem privaten Unternehmen vergleichbar ist (freilich könnten die Dienstnehmer bei Übertragung einzelner hoheitlicher Aufgaben diesfalls Amtsträger nach lit b sein). Wenn aber staatlicher Einfluss in solchen Elementen zu Tage tritt, so liegt die Erfüllung öffentlicher Aufgaben im Sinne der internationalen Konventionen nahe. Will man die Aufgaben nicht inhaltlich definieren, weil damit zu große Unsicherheiten verbunden sind, so könnte – als Kompromiss – auf das organisatorische Element der Rechnungshofkontrolle abgestellt werden. Mag dieses Kriterium die Erfüllung öffentlicher Aufgaben auch nicht zu 100% abbilden – es ist nicht ausgeschlossen, dass eine GmbH im alleinigen Eigentum einer Gebietskörperschaft am freien Markt im Wettbewerb positioniert wird und daher keine öffentlichen Aufgaben erfüllt – , so liegt doch die Vermutung nahe, dass die Unternehmen gerade deshalb der Rechnungshofkontrolle unterworfen werden, weil die Art des Wirtschaftens bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben geprüft werden soll. Außerdem wäre mit diesem Kriterium Rechtssicherheit gewähr-

– 3 –

leistet, die über die vorgeschlagene Definition hinausgeht, weil auf die Worte „überwiegend Leistungen ...“ verzichtet werden könnte. Das hätte zwar zur Folge, dass ua auch Dienstnehmer der öffentlich-rechtlichen Kammern wieder in den Amtsträgerbegriff der lit c fallen, doch erfüllen etwa die gesetzlichen beruflichen Vertretungen tatsächlich öffentliche Aufgaben, nämlich die Interessenvertretung der in den jeweiligen Kammern (verpflichtend) Zusammengeschlossenen im wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Leben.

Schon aus dem Blickwinkel der internationalen Bestrebungen zur Korruptionsbekämpfung erscheint lit c des Entwurfs zu eng.

- Unabhängig von der Frage, ob die Definition den internationalen Vorgaben entspricht, ergeben sich auch innerhalb der vorgeschlagenen Begriffsbestimmungen Wertungswidersprüche, die mE nicht sachgerecht sind: Tritt beispielsweise ein Bundesland als Träger eines öffentlichen Krankenhauses auf, so sind die Dienstnehmer als Dienstnehmer der Gebietskörperschaft Amtsträger iSd lit a des Entwurfs. Denn deren Tätigkeit im Landeskrankenhaus ist im Sinne der Definition als Verwaltungstätigkeit für das Land zu qualifizieren, weil es sich nicht um Gesetzgebung und Justiz handelt und eine weitere Tätigkeitsform neben der Verwaltung definitionsgemäß für die Gebietskörperschaft nicht in Frage kommt.

Gründet das Land allerdings eine GmbH, die als Träger des Krankenhauses auftritt, so sind die Dienstnehmer des Krankenhauses als Dienstnehmer der GmbH jedenfalls keine Amtsträger iSd lit a. In Frage käme nur mehr lit c. Selbst wenn die GmbH zu 100% im Eigentum des Landes steht und damit der staatliche Einfluss unbestritten ist, was sich auch in der Rechnungshofkontrolle zeigt, sind die Dienstnehmer im Gegensatz zur vorigen Konstellation (Land als unmittelbarer Träger des Krankenhauses) nicht Amtsträger nach lit c, weil das Krankenhaus nicht überwiegend Leistungen für den Betrieb der Gebietskörperschaft erbringt. Denn der Betrieb der Gebietskörperschaft ist wohl nicht die Krankenversorgung als solche. Dass unter Betrieb anderes zu verstehen sein soll, zeigen auch die Beispiele aus den Erläuternden Bemerkungen deutlich (BIG, BRZ etc).

Der Wertungsunterschied ist im Fall der Krankenhäuser und vergleichbarer Einrichtungen allerdings nicht sachgerecht: In beiden Varianten (Dienstgeber = Gebietskörperschaft bzw Dienstgeber = juristische Person im Eigentum der Gebietskörperschaft) werden dieselben Tätigkeiten durchgeführt, und hat dieselbe Gebietskörperschaft deutlichen (juristischen wie faktischen) Einfluss. Dennoch sollen im zweiten Fall die wesentlich milderen Regeln des Korruptionsstrafrechts für den privaten Sektor gelten. Dies ist in Anbetracht des auch bei der Ausgliederung typischerweise weiterhin vorhandenen staatlichen Einflusses nicht angemessen. Darüber hinaus würde dies dazu führen, dass die Erfüllung öffentlicher Aufgaben möglichst umfas-

send ausgegliedert wird, um sich den strengeren Haftungsregeln zu entziehen. Das kann kein politisch gewünschter Effekt sein. Denn damit entzieht sich der Staat seiner Verantwortung gegenüber den Bürgern, denen er zur objektiven Leistungserbringung verpflichtet ist. Diese Pflicht zur Objektivität und Gleichbehandlung seiner Bürger wird letztlich auch durch die Anti-Korruptionsregelung abgesichert. Daher darf nicht schon in der Definition für vergleichbare Tätigkeiten unter staatlichem Einfluss eine Ungleichbehandlung vorgezeichnet werden.

- Im Übrigen ist es zwar bis zu einem gewissen Grad verständlich, dass die Arbeitsgruppe der Diskussion im Nationalrat über die Frage, ob auch Abgeordnete Amtsträger sein sollen, nicht vorgreifen will. Dennoch ist eine gesetzliche Ausnahme in der heutigen und vorgeschlagenen Form nicht zuletzt wegen der mangelnden Gleichstellung mit EU-Parlamentariern, ausländischen Abgeordneten und nationalen hohen Funktionären, wie etwa den Bundesministern, nicht sachgerecht.

Textvorschlag zu § 74 Abs 1 Z 4a

Amtsträger: jeder,

- a. der für den Bund, ein Bundesland, einen Gemeindeverband, eine Gemeinde, für einen Sozialversicherungsträger oder deren Hauptverband, für einen anderen Staat oder für eine internationale Organisation Aufgaben der Gesetzgebung, Verwaltung oder Justiz als deren Organ oder Dienstnehmer wahrnimmt,
- b. soweit er sonst in Vollziehung der Gesetze tätig ist oder
- c. der als Organ eines Rechtsträgers oder aufgrund eines Dienstverhältnisses zu einem Rechtsträger tätig ist, der der Kontrolle durch den Rechnungshof, einen Rechnungshof eines Bundeslandes oder einer vergleichbaren nationalen, internationalen oder ausländischen Kontrolleinrichtung unterliegt;

2. Anmerkungen zu § 304 des Entwurfs

Abs 1 Entw:

- Um Auslegungsdivergenzen mit dem Begriff „Amtshandlung“ in § 269 StGB zu vermeiden, sollte wieder vom Amtsgeschäft gesprochen werden.
- Auf das Adjektiv „unrechtmäßig“ könnte verzichtet werden, weil es ohnehin keinen rechtmäßigen Vorteil für eine pflichtwidrige Amtshandlung geben kann. Die Beifügung erweckt hingegen den Eindruck, dass auch rechtmäßige Vorteile denkbar sind. Der Hinweis der Materialien auf Privatgeschenke

– 5 –

scheint keine ausreichende Begründung für die Aufnahme des Wortes unrechtmäßig, weil echte Privatgeschenke ohnehin nicht für eine pflichtwidrige Amtshandlung gegeben werden.

- Die vorgeschlagenen Wertqualifikationen versuchen zwar, die Systematik zum Vermögensstrafrecht zu wahren. Jedoch ist zu bedenken, dass es einen Unterschied im Unwert ausmacht, ob jemand in seinen Individualrechtsgütern einen unmittelbaren Schaden von mehr als 3.000 bzw 50.000 Euro erleidet oder ob jemand freiwillig solche Summen an Schmiergeld bezahlt und damit weder sich selbst noch einen Dritten unmittelbar am Vermögen schädigt. Ebenso ist die Relation zu den Delikten gegen Leib und Leben zu wahren. Eine Körperverletzung mit tödlichem Ausgang scheint im Unrechtsgehalt mit einer Schmiergeldzahlung von über 50.000 Euro noch weniger vergleichbar zu sein als mit einer Vermögensschädigung im Ausmaß von mehr als 50.000 Euro. Die Strafdrohungen der Qualifikation sollten daher im bisherigen Rahmen des geltenden § 304 Abs 3 belassen werden.
- In den Erläuterungen wird im Zusammenhang mit der Berechnung der Wertqualifikation auch die Gewährung von Ehrenzeichen erwähnt. Dadurch könnte der Eindruck entstehen, dass die Annahme von Ehrenzeichen und Ehrengeschenken grundsätzlich ein Fall verbotener Geschenkkannahme sei, was aber nach Abs 4 des Entwurfs – zu Recht – gerade nicht angestrebt wird. Die Annahme von Ehrengeschenken im Einklang mit den dienstrechtlichen Vorschriften ist richtigerweise als sozial adäquat im Sinne des Abs 4 des Entw (bzw des Abs 5 des eigenen Vorschlags unten) anzusehen. Auch wenn es in der konkreten Passage der Erläuterungen zu Abs 1 nur um den Wert des Vorteils geht, sollte der Hinweis auf Ehrenzeichen daher vermieden werden.

Abs 2 Entw:

- Zu begrüßen ist die neuerliche Trennung von pflichtwidrigem und pflichtgemäßem Verhalten. Diese Unterscheidung sollte konsequent auch in Hinblick auf die Geringfügigkeitsgrenze beibehalten werden. Denn auch im Zusammenhang mit pflichtgemäßem Handeln können uU geringfügige Vorteile eine Rolle spielen. Solange sie tatsächlich geringfügig bleiben und deren Annahme nicht gegen ein dienstrechtliches Verbot verstößt, sollte auch hier – so wie im Abs 3 des Entwurfs – von einer Strafbarkeit abgesehen werden (siehe dazu auch Vorschlag Abs 5 unten).
- Bei Abs 2 macht auch die Wendung „unrechtmäßiger Vorteil“ Sinn, weil strafloses Handeln denkbar ist (siehe Abs 4 Entw bzw Abs 5 eigener Vorschlag).
- Zur Wertqualifikation gilt das oben Gesagte.

Abs 3 Entw:

- Das Bestreben des Gesetzgebers, § 304 Abs 2 der geltenden Fassung zu konkretisieren und klare Grenzen zum straflosen Verhalten zu ziehen, ist verständlich und zu begrüßen. Doch scheint der Vorschlag in das gegenteilige Extrem übergroßer Strafflosigkeit auszuschlagen, ohne die erwünschte Klarheit zu bringen.

Nimmt man den Wortlaut des Entwurfs ernst, so muss der Amtsträger den Vorteil von einer Person nehmen, die von einer vorzunehmenden, mit Wahrscheinlichkeit absehbaren und inhaltlich bestimmten Amtshandlung betroffen oder daran interessiert ist. Das bedeutet, dass bereits eine konkrete Amtshandlung für die nahe Zukunft im Raume stehen muss, andernfalls diese Kriterien nicht erfüllt sein werden. In solchen Fällen wird man bereits davon sprechen können und müssen, dass der Vorteil für eine Amtshandlung gegeben wird, wenn es keinen vernünftigen Grund (zB private Bekanntschaft) gibt, an diesem sachlichen Konnex zwischen Geschenk und absehbarer und bestimmter Amtshandlung zu zweifeln. Die Vorteilsgabe für eine Amtshandlung ist aber ohnehin nach Abs 1 und Abs 2 sanktioniert, wenn die Amtshandlung inhaltlich bestimmt ist. Ob diese Amtshandlung in näherer oder fernerer Zukunft getätigt werden soll, spielt nach dem Wortlaut der Abs 1 und 2 keine Rolle, wenn nur der Vorteil selbst eben für eine konkrete Amtshandlung gedacht ist. Wenn Abs 3 eine mit Wahrscheinlichkeit absehbare und inhaltlich bestimmte Amtshandlung verlangt, scheint neben Abs 1 und Abs 2 daher kein eigenständiger Anwendungsbereich für ein strafbares Anfüttern zu verbleiben. Will man das Anfüttern wieder straflos stellen, so sollte auf Abs 3 überhaupt verzichtet werden.

Soll das Anfüttern jedoch grundsätzlich strafbar bleiben, erscheint es sachgerechter, bei einem weiter gefassten Wortlaut zu bleiben und im Gegenzug Ausnahmen von der Strafbarkeit für diesen Bereich zu definieren (siehe näher bei Abs 4 und Abs 5). Da es beim Anfüttern um Fälle geht, in denen zwar eine zukünftige Amtshandlung möglich ist, aber eben noch nicht konkret bevorsteht, könnte im Gegensatz zur Amtshandlung der Abs 1 und 2 hier von zukünftiger Amtstätigkeit gesprochen werden. Der heutige Wortlaut „im Hinblick auf“ könnte durch das Wort „für“ ersetzt werden. Damit könnte eine deutlichere Abgrenzung zu Geschenken geschaffen werden, die bloß anlässlich der amtlichen Stellung gegeben werden. Wird ein Vorteil für die zukünftige Amtstätigkeit gegeben, so ist dies konkreter als der heutige Absatz 3, weil das Wort „für“ die kausale Beziehung des Geschenkes zur zukünftigen Amtstätigkeit unterstreicht. Dennoch ist die Formulierung weiter als Abs 1 und Abs 2, weil eben noch keine (bestimmte) Amtshandlung bevorstehen muss. Die Strafflosigkeitsfälle in den weiteren Absätzen tragen im Üb-

– 7 –

rigen dazu bei, die Grenze zwischen strafbarem und straflosem Verhalten festzulegen und so die grundsätzliche Weite des Abs 3 auf ein sachgerechtes Maß zu begrenzen.

- Zur Wertqualifikation gilt das oben Gesagte.
- Zur Geringfügigkeitsklausel: Durch die Formulierung der Klausel im letzten Satz bleibt unklar, ob es sich hierbei um eine objektive Bedingung der Strafbarkeit, einen Strafbarkeitsausschluss eigener Art oder eine andere dogmatische Figur handelt. Vorzuziehen wäre die Formulierung als Tatbestandsmerkmal (siehe Vorschlag Abs 4 und 5).

Sozialadäquate Vorteile (Abs 2-5 Entw):

- Einigkeit scheint darüber zu bestehen, dass geringfügige Vorteile, wozu etwa auch durch Höflichkeit und Aufmerksamkeit motivierte Vorteile zählen (Kaffee, Blumenstrauß, Trinkgeld), beim Anfüttern keine Straflosigkeit begründen sollen. Allerdings sollte dies auch für geringfügige Vorteile bei pflichtgemäßem Amtshandeln gelten. Bis zur Novelle 2008 war dies zB nach § 59 BDG unproblematisch. Zwar ist es dem Beamten danach grundsätzlich untersagt, im Hinblick auf seine amtliche Stellung für sich oder einen Dritten ein Geschenk, einen anderen Vermögensvorteil oder einen sonstigen Vorteil zu fordern, anzunehmen oder sich versprechen zu lassen. Doch gelten Orts- oder landesübliche Aufmerksamkeiten von geringem Wert nicht als Geschenk in diesem Sinn. Diese Wertung sollte auch ins Kriminalstrafrecht übernommen werden, um Zweifelsfälle klarzustellen. Selbst wenn schon fraglich sein mag, ob zB eine Einladung zum Mittagessen anlässlich einer Betriebsprüfung überhaupt für eine Amtshandlung im Sinne des Entwurfs gewährt wird, sollte bei geringfügigen Einladungen auch für solche Fälle keine Strafbarkeit im Raume stehen, es sei denn, der Dienstgeber hätte solche Vorteilsannahmen ausdrücklich verboten.
- Weiters sind Vorteile, die sonst nach dem Dienstrecht zulässig sind (gesetzliche Zulässigkeit oder Möglichkeit der Genehmigung durch den Dienstgeber nach dem dienstrechtlichen Vorschriften), als sozial adäquate Vorteile nicht strafwürdig, zB Ehrengeschenke. Und schließlich ist zumindest dem Grunde nach unstrittig, dass das Dienstrecht in manchen Bereichen Dienstaufgaben und daher Dienstpflichten kennt, deren Erfüllung zwangsläufig zur Annahme von Vorteilen führen kann, weshalb auch diese Bereiche nicht unter Strafsanktion gestellt werden sollen (zB Repräsentationsaufgaben im diplomatischen Dienst oder durch hohe Beamte eines Ressorts). Die Grenzen dieser Fallgruppen liegen letztlich – und systematisch betrachtet völlig zu Recht – im Dienstrecht. Dort ist daher abzuklären, was Dienstpflichten, Repräsentationsaufgaben und entsprechende ausdrückliche Verbote sind. Auf die

diesbezügliche Klärung und Abstimmung in den relevanten Dienstrechten sollte im Zuge der Novellierung daher nicht vergessen werden. Das Strafrecht sollte möglichst stringent an das Dienstrecht anknüpfen, was in der Folge auch eine adäquate Differenzierung je nach Sensibilität des Tätigkeitsbereichs des Amtsträgers erlaubt.

Diese Fallgruppe neben den geringfügigen Vorteilen könnte an die Genehmigung durch den Dienstgeber und sonst an den redlichen amtlichen Verkehr anknüpfen. Eine solche Ausnahmeklausel dürfte alle – neben der Geringfügigkeit – relevanten Vorteile erfassen: Ehrengeschenke sind schon heute gesetzlich geregelt (§ 59 BDG) und der Dienstbehörde zu melden, die die Annahme untersagen kann. Der Amtsträger wird auch in Zukunft die Genehmigung der Dienstbehörde, allerdings in jedem Fall vor der Annahme des Vorteils, einholen müssen. Kann der Amtsträger das Geschenk mit Rücksicht auf bestimmte soziale Regeln nicht zurückweisen, bevor er die Genehmigung der Dienstbehörde eingeholt hat, wird man davon ausgehen dürfen, dass die Annahme des Vorteils dem redlichen amtlichen Verkehr entspricht, sofern das Geschenk nicht gefordert wurde. [Im Übrigen ist auch nach dem derzeitigen Abs 4 Entw die Annahme von Ehrengeschenken wohl als Verhaltensweise des redlichen amtlichen und geschäftlichen Verkehrs zu verstehen.]

Vorteile wie Einladungen zu Fortbildungsveranstaltungen oder im Rahmen von Repräsentationsaufgaben wären nach dem hier vertretenen Vorschlag grundsätzlich ebenfalls vom Dienstgeber zu genehmigen, wobei dies sowohl einzelfallbezogen wie auch für manche Fälle pauschal im Erlassweg denkbar ist. Damit würde eine Sonderregel für Veranstaltungen, wie sie Abs 3 des Entwurfs vorsieht, überflüssig. Ist eine Genehmigung nicht möglich, weil zB ohnehin per Gesetz konkret umschriebene Repräsentationspflichten bestehen und ein Genehmigungsverfahren daher nicht vorgesehen ist, dann entspräche die Annahme des Vorteils in diesen Grenzen wiederum dem redlichen amtlichen Verkehr.

Im Übrigen wird mit der Genehmigung durch den Dienstgeber nicht über die Strafbarkeit disponiert (so aber die Erläuterungen zu Abs 5 Entw). Vielmehr wird im Wege der Verwaltungsakzessorietät vergleichbar den Fällen etwa der §§ 180 ff StGB Rechtssicherheit geschaffen. Auch dort könnte man vom Disponieren über die Strafbarkeit im Wege der Bescheiderlassung sprechen. In Wahrheit besinnt sich allerdings das Strafrecht bei solchen Anknüpfungen auf seine ultima ratio Funktion, in dem der außerstrafrechtlich getroffene Kompromiss abgesichert wird. Dabei darf durchaus davon ausgegangen werden, dass die entscheidende Stelle (Umwelt- bzw hier Dienstbehörde) grundsätzlich rechtmäßig handelt. Fehlentscheidungen sollten sich

– 9 –

nicht zum Nachteil des Amtsträgers auswirken. Insofern deckt sich die hier vorgeschlagene Strafflosigkeit mit dem Anliegen des Abs 5 des Entwurfs.

- Möchte man der hier vorgeschlagenen Umgestaltung nicht folgen, so sollte jedenfalls entsprechend der dargelegten Wertung in Abs 2 des Entwurfs eine Geringfügigkeitsklausel eingefügt werden. Auf einen fixen Grenzwert sollte verzichtet werden, zumal die Rechtsprechung zur Frage der Geringfügigkeit ohnedies relativ deutlich Stellung bezieht und ein fixer Grenzwert, wie wohl er der Rechtssicherheit dient, nur über eine Gesetzänderung allfällige Wertanpassungen ermöglicht. Rasche Adaptierungen wären daher schwierig.
- Im Übrigen sollte jedenfalls auch Abs 4 umformuliert werden: Es ist nicht sachgerecht, wenn das Gesetz von „im redlichen amtlichen oder geschäftlichen Verkehr sozial adäquate Verhaltensweisen“ spricht. Dass sozial adäquates Verhalten nicht strafbar ist, weil ihm die Gefährlichkeit fehlt und es deshalb nicht Ansatz für eine strafrechtliche Haftung sein kann, ist eine dogmatische Selbstverständlichkeit. Diese dient zwar als Auslegungshilfe, zB zur Beschränkung des derzeit geltenden § 304 StGB. Aber im Gesetzestext selbst sollte der Ausdruck vermieden werden. Vielmehr sollte inhaltlich (unmittelbar oder durch Verweis auf außerstrafrechtliche Normen) umschrieben werden, welche Vorteile als sozial adäquat anzusehen sind. Andernfalls müsste man sich sofort die Frage stellen, was es bedeutet, dass nur bei § 304 sozial adäquates Verhalten im Gesetz von der Strafbarkeit ausgenommen wird. Soll e contrario wirklich bei anderen Delikten künftig auch sozial adäquates Verhalten strafbar sein? Das kann wohl nicht gemeint sein. Wenn Abs 4 des Entwurfs beibehalten werden soll, dann sollte nur von „Verhaltensweisen des redlichen amtlichen und geschäftlichen Verkehrs“ gesprochen werden. Damit wäre mE ausreichend klargestellt, dass es um sozial adäquate Verhaltensweisen geht, weil andernfalls ohnehin die Redlichkeit fehlt.
- Weiters sollte im Text des Abs 4 klargestellt werden, dass sich der Ausschluss der Unrechtmäßigkeit des Vorteils nur auf Abs 2 und Abs 3 bezieht. Nach der Teleologie liegt es zwar nahe, dass die Erfüllung von Dienstaufgaben kein Fall des Abs 1 sein kann. Doch wäre eine Klärung im Wortlaut vorzuziehen.
- Darüber hinaus ist es nicht tunlich, in den Materialien im Zusammenhang mit Abs 4 davon zu sprechen, dass „die Einladung durch Veranstalter und Sponsoren sowie die Annahme dieser Einladungen einschließlich allfälliger Rahmenprogramme etc. im Rahmen des Üblichen“ nicht mit strafrechtlichen Sanktionen verknüpft sein soll. Denn das Verständnis von „Einladungen im Rahmen des Üblichen“ richtet sich bekanntlich nach dem faktischen Zustand. In verschiedenen Branchen werden Einladungen an Amtsträger unter dem Titel so genannten Kultur- oder Sportsponsorings ausgesprochen,

bei denen neben den Eintrittskarten zur Veranstaltung auch die Kosten der Reise und des (auch nicht immer durch die Veranstaltung zwingend bedingten) Aufenthalts für den Amtsträger selbst, mitunter auch für eine Begleitperson, übernommen werden. Gerade solche, wenn auch vielleicht faktisch übliche, Vorgehensweisen sollten aber durch die Anti-Korruptionsbestimmungen unterbunden werden. Denn in Wahrheit wird mit solchen Praktiken eben gerade nicht die Veranstaltung gesponsert. Typischerweise handelt es sich auch um mehr als bloße soziale Kontaktpflege. Kultur-, Sport- und sonstiges Sponsoring sollte in der unmittelbaren Förderung der jeweiligen Einrichtung oder Veranstaltung bestehen, nicht aber im Sponsoring der Amtsträger, die entsprechende Events besuchen. Dass darauf in den Materialien nicht einmal hingewiesen wird, sondern von Einladungen im Rahmen des Üblichen gesprochen wird, lässt befürchten, dass die bisherige – aus der Sicht der Korruptionsbekämpfung mitunter fragwürdige – Einladungspraxis gesetzlich abgesichert werden soll.

Abs 5 Entw:

- Im Zusammenhang mit Abs 5 des Entwurfs sprechen die Materialien von Rechtsirrtum. Dies ist mE nicht zutreffend. Denn wenn der Dienstgeber die Vorteilsannahme unzutreffender Weise für zulässig hält, wird dem Amtsträger, der auf die Auskunft des Dienstgebers vertraut, der Blick darauf verstellt, dass der Vorteil unrechtmäßig ist. Sein Irrtum wurzelt zwar in der Rechtsunkenntnis, verunmöglicht es ihm aber, das Tatbestandsmerkmal „unrechtmäßiger Vorteil“ in seiner Bedeutung zu erfassen. Es handelt sich daher nicht um einen das Verschulden ausschließenden Rechtsirrtum, sondern schon um einen den Vorsatz ausschließenden Irrtum über den sozialen Bedeutungsgehalt eines normativen Tatbestandsmerkmals, den die Rechtsprechung als Tatbildirrtum behandelt. Im Ergebnis wäre der Amtsträger zwar ebenso straflos. Aus dogmatischer Sicht sollte allerdings auf die Regelung des Abs 5 verzichtet werden, wenn ihr keine weiter gehende Bedeutung innewohnen soll.

Die Möglichkeit der Anfrage beim Dienstgeber bzw – wenn man dem hier gemachten Vorschlag folgt – die Genehmigung durch den Dienstgeber sollte allerdings im Dienstrecht iSd Schaffung von Compliance Abteilungen ausgebaut werden, die über die Annahme von Vorteilen nach den jeweiligen dienstrechtlichen Regelungen zu entscheiden haben. Dies würde zum einen Rechtssicherheit beim Amtsträger bringen und zum anderen den Eindruck, dass der Amtsträger sich aufgrund eines persönlichen Naheverhältnisses zum Geschenkgeber „kaufen lässt“, verhindern, weil die Annahme des Vorteils nicht länger in der Entscheidungsmacht des Amtsträgers selbst liegt.

Textvorschlag zu § 304

(1) Ein Amtsträger oder Schiedsrichter, der für die pflichtwidrige Ausführung oder Unterlassung eines Amtsgeschäftes einen Vorteil für sich oder einen Dritten fordert, annimmt oder sich versprechen lässt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen.

(2) Ein Amtsträger oder Schiedsrichter, der für die pflichtgemäße Ausführung oder Unterlassung eines Amtsgeschäftes einen unrechtmäßigen Vorteil für sich oder einen Dritten fordert, annimmt oder sich versprechen lässt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren zu bestrafen.

(3) Ein österreichischer Amtsträger oder Schiedsrichter, ein Amtsträger oder Schiedsrichter eines anderen Mitgliedstaates der Europäischen Union oder ein Gemeinschaftsbeamter, der außer den Fällen der Abs. 1 und 2 für sein zukünftiges Amtsgeschäft einen unrechtmäßigen Vorteil für sich oder einen Dritten fordert, annimmt oder sich versprechen lässt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr zu bestrafen.

(4) Wer die Tat (Abs 1 und Abs 2) in Bezug auf einen 3.000 Euro übersteigenden Vermögensvorteil setzt, ist mit bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe zu bestrafen. Im Fall des Abs 3 ist er mit bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe zu bestrafen.

(5) Nicht als unrechtmäßiger Vorteil iSd Abs 2 und Abs 3 gilt ein Vorteil, der nicht gefordert wird und

1. bloß geringfügig ist und nicht entgegen einem ausdrücklichen dienstrechtlichen Verbot angenommen wird,
2. dessen Annahme zuvor vom Dienstgeber nach den dienstrechtlichen Vorschriften genehmigt wurde, oder
3. dessen Annahme – wenn die Genehmigung (Z 2) nicht vorgesehen oder nicht rechtzeitig möglich ist – dem redlichen amtlichen Verkehr entspricht.

3. Anmerkung zu § 306

- Zur Wertqualifikation gilt das oben zu § 304 Gesagte.

4. Anmerkung zu § 306a

- Die Streichung ist zu begrüßen.

5. Anmerkung zu § 307

- Inhaltlich gilt das oben zu § 304 Gesagte. § 307 wäre dementsprechend anzupassen, Abs 5 wäre allerdings wegen der sonst auftretenden Beweisschwierigkeiten als Strafbarkeitsausschluss und nicht als subjektives Tatbestandsmerkmal zu festzulegen.

Textvorschlag zu § 307

(1) Wer einem Amtsträger oder Schiedsrichter für die pflichtwidrige Ausführung oder Unterlassung eines Amtsgeschäftes einen unrechtmäßigen Vorteil für ihn oder einen Dritten anbietet, verspricht oder gewährt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen.

(2) Wer einem Amtsträger oder Schiedsrichter für die pflichtgemäße Ausführung oder Unterlassung eines Amtsgeschäftes einen unrechtmäßigen Vorteil für ihn oder einen Dritten anbietet, verspricht oder gewährt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren zu bestrafen.

(3) Wer einem österreichischen Amtsträger oder Schiedsrichter, einem Amtsträger oder Schiedsrichter eines anderen Mitgliedstaates der Europäischen Union oder einem Gemeinschaftsbeamten außer den Fällen des Abs. 1 und 2 für dessen zukünftige Amtstätigkeit einen unrechtmäßigen Vorteil anbietet, verspricht oder gewährt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr zu bestrafen.

(4) Wer einem Sachverständigen für die Erstattung eines unrichtigen Befundes oder Gutachtens (§ 306), für ihn oder einen Dritten einen unrechtmäßigen Vorteil anbietet, verspricht oder gewährt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen.

(4) Wer die Tat (Abs 1, Abs 2 und Abs 4) in Bezug auf einen 3.000 Euro übersteigenden Vermögensvorteil setzt, ist mit bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe zu bestrafen. Im Fall des Abs 3 ist er mit bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe zu bestrafen.

(5) Die Tat nach Abs 2 und 3 ist nicht zu bestrafen, wenn ein Fall des § 304 Abs 5 Z 1-3 vorliegt.

6. Anmerkung zu § 308

- Die Einschränkung auf die pflichtwidrige Dienstverrichtung ist zu begrüßen. Der Entfall der Freistellung für Parteienvertreter ist hingegen nur dann sachgerecht, wenn parteilich und pflichtwidrig eben gerade nicht denselben Bedeutungsgehalt haben. Denn der Parteienvertreter soll zwar auf eine Dienstverrichtung im Sinne seiner Partei, also eine parteiliche Dienstverrichtung iwS, hinwirken, aber eben nicht auf eine pflichtwidrige Verrichtung durch den Amtsträger oder die anderen genannten Personen.